



ความผิดพลาดทางการแพทย์เกี่ยวกับการเกิด

โดย

นายคมชาญ สว่างแจ้ง

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายเอกชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ความผิดพลาดทางการแพทย์เกี่ยวกับการเกิด

โดย

นายคมชาญ สว่างแจ้ง



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขากฎหมายเอกชน

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ปีการศึกษา 2558

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์



BIRTH-RELATED MEDICAL MALPRACTICE

BY

MR. KHOMCHAN SAWANGCHAENG



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS

FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS

PRIVATE LAW

FACULTY OF LAW

THAMMASAT UNIVERSITY

ACADEMIC YEAR 2015

COPYRIGHT OF THAMMASAT UNIVERSITY

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

คณะนิติศาสตร์

วิทยานิพนธ์

ของ

นายคมชาญ สว่างแจ้ง

เรื่อง

ความผิดพลาดทางการแพทย์เกี่ยวกับการเกิด

ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติ ให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

เมื่อ วันที่ 11 สิงหาคม พ.ศ. 2559

ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

(ศาสตราจารย์ ดร. อำนาจ วงศ์บัณฑิต)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ศาสตราจารย์ ดร. วิจิตรา วิเชียรชม)

กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ มณีศรี)

กรรมการสอบวิทยานิพนธ์

(ศาสตราจารย์พิเศษ วิชัย อริยะนันท์)

คณบดี

(ศาสตราจารย์ ดร. อุดม รัฐอมฤต)

| | |
|---------------------------------|---|
| หัวข้อวิทยานิพนธ์ | ความผิดพลาดทางการแพทย์เกี่ยวกับการเกิด |
| ชื่อผู้เขียน | นายคมชาญ สว่างแจ้ง |
| ชื่อปริญญา | นิติศาสตรมหาบัณฑิต |
| สาขาวิชา/คณะ/มหาวิทยาลัย | กฎหมายเอกชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ |
| อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ | ศาสตราจารย์ ดร. วิจิตรา วิเชียรชม |
| อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม | ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ มณีศรี |
| ปีการศึกษา | 2558 |

บทคัดย่อ

ในทุกกระบวนการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิด ไม่ว่าจะเป็นการตรวจให้คำแนะนำหรือปรึกษาทางพันธุศาสตร์ การให้คำแนะนำเกี่ยวกับการวางแผนครอบครัวและการคุมกำเนิด การให้บริการด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ การให้บริการรับฝากครรภ์ การตรวจสุขภาพของทารกในครรภ์ การให้การรักษายาบาลทารกหรือหญิงในระหว่างตั้งครรภ์ การทำคลอด การทำแท้ง การให้บริการตรวจความสัมพันธ์ทางสายโลหิต การดูแลและตรวจความถูกต้องของทารกแรกคลอดและก่อนส่งมอบให้แก่บิดามารดา ในกระบวนการดังกล่าว หากแพทย์ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังแม้เพียงเล็กน้อยก็อาจเป็นเหตุทำให้หญิงที่ตั้งครรภ์ ชายสามี ตลอดจนมนุษยย์ที่กำลังจะเกิดขึ้นมาในอนาคตหรือทารกในครรภ์ได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรง วิทยานิพนธ์เล่มนี้ผู้เขียนได้ทำการศึกษาในรูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ 5 รูปแบบ ดังนี้

รูปแบบที่ 1 การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายจากการตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ (Wrongful Pregnancy) ซึ่งเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ในกระบวนการให้คำแนะนำเกี่ยวกับการวางแผนครอบครัวและการคุมกำเนิด การผ่าตัดทำหมัน การตรวจสอบการตั้งครรภ์ การทำแท้ง และกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยความผิดพลาดดังกล่าวเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงเสียสิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเอง สิทธิในการวางแผนและจำกัดขนาดของครอบครัว อีกทั้งยังเป็นเหตุทำให้หญิงเสียสิทธิในการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งตามเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ของกฎหมาย

รูปแบบที่ 2 การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) อันเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ในกระบวนการตรวจสุขภาพของชายและหญิงก่อนสมรสหรือก่อนตั้งครรภ์ การให้คำแนะนำทางพันธุศาสตร์ การตรวจสุขภาพของหญิงภายหลังตั้งครรภ์ การตรวจและคัดกรองสุขภาพของทารกภายในครรภ์ การให้บริการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยความผิดพลาดดังกล่าวเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงเสียสิทธิที่จะหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการ เสียสิทธิที่จะเลือกเข้ารับบริการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์แทนการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการธรรมชาติ เสียสิทธิที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้งเมื่อพบว่าทารกในครรภ์พิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง

รูปแบบที่ 3 การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต (Wrongful Life) โดยความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นเหตุทำให้เด็กเสียสิทธิที่จะไม่ได้รับการปฏิสนธิ สิทธิที่จะไม่ถูกเลือก สิทธิที่จะถูกทำแท้ง สิทธิที่จะตาย หรือสิทธิที่จะเกิดขึ้นมามีชีวิตต่อเมื่อเด็กมีโอกาสที่จะเกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์

รูปแบบที่ 4 การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล โดยการทำละเมิดดังกล่าวอาจเกิดขึ้นก่อนหรือภายหลังที่มีการปฏิสนธิ หรือเกิดขึ้นในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ซึ่งเป็นการทำละเมิดต่อเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนภายนอกครรภ์ นอกจากนี้ หากการทำละเมิดเป็นเหตุทำให้ทารกถึงแก่ความตาย ยังมีปัญหาเกิดขึ้นอีกด้วยว่าบิดามารดาของทารกมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกหรือไม่

รูปแบบที่ 5 การฟ้องร้องในกรณีที่มีความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้นในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ซึ่งเป็นเหตุทำให้เกิดการปฏิสนธิหรือการคัดเลือกตัวอ่อนที่ผิดพลาด ปัญหาทางกฎหมายที่พบได้บ่อยครั้งก็คือ ระหว่างชายและหญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์กับชายและหญิงผู้ให้กำเนิดบุคคลใดเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก หรือกรณีที่มีความผิดพลาดเกิดขึ้นในกระบวนการส่งมอบเด็กแรกคลอดย่อมนำไปสู่ปัญหาว่าชายและหญิงผู้เลี้ยงดูเด็กจะไม่ยินยอมคืนเด็กให้กับชายและหญิงผู้ให้กำเนิดได้หรือไม่ ตลอดจนชาย หญิงและเด็กที่ได้รับความเสียหายจากการส่งมอบเด็กผิดตัว อาทิ การเสียสิทธิได้รับการอุปการะเลี้ยงดูหรือการเสียสิทธิได้รับมรดกมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายหรือไม่

จากรูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นพบได้ว่า การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในแต่ละรูปแบบมีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นจำนวนมาก เพื่อศึกษาตัวอย่างและแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ผู้เขียนได้ทำการศึกษากฎหมายและแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศ อาทิ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศแคนาดา ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส ประเทศแอฟริกาใต้ ประเทศออสเตรีย ประเทศเนเธอร์แลนด์

ประเทศเบลเยียม ประเทศสเปน ประเทศนิวซีแลนด์ ประเทศสวีเดน ประเทศโปแลนด์ ประเทศอิตาลี ประเทศนอร์เวย์ ประเทศมอลตา ประเทศฮังการี ประเทศกรีซและประเทศอิสราเอล

เมื่อศึกษาบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แนวทางการปรับใช้กฎหมายและความเห็นของ นักวิชาการไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ ผู้เขียนพบว่า การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์บางรูปแบบยังไม่ปรากฏขึ้นในประเทศไทย เช่น การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ (Wrongful Pregnancy) การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์และการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการส่งมอบเด็กผิดตัว ส่วนการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล นักกฎหมายไทยมีความเห็นว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายต่อเมื่อการทำละเมิดได้เกิดขึ้นกับทารกในครรภ์เท่านั้น ในกรณีที่มีการทำละเมิดเกิดขึ้นก่อนมีการปฏิสนธิหรือเป็นการทำละเมิดต่อเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อน เด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด นอกจากนี้หากการทำละเมิดเป็นเหตุทำให้ทารกถึงแก่ความตาย เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 443 ชายและหญิงบิดามารดาไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกเพราะทารกยังไม่มีหน้าที่ให้การอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1563

อย่างไรก็ดี ในกรณีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) และการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต (Wrongful Life) ศาล (คำพิพากษาศาลจังหวัดพระโขนงคดีหมายเลขแดงที่ 4181/2552) มีคำพิพากษาว่าสิทธิของหญิงที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของทารกและสิทธิของทารกที่ควรถูกทำแท้ง เป็นสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลักษณะละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เป็นเหตุทำให้หญิงและเด็กได้รับความเสียหายต่อสิทธิดังกล่าวย่อมเป็นการทำละเมิด ศาลจึงมีคำพิพากษาให้หญิงและเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

กรณีที่มีความผิดพลาดเกิดขึ้นในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ หลักเกณฑ์การพิจารณาความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ยังคงเป็นไปตามหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งจะพบได้ว่ากฎหมายให้สิทธิกับชายที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตร ชายเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์และเด็กเท่านั้น ที่สามารถฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงความเป็นบิดาและบุตรให้ตรงกับความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม เมื่อกฎหมายไม่ให้สิทธิดังกล่าวกับหญิงผู้คลอดบุตรและหญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ ผู้เขียนจึงได้เสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติม

บทบัญญัติกฎหมายให้หญิงมีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อแก้ไขความเป็นมารดาและบุตรให้ตรงกับความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมเช่นเดียวกันสิทธิของชาย

ในท้ายที่สุด แม้ความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิดจะทำให้เกิดปัญหาทางกฎหมายมากเพียงใดก็ตาม ความผิดพลาดดังกล่าวก็เป็นเพียงความผิดพลาดที่เกิดจากการกระทำทุรเวชปฏิบัติอย่างหนึ่งเท่านั้น ซึ่งหากการกระทำดังกล่าวทำให้ผู้ป่วยได้รับความเสียหาย ผู้ป่วยย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทั้งปวงที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์โดยไม่คำนึงว่าผู้ป่วยจะเลือกใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือกฎหมายลักษณะสัญญา แต่เมื่อพบว่ามิบบทบัญญัติกฎหมายบางมาตราที่ไม่มีความชัดเจนหรือแนวทางการปรับใช้กฎหมายของศาลหรือนักกฎหมายที่ขาดความแน่นอนจนอาจเป็นเหตุทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับความเป็นธรรม ตัวอย่างเช่น สิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินตามกฎหมายลักษณะละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 หรือกฎหมายลักษณะสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222 หรือสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 443 ผู้เขียนจึงเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าว นอกจากนี้ ผู้เขียนได้เสนอให้มีการบัญญัติกฎหมายเพิ่มเติมโดยให้เด็กที่ได้รับความเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิระหว่างกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ระหว่างที่หญิงตั้งครรภ์หรือระหว่างคลอดมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด อีกทั้งเสนอให้อายุความสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์มีระยะเวลาที่ยาวกว่าอายุสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือกฎหมายลักษณะสัญญา โดยการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้เสียหายได้รับการเยียวยาความเสียหายอย่างแท้จริง

คำสำคัญ: ความรับผิดชอบทางแพ่งของแพทย์, ความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิด, การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์, การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ, การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต, การทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิ, การทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล, ความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์, การส่งมอบเด็กผิดตัว

| | |
|--------------------------------|---|
| Thesis Title | BIRTH-RELATED MEDICAL MALPRACTICE |
| Author | Mr. Khomchan Sawangchaeng |
| Degree | Master of Laws |
| Major Field/Faculty/University | Private Law Faculty of Law Thammasat University |
| Thesis Advisor | Professor Wichitra Vichienchom, Ph.D. |
| Thesis Co-Advisor | Assistant Professor Surasak Maneesorn, Ph.D. |
| Academic Years | 2015 |

ABSTRACT

Each step of birth-related medical practices requires special care from the physician. If the physician fails to provide adequate, or at least minimal, care, it is possible that the pregnant woman, her male spouse, the future human being and the fetus suffer critical damage. These birth-related medical practices include genetic counseling, family planning and birth control counseling, assisted reproductive technology services, antenatal care services, fetal health surveillance, medical treatment during pregnancy for the pregnant patient and the fetus, labor and delivery, abortion, family relationship testing, as well as identity check before delivering the newborn to her parents. This research studies five forms of birth-related medical malpractice litigation:

FORM 1: Wrongful Pregnancy

Wrongful pregnancy is a claim for damages arising from an unintended conception and pregnancy that result from medical malpractice in the process of family planning and birth control counseling, sterilization operation, pregnancy testing, abortion, or assisted reproductive technology. The malpractice in these processes has taken away both women and men the right to self-determination and the right to family planning and family-size limitation as well as the right of the women to legal abortion.

FORM 2: Wrongful Birth

Wrongful birth is a cause of action for damages from birth defect of the child, which arises from the medical malpractice in the process of pre-marital and pre-pregnancy medical examination, genetic counseling, fetal health surveillance, or assisted reproductive technology services. The malpractice thus deprives women and men of the right to prevent the birth of a defected child, the right to assisted reproductive technology instead natural vaginal birth and the right of the women to abortion.

FORM 3: Wrongful Life

Wrongful life is a form of litigation claiming that the child would not have been born if there were no medical malpractice. The action focuses on the birth of the child, rather than the birth defect or disability. The medical malpractice in this regard deprives the child of the right not to be conceived, the right not to be selected, the right to be aborted, the right to die and the right to be born healthy.

FORM 4: Prenatal Torts

Prenatal tort claims may arise before or after the conception, or during the process of assisted reproduction, which refers to the tortious action towards gametes and embryos. In addition, if the wrongful act causes the death of the baby, it is arguable whether parents have standing to sue for damages for the death of their babies.

FORM 5: Medical Malpractice in Assisted Reproductive Technology

Medical malpractice litigation in assisted reproductive technology is brought to court when there is a medical mistake in in-vitro fertilization or embryo selection. The common problem is who the baby's legal parents are — the owners of eggs and sperms or the ones giving birth. Also, in the case where the baby is switched at birth and given to the wrong parents, the problem is, first, whether it is permissible for the wrong parents to retain the baby and not giving it to the biological parents. Another problem is whether ones who are adversely affected by the mistake of baby switching are able to sue for damages as they are deprived of the right to maintenance and child support, the right to inherit property, and the like.

From all forms of litigation mentioned above, it is obvious that there are several legal problems in each form of birth-related medical malpractice litigation. In

order to study these problems and possible solutions in depth, the author has researched relevant laws and the application in foreign countries, such as, the United States of America, the United Kingdom, Australia, Canada, Germany, France, South Africa, Austria, the Netherlands, Belgium, Spain, New Zealand, Switzerland, Poland, Italy, Norway, Malta, Hungary, Greece and Israel.

Comparing laws, application, and academic opinions in foreign countries with those in Thailand, the author finds that some forms of birth-related medical malpractice litigation are not recognized in Thailand. These forms include Wrongful Pregnancy, medical malpractice litigation in assisted reproductive technology, and litigation in the case of baby switching. Thai jurists are with the opinion that the child lacks standing to bring the case to court if the wrongful act is committed before fertilization or when the wrongful act is committed against gametes or embryos. In addition, if the wrongful act causes the baby's death, parents cannot claim for damages stated in section 443 of the Thai Civil and Commercial Code because babies do not yet have the duty to maintain their parents as stipulated in Section 1563.

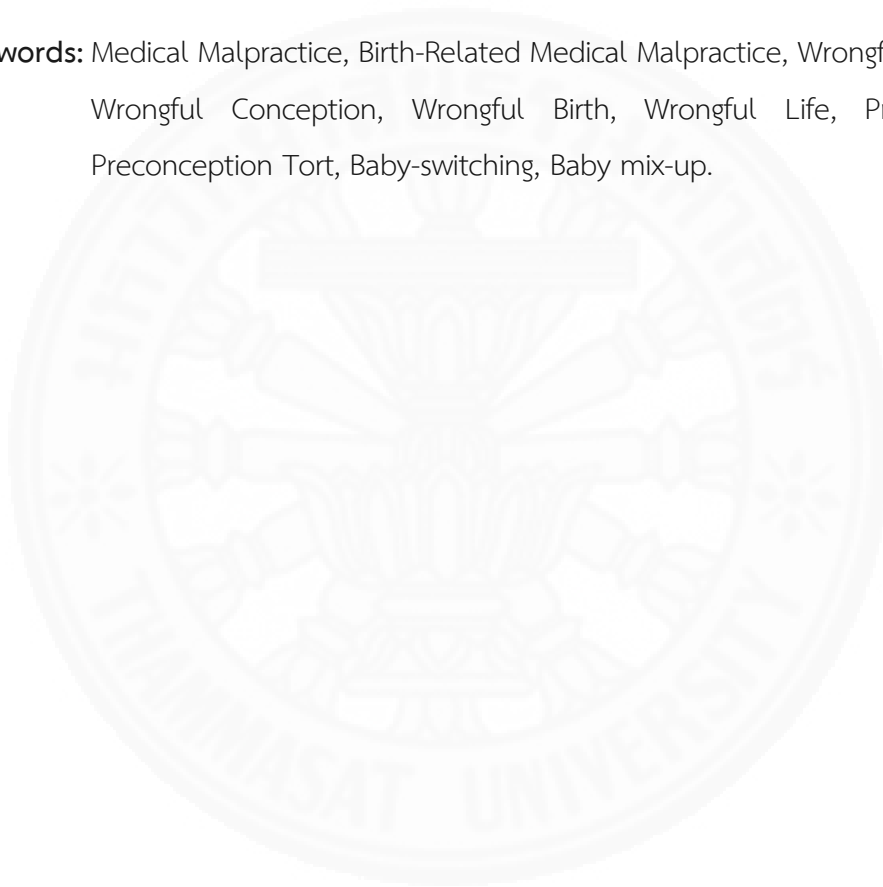
Nevertheless, in the case of Wrongful Birth and Wrongful Life, the court (Phra Khanong Province Court Red Case No. 4181/2552) decides that the right of women to abortion and the right of the child to be aborted are the kinds of right that shall be protected under the law of torts Section 420 of the Thai Civil and Commercial Code. The woman and the child who are affected by the medical malpractice in this instance therefore are entitled with the right to sue for damages.

As for the medical malpractice litigation in assisted reproductive technology, the consideration of parentage relies on the Thai Civil and Commercial Code, which gives right only to the man and the child to apply for paternity correction in the registry according to biological relationship. The author proposes that the law should be amended to also allow women to be able to apply for maternity correction in the same manner.

Finally, although birth-related medical malpractice results in a number of problems, it is a mere subcategory of medical malpractice, to which the laws related give ways to patients to sue for damages either on the ground of torts or contracts. However, there are laws that are so ambiguous or uncertain in application that create

unfair results, such as, the law regarding non-pecuniary damages (Thai Civil and Commercial Code Section 446 for the law of torts and Section 222 for the law of contracts), the law regarding the damages for the death of the baby (Section 443), the law regarding the damages for the prenatal injury and the statute of limitation governing medical malpractice litigation. The author thus proposes that the law should be amended to provide victims with true and adequate treatment.

Keywords: Medical Malpractice, Birth-Related Medical Malpractice, Wrongful Pregnancy, Wrongful Conception, Wrongful Birth, Wrongful Life, Prenatal Tort, Preconception Tort, Baby-switching, Baby mix-up.



กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จได้เนื่องด้วยความเมตตาของศาสตราจารย์ ดร. วิจิตรา วิเชียรชม และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. สุรศักดิ์ มณีศรี ที่กรุณาให้ความอนุเคราะห์รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาและได้สละเวลาให้คำปรึกษา ตรวจสอบร่างวิทยานิพนธ์ ตลอดจนให้ความเห็นและคำแนะนำที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งแก่ผู้เขียน ผู้เขียนซาบซึ้งในพระคุณและความเมตตาที่อาจารย์ทั้งสองมิให้ผู้เขียนมาโดยตลอด ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณอาจารย์มา ณ โอกาสนี้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร. อำนาจ วงศ์บัณฑิต ที่ให้เกียรติรับเป็นประธานกรรมการการสอบวิทยานิพนธ์ และผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์พิเศษ วิชัย อริยะนันทกะ ที่ให้เกียรติรับเป็นกรรมการการสอบวิทยานิพนธ์ ตลอดจนให้คำปรึกษา ตรวจสอบร่างวิทยานิพนธ์และให้คำแนะนำในการแก้ไขข้อบกพร่องของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

นอกเหนือจากนี้ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ พลโทเรืองศักดิ์ สว่างแจ้ง และนางชลิตา สว่างแจ้ง บิดามารดาของผู้เขียน ผู้เป็นต้นแบบในการดำเนินชีวิต เป็นบุคคลผู้คอยอบรมสั่งสอนและให้กำลังใจ ตลอดจนให้การสนับสนุนด้านการศึกษากับผู้เขียนมาโดยตลอด ซึ่งผู้เขียนสามารถกล่าวได้ว่าในทุกความสำเร็จของผู้เขียนจะไม่สามารถเกิดขึ้นได้หากปราศจากบุคคลทั้งสองผู้มีพระคุณสูงสุดในชีวิตของผู้เขียน

ผู้เขียนขอขอบคุณนายนรเศรษฐ์ สว่างแจ้ง พี่ชายของผู้เขียน ผู้ซึ่งเป็นต้นแบบทางการศึกษา เป็นบุคคลที่คอยให้กำลังใจและให้การสนับสนุนผู้เขียนในเวลาที่ผู้เขียนประสบกับปัญหาที่ยากลำบาก ตลอดจนเป็นผู้เตือนสติผู้เขียนให้ตระหนักถึงวัตถุประสงค์ในการทำงานวิจัยมาโดยตลอด ว่าคุณค่าของงานวิจัยคือการทำให้เกิดความเจริญงอกงามทางความคิดและการศึกษา

นอกจากนี้ วิทยานิพนธ์เล่มนี้ไม่อาจสำเร็จลงได้หากปราศจากกัลยาณมิตรจำนวนมาก ผู้เขียนขอขอบคุณ คุณเกษมา ประเสริฐสังข์ ผู้จุดประกายแนวความคิดและปัญหาทางกฎหมาย ตลอดจนให้ข้อมูลที่มีคุณค่ายิ่งกับผู้เขียนในช่วงเวลาเริ่มต้นของการศึกษาจนผู้เขียนสามารถนำมาพัฒนาจนมาเป็นวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ขอขอบคุณ คุณพิเศษ น้อยวังคลัง ที่คอยให้คำปรึกษาเกี่ยวกับประเด็นปัญหาและแง่มุมทางกฎหมาย ขอขอบคุณ คุณนุชนภา ราชนิยม ที่กรุณาช่วยเหลือในการพิสูจน์อักษรวิทยานิพนธ์และให้กำลังใจผู้เขียนเสมอมา และขอขอบคุณ คุณปรีดีชนก จุลเหลา ที่คอยให้ความช่วยเหลือผู้เขียนในทุกสถานการณ์คับขัน อีกทั้งยังได้ช่วยผู้เขียนติดต่อประสานงานกับคณาจารย์และเจ้าหน้าที่ ตลอดจนให้ความช่วยเหลือในการจัดทำรูปแบบและจัดพิมพ์วิทยานิพนธ์จนทำให้วิทยานิพนธ์เล่มนี้สำเร็จสมบูรณ์

ผู้เขียนขอขอบคุณ คุณนภกมล หะวานนท์ ที่ให้คำปรึกษาและช่วยตรวจบทความย่อภาษาอังกฤษ และขอขอบคุณ คุณอุทัย สัตยารักษ์ ที่ให้ความช่วยเหลือเรียบเรียงบทความย่อภาษาอังกฤษให้ถูกต้องตามหลักภาษาและวิชาการ

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอขอบคุณเพื่อนนักศึกษาปริญญาโทสาขากฎหมายเอกชนที่คอยให้กำลังใจมาโดยตลอด และขอขอบคุณเจ้าหน้าที่และบรรณารักษ์ของห้องสมุดสัญญาธรรมศักดิ์ที่อำนวยความสะดวกและคอยให้ความช่วยเหลือผู้เขียน

ในท้ายที่สุดนี้ หากวิทยานิพนธ์เล่มนี้มีคุณค่าและเป็นประโยชน์ต่อวงวิชาการนิติศาสตร์ประการใด ผู้เขียนขอขอบคุณดีทั้งหมดให้กับครอบครัวของผู้เขียน ครูบาอาจารย์ที่ได้ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ให้กับผู้เขียนตั้งแต่เยาว์วัย ตลอดจนผู้มีพระคุณของผู้เขียนทุกท่าน แต่หากวิทยานิพนธ์เล่มนี้มีข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียวและกราบขออภัยมา ณ โอกาสนี้

นายคมชาญ สว่างแจ้ง

สารบัญ

| | หน้า |
|---|------|
| บทคัดย่อภาษาไทย | (1) |
| บทคัดย่อภาษาอังกฤษ | (5) |
| กิตติกรรมประกาศ | (9) |
| บทที่ 1 บทนำ | 1 |
| 1. ที่มาและความสำคัญของปัญหา | 1 |
| 2. วัตถุประสงค์ในการศึกษา | 24 |
| 3. ขอบเขตการศึกษา | 25 |
| 4. วิธีการศึกษา | 26 |
| 5. ประโยชน์ที่ได้รับจากการศึกษา | 26 |
| 6. บทนิยามคำศัพท์ | 27 |
| บทที่ 2 ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกระบวนการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิด และหลักความรับผิดชอบทางแพ่งของแพทย์อันเกิดจากการกระทำทุเรเวชปฏิบัติ | 31 |
| 1. ความรู้เบื้องต้นทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการเกิด | 33 |
| 1.1 กระบวนการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิดในช่วงเวลา ก่อนที่หญิงตั้งครรภ์ | 34 |
| 1.1.1 การตรวจสุขภาพของชายและหญิงก่อนสมรส | 35 |
| 1.1.2 การเข้ารับคำแนะนำและตรวจสุขภาพของชายและหญิงก่อนตั้งครรภ์ | 37 |
| 1.1.3 การเข้ารับคำปรึกษาและการให้คำแนะนำทางพันธุศาสตร์ | 39 |
| 1.1.4 การเข้ารับคำปรึกษาเกี่ยวกับการวางแผนครอบครัวและการคุมกำเนิด | 42 |
| 1.1.5 การเข้ารับบริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ | 44 |

| | | |
|---------|---|-----|
| 1.2 | กระบวนการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิดในช่วงเวลา ภายหลังที่หญิงตั้งครรภ์จนถึงขณะที่หญิงคลอดบุตร | 50 |
| 1.2.1 | การเข้ารับบริการฝากครรภ์ | 51 |
| 1.2.2 | การตรวจวิเคราะห์ครรภ์ก่อนคลอด | 51 |
| 1.2.3 | การให้การรักษาพยาบาลหญิงที่ตั้งครรภ์ | 52 |
| 1.2.4 | กระบวนการทำคลอด | 53 |
| 1.2.5 | การทำแท้ง | 54 |
| 1.3 | กระบวนการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิดภายหลังคลอด | 72 |
| 2. | หลักความรับผิดชอบทางแพ่งอันเกิดจากการกระทำทุเวชปฏิบัติ | 74 |
| 2.1 | ความรับผิดชอบทางการแพทย์ตามกฎหมายลักษณะละเมิด | 76 |
| 2.2 | ความรับผิดชอบทางการแพทย์ตามกฎหมายลักษณะสัญญา | 110 |
| บทที่ 3 | ความผิดพลาดทางการแพทย์เกี่ยวกับการเกิดในต่างประเทศ | 126 |
| 1. | การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ | 134 |
| 1.1 | ลักษณะทั่วไปของการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตร โดยไม่พึงประสงค์ | 138 |
| 1.2 | กฎหมายต่างประเทศ | 151 |
| 1.2.1 | ประเทศสหรัฐอเมริกา | 154 |
| 1.2.2 | ประเทศอังกฤษ | 177 |
| 1.2.3 | ประเทศออสเตรเลีย | 212 |
| 1.2.4 | ประเทศแคนาดา | 220 |
| 1.2.5 | ประเทศเยอรมนี | 223 |
| 1.2.6 | ประเทศฝรั่งเศส | 239 |
| 1.2.7 | ประเทศแอฟริกาใต้ | 240 |
| 1.2.8 | ประเทศออสเตรเลีย | 245 |
| 1.2.9 | ประเทศเนเธอร์แลนด์ | 249 |
| 1.2.10 | ประเทศเบลเยียม | 252 |
| 1.2.11 | ประเทศสเปน | 255 |
| 1.2.12 | ประเทศนิวซีแลนด์ | 257 |

| | |
|--|-----|
| 1.2.13 ประเทศสวีเดน | 260 |
| 1.2.14 ประเทศโปแลนด์ | 262 |
| 1.2.15 ประเทศอิตาลี | 263 |
| 1.2.16 ประเทศนอร์เวย์ | 265 |
| 1.2.17 ประเทศมอลตา | 266 |
| 2. การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ | 268 |
| 2.1 ลักษณะทั่วไปของการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ | 269 |
| 2.2 กฎหมายต่างประเทศ | 280 |
| 2.2.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา | 282 |
| 2.2.2 ประเทศอังกฤษ | 298 |
| 2.2.3 ประเทศออสเตรเลีย | 307 |
| 2.2.4 ประเทศแคนาดา | 307 |
| 2.2.5 ประเทศเยอรมนี | 309 |
| 2.2.6 ประเทศฝรั่งเศส | 317 |
| 2.2.7 ประเทศแอฟริกาใต้ | 320 |
| 2.2.8 ประเทศออสเตรเลีย | 322 |
| 2.2.9 ประเทศเนเธอร์แลนด์ | 328 |
| 2.2.10 ประเทศเบลเยียม | 329 |
| 2.2.11 ประเทศสเปน | 331 |
| 2.2.12 ประเทศโปแลนด์ | 333 |
| 2.2.13 ประเทศอิตาลี | 336 |
| 2.2.14 ประเทศนอร์เวย์ | 337 |
| 3. การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากเกิดขึ้นมามีชีวิต | 339 |
| 3.1 ลักษณะทั่วไปของการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากเกิดขึ้นมามีชีวิต | 341 |
| 3.2 กฎหมายต่างประเทศ | 346 |
| 3.2.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา | 348 |
| 3.2.2 ประเทศอังกฤษ | 368 |
| 3.2.3 ประเทศออสเตรเลีย | 380 |
| 3.2.4 ประเทศแคนาดา | 388 |
| 3.2.5 ประเทศเยอรมนี | 389 |

| | |
|--|-----|
| 3.2.6 ประเทศฝรั่งเศส | 392 |
| 3.2.7 ประเทศแอฟริกาใต้ | 402 |
| 3.2.8 ประเทศออสเตรเลีย | 404 |
| 3.2.9 ประเทศเนเธอร์แลนด์ | 405 |
| 3.2.10 ประเทศเบลเยียม | 408 |
| 3.2.11 ประเทศสเปน | 411 |
| 3.2.12 ประเทศอังกฤษ | 413 |
| 3.2.13 ประเทศกรีซ | 415 |
| 3.2.14 ประเทศอิสราเอล | 416 |
| 4. การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล และการทำละเมิดจนเป็นเหตุทำให้ทารกถึงแก่ความตาย | 418 |
| 4.1 ลักษณะทั่วไปของการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิด ก่อนมีสภาพบุคคล | 419 |
| 4.2 กฎหมายต่างประเทศ | 424 |
| 4.2.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา | 427 |
| 4.2.2 ประเทศอังกฤษ | 459 |
| 4.2.3 ประเทศแคนาดา | 481 |
| 4.2.4 ประเทศออสเตรเลีย | 484 |
| 4.2.5 ประเทศเยอรมนี | 486 |
| 4.2.6 ประเทศฝรั่งเศส | 494 |
| 4.2.7 ประเทศออสเตรเลีย | 495 |
| 4.2.8 ประเทศอิตาลี | 497 |
| 5. ความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และการส่งมอบเด็กผิดตัว | 500 |
| 5.1 ความผิดพลาดทางการแพทย์ในการส่งมอบเด็กผิดตัว | 505 |
| 5.2 ความผิดพลาดทางการแพทย์ในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ | 517 |

| | |
|--|-----|
| บทที่ 4 วิเคราะห์ปัญหาความรับผิดชอบทางแพ่งของแพทย์ในความผิดพลาดที่เกี่ยวกับการเกิด | 535 |
| 1. การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ | 536 |
| 2. การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ | 628 |
| 3. การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากเกิดขึ้นมามีชีวิต | 649 |
| 4. การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลและ การทำละเมิดที่เป็นเหตุทำให้ทารกถึงแก่ความตาย | 701 |
| 4.1 ปัญหาว่าด้วยสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิด ก่อนมีสภาพบุคคล | 702 |
| 4.2 ปัญหาว่าด้วยสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิด ที่เป็นเหตุทำให้ทารกถึงแก่ความตาย | 724 |
| 5. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความผิดพลาดในกระบวนการ ช่วยการเจริญพันธุ์ และการส่งมอบเด็กผิดตัว | 741 |
| 5.1 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความผิดพลาดในกระบวนการ ช่วยการเจริญพันธุ์ | 741 |
| 5.2 ปัญหาทางกฎหมายจากการส่งมอบเด็กผิดตัว | 760 |
| บทที่ 5 สรุปและข้อเสนอแนะ | 773 |
| บรรณานุกรม | 801 |
| ภาคผนวก | |
| ภาคผนวก ก ข้อสอบและธงคำตอบเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่ง ผู้ช่วยผู้พิพากษาในปัญหาว่าด้วยการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจาก การให้กำเนิดบุตรพิการ (Wrongful Birth) และการฟ้องร้องเรียก ค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต (Wrongful Life) | 871 |
| ภาคผนวก ข ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติ การตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมาย อาญา พ.ศ. 2548 | 873 |

ภาคผนวก ค ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ 875
(ฉบับที่) (ปรับปรุงกฎหมายละเมิดของกระทรวงยุติธรรม)

ภาคผนวก ง กฎหมายลายลักษณ์อักษรในบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ 891
บัญญัติห้ามมิให้มีการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตร
ที่พิการและบัญญัติห้ามมิให้มีการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการ
เกิดขึ้นมามีชีวิต

ประวัติผู้เขียน

897



บทที่ 1

บทนำ

1. ที่มาและความสำคัญของปัญหา

ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และผู้ป่วย (Doctor-patient relationship) ได้กลายมาเป็นปัญหาสำคัญประการหนึ่งของระบบสาธารณสุข จนทำให้ปริมาณคดีความที่ผู้ป่วยฟ้องร้องดำเนินคดีกับแพทย์หรือที่เรียกกันว่า “คดีทุรเวชปฏิบัติ (Medical Malpractice)”¹ มีปริมาณเพิ่มมากขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ โดยการฟ้องร้องดำเนินคดีดังกล่าวมีทั้งการฟ้องร้องดำเนินคดีทางอาญา² เพื่อให้แพทย์ได้รับการลงโทษตามกฎหมาย อาทิ โทษจำคุกหรือโทษปรับหรือการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางแพ่งซึ่งอาจเป็นการใช้สิทธิฟ้องร้องตามกฎหมายลักษณะสัญญาหรือกฎหมายลักษณะเมตขึ้นอยู่กัลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างผู้ป่วยและแพทย์ตลอดจนประโยชน์ที่ผู้เสียหายจะได้รับจากการใช้สิทธิเรียกร้อง เมื่อพิจารณาสถิติที่สถานพยาบาลของรัฐภายใต้สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุขและกระทรวงสาธารณสุขถูกฟ้องร้องดำเนินคดีระหว่างปี พ.ศ. 2538 ถึง พ.ศ. 2555

¹ ทุรเวชปฏิบัติ หมายถึง การขาดทักษะอย่างสมเหตุสมผลตามสมควรในฐานะเป็นแพทย์และขาดการเอาใจใส่ดูแลคนไข้จนทำให้เกิดอันตรายแก่สุขภาพหรือชีวิตของคนไข้ ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ในทุกขั้นตอนของการรักษาพยาบาล เช่น การตรวจซักประวัติของผู้ป่วย การตรวจร่างกายของผู้ป่วย การส่งตรวจห้องปฏิบัติการ การส่งตรวจทางรังสีวินิจฉัย การวินิจฉัยโรค การรักษาโรค ดู บุตร ประดิษฐ์วิช, แพทย์ ยา วิชาชีพหรือการค้า, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์หมอชาวบ้าน, 2532), น.169. อ้างถึงใน แสง บัญเฉลิมวิภาส และ เอนก ยมจินดา, กฎหมายการแพทย์ : วิเคราะห์ปัญหากฎหมายจากการเริ่มต้นของชีวิตในครรภ์มารดาถึงภาวะแกนสมองตาย, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2546), น.81, 87-90.

² ในประเทศไทยพบว่าศาลมีคำพิพากษาให้แพทย์มีความรับผิดทางอาญาครั้งแรกปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 946-7/2475 ดู สนามจันทร์, นายแพทย์กับความรับผิดทางกฎหมาย, พิมพ์ช่วยแจกในงานฌาปนกิจ นางฮวย เสนาดิสัย ณ วัดมิ่งกุ๊กกษัตริยาราม 23 ธันวาคม พ.ศ. 2494, (พระนคร : โรงพิมพ์แนวหน้า, 2494) อ้างถึงใน วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์และคณะ, งานวิจัยคดีแพทย์ บุคลากรแพทย์ถูกฟ้อง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานเลขาธิการแพทยสภา, 2544), น.1.

(กันยายน 2555) พบว่ามีปริมาณคดีแพ่งรวม 179 คดี และคดีรวมอาญา 24 คดี³ นอกจากนี้ในระหว่างปี พ.ศ. 2535-2554 ยังพบว่าผู้ป่วยได้ร้องเรียนแพทยสภาให้ตรวจสอบจริยธรรมทางการแพทย์ โดยการร้องเรียนที่พบมากที่สุดคือการร้องเรียนว่าการรักษาพยาบาลของแพทย์ไม่เป็นไปตามมาตรฐานการประกอบวิชาชีพซึ่งมีจำนวนสูงถึง 2,228 คดี⁴ โดยแพทย์ที่ถูกร้องเรียนมากที่สุดคือ ศัลยศาสตร์ อายุรศาสตร์และสูตินรีเวช⁵

โดยปกติคดีทุรเวชปฏิบัติไม่ได้เกิดขึ้นทุกครั้งที่มีความผิดพลาดทางการแพทย์ปรากฏขึ้น แต่คดีทุรเวชปฏิบัติจะปรากฏขึ้นต่อเมื่อความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นเหตุทำให้ผู้ป่วยได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรง อาทิ ผู้ป่วยต้องพิการ ทูพลภาพหรือถึงแก่ความตาย โดยสาเหตุที่ผู้ป่วยเลือกที่จะฟ้องร้องดำเนินคดีกับแพทย์เป็นผลมาจากการที่แพทย์ไม่ให้ข้อมูลและไม่อธิบายถึงสาเหตุของความผิดพลาดที่เกิดขึ้น อีกทั้งแพทย์ไม่ได้ออกมาแสดงความรับผิดชอบและไม่มีการการกระทำอย่างใดที่แสดงให้เห็นได้ว่าแพทย์รู้สึกเสียใจต่อความผิดพลาดที่เกิดขึ้น จนเป็นเหตุทำให้ผู้ป่วยเลือกที่จะไม่ปรับความเข้าใจกับแพทย์หรือให้อภัยแพทย์ดังที่ได้ปรากฏในอดีต นอกจากนี้ในกรณีที่แพทย์หรือโรงพยาบาลเรียกเก็บค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลจำนวนสูงจากการรักษาพยาบาลที่ไม่เป็นไปตามมาตรฐานย่อมเป็นเหตุที่เพิ่มความโกรธแค้นให้กับผู้ป่วย อีกทั้งเป็นเหตุทำให้ผู้ป่วยเลือกที่จะได้ต่อการกระทำของแพทย์ด้วยการใช้สิทธิทางศาลเพื่อดำเนินคดีกับแพทย์

ในปัจจุบันบุคลากรในระบบสาธารณสุขจำนวนมากเห็นว่า การที่ผู้ป่วยฟ้องร้องดำเนินคดีกับแพทย์จากการกระทำทุรเวชปฏิบัตินั้น ผู้ป่วยไม่เพียงแต่ต้องการได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแต่ผู้ป่วยยังต้องการแสวงหาประโยชน์จากแพทย์อีกด้วย สังเกตได้จากทุรพหัยหรือจำนวนค่าเสียหายที่ผู้ป่วยเรียกร้องจากแพทย์ซึ่งมีปริมาณสูงกว่าความเสียหายที่ปรากฏขึ้นจริง⁶ โดยมี

³ อนุชา กาศลังกา, "การศึกษาปัญหาแพทย์และบุคลากรทางการแพทย์ สังกัดกระทรวงสาธารณสุขและสำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุขถูกฟ้องเนื่องจากการรักษาพยาบาล," วารสารวิชาการกรมสนับสนุนบริการสุขภาพ, ปีที่ 9, ฉบับที่ 1, น.62 (ตุลาคม 2556 - มกราคม 2557).

⁴ สำนักกรรมการ 3 สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, สรุปผลการดำเนินงาน ปีที่ 5 (มกราคม-ธันวาคม 2555) คณะกรรมการสาธารณสุข วุฒิสภา, 2555, น.16.

⁵ เพ็งอ้วน, น.18.

⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7634/2554 จำเลย (แพทย์) ทำคลอดโดยผิดพลาดเป็นเหตุทำให้หญิงผู้เข้ารับการคลอดและทารกในครรภ์ถึงแก่ความตาย โจทก์ (สามีและบุตรของหญิง) ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากจำเลย (โรงพยาบาลและแพทย์) โดยจำนวนค่าเสียหายที่มีการเรียกร้องกันนั้นสูงถึง 700 ล้านบาท อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาให้จำเลยร่วมกันชดใช้ค่าเสียหายให้กับโจทก์

ทั้งค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงิน เช่น ค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลที่สูญเสียไป ค่ารักษาพยาบาลที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต ค่าขาดรายได้ระหว่างรักษาพยาบาล ค่าสูญเสียความสามารถในการประกอบอาชีพ และค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นเงิน เช่น ค่าเสียหายจากความเจ็บปวดและทุกข์ทรมานจากการทุพพลภาพหรือสูญเสียอวัยวะ ค่าเสียหายทางจิตใจเนื่องจากการสูญเสียบุคคลอันเป็นที่รัก

อย่างไรก็ตาม ผลสรุปของงานวิจัยของต่างประเทศฉบับหนึ่งที่ได้สำรวจผลกระทบของการเพิ่มมากขึ้นของปริมาณคดีทुरुเวชปฏิบัติแสดงให้เห็นว่า การที่ผู้ป่วยเลือกฟ้องร้องดำเนินคดีกับแพทย์นั้นผู้ป่วยไม่ได้มีความประสงค์ที่จะเรียกร้องค่าเสียหายทางแพ่งและไม่ได้ประสงค์ให้แพทย์ต้องรับโทษทางอาญา ซึ่งร้อยละ 60 ของกลุ่มตัวอย่างได้แสดงความเห็นว่าสาเหตุที่ผู้ป่วยเลือกที่จะฟ้องร้องดำเนินคดีกับแพทย์เพราะผู้ป่วยต้องการคำขอโทษและต้องการให้แพทย์อธิบายถึงสาเหตุของความผิดพลาดที่ปรากฏขึ้น ส่วนอีกร้อยละ 11 เห็นว่าเมื่อแพทย์ไม่เคยให้การเยียวยาหรือช่วยบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้น การฟ้องร้องดำเนินคดีจึงเป็นวิธีการเดียวที่จะช่วยทำให้ผู้ป่วยได้รับการเยียวยาความเสียหายอย่างเหมาะสม⁷

ในปัจจุบันปริมาณคดีทुरुเวชปฏิบัติที่เพิ่มมากขึ้นได้ส่งผลกระทบต่อระบบสาธารณสุขของประเทศไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาการขาดแคลนบุคลากรทางการแพทย์ เนื่องด้วยบุคคลที่สนใจและต้องการเข้ารับการศึกษาคือในคณะแพทยศาสตร์มีปริมาณลดน้อยลง⁸ ประกอบกับภายหลังที่พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 มีผลใช้บังคับส่งผลทำให้ปริมาณผู้ป่วยที่เข้ารับการรักษาพยาบาลในโรงพยาบาลของรัฐเพิ่มขึ้นมากกว่าในอดีตอย่างมาก และด้วยปริมาณผู้ป่วยที่เพิ่มมากขึ้นส่งผลกระทบต่อแพทย์ผู้ปฏิบัติหน้าที่ในโรงพยาบาล เพราะทำให้แพทย์หนึ่งรายมี

เป็นเงินทั้งสิ้น 8.3 ล้านบาท ดู "สมิติเวช'แพ็คดี ทำคลอดตาย ฎีกาสั่งชดใช้ 8.3 ล.," (สืบค้นเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2558), จาก <http://www.thairath.co.th/content/233074>

⁷ Making Amends : A Consultation Paper Setting Out Proposals for Reforming the Approach to Clinical Negligence in the NHS, (DH : London, 2003) , p.75. cited in Emily Jackson, *Medical Law: Text, Cases, and Materials*, 2nd ed., (Oxford : Oxford University Press, 2010), pp.100-101.

⁸ ศุภมล ศรีสุขวัฒนา และ สลิลลา สิงห์พันธุ์, "ระบบการช่วยเหลือเบื้องต้นกับการชดเชยความเสียหาย : กรณีได้รับความเสียหายจากการบริการสาธารณสุขของประเทศไทย", ใน *บริหารกฎหมายการแพทย์และสาธารณสุข 2554*, รวบรวมโดย ฉัตรสมุณ พงศ์มิถุนิโย, (กรุงเทพมหานคร : ภาควิชาบริหารสาธารณสุข คณะสาธารณสุขศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหิดล, 2554), น.76.

ภาระหน้าที่ในการดูแลและให้การรักษาพยาบาลผู้ป่วยเพิ่มมากขึ้นจนเป็นเหตุทำให้แพทย์ไม่สามารถใช้ความระมัดระวังในการให้การักษาพยาบาลได้อย่างเหมาะสม กล่าวคือ แพทย์ไม่สามารถใช้ความระมัดระวังได้ตามแนวทางเวชปฏิบัติ (Clinical Practice Guidelines : CPG) เมื่อแพทย์ไม่สามารถใช้ความระมัดระวังได้อย่างเหมาะสมโอกาสที่ความผิดพลาดอาจเกิดขึ้นย่อมมีมากขึ้นตามไปด้วย ด้วยเหตุดังกล่าวจึงทำให้แพทย์มีโอกาสถูกฟ้องร้องดำเนินคดีเพิ่มมากขึ้นเช่นเดียวกัน⁹ นอกจากนี้ปริมาณคดีทุเวชปฏิบัติที่เพิ่มมากขึ้นยังได้ส่งผลกระทบต่อสมาชิกของสังคมโดยรวม เพราะแพทย์ผู้ให้การักษาพยาบาลจำนวนหนึ่งเลือกใช้วิธีการรักษาพยาบาลเกินความจำเป็นเพื่อป้องกันความรับผิดและป้องกันการถูกฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย (Defensive Practice) ตลอดจนถึงเลือกบริหารความเสี่ยงด้วยการทำประกันภัยความรับผิด ซึ่งในท้ายที่สุดค่าเบี้ยประกันภัยที่แพทย์หรือโรงพยาบาลจ่ายให้กับบริษัทรับประกันภัยย่อมกลายมาเป็นต้นทุนของการรักษาพยาบาล จนทำให้อัตราค่ารักษาพยาบาลเพิ่มสูงขึ้นดังที่ได้ปรากฏในปัจจุบัน

ปริมาณคดีทุเวชปฏิบัติที่เพิ่มมากขึ้น¹⁰ ส่วนหนึ่งเป็นผลมาจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้ป่วยและแพทย์ที่เปลี่ยนไปดังที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ซึ่งจากเดิมความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์

⁹ สุธี อยู่สถาพร, "ประเด็นความรับผิดทางแพ่งและเทคนิคการทำสัญญาประกันความรับผิดทางการแพทย์", ในบริหารกฎหมายการแพทย์และสาธารณสุข 2554, รวบรวมโดย ฉัตรสมน พุทธิภิญโญ, (กรุงเทพมหานคร : ภาควิชาบริหารสาธารณสุข คณะสาธารณสุขศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหิดล, 2554), น.94.

¹⁰ ปัจจัยที่ทำให้เกิดการฟ้องร้องระหว่างแพทย์และผู้ป่วยเกิดขึ้นได้หลายสาเหตุ ตัวอย่างเช่น ผลของการรักษาพยาบาลที่ไม่เป็นไปตามความประสงค์ของผู้ป่วย ค่ารักษาพยาบาลที่สูงเพิ่มมากขึ้นโดยเฉพาะในสถานพยาบาลของเอกชนทำให้ผู้ป่วยคาดหวังว่าผลของการรักษาพยาบาลต้องออกมาดีที่สุดและผู้ป่วยต้องหายจากความเจ็บป่วยที่เป็นอยู่ นอกจากนี้ยังเกิดจากปัญหาระหว่างการสื่อสารของเจ้าหน้าที่ของโรงพยาบาลหรือแพทย์กับผู้ป่วย เช่น แพทย์ไม่อธิบายถึงสาเหตุของอาการที่ผู้ป่วยเป็นอยู่ แพทย์ไม่ได้อธิบายถึงวิธีการรักษาพยาบาลหรือความเสี่ยงของผลการรักษาพยาบาลหรือความเจ็บป่วยที่อาจเกิดขึ้นภายหลังจากที่เข้ารับการรักษา ซึ่งบางครั้งความเสียหายเหล่านี้เกิดขึ้นจากสภาพปกติของพยาธิสภาพทำให้เกิดจากความผิดพลาดของการรักษาพยาบาลทางการแพทย์แต่อย่างใด ดู ไพโรจน์ บุญศิริคำชัย, "การชดเชยความเสียหายโดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิดเพื่อคุ้มครองผู้เสียหายจากการรับบริการสาธารณสุข," (ดุสิตนิพนธ์นิติศาสตร์ดุสิตบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ มหวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2555), น.82-95. ; อนุชา กาศลังกา, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น.62-63. ; วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ และ คณะ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*,

และผู้ป่วยเป็นความสัมพันธ์ที่ขึ้นอยู่กับความไว้วางใจ (Fiduciary Duty)¹¹ โดยแพทย์มีหน้าที่ให้การรักษาพยาบาลตามความรู้ความสามารถที่ได้ศึกษาเล่าเรียนมาและต้องเป็นไปตามมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพ อีกทั้งแพทย์ยังมีหน้าที่เลือกใช้วิธีการรักษาและปฏิบัติต่อผู้ป่วยด้วยมาตรฐานที่ดีที่สุดซึ่งตรงกับคำปฏิญาณของ Hippocrates ที่ว่า “แพทย์ต้องทำการรักษาผู้ป่วยอย่างดีที่สุดและต้องปฏิบัติต่อผู้ป่วยเหมือนบิดามารดาปฏิบัติต่อบุตร”¹² ตลอดจนต้องใช้ความรู้ความสามารถเพื่อช่วยเหลือผู้ป่วยให้พ้นจากความเจ็บป่วยที่เป็นอยู่อันสอดคล้องกับข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2526 หมวด 3 ข้อ 1¹³ ในขณะที่ผู้ป่วยเป็นฝ่ายที่ให้ความเคารพและนับถือแพทย์ว่าเป็นผู้ช่วยชีวิต โดยผู้ป่วยทุกคนต่างเชื่อว่าในทุกครั้งที่แพทย์ให้การักษาพยาบาล แพทย์ได้ใช้ความพยายามให้การักษาพยาบาลอย่างสุดความสามารถเพื่อช่วยให้ผู้ป่วยรอดชีวิตและหายจากโรคร้ายไข้เจ็บที่เป็นอยู่ ส่วนผลการรักษาพยาบาลที่ไม่ประสบความสำเร็จและไม่เป็นไปตามความมุ่งหวังนั้นไม่ใช่ความผิดของแพทย์แต่เป็นเพราะเหตุสุดวิสัยหรือเป็นเวรกรรมของผู้ป่วยอย่างหนึ่งเท่านั้น

อย่างไรก็ดีเมื่อสังคมพัฒนาจนเต็มไปด้วยความซับซ้อน อีกทั้งการรักษาพยาบาลกลายเป็นเรื่องธุรกิจพาณิชย์ ทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และผู้ป่วยที่แต่เดิมเป็นความสัมพันธ์ที่ขึ้นอยู่กับความไว้วางใจเปลี่ยนไปเป็นความสัมพันธ์ทางกฎหมายและความสัมพันธ์ทางสัญญา ในระหว่างแพทย์และผู้ป่วยจากที่เคยเป็น “ผู้ให้ความช่วยเหลือ” และ “ผู้รับการช่วยเหลือ” กลับ

น.193-198. ; ญัตติกร ปัทมสิงห์ ณ อยุธยา, "มาตรฐานทางกฎหมายในการแก้ต่างคดี : ศึกษากรณีผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมถูกฟ้อง," เอกสารวิชาการหลักสูตร "ผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง" (บ.ย.ส.) รุ่นที่ 12, (วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2552), น.5-14, 49-51. ; อภิธรรม เวชภูติ, "กระบวนการยุติธรรมเมื่อแพทย์ถูกฟ้องร้อง," เอกสารวิชาการหลักสูตร "ผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง (บ.ย.ส.)" รุ่นที่ 12, (วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2552), น.4-11.

¹¹ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ และ คณะ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น.9.

¹² นพพร โปธิรังสิยากร. "ฎีกาวิเคราะห์การรักษาของแพทย์ที่ดีที่สุดจริงหรือ...ปัญหาข้อกฎหมาย," *ตุลพาห*, เล่มที่ 3, ปีที่ 59, น.196 (2555)

¹³ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2526 หมวด 3 ข้อ 1

“ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องรักษามาตรฐานของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมในระดับที่ดีที่สุด และพยายามให้ผู้ป่วยพ้นจากอาการทรมานจากโรค และความพิการต่าง ๆ โดยไม่เรียกร้องสินจ้าง รางวัลพิเศษนอกเหนือจากค่าบริการที่ควรได้รับตามปกติ”

กลายเป็น “ผู้ให้บริการ” และ “ผู้เข้ารับบริการ”¹⁴ ส่งผลทำให้แพทย์และผู้ป่วยอยู่ในสถานะที่เท่าเทียมกัน ทั้งสองฝ่ายต่างมีสิทธิและหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติต่อกัน¹⁵ กล่าวคือ ผู้ป่วยมุ่งหวังให้แพทย์ทำการรักษาพยาบาลอย่างเต็มความสามารถและเป็นไปตามมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพ อีกทั้งยังคาดหวังว่าแพทย์ต้องเลือกวิธีการและเครื่องมือที่ดีที่สุดในการรักษาพยาบาล ในขณะที่แพทย์และโรงพยาบาลก็มุ่งหวังที่จะได้รับเงินค่ารักษาพยาบาลเป็นค่าตอบแทน จนทำให้ผู้ป่วยจำนวนหนึ่งกังวลว่าการรักษาพยาบาลของแพทย์ไม่ได้เป็นไปเพื่อให้ผู้ป่วยรอดชีวิตหรือเพื่อให้ผู้ป่วยหายจากโรคร้ายไข้เจ็บแต่เป็นไปเพื่อผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจเท่านั้น ดังนั้น ในกรณีที่มีความเสียหายอย่างใดเกิดขึ้นในกระบวนการรักษาพยาบาล เช่น ผู้ป่วยถึงแก่ความตาย สูญเสียอวัยวะจนต้องพิการหรือทุพพลภาพ ผู้ป่วยซึ่งมีสถานะเท่าเทียมกับแพทย์และต้องเสียค่ารักษาพยาบาลในอัตราที่สูงย่อมสันนิษฐานว่าการรักษาพยาบาลที่ไม่ประสบผลสำเร็จเป็นผลมาจากความผิดของแพทย์ หากแพทย์หรือโรงพยาบาลไม่ยินยอมที่จะเยียวยาความเสียหายดังกล่าวผู้ป่วยย่อมเลือกที่จะใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายมากกว่าเลือกที่จะปรับความเข้าใจกับแพทย์เหมือนเช่นที่เคยเกิดขึ้นในอดีต

สาเหตุอีกประการหนึ่งที่ทำให้คดีทุลาเวชปฏิบัติมีปริมาณเพิ่มมากขึ้น เป็นผลมาจากความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ที่ทำให้เกิดวิธีการและเครื่องมือช่วยรักษาพยาบาลที่ทันสมัย ซึ่งทำให้ผู้ป่วยเข้าถึงการรักษาพยาบาลได้ง่าย สะดวก รวดเร็วมากยิ่งขึ้น อีกทั้งยังช่วยทำให้ผลการรักษาพยาบาลเป็นที่น่าพึงพอใจต่อทั้งผู้ป่วยที่เข้ารับการรักษาพยาบาลและแพทย์ผู้ให้การรักษาพยาบาล จนถึงขนาดที่ว่าในปัจจุบันการรักษาพยาบาลที่ไม่เป็นไปตามความมุ่งหวังหรือไม่ประสบผลสำเร็จมีสัดส่วนน้อยกว่าการรักษาพยาบาลที่ประสบผลสำเร็จ ด้วยความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์นี้เอง ผู้เขียนเชื่อว่าเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้ความคาดหวังและความเชื่อของผู้ป่วยที่มีต่อผลการรักษาพยาบาลเปลี่ยนแปลงไป เพราะผู้ป่วยทุกคนต่างเชื่อมั่นว่าเมื่อผู้ป่วยได้เข้ารับการรักษาพยาบาลกับแพทย์แล้วการรักษาพยาบาลต้องประสบผลสำเร็จอย่างแน่นอน¹⁶ หากการรักษาพยาบาลครั้งใดไม่ประสบผลสำเร็จตามที่ผู้ป่วยมุ่งหวัง ผู้ป่วยย่อมสันนิษฐานไว้ก่อนว่าการรักษาพยาบาลที่ไม่ประสบผลสำเร็จเป็นผลมาจากการที่แพทย์ไม่ได้เลือกใช้วิธีการรักษาหรือเครื่องมือช่วยรักษาที่เหมาะสมกับพยาธิสภาพของโรค อันเป็นการรักษาพยาบาลที่ต่ำกว่ามาตรฐานการประกอบวิชาชีพ ผู้ป่วยจำนวนหนึ่งจึงเลือกที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์เพื่อให้มีการพิสูจน์ความจริงในชั้นพิจารณา

¹⁴ อนุชา กาศลังกา, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, น.61.

¹⁵ สาโรจน์ เกษมถาวรศิลป์, *ฟ้องหมอ (ให้ติดคุก) ทำไม?*, (กรุงเทพมหานคร : บริษัทสร้างสรรค์บุ๊คส์ จำกัด, 2552), น.4.

¹⁶ สุธี อยู่สถาพร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9*, น.102.

พิพากษาคดีของศาลว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นผลมาจากความผิดพลาดในกระบวนการรักษาพยาบาลหรือไม่ เพราะอย่างไรก็ดีหน้าที่ในการพิสูจน์ถึงวิธีการรักษาพยาบาลและความระมัดระวังในการรักษาพยาบาลเป็นหน้าที่ของแพทย์ผู้ทำการรักษา¹⁷

ด้วยความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ที่ผู้เขียนได้กล่าวข้างต้น เป็นผลโดยตรงที่ทำให้เกิดคดีทุรเวชปฏิบัติรูปแบบใหม่ซึ่งเป็นการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวกับการเกิด (Birth-Related Medical Malpractice) เพราะเมื่อวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการเกิดมีความเจริญก้าวหน้าอย่างรวดเร็วและให้ผลลัพธ์ที่ถูกต้องแม่นยำมากกว่าในอดีต อาทิ การตรวจด้วยคลื่นความถี่สูง การตรวจด้วยการเจาะถุงน้ำคร่ำหรือการตรวจเลือดทารกในครรภ์ ทำให้ประชาชนต่างมีความคาดหวังว่าแพทย์สามารถช่วยให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ อีกทั้งแพทย์ยังสามารถช่วยให้ชายและหญิงหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือบุตรที่มีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวกับการเกิดเป็นประเด็นพิพาทที่ได้ปรากฏขึ้นในต่างประเทศเป็นระยะเวลายาวนาน และมีแนวโน้มที่จะมีปริมาณเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ ซึ่งบทบัญญัติกฎหมายและแนวทางการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลแต่ละประเทศมีลักษณะที่แตกต่างกันออกไป

แม้การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวกับการเกิดบางรูปแบบยังไม่เคยปรากฏเป็นคดีความขึ้นในประเทศไทย แต่ผู้เขียนเชื่อว่าการฟ้องร้องในลักษณะดังกล่าวมีโอกาสที่จะเกิดขึ้นได้ในอนาคตอันใกล้¹⁸ และเมื่อยังไม่พบว่ามีการศึกษาถึงปัญหาและวิธีการ

¹⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 29

¹⁸ ประเทศไทยพบว่ามีกรณีฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) และการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต (Wrongful Life) ปรากฏในคำพิพากษาศาลจังหวัดพระโขนงคดีหมายเลขแดงที่ 4181/2552 ศาลมีคำพิพากษาว่าการกระทำโดยประมาทของจำเลย (แพทย์) จากการอัลตราซาวด์ไม่ละเอียดรอบคอบทำให้ตรวจไม่พบความพิการของทารกที่ 2 (เด็กที่เกิดขึ้นมาพร้อมความพิการ) และทำให้ทารกที่ 1 (หญิงที่ตั้งครรภ์) ไม่สามารถตัดสินใจว่าจะทำการรักษาพยาบาลต่อไปหรือไม่สามารถเลือกที่จะทำแท้งในกรณีที่ความพิการของทารกในครรภ์ไม่สามารถรักษาพยาบาลได้ การกระทำโดยประมาทของจำเลยเป็นการทำละเมิดต่อทารกทั้งสอง ศาลพิพากษาให้จำเลยชดเชยค่าเสียหายให้แก่ทารกทั้งสอง แบ่งเป็นค่าเสียหายทางจิตใจให้แก่ทารกที่ 1 เป็นเงิน 1 ล้านบาท ค่าขาดรายได้ของทารกที่ 1 เป็นเงิน 1 ล้านบาท ค่าจ้าง

ปรับใช้กฎหมายเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าวอย่างจริงจัง¹⁹ ผู้เขียนจึงเลือกทำการศึกษาปัญหาและแนวทางการแก้ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต โดยศึกษารูปแบบความเสียหายและการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิดทั้งสิ้น 5 รูปแบบ ดังนี้

คนเลี้ยงโจทก์ที่ 2 เป็นเงิน 3 ล้านบาท ค่าอุปกรณ์ช่วยให้โจทก์ที่ 2 สามารถพุงตัวได้ซึ่งจำเป็นต้องเปลี่ยนไปตามวัย เป็นเงิน 5 ล้านบาท ค่ารักษาพยาบาลและค่าผ่าตัดในอนาคตเป็นเงิน 1 ล้านบาท นอกจากนี้ศาลยังได้พิพากษาให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายทางจิตใจต่อโจทก์ที่ 2 เป็นเงิน 1 ล้านบาท รวมเป็นเงินค่าเสียหายทั้งสิ้น 12 ล้านบาท อ้างถึงใน ญาดา รัตนารักษา, "ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน : ศึกษากรณีผิดสัญญา," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552), น.60-62. และดู "ศาลตัดสิน รพ.บำรุงราษฎร์จ่าย 12 ล.วอลเตอร์ลีปมคลอดบุตรพิการ," (สืบค้นเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2558), http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1261735952&grp_id=03

¹⁹ ในวันที่ 19 สิงหาคม พ.ศ. 2555 คณะกรรมการการสอบคัดเลือกบุคคลเข้าเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา ได้นำประเด็นปัญหาทางกฎหมายว่าด้วยการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) และประเด็นปัญหาทางกฎหมายว่าด้วยการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต (Wrongful Life) มาตั้งเป็นแบบทดสอบข้อหนึ่ง โดยคณะกรรมการให้แนวทางการตอบข้อสอบไว้ว่า ในกรณีที่แพทย์ให้การรักษาพยาบาลโดยประมาทจนเป็นเหตุทำให้หญิงไม่ทราบว่าการตั้งครรภ์ในครรภ์พิการ แม้หญิงไม่สามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของทารกในครรภ์ได้โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่หากหญิงทราบข้อเท็จจริงดังกล่าวหญิงสามารถเตรียมความพร้อมที่จะให้กำเนิดบุตรที่พิการ การกระทำโดยประมาทของแพทย์จึงเป็นเหตุทำให้หญิงไม่สามารถตัดสินใจเกี่ยวกับการดำเนินชีวิตได้อย่างเหมาะสม อีกทั้งทำให้หญิงคาดหวังว่าหญิงสามารถให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ การกระทำของแพทย์ดังกล่าวจึงเป็นการชำระหนี้ไม่ถูกต้องและเป็นการผิดสัญญา หญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญา ซึ่งการใช้สิทธิตามกฎหมายลักษณะสัญญาง่ายและเป็นประโยชน์มากกว่าการใช้สิทธิตามกฎหมายลักษณะละเมิด ค่าเสียหายที่หญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ได้แก่ ค่าเสียหายทางจิตใจและค่าเสียหายเนื่องจากความผิดหวัง

ในกรณีที่เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 4 ให้การรับรองและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลเอาไว้ จึงถือได้ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” เป็น “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 อย่างไรก็ตาม บุคคลไม่ว่าจะเกิดมามีร่างกาย

(1) การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ (Wrongful Pregnancy) เป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอันเนื่องมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ในกระบวนการคุมกำเนิด การผ่าตัดทำหมัน²⁰ การทำแท้ง²¹ กระบวนการตรวจสอบการตั้งครรภ์²² เมื่อหญิงคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ไม่ว่าเด็กจะมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์หรือไม่ก็ตาม ชายและหญิงประสงค์ที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ โดยค่าเสียหายที่มีการเรียกร้องกันนั้นประกอบไปด้วย ค่าเสียหายที่เป็นผลโดยตรงมาจากการตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์ อาทิ ค่าใช้จ่ายในการฝากครรภ์ ค่ารักษาพยาบาลระหว่างตั้งครรภ์ ค่าทำคลอด ค่าขาดรายได้ ค่าเสียหายเพื่อความทุกข์ทรมานและความเจ็บปวดระหว่างตั้งครรภ์และคลอดบุตร²³ และค่าเสียหายที่เป็นผลโดยตรงมาจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ อาทิ ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก ค่าใช้จ่ายเพื่อการศึกษาของเด็ก ค่าใช้ในการปรับเปลี่ยนหรือย้ายที่อยู่อาศัยเพื่อให้เหมาะสมกับจำนวนสมาชิกที่เพิ่มมากขึ้น²⁴

การพิจารณาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์หรือไม่ มีประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นหลายประการ ตัวอย่างเช่น (1) การตั้งครรภ์และการคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายต่อสิทธิในร่างกายและอนามัยของหญิงที่ตั้งครรภ์หรือไม่ (2) เมื่อการตั้งครรภ์ไม่ได้เป็นผลโดยตรงมาจากการรักษาพยาบาลที่ผิดพลาด แต่เป็นผลมาจากการที่ชายและหญิงมีความสัมพันธ์ทางเพศจนนำไปสู่การปฏิสนธิและการเกิดของเด็ก กฎหมายควรยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์หรือไม่ อีกทั้งการพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของชายและหญิงควรเป็นเช่นใด (3) ในกรณีที่เด็กเกิดขึ้นมา

สมบูรณ์แข็งแรงหรือพิการต่างก็มีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่เท่าเทียมกัน ดังนั้น เด็กที่เกิดมาพิการจะกล่าวอ้างว่าการที่ตนเกิดมาพิการเป็นการทำให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของตนลดน้อยลงไม่ได้ ดู รวมคำบรรยาย, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ภาคหนึ่ง สมัยที่ 67 ปีการศึกษา 2557, เล่มที่ 13 การบรรยายครั้งที่ 3 วันจันทร์ที่ 20 สิงหาคม 2555, น.83-88. และดูภาคผนวก ก

²⁰ Cockrum v Baumgartner, 425 N.E.2d 968 (Ill. 1981) ; Troppi v Scarf, 187 N.W.2d 511 (Mich.1971)

²¹ Miller v Johnson, 343 S.E.2d 301 (Va.1986)

²² Rinard v Biczak, 441 N.W.2d 411 (Mich 1989)

²³ Walter Van Greven, Tort Law Cases, Materials and Text on National, Supranational and International, (Oregon: Oxford and Portland, 2000), pp.93-95.

²⁴ Udale v Bloomsbury Area Health [1983] 2 All ER 522.

สุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์การเกิดของเด็กเป็นความเสียหายตามกฎหมายหรือไม่ หากข้อเท็จจริงเปลี่ยนแปลงไปโดยเด็กเกิดขึ้นมามีร่างกายพิการอย่างร้ายแรง สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของชายและหญิงจะเปลี่ยนแปลงไปหรือไม่ (4) เมื่อหญิงทราบถึงการตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์หญิงมีหน้าที่เยียวยาความเสียหายด้วยการเข้ารับการทำแท้ง หรือชายและหญิงมีหน้าที่เยียวยาความเสียหายด้วยการยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่นหรือไม่ (5) ในปัจจุบันหญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่การตั้งครรภ์เกิดขึ้นจากการผ่าตัดทำหมันที่ผิดพลาดได้โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ (6) การยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ส่งผลกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือขัดต่อนโยบายสาธารณะหรือไม่

เมื่อพิจารณาแนวการพิพากษาพิพาทคดีของศาลต่างประเทศต่อปัญหาว่าด้วยการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์สามารถแบ่งได้เป็น 2 กลุ่ม ดังนี้

กลุ่มที่ 1 อาทิ ประเทศอังกฤษ²⁵ ประเทศฝรั่งเศส²⁶ และบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา²⁷ เห็นว่า ในกรณีที่มีความผิดพลาดเกิดขึ้นในกระบวนการผ่าตัดทำหมันหรือการทำแท้งเฉพาะแต่การตั้งครรภ์และการคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เท่านั้นที่เป็นความเสียหายตามกฎหมาย ส่วนการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ไม่เป็นความเสียหายตามกฎหมายเพราะการเกิดของเด็กที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์เป็นเรื่องที่น่ายินดีและเป็นประโยชน์ต่อชายและหญิง ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรเท่านั้น แต่ไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก

²⁵ *McFarlane v Tayside Health Board* [2000] 2 AC 59. see Walter Van Greven, *supra note 23*, p.94.

²⁶ *Cour de Cass. Civ. 1 re 25 June 1991 D.1991.566* see B.S. Markesinis and H. Unberath, *The German Law of Torts: A Comparative Treatise*, 4th ed., (Oregon : Hart Publishing, 2002), p.201.

²⁷ Wendy F. Hensel, "The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions " *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, Volume.40, pp.141-195 (2005)

ในขณะที่บางมลรัฐของประเทศออสเตรเลีย²⁸และประเทศสหรัฐอเมริกา²⁹ เห็นว่าเพื่อป้องกันปัญหาการตีความและความไม่ชัดเจนของกฎหมาย ฝ่ายนิติบัญญัติจึงตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรห้ามมิให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่เด็กเกิดขึ้นมา มีร่างกายพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง แนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลจะเปลี่ยนแปลงไป เพราะศาลยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเฉพาะในส่วนที่เพิ่มมากขึ้นจากความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็ก แม้ความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กจะไม่ได้เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ก็ตาม แต่เมื่อแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดทำหมันหรือแพทย์ผู้ทำแท้งสามารถคาดเห็นได้ว่าหญิงมีโอกาสให้กำเนิดบุตรที่พิการ ความเสียหายดังกล่าวจึงเป็นความเสียหายที่ไม่ไกลกว่าเหตุ³⁰

กลุ่มที่ 2 อาทิ ประเทศเยอรมนี³¹ ประเทศเนเธอร์แลนด์ บางมลรัฐของประเทศออสเตรเลีย³² และประเทศสหรัฐอเมริกา³³ เห็นว่าความผิดพลาดของแพทย์ที่ทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นการละเมิดต่อสิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเอง สิทธิในการจำกัดขนาดของครอบครัว สิทธิในการเลือกของชายและหญิง และหากชายและหญิงมีความสัมพันธ์ทาง

²⁸ Civil Liability Act 2002 (NSW) sections 70 and 71, Civil Liability Act 1936 (as amended) (SA) section 67, Civil Liability Act 2003 (Qld) sections 49A and 49B (2) see Margaret Fordham, "An Ivf Baby and a Catastrophic Error-Actions for Wrongful Conception and Wrongful Birth Revisited in Singapore-Acb v Thomson Medical Pte Ltd and Others," Singapore Journal of Legal Studies, footnote 7, pp.1-2 (2015)

²⁹ Adam A Milani, "Better Off Dead Than Disabled: Should Courts Recognize a Wrongful Living Cause of Action When Doctors Fail to Honor Patients' Advance Directives," Washington and Lee Law Review, Volume 54, note 240, pp.197-198 (1997)

³⁰ Parkinson v St James and Seacroft University Hospital NHS trust [2001] EWCA Civ 530, [2002] QB 266.

³¹ B.S. Markesinis and H. Unberath, *supra note 26*, p.201.

³² Ces v Superclinics Aust. Pty Ltd, (1995) Aust. Torts Rep. 81. and Cattanach v Melchior [2003] 215 CLR 1 see Anna Walsh and Carly Meagher. "Update on Wrongful Life and Wrongful Birth Actions," Health Law Bulletin, volume 13, p.118 (2005)

³³ Stribling v De Quevedo, 422 A.2d 239 (Pa.1980) ; Pitre v Opelousas Gen.Hosp.530 So.2d 1511 (La.1988).

สัญญาเกี่ยวกับแพทย์ความผิดพลาดทางการแพทย์ดังกล่าวย่อมเป็นการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้อง ชายและหญิง จึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทั้งปวงที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทาง การแพทย์ซึ่งรวมถึงค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจนกว่าเด็กจะบรรลุนิติภาวะ โดยไม่คำนึงว่าชายและ หญิงจะใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือกฎหมายลักษณะสัญญา

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายไทยพบปัญหาทางกฎหมายปรากฏขึ้น กล่าวคือ กรณีที่ชาย และหญิงใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด การกระทำของแพทย์ที่ทำให้ หญิงตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์ อีกทั้งทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่ประสงค์ เป็นการทำให้ ละเมิดต่อสิทธิตามกฎหมายของชายและหญิงหรือไม่ หากการกระทำดังกล่าวเป็นการทำละเมิดต่อ ชายและหญิง การกระทำดังกล่าวเป็นความเสียหายต่อสิทธิประเภทใด อนึ่ง สิทธิในการกำหนด อนาคตของตนเอง สิทธิจำกัดขนาดครอบครัว สิทธิในการเลือก เป็น “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 หรือไม่ นอกจากนี้ กรณีที่เฉพาะแต่ชายหรือ หญิงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้เข้ารับการรักษาพยาบาลกับแพทย์ ชายหรือหญิงอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็น บุคคลภายนอกมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ด้วยหรือไม่

กรณีที่ชายและหญิงใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญาพบ ปัญหาทางกฎหมายที่ควรพิจารณาเช่นกัน กล่าวคือ หากความเสียหายเป็นผลมาจากความผิดพลาดใน กระบวนการทำแท้ง สัญญาทำแท้งระหว่างหญิงและแพทย์เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมาย ลายลักษณ์อักษรหรือไม่ และหากการตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหาย ตามกฎหมาย บรรดาค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการตั้งครรภ์และค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเป็น ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นได้ตามปกติจากการไม่ชำระหนี้ซึ่งหญิงและชายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 215 ประกอบมาตรา 222 หรือไม่

(2) การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่มีร่างกายพิการ (Wrongful Birth) เป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายอันเนื่องมาจากความผิดพลาดในกระบวนการตรวจวิเคราะห์ ความเสี่ยงของการตั้งครรภ์ ความผิดพลาดในการให้คำแนะนำทางพันธุศาสตร์ ความผิดพลาดใน กระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์หรือความผิดพลาดในการตรวจสุขภาพของทารกใน ครรภ์ โดยความผิดพลาดดังกล่าวทำให้เกิดความเสียหายอย่างน้อย 3 ประการ กล่าวคือ

ประการที่ 1 ทำให้ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงการตั้งครรภ์และไม่สามารถป้องกันการ ให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง

ประการที่ 2 ทำให้ชายและหญิงไม่สามารถเลือกและเสียโอกาสที่จะให้กำเนิดบุตรที่มี สุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ด้วยวิธีการช่วยการเจริญพันธุ์แทนการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการ ธรรมชาติ

ประกาศที่ 3 ทำให้หญิงไม่สามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งหากพบว่าทารกในครรภ์พิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง

เมื่อความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นเหตุทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง ชายและหญิงย่อมประสงค์ที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ โดยค่าเสียหายที่มีการเรียกร้องกันนั้นประกอบไปด้วยค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงิน³⁴ กล่าวคือ ประเภทที่ 1 ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน อาทิ ค่าเสียหายทางจิตใจของชายและหญิงที่พบว่าเด็กเกิดขึ้นพร้อมความพิการและผลกระทบทางจิตใจที่เกิดขึ้นตลอดระยะเวลาที่ชายและหญิงเลี้ยงดูเด็กที่พิการ ประเภทที่ 2 ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงิน อาทิ ค่าใช้จ่ายตามปกติในการเลี้ยงดูเด็ก ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กในส่วนที่เพิ่มมากขึ้นจากปัญหาสุขภาพของเด็ก ค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลที่จำเป็นทั้งในปัจจุบันและอนาคต ค่าจ้างพยาบาลหรือพี่เลี้ยงเด็ก ค่าขาดรายได้ของชายหรือหญิงที่ต้องลาออกจากงานเพื่อมาเลี้ยงดูเด็ก³⁵

การพิจารณาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือไม่ มีประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นหลายประการ ตัวอย่างเช่น (1) เมื่อความพิการของเด็กเกิดขึ้นเองตามธรรมชาติหรือเป็นผลมาจากความผิดปกติของพันธุกรรม กฎหมายควรยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์หรือไม่ นอกจากนี้ กรณีที่กฎหมายยินยอมให้หญิงและชายฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ การพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลควรเป็นเช่นใด (2) กรณีที่หญิงไม่มีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของทารกได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เป็นเหตุทำให้หญิงเสียโอกาสที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้งจึงไม่เป็นความเสียหายตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม อาจมีปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปอีกว่าหญิงสามารถอ้างได้หรือไม่ว่าความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นเหตุทำให้หญิงเสียสิทธิที่จะเลือกเดินทางไปทำแท้งในต่างประเทศ (3) กรณีที่กฎหมายเห็นว่าการให้กำเนิดบุตรที่พิการเป็นความเสียหายตามกฎหมาย กฎหมายดังกล่าวขัดต่อหลักศักดิ์ศรีและคุณค่าความเป็นมนุษย์หรือไม่

แม้ปัญหาทางกฎหมายที่ปรากฏข้างต้นมีลักษณะคล้ายกับปัญหาที่ปรากฏขึ้นในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ (Wrongful Pregnancy) แต่แนว

³⁴ Anthony Jackson, "Action for Wrongful Life, Wrongful Pregnancy, and Wrongful Birth in the United States and England," Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, Volume 17, Issue 3, p.592 (1994)

³⁵ Blake v Cruz 698 P.2d 315 (Idaho 1984) ; Eisbrenner v Stanley 308 N.W. 2d 209 (Mich.1981)

การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศที่มีต่อรูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทั้งสองกลับมีลักษณะที่แตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง เพราะเมื่อพิจารณาในประเทศอังกฤษ³⁶ ประเทศสหรัฐอเมริกา³⁷ ประเทศเยอรมนี³⁸ ประเทศสิงคโปร์³⁹ ประเทศอิสราเอล⁴⁰ ศาลในประเทศดังกล่าวมีความเห็นตรงกันว่า ในกรณีที่ความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นเหตุทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการ การกระทำของแพทย์เป็นการละเมิดต่อสิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเอง สิทธิที่จะหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการของชายและหญิง ตลอดจนเป็นการละเมิดต่อสิทธิในการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งของหญิง ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์เพื่อความเสียหายทั้งปวงที่เป็นผลมาจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายไทยพบปัญหาที่ควรพิจารณา กล่าวคือ กรณีที่ชายและหญิงใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด การกระทำของแพทย์ที่ทำให้ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือไม่สามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเป็นการทำละเมิดต่อสิทธิตามกฎหมายของชายและหญิงหรือไม่ หากการกระทำดังกล่าวเป็นการทำละเมิดต่อสิทธิของชายและหญิงการกระทำดังกล่าวเป็นความเสียหายต่อสิทธิประเภทใด อนึ่ง สิทธิในการหลีกเลี่ยงและป้องกันกรให้กำเนิดบุตรที่พิการ สิทธิเลือกที่จะเข้ารับบริการช่วยการเจริญพันธุ์แทนการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการธรรมชาติหรือสิทธิที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้งเป็น “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 หรือไม่ นอกจากนี้ หากพิจารณาประมวล

³⁶ Rand v East Dorest HA [2000] Lloyd’s Rep.Med.181. ; Hardman v Amin [2000] Lloyd’s Rep.Med.498.

³⁷ Robak v United States 658 F.2d 471 (7th Cir. 1981) ; Berman v Allan 80 N.J. 421 [404 A.2d 8, 13-15] (1979) and Neil A. Holtzman and Michael S. Watson, “Promoting Safe and Effective Genetic Testing in the United States,” (Retrieved on 10 November 2015), from [http:// biotech. law. lsu. edu/ research/fed/tfsgt](http://biotech.law.lsu.edu/research/fed/tfsgt)

³⁸ Bundesgerichtshof 18 January 1983, VI ZR 114/81 and Bundesgerichtshof 16 November 1993, VI ZR 105/92

³⁹ JU and another v Tho Kai Yin see Margaret Fordham, *supra note 28*, p.2.

⁴⁰ A. Tankelvitich (deceased), I Tankelvitich, and Y Tankelvitich v Kupat Holim Maccabi, the State of Israel, and F Gotkin, Jerusalem District Court, 1356/97, March 21, 2001. see R. Hakimian, "Caveat Doctor: Medical Negligence and Genetic Testing, "Genetics Law Monitor," Volume 2, p.7 (2001).

กฎหมายอาญา มาตรา 305 นักกฎหมายจำนวนมากมีความเห็นว่าหญิงจะมีสิทธิเลือกเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายต่อเมื่อการตั้งครรภ์เกิดจากการกระทำความผิดอาญาหรือการตั้งครรภ์ส่งผลกระทบต่อสุขภาพกายของหญิงเท่านั้น การทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพทางจิตหรือสุขภาพของทารกจึงเป็นการทำแท้งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ด้วยเหตุดังกล่าวกฎหมายจึงไม่อาจยินยอมให้หญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ เพราะกฎหมายไม่อาจยินยอมให้มีการกล่าวอ้างว่าเพราะการกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นเหตุทำให้หญิงเสียสิทธิที่จะเลือกกระทำในสิ่งที่กฎหมายได้บัญญัติให้เป็นความผิด

กรณีที่ชายและหญิงใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญามีปัญหาเกิดขึ้นว่า เมื่อนักกฎหมายส่วนมากเห็นว่าสัญญาเข้ารับการทำแท้งเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามขัดแย้งด้วยกฎหมาย ย่อมส่งผลทำให้หญิงและชายไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เกี่ยวข้องกับความผิดพลาดในกระบวนการทำแท้ง แต่หากความผิดพลาดทางการแพทย์ไม่เกี่ยวข้องกับการทำแท้ง แต่เป็นความผิดพลาดในกระบวนการตรวจสุขภาพก่อนสมรสหรือก่อนตั้งครรภ์หรือเป็นความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผลทางกฎหมายจะแตกต่างกันหรือไม่

อนึ่ง หากกฎหมายเห็นว่าการให้กำเนิดบุตรที่พิการเป็นความเสียหายตามกฎหมายยังมีปัญหาเกิดขึ้นว่าค่าเสียหายประเภทใดบ้างที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ กล่าวคือ ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเฉพาะที่เพิ่มมากขึ้นจากปัญหาสุขภาพของเด็กหรือมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติได้อีกด้วย นอกจากนี้เมื่อการตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตรเป็นไปตามความประสงค์ของชายและหญิง ชายและหญิงจะยังมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรเช่นเดียวกับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์หรือไม่

(3) การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต (Wrongful Life) ในกรณี ที่ความผิดพลาดทางการแพทย์ไม่ได้เป็นเพียงเหตุทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการ แต่การกระทำดังกล่าวยังทำให้เด็กที่พิการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตแทนที่จะไม่ได้เกิด มีปัญหาเกิดขึ้นว่าเด็กที่เสียโอกาสที่จะไม่ได้เกิดหรือเสียโอกาสที่จะถูกทำแท้งอันเป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดหรือไม่ เพราะในกรณีที่ปราศจากความผิดพลาดทางการแพทย์เด็กจะไม่ต้องเกิดขึ้นมาเพื่อทุกข์ทรมานกับความเจ็บปวดเพราะเหตุที่มีร่างกายพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง อีกทั้งยังไม่ต้องเผชิญกับความยากลำบากในการดำเนินชีวิตอีกด้วย

เมื่อเด็กเห็นว่าการไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นเรื่องที่มีคุณค่าและน่ายินดีมากกว่าการที่เด็กต้องเกิดขึ้นมาพิการ เด็กจึงต้องการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์เพื่อความเสียหายอันเป็นผล

โดยตรงมาจากการได้เกิด โดยค่าเสียหายที่มีการเรียกร้องกันนั้นแบ่งได้เป็น 2 ประเภท กล่าวคือ ประเภทที่ 1 ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงิน อาทิ ค่าใช้จ่ายอันเป็นผลโดยตรงมาจากความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็ก ค่าใช้จ่ายทางการศึกษาและค่าใช้จ่ายในการดำเนินชีวิต โดยค่าเสียหายเหล่านี้เป็นค่าเสียหายที่อยู่นอกเหนือจากสิทธิเรียกร้องที่หญิงและชายมีต่อแพทย์⁴¹ และ ประเภทที่ 2 ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน อาทิ ค่าเสียหายจากความเจ็บปวดทุกข์ทรมานอันเป็นผลโดยตรงมาจากความพิการและความยากลำบากในการดำเนินชีวิตและค่าเสียหายเพื่อความเศร้าโศกเสียใจจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต

การพิจารณาว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตหรือไม่ มีประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นหลายประการ อาทิ เมื่อความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กเกิดขึ้นเองตามธรรมชาติหรือเป็นผลมาจากความผิดปกติทางพันธุกรรม การช่วยป้องกันหรือเยียวยาไม่ให้เด็กต้องทุกข์ทรมานจากความพิการสามารถทำได้ด้วยวิธีการเดียวคือการป้องกันหรือการหลีกเลี่ยงการเกิดของเด็ก เมื่อความผิดพลาดทางการแพทย์ไม่ได้เป็นเหตุโดยตรงที่ทำให้เด็กพิการหรือทำให้เด็กมีปัญหาสุขภาพ ในทางกลับกันความผิดพลาดทางการแพทย์ต่างหากที่ช่วยทำให้เด็กมีโอกาสได้เกิดขึ้นมามีชีวิต จึงควรเป็นเรื่องที่น่ายินดีหรือเป็นประโยชน์หรือไม่ที่แพทย์ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพ เพราะการกระทำดังกล่าวของแพทย์ช่วยทำให้เด็กได้เกิดขึ้นมามีชีวิตแทนที่เด็กจะไม่ได้รับการปฏิสนธิหรือแทนที่เด็กจะถูกทำแท้ง ในกรณีที่สามารถพิจารณาได้ว่าการที่แพทย์ให้การรักษายาบาลต่ำกว่ามาตรฐานการประกอบวิชาชีพเป็นเรื่องที่น่ายินดี ย่อมนำไปสู่ปัญหาที่ว่าสังคมควรสนับสนุนให้แพทย์ให้การรักษายาบาลโดยประมาทเพื่อช่วยเพิ่มโอกาสให้เด็กได้เกิดขึ้นมามีร่างกายพิการอย่างร้ายแรงหรือช่วยทำให้เด็กเกิดขึ้นมาพร้อมกับปัญหาสุขภาพหรือไม่ นอกจากนี้ความน่ายินดีที่เป็นผลมาจากการรักษายาบาลโดยประมาทที่ได้กล่าวข้างต้นเป็นความน่ายินดีเฉพาะแต่เด็กหรือเป็นความน่ายินดีของชายและหญิงที่ไม่ต้องการและพยายามหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการอีกด้วย เพราะถ้าความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นเรื่องที่น่ายินดีต่อชายและหญิงด้วยแล้ว ชายและหญิงย่อมไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ

นอกเหนือจากปัญหาทางกฎหมายที่ได้กล่าวข้างต้น พบว่ามีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นอีกด้วยว่ากฎหมายควรให้ความคุ้มครองและรับรองให้มนุษย์มี “สิทธิที่จะไม่ได้เกิด” หรือไม่ กล่าวคือรับรองว่ามนุษย์มีสิทธิที่จะเกิดขึ้นมามีชีวิตต่อเมื่อมนุษย์สามารถเกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์เท่านั้น หากกฎหมายเห็นว่าสิทธิดังกล่าวมีอยู่จริงกฎหมายสามารถพิจารณาได้อย่างไรว่า

⁴¹ Curlender v Bio-Science Laboratories (1980) 106 Cal.App.3d 811 [165 Cal.Rptr.477]

มนุษย์คนใดสมควรเกิดและมนุษย์คนใดไม่สมควรได้เกิดขึ้นมามีชีวิต อีกทั้งกฎหมายสามารถเปรียบเทียบคุณค่าระหว่างการที่มนุษย์ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตกับการที่มนุษย์ไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตได้หรือไม่ว่าคุณค่าของเหตุการณ์ใดมีมากกว่ากัน ในกรณีที่กฎหมายไม่สามารถเปรียบเทียบคุณค่าระหว่างการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตกับการไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตได้ กฎหมายไม่สามารถกล่าวได้เลยว่าการไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นเรื่องที่ดีกว่าการได้เกิด อีกทั้งกฎหมายไม่สามารถกล่าวได้ว่าการที่เด็กเสียโอกาสที่จะไม่ได้เกิดและต้องเกิดขึ้นมาเป็นการเป็นความเสียหายตามกฎหมาย

ในกรณีที่กฎหมายรับรองว่าเด็กมีสิทธิที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต อีกทั้งยังเห็นว่าการที่เด็กเสียโอกาสที่จะไม่ได้เกิดและต้องเกิดขึ้นมาเป็นการเป็นความเสียหายตามกฎหมาย กฎหมายจะมีวิธีการเยียวยาความเสียหายอย่างไรให้กับเด็กเพื่อช่วยให้เด็กได้กลับคืนสู่สถานะเสมือนหนึ่งว่าไม่มี ความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้น ซึ่งก็คือการทำให้เด็กได้กลับคืนสู่สถานะเสมือนหนึ่งว่าเด็กไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต กฎหมายสามารถประเมินได้หรือไม่ว่าการกลับคืนสู่สถานะที่เต็มไปด้วยความว่างเปล่าจะต้องใช้เงินจำนวนมากเพียงใดหรือมีวิธีการเยียวยาอื่นใดที่สามารถช่วยทำให้เด็กสามารถกลับคืนสถานะเช่นนั้น และในกรณีที่การได้เกิดขึ้นมามีชีวิตของเด็กไม่ได้เป็นผลมาจากความผิดพลาดของแพทย์แต่เป็นผลมาจากการตัดสินใจของชายและหญิงบิดามารดา กล่าวคือ แพทย์ตรวจพบว่าชายและหญิงมีโอกาสให้กำเนิดบุตรที่มีร่างกายพิการหรือตรวจพบว่าทารกในครรภ์พิการ แม้ชายและหญิงจะทราบผลการตรวจดังกล่าวแต่ชายและหญิงเลือกที่จะให้กำเนิดบุตรหรือเลือกที่จะไม่เข้ารับการทำแท้ง ภายหลังจากที่เด็กเกิดขึ้นมาชีวิตเด็กจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากชายและหญิงได้หรือไม่ ถ้ากฎหมายยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์มีเหตุผลอันสมควรหรือไม่ที่กฎหมายจะไม่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากชายและหญิงด้วยเหตุผลเพียงว่าชายและหญิงเป็นบิดามารดาของเด็ก

เมื่อพิจารณาแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศพบว่า ศาลประเทศอังกฤษ⁴² ประเทศออสเตรเลีย⁴³ ประเทศเยอรมนี⁴⁴ ประเทศออสเตรเลียและบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาเห็นว่ากฎหมายไม่เคยรับรองว่ามนุษย์มี “สิทธิที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต” อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศฝรั่งเศส ประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศอิสราเอลและบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาพบว่ากฎหมายไม่เพียงแต่ยินยอมให้หญิงและชายฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) เท่านั้น แต่กฎหมายยัง

⁴² McKay v Essex Area Health Authority [1982] 1 Q.B. 1166.

⁴³ Waller v James ; Waller v. Hoolahan, (2004) [2004] NSWCA 93.

⁴⁴ BGH, 18 Jan 1983 (VZR 114/81) BGHZ 86, 240.

ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตอีกด้วย เพราะเมื่อสิทธิที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นสิทธิเฉพาะตัวของเด็ก เด็กจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแยกต่างหากจากชายและหญิงบิดามารดา

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายไทยพบปัญหาที่ควรพิจารณา กล่าวคือ กรณีที่เด็กใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดการกระทำของแพทย์ที่ทำให้เด็กเสียโอกาสที่จะไม่ได้รับการปฏิสนธิหรือเสียโอกาสที่จะถูกทำแท้งเป็นการทำละเมิดต่อเด็กหรือไม่ หากการกระทำดังกล่าวเป็นการทำละเมิดต่อเด็ก การกระทำดังกล่าวเป็นความเสียหายต่อสิทธิประเภทใด อนึ่ง สิทธิที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต สิทธิที่ควรถูกทำแท้ง สิทธิที่จะไม่ถูกเลือกหรือสิทธิที่จะได้เกิดขึ้นมาต่อเมื่อมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์เป็น “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 หรือไม่

กรณีที่เด็กใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญามีปัญหาที่ต้องพิจารณาว่าเมื่อสัญญาเข้ารับการรักษายาบาลเกิดขึ้นก่อนที่มีการปฏิสนธิหรือเกิดขึ้นระหว่างที่เด็กเป็นทารกในครรภ์ ด้วยสถานะดังกล่าวเด็กจึงยังไม่สามารถแสดงเจตนาเพื่อเข้าผูกนิติสัมพันธ์กับแพทย์ได้คงมีเพียงชายและหรือหญิงเท่านั้นที่เป็นคู่สัญญากับแพทย์ จึงนำมาสู่ปัญหาที่ว่าภายหลังที่เด็กคลอดออกมามีชีวิตแล้วนั้นเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญาด้วยหรือไม่ อีกทั้งสามารถพิจารณาได้หรือไม่ว่าสัญญาเข้ารับการรักษายาบาลระหว่างชายและหรือหญิงกับแพทย์เป็นสัญญาประเภทหนึ่งที่มีวัตถุประสงค์มุ่งคุ้มครองประโยชน์ของทารกในครรภ์ กล่าวคือนอกจากแพทย์มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้ต่อชายและหรือหญิงคู่สัญญาแล้ว แพทย์ยังมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังเพื่อไม่ทำให้เด็กได้รับความเสียหายอีกด้วย ในกรณีที่พิจารณาได้ว่าสัญญาเข้ารับบริการทางการแพทย์เป็นสัญญาที่มุ่งคุ้มครองประโยชน์และป้องกันไม่ให้เกิดที่กำลังจะเกิดขึ้นมาในอนาคตได้รับความเสียหาย สัญญาดังกล่าวอาจเข้าลักษณะของสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 374 เมื่อสัญญาเข้ารับการรักษายาบาลระหว่างชายและหรือหญิงกับแพทย์เป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก โดยมีเด็กเป็นบุคคลภายนอกผู้รับประโยชน์แห่งสัญญา เด็กย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทั้งปวงที่เป็นผลโดยปกติจากการที่แพทย์ชำระหนี้ไม่ถูกต้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 215 ประกอบมาตรา 222

(4) การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล (Preconception/Prenatal injury) และการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารก (Fetal Wrongful Death)

ความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เป็นเหตุทำให้ทารกได้รับความเสียหายหรือเป็นเหตุทำให้ทารกถึงแก่ความตายอาจเกิดขึ้นได้หลายช่วงเวลา ดังนี้

1) ความผิดพลาดทางการแพทย์ก่อนมีการปฏิสนธิ (Preconception) ตัวอย่างเช่น แพทย์ใช้วิธีการทางรังสีโดยประมาทจนทำให้โครโมโซมเซลล์สืบพันธุ์ของหญิงและชายเกิดการเปลี่ยนแปลง แพทย์นำเลือดที่ปนเปื้อนโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ เช่น โรคเอดส์ โรคซิฟิลิส มาใช้ในกระบวนการรักษาพยาบาลหรือแพทย์ไม่ได้ตรวจสอบประวัติการได้รับวัคซีนป้องกันโรคก่อนที่หญิงตั้งครรภ์ ด้วยการกระทำโดยประมาทดังกล่าวในท้ายที่สุดเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงไม่สามารถให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ จึงทำให้เกิดปัญหาทางกฎหมายว่าเด็กที่เสียโอกาสที่จะได้รับการปฏิสนธิในสภาพแวดล้อมที่เหมาะสม อีกทั้งเสียโอกาสที่จะได้เกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิหรือไม่

2) ความผิดพลาดทางการแพทย์ระหว่างกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ (Ex-Utero) ตัวอย่างเช่น ในระหว่างกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์แพทย์กระทำการโดยประมาทจนเป็นเหตุทำให้เซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนได้รับความเสียหาย หรือแพทย์เลือกหรือตรวจคัดกรองเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนโดยประมาท โดยเลือกเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนที่พิการเข้าสู่การปฏิสนธิหรือนำกลับเข้าสู่โพรงมดลูกของหญิง ภายหลังที่เด็กเกิดขึ้นมาพิการหรือเป็นโรคทางพันธุกรรม มีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นว่าเด็กที่ได้รับความเสียหายจากความผิดพลาดที่เกิดขึ้นในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์หรือไม่

3) ความผิดพลาดทางการแพทย์ระหว่างหญิงตั้งครรภ์และระหว่างที่ทารกอยู่ในครรภ์ (In Utero) หรือระหว่างคลอด (During Birth) ตัวอย่างเช่น แพทย์ตรวจและให้การักษาพยาบาลหญิงที่ตั้งครรภ์โดยประมาท เช่น แพทย์เจาะถุงน้ำคร่ำในช่วงระยะเวลาที่ไม่เหมาะสมหรือเจาะถุงน้ำคร่ำมากกว่าปกติ แพทย์ใช้ยารักษาโรคที่มีผลข้างเคียงต่อทารกในครรภ์หรือแพทย์เลือกวิธีการคลอดและอุปกรณ์ช่วยคลอดโดยประมาท ภายหลังที่เด็กเกิดขึ้นมาพิการหรือเกิดขึ้นมามีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง มีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์หรือไม่

นอกจากนี้ในกรณีที่ความผิดพลาดทางการแพทย์ไม่ได้เป็นเพียงเหตุที่ทำให้เด็กเกิดขึ้นมาพิการหรือเกิดขึ้นมาพร้อมกับปัญหาสุขภาพแต่ทำให้ทารกถึงแก่ความตาย มีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นว่าชายและหญิงบิดามารดามีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารก อาทิ ค่าปลงศพ

และค่าใช้จ่ายอันจำเป็นอื่นๆ ตลอดจนมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าขาดไร้อุปการะที่คาดว่าจะได้รับภายหลังที่เด็กคลอดออกมามีชีวิตหรือไม่

ในปัญหาทางกฎหมายที่ว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนที่มีการปฏิสนธิ ระหว่างกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ หรือระหว่างที่หญิงตั้งครรภ์หรือไม่นั้น⁴⁵ เมื่อพิจารณากฎหมายและแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศแคนาดา ประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศสพบว่า กฎหมายของประเทศดังกล่าวได้วางหลักเกณฑ์เอาไว้ว่าบุคคลไม่ได้มีเพียงหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อบุคคลอื่นที่มีสภาพบุคคลตามกฎหมายแล้วเท่านั้น แต่กฎหมายยังกำหนดให้บุคคลมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังและงดเว้นจากการกระทำอย่างใดๆ อันอาจเป็นเหตุทำให้มนุษย์ที่กำลังจะได้รับการปฏิสนธิหรือที่กำลังจะเกิดขึ้นมาในอนาคตได้รับความเสียหายอีกด้วย ดังนั้น แม้ความเสียหายจะเป็นผลมาจากการทำละเมิดก่อนที่มนุษย์ได้รับการปฏิสนธิหรือก่อนที่มนุษย์มีสภาพบุคคล หากความเสียหายดังกล่าวเป็นผลโดยตรงมาจากการทำละเมิด ภายหลังที่เด็กคลอดออกมามีชีวิตเด็กย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดได้เสมือนหนึ่งว่าการทำละเมิดเกิดขึ้นภายหลังที่เด็กได้มีสภาพบุคคลตามกฎหมายแล้ว

ในกรณีที่มีความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นเหตุทำให้ทารกถึงแก่ความตายก่อนมีสภาพบุคคล พบว่ามีเพียงประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษเท่านั้นที่กฎหมายยินยอมให้ชายและหญิงบิดามารดาฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด ในประเทศสหรัฐอเมริกากฎหมายยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าขาดไร้อุปการะและค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน โดยหลักเกณฑ์การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของแต่ละมลรัฐมีลักษณะที่แตกต่างกันไปโดยอาศัยพัฒนาการ อายุ และความสามารถในการมีชีวิตของทารก (Viability) เป็นเกณฑ์จำแนกสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย⁴⁶ แบ่งได้ 3 กลุ่ม กล่าวคือ กลุ่มที่ 1 กฎหมายกำหนดให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายต่อเมื่อทารกตายหลังมีสภาพบุคคลตามกฎหมายแล้วเท่านั้น⁴⁷ กลุ่มที่ 2 กฎหมาย

⁴⁵ Sheila A. M. McLean, *Contemporary Issues In Law Medicine and Ethics*, (England : Dartmouth Publishing, 1996), pp.99-100.

⁴⁶ Jonathan Dyer Stanley, "Fetal Surgery and Wrongful Death Actions on Behalf of the Unborn : An Argument for a Social Standard," *Vanderbilt Law Review*, Volume 56, p.1531 (2003) ; Jill D Washburn Helbling, "To Recover or Not to Recover : A State by State Survey of Fetal Wrongful Death Law," *West Virginia Law Review*, Volume 99, pp.363-432 (1996)

⁴⁷ Restatement (Second) of Torts Division Eleven. Miscellaneous Rules

กำหนดให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเมื่อทารกที่ตายคือ Viable fetus⁴⁸ กลุ่มที่ 3 กฎหมายกำหนดให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเมื่อทารกที่ตายคือ Non-viable fetus⁴⁹ ส่วนประเทศอังกฤษแม้ชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่ศาลเห็นว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามหลักกฎหมายจารีตประเพณี โดยชายและหญิงที่สูญเสียทารกจากการทำละเมิดมีสิทธิเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินและค่าเสียหายที่จำเป็นสำหรับการปลงศพ แต่ไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าขาดไร้การอุปการะที่คาดว่าจะได้รับในอนาคต

ในปัญหาที่ว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล บุคคลหรือไม่นั้น เมื่อพิจารณาจากกฎหมายไทยมีความเห็นทางวิชาการแบ่งได้ 2 ฝ่าย กล่าวคือ ฝ่ายที่ 1 เห็นว่าการทำละเมิดต่อทารกเป็นการทำละเมิดโดยตรงต่อหญิงที่ตั้งครรภ์ เฉพาะแต่หญิงเท่านั้นที่ เป็นผู้เสียหายและมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด ในขณะที่ฝ่ายที่ 2 เห็นว่าการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลเป็นการทำละเมิดโดยตรงต่อตัวเด็ก ภายหลังจากที่เด็กคลอดออกมามีชีวิตเด็กย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ประกอบมาตรา 15 วรรค 2 นอกจากนี้เมื่อการทำละเมิดไม่ได้เป็นเพียงเหตุที่ทำให้เด็กได้รับความเสียหายเท่านั้นแต่ยังทำให้ชายและหญิงบิดามารดาของเด็กได้รับความเสียหายอีกด้วย กล่าวคือ ทำให้ชายและหญิงมีภาระหน้าที่และมีค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูบุตรเพิ่มมากขึ้น การกระทำดังกล่าวนอกจากเป็นการทำละเมิดต่อเด็กแล้วยังเป็นการทำละเมิดต่อสิทธิตามกฎหมายลักษณะครอบครัวของชายและหญิง ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420

อย่างไรก็ดี แม้ความเห็นของนักวิชาการฝ่ายที่ 2 เห็นว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล แต่การทำละเมิดดังกล่าวจะต้องเป็นการกระทำต่อ “ทารกในครรภ์” ของหญิงเท่านั้น เพราะหากการทำละเมิดเกิดขึ้นก่อนมีการปฏิสนธิหรือเกิดขึ้นในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่ยังไม่ปรากฏว่ามีมนุษย์อยู่ในครรภ์ของหญิง แม้เด็กจะได้รับความเสียหายจากการกระทำดังกล่าวเด็กก็ไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ตามกฎหมาย

§ 869 Harm to Unborn Child

(1) One who tortiously causes harm to an unborn child is subject to liability to the child for the harm if the child is born alive. (2) If the child is not born alive, there is no liability unless the applicable wrongful death statute so provides.

⁴⁸ Jonathan Dyer Stanley, *supra* note 46, pp.1535-1536.

⁴⁹ *Ibid.*

กรณีที่มีความผิดพลาดทางการแพทย์ส่งผลทำให้ทารกถึงแก่ความตายก่อนมีสภาพบุคคล นักกฎหมายไทยเห็นว่าเมื่อบุตรมีหน้าที่ให้การอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาต่อเมื่อบุตรคลอดออกมามีชีวิต และมีสภาพบุคคลตามกฎหมาย (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1563) ในช่วงเวลาก่อนที่เด็กคลอดออกมามีชีวิตชายและหญิงจึงไม่มีสิทธิที่จะได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากเด็ก ชายและหญิงมีเพียงความคาดหวังว่าจะได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากเด็กภายหลังที่เด็กคลอดออกมามีชีวิตเท่านั้น เมื่อความผิดพลาดทางการแพทย์ไม่เป็นเหตุทำให้ชายและหญิงได้รับความเสียหายต่อสิทธิที่จะได้รับการอุปการะเลี้ยงดูตามกฎหมาย ชายและหญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าชดเชยการอุปการะจากผู้ทำละเมิด⁵⁰ นอกจากนี้เมื่อกฎหมายกำหนดให้ผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ตายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของผู้ตายไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 443 เพียงมาตราเดียวเท่านั้น ชายและหญิงจึงไม่สามารถอ้างได้ว่าการกระทำของแพทย์ที่เป็นเหตุทำให้ทารกถึงแก่ความตายเป็นการทำละเมิดต่อสิทธิของชายและหญิงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ส่งผลทำให้ชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นค่าชดเชยการอุปการะ ค่าปลงศพ ค่าขาดแรงงานตลอดจนค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน อย่างไรก็ตาม ผลทางกฎหมายข้างต้นจะเปลี่ยนแปลงไปถ้าความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นเหตุทำให้เด็กคลอดออกมามีชีวิตชั่วคราวแล้วถึงแก่ความตาย เพราะกรณีดังกล่าวชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทั้งปวงซึ่งรวมถึงค่าชดเชยการอุปการะจากเด็กด้วย แม้ในขณะที่เด็กถึงแก่ความตายเด็กจะยังไม่มีความสามารถให้การอุปการะเลี้ยงดูชายและหญิงผู้เป็นบิดามารดาก็ตาม⁵¹

(5) การฟ้องร้องในกรณีที่มีความผิดพลาดเกิดขึ้นในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์หรือการส่งมอบเด็กผิดตัว ซึ่งเป็นผลมาจากความผิดพลาดในกระบวนการตรวจสอบตัวเด็กแรกคลอด การตรวจสอบและยืนยันความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม การใช้หรือการตรวจสอบความถูกต้องของเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนจนเป็นเหตุทำให้ความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมของชาย หญิงและเด็กไม่เป็นไปตามความประสงค์และไม่ตรงกับความเป็นจริงและอาจทำให้เกิดปัญหาทางกฎหมายได้ดังนี้

กรณีที่ 1 กรณีที่ความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้นในกระบวนการตรวจสอบตัวเด็กแรกคลอดหรือการตรวจสอบและยืนยันความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม เมื่อความผิดพลาดทางการแพทย์

⁵⁰ เปรียบเทียบกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2255/2515

⁵¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1648/2509, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 215/2513, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 412-413/2515, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 625/2515, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2361/2515, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 446-449/2516, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 935/2516, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1553-1555/2520, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1938/2523

ทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิของชาย หญิงและเด็กที่จะได้รู้จัก ได้อยู่อาศัยและได้ติดต่อกัน (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1584/1) สิทธิที่จะได้รับการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1563 และมาตรา 1534) สิทธิที่จะได้รับมรดกของกันและกัน ทั้งยังเป็นการทำให้เด็กเสียโอกาสที่จะได้รับการอุปการะเลี้ยงดูด้วยวิธีการที่เหมาะสม ตลอดจนเสียโอกาสที่จะได้มีชีวิตและมีการศึกษาที่ดี ชาย หญิงและเด็กจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 นอกจากนี้ กรณีที่ชาย หญิงและเด็กมีความสัมพันธ์ทางสัญญากับแพทย์ ชาย หญิงและเด็กยังมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย เพื่อความเสียหายอันเป็นผลมาจากการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 215 ประกอบมาตรา 222 อีกด้วย

อย่างไรก็ดี ด้วยลักษณะความเสียหายที่ได้กล่าวมาข้างต้นผู้เสียหายมักทราบถึงความเสียหายเมื่อพ้นระยะเวลา 10 ปี นับจากวันที่มีความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้น เป็นเหตุทำให้อายุ ความในการใช้สิทธิเรียกร้องของชาย หญิงและเด็กไม่ว่าตามกฎหมายลักษณะละเมิด (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 448) หรือกฎหมายลักษณะสัญญา (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/30) ขาดอายุความ ด้วยเหตุดังกล่าวทำให้ชาย หญิงและเด็กไม่มีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายตามกฎหมาย

กรณีที่ 2 กรณีที่ความผิดพลาดเกิดขึ้นในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ (แพทย์ทำการปฏิสนธิโดยผิดพลาดหรือเลือกตัวอ่อนโดยผิดพลาด) เมื่อเด็กคลอดออกมามีชีวิตย่อมมีปัญหาและข้อพิพาทเกี่ยวกับความเป็นบิดาและมารดาของเด็กที่เกิดขึ้นมาจากกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ที่ผิดพลาด แม้ปัจจุบันพบว่าหลักเกณฑ์การพิจารณาความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เป็นไปตามที่ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 แต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวมีผลใช้บังคับเฉพาะกับกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของกฎหมาย กล่าวคือ หญิงที่ตั้งครรภ์ยินยอมตั้งครรภ์แทนหญิงอื่น เซลล์สืบพันธุ์ของหญิงที่ใช้ในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ต้องไม่ใช่เซลล์สืบพันธุ์ของหญิงที่ตั้งครรภ์ รวมทั้งชายสามีของหญิงผู้ตั้งครรภ์ต้องยินยอมให้มีการใช้เซลล์สืบพันธุ์บริจาค เมื่อการเกิดของเด็กเป็นผลมาจากความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ และไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์จึงต้องพิจารณาตามหลักกฎหมายดั้งเดิมที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 หมวดที่ 2 ว่าด้วยความเป็นบิดามารดากับบุตร

เมื่อการพิจารณาถึงสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการเกิดมีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นจำนวนมาก โดยผู้เขียนพบว่าบางปัญหายัง

ไม่เคยปรากฏขึ้นในประเทศไทย (การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ (Wrongful Pregnancy) การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนปฏิสนธิหรือการทำละเมิดต่อเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อน (Preconception tort) การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์หรือการส่งมอบเด็กผิดตัว) แต่ปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาที่ได้มีการศึกษาในต่างประเทศเป็นระยะเวลายาวนาน ขณะที่บางปัญหาแม้เคยปรากฏเป็นคดีความในชั้นศาล (การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) และการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต (Wrongful Life)) หรือมีนักวิชาการได้แสดงความคิดเห็นต่อปัญหาเหล่านั้นไว้แล้ว (การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดต่อทารกในครรภ์) แต่ความเห็นที่ปรากฏในปัจจุบันยังไม่ครอบคลุมถึงปัญหาที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษา ดังนั้น เพื่อหาแนวทางการแก้ไขปัญหาและแนวทางการปรับใช้กฎหมายที่เหมาะสม ผู้เขียนจึงทำการศึกษาถึงข้อถกเถียงและเหตุผลทางวิชาการ ตลอดจนวิธีการปรับใช้กฎหมายและแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศ โดยท้ายที่สุดแล้วปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแต่ละรูปแบบ สามารถแก้ไขได้ด้วยการอาศัยการตีความบทบัญญัติของกฎหมายหรือการเสนอให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมบทบัญญัติในกฎหมายต่อไป

2. วัตถุประสงค์ในการศึกษา

2.1 เพื่อศึกษาประเด็นปัญหาทางกฎหมายอันเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการเกิด อาทิ การตรวจสุขภาพของชายหรือหญิงก่อนสมรส การตรวจสุขภาพของชายหรือหญิงก่อนตั้งครรภ์ การให้คำแนะนำหรือให้คำปรึกษาทางพันธุศาสตร์ การให้คำแนะนำเกี่ยวกับการวางแผนครอบครัวและการคุมกำเนิด การให้บริการด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ การให้บริการรับฝากครรภ์ การตรวจสุขภาพของทารกในครรภ์ การรักษาพยาบาลสุขภาพของทารกหรือหญิงในระหว่างที่หญิงกำลังตั้งครรภ์ การทำคลอด การทำแท้ง การให้บริการตรวจสอบความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม การดูแลและตรวจสอบตัวบุคคลของเด็กแรกคลอดและการส่งมอบเด็กให้กับบิดามารดา

2.2 เพื่อศึกษาหลักความรับผิดชอบทางแพ่งของแพทย์ตามกฎหมายลักษณะละเมิดและกฎหมายลักษณะสัญญา เพื่อนำมาพิจารณาและปรับเข้ากับประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการเกิดในแต่ละรูปแบบ โดยมุ่งเน้นพิจารณาถึงลักษณะการกระทำโดยประมาท ลักษณะความเสียหายที่เกิดขึ้น สิทธิในการ

ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของผู้เสียหาย บุคคลที่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย ประเภทค่าเสียหายที่ผู้เสียหายมีสิทธิเรียกร้องได้ตามกฎหมาย

2.3 เพื่อเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการตีความบทบัญญัติกฎหมาย หรือการเสนอให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมาย โดยพิจารณาจากบทบัญญัติกฎหมายและแนวความคิดเห็นทางวิชาการในประเทศไทยที่มีอยู่ในปัจจุบัน ประกอบกับแนวความคิดเห็นทางวิชาการ บทบัญญัติกฎหมายและแนวคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศ

3. ขอบเขตการศึกษา

3.1. ผู้เขียนทำการศึกษาประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิดทั้งสิ้น 5 รูปแบบ กล่าวคือ (1) การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ (Wrongful Pregnancy) (2) การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) (3) การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต (Wrongful Life) (4) การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิ (Preconception Tort) การทำละเมิดต่อทารกในครรภ์ (Prenatal Tort) การทำละเมิดจนเป็นเหตุทำให้ทารกถึงแก่ความตาย (Fetal Wrongful Death) (5) การฟ้องร้องในกรณีที่มีความผิดพลาดเกิดขึ้นในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์หรือการส่งมอบเด็กผิดตัว

3.2. จากรูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายดังกล่าวไว้ในหัวข้อ 3.1 ผู้เขียนได้ทำการศึกษาจากหลักความรับผิดทางแพ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั้งหลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดและหลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางสัญญา นอกจากนี้ผู้เขียนได้ทำการศึกษากฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง อาทิ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ประมวลกฎหมายอาญา พระราชวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2526 ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548

3.3. ผู้เขียนทำการศึกษาประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิดในต่างประเทศในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ ซึ่งได้ศึกษาทั้งในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil law) และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีต

ประเพณี (Common law) โดยทำการศึกษาคำพิพากษาของศาล ความเห็นของนักวิชาการที่ปรากฏในตำราคำอธิบายกฎหมายและบทความทางวิชาการ บทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษร ทั้งนี้เฉพาะที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบตามกฎหมายลักษณะละเมิดและกฎหมายลักษณะสัญญาเท่านั้น

4. วิธีการศึกษา

วิทยานิพนธ์เล่มนี้เป็นการศึกษาวิจัยทางเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาจากเอกสารภาษาไทย เช่น ตำราหรือคำอธิบายกฎหมาย คำพิพากษาศาลฎีกา บทความวิชาการ งานวิจัยทางกฎหมายหรือสาขาอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดทางแพ่ง ความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม รวมไปถึงเอกสารที่เป็นภาษาต่างประเทศ เช่น คำอธิบายทางกฎหมาย (Textbooks) บทความทางวิชาการ (Articles) ตัวอย่างคำพิพากษา (Cases Law) ตลอดจนข้อมูลจากสื่อออนไลน์ ฐานข้อมูลออนไลน์ ข่าวจากหนังสือพิมพ์ โดยนำข้อมูลเหล่านี้มาทำการเรียบเรียง วิเคราะห์และสังเคราะห์ให้ได้บทสรุปตามประเด็นปัญหาที่ได้กำหนดไว้

5. ประโยชน์ที่ได้รับจากการศึกษา

5.1. ทราบถึงประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่อาจเกิดขึ้นในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการเกิดในแต่ละรูปแบบ

5.2. ทราบถึงพัฒนาการและรูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่เกี่ยวกับความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการเกิดในต่างประเทศ แนวทางการปรับใช้กฎหมาย และแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในต่างประเทศ ตลอดจนแนวทางการแก้ไขปัญหา อีกทั้งยังทราบถึงข้อถกเถียงและความคิดเห็นทางวิชาการในต่างประเทศต่อประเด็นปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้น เพื่อนำมาปรับใช้ให้เหมาะสมกับกฎหมายไทย

5.3. ทราบถึงขอบเขตในการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย บุคคลที่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย ประเภทของค่าเสียหาย ตลอดจนความเหมือนหรือความแตกต่างในการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยอาศัยกฎหมายแต่ละประเภท

6. บทนิยามคำศัพท์

| | | |
|---------------------------|---------|--|
| Wrongful Pregnancy | หมายถึง | การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ อันเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ในกระบวนการคุมกำเนิด การช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ การทำแท้งหรือการตรวจสอบการตั้งครรภ์ ฯลฯ โดยความผิดพลาดดังกล่าวทำให้ชายและหญิงได้รับความเสียหายต่อสิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเอง สิทธิในการจำกัดขนาดของครอบครัว สิทธิส่วนบุคคลและสิทธิในการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง |
| Wrongful Birth | หมายถึง | การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ อันเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ในกระบวนการตรวจสอบสุขภาพของชายและหญิงก่อนสมรสหรือก่อนตั้งครรภ์ กระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หรือการตรวจสอบสุขภาพของทารกในครรภ์ โดยความผิดพลาดทางการแพทย์ดังกล่าวทำให้ชายและหญิงได้รับความเสียหายต่อสิทธิที่จะหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการ สิทธิให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์หรือสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง |
| Wrongful Life | หมายถึง | การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต เพราะเหตุที่เด็กเสียโอกาสที่จะไม่ถูกปฏิสนธิ เสียโอกาสที่จะไม่ถูกเลือก เสียโอกาสที่จะถูกทำแท้งหรือเสียโอกาสที่จะได้เกิดต่อเมื่อเด็กมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์เท่านั้น |

| | |
|-------------------------|---|
| Non-viable fetus | หมายถึง ตัวอ่อนหรือทารกที่ยังไม่มีความสามารถที่จะมีชีวิตแยกต่างหากจากหญิงมารดา หากเด็กต้องต้องคลอดออกมา ก่อนกำหนด ⁵² |
| Viable fetus | หมายถึง ทารกที่มีพัฒนาการจนมีความสามารถมีชีวิตแยกต่างหากจากหญิงมารดา ไม่ว่าจะเด็กจะมีชีวิตได้ด้วยตนเอง หรือด้วยเครื่องมือทางการแพทย์ก็ตาม โดยทางการแพทย์ เชื่อว่า Viable Fetus คือ ทารกที่มีอายุ 28 สัปดาห์ ⁵³ เป็นต้นไป |

⁵² Non-Viable fetus law & legal definition, (Accessed on 1 February 2016), from <http://definitions.uslegal.com/n/non-viable-fetus/>

⁵³ จตุพล ศรีสมบูรณ์, ตำราสูติศาสตร์, (กรุงเทพมหานคร : พี.บี.พอเรนบุคส์ เซนเตอร์, 2539), น.33. ; Alasdair Maclean, Briefcase on Medical Law, (London: Cavendish Publishing, 2001), p.119.

ในปัจจุบันเมื่อวิทยาศาสตร์เจริญก้าวหน้ามากขึ้น แพทย์สามารถให้การช่วยเหลือทารกที่คลอดก่อนมีอายุ 28 สัปดาห์เพื่อให้ทารกมีชีวิตรอด ด้วยเหตุดังกล่าวทำให้เกิดเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาว่าทารกเป็น Viable Fetus แล้วหรือไม่นั้นยังไม่มีคำตอบที่ชัดเจนแน่นอน นักวิทยาศาสตร์และแพทย์บางฝ่ายเห็นว่า เมื่อทารกที่มีอายุ 22 ถึง 24 สัปดาห์ มีความสามารถที่จะมีชีวิตแยกต่างหากจากมารดา เช่นเดียวกัน แม้การมีชีวิตของทารกจะไม่ได้เกิดขึ้นจากความสามารถของทารกเองแต่ทารกจะต้องอยู่ภายใต้การดูแลของแพทย์หรือต้องอาศัยเครื่องมือช่วยชีวิตก็ตาม ทารกในช่วงเวลาดังกล่าวก็เป็น Viable Fetus เช่นกัน ดู ประมวล วิรุฒมเสน, "หลักเกณฑ์ข้อบังคับในการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ : ข้อเสนอแก้ไขประมวลกฎหมายอาญากรณีแพทย์ทำแท้งได้ไม่ผิดกฎหมาย," วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 35, ฉบับที่ 3, น.409 (กันยายน 2549). ; ฤกษ์ภา พัชรวณิช, "การควบคุมการทำแท้งกับสิทธิสตรีและเด็กในครรภ์ของสหรัฐอเมริกา," วารสารอัยการ, ปีที่ 21, ฉบับที่ 250, น.60-61 (ธันวาคม 2541). ; Kaempf JW, Tomlinson M and Arduza C, "Medical Staff Guidelines For Periviability Pregnancy Counseling And Medical Treatment Of Extremely Premature Infants," Pediatrics, Issue 1, Volume 117, pp.22-29 (2006) ; Morgan MA, Goldenberg RL and Schulkin J, "Obstetrician-Gynecologists' Practices Regarding Preterm Birth at The Limit of Viability," Journal of Maternal-Fetal and Neonatal Medicine, Issue 2, Volume 21, pp.115-121 (2008) ; Vavasseur C, Foran A and Murphy JF, "Consensus Statements

| | |
|------------------------|---|
| ตายคลอด | หมายถึง ทารกคลอดออกมาโดยไม่แสดงอาการของการมีชีวิตอาทิ ไม่มีการหายใจด้วยตนเอง ไม่มีการเต้นของหัวใจ ไม่มีการเคลื่อนไหว และหมายรวมถึงทารกที่คลอดออกมาถึงแก่ความตายในทันที ⁵⁴ |
| อสุจิ | หมายถึง เซลล์สืบพันธุ์ของเพศชาย ⁵⁵ |
| ไข่ | หมายถึง เซลล์สืบพันธุ์ของเพศหญิง ⁵⁶ |
| การตั้งครรภ์แทน | หมายถึง การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงเป็นหนังสือไว้กับสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายก่อนตั้งครรภ์ว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ⁵⁷ |
| การผสมเทียม | หมายถึง การผสมเทียม (Artificial Insemination) ด้วยวิธีการฉีดนำเชื้ออสุจิของชายเข้าไปในช่องคลอดของหญิงแทนการมีเพศสัมพันธ์ตามธรรมชาติ หรือใช้วิธีการช่วยการเจริญ |

on The Borderlands Of Neonatal Viability : From Uncertainty To Grey Areas," Irish Medical Journal, Issue 8, Volume 100, pp.561-564 (2007)

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติกฎหมายของประเทศอังกฤษว่าด้วยความผิดฐานทำลายทารก (Infant Life (Preservation) Act 1929) จะพบว่ามาตรา 1(2) ของกฎหมายฉบับดังกล่าวได้กำหนดบทสันนิษฐานเอาไว้ว่า ทารกที่มีอายุตั้งแต่ 28 สัปดาห์ขึ้นไป ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าทารกมีความสามารถในการมีชีวิตแยกต่างหากจากหญิง

⁵⁴ สุขยา ลีอรรถณ, “ทารกตายในครรภ์ (fetal death),” (สืบค้นวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2559), จาก http://www.med.cmu.ac.th/dept/obgyn/2011/index.php?option=com_content&view=article&id=1089:fetal-death&catid=38&Itemid=480 ; สุรีย์ สิมารักษ์, ชีระพร วุฒยวนิช, จตุพล ศรีสมบุรณ์ และ ชีระ ทองสง, สูติศาสตร์, (เชียงใหม่ : โครงการตำรา คณะแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2535). น.295.

⁵⁵ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 3

⁵⁶ เฟิ่งอ้วง

⁵⁷ เฟิ่งอ้วง

พันธุ์ทางการแพทย์ (Assisted Reproductive Technology) อื่นๆ อาทิ การปฏิสนธิส่นภายนอก ร่างกายด้วยการนำเอาเซลล์สืบพันธุ์ของเพศชายมาผสมกับเซลล์สืบพันธุ์ของเพศหญิงจนเกิดการปฏิสนธิจนกลายเป็นตัวอ่อน และนำตัวอ่อนกลับเข้าสู่โพรงมดลูกของหญิง

การคลอด

หมายถึง การคลอดสำเร็จสมบูรณ์ โดยเด็กต้องคลอดออกจากครรภ์มารดาหมดทั้งตัว (Full Completion of Birth) แม้ว่าจะยังไม่มี การตัดสายรกก็ตาม⁵⁸ โดยเด็กที่คลอดมานั้นสามารถมีชีวิตแยกต่างหากจากมารดา (Separate Existence)⁵⁹ และต้องมีสัญญาณชีวิต (Sign of Separate Existence) เพื่อแสดงให้เห็นถึงการอยู่รอด⁶⁰

⁵⁸ จิตติ ดิงศรัทีย, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530). น.5. ; ตามพงศ์ ขอบอิสระ, "ปัญหาการเริ่มต้นสภาพความเป็นมนุษย์กับการคุ้มครองในกฎหมายอาญา," (คณะนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น.13.

⁵⁹ กิตติศักดิ์ ปรกติ, หลักกฎหมายบุคคล, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), น.21.

⁶⁰ วิฑูรย์ อั้งประพันธ์, นิติเวชสาธก, ฉบับกฎหมายทำแท้ง ข้อโต้แย้งที่ยังไม่ยุติ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เจนเดอร์เพรส, 2537), น.34.

บทที่ 2

ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกระบวนการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิด และหลักความรับผิดชอบทางแพ่งของแพทย์อันเกิดจากการกระทำทุรเวชปฏิบัติ

สืบเนื่องจากความเจริญก้าวหน้าและพัฒนาการวิทยาศาสตร์ทางการแพทย์ในปัจจุบัน ทำให้วิธีการรักษาพยาบาล การตรวจวิเคราะห์ การวินิจฉัยโรคในรูปแบบใหม่ๆ เข้ามามีบทบาทสำคัญต่อกระบวนการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิดทุกๆ ขั้นตอน โดยเฉพาะอย่างยิ่งอุปกรณ์และเครื่องมือทางการแพทย์ที่ทันสมัยมีส่วนช่วยทำให้การตรวจวิเคราะห์และการวินิจฉัยเป็นไปอย่างสะดวก รวดเร็ว และให้ผลที่ถูกต้องแม่นยำ ด้วยวิทยาการทางการแพทย์ที่ทันสมัยเหล่านี้มีผลทำให้ผู้ป่วยต่างมุ่งหวังว่าการรักษาพยาบาลหรือการให้บริการทางการแพทย์ต้องประสบผลสำเร็จอย่างแน่นอน

อย่างไรก็ตาม เมื่อผลการรักษาพยาบาลไม่สามารถเป็นไปตามความมุ่งหวังของผู้ป่วยได้ทุกครั้ง เพราะบางครั้งแม้ผู้ป่วยจะได้เข้ารับการรักษาพยาบาลแล้วก็ตาม ผู้ป่วยก็อาจต้องสูญเสียชีวิต สูญเสียอวัยวะ กลายเป็นบุคคลทุพพลภาพหรือทำให้การรักษาพยาบาลเป็นไปด้วยความยากลำบาก อีกทั้งยังทำให้โอกาสที่ผู้ป่วยจะรอดชีวิตหรือหายจากโรคร้ายไข้เจ็บลดน้อยลง ซึ่งผลการรักษาที่ไม่ได้เป็นไปตามความมุ่งหวังดังกล่าวอาจเกิดขึ้นได้หลายสาเหตุ อาทิ ลักษณะอาการที่ผู้ป่วยเป็นอยู่ก่อนเข้ารับการรักษา ภาวะแทรกซ้อนระหว่างเข้ารับการรักษาพยาบาลหรือพยาธิสภาพของโรคซึ่งไม่ได้เกิดจากการรักษาที่ผิดพลาดของแพทย์ อย่างไรก็ตาม บ่อยครั้งพบว่าความเสียหายจำนวนมากก็เป็นผลโดยตรงมาจากการรักษาพยาบาลที่ต่ำกว่าหรือไม่เป็นไปตามมาตรฐานการประกอบวิชาชีพของแพทย์

ความผิดพลาดทางการแพทย์รูปแบบหนึ่งที่ยังไม่มีการกล่าวถึงมากนักในระบบกฎหมายไทย คือ “ความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการเกิด (Medical Malpractice Related the Birth)” โดยความเสียหายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการเกิดอาจเกิดขึ้นได้หลายรูปแบบ ตัวอย่างเช่น การที่ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์จากการผ่าตัดทำหมันโดยประมาท¹

¹ Custodio v Bauer (1967, 1st Dist) 251 Cal App 2d 303, 59 Cal Rptr 463, 27 ALR3d 884 ; Hartke v McKelway (1981, DC Dist Col) 526 F Supp 97, 9 Fed Rules Evid Serv 1093 ; Boone v Mullendore (1982, Ala) 416 So 2d 718 ; Johnston v Elkins (1987) 241 Kan 407, 736 P2d 935 ; Miller v Rivard (1992, 3d Dept) 180 App Div 2d 331, 585 NYS2d 523.

หรือการทำแท้งโดยประมาท² ซึ่งการกระทำโดยประมาทดังกล่าวอาจทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์หรือมีร่างกายพิการ³ การที่ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการ หรือการที่หญิงเสียสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง การที่เด็กต้องเกิดขึ้นมามีชีวิตพร้อมกับร่างกายที่พิการ ซึ่งถ้าปราศจากความผิดพลาดทางการแพทย์เด็กจะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต การที่เด็กต้องเกิดขึ้นมาพิการจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล การที่ทารกถึงแก่ความตายก่อนคลอดออกมามีชีวิต การส่งมอบเด็กผิดตัวหรือความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์จนเป็นเหตุที่ทำให้ชาย หญิงและเด็กไม่สามารถมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมได้ตามความมุ่งหวังหรือเป็นเหตุที่ทำให้ชาย หญิงและเด็กเสียสิทธิที่จะได้อยู่อาศัย ได้รู้จักและได้รับการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน โดยความเสียหายแต่ละรูปแบบมีประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นจำนวนมาก อาทิ ความเสียหายที่ได้กล่าวมาข้างต้นเป็นความเสียหายต่อสิทธิตามกฎหมายของชาย หญิงและเด็กหรือไม่ นอกจากนี้ เมื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะแต่หญิงผู้ตั้งครรภ์และคลอดบุตรเท่านั้น เพราะชายสามีของหญิง พี่น้องร่วมบิดามารดาของเด็กที่ได้เกิดขึ้นมาโดยไม่พึงประสงค์ สมาชิกของครอบครัวคนอื่นๆ ต่างก็เป็นบุคคลผู้ซึ่งได้รับผลกระทบและได้รับความเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์เช่นเดียวกัน จึงมีปัญหามหาศาลเกิดขึ้นว่าในกรณีที่บุคคลดังกล่าวไม่ได้เป็นคู่สัญญาและไม่ได้มีนิติสัมพันธ์กับแพทย์ บุคคลเหล่านั้นเป็นผู้เสียหายตามกฎหมายที่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ได้ด้วยหรือไม่

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการเกิดเป็นหนึ่งในรูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายรูปแบบใหม่ที่ได้รับ ความสนใจจากนักวิชาการจำนวนมาก เมื่อพิจารณาจากพัฒนาการทางวิชาการในต่างประเทศพบว่านักวิชาการได้มีการถกเถียง วิพากษ์วิจารณ์กันอย่างมากกว่ากฎหมายควรยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อ ความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวกับเกิดหรือไม่ เพราะการพิจารณา ความรับผิดชอบของแพทย์และการพิจารณาสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของผู้เสียหาย ศาลไม่

² Mears v Alhadeff (1982, 1st Dept) 88 App Div 2d 827, 451 NYS2d 133 ; Jean-Charles v Planned Parenthood Asso. (1984, 2d Dept) 99 App Div 2d 542, 471 NYS2d 622 ; Delaney v Krafte (1984, 3d Dept) 98 App Div 2d 128, 470 NYS2d 936.

³ Gildiner v Thomas Jefferson University Hospital (1978, ED Pa) 451 F Supp 692 ; Berman v Allan (1979) 80 NJ 421, 404 A2d 8 ; Schroeder v Perkel (1981) 87 NJ 53, 432 A2d 834 ; Speck v Finegold (1981) 497 Pa 77, 439 A2d 110 ; Naccash v Burger (1982) 223 Va 406, 290 SE2d 825 ; Phillips v United States (1983, DC SC) 575 F Supp 1309.

สามารถพิจารณาได้โดยอาศัยเพียงตัวบทกฎหมายและหลักกฎหมายพื้นฐานเท่านั้น เพราะยังพบว่ามีประเด็นที่ละเอียดอ่อน ไม่ว่าจะเป็นประเด็นทางสังคมวิทยา นโยบายสาธารณะ จริยศาสตร์ ปรัชญา และความเชื่อทางศาสนาซึ่งล้วนแต่เป็นประเด็นที่มีความเห็นแตกต่างทั้งสิ้น

สำหรับประเทศไทยยังไม่พบว่านักวิชาการให้ความสนใจต่อการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวกับการเกิด อีกทั้งยังไม่ปรากฏมีคดีความเกิดขึ้นในชั้นศาล แต่ด้วยปัญหาและอุปสรรคในการปรับใช้และการตีความกฎหมายที่เคยปรากฏในต่างประเทศ ประกอบกับแนวโน้มที่ว่า การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์มีโอกาสที่จะเกิดขึ้นในอนาคตอันใกล้ ผู้เขียนจึงสนใจที่จะศึกษาถึงประเด็นปัญหา พัฒนาการ ตลอดจนแนวทางการแก้ไขปัญหามาของต่างประเทศเพื่อนำมาเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย โดยผู้เขียนมุ่งเน้นศึกษาว่า บทบัญญัติกฎหมายของประเทศไทยในปัจจุบัน ตลอดจนแนวทางการปรับใช้กฎหมายเพียงพอต่อการอำนวยความสะดวกให้ผู้เสียหายหรือไม่ ในกรณีที่บทบัญญัติกฎหมายหรือแนวทางการปรับใช้กฎหมายไม่สามารถเยียวยาความเสียหายให้กับผู้เสียหายได้อย่างเหมาะสม ผู้เขียนเห็นว่ามีควมจำเป็นที่ต้องเสนอให้มีการตีความกฎหมายเพื่อให้เกิดความเหมาะสมกับสภาพปัญหาดังกล่าว แต่ในกรณีที่เกินกว่าขอบเขตที่สามารถอาศัยการตีความและการปรับใช้บทบัญญัติกฎหมาย จำเป็นที่ต้องเสนอให้มีการแก้ไขกฎหมายต่อไป

ก่อนที่ผู้เขียนจะทำการศึกษารูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่เกี่ยวข้องกับการเกิดในต่างประเทศ ในบทที่ 2 ผู้เขียนได้ทำการศึกษาถึงความรู้เบื้องต้นทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการเกิด ตลอดจนหลักกฎหมายพื้นฐานว่าด้วยความรับผิดชอบของแพทย์จากการกระทำทุรเวชปฏิบัติ โดยผู้เขียนศึกษากรณีที่ผู้เสียหายใช้สิทธิเรียกร้องตามกฎหมายลักษณะละเมิดและกฎหมายลักษณะสัญญาซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1. ความรู้เบื้องต้นทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการเกิด

ในหัวข้อความรู้เบื้องต้นทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการเกิด ผู้เขียนได้จัดกลุ่มกระบวนการทางการแพทย์ โดยอาศัยระยะเวลาเกี่ยวกับการตั้งครรภ์เป็นเกณฑ์พิจารณาซึ่งแบ่งออกได้เป็น 3 ช่วงเวลา คือ ช่วงเวลาที่ 1 กระบวนการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิดในช่วงเวลาก่อนที่หญิงตั้งครรภ์ ช่วงเวลาที่ 2 กระบวนการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิดในช่วงเวลาภายหลังที่หญิงตั้งครรภ์จนกระทั่งหญิงคลอดบุตร และ ช่วงเวลาที่ 3 กระบวนการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิดในช่วงเวลาภายหลังคลอด

วัตถุประสงค์ที่ผู้เขียนนำความรู้เบื้องต้นทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการเกิดมาศึกษาในช่วงต้นนี้ เพราะก่อนที่จะศึกษาถึงความรับผิดชอบของแพทย์จำเป็นที่จะต้องทราบถึงกระบวนการ

และวิธีการทางการแพทย์เพื่อทำความเข้าใจภาพรวมของกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการเกิดว่าในแต่ละกระบวนการมีขั้นตอนและวัตถุประสงค์อย่างไร อีกทั้งหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังของแพทย์มีอย่างไรบ้าง เพราะหากมีความผิดพลาดในขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่งหรือมีการรักษาพยาบาลที่ไม่เป็นไปตามมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพเกิดขึ้นจนเป็นเหตุทำให้ผู้ป่วยหรือผู้เข้ารับบริการทางการแพทย์ได้รับความเสียหาย ผู้ที่ได้รับความเสียหายย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยอาจเป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือกฎหมายลักษณะสัญญา ขึ้นอยู่กับลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และผู้ป่วย แต่ในกรณีที่แพทย์ได้ใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพแล้วแต่ยังคงมีความเสียหายเกิดขึ้น ความเสียหายดังกล่าวย่อมไม่ได้เป็นผลมาจากการกระทำของแพทย์ แต่อาจเป็นความเสียหายที่เป็นผลมาจากเหตุสุดวิสัยและเป็นเหตุที่แพทย์ไม่สามารถป้องกันได้ล่วงหน้า ด้วยเหตุดังกล่าวผู้เสียหายย่อมไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

กระบวนการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิดมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1.1. กระบวนการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิดในช่วงเวลาก่อนที่หญิงตั้งครรภ์

กระบวนการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิดในช่วงเวลาก่อนที่หญิงตั้งครรภ์ มีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยป้องกันปัญหาที่อาจเกิดขึ้นระหว่างตั้งครรภ์ ไม่ว่าจะเป็นปัญหาสุขภาพของหญิงที่ตั้งครรภ์หรือปัญหาสุขภาพของทารกในครรภ์ สำหรับปัญหาสุขภาพของหญิง หญิงอาจมีสุขภาพอยู่แล้วก่อนตั้งครรภ์ ตัวอย่างเช่น โรคหัวใจ โรคลมบ้าหมู โรคไต โรคเบาหวาน โรคหัดเยอรมัน โรคซิฟิลิส โรคเอดส์ โรคภูมิแพ้ โรคหอบหืด โรคธาลัสซีเมีย โรคไวรัสตับอักเสบบี⁴ ซึ่งหญิงที่มีประวัติป่วยเป็นโรคเหล่านี้ อาจต้องห้ามมิให้ตั้งครรภ์หรือควรได้รับการรักษาพยาบาลก่อนที่จะตั้งครรภ์ นอกจากนี้ในช่วงระยะเวลาที่หญิงตั้งครรภ์ หญิงต้องได้รับการดูแลจากแพทย์อย่างใกล้ชิด สำหรับปัญหาสุขภาพที่อาจเกิดขึ้นกับทารกในครรภ์ ตัวอย่างเช่น การตั้งครรภ์ของหญิงที่มีโอกาสเสี่ยงที่จะให้กำเนิดบุตรที่พิการ เป็นโรคทางพันธุกรรมหรือเป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ ซึ่งความเสี่ยงบางประเภทสามารถป้องกันได้ก่อนการตั้งครรภ์ เช่น การที่หญิงเข้ารับการรักษาพยาบาลจนหายก่อนตั้งครรภ์หรือการได้รับวัคซีนเพื่อเสริมสร้างภูมิคุ้มกันโรคที่อาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพของทารก ระหว่างตั้งครรภ์ นอกจากนี้ในกรณีที่ชายและหญิงไม่สามารถให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ด้วยวิธีการทางธรรมชาติ ชายและหญิงมีสิทธิเลือกให้กำเนิดบุตรด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ จึงกล่าวได้ว่าวัตถุประสงค์หลักของกระบวนการทางการแพทย์ก่อนตั้งครรภ์มีขึ้นเพื่อ

⁴ "โรคที่มีความเสี่ยงต่อการตั้งครรภ์," (สืบค้นเมื่อวันที่ 26 พฤษภาคม 2558), จาก <http://www.momypedia.com/wiki-3-11-8/โรคที่มีความเสี่ยงต่อการตั้งครรภ์/>

หลีกเลี่ยงปัญหาสุขภาพที่อาจเกิดขึ้นกับหญิงระหว่างตั้งครรภ์และหลีกเลี่ยงหรือป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการ

ตัวอย่างกระบวนการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิดในช่วงระยะเวลาก่อนตั้งครรภ์ เช่น การตรวจสุขภาพของชายหญิงก่อนสมรส (Premarital Counselling) การเข้ารับคำแนะนำและตรวจสุขภาพของชายและหญิงก่อนตั้งครรภ์ (Pre-pregnancy Counselling) การเข้ารับคำแนะนำและปรึกษาทางพันธุศาสตร์ (Genetic Counselling) การเข้ารับคำปรึกษาเกี่ยวกับการวางแผนครอบครัวและการคุมกำเนิด (Family Planning Counselling) และการเข้ารับบริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (Assisted Reproductive Technology)

1.1.1 การตรวจสุขภาพของชายและหญิงก่อนสมรส

การตรวจสุขภาพของชายและหญิงก่อนสมรสเป็นหนึ่งในวิธีป้องกันปัญหาสุขภาพที่อาจเกิดขึ้นภายหลังสมรส เพราะนอกจากชายและหญิงมีโอกาสทราบถึงปัญหาสุขภาพที่อาจเกิดขึ้นกับตนเองแล้ว เช่น ปัญหาโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ ชายและหญิงยังสามารถทราบถึงความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นกับสุขภาพของทารกที่กำลังจะได้รับการปฏิสนธิในอนาคต เช่น ในกรณีที่หญิงประสงค์ที่จะตั้งครรภ์เมื่อมีอายุมากกว่า 35 ปี การตั้งครรภ์ในวัยดังกล่าวย่อมมีความเสี่ยงอย่างมากที่หญิงอาจให้กำเนิดบุตรที่ป่วยเป็นโรคดาวน์ซินโดรม หรือในกรณีที่ชายหรือหญิงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นพาหะของโรคธาลัสซีเมียย่อมมีความเสี่ยงอย่างมากที่ชายและหญิงอาจให้กำเนิดบุตรที่เป็นโรคธาลัสซีเมีย เมื่อแพทย์ตรวจพบว่าความเสี่ยงดังกล่าว แพทย์มีหน้าที่ที่จะต้องแนะนำให้ชายและหญิงหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการธรรมชาติ เพราะไม่เช่นนั้นแล้วชายและหญิงอาจต้องให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือมีความเสี่ยงที่หญิงอาจแท้งลูกระหว่างตั้งครรภ์⁵

นอกจากนี้การตรวจสุขภาพของชายและหญิงก่อนสมรสยังมีวัตถุประสงค์เพื่อตรวจหาความบกพร่องและปัญหาที่อาจส่งผลกระทบต่อการใช้ชีวิตคู่ภายหลังสมรส⁶ เช่น การตรวจความสามารถในการเจริญพันธุ์ อาทิ การตรวจสอบความสมบูรณ์ของน้ำเชื้อเซลล์สืบพันธุ์ว่ามีความ

⁵ ศิริลักษณ์, คุณแม่มือใหม่ : เตรียมตัวอย่างไรก่อนและหลังคลอด, (กรุงเทพมหานคร : ไพลิน, 2547), น.12.

⁶ สิริมน วิไลรัตน์, สุพร ทวีสิทธิ์ และ สมศักดิ์ สุทัศน์วรวิฑูรี, "การเตรียมความพร้อมก่อนสมรสและก่อนตั้งครรภ์", ใน การให้บริการอนามัยการเจริญพันธุ์ คู่มือสำหรับเจ้าหน้าที่สาธารณสุข, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอนามัยการเจริญพันธุ์ กรมอนามัย กระทรวงสาธารณสุข, 2556), น.103.

พร้อมในการให้กำเนิดบุตรหรือไม่⁷ หรือการตรวจสอบภาวะที่ไม่สามารถให้กำเนิดบุตรอันเนื่องจาก ความบกพร่องในความสามารถของการเจริญพันธุ์ (ภาวะเป็นหมัน) ของชายหรือฝ่ายหญิง⁸ อีกทั้งยัง เป็นการช่วยตรวจคัดกรองโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ที่มีอยู่ก่อนสมรส ในกรณีที่ผลการตรวจแสดงให้เห็นว่าชายหรือหญิงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายเป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ แพทย์มีหน้าที่ แนะนำวิธีการป้องกันการแพร่กระจายของโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ไปยังคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง รวมถึง การแพร่กระจายของโรคไปยังบุคคลภายนอก

ในกรณีที่แพทย์พบว่าชายหรือหญิงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ที่ อาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพของทารกที่กำลังจะได้รับการปฏิสนธิ เช่น โรคเอดส์ โรคซิฟิลิสหรือโรค ไวรัสตับอักเสบบี การตรวจสุขภาพก่อนสมรสยังช่วยป้องกันปัญหาการแท้งบุตรของหญิง ตลอดจน ป้องกันไม่ให้โรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์แพร่กระจายไปสู่ทารกในครรภ์ ตัวอย่างเช่น กรณีที่หญิงป่วย เป็นโรคเอดส์แพทย์มีหน้าที่ให้ยาเสริมสร้างภูมิคุ้มกัน เช่น ยา “Zidovudine (AZT)” หรือแนะนำให้ ชายและหญิงเลือกใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์แทนการให้กำเนิดตามธรรมชาติ⁹ นอกจากนี้แพทย์ยังมี หน้าที่งดเว้นจากการทำหัตถการที่อาจทำให้เกิดบาดแผลกับทารก เช่น การทำคลอด ตลอดจนมีหน้าที่ แจ้งเตือนหญิงไม่ให้หญิงให้นมแก่บุตรด้วยตนเองเพื่อป้องกันการแพร่เชื้อเอชไอวีมารดาไปสู่บุตร¹⁰

ปัจจุบันโรงพยาบาลของรัฐและโรงพยาบาลเอกชนมีบริการตรวจสุขภาพของชาย และหญิงก่อนสมรส โดยรายละเอียดของการตรวจเป็นไปตามรูปแบบที่โรงพยาบาลแต่ละแห่งกำหนด ซึ่งมีรายการตรวจดังต่อไปนี้¹¹

⁷ สุภาวรรณ เศรษฐบรรจง, "การตรวจพิสูจน์น้ำอสุจิ," (สืบค้นเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2558), จาก http://www.si.mahidol.ac.th/sirirajcme/Others/Hot_issues/semen.asp

⁸ "การเป็นหมัน," (สืบค้นเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2558), จาก [http:// www.healthcarethai.com/การเป็นหมัน/](http://www.healthcarethai.com/การเป็นหมัน/)

⁹ ภพ โกลลารักษ์, "การดูแลทารกที่คลอดจากมารดาที่ติดเชื้อ HIV", ใน สูติศาสตร์และ นรีเวชวิทยาสำหรับแพทย์เวชศาสตร์ครอบครัว, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์คลังนานาวิทยา, 2545), น.17-18. ; ศรีนวล โอสธเสถียร, คู่มือ จุดเน้นทางการพยาบาล แม่-เด็กและการผดุงครรภ์, (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด วีเจ พรินติ้ง, 2554), น.120.

¹⁰ ภพ โกลลารักษ์, เพ็งอ้วง, น.17-19.

¹¹ โรงพยาบาลวิภาวดี, "โปรแกรมตรวจสุขภาพคู่รักก่อนแต่งงานและเตรียมความพร้อม ก่อนมีบุตร," (สืบค้นเมื่อวันที่ 10 กันยายน 2557), จาก <http://www.vibhavadi.com/package870.html> ; โรงพยาบาลนนทเวช, "โปรแกรมตรวจสุขภาพคู่รักก่อนแต่งงานและเตรียม

- 1) ตรวจร่างกายโดยแพทย์ (Physical Examination)
- 2) ตรวจวัดความดันโลหิต / วัดชีพจร / ชั่งน้ำหนัก / วัดส่วนสูง (Blood Pressure, Pulse, Body Weight & Height)
- 3) ตรวจหาหมู่เลือด (Blood Group)
- 4) ตรวจชนิดของกลุ่มเลือด (Rh.Type)
- 5) ตรวจนับปริมาณและชนิดของเม็ดเลือด (CBC)
- 6) ตรวจหาเชื้อไวรัสตับอักเสบบี (HBs-Ag)
- 7) ตรวจกามโรคหรือซิฟิลิส (VDRL)
- 8) ตรวจหาเชื้อไวรัสเอดส์ (Anti-HIV)
- 9) ตรวจปัสสาวะอย่างสมบูรณ์ (Urine Analysis)
- 10) ตรวจหาความผิดปกติทางพันธุกรรมของเม็ดเลือดแดง (Hb Typing)
- 11) ตรวจหาภูมิคุ้มกันหัดเยอรมัน (Rubella IgG)
- 12) ตรวจหาโรคธาลัสซีเมีย (Hb typing)
- 13) ตรวจหาเชื้อและภูมิคุ้มกัน เอช ไอ วี HIV combo (Ag/Ab)

นอกจากนี้ ชายและหญิงอาจเลือกทำการตรวจในรายการพิเศษอื่นๆ ดังนี้

- 1) ตรวจมะเร็งปากมดลูกชนิดพิเศษ
- 2) อัลตราซาวนด์ช่องคลอด
- 3) ตรวจหาไวรัสเอชพีวี
- 4) ตรวจคัดกรองมะเร็งเต้านมและอัลตราซาวนด์เต้านม
- 5) ฉีดวัคซีนป้องกันมะเร็งปากมด
- 6) ตรวจหาความสมบูรณ์ของน้ำเชื้อ

1.1.2 การเข้ารับคำแนะนำและตรวจสุขภาพของชายและหญิงก่อนตั้งครรภ์

การเข้ารับคำแนะนำและการตรวจสุขภาพก่อนตั้งครรภ์ เป็นกระบวนการช่วยให้ชายและหญิงสามารถเตรียมความพร้อมในสุขภาพร่างกายและความสามารถในการเจริญพันธุ์

ความพร้อมก่อนมีบุตร," (สืบค้นเมื่อวันที่ 10 กันยายน 2557), จาก <http://www.nonthavej.co.th/health-package-a.php> ; โรงพยาบาลพญาไท, "โปรแกรมตรวจสุขภาพคู่รักก่อนแต่งงานและเตรียมความพร้อมก่อนมีบุตร," (สืบค้นเมื่อวันที่ 10 กันยายน 2557), จาก <http://www.phyathai.com/promotionsearch/PYT0/th> ; (สืบค้นเมื่อวันที่ 14 ตุลาคม 2557), จาก <http://www.klothailand.com/weddinghealth.htm>

โดยเฉพาะอย่างยิ่งสุขภาพร่างกายของหญิงที่ต้องตั้งครรภ์ เพราะทารกต้องอาศัยอยู่ในครรภ์ของหญิง เป็นเวลายาวนานถึง 9 เดือน ถ้าร่างกายของหญิงไม่สมบูรณ์แข็งแรงหรือเสี่ยงต่อการเจ็บป่วยระหว่างตั้งครรภ์ การตั้งครรภ์อาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพของหญิงเองและสุขภาพของทารกในครรภ์

ในกระบวนการตรวจสอบสุขภาพของชายและหญิงก่อนตั้งครรภ์ แพทย์มีหน้าที่ทำการตรวจดังนี้

1) ตรวจประวัติส่วนตัวของชายและหญิงก่อนตั้งครรภ์ เป็นขั้นตอนที่แพทย์จะตรวจสอบพฤติกรรมและวิถีการดำเนินชีวิตประจำวันของชายและหญิง เช่น การสูบบุหรี่ การดื่มเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ การใช้สารเสพติด ลักษณะงานที่ทำ ประเภทของการออกกำลังกายหรือประเภทของกีฬาที่เล่นเป็นประจำ ลักษณะอาหารที่รับประทาน สิ่งแวดล้อม ที่อยู่อาศัย สัตว์เลี้ยง ในกรณีที่มีพฤติกรรมอย่างใดที่อาจส่งผลกระทบต่อตั้งครรภ์ แพทย์มีหน้าที่แนะนำให้ชายและหญิงหลีกเลี่ยงพฤติกรรมเหล่านั้น

2) ตรวจประวัติทางด้านสุขภาพ เป็นขั้นตอนที่แพทย์ต้องตรวจสอบประวัติความเจ็บป่วยในอดีตและปัจจุบัน เช่น ตรวจสอบประวัติการมีประจำเดือน ตรวจสอบประวัติการตั้งครรภ์ ตรวจสอบประวัติการทำแท้ง ตรวจสอบประวัติการเข้ารับการผ่าตัด ตรวจสอบประวัติโรคที่เคยเป็น ตรวจสอบประวัติการเป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ ตรวจสอบประวัติการได้รับวัคซีน ตรวจสอบประวัติการใช้ยารักษาโรค

ในกรณีที่แพทย์ตรวจพบว่าหญิงมีประวัติป่วยเป็นโรคหัวใจ โรคไตวาย โรคธาลัสซีเมีย โรคความดันโลหิตสูงเรื้อรัง โรคต่อมไธROID โรคตับ โรคของระบบประสาทหรือโรคเลือด¹² โรคดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพของหญิงระหว่างตั้งครรภ์ ก่อนที่หญิงเลือกที่จะตั้งครรภ์หญิงต้องเข้ารับการตรวจวิเคราะห์ความเสี่ยงและขอคำปรึกษาจากแพทย์¹³ ในกรณีที่แพทย์พบว่าหญิงมีเนื้องอกในมดลูกแพทย์มีหน้าที่แนะนำให้หญิงเข้ารับการรักษายาบาลจนหายก่อนเลือกที่จะตั้งครรภ์ เพราะไม่เช่นนั้นหญิงอาจแท้งลูกภายหลังตั้งครรภ์¹⁴

¹² สุรีย์ สิมารักษ์, อีระพร วุฒยวนิช, จตุพล ศรีสมบูรณ์ และ อีระ ทองสง, สูติศาสตร์, (เชียงใหม่ : โครงการตำรา คณะแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2535). น.67. ; ปิยะรัตน์ เอี่ยมคง, ปภาวี ไชยรักษ์, สมเกียรติ สัตวาริน และ สุวชัย อินทรประเสริฐ, "การให้การปรึกษาในคลินิกเตรียมพร้อมก่อนตั้งครรภ์", ใน การให้บริการอนามัยการเจริญพันธุ์ คู่มือสำหรับเจ้าหน้าที่สาธารณสุข, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอนามัยการเจริญพันธุ์ กรมอนามัย กระทรวงสาธารณสุข, 2556). น.196.

¹³ โรงพยาบาลวิภาวดี, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 11.

¹⁴ ศิริลักษณ์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น.12.

ในกรณีที่หญิงต้องรับประทานยาอย่างต่อเนื่องก่อนตั้งครรภ์ แพทย์หรือเภสัชกรมีหน้าที่ให้คำแนะนำว่ายารักษาโรคที่หญิงรับประทานมีผลข้างเคียงต่อทารกในครรภ์หรือไม่ เพราะถ้ายาเหล่านั้นเป็นอันตรายหรืออาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพของทารกในครรภ์ แพทย์และเภสัชกรมีหน้าที่แนะนำให้หญิงเปลี่ยนหรือหยุดรับประทานยาเหล่านั้นทันที¹⁵

3) การตรวจสอบประวัติการตั้งครรภ์ แพทย์มีหน้าที่ตรวจจำนวนครั้งการตั้งครรภ์ของหญิง ประวัติความผิดปกติที่เคยเกิดขึ้นระหว่างการตั้งครรภ์ อาทิ การแท้งลูกระหว่างตั้งครรภ์ ความผิดปกติของทารก การผ่าตัดทำคลอดหรือประวัติครรภ์เป็นพิษ นอกจากนี้แพทย์มีหน้าที่รวบรวมและวิเคราะห์ข้อมูลเพื่อกำหนดแนวทางการให้การดูแลครรภ์กับหญิง ในกรณีที่ปรากฏว่าหญิงมีประวัติการให้กำเนิดบุตรที่มีปัญหาสุขภาพหรือพิการ แพทย์มีหน้าที่ตรวจว่าปัญหาสุขภาพหรือความพิการของเด็กอย่างละเอียด และมีหน้าที่ส่งตัวหญิงให้เข้ารับการตรวจจากแพทย์ที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะทาง ถ้าผลการตรวจแสดงให้เห็นว่าชายหรือหญิงมีความบกพร่องทางพันธุกรรมและการตั้งครรภ์ด้วยวิธีการธรรมชาติอาจทำให้บุตรคนถัดไปที่จะเกิดในอนาคตมีความเสี่ยงที่ต้องพิการหรือมีปัญหาสุขภาพซ้ำอีก แพทย์มีหน้าที่แนะนำให้ชายและหญิงหลีกเลี่ยงการตั้งครรภ์ด้วยวิธีการธรรมชาติและตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

4) การตรวจสอบประวัติการฉีดวัคซีน เป็นหนึ่งในกระบวนการที่สำคัญเพื่อให้หญิงสามารถเตรียมความพร้อมก่อนตั้งครรภ์ ในกรณีที่หญิงมีความเสี่ยงที่จะป่วยเป็นโรคระหว่างตั้งครรภ์ เช่น โรคหัดเยอรมัน โรคอีสุกอีใสหรือโรคไวรัสตับอักเสบบี โรคกลุ่มนี้มีความเสี่ยงที่จะส่งผลกระทบต่อพัฒนาการของทารกในครรภ์และอาจเป็นเหตุที่ทำให้หญิงแท้งลูก หรืออาจส่งผลกระทบต่อพัฒนาการของทารกในครรภ์จนเป็นเหตุทำให้ทารกพิการตั้งแต่กำเนิด ในกรณีที่แพทย์พบว่าหญิงไม่เคยมีประวัติได้รับการฉีดวัคซีนป้องกันโรคดังกล่าว แพทย์มีหน้าที่แนะนำหรือดำเนินการให้หญิงได้รับวัคซีนป้องกันโรคก่อนตั้งครรภ์ นอกจากนี้ หากแพทย์พบว่าหญิงยังไม่ได้รับวัคซีนภายหลังที่หญิงตั้งครรภ์ แพทย์มีหน้าที่แนะนำให้หญิงหลีกเลี่ยงพฤติกรรมที่อาจนำไปสู่การได้รับเชื้อดังกล่าว อีกทั้งมีหน้าที่แนะนำให้หญิงเข้ารับการตรวจสุขภาพเป็นระยะเพราะถ้าแพทย์พบว่าหญิงได้รับเชื้อโรคดังกล่าวภายหลังตั้งครรภ์แพทย์มีหน้าที่แนะนำให้หญิงเข้ารับการบำบัด

1.1.3 การเข้ารับคำปรึกษาและการให้คำแนะนำทางพันธุศาสตร์

การให้คำแนะนำทางพันธุศาสตร์ หรือที่เรียกว่า “Genetic Counseling” หมายถึง กระบวนการที่แพทย์ให้คำปรึกษากับชายหรือหญิงก่อนทำการสมรส (Premarital Period)

¹⁵ เพ็งอ้าง, น.13.

ภายหลังที่สมรสแต่ก่อนตั้งครรภ์ (Pre-conception Period) หรือก่อนคลอด (Prenatal Period)¹⁶ การให้คำปรึกษาจะมุ่งเน้นถึงการจัดการกับปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการเกิดโรคทางพันธุกรรม โดยแพทย์มีหน้าที่อธิบายถึงความเสี่ยงที่โรคหรือความผิดปกติทางพันธุกรรมจะถ่ายทอดไปสู่ทารกในครรภ์ ความเสี่ยงในการเกิดโรคทางพันธุกรรมในครอบครัว การอธิบายดังกล่าวจะช่วยให้ผู้ป่วยหรือครอบครัวมีความเข้าใจเกี่ยวกับโรค สาเหตุและแนวทางการรักษา

วัตถุประสงค์ของการการให้คำแนะนำปรึกษาทางพันธุศาสตร์มีดังนี้¹⁷

(1) เพื่อให้ความรู้และข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับโรคทางพันธุกรรม และเพื่อให้ผู้เข้ารับคำปรึกษาเข้าใจถึงผลร้ายที่อาจเป็นผลมาจากการเป็นโรคทางพันธุกรรม

(2) เพื่อให้ทราบถึงอัตราเสี่ยงต่อการเป็นโรคทางพันธุกรรมหรือการถ่ายทอดโรคภายในครอบครัว

(3) เพื่อลดความวิตกกังวลต่อการถ่ายทอดโรคทางพันธุกรรม

(4) เพื่อให้ชายและหญิงหรือญาติสามารถตัดสินใจเลือกทางเลือกที่เหมาะสม

(5) เพื่อหาทางป้องกันแก้ไขไม่ให้เกิดการถ่ายทอดโรคทางพันธุกรรม

(6) เพื่อให้ผู้เข้ารับคำแนะนำมีข้อมูลเพื่อใช้ในการวางแผนครอบครัว

ในกระบวนการให้คำแนะนำทางพันธุศาสตร์ แพทย์มีหน้าที่ให้คำแนะนำวิธีการการป้องกันและแนวทางในการแก้ปัญหาที่อาจเกิดขึ้น โดยหลักการพื้นฐานของการให้คำแนะนำทางพันธุศาสตร์ ตั้งอยู่บนหลักการว่าด้วยเสรีภาพส่วนบุคคลและเอกลิทธิของผู้ป่วย (Patient Autonomy) กล่าวคือ ผู้ให้คำแนะนำทางพันธุศาสตร์มีหน้าที่ให้ข้อมูลด้วยความระมัดระวัง โดยข้อมูลทางพันธุศาสตร์ต้องเป็น

¹⁶ ถวัลย์วงศ์ รัตนสิริ, "การให้คำปรึกษาเพื่อการส่งเสริมและป้องกันกลุ่มอาการดาวน์," (สืบค้นเมื่อวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2558), จาก http://www.smjejal.com/e-journal/showdetail/?show_detail=T&art_id=69

¹⁷ เกษมศรี ศรีสุพรรณดิฐ, "การให้คำปรึกษาทางพันธุศาสตร์เกี่ยวกับกลุ่มอาการดาวน์ (Genetic Counselling in Down Syndrome)," (สืบค้นเมื่อวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2558), จาก http://www.med.cmu.ac.th/dept/obgyn/2011/index.php?option=com_content&view=article&id=685:genetic-counselling-in-downs-syndrome&catid=40&Itemid=482

ข้อมูลที่ถูกต้องและเพียงพอ เพื่อให้ผู้เข้ารับคำปรึกษาเข้าใจสภาพปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากโรคทางพันธุกรรม¹⁸ ด้วยหลักการดังกล่าวทำให้แพทย์หรือผู้เชี่ยวชาญทางพันธุศาสตร์มีหน้าที่ดังนี้¹⁹

(1) แพทย์มีหน้าที่ตรวจวินิจฉัยโรคและความเสี่ยงอย่างระมัดระวังเพื่อให้ผลที่ถูกต้องแม่นยำ

(2) แพทย์มีหน้าที่ประเมินความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้น

(3) แพทย์มีหน้าที่แนะนำให้ผู้เข้ารับคำปรึกษาได้รับประโยชน์มากที่สุด

(4) แพทย์มีหน้าที่หาแนวทางป้องกันเท่าที่สามารถทำได้

กรณีที่โรคทางพันธุกรรมเกิดจากความผิดปกติของโครโมโซม (New Mutation) หรือเกิดขึ้นเพราะเหตุที่ชายและหญิงที่มีความผิดปกติทางพันธุกรรมมาแต่งงานกัน (Autosomal Recessive) แพทย์มีหน้าที่อธิบายว่าการเกิดขึ้นของโรคเป็นเรื่องสุทธวิสัยและไม่อาจป้องกันได้ล่วงหน้า

นอกจากนี้ ในกรณีที่แพทย์หรือผู้เชี่ยวชาญทางพันธุศาสตร์ตรวจพบว่าชายและหญิงมีโอกาสให้กำเนิดบุตรที่มีความเสี่ยงที่จะเป็นโรคทางพันธุกรรมหรือพิการ ถ้าการตรวจพบดังกล่าวเกิดขึ้นก่อนที่หญิงตั้งครรภ์ แพทย์หรือผู้เชี่ยวชาญทางพันธุศาสตร์มีหน้าที่แนะนำให้ชายและหญิงหลีกเลี่ยงหรือป้องกันการให้กำเนิดบุตร หรือแนะนำให้ชายและหญิงเข้ารับบริการช่วยการเจริญพันธุ์แทนการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการธรรมชาติ แต่หากแพทย์หรือผู้เชี่ยวชาญทางพันธุศาสตร์ตรวจพบว่าทารกในครรภ์เป็นหรือมีความเสี่ยงว่าจะเป็นโรคทางพันธุกรรมหรือมีร่างกายพิการ ถ้าช่วงเวลาดังกล่าวหญิงสามารถเข้ารับการทำแท้งได้โดยปลอดภัยและหญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย แพทย์หรือผู้เชี่ยวชาญทางพันธุศาสตร์ควรแนะนำให้หญิงเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง ในกรณีที่แพทย์หรือผู้เชี่ยวชาญทางพันธุศาสตร์ตรวจหรือให้คำแนะนำโดยประมาททำให้ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงและป้องกันการตั้งครรภ์ที่มีความเสี่ยงว่าจะให้กำเนิดบุตรที่เป็นโรคทางพันธุกรรมหรือพิการ ไม่สามารถเลือกที่จะเข้ารับบริการช่วยการเจริญพันธุ์แทนการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการธรรมชาติหรือทำให้หญิงไม่สามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง เมื่อชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่

¹⁸ เฟิงฮ้าง

¹⁹ เสวคณธ์ อัจจิมากร, "สถานภาพปัจจุบันของการวินิจฉัยและรักษาทารกในครรภ์", ในการวินิจฉัยและรักษาทารกในครรภ์ (Prenatal Diagnosis and Therapy) : เอกสารประกอบการอบรมทางวิชาการและเชิงปฏิบัติการ, รวบรวมโดย เสวคณธ์ อัจจิมากร และเฉลิมศรี รัตนตเศรชฐ์, (กรุงเทพมหานคร : ภาควิชาสูติศาสตร์-นรีเวชวิทยา คณะแพทยศาสตร์ โรงพยาบาลรามาธิบดี มหาวิทยาลัยมหิดล, 2535). น.2.

พิการ ชายและหญิงอาจมีสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ดังที่ได้เป็นประเด็นปัญหาทางกฎหมายอย่างมากในต่างประเทศ²⁰

1.1.4 การเข้ารับคำปรึกษาเกี่ยวกับการวางแผนครอบครัวและการคุมกำเนิด

เมื่อปริมาณของประชากรในประเทศเพิ่มมากขึ้น อีกทั้งความเจริญก้าวหน้าของวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีทางการแพทย์ทำให้อัตราการตายของประชากรลดน้อยลง ประกอบกับการที่ประชากรขาดความรู้เกี่ยวกับวิธีการคุมกำเนิดรวมทั้งอุปกรณ์คุมกำเนิดที่ยังไม่แพร่หลาย ทำให้อัตราการเพิ่มมากขึ้นของประชากรส่งผลกระทบต่อทรัพยากร ภาวะทางเศรษฐกิจและปัญหาการพัฒนาของประเทศ ด้วยเหตุดังกล่าวในปี พ.ศ. 2513 กระทรวงสาธารณสุขได้จัดตั้งโครงการวางแผนครอบครัว ซึ่งภายหลังรัฐบาลได้กำหนดทำนโยบายเกี่ยวกับประชากรและได้จัดตั้งโครงการวางแผนครอบครัวขึ้นมาในปีเดียวกัน²¹

นโยบายการวางแผนครอบครัวถูกบรรจุไว้ในแนวนโยบายของแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ เริ่มตั้งแต่แผนพัฒนาเศรษฐกิจแห่งชาติ ฉบับที่ 3 (พ.ศ. 2515-2519) แผนพัฒนาเศรษฐกิจแห่งชาติฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2520-2524) แผนพัฒนาเศรษฐกิจแห่งชาติ ฉบับที่ 5 (พ.ศ. 2525-2529) แผนพัฒนาเศรษฐกิจแห่งชาติ ฉบับที่ 6 (พ.ศ. 2530-2534) แผนพัฒนาเศรษฐกิจแห่งชาติ ฉบับที่ 7 (พ.ศ. 2535-2539) และแผนพัฒนาเศรษฐกิจแห่งชาติฉบับที่ 8 (พ.ศ. 2540-2544)²²

“การวางแผนครอบครัว” (Family Planning) หมายถึง การที่ชายและหญิงคู่สมรสปรึกษากันเพื่อหาแนวทางเกี่ยวกับการมีบุตร ไม่ว่าจะเป็นการป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่ไม่พึงประสงค์ การกำหนดระยะเวลาที่จะมีบุตร การกำหนดระยะห่างของการมีบุตร การกำหนดจำนวน

²⁰ ดู วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, "ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการให้คำปรึกษาทางด้านพันธุศาสตร์", ในนิติเวชสารก ฉบับกฎหมายทำแท้ง ข้อโต้แย้งที่ยังไม่ยุติ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เจนเดอร์เพรส, 2537), น.166-180. ; วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, "ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการให้คำปรึกษาทางด้านพันธุศาสตร์," คลินิก, เล่มที่ 8, น.717-722 (2535). ; แสงว บัญเฉลิมวิภาส และ เอนก ยมจินดา, กฎหมายการแพทย์ : วิเคราะห์ปัญหากฎหมายจากการเริ่มต้นของชีวิตในครรภ์มารดาถึงภาวะแกนสมองตาย, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2546), น.44.

²¹ กองอนามัยครอบครัว กรมอนามัย, การดำเนินงานของโครงการวางแผนครอบครัวแห่งชาติ พ.ศ. 2513-2534, (กรุงเทพมหานคร : กองอนามัยครอบครัว กรมอนามัย กระทรวงสาธารณสุข, 2536) อ้างถึงใน สุรศักดิ์ ฐานิพานิชสกุล, เทคโนโลยีการคุมกำเนิด, (กรุงเทพมหานคร : ภาควิชาสูติศาสตร์-นรีเวชวิทยา คณะแพทยศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546), น.10.

²² เพ็งอ้าง, น.14-20.

บุตรที่ต้องการเพื่อให้เหมาะสมกับสภาพร่างกายของหญิง สภาพจิตใจ สถานะทางเศรษฐกิจของครอบครัว²³ การวางแผนครอบครัวอาจทำได้ด้วยวิธีการธรรมชาติ การเข้ารับบริการทางการแพทย์ การใช้ยาคุมกำเนิดหรือการใช้อุปกรณ์ในการคุมกำเนิด

ประเภทของการคุมกำเนิดอาจแบ่งได้หลายกรณีขึ้นอยู่กับเกณฑ์ที่ใช้พิจารณา อาทิ การคุมกำเนิดโดยใช้ฮอร์โมนซึ่งแบ่งได้เป็นวิธีการคุมกำเนิดที่ใช้ฮอร์โมน เช่น ยาเม็ดคุมกำเนิด ยาฉีดคุมกำเนิด ยาฝังคุมกำเนิด และการคุมกำเนิดที่ไม่ใช้ฮอร์โมน เช่น ห่วงอนามัย ถุงยางอนามัย วิธีคุมกำเนิดชนิดขวางกั้นทางช่องคลอด การทำหมันหญิง การทำหมันชาย²⁴

การคุมกำเนิดไม่ว่าจะเป็นวิธีการธรรมชาติหรือการเข้ารับบริการทางการแพทย์ การคุมกำเนิดแบบถาวรหรือการคุมกำเนิดแบบไม่ถาวร ต่างก็มีข้อดีและข้อเสียที่แตกต่างกัน เช่น ค่าใช้จ่ายในการเข้ารับบริการ ความยากง่ายในการเข้าถึงวิธีการคุมกำเนิด ผลกระทบต่อสุขภาพและร่างกาย โอกาสที่การคุมกำเนิดจะประสบผลสำเร็จ ซึ่งการคุมกำเนิดแต่ละวิธีมีโอกาสเสี่ยงที่หญิงอาจตั้งครรภ์ดังนี้²⁵

| | |
|------------------------------|-------------|
| 1) การทำหมันชาย | ร้อยละ 0.1 |
| 2) การทำหมันหญิง | ร้อยละ 0.5 |
| 3) ถุงยางอนามัยสำหรับชาย | ร้อยละ 2.0 |
| 4) ถุงยางอนามัยสำหรับหญิง | ร้อยละ 5.0 |
| 5) ยาเม็ดคุมกำเนิดชนิดรวม | ร้อยละ 0.3 |
| 6) ยาเม็ดคุมกำเนิดโปรเจสติน | ร้อยละ 0.5 |
| 7) ยาฝังคุมกำเนิด | ร้อยละ 0.05 |
| 8) การใช้ยาหรือสารทำลายอสุจิ | ร้อยละ 18.0 |
| 9) การนับวันปลอดภัย | ร้อยละ 9.0 |
| 10) ไม่ได้คุมกำเนิด | ร้อยละ 85 |

²³ ดำรง เจริญประยูร, "บทนำการวางแผนครอบครัว", ใน *นรีเวชวิทยา*, รวบรวมโดย สุจิตต์ เผ่าสวัสดิ์, ศุภวัฒน์ ชุตินวงศ์, ดำรง เจริญประยูร และสุทัศน์ กลกิจโกวินท์, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท ทรีโอ แอ็ด จำกัด, 2533), น.278-296. ; ประนอม บุพศิริ, "การวางแผนครอบครัว (Family Planning)," (สืบค้นเมื่อวันที่ 1 มิถุนายน 2558), จาก <http://haamor.com/th/การวางแผนครอบครัว/>

²⁴ สุรศักดิ์ ฐานิพานิชสกุล, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 21*, น.35-124.

²⁵ ประนอม บุพศิริ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 23*.

จากสถิติข้างต้นเห็นได้ว่าแม่ชายหรือหญิงจะคุมกำเนิดด้วยวิธีใดก็ตาม หญิงยังคงมีความเสี่ยงที่จะตั้งครรภ์ ดังนั้น แพทย์ผู้ให้บริการคุมกำเนิดหรือให้คำปรึกษาเกี่ยวกับวิธีการคุมกำเนิดมีหน้าที่ให้ข้อมูลและแจ้งเตือนความเสี่ยงที่การคุมกำเนิดอาจไม่ประสบผลสำเร็จ นอกจากนี้ แพทย์มีหน้าที่ติดตามผลการคุมกำเนิด²⁶ ตัวอย่างเช่น การคุมกำเนิดด้วยวิธีการผ่าตัดทำหมันเพศชาย การผ่าตัดทำหมันจะประสบผลสำเร็จเมื่อเลยระยะเวลา 3 เดือนนับจากที่มีการผ่าตัดทำหมัน แพทย์จึงมีหน้าที่แนะนำให้ชายหลีกเลี่ยงการมีเพศสัมพันธ์จนกว่าจะตรวจไม่พบเชื้ออสุจิในน้ำอสุจิ²⁷

1.1.5 การเข้ารับบริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์

“เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์”²⁸ หมายถึง เทคนิคที่นำมาใช้เพื่อรักษาคู่สมรสที่มีบุตรยาก โดยใช้ความรู้พื้นฐานด้านวิทยาศาสตร์การแพทย์ที่เกี่ยวกับเซลล์สืบพันธุ์ ปัจจุบันเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มีหลายรูปแบบ²⁹ มีตัวอย่างดังนี้

“การฉีดเชื้อหรือการผสมเทียม” (Artificial Insemination) คือ กระบวนการทางการแพทย์ที่นำเอาเซลล์สืบพันธุ์ของเพศชายฉีดกลับเข้าไปยังโพรงมดลูกของเพศหญิงและปล่อยให้มีการปฏิสนธิตามธรรมชาติ ซึ่งการผสมเทียมอาจเกิดขึ้นได้หลายรูปแบบ อาทิ

(1) การผสมเทียมโดยใช้เซลล์สืบพันธุ์ของชายสามี (Artificial Insemination by husband : AIH)

(2) การผสมเทียมโดยใช้เซลล์สืบพันธุ์บริจาค (Artificial Insemination by the Donor : AID)

²⁶ สุรศักดิ์ ฐานิพานิชสกุล, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 21*, น.24-27.

²⁷ สุรศักดิ์ ฐานิพานิชสกุล, *เพิ่งอ้าง*, น.122. ; อรรถนพ ใจสำราญ, "การทำหมันชาย", ใน *การวางแผนครอบครัวและเทคโนโลยีการคุมกำเนิด*, รวบรวมโดย สุรศักดิ์ ฐานิพานิชสกุล, ดำรง เจริญประยูร, สมชัย นิรุตติศาสตร์ และอรรถนพ ใจสำราญ, (กรุงเทพมหานคร : ภาควิชาสูติศาสตร์-นรีเวชวิทยา คณะแพทยศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), น.294-296.

²⁸ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 3 “เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์” หมายความว่า กรรมวิธีใดๆ ทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ที่นำอสุจิและไข่ออกจากร่างกายมนุษย์ เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์โดยไม่เป็นไปตามธรรมชาติ รวมทั้งการผสมเทียม

²⁹ แสง บุญเฉลิมวิภาส และ ดาราพร ธีระวัฒน์, *การประชุมรับฟังข้อคิดเห็นเรื่องกฎหมายกับการปฏิสนธิเทียมและการคัดเลือกทางพันธุกรรม*, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท ดีไซน์ จำกัด, 2548), น.7.

(3) การผสมเทียมโดยใช้เซลล์สืบพันธุ์ของชายสามีและเซลล์สืบพันธุ์บริจาค (Combined or Confused Artificial Insemination : CAI)

“เทคนิคการทำกิฟ” (Gamete Intrafallopian Transfer : Gift) คือ กระบวนการทางการแพทย์ที่นำเอาเซลล์สืบพันธุ์ของเพศหญิงมาใส่พร้อมกับเซลล์สืบพันธุ์ของเพศชายทางหลอดมดลูกผ่านทางหน้าท้องของหญิง และปล่อยให้เซลล์สืบพันธุ์ของเพศชายและหญิงปฏิสนธิกันตามธรรมชาติ

“เทคนิคการทำเด็กหลอดแก้ว” (In Vitro Fertilization & Embryo Transfer : IVF&ET) คือ กระบวนการทางการแพทย์ที่ทำให้เกิดการปฏิสนธิภายนอกครรภ์ของหญิง โดยแพทย์ผู้ดำเนินการจะจัดเก็บเซลล์สืบพันธุ์ของหญิงและชายเพื่อทำการปฏิสนธิภายในห้องทดลอง เมื่อเซลล์สืบพันธุ์ได้ปฏิสนธิจนกลายเป็นตัวอ่อน แพทย์จะนำเอาตัวอ่อนที่แข็งแรงสมบูรณ์กลับเข้าสู่โพรงมดลูกของหญิง

กรณีที่ชายหรือหญิงมีประวัติเคยให้กำเนิดบุตรที่เป็นโรคทางพันธุกรรม ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นโรคทางพันธุกรรมหรือเป็นพาหะของโรคทางพันธุกรรม แพทย์ผู้ดำเนินการปฏิสนธิมีหน้าที่ตรวจสอบความผิดปกติของตัวอ่อนภายหลังที่มีการปฏิสนธิ และคัดกรองนำเอาเฉพาะตัวอ่อนที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์กลับเข้าสู่โพรงมดลูกของหญิงเท่านั้น

“เทคนิคการทำอิกซี่” (Intracytoplasmic Sperm Injection: ICSI) คือ กระบวนการทางการแพทย์สำหรับชายที่มีปริมาณเซลล์สืบพันธุ์น้อยกว่าปกติ แพทย์จะต้องนำเซลล์สืบพันธุ์ของชายเพียงตัวเดียวฉีดเข้าไปในเซลล์สืบพันธุ์ของหญิงโดยตรง ภายหลังจากที่แพทย์ได้ฉีดเซลล์สืบพันธุ์ของชายเข้าสู่เซลล์สืบพันธุ์ของเพศหญิงแล้ว แพทย์ต้องรอจนกว่าจะมีการปฏิสนธิจึงค่อยนำเอาตัวอ่อนกลับเข้าสู่โพรงมดลูกของหญิง

“การตั้งครรภ์แทน” (Surrogacy) คือ กระบวนการที่หญิงรายหนึ่ง (Surrogacy mother) ตกลงที่จะตั้งครรภ์แทน อีกทั้งยังตกลงที่จะส่งมอบเด็กให้กับชายและหรือหญิงที่ประสงค์จะให้กำเนิดบุตร โดยการตั้งครรภ์แทนสามารถเกิดขึ้นได้ 3 ประเภท ดังนี้

(1) การตั้งครรภ์แทนโดยการฉีดเชื้อ (Artificial Insemination Surrogacy) คือ การตั้งครรภ์แทนซึ่งแพทย์ฉีดเซลล์สืบพันธุ์ของชายที่ประสงค์ตั้งครรภ์เข้าไปในโพรงมดลูกของหญิง บางครั้งเรียกว่า “การตั้งครรภ์แทนแบบดั้งเดิม” (Traditional Surrogacy) เพราะเป็นการตั้งครรภ์แทนประเภทแรกที่เกิดขึ้นทางวิทยาศาสตร์ โดยเด็กที่เกิดขึ้นมีชีวิตมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ซึ่งเรียกว่า “การรับตั้งครรภ์แทนแบบไม่สมบูรณ์” (Partial Surrogacy)

(2) การตั้งครรภ์แทนด้วยวิธีการปฏิสนธิภายนอกร่างกาย (In Vitro Fertilization Surrogacy : IVF / Embryo Transfer : ET) คือ การตั้งครรภ์แทนโดยหญิงที่ตั้งครรภ์ไม่มีความสัมพันธ์ทาง

พันธุกรรมกับเด็ก เพราะเด็กเกิดขึ้นจากการปฏิสนธิระหว่างเซลล์สืบพันธุ์ของชายและหญิงที่ประสงค์จะให้กำเนิดบุตร ภายหลังจากที่มีการปฏิสนธิจนกลายเป็นตัวอ่อน แพทย์จะนำเอาตัวอ่อนกลับเข้าไปพัฒนาในโพรงมดลูกของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน บางครั้งมีการเปรียบเทียบการตั้งครรภ์แทนประเภทนี้ว่าเป็นการ “เช่ามดลูก (Womb Leasing)” เมื่อเด็กมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับผู้ประสงค์จะให้กำเนิดบุตรจึงเรียกการตั้งครรภ์แทนประเภทนี้ว่า “การตั้งครรภ์แทนโดยสมบูรณ์ (Full Surrogacy)”³⁰

(3) การตั้งครรภ์แทนโดยการใช้ตัวอ่อนที่เกิดขึ้นจากการปฏิสนธิของเซลล์สืบพันธุ์บริจาค (Donated Embryo Surrogacy) คือ การตั้งครรภ์แทนโดยชายและหญิงผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตรขอรับตัวอ่อนบริจาค ภายหลังจากที่ได้รับตัวอ่อนบริจาคแล้วแพทย์จะนำตัวอ่อนกลับเข้าสู่โพรงมดลูกของหญิงที่ยินยอมตั้งครรภ์แทน โดยการตั้งครรภ์แทนประเภทนี้เด็กที่เกิดจะไม่มี ความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับชายและหญิงที่ประสงค์จะให้กำเนิดบุตรและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นวิทยาศาสตร์ทางการแพทย์สาขาหนึ่งที่เข้ามามีบทบาทในการช่วยป้องกันการแพร่กระจายของโรคทางพันธุกรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง พัฒนาการของเทคนิคการตรวจวินิจฉัยความผิดปกติทางพันธุกรรมของตัวอ่อนก่อนการฝังตัว (Pre-implantation Genetic Diagnosis : PGD) ซึ่งเป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นภายในห้องปฏิบัติการ แพทย์ผู้ให้บริการมีหน้าที่ตรวจคัดกรองตัวอ่อนหลังปฏิสนธิว่าตัวอ่อนมีความผิดปกติทางพันธุกรรมหรือโครโมโซมหรือไม่ โดยแพทย์ที่มีหน้าที่คัดเลือกตัวอ่อนที่สมบูรณ์เท่านั้นเพื่อนำกลับเข้าสู่โพรงมดลูกของหญิง³¹

ในปัจจุบัน มาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ กำหนดให้ผู้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์สามารถตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมในตัวอ่อนได้ตามความจำเป็น แต่ต้องเป็นกรณีที่เหมาะสมเท่านั้น และต้องไม่เป็นการกระทำการที่ทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการเลือกเพศของตัว

³⁰ นิติพร ตันวิไลย, "การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน," วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 24, ตอน 2, น.11 (2550).

³¹ ฉัตรสุมน พงศ์ภิณูญ, กฎหมายสุขภาพและการรักษาพยาบาล, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555), น.47. ; "การตรวจวินิจฉัย ตัวอ่อนก่อนการใส่กลับ (PGD)," (สืบค้นเมื่อวันที่ 1 มิถุนายน 2558), จาก.http://www.jetanin.com/th/service/technology_detail/25

อ่อน โดยหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมของตัวอ่อนนี้ต้องเป็นไปตามที่แพทยสภากำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ³²

อย่างไรก็ตาม เมื่อโรคทางพันธุกรรมอาจเกิดขึ้นได้กับตัวอ่อนเพศใดเพศหนึ่งเท่านั้น ทำให้บางกรณีกฎหมายยินยอมให้มีการกระทำในลักษณะเป็นการเลือกเพศของมนุษย์เพื่อลดความเสี่ยงของการแพร่กระจายโรคทางพันธุกรรม³³ ตัวอย่างเช่น โรคฮีโมฟีเลียซึ่งเป็นโรคที่สามารถถ่ายทอดได้ในทารกเพศชาย³⁴ เพื่อป้องกันและหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่เป็นโรคทางพันธุกรรม ในกรณีที่แพทย์พบว่าชายหรือหญิงมีภาวะเสี่ยงที่จะให้กำเนิดบุตรที่เป็นโรคฮีโมฟีเลีย แพทย์มีหน้าที่เลือกตัวอ่อนที่มีเพศหญิงกลับเข้าสู่โพรงมดลูกของหญิง³⁵ เห็นได้ว่าเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไม่ว่าจะเป็นการตรวจโรคพันธุกรรมหรือการคัดเลือกเพศตัวอ่อน สามารถช่วยเพิ่มโอกาสให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์³⁶

แม้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จะเข้ามามีบทบาทและช่วยแก้ไขปัญหให้กับครอบครัวที่ไม่สามารถให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการธรรมชาติ ในขณะเดียวกันเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ก็ทำให้เกิดประเด็นปัญหาทางกฎหมายจำนวนมาก

³² พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

มาตรา 18 ในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้ให้บริการ เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ อาจทำการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมในตัวอ่อน ที่อาจเกิดขึ้นได้ตามความจำเป็นและสมควร ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะที่อาจทำให้เข้าใจได้ว่า เป็นการเลือกเพศ

การตรวจวินิจฉัยตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

³³ แสวง บุญเฉลิมวิภาส และ ดารารพร ธีระวัฒน์, *อ่วงแล้ว เชิงอรรถที่ 29*, น.3.

³⁴ เสาวคนธ์ อัจฉิมากร, *อ่วงแล้ว เชิงอรรถที่ 19*, น.5.

³⁵ ปัจจุบันแพทยสภาและราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์ได้ออกแนวทางปฏิบัติ (Practice Guideline) ว่าแพทย์ไม่ควรเลือกเพศตามความต้องการของคู่สมรสเพียงอย่างเดียว การเลือกเพศสามารถทำได้เฉพาะกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับโรคทางพันธุกรรมที่อาจถ่ายทอดในเพศใดเพศหนึ่ง โดยที่คู่สมรสต้องขออนุญาตจากราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทยด้วยตนเอง ดู แสวง บุญเฉลิมวิภาส และ ดารารพร ธีระวัฒน์, *อ่วงแล้ว เชิงอรรถที่ 29*, น.17.

³⁶ *เพ็งอ่วง*

โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างชาย หญิงและเด็กตามกฎหมายลักษณะครอบครัว อีกทั้งยังมีปัญหาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการควบคุมกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ให้อยู่ในขอบเขตที่เป็นที่ยอมรับตามกฎหมาย³⁷ เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558³⁸ กำหนดกฎเกณฑ์ควบคุมการให้บริการด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และกำหนด

³⁷ ดูรายละเอียดประเด็นปัญหาตามกฎหมายลักษณะครอบครัวที่ปรากฏในกระบวนการตั้งครุฑแทน ใน ญัตติวาระ อภิสิทธิ์ไยอิน, "การตั้งครุฑแทน : ปัญหาทางกฎหมายครอบครัวและมรดก," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์มยมงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2543)

³⁸ เล่ม 132 ตอนที่ 38 ก ; นอกจากนี้ ต้องพิจารณาประกอบกับประกาศแพทยสภาที่ 95/2558 เรื่องมาตรฐานในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา วันที่ 4 พฤศจิกายน พ.ศ. 2558 เล่ม 132 ตอนพิเศษ 280 ง น.16-19 และประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่องหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครุฑแทนและค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครุฑแทนในขณะตั้งครุฑ การยุติการตั้งครุฑ การคลอด และหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดขึ้นจากการตั้งครุฑแทนหลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน พ.ศ. 2558 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา วันที่ 30 ธันวาคม พ.ศ. 2558 เล่ม 132 ตอนพิเศษ 350 ง.

ในช่วงเวลาก่อนที่มีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หลักเกณฑ์ที่ใช้ควบคุมการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ คือ ประกาศแพทยสภาเรื่องมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ที่ 1/2540 ลงวันที่ 22 ตุลาคม พ.ศ. 2540 และประกาศแพทยสภาที่ 21/2545 เรื่องมาตรฐานการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (ฉบับที่ 2) ซึ่งเป็นข้อบังคับที่แพทยสภาออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 ซึ่งเนื้อหาข้อประกาศแพทยสภาทั้ง 2 ฉบับ ได้กำหนดเฉพาะหลักเกณฑ์และมาตรฐานการให้บริการช่วยการเจริญพันธุ์ หน้าที่ของผู้ให้บริการ หน่วยงานที่มีหน้าที่กำกับดูแลเท่านั้น ในขณะที่การพิจารณาสถานะความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดขึ้นมาด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ยังคงเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดู อากัสร์ เพชรผุด, "พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 : มุมมองจากผู้ปฏิบัติ," วารสารกฎหมายสุขภาพและสาธารณสุข, ปีที่ 1, น.231-232 (กันยายน - ธันวาคม 2558).

หลักเกณฑ์การพิจารณาความเป็นบิดามารดาของเด็กที่แตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนี้

(1) ในกรณีการผสมเทียมโดยหญิงผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์เอง หรือในกรณีที่มีการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่น หากกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ไม่ว่าจะเด็กจะเกิดจากเซลล์อสุจิ เซลล์ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาค ให้เด็กที่เกิดจากกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายและหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรเท่านั้น แม้ชายและหญิงผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตรถึงแก่ความตายก่อนที่เด็กได้คลอดออกมามีชีวิตก็ตาม ชายหรือหญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนบริจาคและเด็กที่เกิดจากเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนบริจาคไม่มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก³⁹

(2) ในกรณีที่สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองเด็กนั้นจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก ผู้มีส่วนได้เสียหรือพนักงานอัยการมีอำนาจร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้ปกครองได้ และในการตั้งผู้ปกครองดังกล่าวให้ศาลคำนึงถึงความเหมาะสมและประโยชน์ของเด็กนั้นเป็นสำคัญ⁴⁰

(3) เพื่อป้องกันปัญหาและความยุ่งยากเกี่ยวกับทะเบียนการแจ้งเกิดของเด็ก อีกทั้งเพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาเกี่ยวกับข้อสันนิษฐานของกฎหมายและการแก้ไขเปลี่ยนแปลงชื่อผู้แจ้งเกิดในภายหลัง กฎหมายได้กำหนดให้ชายและหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรเป็นผู้มีหน้าที่แจ้งถึงการเกิดของเด็กต่อนายทะเบียนผู้รับแจ้งตามกฎหมายว่าด้วยการทะเบียนราษฎร เว้นแต่กรณีที่ชายและหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรถึงแก่ความตาย ไม่ได้อยู่ในประเทศไทยหรือไม่ปรากฏตัวภายหลังจากการคลอด กฎหมายกำหนดให้หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนมีหน้าที่แจ้งการเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์⁴¹

³⁹ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 29

⁴⁰ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 30

⁴¹ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 32

(4) ชายและหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรด้วยการตั้งครรภ์แทนจะปฏิเสธไม่ยอมรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์เป็นบุตรของตนไม่ได้⁴²

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่มีการตั้งครรภ์ของหญิงโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ตัวอย่างเช่น ในกระบวนการผสมเทียม แพทย์ใช้เซลล์สืบพันธุ์ของชายอื่นโดยที่ชายและหญิงผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตรไม่ได้แสดงเจตนาว่าประสงค์จะรับเซลล์สืบพันธุ์ของชายบริจาคหรือไม่ได้ให้ความยินยอมเป็นหนังสือเอาไว้⁴³ หรือในกระบวนการตั้งครรภ์แทนแพทย์ไม่ได้ดำเนินการให้เป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมาย⁴⁴ อาทิ ชายและหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการตั้งครรภ์แทนไม่มีสัญชาติไทย หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานของชายและหญิงผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตร หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ใช่ญาติสืบสายโลหิตของชายหรือหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตร หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ใช่หญิงที่เคยมีบุตรมาก่อน หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ได้รับความยินยอมจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมาย การตั้งครรภ์เกิดจากการใช้ไข่ของหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทน ในกรณีดังกล่าวข้างต้นการพิจารณาความเป็นบิดามารดาและบุตรจะไม่ใช่ไปตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 แต่เป็นไปตามหลักกฎหมายที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

1.2. กระบวนการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิดในช่วงเวลาภายหลังที่หญิงตั้งครรภ์จนถึงขณะที่หญิงคลอดบุตร

กระบวนการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิดภายหลังที่หญิงตั้งครรภ์เป็นกระบวนการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการดูแลครรภ์ การตรวจสุขภาพครรภ์ การรักษาพยาบาลหญิงที่ตั้งครรภ์และการรักษาพยาบาลทารกในครรภ์ นอกจากนี้รวมถึงกระบวนการทำแท้งในกรณีที่หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ตลอดจนกระบวนการที่แพทย์ทำคลอดให้หญิง

ภายหลังที่หญิงตั้งครรภ์เพื่อป้องกันปัญหาสุขภาพที่เป็นผลมาจากการเปลี่ยนแปลงของสภาพร่างกายหรืออาการเจ็บป่วยที่อาจเป็นผลข้างเคียงจากการตั้งครรภ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อ

⁴² พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 33

⁴³ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 20

⁴⁴ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 21 และมาตรา 22

ป้องกันปัญหาสุขภาพของทารกในครรภ์ หญิงที่ตั้งครรภ์จึงควรอยู่ภายใต้การดูแลของแพทย์อย่างใกล้ชิดเพื่อให้แพทย์จะได้ตรวจสอบสุขภาพของหญิงที่ตั้งครรภ์และสุขภาพของทารกในครรภ์

ในกรณีที่แพทย์ตรวจพบว่าหญิงที่ตั้งครรภ์มีปัญหาทางสุขภาพระหว่างตั้งครรภ์ แพทย์ต้องตรวจว่าปัญหาสุขภาพของหญิงที่ตั้งครรภ์ส่งผลกระทบต่อสุขภาพทารกในครรภ์หรือไม่ ซึ่งช่วงเวลาดังกล่าวแพทย์มีหน้าที่เลือกใช้วิธีการรักษาพยาบาลและเลือกยารักษาโรคที่ไม่ส่งผลกระทบต่อสุขภาพทารกในครรภ์ ในกรณีที่ปัญหาสุขภาพของทารกสามารถรักษาให้หายได้ แพทย์มีหน้าที่แจ้งให้ชายและหญิงทราบปัญหาสุขภาพของทารก รวมทั้งมีหน้าที่บอกแนวทางการให้การรักษาพยาบาล และความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นเพื่อให้หญิงที่ตั้งครรภ์มีสิทธิเลือกวิธีการรักษาพยาบาล และได้มีส่วนร่วมในการตัดสินใจกับแพทย์ผู้ให้การรักษา

นอกจากนี้ในกรณีที่แพทย์พบว่าทารกในครรภ์พิการจากการที่หญิงได้รับเชื้อหัดเยอรมันระหว่างตั้งครรภ์⁴⁵ หรือกรณีที่หญิงป่วยเป็นโรคมะเร็งระหว่างตั้งครรภ์ซึ่งการตั้งครรภ์จะเป็นอุปสรรคต่อการรักษาพยาบาล แพทย์มีหน้าที่แนะนำให้หญิงเข้ารับการทำแท้ง⁴⁶

กระบวนการทางการแพทย์ภายหลังที่หญิงตั้งครรภ์มีดังนี้

1.2.1 การเข้ารับบริการฝากครรภ์

การฝากครรภ์ คือ กระบวนการดูแลหญิงระหว่างที่ตั้งครรภ์⁴⁷ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มอัตราการตั้งครรภ์และการคลอดปกติ และช่วยลดอัตราการตายและอันตรายของเด็กแรกเกิด การฝากครรภ์เป็นขั้นตอนที่แพทย์ให้การดูแลหญิงที่ตั้งครรภ์ โดยแพทย์มีหน้าที่ให้ความรู้เกี่ยวกับความเปลี่ยนแปลงของสภาพร่างกายของหญิงภายหลังตั้งครรภ์ หัตถการต่างๆ ที่จำเป็นภายหลังตั้งครรภ์ ภาวะแทรกซ้อนที่อาจเกิดขึ้นระหว่างตั้งครรภ์⁴⁸

1.2.2 การตรวจวิเคราะห์ครรภ์ก่อนคลอด

การตรวจวิเคราะห์ครรภ์ก่อนคลอดเป็นกระบวนการตรวจสอบสุขภาพของทารกในครรภ์เพื่อดูว่าทารกมีปัญหาสุขภาพหรือไม่ แพทย์มีหน้าที่นัดให้หญิงที่ตั้งครรภ์เข้ารับการตรวจ

⁴⁵ พิชัย เจริญพานิช และ วรยุทธ กลกิจ, ครรภ์และทารก : คู่มือก่อนคลอดสำหรับคุณแม่, (กรุงเทพมหานคร : 99 มีเดีย แอนด์ พับลิชซิง, 2534), น.58.

⁴⁶ เพ็ญอ้อ, น.68.

⁴⁷ สุรีย์ สิมารักษ์, อีระพร วุฒยวนิช, จตุพล ศรีสมบุญ และ อีระ ทองสง, อ้าวแล้วเชิงอรรถที่ 12, น.53.

⁴⁸ อติวุธ กมุทมาศ, ตำราสูติศาสตร์ การตั้งครรภ์และการคลอดปกติ, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท บุ๊คเน็ต จำกัด, 2546), น.137.

ครรภ์เป็นระยะ ในกรณีที่แพทย์ตรวจพบความผิดปกติของทารกหรือพบว่าทารกมีปัญหาสุขภาพ แพทย์จะได้ทำการรักษาพยาบาลได้ทันท่วงที แต่กรณีที่ทารกในครรภ์พิการหรือเป็นโรคทางพันธุกรรมอย่างร้ายแรงจนไม่สามารถรักษาให้หายได้ แพทย์มีหน้าที่ให้ข้อมูลที่ถูกต้องแก่หญิงเพื่อที่หญิงและชายรวมทั้งสมาชิกภายในครอบครัวคนอื่นๆ สามารถตัดสินใจได้ว่าหญิงควรที่จะตั้งครรภ์ต่อไปหรือจะยุติการตั้งครรภ์ด้วยการทำแท้ง

นอกจากการตรวจครรภ์แล้ว แพทย์ยังมีหน้าที่ให้คำแนะนำวิธีการปฏิบัติที่เหมาะสมแก่หญิงระหว่างตั้งครรภ์และภายหลังการคลอด รวมทั้งช่วยป้องกันภาวะแทรกซ้อนต่างๆ ที่อาจเกิดขึ้นได้ตลอดระยะเวลาที่หญิงตั้งครรภ์ เช่น ครรภ์โตผิดปกติ ครรภ์ไขปลาคอก ครรภ์แฝด ครรภ์นอกมดลูก ซึ่งเป็นภาวะที่ต้องอยู่ในการดูแลและการให้การรักษาพยาบาลอย่างใกล้ชิด⁴⁹ โดยการตรวจวินิจฉัยครรภ์ก่อนคลอด สามารถทำได้ด้วยวิธีการ (1) การตรวจเลือดของมารดา (2) การตัดชิ้นเนื้อรกในไตรมาสแรก (Chorionic Villous Sampling : CVS) (3) การเจาะเลือดสายสะดือของทารก (Cordocentesis) (4) การเก็บตัวอย่างเลือดทารก (5) การตรวจด้วยคลื่นความถี่สูงหรือการอัลตราซาวนด์ (Ultra Sound) (6) การเจาะถุงน้ำคร่ำ (Amniocentesis) (7) การตรวจด้วยรังสี

1.2.3 การให้การักษาพยาบาลหญิงที่ตั้งครรภ์

การให้การรักษาพยาบาลกับหญิงระหว่างตั้งครรภ์ แพทย์และบุคลากรที่เกี่ยวข้องมีหน้าที่ใช้ระมัดระวังอย่างมาก เพราะวิธีการรักษาพยาบาลที่ใช้กับหญิงตั้งครรภ์มีลักษณะแตกต่างจากการรักษาพยาบาลทั่วไป เนื่องจากวิธีการรักษาพยาบาล อุปกรณ์ในการรักษาพยาบาล หรือยาที่ใช้ในการรักษาพยาบาลบางประเภทอาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพของทารกในครรภ์

หน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังของบุคลากรการแพทย์เริ่มตั้งแต่กระบวนการคัดกรองผู้ป่วย พยาบาลที่ทำหน้าที่คัดกรองผู้ป่วยมีหน้าที่ซักประวัติว่าหญิงอยู่ในระหว่างตั้งครรภ์หรือมีแนวโน้มที่จะตั้งครรภ์หรือไม่ ในกรณีที่พบว่าหญิงกำลังตั้งครรภ์หรือมีแนวโน้มที่จะตั้งครรภ์ พยาบาลมีหน้าที่บันทึกรายละเอียดในประวัติและเวชระเบียนของผู้ป่วยเพื่อให้แพทย์ผู้ทำการรักษาทราบว่าหญิงที่เข้ารับการรักษา กำลังตั้งครรภ์ เมื่อแพทย์ทราบว่าหญิงที่เข้ารับการรักษา กำลังตั้งครรภ์ แพทย์มีหน้าที่เลือกใช้วิธีการรักษาพยาบาลหรือวิธีการตรวจวินิจฉัยสุขภาพที่ไม่ส่งผลกระทบต่อสุขภาพของทารกในครรภ์ เพราะถ้าแพทย์เลือกใช้วิธีการรักษาพยาบาลโดยประมาท ความผิดพลาดในการรักษาพยาบาลอาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพของหญิงและทารกในครรภ์

ในกรณีที่แพทย์ตรวจพบว่าหญิงมีปัญหาสุขภาพและจำเป็นต้องรับประธาณยา รักษาโรค แพทย์ต้องใช้ความระมัดระวังในการเลือกใช้และสั่งจ่ายให้แก่หญิง เนื่องจากยารักษาโรค

⁴⁹ ศิริลักษณ์, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 5 , น.62-69.

บางชนิดอาจส่งผลกระทบต่อทารกในครรภ์ เช่น ยาแก้แพ้ท้องหรือธาลิโดไมด์ ทั้งนี้ องค์การอาหารและยาประเทศสหรัฐอเมริกาได้แบ่งกลุ่มยาที่มีผลกระทบต่อสุขภาพของทารกและห้ามมิให้ใช้กับหญิงที่ตั้งครรภ์เรียกว่า “FDA Category”⁵⁰ หากแพทย์สั่งจ่ายยาดังกล่าวให้หญิงอาจเป็นเหตุทำให้ทารกในครรภ์พิการ⁵¹

1.2.4 กระบวนการทำคลอด

การทำคลอด คือ กระบวนการทางการแพทย์ที่ช่วยให้เด็กคลอดออกมาจากมดลูกของหญิงที่ตั้งครรภ์ โดยแบ่งการทำคลอดออกเป็น 2 ประเภท คือ ประเภทที่ 1 การคลอดทางช่องคลอด คือ การช่วยให้เด็กคลอดออกทางช่องคลอด ซึ่งแพทย์อาจมีการใช้เครื่องมือช่วยคลอดเพื่อให้เด็กคลอดออกมาถูกวิธีและอยู่ในท่าคลอดที่ถูกต้อง ประเภทที่ 2 คือ การผ่าทำคลอดผ่านทางหน้าท้องของหญิง โดยแพทย์ที่ทำคลอดจะผ่าตัดหน้าท้องและผนังมดลูกของหญิงเพื่อนำเด็กออกมา⁵²

ในกระบวนการทำคลอดเป็นช่วงระยะเวลาที่อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อหญิงและทารก แพทย์ผู้ทำคลอดมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังตลอดเวลาที่ปฏิบัติหน้าที่ เพราะระหว่างการทำคลอดอาจเกิดภาวะครรภ์ผิดปกติอันเป็นอุปสรรคต่อการคลอดและส่งผลให้แพทย์ต้องชักนำการคลอด⁵³ ใช้อุปกรณ์ช่วยคลอด⁵⁴ หรือผ่าตัดทำคลอด หากมีความผิดปกติอย่างใดเกิดขึ้นอาจเป็น

⁵⁰ อานนท์ เรื่องอุตมานันท์, หนูอยู่ใน-- ท้องแม่แล้วนะ ชุดการดูแลครรภ์และการคลอด, (กรุงเทพมหานคร : รักลูกบุ๊กส์, 2552), น.57-58.

⁵¹ ปาริชาติ พันธุ์พานิช, "เหตุทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542), น.59-60.

⁵² วิชญ์ อั้งประพันธ์, นิติเวชศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2548), น.135.

⁵³ การชักนำการคลอด คือ การทำให้หญิงที่ตั้งครรภ์เจ็บครรภ์คลอดโดยไม่ได้เป็นไปตามธรรมชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อหญิงมีอายุครรภ์มากกว่า 28 สัปดาห์ ถ้าแพทย์ปล่อยให้หญิงตั้งครรภ์ต่อไปอาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพของเด็กหรือหญิงที่ตั้งครรภ์ เช่น การเป็นโรคความดันโลหิตครรภ์เป็นพิษหรือคลอดเกินกำหนดเวลา ทารกพิการ ทารกเสียชีวิตในครรภ์ ดู สุรีย์ สิมารักษ์, ธีระพร วุฒยวนิช, จตุพล ศรีสมบุรณ์ และ ธีระ ทองสง, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 12, น.451, 454-455. ; อานนท์ เรื่องอุตมานันท์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 50, น.152.

⁵⁴ ตัวอย่างอุปกรณ์ช่วยคลอด เช่น คีมช่วยคลอด หรือเครื่องดูดสุญญากาศ ซึ่งแพทย์ผู้ทำคลอดและใช้อุปกรณ์ช่วยคลอดต้องเป็นแพทย์ผู้เชี่ยวชาญและมีประสบการณ์อย่างสูง เพราะไม่เช่นนั้นแล้วการเลือกหรือใช้อุปกรณ์ช่วยคลอดโดยไม่ระมัดระวังอาจเป็นเหตุทำให้ทารกในครรภ์ได้รับอันตราย

เหตุทำให้หญิงหรือทารกได้รับอันตรายถึงแก่ความตาย อาทิ ภาวะที่ทารกขาดออกซิเจนหรือหยุดหายใจ การติดเชื้อมีช่องคลอดหรือภายหลังคลอด⁵⁵

บางครั้งการทำคลอดด้วยวิธีธรรมชาติอาจทำให้เกิดอันตรายต่อหญิงหรือทารกในครรภ์ เช่น กรณีที่ทารกมีขนาดตัวใหญ่ ทารกอยู่ในท่าที่ไม่สามารถคลอดเองได้หรือหญิงเป็นมะเร็งปากมดลูกหรือมีความผิดปกติของช่องคลอด⁵⁶ แพทย์มีหน้าที่แนะนำให้หญิงคลอดด้วยวิธีการผ่าตัดทำคลอด อย่างไรก็ตาม การผ่าตัดทำคลอดอาจทำให้เกิดอันตรายกับหญิงและทารก เช่น หญิงได้รับอันตรายจากภาวะแทรกซ้อนจากการดมยาสลบหรือการระงับความรู้สึกด้วยวิธีการอื่นๆ⁵⁷ หรือทารกต้องพิการจากการผ่าตัดทำคลอดโดยประมาท

1.2.5 การทำแท้ง

เมื่อหญิงทราบหรือสงสัยว่าตนกำลังตั้งครรภ์ ในกรณีที่หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่การตั้งครรภ์เกิดขึ้นจากการกระทำ ความผิดอาญา หรือการตั้งครรภ์ส่งผลกระทบต่อสุขภาพของหญิงหรือเป็นอันตรายต่อชีวิตของหญิง (ประมวลกฎหมาย มาตรา 305) ทันทีที่หญิงแสดงความประสงค์ที่จะขอเข้ารับการทำแท้งกับแพทย์ เมื่อการทำแท้งเป็นหนึ่งในวิธีการรักษาพยาบาลตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม แพทย์จึงมีหน้าที่ ทำแท้งให้กับหญิง หากแพทย์ปฏิเสธที่จะทำแท้งให้กับหญิงโดยปราศจากเหตุผลอันสมควรหรือไม่มีเหตุจำเป็นอื่นใดที่ทำให้แพทย์ไม่สามารถทำแท้งให้กับหญิง การที่แพทย์ไม่ยอมรับหญิงเข้าทำแท้งจึงเป็นการงดเว้นจากหน้าที่ในการกระทำการเพื่อป้องกันผล อีกทั้งอาจเป็นเหตุทำให้แพทย์มีความรับผิด ตามกฎหมาย⁵⁸ ตัวอย่างเช่น แพทย์ไม่ยินยอมทำแท้งให้แก่หญิงทั้งที่แพทย์ทราบอยู่แล้วว่าหญิงมี ปัญหาสุขภาพอยู่ก่อนตั้งครรภ์ และการที่หญิงต้องตั้งครรภ์ในสภาพร่างกายที่ไม่เหมาะสมอาจส่งผล

อาทิ อาจเป็นเหตุทำให้กะโหลกศีรษะของทารกแตก เลือดออกในชั้นหนังศีรษะ เลือดออกในสมอง สติปัญญาไม่ดี หรืออาจเป็นอันตรายต่อเส้นประสาทหรือทำให้เด็กหูหนวก ดู สุรีย์ สิมารักษ์, *ธีระพร วุฒยวนิช, จตุพล ศรีสมบุรณ์ และ ธีระ ทองสง, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 12*, น.461, 476, 483.

⁵⁵ สภากา ไทยแท้, *การพยาบาลสูติศาสตร์ ภาวะผิดปกติในระยะคลอด*, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556), น.3.

⁵⁶ สุรีย์ สิมารักษ์, ธีระพร วุฒยวนิช, จตุพล ศรีสมบุรณ์ และ ธีระ ทองสง, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 12*, น.505.

⁵⁷ *เพ็งอ้าง*, น.509. ; สภากา ไทยแท้, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 55*, น.3.

⁵⁸ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, "ต้องจับแพทย์ที่ไม่ยอมทำแท้ง !!!," *วารสารนิติศาสตร์*, ฉบับที่ 1, ปีที่ 40, น.196-198 (มีนาคม 2554).

กระทบต่อสุขภาพของหญิงหรืออาจเป็นอันตรายถึงชีวิต หากการตั้งครรภ์ของหญิงเป็นเหตุทำให้หญิงได้รับอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกาย เมื่อพิจารณาความรับผิดของแพทย์ตามกฎหมายลักษณะอาญา แพทย์อาจมีความรับผิดทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 มาตรา 295 หรือมาตรา 297 เมื่อพิจารณาความรับผิดของแพทย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หญิงหรือทายาท (กรณีหญิงถึงแก่ความตาย) มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ตามกฎหมายลักษณะละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 หรือมาตรา 443 โดยค่าเสียหายที่ผู้เสียหายมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ ประกอบไปด้วย ค่าปลงศพ ค่าขาดไร้อุปการะ ค่ารักษาพยาบาล ค่าขาดรายได้จากการที่หญิงไม่สามารถประกอบกิจการงานได้ตามปกติ ค่าขาดแรงงาน และในกรณีที่เป็นการกระทำของแพทย์ในโรงพยาบาลเอกชน นอกจากหญิงมีสิทธิที่ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดแล้ว หญิงยังมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 215 ประกอบมาตรา 222

ปัจจุบันการทำแท้งสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 วิธี กล่าวคือ การทำแท้งที่ไม่ใช้วิธีการทางการแพทย์ อาทิ การทำแท้งโดยใช้กำลัง การทำแท้งด้วยการใช้เครื่องมือหรือการทำแท้งด้วยการใช้ยา⁵⁹ และการทำแท้งโดยวิธีการทางการแพทย์ อาทิ การดูดมดลูก การใช้เครื่องดูดสุญญากาศ การคีบเอาส่วนของทารกออกจากโพรงมดลูก⁶⁰

ในกรณีที่แพทย์ทำแท้งให้กับหญิงโดยใช้ยาภายหลังที่หญิงรับประทานยาแล้ว 3 สัปดาห์ แพทย์มีหน้าที่นัดให้หญิงเข้ารับการตรวจและติดตามผลของการทำแท้ง หากแพทย์พบว่าการทำแท้งไม่ประสบผลสำเร็จ แพทย์มีหน้าที่แนะนำให้หญิงเข้ารับการทำให้แท้งเป็นครั้งที่สอง⁶¹

ในกรณีที่มีความผิดพลาดอย่างใดเกิดขึ้นในกระบวนการทำแท้ง การพิจารณาว่าหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์หรือไม่ จำเป็นต้องพิจารณาเสียก่อนว่าหญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำให้แท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ตัวอย่างเช่น ในกรณีแพทย์ทำแท้งโดยประมาททำให้การทำแท้งไม่ประสบผลสำเร็จและเป็นเหตุทำให้หญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ การทำแท้งโดยประมาทเป็นเหตุทำให้เด็กคลอดออกมาพิการ หรือการกระทำโดยประมาทที่เป็นเหตุทำให้หญิงเสียสิทธิที่จะเลือกเข้ารับการทำให้แท้ง จากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ข้างต้น ถ้าพิจารณาได้ความว่าหญิงไม่มีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำให้แท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย หญิง ชาย

⁵⁹ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 52*, น.273-274.

⁶⁰ *เพ็ญอ้าง*, น.271-273.

⁶¹ "การทำแท้งด้วยยา," (สืบค้นเมื่อวันที่ 2 มิถุนายน 2558), จาก <http://www.womenonwaves.org/th/page/702/how-to-do-an-abortion-with-pills--misoprostol--cytotec>

และเด็กที่ได้รับความเสียหายย่อมไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ เพราะเหตุที่ว่า การกระทำโดยประมาทของแพทย์หาได้ทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิตามกฎหมาย นอกจากนี้ เมื่อการทำแท้งเป็นความผิดตามกฎหมายอาญา บุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการทำแท้งย่อมไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพราะการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายต้องเป็นการใช้สิทธิโดยสุจริตเท่านั้น

การพิจารณาว่าหญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งหรือไม่ เกี่ยวข้องกับข้อพิจารณาหลายด้าน อาทิ ข้อพิจารณาทางสังคมศาสตร์ กฎหมาย จริยธรรม ศาสนา โดยข้อพิจารณาแต่ละด้านมีความเห็นที่สอดคล้องและแตกต่างกัน ทำให้ปัญหาเรื่องสิทธิในการทำแท้งของหญิงไม่อาจหาข้อยุติได้ว่า ในท้ายที่สุดแล้วกฎหมายควรห้ามมิให้หญิงทำแท้งโดยเด็ดขาดหรือควรให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะทำแท้งได้โดยเสรี อย่างไรก็ตาม ทัศนะของสังคมและกฎหมายพยายามผ่อนคลายนโยบายข้อจำกัดสิทธิในการทำแท้ง โดยพยายามกำหนดเงื่อนไขที่เหมาะสมเพื่ออนุญาตให้หญิงทำแท้งเมื่อมีเหตุจำเป็น และเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมาย ตัวอย่างเช่น การทำแท้งเนื่องจากการตั้งครรภ์ส่งผลกระทบต่อสุขภาพของหญิง หรือการทำแท้งเพราะการตั้งครรภ์เกิดขึ้นจากการกระทำผิดอาญา

แม้ปัญหาว่าด้วยความชอบธรรมในการทำแท้งยังไม่สามารถหาข้อยุติได้ เพราะฝ่ายที่สนับสนุนและคัดค้านมีความเชื่อและศีลธรรมที่แตกต่างกัน แต่เมื่อพิจารณาในทางกฎหมายแล้ว หลักเกณฑ์และเงื่อนไขเกี่ยวกับการทำแท้งต้องมีความชัดเจนและแน่นอน มิเช่นนั้นแล้วสิทธิของหญิงและบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการทำแท้งอาจได้รับความเสียหายจากความไม่แน่นอนของกฎหมาย ผู้เขียนพบว่าการพิจารณาหลักเกณฑ์และเงื่อนไขเกี่ยวกับสิทธิของหญิงที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้งตามบทบัญญัติกฎหมายไทยสามารถแยกพิจารณาเป็น 2 ส่วน คือ (1) หลักเกณฑ์และเงื่อนไขการทำแท้งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 ถึง มาตรา 305 และ (2) หลักเกณฑ์และเงื่อนไขการทำแท้งตามข้อบังคับแพทยสภา ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

1.2.5.1 หลักเกณฑ์การทำแท้งตามประมวลกฎหมายอาญา

ในประเทศไทยความผิดฐานทำแท้งเริ่มปรากฏในกฎหมายลักษณะผู้เมียมซึ่งกำหนดห้ามมิให้หญิงทำแท้งในทุกกรณี เช่นเดียวกับกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ที่แม้ว่าการตั้งครรภ์ของหญิงเป็นผลมาจากถูกข่มขืนกระทำชำเรา หญิงก็ไม่มีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2499 ได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน ซึ่งบทบัญญัติมาตรา 305 กำหนดให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายเพียง 2 กรณี กล่าวคือ เมื่อการตั้งครรภ์ส่งผลกระทบต่อสุขภาพของหญิงและการตั้งครรภ์เกิดขึ้นจากการกระทำผิดอาญา

อย่างไรก็ตาม ตลอดระยะเวลากว่า 60 ปีที่ผ่านมา บทบัญญัติประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ลักษณะ 10 หมวด 3 ว่าด้วยการทำแท้ง ไม่ได้มีการแก้ไข

เปลี่ยนแปลงให้สอดคล้องกับสภาพสังคมและความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ ข้อยกเว้นที่กฎหมายให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยไม่ผิดกฎหมายจึงเป็นเพียงกฎหมายที่มุ่งจำกัดสิทธิของหญิงเท่านั้น แม้นักวิชาการและฝ่ายนิติบัญญัติจะพยายามเสนอให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการทำแท้ง⁶² โดยมีการจัดตั้งคณะกรรมการซึ่งประกอบไปด้วย นักกฎหมาย แพทย์ นักจิตวิทยา นักสังคมสงเคราะห์และบุคคลากรทางด้านศาสนาซึ่งทำหน้าที่พิจารณาและเสนอร่างกฎหมาย⁶³ แต่ประชาชนในสังคมจำนวนหนึ่งยังคงต่อต้านการแก้ไขเปลี่ยนแปลงดังกล่าวด้วยเหตุผลที่แตกต่างกันออกไป อาทิ การยินยอมให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งขัด

⁶² สำนักงานอัยการสูงสุด, "รายงานการเสวนาทางวิชาการเรื่อง มาตรการทางกฎหมายกับปัญหาการทำแท้ง : ทางออกอยู่ที่ไหน," บทบัญญัติ, ตอน 3, เล่มที่ 53, น.162-197 (กันยายน 2540).

⁶³ ในปี พ.ศ. 2531 แพทยสภาได้เสนอร่างกฎหมายแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 โดยมีเนื้อหาดังนี้

“ร่างกฎหมายมาตรา 305

ถ้าหากการกระทำความผิดดังกล่าวในมาตรา 301 และมาตรา 302 เป็นการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในสถานบริการของรัฐ กระทรวง ทบวง กรม เมือง พัทยา องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล สุขาภิบาล องค์การบริหารส่วนท้องถิ่น สภาอากาศไทย หรือองค์การสาธารณกุศลต่างๆ ตามระเบียบและเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขออกไว้ โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา และ

1. จำเป็นต้องกระทำเพื่อสุขภาพของหญิงนั้น หรือ
2. เมื่อมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่เชื่อถือได้ว่า หากทารกในครรภ์คลอดออกมาจะพิการหรือเป็นพาหะนำโรคร้าย หรือ
3. หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิด ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 276 มาตรา 282 มาตรา 283 มาตรา 318 วรรคสาม หรือมาตรา 319

ผู้กระทำไม่มีความผิด”

ดู อัญมณี บุรณกานนท์, "ประมวลความเห็นเกี่ยวกับการทำแท้ง," นิตยสารประชาวงเคราะห์, เล่มที่ 6, ปีที่ 37, น.79-80 (พฤศจิกายน-ธันวาคม 2533). ; โอสถ โกศิน, "การทำแท้ง," ตุลพาห, เล่มที่ 6, ปีที่ 32, น.34-35 (พฤศจิกายน-ธันวาคม 2528). และดูสุวิทนา วรคามิน และนางลักษณ์ บุญไทย, "สรุปลำดับความเป็นมาของความพยายามแก้ไขกฎหมายอาญา มาตรา 305," (สืบค้นเมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม 2559), จาก <http://www.womenhealth.or.th/downloads/perspective-knowledge/legal-law/4-2.pdf>

ต่อจริยธรรมอันดีของสังคมและขัดต่อหลักธรรมและความเชื่อในทางศาสนา นอกจากนี้การที่กฎหมายยินยอมให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งยังเท่ากับเป็นการสนับสนุนให้ชายและหญิงประพฤติตนไม่เหมาะสมในทางเพศ ซึ่งข้อพิพาทดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าสังคมไม่เคยตำหนิหรือลงโทษชายที่ทำให้หญิงตั้งครรภ์แต่ทว่าอดทิ้งและไม่รับผิดชอบภาระที่เกิดขึ้น แต่สังคมยินดีให้มีการผลัดภาระ ความเจ็บปวดและความยากลำบากทั้งหมดให้กับหญิงเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น⁶⁴

สิทธิของหญิงในการเลือกเข้ารับการทำแท้งตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของประมวลกฎหมายอาญาแบ่งได้ 2 กรณี ดังนี้

กรณีที่ 1 สิทธิในการเลือกเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวข้องชีวิตของหญิงที่ตั้งครรภ์ (*Mütterliche Indikation*) กล่าวคือ กรณีที่การตั้งครรภ์ส่งผลกระทบต่อสุขภาพของหญิง ตัวอย่างเช่น หญิงป่วยเป็นโรคความดันโลหิตสูง ป่วยด้วยโรคระหว่างตั้งครรภ์ ป่วยเป็นโรคหัวใจหรือมีอาการครรภ์เป็นพิษ หญิงมีสิทธิเลือกเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ในทางการแพทย์เรียกการทำแท้งประเภทนี้ว่า “การทำแท้งเพื่อการรักษา (Therapeutic Abortion)” การพิจารณาถึงสิทธิในการทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวข้องชีวิตของหญิงนี้ เป็นการชั่งน้ำหนักคุณธรรมทางกฎหมายระหว่างสุขภาพของหญิงกับการทำแท้ง ไม่ใช่เป็นการเปรียบเทียบระหว่างสุขภาพของหญิงกับชีวิตของทารกในครรภ์ จึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงสุขภาพของทารกในครรภ์⁶⁵ เหตุผลที่กฎหมายอนุญาตให้หญิงทำแท้งได้เนื่องจากกฎหมายเห็นว่าชีวิตมารดามีประโยชน์มากกว่าชีวิตทารกที่อยู่ในครรภ์⁶⁶ เรียกหลักการเปรียบเทียบสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองนี้ว่า “หลักการชั่งน้ำหนักคุณธรรมทางกฎหมาย”⁶⁷

⁶⁴ กิตติพงษ์ กิตยารักษ์, "ปจณา วิสัชนา : มาตรการทางกฎหมายกับปัญหาการทำแท้ง," วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 3, ปีที่ 24, น.628 (กันยายน 2537) และทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, "กระแสทรรศน์ : การทำแท้งกับความเท่าเทียม," (สืบค้นเมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม 2559), จาก <http://www.womenhealth.or.th/downloads/document-resource/document-13.pdf>

⁶⁵ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557), น.285.

⁶⁶ แสง บุญเฉลิมวิภาส, "เหตุทำแท้งได้โดยไม่ผิดกฎหมาย : ปัญหาและแนวทางแก้ไข," วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 2, ปีที่ 19, น.69 (มิถุนายน 2532).

⁶⁷ คณิต ญ นคร, "เหตุทำแท้งตามกฎหมายเยอรมัน," อัยการนิเทศ, เล่มที่ 41, น.353 (2522).

นักกฎหมายจำนวนมากมีความเห็นว่าถ้อยคำว่า “สุขภาพ” หมายความว่าเฉพาะถึง “สุขภาพ” ของหญิง และต้องเป็น “สุขภาพกาย” ไม่รวมถึง “สุขภาพทางจิต”⁶⁸ ทั้งยังไม่รวมถึงสุขภาพของทารกในครรภ์ ซึ่งปัญหาว่าด้วยสิทธิในการเลือกเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของทารกเคยปรากฏเป็นปัญหาทางกฎหมายว่า หญิงที่ตั้งครรภ์และป่วยเป็นโรคเอดส์มีสิทธิเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่⁶⁹ เพราะการทำแท้งจะช่วยป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่เป็นโรคเอดส์ตั้งแต่กำเนิด อีกทั้งยังทำให้หญิงมีโอกาสมีชีวิตยาวนานขึ้น ปัญหาดังกล่าวแพทยสภาให้เห็นว่า “สุขภาพ” มีความหมายครอบคลุมถึงความสุขสมบูรณ์ทั้งทางร่างกาย สุขภาพทางใจและอยู่ในสังคมได้อย่างปกติสุข⁷⁰

ในขณะที่คณะกรรมการกฤษฎีกาให้ความเห็นต่อปัญหาสิทธิในการทำแท้งเพราะเหตุที่หญิงเป็นโรคเอดส์ว่า⁷¹ “...แม้ว่าการมีครรภ์จะทำให้อาการของโรคเอดส์

⁶⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5637/2533 โจทก์ขณะเป็นหญิงมีครรภ์ได้ไปปรึกษาแพทย์ที่โรงพยาบาลจำเลยที่ 1 เพื่อขอคำแนะนำในการป้องกันการติดเชื้อหัดเยอรมัน จำเลยที่ 2 แพทย์ผู้ตรวจจึงได้ฉีดวัคซีน เอ็ม.เอ็ม.อาร์. ให้โจทก์ ต่อมาโจทก์ทราบว่าวัคซีนดังกล่าวห้ามใช้กับหญิงมีครรภ์ โจทก์ไปขอคำปรึกษาจากแพทย์อีก แพทย์แจ้งว่าวัคซีนที่ฉีดให้โจทก์ไม่เป็นอันตรายต่อทารกในครรภ์ แต่โจทก์ยืนยันจะทำแท้ง แพทย์เห็นว่าโจทก์มีสุขภาพจิตแย่มากจึงยอมทำแท้งให้เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่าโจทก์ทำแท้งเพราะกลัวไปเองว่าทารกในครรภ์จะคลอดออกมาพิการมีไข้เพราะวัคซีน เอ็ม.เอ็ม.อาร์. ที่จำเลยที่ 2 ฉีด ให้โจทก์ทำให้ทารกในครรภ์ของโจทก์พิการ การกระทำของจำเลยที่ 2 จึงไม่เป็นละเมิดต่อโจทก์ ดู วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, "กฎหมายทำแท้ง : ข้อโต้แย้งที่ยังไม่ยุติ", ในนิติเวชสาธก ฉบับกฎหมายทำแท้ง ข้อโต้แย้งที่ยังไม่ยุติ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เจนเดอร์เพรส, 2537), น.124-135.

⁶⁹ มีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นอีกด้วยว่า กรณีที่หญิงได้รับเชื้อหัดเยอรมันระหว่างตั้งครรภ์ การที่หญิงกังวลว่าทารกในครรภ์อาจต้องพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรงเป็นเหตุที่ทำให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ดู แสง บุญเฉลิมวิภาส และ เอนก ยมจินดา, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 20*, น.44.

⁷⁰ การประชุมครั้งที่ 11/2532 วันที่ 12 ตุลาคม 2532 และได้ทำหนังสือปกปิด ต่วนที่สุด ที่ พส. 01/484 ลงวันที่ 25 ตุลาคม 2532 ถึงคณะกรรมการกฤษฎีกา ดู ปารีชาติ พันธุ์พานิช, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 51*, น.23-24. และวิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 68*, น.124-131.

⁷¹ กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 5 ; หนังสือคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ นร 0801/036 ลงวันที่ 18 มกราคม พ.ศ. 2533

กำเร็วเร็วกว่ากรณีทีหึงนั้ไม่ได้ตั้งครรรค์ การทำใหหึงทีเป็นโรคเอดส์แก้งลูกอาจมีผลใหหึงนั้มีชีวิตยาวไปได้อีกระยะหนึ่งเท่านั้นและก็จะตายเนืองจากโรคดังกล่าวในที่สุด คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่าแพทยเ้าอาจอาศัยมาตรา 305(1) แห่งประมวลกฎหมายอาญาทำใหหึงทีเป็นโรคเอดส์แก้งลูกได้โดยไม่เป็นความผิด ... การตีความมาตรา 305 อันเป็นบทยกเว้นความผิดดังกล่าวในประมวลกฎหมายอาญาจึงต้องตีความอย่างเคร่งครัด บทยกเว้นทีว่า “จำเป็นต้องกระทำเนืองจากสุขภาพของหึง” ย่อมไม่รวมถึงสุขภาพของทารกทีจะเกิดมา ... และ “สุขภาพ” หมายถึง สุขภาพกายของหึงเท่านั้นไม่รวมถึงสุขภาพจิตของหึง...”⁷²

ในความเป็นจริงแล้วการทีหึงป่วยเป็นโรคเอดส์ในระหว่างตั้งครรรค์ มีโอกาสสูงถึงร้อยละ 20 ถึง 50 ทีทารกในครรรค์จะได้รับเชื้อเอดส์ระหว่างทีอยู่ในครรรค์⁷³ ซึ่งแม้ว่าทารกไม่ติดเชื้อระหว่างอยู่ในครรรค์ ทารกก็อาจติดเชื้อในกระบวนการคลอดหรือภายหลังจากทีคลอดออก อีกทั้งในกรณีทีหึงต้องเสียชีวิตลงก่อนเวลาอันสมควรเด็กทีเกิดมาย่อมกลายเป็นเด็กกำพร้า นอกจากนี้แพทยสภาเองได้กำหนดแนวทางเวชปฏิบัติ (Practice Guideline) เอาไว้ว่ากรณีทีหึงเข้าฝากครรรค์หรือเข้ารับการทำคลอดกับแพทย แพทยมีหน้าที่แนะนำใหหึงมีครรรค์เข้ารับการตรวจครรรค์โดยเร็ว เพราะถ้าหึงทราบวาทหึงเป็นโรคเอดส์จะได้หาวิธีการป้องกันไม่ให้ทารกในครรรค์ติดเชื้อเอดส์ ในกรณีทีหึงป่วยเป็นโรคเอดส์ระหว่างตั้งครรรค์ แพทยมีหน้าที่แนะนำวิธีการรักษาพยาบาลเพื่อป้องกันไม่ให้โรคเอดส์แพร่กระจายไปสู่เด็ก โดยใหหึงเป็นผู้ตัดสินใจเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล ในกรณีทีแพทยไม่สามารถให้การรักษาหึง แพทยมีหน้าที่ส่งตัวหึงไปยังสถานพยาบาลทีมีความสามารถในการให้การรักษาพยาบาลโดยเร็ว โดยต้องดำเนินการตามความสมัครใจของหึง อย่างไรก็ตาม ในกรณีฉุกเฉินแพทยอาจพิจารณาให้ยาป้องกันการแพร่เชื้อเอดส์จากแม่สู่ลูกได้ตามความเหมาะสม⁷⁴ แต่ในกรณีทีพบว่าเชื้อเอดส์ได้แพร่กระจายไปสู่ทารกในครรรค์แล้ว แพทยมีหน้าที่แนะนำใหหึงเข้ารับการทำแก้ง โดยการทำแก้งในกรณีดังกล่าวนอกจากเป็นการคุ้มครองสุขภาพของหึงทีตั้งครรรค์ยังเป็นการคุ้มครองทารกทีกำลังจะเกิดด้วย ซึ่งในปัจจุบันพบว่า

⁷² ปารีชาติ พันธุ์พานิช, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที 51*, น.23-24. และ วิฑูรย์ อั้งประพันธ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที 68*, น.124-131.

⁷³ กระทรวงสาธารณสุข, คู่มือการปฏิบัติงานเรื่องแนวทางการดำเนินงานป้องกันและควบคุมโรคเอดส์, พิมพ์ครั้งที่ 2, (2532), น.5. อ้างถึงใน แสง บุญเฉลิมวิภาส และ เอนก ยมจินดา, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที 20*, น.385.

⁷⁴ แสง บุญเฉลิมวิภาส และ เอนก ยมจินดา, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที 20*, น.391.

แพทย์ในโรงพยาบาลรัฐและเอกชนต่างยินยอมทำแท้งให้แก่หญิงที่ป่วยเป็นโรคเอดส์ แม้จะยังไม่เป็นที่แน่นอนว่าหญิงมีสิทธิเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม⁷⁵

อย่างไรก็ดี นักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งมีความเห็นว่าคำว่า “สุขภาพ” ไม่ได้หมายความถึงสุขภาพกายของหญิงเพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่หมายความรวมถึงสุขภาพทางจิตของหญิงด้วย⁷⁶ ถ้าการตั้งครุฑส่งผลกระทบต่อสุขภาพของหญิงไม่ว่าจะเป็นสุขภาพกายหรือสุขภาพทางจิต⁷⁷ ถือได้ว่าการตั้งครุฑทำให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพของหญิง ซึ่งแพทย์สามารถทำแท้งให้แก่หญิงที่มีปัญหาสุขภาพทางกายหรือจิตเพราะถือว่าการทำแท้งเป็นการบำบัดหรือป้องกันโรคตามมาตรา 4⁷⁸ พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525⁷⁹

กรณีที่ 2 สิทธิในการเลือกเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่การตั้งครุฑเป็นผลมาจากอาชญากรรม (*Kriminalische Indikation*) ได้แก่ การตั้งครุฑที่เกิดจากการ

⁷⁵ วิชญ์ อั้งประพันธ์, "การทำแท้งในหญิงตั้งครุฑที่ติดเชื้อเอดส์", ในนิติเวชสารก ฉบับกฎหมายทำแท้ง ข้อโต้แย้งที่ยังไม่ยุติ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เจนเดอร์เพรส, 2537), น.124-127.

⁷⁶ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 65*, น.257. ; จิตติ ดิงศภัทย์, *กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 2 และภาค 3*, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร : จีระวิชาการพิมพ์, 2545), น.247-249. ; หยุต แสงอุทัย, *กฎหมายอาญา ภาค 2-3*, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น.237. ; แสง บุญเฉลิมวิภาส, "สูติแพทย์กับกฎหมาย", ใน*การประชุมวิชาการ 30 ปี สูติ-นรีเวช รามาธิบดี*, (กรุงเทพมหานคร : ภาควิชาสูติศาสตร์-นรีเวชวิทยา คณะแพทยศาสตร์ โรงพยาบาลรามาธิบดี มหาวิทยาลัยมหิดล, 2540), น.116.

⁷⁷ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *เพ็ญอ้าง*.

⁷⁸ พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525

มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

“วิชาชีพเวชกรรม” หมายความว่า วิชาชีพที่กระทำต่อมนุษย์เกี่ยวกับการตรวจโรค การวินิจฉัยโรค การบำบัดโรค การป้องกันโรค การผดุงครรภ์ การปรับสายตาด้วยเลนส์สัมผัส การแทงเข็มหรือการฝังเข็มเพื่อบำบัดโรคหรือเพื่อระงับความรู้สึก และหมายความรวมถึงการกระทำทางศัลยกรรม การใช้รังสี การฉีดยาหรือสาร การสอดใส่วัตถุใดๆ เข้าไปในร่างกาย ทั้งนี้ เพื่อการคุมกำเนิด การเสริมสวย หรือการบำรุงร่างกายด้วย

“โรค” หมายความว่า ความเจ็บป่วย การบาดเจ็บ ความผิดปกติของร่างกายหรือจิตใจ และหมายความรวมถึงอาการที่เกิดจากภาวะดังกล่าวด้วย

⁷⁹ แสง บุญเฉลิมวิภาส, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 66*, น.72.

กระทำความผิดอาญามาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 278 หรือมาตรา 284 กล่าวคือ (1) การตั้งครรภ์ของหญิงเกิดจากการที่หญิงถูกข่มขืนกระทำชำเรา (2) การตั้งครรภ์ของหญิงอายุไม่เกินสิบสามปีเกิดจากการที่หญิงถูกกระทำชำเรา (3) การตั้งครรภ์ของหญิงอายุไม่เกินสิบแปดปีเกิดจากการที่หญิงถูกล่วงลวงไปหรือพาไปให้ชายอื่นกระทำชำเรา (4) การตั้งครรภ์ของหญิงเกิดจากการที่หญิงถูกล่วงลวงไป หรือชักพาไปโดยใช้อุบายหลอกลวง ชูเชิญ ใช้กำลังประทุษร้าย หรือใช้วิธีข่มขืนใจด้วยประการใดๆ ให้ชายกระทำชำเรา (5) การตั้งครรภ์ของหญิงเกิดจากการที่หญิงถูกพาไปเพื่อให้ชายกระทำชำเราโดยใช้อุบายหลอกลวง ชูเชิญ ใช้กำลังประทุษร้ายหรือวิธีข่มขืนใจด้วยประการอื่น

เหตุผลที่กฎหมายยินยอมให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งโดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงสุขภาพของหญิงหรือทารกในครรภ์นั้น เพราะลำพังเพียงการที่หญิงถูกล่วงละเมิดทางเพศหญิงก็ได้รับความเสียหายและทุกข์ทรมานจากอาชญากรรมที่เกิดขึ้น หากหญิงไม่มีสิทธิเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายอาจเป็นเหตุที่ทำให้หญิงได้รับความอับอายจากการตั้งครรภ์ที่ไม่ปรากฏชายสามี และภายหลังที่เด็กคลอดออกมามีชีวิต หญิงยังมีภาระที่ต้องเลี้ยงดูเด็กโดยลำพัง และหากกฎหมายไม่ยินยอมให้หญิงทำแท้งย่อมไม่ต่างอะไรกับการที่กฎหมายบีบบังคับให้หญิงต้องเลี้ยงดูลูกใจ อีกรั้งเมื่อเด็กไม่ได้เกิดขึ้นมาจากความรักระหว่างชายและหญิง ไม่มีใครสามารถรับรองได้ว่าเด็กจะได้รับการเลี้ยงดูอย่างเหมาะสม และถ้าหากเด็กรู้ความจริงว่าการเกิดของตนเป็นผลมาจากอาชญากรรม ความจริงเช่นนั้นอาจส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจของเด็กอย่างมาก

มีข้อสังเกตว่าการทำแท้งทั้ง 2 กรณีข้างต้น กฎหมายไม่ได้กำหนดเงื่อนไขเวลาที่หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเอาไว้ ดังนั้นหญิงจึงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้ทุกเมื่อจนกว่าหญิงจะคลอดบุตร⁸⁰ ในขณะที่แพทย์ก็มีหน้าที่ทำแท้งให้กับหญิงตามคำร้องขอ⁸¹ เว้นแต่มีเหตุจำเป็นที่แพทย์สามารถปฏิเสธการทำแท้งให้หญิง อาทิ การทำแท้งอาจส่งผลกระทบต่อร่างกายหรือเป็นอันตรายต่อชีวิตของหญิง แต่สำหรับเหตุทำแท้งกรณีอื่นๆ ตัวอย่างเช่น เหตุทำแท้งอันเกี่ยวกับสุขภาพของเด็ก (*Kindliche Lndikation*) อาทิ แพทย์ตรวจพบความพิการของทารกในครรภ์หรือพบว่ามีโอกาสเสี่ยงอย่างสูงที่เด็กต้องพิการหรือมีปัญหาสุขภาพเพราะเหตุที่เกี่ยวข้องกับโรคทางพันธุกรรม เหตุทำแท้งที่เกี่ยวข้องกับฐานะทางสังคม (*Soziale Lndikation*)⁸² อาทิ การตั้งครรภ์

⁸⁰ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, "การทำแท้งกับความเท่าเทียม," วารสารนิติเวชศาสตร์, เล่มที่ 1, ปีที่ 1, น.32 (2550).

⁸¹ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 65, น.197.

⁸² คณิต ญ นคร, กฎหมายอาญาภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น.174-175.

ของหญิงประกอบอาชีพให้บริการทางเพศ หญิงและชายตั้งใจที่จะให้กำเนิดบุตรแต่มีปัญหาหย่าร้าง ภายหลังที่หญิงตั้งครรภ์ หรือการตั้งครรภ์ของหญิงที่ประกอบอาชีพบางประเภท เช่น ดารา นักแสดง เหตุทำแท้งที่เกี่ยวข้องกับปัญหาทางเศรษฐกิจ เช่น การตั้งครรภ์ระหว่างที่หญิงและชายประสบปัญหาทางเศรษฐกิจหรือกำลังล้มละลาย การตั้งครรภ์ของหญิงที่มีร่างกายพิการและไม่มีความสามารถในการอุปการะเลี้ยงดูบุตร เหตุทำแท้งในกรณีอื่นๆ อาทิ การตั้งครรภ์จากการผ่าตัดทำหมันโดยผิดพลาด การตั้งครรภ์จากการรับประทานยาคุมกำเนิดหรือการใช้อุปกรณ์คุมกำเนิดโดยผิดพลาด ทารกในครรภ์มีเพศไม่ตรงกับความประสงค์ ในกรณีดังกล่าวประมวลกฎหมายหมายอาญาไม่ได้ให้สิทธิกับหญิงที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

1.2.5.2 หลักเกณฑ์การทำแท้งตามข้อบังคับแพทยสภา

เมื่อสิทธิของหญิงที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 ไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมและสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น ตลอดจนในปัจจุบันพบว่าแพทย์ในสถานพยาบาลรัฐและเอกชนยินยอมทำแท้งให้กับหญิงที่มีปัญหาสุขภาพทางจิต ปัญหาทางเศรษฐกิจหรือสถานะทางสังคมหรือทารกในครรภ์มีความเสี่ยงที่จะพิการหรือเป็นโรคทางพันธุกรรม ด้วยเหตุดังกล่าวเพื่อให้เกิดความชัดเจนแน่นอนว่าแพทย์ที่ทำแท้งให้กับหญิงจะไม่มี ความรับผิดชอบทางอาญา แพทยสภาจึงพยายามออกแนวทางปฏิบัติในรูปของข้อบังคับ⁸³ โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 21(3)(ฎ) แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 ได้แก่ **“ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548”** เพื่อให้การทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพทางจิตของหญิงและสุขภาพของทารกเป็นการทำแท้งที่ชอบด้วยกฎหมาย⁸⁴ นอกจากนี้การออก

⁸³ ดูความเป็นมาของข้อบังคับแพทยสภาฉบับว่าด้วยหลักเกณฑ์การทำแท้ง ใน เมธิกาญจน์ ช้างหัวหน้า, "ความชอบธรรมในการทำแท้งกรณีชีวิตในครรภ์มารดาไม่สมประกอบ," (ดุซงึนินพนธ์ สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2552), น. 74-80.

⁸⁴ อภิสิทธิ์ เพชรบุตร, "กฎหมายทำแท้ง : มุมมองจากแพทย์ผู้ปฏิบัติ", ใน บริหารกฎหมาย การแพทย์และสาธารณสุข 2554, รวบรวมโดย ฉัตรสมน พฤตมิถิโย, (กรุงเทพมหานคร : ภาควิชา บริหารสาธารณสุข คณะสาธารณสุขศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหิดล, 2554), น.87.

ข้อบังคับของแพทยสภายังมีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มความมั่นใจให้กับแพทย์ผู้ทำแท้งว่าการทำแท้งที่ได้กระทำลงไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามข้อบังคับจะไม่ใช่ความผิดตามกฎหมายอาญา⁸⁵

แม้เงื่อนไขและหลักเกณฑ์การทำแท้งตามข้อบังคับแพทยสภาจะมีลักษณะสอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญา อย่างไรก็ตาม พบว่ามีหลักเกณฑ์บางประการที่แตกต่างออกไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อบังคับแพทยสภาได้กำหนดให้ถ้อยคำว่า “สุขภาพ” มีความหมายรวมถึงสุขภาพทางจิตของหญิงและรวมถึงความเครียดของหญิงที่เกิดจากการทราบข้อเท็จจริงว่าทารกในครรภ์พิการหรือเป็นโรคทางพันธุกรรมอย่างร้ายแรง โดยหลักเกณฑ์ที่หญิงมีสิทธิเลือกเข้ารับการทำแท้งตามข้อบังคับแพทยสภาสามารถแบ่งได้เป็น 2 กรณีดังนี้

กรณีที่ 1 หลักเกณฑ์การเลือกเข้ารับการทำแท้งเพราะปัญหาสุขภาพทางจิตของหญิง

หลักเกณฑ์การเลือกเข้ารับการทำแท้งเพราะปัญหาสุขภาพทางจิตของหญิง ปรากฏในข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการทำแท้ง ข้อ 5 (2) วรรคหนึ่ง ดังนี้

“ข้อ 5 การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 305 (1) แห่งประมวลกฎหมายอาญาให้เป็นไปตามเงื่อนไข ดังนี้

...

(2) เป็นกรณีที่จำเป็นต้องกระทำเนื่องจาก**ปัญหาสุขภาพทางจิตของหญิง**มีครรภ์ ซึ่งจะต้องได้รับการรับรองหรือเห็นชอบจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคน

...”

จากข้อบังคับแพทยสภา ข้อ 5 (2) วรรคหนึ่ง เห็นได้ว่าหากการตั้งครรภ์ส่งผลกระทบต่อสุขภาพทางจิตของหญิง หญิงมีสิทธิเลือกเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่แตกต่างจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีและแนวทางการตีความคำว่า “สุขภาพ” ของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ว่า “สุขภาพ” หมายความว่าสุขภาพกายของหญิงเท่านั้น อย่างไรก็ตาม หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้ต่อเมื่อแพทย์ที่ไม่ใช่ผู้ทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งรายรับรองว่าหญิงมีปัญหาสุขภาพจิตจากการตั้งครรภ์

⁸⁵ ประมวล วิรุฒมเสน, "หลักเกณฑ์ข้อบังคับในการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ : ข้อเสนอแก้ไขประมวลกฎหมายอาญากรณีแพทย์ทำแท้งได้ไม่ผิดกฎหมาย," วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 3, ฉบับที่ 35, น.412-413 (กันยายน 2549).

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่าข้อบังคับแพทยสภาไม่ได้กำหนดระดับความรุนแรงของปัญหาสุขภาพทางจิตเอาไว้ ด้วยเหตุดังกล่าวกรณีแพทย์เพียงหนึ่งรายรับรองว่าหญิงที่ตั้งครรภ์มีปัญหาสุขภาพจิต แพทย์อีกรายหนึ่งสามารถทำแท้งให้แก่หญิงได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหลักเกณฑ์ในการทำแท้งข้อนี้ทำให้หญิงมีเสรีภาพในการเลือกเข้ารับการทำแท้งมากกว่าที่ปรากฏในอดีต เพราะไม่ว่าปัญหาสุขภาพทางจิตจะมีสาเหตุอย่างใดก็ตามหญิงมีสิทธิเลือกเข้ารับการทำแท้งได้ทุกกรณี ตัวอย่างเช่น หญิงมีปัญหาสุขภาพทางจิตเพราะเหตุที่เกี่ยวกับสถานะทางเศรษฐกิจหรือสถานะทางสังคม หญิงมีปัญหาสุขภาพทางจิตเนื่องจากการตั้งครรภ์เกิดจากการคุมกำเนิดที่ผิดพลาด หรือเป็นผลมาจากการที่หญิงลี้ภัยรับประทานยาคุมกำเนิด⁸⁶

กรณีที่ 2 หลักเกณฑ์การเลือกเข้ารับการทำแท้งเนื่องจากหญิงพบว่าทารกในครรภ์พิการหรือมีความเสี่ยงที่อาจพิการหรือเป็นโรคทางพันธุกรรม ด้วยข้อเท็จจริงดังกล่าวทำให้หญิงเครียดอย่างรุนแรง

ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการทำแท้ง ข้อ 5 (2) วรรคสอง กำหนดให้ความเครียดอย่างรุนแรงจากการที่หญิงพบว่าทารกในครรภ์พิการหรือเป็นโรคทางพันธุกรรมอย่างรุนแรงเป็นปัญหาสุขภาพจิตประเภทหนึ่ง และทำให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

“ข้อ 5 การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 305 (1) แห่งประมวลกฎหมายอาญาให้เป็นไปตามเงื่อนไข ดังนี้

...

(2) ...

ในกรณีที่หญิงนั้นมีความเครียดอย่างรุนแรง เนื่องจากพบว่าทารกในครรภ์พิการหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะมีความพิการอย่างรุนแรง หรือเป็นหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็นโรคพันธุกรรมอย่างรุนแรง เมื่อหญิงนั้นได้รับการตรวจวินิจฉัยและการปรึกษาแนะนำทางพันธุศาสตร์ (Genetic Counselling) และมีการลงนามรับรองในเรื่องดังกล่าวข้างต้น โดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคนให้ถือว่าหญิงมีครรภ์นั้นมีปัญหาสุขภาพจิตตาม (2)

...”

ความในวรรคสองของข้อ 5 (2) แสดงให้เห็นว่าแพทยสภามีความพยายามที่จะกำหนดให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของ

⁸⁶ อาภัสร์ เพชรผุด, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 84*, น.88.

ทารก นอกจากนี้มีข้อสังเกตอีกด้วยว่าข้อบังคับแพทยสภากำหนดให้ความเครียดอย่างรุนแรงของหญิงที่เป็นผลมาจากการพบว่าทารกในครรภ์ “มีความเสี่ยงสูง” ที่จะพิการหรือเป็นโรคทางพันธุกรรมรุนแรงเพียงพอที่จะพิจารณาได้ว่าเป็นปัญหาสุขภาพจิตอย่างหนึ่ง โดยไม่จำเป็นต้องปรากฏให้เห็นได้อย่างแน่ชัดว่าทารกในครรภ์พิการหรือเป็นโรคทางพันธุกรรมอย่างแท้จริงหรือไม่

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่าแพทยสภาไม่ได้กำหนดให้ปัญหาสุขภาพของทารกเป็นเงื่อนไขโดยตรงที่ทำให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง⁸⁷ โดยแพทยสภากำหนด

⁸⁷ หากพิจารณาถึงข้อถกเถียงในขั้นตอนการร่างข้อบังคับแพทยสภาจะพบว่า แพทยสภามีเจตนารมณ์และต้องการกำหนดให้ปัญหาสุขภาพของเด็กเป็นเงื่อนไขโดยตรงที่ทำให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย โดยหาจำเป็นว่าสุขภาพของทารกจะต้องส่งผลกระทบต่อสุขภาพทางกายหรือจิตใจของหญิง สังเกตได้จากหนังสือหารือระหว่างแพทยสภากับราชบัณฑิตยสถาน (หนังสือ ที่ รก 033/1389 ลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2544 เรื่อง ความหมายของคำว่า “สุขภาพ” จากราชบัณฑิตยสถาน ซึ่งศาสตราจารย์ประเสริฐ ณ นคร (นายกราชบัณฑิตยสถาน) ได้ตอบจดหมายและให้ความหมายของคำว่า “สุขภาพ” ไว้ว่า

(1) สุขภาพของบุคคลหมายรวมทั้งสุขภาพร่างกายและสุขภาพจิตใจ

(2) ในกรณีหญิงมีครรภ์ สุขภาพของหญิงนั้นย่อมหมายรวมถึงสุขภาพของทารกในครรภ์ด้วย เพราะทารกในครรภ์เป็นส่วนหนึ่งของมารดา

เมื่อแพทยสภาได้รับจดหมายฉบับดังกล่าว คณะอนุกรรมการได้เสนอให้มีการปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 เพื่อเตรียมนำเสนอต่อคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งมีเนื้อหาดังนี้

“ถ้าการกระทำความผิดในมาตรา 301 และ 302 นั้น ทำโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม และ

(1) หญิงนั้นมีปัญหาสุขภาพทางกายหรือจิตใจ หรือ

(2) หญิงตั้งครรถ์จากการถูกข่มขืน

(3) ทารกในครรภ์มีปัญหาสุขภาพ ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์ที่แพทยสภากำหนด

ผู้กระทำไม่มีความผิด”

รองเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ตอบหนังสือ ที่ พร.0901/250 ลงวันที่ 4 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2546 โดยให้ความเห็นว่า หากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมทำแท้งให้หญิงตามเงื่อนไขดังกล่าว การทำแท้งไม่เป็นความผิดตามกฎหมาย หลักเกณฑ์ดังกล่าวได้กลายมาเป็นข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 ที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษาในวันที่ 15 ธันวาคม พ.ศ. 2548 ดูประมวล วิฤตมเสน, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 85*, น.413-417.

เงื่อนไขว่าหญิงจะมีสิทธิเลือกเข้ารับการทำแท้งได้ต่อเมื่อปัญหาสุขภาพของทารกเป็นเหตุทำให้หญิงมีอาการเครียดอย่างรุนแรง กล่าวคือ ปัญหาสุขภาพของทารกส่งผลกระทบต่อสุขภาพจิตของหญิง ดังนั้น ในกรณีที่หญิงพบว่าทารกในครรภ์พิการหรือทารกเป็นโรคทางพันธุกรรม แต่ความจริงเช่นว่านั้นไม่ทำให้หญิงมีอาการเครียด หญิงย่อมไม่มีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้ตามเงื่อนไขของข้อบังคับแพทยสภา โดยเหตุผลที่แพทยสภาไม่ได้กำหนดให้ปัญหาสุขภาพของทารกเป็นเงื่อนไขโดยตรงที่ทำให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งนั้น เนื่องจากแพทยสภาไม่ต้องการให้ข้อบังคับแพทยสภามีผลเป็นการขัดต่อประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 (1) และไม่ต้องการให้ข้อบังคับแพทยสภาขัดต่อแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลและแนวการปรับใช้กฎหมายของนักกฎหมาย⁸⁸

แม้ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการทำแท้งจะช่วยทำให้เงื่อนไขในการทำแท้งที่ชอบด้วยกฎหมายสอดคล้องกับปัญหาของสภาพสังคม อีกทั้งยังช่วยลดปริมาณอันตรายที่เกิดขึ้นจากการทำแท้งเถื่อน แต่มีประเด็นปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นว่าการที่แพทยสภาใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรมออกหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการทำแท้งให้มีขอบเขตกว้างกว่าหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญา ข้อบังคับแพทยสภาดังกล่าวเป็นกฎหมายที่ขัดต่อประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่ ซึ่งปัญหาดังกล่าวมีความเห็นทางวิชาการแบ่งได้เป็น 2 ฝ่าย ดังนี้

ฝ่ายที่ 1 เช่น นาวาอากาศเอก นายแพทย์อภัสร์ เพชรบุตร ไม่เห็นด้วยกับการที่แพทยสภาใช้อำนาจบริหารออกข้อบังคับเพื่อขยายประมวลกฎหมายอาญา เพราะลำดับศักดิ์ของข้อบังคับแพทยสภาเป็นเพียงกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารเท่านั้น การกำหนดรายละเอียดตามพระราชบัญญัติโดยอ้อมกระทำได้ต่อเมื่อพระราชบัญญัติฉบับนั้นได้กำหนดไว้เป็นกรณีเฉพาะ แต่เมื่อประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้กำหนดให้มีการออกรายละเอียดเกี่ยวกับการทำแท้งเป็นอย่างอื่น ฝ่ายบริหารจึงไม่อาจออกกฎหมายที่กำหนดรายละเอียดความผิดฐานทำให้แท้งลูกได้

นอกจากนี้ แม้พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 จะให้อำนาจคณะกรรมการแพทยสภาในการออกกฎหรือข้อบังคับ แต่การออกกฎหรือข้อบังคับนั้นต้องอยู่ภายใต้วัตถุประสงค์ของแพทยสภาคือการควบคุมความประพฤติของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมให้ถูกต้องตามจริยธรรมแห่งวิชาชีพ การที่คณะกรรมการแพทยสภาออกข้อบังคับเพื่อขยายความหรือกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การทำแท้งตามประมวลกฎหมายอาญาจึงไม่อยู่ในวัตถุประสงค์ของแพทยสภา การออกข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการทำแท้งฉบับนี้จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁸⁹

⁸⁸ อภัสร์ เพชรบุตร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 84*, น.88.

⁸⁹ *เพ็ญอ้าง*, น.88-89.

ฝ่ายที่ 2 เช่น ศาสตราจารย์ ดร. นายแพทย์วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ และ รองศาสตราจารย์วิสูตร ฟองศิริไพบุลย์⁹⁰ เห็นว่าเมื่อแพทย์สภาออกข้อบังคับเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การทำแท้งโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 โดยหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการทำแท้งตามข้อบังคับแพทย์สภาเป็นไปตามหลักวิชาความรู้ทางการแพทย์และเป็นหลักเกณฑ์ที่สอดคล้องกับความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ อีกทั้งยังทำให้ปัญหาความไม่แน่ชัดของคำว่า “สุขภาพ” มีความแน่นอนชัดเจนมากยิ่งขึ้น ข้อบังคับแพทย์สภาจึงเป็นกฎหมายที่ชอบและมีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมาย

ในปัญหาที่ว่าข้อบังคับแพทย์สภาขัดต่อประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่ ศาสตราจารย์ ดร. นายแพทย์วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ ได้ให้ความเห็นไว้ว่า

...เมื่อกฎหมายกำหนดให้แพทย์ใช้เอกสิทธิ์กระทำตามมาตรานี้ได้โดยไม่มี ความผิด แพทย์สภาในฐานะองค์การควบคุมการประกอบวิชาชีพของแพทย์ หรือที่เรียก ตามกฎหมายว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมก็มีอำนาจที่จะออกข้อบังคับให้ผู้ประกอบ วิชาชีพเวชกรรมปฏิบัติตามมาตรานี้ได้ โดยการใช้หลักวิชาการกำหนดเกณฑ์การปฏิบัติ ให้แพทย์ปฏิบัติตามได้ และเนื้อหาของเกณฑ์ปฏิบัติจะเห็นว่าการปฏิบัติ 305 (1) กรณีจำเป็นต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพกับการปฏิบัติตาม มาตรา 305 (2) กรณีหญิงตั้งครรภ์อันเนื่องจากการกระทำผิดอาญา ... สำหรับกรณี เนื่องจากปัญหาสุขภาพนั้น ในตัวบทกฎหมายมิได้ระบุว่าสุขภาพกายเท่านั้น และ ตามหลักวิชาในปัจจุบันก็เป็นที่ยอมรับกันว่าสุขภาพต้องประกอบกันทั้งสุขภาพกายและ สุขภาพจิต ในประมวลกฎหมายอาญา ในความผิดต่อร่างกาย ก็บัญญัติให้รวมทั้ง อันตรายแก่กายหรือจิตใจทั้งสองอย่าง เพราะฉะนั้นคำว่าสุขภาพตามมาตรา 305 (1) นั้น ต้องรวมทั้งสุขภาพกายและสุขภาพจิตเข้าไปด้วย นักกฎหมายบางท่านอาจจะอธิบายมาตรา 305 (1) ว่าหมายถึงสุขภาพกายเท่านั้นก็เป็นความเห็นเฉพาะตัว ไม่น่าจะถือเป็นส่วนหนึ่ง ของตัวบทกฎหมาย เพราะฉะนั้นข้อบังคับแพทย์สภา จึงไม่ขัดกับกฎหมายอาญา แต่จะเป็น การส่งเสริมการปฏิบัติตามประมวลกฎหมายอาญามาตรานี้ได้ด้วย...⁹¹

⁹⁰ วิสูตร ฟองศิริไพบุลย์, "แพทย์ยุติการตั้งครรภ์ (ทำแท้ง) ให้กับหญิงภายใต้เงื่อนไขที่ แพทย์สภากำหนด : กฎเกณฑ์ทันยุคที่แพทย์ไทยทุกคนต้องรู้," เวชบันทึกศิริราช, ปีที่ 1, ฉบับที่ 2, น.122 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2551).

⁹¹ "ข้อกฎหมายเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์," (สืบค้นเมื่อวันที่ 22 กุมภาพันธ์ 2558), จาก.<http://www.doctor.or.th/ask/detail/7418>.

ในปัญหาที่ว่าข้อบังคับแพทยสภาขัดหรือแย้งต่อประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่ ผู้เขียนมีความเห็นสอดคล้องกับความเห็นของศาสตราจารย์ นายแพทย์วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ โดยผู้เขียนเห็นว่าในการพิจารณาว่าการตั้งครุฑส่งผลกระทบต่อสุขภาพของหญิงหรือไม่เป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาโดยอาศัยความรู้ทางการแพทย์และต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี กฎหมายจึงไม่ควรกำหนดหลักเกณฑ์ตายตัวและไม่ควรจำกัดสิทธิของหญิงให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้ต่อเมื่อการตั้งครุฑส่งผลกระทบต่อสุขภาพกายของหญิงเท่านั้น และเมื่อแพทยสภามีอำนาจออกข้อบังคับทางการแพทย์เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในการทำแท้งซึ่งเป็นวิธีการให้การรักษาพยาบาลประเภทหนึ่ง ให้หลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการทำแท้งมีความแน่นอนและชัดเจนเพิ่มมากขึ้น ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การทำแท้งจึงไม่ขัดแย้งต่อประมวลกฎหมายอาญา ในทางกลับกันข้อบังคับแพทยสภายังมีส่วนช่วยลดปัญหาเกี่ยวกับอันตรายอันเกิดจากการเข้ารับการทำแท้งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้อีกด้วย

นอกจากนี้เมื่อพิจารณาปัญหาว่าด้วยสิทธิของหญิงในการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของทารกในครรภ์ ในปัจจุบันจะพบว่าจากความจริงก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ตลอดจนพัฒนาการเกี่ยวกับความรู้ทางพันธุศาสตร์ แพทย์สามารถตรวจวิเคราะห์ปัญหาสุขภาพของทารกอย่างละเอียดและแม่นยำ ในกรณีที่หญิงเข้ารับการตรวจปัญหาสุขภาพของทารกในครรภ์และพบว่าทารกในครรภ์มีร่างกายพิการ เป็นโรคทางพันธุกรรมหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง โดยปัญหาสุขภาพดังกล่าวไม่สามารถรักษาให้หายได้และทารกไม่สามารถเกิดขึ้นมา มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ถ้ากฎหมายไม่ยินยอมให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของทารก กฎหมายดังกล่าวจะส่งผลทำให้วิทยาศาสตร์ทางการแพทย์สาขานี้ไม่ได้รับการพัฒนาและทำให้แพทย์กลัวที่จะตรวจสุขภาพของทารกโดยไม่ใช้ความ

ในปัญหาที่ว่าข้อบังคับแพทยสภาขัดต่อประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่นั้น คุณอัมพร แจ่มสุวรรณ ได้ตั้งคำถามความว่า

...อ้างถึงข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครุฑทางการแพทย์ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 มีปัญหากฎหมายขอเรียนถามกองบรรณาธิการวารสารคลินิกเกี่ยวกับข้อบังคับฯ ซึ่งขัดแย้งกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 โดยมีการเพิ่มข้อความเกี่ยวกับสุขภาพจิต จึงเรียนถามว่าข้อบังคับแพทยสภาสามารถใช้บังคับแทน มาตรา 305 ประมวลกฎหมายอาญาได้หรือไม่ อีกประการหนึ่ง ข้อบังคับแพทยสภาซึ่งออกโดยกรรมการแพทยสภาในเรื่องเกี่ยวกับการแพทย์ เป็นกฎหมายแทนกฎหมายอาญาได้หรือไม่...

ระมัดระวัง นอกจากนี้การที่กฎหมายยินยอมให้มีการตรวจสุขภาพของทารกในครรภ์ได้โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่กฎหมายกลับไม่ยินยอมให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเมื่อผลการตรวจแสดงให้เห็นว่าทารกในครรภ์มีร่างกายพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง กระบวนการทางการแพทย์ดังกล่าวย่อมไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อวงวิชาการทางการแพทย์และไม่ทำให้หญิงที่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการเข้ารับบริการทางการแพทย์ได้ประโยชน์แต่อย่างใด ในขณะที่เดียวกันการที่กฎหมายไม่ให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของทารก ย่อมส่งผลทำให้กระบวนการทางการแพทย์ดังกล่าวมีแต่จะส่งผลกระทบต่อสุขภาพจิตของหญิง และอาจเป็นเหตุทำให้หญิงมีอาการเครียดอย่างรุนแรงเมื่อพบว่าทารกในครรภ์พิการ แต่หญิงจำต้องให้กำเนิดบุตรที่พิการเพราะหญิงไม่มีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย หรือหญิงอาจวิตกกังวลในการตัดสินใจว่าหญิงควรเลือกเข้ารับการทำแท้งหรือไม่ ดังนั้น ถ้ากฎหมายเห็นว่าหญิงไม่ควรมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของทารกได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เพื่อป้องกันไม่ให้หญิงได้รับผลกระทบทางจิตใจหรือเพื่อป้องกันไม่ให้หญิงมีอาการเครียดเมื่อพบว่าทารกในครรภ์พิการแต่ไม่สามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้งเพื่อไม่ให้หญิงที่พบว่าทารกในครรภ์พิการหรือเป็นโรคทางพันธุกรรมเลือกหรือมีโอกาสเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเถื่อน กฎหมายควรกำหนดให้กระบวนการตรวจสุขภาพของทารกในครรภ์เป็นกระบวนการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่ควรอนุญาตให้แพทย์ในโรงพยาบาลของรัฐหรือเอกชนทำการตรวจสุขภาพของทารกให้กับหญิงที่ตั้งครรภ์อีกต่อไป เพราะกระบวนการดังกล่าวไม่ได้สร้างประโยชน์ให้กับหญิง

ด้วยเหตุที่ได้กล่าวมาข้างต้น แม้ผู้เขียนเห็นว่าปัญหาสุขภาพของทารกควรเป็นเงื่อนไขโดยตรงที่ทำให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม เพื่อไม่ให้หลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการทำแท้งตามข้อบังคับแพทยสภาขัดต่อหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามประมวลกฎหมายอาญา การที่แพทยสภากำหนดให้ความเครียดจากการที่หญิงพบว่าทารกในครรภ์พิการหรือมีความเสี่ยงที่จะพิการเป็นปัญหาสุขภาพจิตประเภทหนึ่ง และทำให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายย่อมเป็นวิธีการแก้ไขปัญหาที่เหมาะสม

จากหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการทำแท้งตามประมวลกฎหมายอาญาและข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการทำแท้ง ผู้เขียนมีความเห็นว่าในปัจจุบันหญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายในกรณีดังต่อไปนี้

1) การทำแท้งเนื่องจากการตั้งครรภ์เกิดจากการกระทำความผิดอาญา ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 มาตรา 277 มาตรา 278 หรือมาตรา 284⁹²

2) การทำแท้งเนื่องจากการตั้งครรภ์ส่งผลกระทบต่อสุขภาพกายของหญิง⁹³ ตัวอย่างเช่น กรณีที่หญิงตั้งครรภ์ฝาแฝดหรือในกระบวนการปฏิสนธิภายนอกร่างกาย (IVF) แม้แพทย์มีความจำเป็นที่จะต้องกระตุ้นให้ไข่สุกมากกว่าหนึ่ง อีกทั้งยังต้องปฏิสนธิเพื่อให้เกิดตัวอ่อนมากกว่าหนึ่ง (แต่ไม่เกินสาม) เพื่อนำตัวอ่อนเหล่านั้นฉีดเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงและเพื่อให้โอกาสในการตั้งครรภ์ของหญิงมีเพิ่มมากขึ้น⁹⁴ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ปรากฏว่าตัวอ่อนฝังตัวในโพรงมดลูกมากกว่าหนึ่ง และการฝังตัวของตัวอ่อนส่งผลกระทบต่อหรืออาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพกายของหญิงหญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย⁹⁵

3) การทำแท้งเนื่องจากการตั้งครรภ์ส่งผลกระทบต่อสุขภาพจิตของหญิง⁹⁶ ตัวอย่างเช่น หญิงตั้งครรภ์จากการคุมกำเนิดที่ผิดพลาด⁹⁷ หญิงประสบปัญหาทางเศรษฐกิจก่อนหรือระหว่าง

⁹² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 (2) ประกอบข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการทำแท้ง ข้อ 6

⁹³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 (1) ประกอบข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการทำแท้ง ข้อ 5(1)

⁹⁴ ดู เอกสารแนบท้ายฉบับที่ 1 หนังสือแสดงความยินยอมเพื่อรับบริการด้วยเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ ในมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ แนบท้ายประกาศแพทยสภาที่ 1/2540 ลงวันที่ 22 ตุลาคม 2540

⁹⁵ อาทิตย์ กิจชระภูมิ, "ปัญหากฎหมายและจริยธรรมกับการคุมครองชีวิตอันเกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น.102-105.

⁹⁶ ศิริพร รุ่งรัตน์ธวัชชัย, "การทำแท้ง : ศึกษาปัญหาทางกฎหมายกรณีที่มีการตามีปัญหาทางจิต," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์มยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2557)

⁹⁷ สำนักงานอัยการสูงสุด, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 62*, น.177, 187. ; แสง บุญเฉลิมวิภาส, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 66*, น.75-76.

ตั้งครรภ์⁹⁸ หญิงประสบปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางสังคม⁹⁹ ทารกในครรภ์มีปริมาณมากกว่าที่หญิงและหรือชายต้องการ¹⁰⁰ ทารกในครรภ์เกิดจากการปฏิสนธิที่ผิดพลาดหรือกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่ผิดพลาดโดยทารกไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับหญิง ถ้าแพทย์ที่ไม่ใช่ผู้ดำเนินการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคนรับรองว่าหญิงมีปัญหาสุขภาพทางจิต หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย¹⁰¹

4) การทำแท้งเนื่องจากหญิงมีอาการเครียดอย่างรุนแรงเมื่อพบว่าทารกในครรภ์มีหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะมีความพิการอย่างรุนแรง หรือเป็นหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็นโรคทางพันธุกรรมอย่างรุนแรง¹⁰² โดยปัญหาสุขภาพของทารกต้องถูกตรวจพบในกระบวนการตรวจวินิจฉัยและการให้คำปรึกษาแนะนำทางพันธุศาสตร์ (Genetic Counselling) โดยมีแพทย์อย่างน้อยหนึ่งรายที่ไม่ใช่แพทย์ผู้ดำเนินการยุติการตั้งครรภ์ให้การรับรองว่าทารกในครรภ์มีหรือมีความเสี่ยงที่จะมีปัญหาทางสุขภาพ¹⁰³

1.3. กระบวนการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิดภายหลังคลอด

ภายหลังที่กระบวนการทำคลอดสิ้นสุดแพทย์และพยาบาลมีหน้าที่ในการดูแลสุขภาพของหญิงและเด็กแรกคลอด ดังนี้

⁹⁸ จรินทร์ คิดอ่าน, "การยุติการตั้งครรภ์ : ศึกษากรณีเหตุทางสังคมและเศรษฐกิจ," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2556)

⁹⁹ เฟิงอ้วง

¹⁰⁰ อาทิตย์ กิจขระภูมิ, *อ่วงแล้ว เชิงอรรถที่ 95*, น.72-73.

¹⁰¹ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 ข้อ 5 (2)

¹⁰² ดูเหตุผลที่กฎหมายควรยินยอมให้หญิงมีสิทธิเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของทารก ใน เมธิกาญจน์ ช่างหัวหน้า, *อ่วงแล้ว เชิงอรรถที่ 83*.

¹⁰³ ในทางปฏิบัติเมื่อแพทย์พบว่าทารกในครรภ์พิการหรือเป็นโรคทางพันธุกรรม ซึ่งเป็นปัญหาสุขภาพที่ไม่สามารถรักษาให้หายได้ แพทย์มีหน้าที่แนะนำให้หญิงเข้ารับการทำแท้งเพื่อป้องกันผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต โดยการแนะนำให้หญิงเข้ารับการทำแท้งดังกล่าวแพทย์ไม่ต้องคำนึงว่าปัญหาสุขภาพของทารกส่งผลกระทบต่อสุขภาพจิตของหญิงหรือไม่ อีกทั้งแพทย์มีหน้าที่แนะนำให้ชายและหญิงทราบถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นระหว่างกรณีที่ยกหญิงเลือกที่จะตั้งครรภ์ต่อไปกับกรณีที่หญิงเลือกที่จะยุติการตั้งครรภ์ด้วยการทำแท้ง ตลอดจนแพทย์ยังมีหน้าที่อธิบายถึงเงื่อนไขทางกฎหมายที่ทำให้หญิงสามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายอีกด้วย

การดูแลสุขภาพมารดาภายหลังคลอด ภายหลังกระบวนการทำคลอด ร่างกายของหญิงยังไม่กลับเข้าสู่สภาวะปกติ ไม่ว่าจะเป็นอวัยวะภายในหรืออวัยวะภายนอก ร่างกาย รวมทั้งสภาพจิตใจของหญิงที่ผ่านความเจ็บปวดทรมานจากการคลอด นอกจากแพทย์และพยาบาลมีหน้าที่ดูแลเด็กแรกคลอดแล้ว แพทย์และพยาบาลยังมีหน้าที่ดูแลและตรวจสอบร่างกายของหญิง รวมทั้งให้คำแนะนำเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติภายหลังคลอด ไม่ว่าจะเป็นการให้คำแนะนำเกี่ยวกับอาหารที่ควรและไม่ควรรับประทาน การดูแลร่างกาย เช่น การดูแลอวัยวะสืบพันธุ์ การดูแลเต้านมและการคุมกำเนิดในระยะหลังคลอด

การดูแลทารกภายหลังคลอด ภายหลังที่เด็กคลอดออกมามีชีวิต ก่อนที่เด็กจะถูกส่งตัวไปยังแผนกห้องคลอดและอภิบาลเด็กแรกคลอด (Labour Room and Nursery) ซึ่งเป็นสถานที่ปลอดภัย พยาบาลมีหน้าที่ตรวจสอบความถูกต้องของเพศเด็ก โดยติดป้ายข้อมือระบุชื่อและนามสกุลของมารดา ระยะเวลาที่ทารกคลอด ตลอดจนตรวจสอบความถูกต้องก่อนเคลื่อนย้ายเด็กไปยังแผนกห้องคลอด¹⁰⁴ ภายหลังที่เด็กถูกส่งไปยังแผนกอภิบาลเด็กแรกคลอดแล้ว พยาบาลและเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานในห้องดังกล่าวมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังและเฝ้าสังเกตความผิดปกติที่อาจเกิดขึ้นกับเด็ก โดยขั้นตอนของการดูแลเด็กแรกคลอดที่สำคัญ คือ การช่วยเหลือด้านการหายใจ การให้อาหารที่เหมาะสม การป้องกันการติดเชื้อ¹⁰⁵ ตรวจสอบร่างกายและสัญญาณชีพทุกๆ 4 ชั่วโมง¹⁰⁶ นอกจากนี้แพทย์และพยาบาลที่รับผิดชอบมีหน้าที่ประเมินและจัดบันทึกสภาพทารกแรกคลอด เพื่อเก็บเป็นข้อมูลเพื่อใช้เปรียบเทียบกับผลการประเมินในครั้งต่อไป เพื่อสังเกตถึงความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็ก¹⁰⁷ นอกจากนี้ โรงพยาบาลยังมีหน้าที่กำหนดมาตรการรักษาความปลอดภัยและป้องกันไม่ให้คุณคนภายนอกเข้าใกล้หรือยุ่งเกี่ยวกับเด็กแรกคลอด เพื่อป้องกันโอกาสที่อาจเกิดการลักพาตัวเด็กหรือการสลับตัวเด็กแรกคลอด

¹⁰⁴ พิริยา ศุภศรี, การพยาบาลในระยะคลอด, (กรุงเทพมหานคร : ศูนย์สื่อเสริมการพิมพ์, 2551), น.218.

¹⁰⁵ สุรีย์ สิมารักษ์, ชีระพร วุฒยวนิช, จตุพล ศรีสมบุรณ์ และ ชีระ ทองสง, อ้าวแล้วเชิงอรรถที่ 12, น.135.

¹⁰⁶ โรงพยาบาลภักดีชุมพล, "Clinical Practice Guideline แผนกหลังคลอด," (สืบค้นเมื่อวันที่ 11 กันยายน 2557), จาก <http://www.phakdeehos.org/sites/default/files/users/user1/Clinical%20Practice%20Guiline%20แผนกหลังคลอด.pdf>

¹⁰⁷ สุรีย์ สิมารักษ์, ชีระพร วุฒยวนิช, จตุพล ศรีสมบุรณ์ และ ชีระ ทองสง, อ้าวแล้วเชิงอรรถที่ 12, น.136.

2. หลักความรับผิดทางแพ่งอันเกิดจากการกระทำทุรเวชปฏิบัติ

ในทุกขั้นตอนของกระบวนการรักษาพยาบาล ไม่ว่าจะเป็นการคัดกรอง การซักประวัติของผู้ป่วย การตรวจ การวินิจฉัยโรค การขอความยินยอมจากผู้ป่วย การให้การรักษาพยาบาล การเลือกวิธีการรักษาพยาบาล การสอบถามความเห็นและการส่งเสริมการมีส่วนร่วมของผู้ป่วย การอ่านผลการตรวจ แพทย์มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวัง โดยต้องใช้ความรู้ความสามารถและความเชี่ยวชาญ ตามมาตรฐานของการประกอบวิชาชีพ นอกจากนี้แพทย์ต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย (Patient's Best Interest) เป็นหัวใจสำคัญของการรักษาพยาบาล

ในกรณีมีความผิดพลาดอย่างไรเกิดขึ้นในกระบวนการรักษาพยาบาลอันเป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทและไม่เป็นไปตามมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพของแพทย์ อาทิ ความผิดพลาดในการซักประวัติของผู้ป่วย ความผิดพลาดในการตรวจร่างกายของผู้ป่วย ความผิดพลาดในการส่งตรวจทางห้องปฏิบัติการ ความผิดพลาดในการส่งตรวจทางรังสีวินิจฉัย ความผิดพลาดในการวินิจฉัยโรค¹⁰⁸ ความผิดพลาดเนื่องจากการรักษาพยาบาลที่ล่าช้า ความผิดพลาดในการส่งต่อผู้ป่วย ความผิดพลาดในการอ่านบันทึกของพยาบาล ความผิดพลาดในการให้ข้อมูลแก่ผู้ป่วยจนเป็นเหตุทำให้ความยินยอมของผู้ป่วยเกิดขึ้นจากการได้รับข้อมูลที่ไม่ถูกต้องครบถ้วน ความผิดพลาดในการติดตามผลการรักษาพยาบาล ความผิดพลาดจากการที่แพทย์ละทิ้งผู้ป่วย¹⁰⁹ ความผิดพลาดทางการแพทย์เหล่านี้อาจเป็นเหตุทำให้ผู้ป่วยต้องสูญเสียชีวิต สูญเสียอวัยวะ กลายเป็นบุคคลทุพพลภาพ หรือส่งผลกระทบต่อสุขภาพจิตของผู้ป่วยอย่างร้ายแรง ความผิดพลาดทางการแพทย์ที่ได้กล่าวมาข้างต้นรวมเรียกว่า “ทุรเวชปฏิบัติ (Medical Malpractice)” จากความผิดพลาดเหล่านี้เองทำให้แพทย์มีความรับผิดตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นความรับผิดทางอาญา ความรับผิดทางแพ่ง ความรับผิดตามกฎหมาย ควบคุมการประกอบวิชาชีพและความรับผิดทางวินัย

วิทยานิพนธ์เล่มนี้ผู้เขียนได้ทำการศึกษาเฉพาะความรับผิดทางแพ่งเพียงอย่างเดียวเท่านั้น ซึ่งในปัจจุบันเมื่อไม่ปรากฏบทบัญญัติที่กำหนดหลักความรับผิดทางแพ่งของแพทย์ไว้เป็นการเฉพาะ การพิจารณาความรับผิดของแพทย์จึงต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายพื้นฐานดังที่ได้ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยความรับผิดตามกฎหมายลักษณะละเมิดและความรับผิดตามกฎหมายลักษณะสัญญา โดยต้องแยกพิจารณาตามลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างผู้ป่วยและแพทย์

¹⁰⁸ Angela Roddey Holder, *Medical Malpractice Law*, 2nd ed., (New York : Wiley Medical Publication, 1978), pp.71-72, 75, 77, 80-81, 92.

¹⁰⁹ George D. Pozgar, *Legal Aspects of Health Care Administration*, 11th ed., (Burlington : Jones & Bartlett Learning, 2012), pp.186-187, 192-193, 197-199, 205, 211.

ในกรณีความเสียหายเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกิดขึ้นในโรงพยาบาลของรัฐ เมื่อผู้ป่วยและแพทย์ไม่มีความสัมพันธ์ในทางสัญญาทางแพ่งต่อกัน ผู้ป่วยจึงมีเพียงสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดเท่านั้น¹¹⁰ และการพิจารณาความรับผิดตามกฎหมายลักษณะละเมิดต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายที่ปรากฏในพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 โดยผู้ป่วยจะไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญา¹¹¹ ในกรณีที่ความเสียหายเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกิดขึ้นในโรงพยาบาลหรือสถานบริการของเอกชน ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และผู้ป่วยเป็นความสัมพันธ์ที่เกิดจากสถานะที่เท่าเทียมซึ่ง

¹¹⁰ การรักษายาบาลในโรงพยาบาลของรัฐเป็นการจัดทำบริการสาธารณะประเภทหนึ่ง ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ป่วยและแพทย์จึงไม่ได้เป็นความสัมพันธ์ตามสัญญาทางแพ่ง ดู เพ็ญจันทร์ คล้ายเอี่ยม, "ความรับผิดในสัญญาให้บริการด้านการแพทย์," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น. (1)-(2). ; สุรัชย์ ศักดาพลชัย, "ความรับผิดในทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพ : เวชกรรม," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), น.20. ; วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, กฎหมายการแพทย์: ความรับผิดทางกฎหมายของผู้ประกอบวิชาชีพ ด้านการแพทย์และสาธารณสุข, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น.65.

ในกรณีที่โรงพยาบาลของรัฐมีการให้บริการคลินิกพิเศษหรือมีการเรียกเก็บค่าบริการพิเศษ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ป่วยและโรงพยาบาลหรือแพทย์ย่อมเป็นความสัมพันธ์ตามสัญญาทางแพ่ง ดู ญัฐจักร ปัทมสิงห์ ณ ออยุธยา, "มาตรฐานทางกฎหมายในการแก้ต่างคดี : ศึกษากรณีผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมถูกฟ้อง," เอกสารวิชาการหลักสูตร "ผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง" (บ.ย.ส.) รุ่นที่ 12, วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2552, น.47. ; ศูนย์กฎหมายสุขภาพและจริยศาสตร์, พ.ร.บ. ความรับผิดของเจ้าหน้าที่กับปัญหาในเวชปฏิบัติ, (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น.60-61.

อย่างไรก็ดี ดวงกมล ภู่อาย ให้ความเห็นว่า ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ป่วยและแพทย์ในโรงพยาบาลของรัฐเป็นความสัมพันธ์ตามสัญญาทางแพ่ง เพียงแต่เป็นสัญญาที่แพทย์ไม่สามารถปฏิเสธการรักษาพยาบาลผู้ป่วย ดู ดวงกมล ภู่อาย, "ความรับผิดทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550), น.15.

¹¹¹ เพ็ญจันทร์ คล้ายเอี่ยม, *เพิ่งอ้าง*, น.33-36.

เป็นความสัมพันธ์ตามสัญญาทางแพ่ง¹¹² ผู้ป่วยจึงมีสิทธิเลือกที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ตามกฎหมายลักษณะละเมิดและกฎหมายลักษณะสัญญา (Concurrent Liability) อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือกฎหมายลักษณะสัญญา หลักเกณฑ์การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายและการพิจารณาคดีของศาลต้องเป็นไปตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551¹¹³

เมื่อความรับผิดทางแพ่งของแพทย์เพื่อความปลอดภัยอันเกิดจากความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นไปตามหลักความรับผิดตามกฎหมายลักษณะละเมิดและกฎหมายลักษณะสัญญา ผู้เขียนจึงนำหลักเกณฑ์การพิจารณาคดีความรับผิดของแพทย์มาทำการศึกษาดังนี้

2.1. ความรับผิดทางการแพทย์ตามกฎหมายลักษณะละเมิด

ในกรณีที่แพทย์จงใจหรือประมาทเลินเล่อกระทำต่อผู้ป่วยจนเป็นเหตุทำให้ผู้ป่วยได้รับความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ หรือสิทธิอย่างหนึ่งใด การรักษาพยาบาลดังกล่าวเป็นการทำละเมิดต่อสิทธิผู้ป่วย ผู้ป่วยจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ตามกฎหมายลักษณะละเมิดดังที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ความว่า

¹¹² วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 110*, น.64. ; แสง บัญเฉลิมวิภาส, *กฎหมายและข้อควรระวังของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ พยาบาล*, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), น.31-32.

¹¹³ ประธานศาลอุทธรณ์มีคำวินิจฉัยที่ 8/2551, 166/2551 และ 176/2551 ให้การรักษาพยาบาลในโรงพยาบาลของรัฐหรือเอกชนเป็นการรับจัดทำงานอย่างใดอย่างหนึ่ง แม้ผู้มีหน้าที่จ่ายค่าบริการจะเป็นผู้รับประกันภัย ระบบประกันสังคมหรือหน่วยงานของรัฐ โรงพยาบาลก็ถือว่าเป็น “ผู้ให้บริการ” และมีฐานะเป็น “ผู้ประกอบธุรกิจ” ส่วนผู้ป่วยที่เข้ารับบริการในโรงพยาบาลย่อมถือว่าเป็น “ผู้รับบริการ” ซึ่งมีฐานะเป็น “ผู้บริโภค” ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ดู สกวรรณ โฉมวัฒน์, “ความหมายของคำว่า “บริการ” ในบทบัญญัติของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 กับ ความรับผิดของแพทย์ในโรงพยาบาลของรัฐ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554), น.5, 24-30. ; กนกวรรณ เลิศบุรพาวา, “พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 : ศึกษากรณีผลกระทบต่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554) ; นพพร โพธิ์รังสียากร, “ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับทฤษฎีปฏิบัติจากการรักษาทางการแพทย์ (ตอนที่ 2),” *อุลพาห*, เล่มที่ 3, ปีที่ 60, น.148 (กันยายน-ธันวาคม 2556).

“มาตรา 420 ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”

จากบทบัญญัติมาตรา 420 ข้างต้น การพิจารณาว่าแพทย์มีความรับผิดชอบผิดต่อผู้ป่วยหรือไม่ สามารถแยกพิจารณาองค์ประกอบความรับผิดชอบได้ดังนี้

(1) การกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของแพทย์

ตามหลักความรับผิดเพื่อละเมิด แพทย์จะต้องรับผิดในความเสียหายต่อเมื่อมีการกระทำใดๆ อันเป็นการล่วงสิทธิของผู้ป่วย โดยการกระทำไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะแต่กรณีที่มีการเคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สึกและอยู่ภายใต้การบังคับแห่งจิตใจของแพทย์ผู้ทำละเมิดเท่านั้น แต่การกระทำยังมีความหมายรวมถึงการที่แพทย์งดเว้นจากหน้าที่ที่ต้องกระทำเพื่อป้องกันผลเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับผู้ป่วย โดยหน้าที่เช่นนี้อาจเกิดขึ้นโดยบทบัญญัติของกฎหมาย ข้อสัญญาหรือเกิดจากหน้าที่ทางศีลธรรม ตัวอย่างการกระทำโดยงดเว้นของแพทย์ เช่น แพทย์ในโรงพยาบาลของรัฐปฏิเสธไม่รับผู้ป่วยเข้ารักษาพยาบาล¹¹⁴ หรือแพทย์ในโรงพยาบาลเอกชนปฏิเสธไม่ยอมรับผู้ป่วยฉุกเฉินเข้ารับการรักษาพยาบาล โดยการกระทำของแพทย์อาจเกิดจากการที่แพทย์จงใจต้องการทำให้ผู้ป่วยได้รับความเสียหาย หรือในกรณีที่แพทย์ไม่ได้จงใจทำให้ผู้ป่วยได้รับความเสียหาย แต่แพทย์ไม่ได้ใช้

¹¹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11332/2555 จำเลยเป็นผู้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการสถานพยาบาล บุตรของโจทก์ได้รับบาดเจ็บจากอุบัติเหตุรถจักรยานยนต์ที่นั่งซ้อน มีอาการเจ็บปวด มีภาวะการบอบช้ำของสมองและโลหิตออกในสมอง จะต้องได้รับการรักษาอย่างทันที่ แม้ไม่ปรากฏบาดแผลร้ายแรงที่มองเห็นจากภายนอก แต่พยาบาลเวรซึ่งเป็นลูกจ้างของจำเลยกลับให้ผู้ป่วยพยาบาลตรวจค้นหลักฐานในตัวบุตรของโจทก์ว่ามีบัตรประกันสังคม บัตรประกันสุขภาพ 30 บาท หรือบัตรประกันชีวิตหรือไม่ เมื่อไม่พบหลักฐานใด จึงสอบถามเจ้าหน้าที่อาสาสมัครมูลนิธิที่เป็นผู้นำส่งว่าใครจะรับผิดชอบค่าใช้จ่าย เมื่อไม่มีคำตอบ จึงปฏิเสธที่จะรับบุตรของโจทก์ไว้รักษา โดยแนะนำให้ไปรักษาที่โรงพยาบาลของรัฐ การที่พยาบาลเวรลูกจ้างของจำเลยปฏิเสธไม่รับบุตรของโจทก์เข้ารับการรักษาดังกล่าว ถือได้ว่าเป็นผลโดยตรงที่ทำให้บุตรของโจทก์ถึงแก่ความตาย จำเลยซึ่งเป็นนายจ้าง เป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการสถานพยาบาล มีหน้าที่ต้องควบคุมและดูแลให้มีการช่วยเหลือเยียวยาแก่ผู้ป่วย ซึ่งอยู่ในสภาพอันตรายและจำเป็นต้องได้รับการรักษาโดยฉุกเฉิน เพื่อให้ผู้ป่วยพ้นจากอันตรายตามมาตรฐานวิชาชีพตาม พ.ร.บ.สถานพยาบาล พ.ศ.2541 มาตรา 36 แต่กลับไม่ควบคุมดูแลการปฏิบัติงานของลูกจ้างดังกล่าว จึงเป็นการละเมิดต่อโจทก์

ความระมัดระวังตามมาตรฐานการประกอบวิชาชีพตั้งที่ผู้ประกอบวิชาชีพทุกคน (Reasonable Physicians) ควรมี การกระทำของแพทย์จึงเป็นการกระทำโดยประมาท

สำหรับองค์ประกอบในเรื่องของการกระทำของแพทย์ที่มีต่อผู้ป่วยนี้ มีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นว่า “ทารกในครรภ์” และ “เซลล์สืบพันธุ์และตัวอ่อน” เป็นบุคคลที่มีสิทธิและได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายด้วยหรือไม่ เพราะในขณะที่มีการทำละเมิด ทารกในครรภ์ เซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนยังไม่มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย ทั้งนี้ผู้เขียนได้ทำการศึกษาถึงปัญหาเกี่ยวกับการทำละเมิดต่อทารก และการทำละเมิดต่อเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนดังนี้

(ก) การกระทำต่อทารก

เมื่อการทำละเมิดหมายถึงการกระทำต่อ “บุคคลอื่น” ทำให้การกระทำต่อตนเอง โดยปกติคำว่า “บุคคลอื่น” จึงมีความหมายรวมทั้ง “บุคคลธรรมดา” หรือ “นิติบุคคล” แต่ด้วยลักษณะของการรักษาพยาบาลที่สามารถเกิดขึ้นได้เฉพาะกับมนุษย์ที่มีชีวิต มีเนื้อตัวร่างกาย มีอวัยวะตามเป็นจริงไม่สามารถเกิดขึ้นกับนิติบุคคลผู้ซึ่งกฎหมายสมมติขึ้นมาเท่านั้น ความรับผิดชอบของแพทย์ตามกฎหมายลักษณะละเมิดจึงเป็นความรับผิดชอบต่อบุคคลธรรมดา

แม้การรักษาพยาบาลอาจเกิดขึ้นได้เฉพาะกับบุคคลธรรมดา แต่การรักษาพยาบาลไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นกับมนุษย์ที่มีสภาพบุคคลแล้วเท่านั้น เพราะบ่อยครั้งที่กระบวนการรักษาพยาบาลเกี่ยวข้องถึงประโยชน์และสุขภาพของทารกในครรภ์ ตัวอย่างเช่น การให้การรักษาพยาบาลทารกในครรภ์หรือหญิงที่ตั้งครรภ์ การตรวจสุขภาพของทารกในครรภ์หรือการทำแท้ง ในกระบวนการดังกล่าวทำให้แพทย์มีความสัมพันธ์กับทารกไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม จึงมีปัญหาทางกฎหมายปรากฏขึ้นว่า “บุคคลอื่น” ที่อาจเป็นผู้เสียหายจากการทำละเมิดหมายความรวมถึง “ทารกในครรภ์” ด้วยหรือไม่

นอกจากนี้ ด้วยความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ ทำให้ในปัจจุบันการปฏิสนธิระหว่างเซลล์สืบพันธุ์ไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นในร่างกายหรือโพรงมดลูกของหญิงเท่านั้น แต่สามารถเกิดขึ้นภายนอกร่างกาย อาทิ การทำเด็กหลอดแก้ว (IVF) ที่แพทย์สามารถเก็บเซลล์สืบพันธุ์ของชายและหญิงเพื่อนำไปปฏิสนธิในห้องปฏิบัติการ จึงมีปัญหาทางกฎหมายที่ละเอียดอ่อนและซับซ้อนมากยิ่งขึ้นว่าเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนภายนอกครรภ์เป็นบุคคลที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลักษณะละเมิดด้วยหรือไม่

ปัญหาว่าด้วยสิทธิตามกฎหมายของมนุษย์ที่ยังไม่มีสภาพบุคคล มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับข้อพิจารณาเรื่องการเริ่มต้นชีวิตและการเริ่มต้นความเป็นมนุษย์ ซึ่งเป็นประเด็นที่ยังไม่

สามารถหาข้อยุติได้¹¹⁵ ไม่ว่าจะเห็นทางวิทยาศาสตร์และการแพทย์¹¹⁶ ศาสนา¹¹⁷ กฎหมาย¹¹⁸ หรือทางความเห็นทางวิชาการ เพราะความเห็นของนักวิชาการแต่ละสาขาต่างพยายาม

¹¹⁵ ปัจจุบันมนุษย์ยังไม่สามารถอธิบายได้ว่า “ชีวิตของมนุษย์” เริ่มต้นขึ้นเมื่อใด การนำเสนอข้อความคิดเกี่ยวกับจุดเริ่มต้นของชีวิตของนักวิชาการแต่ละฝ่ายมีขึ้นเพื่อสร้างความชอบธรรมและสนับสนุนเหตุผลในเรื่องที่แตกต่างออกไป อย่างไรก็ตาม แนวความคิดเกี่ยวกับจุดเริ่มต้นของชีวิตมนุษย์สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ความเห็นหลัก กล่าวคือ ความเห็นที่หนึ่ง เห็นว่าชีวิตมนุษย์เริ่มต้นเมื่อมีการปฏิสนธิ (Conception) และความเห็นที่สอง เห็นว่าชีวิตมนุษย์เริ่มต้นเมื่อคลอดออกจากครรภ์ของหญิงมารดา (Born Alive) ดู ข้อถกเถียงว่าด้วยการเริ่มต้นชีวิตของมนุษย์ ใน วิชาสิณี พนานครทรัพย์, "การทำแท้ง : มุมมองที่แตกต่าง," วารสารสังคมวิทยามานุษยวิทยา, ปีที่ 30, ฉบับที่ 1, น.92-116 (มกราคม-มิถุนายน 2554). และ วิชาสิณี พนานครทรัพย์, รายงานผลงานวิจัยเสริมหลักสูตรเรื่องข้อถกเถียงเกี่ยวกับการทำแท้ง, (กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการส่งเสริมการวิจัยเสริมหลักสูตร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), น.7-18.

¹¹⁶ ในทางวิทยาศาสตร์และทางการแพทย์เห็นว่า ชีวิตของมนุษย์ไม่ได้เริ่มต้นภายหลังที่มนุษย์คลอดออกมามีชีวิตแต่เริ่มต้นนับตั้งแต่เวลาที่ทารกอยู่ในครรภ์ของหญิง อย่างไรก็ตาม มีนักวิทยาศาสตร์และแพทย์ส่วนหนึ่งเห็นว่าชีวิตของมนุษย์ไม่ได้เริ่มต้นที่ที่มีการปฏิสนธิแต่เริ่มภายหลังที่มีการปฏิสนธิไปแล้วช่วงเวลาหนึ่งเท่านั้น เช่น อาจารย์ประมวล วีรุตเสน เห็นว่าชีวิตมนุษย์เริ่มต้นภายหลังที่มีการปฏิสนธิเป็นเวลา 12 ชั่วโมง ในขณะที่ศาสตราจารย์ ดร. นายแพทย์วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ และแพทย์หญิงเพ็ญศรี พิชัยสินทิ เห็นว่าชีวิตของมนุษย์เริ่มต้นเมื่อตัวอ่อนได้ฝังตัวในโพรงมดลูกของหญิงเพราะก่อนช่วงเวลาดังกล่าวยังไม่เป็นที่แน่นอนว่าตัวอ่อนสามารถฝังตัวในโพรงมดลูกของหญิงสำเร็จหรือไม่ นอกจากนี้ การอธิบายในลักษณะดังกล่าวจะช่วยทำให้กฎหมายสอดคล้องกับสภาพของสังคม เพราะมีเช่นนั้นแล้วการคุมกำเนิดบางวิธี อาทิ การใส่ห่วงคุมกำเนิด หรือการขัดขวางการฝังตัวของตัวอ่อนย่อมเป็นความผิดฐานทำแท้ง ดู วิชาสิณี พนานครทรัพย์, เพ็ญอ้วง, น.11-13. และ ประมวล วีรุตเสน, "เทคโนโลยีกับการกำเนิดชีวิต," จุฬาลงกรณ์วารสาร, ปีที่ 15, ฉบับที่ 4, น.23 (เมษายน-มิถุนายน 2535) ; ดูข้อถกเถียงเกี่ยวกับเริ่มต้นชีวิตทางวิทยาศาสตร์ ใน อาทิตย์ กิจชะระภูมิ, อ้วงแล้ว เจริญจรที่ 95, น.36-41. และ ตามพงศ์ ขอบอิสระ, "ปัญหาการเริ่มต้นสภาพความเป็นมนุษย์กับการคุ้มครองในกฎหมายอาญา," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น.15-19.

¹¹⁷ เมื่อพิจารณาความเชื่อทางศาสนาเกี่ยวกับจุดเริ่มต้นของชีวิตมนุษย์จะพบว่าศาสนาพุทธ ศาสนาคริสต์และศาสนาอิสลามมีความเชื่อตรงกันว่าชีวิตของมนุษย์เริ่มต้นทันทีเมื่อมีการ

หาความชอบธรรมและเหตุผล เพื่ออธิบายถึงความเหมาะสมของการกำหนดจุดเริ่มต้นชีวิตมนุษย์ ทำให้แนวทางการให้ความคุ้มครองชีวิตมนุษย์ก่อนมีสภาพบุคคลของแต่ละประเทศมีลักษณะที่แตกต่างกันออกไป¹¹⁹ อย่างไรก็ตาม จุดเริ่มต้นของชีวิตมนุษย์ในทางกฎหมายมีความสำคัญอย่างยิ่ง

ปฏิสนธิ การกระทำอย่างใดที่เป็นการทำลายชีวิตภายหลังที่มีการปฏิสนธิจึงเป็นบาป ดูรายละเอียดจุดเริ่มต้นชีวิตของมนุษย์ตามความเชื่อทางศาสนา ใน อาทิตย์ กิจชระภูมิ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 95*, น.22-36 ; สมปรารธนา หลังนาค, "ทารกในครรภ์มารดา : สิทธิและความคุ้มครอง," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น. 11-18. ; ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, "พุทธศาสตร์และนิติศาสตร์ : ศึกษาเปรียบเทียบในเชิงนิติวิธีและหลักคำสอน," *วารสารนิติศาสตร์*, ปีที่ 35, ฉบับที่ 3, น.591 (กันยายน 2549). ; สุวัฒน์ จันทร์จำนง, *การทำแท้งกับปัญหาทางการแพทย์และสังคม*, (กรุงเทพมหานคร : ห.จ.ก. รุ่งเรืองสาส์นการพิมพ์, 2523), น.114-117.

¹¹⁸ เมื่อพิจารณาจากคำอธิบายในกฎหมายอาญา แรกเริ่มเดิมทีนักกฎหมายมีคำอธิบายว่ากฎหมายอาญาเริ่มให้ความคุ้มครองชีวิตของมนุษย์นับตั้งแต่เวลาที่มีการปฏิสนธิ โดยสังเกตได้จากคำอธิบายจุดเริ่มต้นของความผิดฐานทำให้หญิงแท้งลูก ซึ่งกฎหมายให้ความคุ้มครองทารกทันทีที่มีการปฏิสนธิโดยไม่คำนึงว่าตัวอ่อนได้ฝังตัวในโพรงมดลูกของหญิงแล้วหรือไม่ แต่ภายหลังที่วิทยาศาสตร์เจริญก้าวหน้ามากขึ้น จนทำให้วิทยาศาสตร์สามารถอธิบายถึงพัฒนาการและกระบวนการเจริญเติบโตของทารกได้อย่างละเอียด นักกฎหมายอาญาจึงเปลี่ยนคำอธิบายจุดเริ่มต้นของชีวิตมนุษย์ว่า ชีวิตของมนุษย์ตามกฎหมายอาญาจะเริ่มต้นและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายต่อเมื่อครบองค์ประกอบ 2 ประการ กล่าวคือ ประการที่ 1 มีการปฏิสนธิระหว่างเซลล์สืบพันธุ์ของเพศชายและหญิง และประการที่ 2 ตัวอ่อนต้องได้ฝังตัวในโพรงมดลูกของหญิงแล้วเท่านั้น ด้วยเหตุดังกล่าวจึงทำให้การกระทำอย่างใดที่เกิดขึ้นกับเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนก่อนมีการฝังตัวไม่เป็นความผิดทางอาญา ดู ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, "ผสมเทียม : ปัญหาการให้กำเนิดและการทำแท้ง," *วารสารนิติศาสตร์*, ปีที่ 25, ฉบับที่ 2, น.273-282 (มิถุนายน 2538). ; วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, "ความหมายของ "ทำให้แท้งลูก" ในกฎหมาย", ใน *นิติเวชสาร* ฉบับกฎหมายทำแท้ง ข้อโต้แย้งที่ยังไม่ยุติ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เจนเดอร์เพรส, 2537), น.105-106. ; หยุด แสงอุทัย, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 76*, น.232. ; คณิต ผน นคร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 82*, น.177.

¹¹⁹ เมื่อพิจารณาจากกฎหมายต่างประเทศจะพบว่าแนวทางที่กฎหมายเริ่มให้ความคุ้มครองสิทธิของมนุษย์มีลักษณะที่แตกต่างกันออกไป โดยแบ่งเป็นลักษณะได้ดังนี้ ลักษณะที่ 1 กฎหมายเริ่มให้ความคุ้มครองสิทธิของมนุษย์นับแต่เวลาที่มีการปฏิสนธิ (Conception) ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่ทารกยังไม่มีความสามารถที่จะมีชีวิตต่างหากจากหญิงมารดา (Non-viable Fetus) ลักษณะที่ 2 กฎหมายเริ่มให้

เพราะตามกฎหมายแพ่งการเริ่มต้นชีวิตของมนุษย์ถือว่าการเริ่มต้นของ “ความสามารถในการใช้สิทธิและหน้าที่ที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งสิทธิ¹²⁰” ในขณะที่กฎหมายอาญา การเริ่มต้นชีวิตของมนุษย์ถือว่า “เป็นการเริ่มต้นของการได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย”¹²¹

เมื่อพิจารณาแนวความคิดว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของทารกในทางแพ่ง แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 กำหนดให้สภาพบุคคลเริ่มต้นเมื่อทารกในครรภ์ได้คลอดออกมามีชีวิต แต่หาใช่ว่าสิทธิตามกฎหมายของทารกจะเริ่มต้นขึ้นภายหลังคลอดเท่านั้น เมื่อพิจารณาบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 วรรค 2 ความว่า “ทารกในครรภ์ก็มีสิทธิต่างๆ ได้เช่นเดียวกัน ถ้าหากคลอดออกมามีชีวิตในภายหลัง” อันไปตามหลักสัจนิยมโรมันที่ว่า “ทารกในครรภ์เพียงแต่ได้ปฏิสนธิก็ต้องถือว่าได้เกิดขึ้นแล้วทุกครั้ง เมื่อมีเรื่องเกี่ยวกับประโยชน์ของทารกเกิดขึ้น (*Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*)¹²² จึงแสดงให้เห็นว่า ในความเป็นจริงกฎหมายแพ่งให้ความคุ้มครองชีวิตมนุษย์ 2 ช่วง กล่าวคือ ช่วงที่มนุษย์ยังคงเป็นทารกในครรภ์มารดา กฎหมายกำหนดเงื่อนไขว่าสิทธิเหล่านี้จะเกิดขึ้นและมีการ

ความคุ้มครองสิทธิของมนุษย์ เมื่อตัวอ่อน (Embryo) พัฒนาจนมีกระดูกสันหลังและเส้นประสาท (Primitive Steak) ลักษณะที่ 3 กฎหมายเริ่มให้ความคุ้มครองสิทธิของมนุษย์ เมื่อตัวอ่อนมีอายุ 8 สัปดาห์ ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่ทารกมีอวัยวะครบถ้วน (Fetus) ลักษณะที่ 4 กฎหมายให้ความคุ้มครองสิทธิของมนุษย์ภายหลังที่ตัวอ่อนพัฒนาจนมีความสามารถที่จะมีชีวิตแยกต่างหากจากหญิงแล้วเท่านั้น (Viable Fetus) ดู อาทิตย์ กิจชระภูมิ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 95*, น.41-46. ; ตามพงศ์ ขอบอิสระ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 116*, น.24-81. ; สมปรารถนา หลังนาถ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 117*, น.76-78.

¹²⁰ กิตติศักดิ์ ปรกติ, *หลักกฎหมายบุคคล*, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556). น.26.

¹²¹ แม้กฎหมายอาญาให้ความคุ้มครองชีวิตทารกในครรภ์กับชีวิตของเด็กภายหลังคลอดแตกต่างกัน ซึ่งเห็นได้จากความแตกต่างของอัตราโทษในความผิดฐานทำแท้ง (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 ถึง 305) กับความผิดฐานฆ่าบุคคลอื่น (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ถึง 291) แต่ความแตกต่างดังกล่าวเป็นผลมาจากนโยบายสาธารณะเท่านั้น เพราะอย่างไรก็ดีในทัศนะของกฎหมายอาญาทารกในครรภ์กับเด็กที่คลอดออกมามีชีวิตต่างก็เป็นมนุษย์ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเช่นเดียวกัน ดู ตามพงศ์ ขอบอิสระ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 116*, น.3. ; อาทิตย์ กิจชระภูมิ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 95*, น.49-50.

¹²² อนุวัติ ใจสมุทร, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ว่าด้วยบุคคล*, (นครหลวงฯ : โรงพิมพ์สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2515), น.12.

เรียกร้องกันได้อีกเมื่อทารกคลอดออกมามีชีวิตแล้วเท่านั้น และช่วงภายหลังที่มนุษย์มีสภาพบุคคลอย่างไรก็ดี แม้กฎหมายแพ่งจะให้ความคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์ แต่กฎหมายก็ไม่ได้กำหนดจุดเวลาเริ่มต้นความเป็นมนุษย์และจุดเริ่มต้นในการให้ความคุ้มครองสิทธิของทารกเอาไว้ นักกฎหมายส่วนใหญ่มีความเห็นว่าชีวิตของมนุษย์ในทางแพ่งเริ่มต้นทันทีที่มีการปฏิสนธิ¹²³ โดยไม่ต้องคำนึงถึงการฝังตัวของตัวอ่อนในโพรงมดลูกของหญิงแตกต่างจากคำอธิบายตามกฎหมายลักษณะอาญา

อย่างไรก็ตาม มีนักกฎหมายบางกลุ่มเห็นว่ากฎหมายแพ่งให้ความคุ้มครองสิทธิของมนุษย์เฉพาะช่วงเวลาภายหลังที่มนุษย์มีสภาพบุคคลตามกฎหมายแล้วเท่านั้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า “การเริ่มต้นความเป็นมนุษย์” กับ “การมีสภาพบุคคลตามกฎหมาย” ไม่ใช่เรื่องเดียวกัน โดยปัญหาข้อนี้ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ได้อธิบายความแตกต่างระหว่าง “บุคคล” และ “สภาพบุคคล” เอาไว้ว่า “...“บุคคล” คือ ผู้ทรงสิทธิตามกฎหมาย (Subject of Right) ส่วนคำว่า “สภาพบุคคล” หมายถึง สภาวะที่มีความสามารถในการใช้สิทธิตามกฎหมาย เช่น ความสามารถในการเป็นเจ้าของทรัพย์สินและมีกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สิน...”¹²⁴ จากคำอธิบายดังกล่าวเห็นได้ชัดว่า สิทธิตามกฎหมายเริ่มต้นพร้อมกับการเริ่มต้นความเป็นมนุษย์ เมื่อเด็กคลอดออกมามีชีวิตเด็กจึงสิทธิตามกฎหมายที่จะอ้างถึงสิทธิอย่างใดๆ ที่ตนมีนับตั้งแต่ที่มีการปฏิสนธิ

¹²³ เอกุต์ เอช และ วิจิตร ลุสิตานนท์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล, (พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2477), น.7. ; สหส สิงหวิริยะ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2550), น.6. ; กิตติศักดิ์ ปรกติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 120, น.23-26. ; ยืนหยัด ใจสมุทร, "ข้อคิดเห็นบางประการเกี่ยวกับทารกในครรภ์มารดา," บทบัญญัติ, ตอน 2, เล่มที่ 28, น.307 (2514).

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายลักษณะมรดก บทที่ 48 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ลูกหลานอยู่ในครรภ์ให้ป็นไว้ให้แก่ส่วนหนึ่ง ฯลฯ เหตุว่าเป็นอยู่ในลูกหลาน มันได้มาเกิดปฏิสนธิแล้ว แม้นบิดามารดาเข้าตายเหตุประการใดๆ ก็ดี ให้สมุหมรดกและพระสุภาวดีป็นทรัพย์สินของให้แก่เขาพี่น้องลูกหลานเหลนเลือดนี้เกิด” จะเห็นได้ว่าทัศนะของกฎหมายแพ่งประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองสิทธิของมนุษย์ทันทีที่มีการปฏิสนธิ โดยหาจำต้องคำนึงถึงการฝังตัวของตัวอ่อนที่โพรงมดลูกของหญิง อ้างถึงใน จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530). น.6-7.

¹²⁴ จิตติ ดิงศภัทย์, เพ็ญอ้าง, น.3-5.

สิทธิของทารกที่ได้รับการคุ้มครองกฎหมาย หมายถึง สิทธิทุกประเภทเท่าที่เป็นประโยชน์ให้แก่ทารก¹²⁵ โดยวัตถุประสงค์ที่กฎหมายเข้าไปคุ้มครองสิทธิของทารกตั้งแต่ช่วงเวลาที่ทารกอยู่ในครรภ์ของหญิง เนื่องจากกฎหมายไม่ต้องการให้การมีหรือไม่มีสภาพบุคคลตามกฎหมายเป็นเหตุที่ทำให้เด็กต้องสูญเสียสิทธิตามกฎหมาย กฎหมายจึงเลือกที่จะปฏิบัติต่อทารกเสมือนหนึ่งว่าทารกได้คลอดออกมามีสภาพบุคคลตามกฎหมายแล้ว¹²⁶ ดังที่เห็นได้จากสิทธิของทารกที่จะได้รับมรดกจากเจ้ามรดกที่ถึงแก่ความตายก่อนที่ทารกมีสภาพบุคคลตามกฎหมาย (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1604) หรือสิทธิของเด็กที่จะฟ้องร้องเรียกค่าขาดไร้อุปการะเลี้ยงดูจากการสูญเสียบิดาจากเหตุละเมิด (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 443)¹²⁷

แม้นักวิชาการเห็นว่าทารกในครรภ์มีสิทธิเสมือนหนึ่งว่าเป็นบุคคลที่มีสภาพบุคคลตามกฎหมายแล้วก็ตาม แต่มีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นว่าในกรณีที่มีการทำละเมิดต่อทารกในครรภ์ภายหลังที่เด็กคลอดออกมามีชีวิตและได้รับความเสียหายจากการทำละเมิด เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดได้หรือไม่ โดยปัญหาทางกฎหมายข้อนี้มีความเห็นของนักวิชาการแบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย กล่าวคือ

ฝ่ายที่ 1 อาทิ อาจารย์เพ็ญ เพ็งนิติ เห็นว่าการกระทำอย่างใดๆ ต่อทารกในครรภ์ไม่เป็นการกระทำละเมิดต่อทารก แต่เป็นการทำละเมิดโดยตรงต่อหญิงที่ตั้งครรภ์¹²⁸ ซึ่งยังคงมีประเด็นน่าคิดต่อไปว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นกับทารกในครรภ์นั้นเป็นความเสียหายต่อสิทธิประเภทใดของหญิง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่การทำละเมิดทำให้เกิดความเสียหายเฉพาะต่อทารกในครรภ์ โดยที่หญิงไม่ได้รับความเสียหายต่อเนื้อตัวร่างกาย หรืออนามัย หญิงจะยังคงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายหรือไม่ และถ้าหญิงถึงแก่ความตายก่อนได้ใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด

¹²⁵ จิตติ ดิงศภัทย์, เพ็ญอ้าง, น.5, 8. ; กิตติศักดิ์ ปรกติ, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 120*, น.26. ; พจน์ กุ้มานะชัย, ย่อหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล, (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, 2552). น.13. ; พรชัย สุนทรพันธุ์และ มาโนช สุทธิวาทณฤพดี, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยบุคคล, (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2515). น.11-13.

¹²⁶ สมทบ สุวรรณสุทธิ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล, (พระนคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2514), น.6.

¹²⁷ สมปรรณนา หลั่งนาค, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 117*, น.56.

¹²⁸ เพ็ญ เพ็งนิติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพมหานคร : ไม่ปรากฏชื่อสำนักพิมพ์, 2558), น.21.

เด็กที่คลอดออกมามีชีวิตจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแทนหญิงได้หรือไม่ และถ้าเด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย กฎหมายจะเยียวยาความเสียหายให้กับเด็กด้วยวิธีการอย่างไร

ฝ่ายที่ 2 อาทิ อาจารย์ยืนหยัด ใจสมุทร¹²⁹ อาจารย์ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล¹³⁰ อาจารย์วงษ์ วีระพงษ์¹³¹ อาจารย์กิตติศักดิ์ ปรกติ¹³² นางสาวสมปรรธนา หลังนาค¹³³ เห็นว่า การกระทำต่อทารกในครรภ์เป็นการทำละเมิดโดยตรงต่อทารก ภายหลังจากที่เด็กคลอดออกมามีชีวิตเด็กจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ประกอบมาตรา 15

ในปัญหาว่าด้วยสิทธิของเด็กที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล ผู้เขียนมีความเห็นสอดคล้องกับฝ่ายที่ 2 ทุกรายก็ดี เมื่อการกระทำละเมิดต่อทารกไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นภายหลังที่มีการปฏิสนธิแล้วเท่านั้น เพราะหากมีการทำอย่างใดเกิดขึ้นก่อนมีการปฏิสนธิ และการกระทำดังกล่าวเป็นเหตุทำให้ทารกได้รับความเสียหายภายหลังปฏิสนธิ อาทิ แพทย์ให้เลือดที่ปนเปื้อนโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์กับหญิงและชาย แพทย์ให้เลือดไม่ตรงหมู่เลือด แพทย์ใช้วิธีการทางรังสีโดยประมาทจนเป็นเหตุทำให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในโครโมโซมเพศ แพทย์ไม่ได้แนะนำให้หญิงเข้ารับวัคซีนป้องกันโรคหัดเยอรมันก่อนตั้งครรภ์ หรือไม่ได้แนะนำให้หญิงและชายหลีกเลี่ยงการมีเพศสัมพันธ์ก่อนได้รับการรักษาพยาบาล ภายหลังจากที่เด็กคลอดออกมามีชีวิต เด็กที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำใดๆ ของแพทย์ก่อนที่มีการปฏิสนธิ ควรมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ผู้ทำละเมิดเช่นเดียวกัน

(ข) การกระทำต่อเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อน

ผู้เขียนได้กล่าวไว้แล้วว่าปัญหาว่าด้วยสิทธิของเด็กที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล เป็นปัญหาที่ท้าทายต่อความคิดของมนุษย์และพัฒนาการของกฎหมายอย่างมาก เนื่องจากเป็นปัญหาที่มีความสัมพันธ์กับข้อพิจารณาและความเชื่อเกี่ยวกับการเริ่มต้นความเป็นมนุษย์ ในกรณีที่กฎหมายรับรองว่าทารกในครรภ์มีสิทธิตามกฎหมายอย่างบริบูรณ์ทุกประการ ย่อมส่งผลกระทบต่อกฎหมายและข้อพิจารณาว่าด้วยสิทธิส่วนบุคคลของหญิงโดยเฉพาะ

¹²⁹ ยืนหยัด ใจสมุทร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 123*, น.306.

¹³⁰ ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 6*, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2556), น.35-37.

¹³¹ วงษ์ วีระพงษ์, *คำอธิบายลักษณะละเมิด*, พิมพ์ครั้งที่ 2, (พระนคร : โรงพิมพ์อักษรสารการพิมพ์, 2514), น.1.49-50.

¹³² กิตติศักดิ์ ปรกติ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 120*, น.26.

¹³³ สมปรรธนา หลังนาค, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 117*, น.126.

อย่างยิ่งสิทธิในการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง เพราะถ้ากฎหมายรับรองให้ทารกในครรภ์มีสิทธิตามกฎหมาย อีกทั้งกำหนดให้บุคคลมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังและงดเว้นจากการกระทำที่อาจเป็นเหตุทำให้ทารกได้รับความเสียหาย หน้าที่ดังกล่าวย่อมรวมถึงหน้าที่ของหญิงและแพทย์ที่จะไม่ทำให้ทารกเสียสิทธิที่จะได้เกิดขึ้นมามีชีวิต ด้วยเหตุดังกล่าวนับตั้งแต่เวลาที่กฎหมายรับรองว่าเด็กมีสิทธิตามกฎหมายตั้งแต่มีการปฏิสนธิอาจทำให้หญิงไม่มีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้อีกต่อไป ในกรณีที่กฎหมายยังประสงค์ที่จะรับรองสิทธิของทารก กฎหมายต้องอธิบายให้สมาชิกภายในสังคมทราบว่าเหตุใดกฎหมายจึงควรหรือไม่ควรยินยอมให้เด็กฟองร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล

เมื่อสภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไปพร้อมกับความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์อย่างรวดเร็ว ปัญหาทางกฎหมายว่าด้วยสิทธิในการฟองร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดจึงไม่ได้หยุดอยู่ที่ข้อพิจารณาว่าด้วยการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล เพราะทันทีที่การปฏิสนธิของมนุษย์ไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นภายในร่างกายเหมือนดังที่เคยปรากฏมาในอดีต ทำให้เกิดปัญหาว่าหากมีการทำละเมิดเกิดขึ้นโดยตรงกับ “เซลล์สืบพันธุ์” หรือ “ตัวอ่อนภายนอกครรภ์” อาทิ การดัดแปลงพันธุกรรมของเซลล์สืบพันธุ์ การจัดเก็บตัวอ่อนโดยประมาทหรือการคัดเลือกและตรวจคัดกรองสุขภาพของตัวอ่อนก่อนนำไปฝังตัวในโพรงมดลูกของหญิงโดยประมาท เด็กที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำดังกล่าวไม่ว่าจะต้องพิการ มีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรงหรือมีความผิดปกติทางพันธุกรรม มีสิทธิฟองร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดด้วยหรือไม่

ก่อนที่จะพิจารณาว่าเด็กมีสิทธิฟองร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่าจะมีความจำเป็นต้องพิจารณาถึงนิติสถานะ (Legal Status) ของเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนเสียก่อน ซึ่งในปัจจุบันกฎหมายยังไม่สามารถกำหนดหรืออธิบายได้ว่าเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนมีนิติสถานะอย่างไร¹³⁴ อีกทั้ง ยังคงเป็นข้อถกเถียงในวงวิชาการอย่างกว้างขวางถึงความเหมาะสมใน

¹³⁴ ลีฟูน จิระวัฒนาสมกุล, "ปัญหาทางด้านกฎหมายเกี่ยวกับการผสมเทียม," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530), น.149, 158-159. ; วนิดา ทังหะกาญจนกุล, "ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับตัวอ่อนที่เกิดจากการปฏิสนธิในร่างกาย," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), น.27-31. ; แสงบุญเฉลิมวิภาส, "ปัญหาทางกฎหมายและจริยธรรมจากการใช้เซลล์ต้นกำเนิด," วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 35, ฉบับที่ 3, น.402 (กันยายน 2549).

การกำหนดสถานะของเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อน¹³⁵ อย่างไรก็ดี นักวิชาการจำนวนหนึ่งมีความพยายามที่จะอธิบายและกำหนดสถานะของเซลล์สืบพันธุ์และตัวอ่อน ด้วยเหตุผลที่ว่าเมื่อเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนเป็นเซลล์ที่มีความสามารถในการพัฒนาเป็นมนุษย์อย่างสมบูรณ์ (Potential Human Person) การที่กฎหมายไม่ให้ความคุ้มครองเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนก็อาจดูเป็นเรื่องที่ผิดปกติและขัดต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติอย่างมาก เพราะเท่ากับกฎหมายกำลังปฏิบัติต่อเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนเสมือนว่าเป็นสัตว์หรือสิ่งของประเภทหนึ่งเท่านั้น¹³⁶ การกระทำในลักษณะดังกล่าวจึงเป็นการละเลยต่อการให้ความคุ้มครองสิทธิที่จะมีชีวิต (Right To Life) พร้อมทั้งยังเป็นการละเลยต่อการให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) โดยปัญหาว่าด้วยสิทธิตามกฎหมายของเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนนี้ องค์การสหประชาชาติได้กล่าวไว้ว่า “ไซท์ที่ได้รับการปฏิสนธิแล้ว ถือว่าเป็นมนุษย์ที่จะได้รับสิทธิในการปกป้องและสิทธิที่จะมีชีวิตภายใต้สิทธิมนุษยชนตามคำประกาศขององค์การสหประชาชาติ”¹³⁷

การพิจารณาถึงนิติสถานะของเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนภายนอกครรภ์นี้ ผู้เขียนเห็นว่าต้องแยกการพิจารณาออกเป็น 2 กรณี¹³⁸ คือ กรณีที่ 1 นิติสถานะทางกฎหมายของเซลล์

¹³⁵ “What is the legal status in Europe of human embryos?” (Retrieved on 1 February 2016), from <http://www.euronews.com/2015/09/11/what-is-the-legal-status-in-europe-of-human-embryos/> ; Eser A, “The legal status of the embryo in comparative perspective,” *Medicine and law*, Volume 11, pp.579-590 (1992)

¹³⁶ อาทิตย์ กิจขระภูมิ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 95*, น.40.

¹³⁷ ประมวล วิรุฒมเสน, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 116*, น.16-24.

¹³⁸ เหตุผลที่ผู้เขียนแยกสถานะของตัวอ่อนเป็น 2 กรณี เนื่องด้วยตัวอ่อนมีสถานะและมีสิทธิของตนเองด้านหนึ่ง และมีความสัมพันธ์และคุณค่าต่อชายและหญิงผู้เป็นบิดามารดาอีกด้านหนึ่ง การอธิบายถึงสถานะของตัวอ่อนไปพร้อมกันโดยไม่ได้แยกลักษณะคุณค่าและความสัมพันธ์อาจทำให้เกิดความสับสนและอาจทำให้เกิดปัญหาว่าตัวอ่อนมีสถานะเป็นทรัพย์สินหรือไม่ ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่มีบุคคลทำลายตัวอ่อนที่อยู่ภายนอกครรภ์ของหญิงจนเป็นเหตุทำให้ตัวอ่อนได้รับความเสียหายหรือทำให้ตัวอ่อนถึงแก่ความตาย การพิจารณาว่าบุคคลภายนอกต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นหรือไม่ ต้องพิจารณาจากความสัมพันธ์ที่ชายและหญิงมีอยู่กับตัวอ่อน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายควรให้ความคุ้มครองความสัมพันธ์ที่ชายและหญิงมีต่อตัวอ่อนไม่น้อยไปกว่าการที่กฎหมายให้ความคุ้มครองความสัมพันธ์ที่ชายและหญิงมีต่อทรัพย์สิน โดยผู้เขียนเห็นว่าความสัมพันธ์ที่ชายและหญิงมีต่อตัวอ่อนที่เกิดขึ้นมาจากการปฏิสนธิระหว่างเซลล์สืบพันธุ์ของชายและหญิงเป็นความสัมพันธ์ที่เป็นผลมาจาก

สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนกับ กรณีที่ 2 นิติสถานะและความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่ชายและหรือหญิงมีต่อ เซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อน

กรณีที่ 1 สำหรับข้อพิจารณาในเรื่องนิติสถานะของเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อน มีความสัมพันธ์ต่อการพิจารณาถึงสิทธิและการได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย เพราะถ้ากฎหมายไม่รับรองและไม่ให้ความคุ้มครองต่อสิทธิของเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อน ภายหลังจากที่ได้คลอดออกมามีชีวิตเด็กย่อมปราศจากซึ่งสิทธิตามกฎหมายทั้งปวง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่มีการทำละเมิด โดยตรงต่อเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนภายนอกครรภ์ ถึงแม้ว่าความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กเป็นผลโดยตรงมาจากการทำละเมิด เด็กก็ไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมาย

การพิจารณาถึงนิติสถานะของเซลล์สืบพันธุ์ แม้ว่าเซลล์สืบพันธุ์จะยังไม่เข้าสู่สถานะแห่งการเริ่มต้นความเป็นมนุษย์ เนื่องจากยังไม่ได้รับการปฏิสนธิจากเซลล์สืบพันธุ์ของเพศตรงข้าม อีกทั้งในความเป็นจริงแล้วไม่ใช่ทุกเซลล์สืบพันธุ์ที่สามารถได้รับการพัฒนาจนกลายเป็นมนุษย์ได้ ดังที่เห็นได้จากกรณีที่เซลล์สืบพันธุ์ของเพศหญิงที่ไม่ได้รับการปฏิสนธิจะต้องสลายไปตามธรรมชาติ จากความไม่แน่นอนที่เซลล์สืบพันธุ์จะพัฒนาไปเป็นมนุษย์ที่สมบูรณ์แบบหรือไม่นี้เอง ส่งผลทำให้

“สิทธิในการเจริญพันธุ์” และ “สิทธิในการให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์” ด้วยเหตุดังกล่าว การกระทำอย่างใดที่เป็นเหตุทำให้ตัวอ่อนได้รับความเสียหาย การกระทำเหล่านั้นย่อมเป็นการทำละเมิดต่อสิทธิในการเจริญพันธุ์และสิทธิในการให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ของชายและหญิง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญและเป็น “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากบุคคลภายนอกผู้ทำละเมิด

นอกจากนี้ หากการกระทำข้างต้นเป็นเหตุทำให้ตัวอ่อนไม่สามารถพัฒนาและเจริญเติบโตได้ตามปกติ และเป็นเหตุทำให้เด็กต้องคลอดออกมามีร่างกายพิการหรือมีปัญหาสุขภาพ การพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการทำละเมิดต่อเด็กหรือไม่ อีกทั้งการพิจารณาถึงสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของเด็กเป็นการพิจารณาถึงสถานะและสิทธิของเด็กที่มีในขณะที่ยังเป็นตัวอ่อน ซึ่งการพิจารณาในชั้นตอนนี้หาได้มีขั้นตอนใดที่พิจารณาว่าเด็กเป็นทรัพย์หรือไม่ การที่กฎหมายจะยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดที่เกิดขึ้นกับตัวอ่อนภายนอกครรภ์ จึงหาได้กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเมื่อเด็กคลอดออกมามีชีวิตแล้วแม้การทำละเมิดจะเป็นการกระทำต่อตัวอ่อนหรือเซลล์สืบพันธุ์ เด็กย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้เสมือนหนึ่งว่าการทำละเมิดเกิดขึ้นภายหลังจากที่เด็กคลอดออกมามีชีวิตและมีสภาพบุคคลตามกฎหมายแล้ว

เกิดข้อกังวลและความสงสัยถึงความจำเป็นที่กฎหมายควรต้องรับรองและให้ความคุ้มครองต่อเซลล์สืบพันธุ์ของมนุษย์

อย่างไรก็ดี ไม่สามารถปฏิเสธได้ว่าเซลล์สืบพันธุ์มีความแตกต่างจากเซลล์หรือเนื้อเยื่อประเภทอื่นๆ เพราะเซลล์สืบพันธุ์มีความสามารถที่จะถูกปฏิสนธิและพัฒนาจนกลายเป็นตัวอ่อน¹³⁹ ทั้งยังสามารถพัฒนาเป็นมนุษย์ได้อีกด้วย กฎหมายจึงสมควรให้ความคุ้มครองต่อเซลล์สืบพันธุ์ในฐานะที่พิเศษกว่าเซลล์หรือเนื้อเยื่อประเภทอื่นๆ เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำใดๆ หรือมีการนำเซลล์สืบพันธุ์ไปทำการทดลองโดยไม่เคารพถึงสิทธิขั้นพื้นฐานและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อาทิ การทดลองปฏิสนธิเซลล์สืบพันธุ์ของมนุษย์กับสัตว์ประเภทอื่นๆ¹⁴⁰ การเปลี่ยนแปลงโครงสร้างทางพันธุกรรมของเซลล์สืบพันธุ์¹⁴¹ การคัดเลือกและนำเอาเซลล์สืบพันธุ์ที่ผิดปกติมาทำการปฏิสนธิด้วยวัตถุประสงค์เพื่อต้องการสร้างเด็กให้เกิดขึ้นมาพิการหรือมีปัญหาสุขภาพ¹⁴² เพื่อป้องกันการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและป้องกันการกระทำที่ไม่เหมาะสมที่อาจเกิดขึ้นกับเซลล์สืบพันธุ์ นักวิชาการต่างประเทศส่วนหนึ่งได้แสดงความเห็นว่าเมื่อเซลล์สืบพันธุ์เป็นเซลล์ที่มีความสามารถที่จะพัฒนาไปเป็นตัวอ่อน และภายหลังที่เซลล์สืบพันธุ์ได้รับการปฏิสนธิจนกลายเป็นตัวอ่อนแล้ว ตัวอ่อนก็สามารถที่จะเจริญเติบโตต่อไปจนกลายเป็นมนุษย์ ด้วยเหตุที่เซลล์สืบพันธุ์สามารถพัฒนาจนกลายเป็นมนุษย์ได้

¹³⁹ อาจารย์ประมวล วีรุตเสน แสดงความเห็นว่านักวิทยาศาสตร์สามารถพิสูจน์ได้ว่ามนุษย์เกิดขึ้นจากการรวมตัวกันระหว่างเซลล์สืบพันธุ์เพศชาย (อสุจิ) กับเซลล์สืบพันธุ์ของเพศหญิง (ไข่) ดังนั้น เซลล์สืบพันธุ์จึงยังไม่เป็นชีวิตที่สมบูรณ์หากแต่เป็นเซลล์ที่สามารถพัฒนาไปมีชีวิตได้ในภายหลัง ดู ประมวล วีรุตเสน, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 116*, น.23.

¹⁴⁰ ปัจจุบันพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 39 บัญญัติไว้ว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดนำเอาอสุจิ ไข่ ตัวอ่อน หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของเซลล์ดังกล่าวเข้าไปในร่างกายของสัตว์ หรือนำเซลล์สืบพันธุ์ของสัตว์ เซลล์ที่เกิดจากการปฏิสนธิระหว่างเซลล์สืบพันธุ์ของสัตว์ ใส่เข้าไปในร่างกายของมนุษย์”

¹⁴¹ ในประเทศอังกฤษ Human Fertilisation and Embryology Act 2008 มาตรา 3ZA กำหนดห้ามมิให้มีการใช้เซลล์สืบพันธุ์ของเพศชายหรือหญิง หรือตัวอ่อนที่ถูกเปลี่ยนหรือดัดแปลงโครงสร้างทางพันธุกรรม (DNA) ; ในประเทศเยอรมนี The Embryo Protection Act 1990 มาตรา 5 ได้กำหนดบทลงโทษต่อบุคคลที่พยายามเปลี่ยนแปลงโครงสร้างทางพันธุกรรมของเซลล์สืบพันธุ์

¹⁴² I. Glenn. Cohen, "Intentional Diminishment, the Non-Identity Problem, and Legal Liability," *Hastings Law Journal*, Volume 60, Issue 2, pp.347-376 (2009)

นี้เอง กฎหมายจึงควรรับรองนิติสถานะและให้ความคุ้มครองสิทธิของเซลล์สืบพันธุ์ของมนุษย์ เช่นเดียวกัน¹⁴³

การพิจารณาถึงนิติสถานะของตัวอ่อน มีประเด็นปัญหาทางด้านจริยธรรม ความเชื่อทางศาสนา¹⁴⁴และกฎหมายเช่นเดียวกับการพิจารณาถึงสถานะของเซลล์สืบพันธุ์¹⁴⁵ โดยนักวิชาการส่วนมากยอมรับว่าตัวอ่อนที่ผ่านการปฏิสนธิได้เริ่มต้นการมีชีวิตแล้ว¹⁴⁶ นอกจากนี้เมื่อตัวอ่อนมีโอกาสที่จะพัฒนากลายเป็นมนุษย์มากกว่าเซลล์สืบพันธุ์ จึงมีความชอบธรรมอย่างยิ่งที่กฎหมายจะรับรองสถานะและให้ความคุ้มครองตัวอ่อนแม้ว่าตัวอ่อนจะอยู่ภายนอกครรภ์ของหญิงก็ตาม เมื่อพิจารณาจากความเชื่อทางศาสนาที่เห็นว่าชีวิตของมนุษย์เริ่มต้นทันทีเมื่อมีการปฏิสนธิ ย่อมไม่มีความจำเป็นว่าชีวิตจะต้องเริ่มต้นเฉพาะการปฏิสนธิภายในครรภ์ของหญิงเท่านั้น เพราะลักษณะทางชีววิทยาของตัวอ่อนภายนอกครรภ์และตัวอ่อนภายในครรภ์มีลักษณะเหมือนกัน

ในปัจจุบันได้มีการนำเสนอแนวทางการพิจารณาถึงสถานะหรือคุณค่าทางจริยธรรมของตัวอ่อนเป็น 4 แนวทาง¹⁴⁷

¹⁴³ J Harris. "On the Moral Status of the Embryo," in Experiments on Embryos, eds A Dyson and J Harris, (London: Routledge, 1990), pp.65-81.

¹⁴⁴ ดู พระโสภณ โสภโณ พุ่มไสว, "การโคลนมนุษย์กับการเกิดและการตายในมุมมองของพระพุทธศาสนาแบบเถรวาท," ตุลพาท, เล่มที่ 1, ปีที่ 56, น.106-135 (มกราคม-เมษายน 2552). ; A. Ebrahim, "Status of the Embryo in the Light of Islamic Jurisprudence," in Law and Medicine, eds. Michael Freeman and Andrew Lewis, (Oxford: Oxford University Press, 2000), pp.245-256.

¹⁴⁵ Ramona Duminičă, "Legal Status of Human Embryo," (Retrieved on 1 February 2016), from http://www.uab.ro/reviste_recunoscute/reviste_drept/annales_13_2010/18duminica.pdf ; Niels Petersen, "The Legal Status of the Human Embryo in vitro: General Human Rights Instruments," (Retrieved on 1 February 2016), from http://www.zaoerv.de/65_2005/65_2005_2_a_447_466.pdf

¹⁴⁶ แสวง บุญเฉลิมวิภาส และ ดาราพร ธีระวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 29, น.23, 28-32.

¹⁴⁷ "The Protection of The Human Embryo in Vitro," report of the Working Party on the Protection of the Human Embryo and Fetus (CDBI-CO-GT3), pp.4-7 อ้างถึงใน แสวง บุญเฉลิมวิภาส, ดาราพร ธีระวัฒน์, ไพศาล ลิ้มสถิตย์ และ อติวุธ ตันบุญเจริญ, รายงานฉบับสมบูรณ์ ประเด็นและข้อเสนอแนะทางกฎหมายและจริยธรรมเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญ

แนวทางที่ 1 เห็นว่าตัวอ่อนที่ได้รับการปฏิสนธิแล้วมีคุณค่าเช่นเดียวกับชีวิตมนุษย์ ทั้งยังมีสิทธิโดยสมบูรณ์ที่จะได้เกิดขึ้นมามีชีวิต

แนวทางที่ 2 เห็นว่าตัวอ่อนมีคุณค่าเพียงเล็กน้อยเมื่อเปรียบเทียบกับมนุษย์ จึงไม่มีความจำเป็นที่กฎหมายจะต้องให้ความคุ้มครองกับตัวอ่อน

แนวทางที่ 3 เห็นว่าการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายของตัวอ่อนขึ้นอยู่กับระดับพัฒนาการ โดยตัวอ่อนที่แข็งแรงย่อมได้รับการคุ้มครองมากกว่าตัวอ่อนที่อ่อนแอ สำหรับตัวอ่อนที่มีความสามารถที่จะเจริญเติบโตขึ้นไปเป็นมนุษย์ ย่อมได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอย่างสมบูรณ์

แนวทางที่ 4 เห็นว่าการได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายของตัวอ่อนขึ้นอยู่กับระดับพัฒนาการเช่นเดียวกับแนวทางที่ 3 อย่างไรก็ตาม การที่ตัวอ่อนจะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอย่างสมบูรณ์นั้นเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อตัวอ่อนได้พัฒนาจนเป็นทารกที่พร้อมจะคลอดแล้วเท่านั้น ซึ่งความเห็นตามแนวทางที่ 4 นี้ ยินยอมให้มีการทำลายตัวอ่อนภายในครรภ์ได้โดยไม่ถือว่าเป็นความผิดฐานทำแท้ง

จากแนวความเห็นทางวิชาการข้างต้น เมื่อตัวอ่อนมีโอกาสที่จะพัฒนาจนเป็นมนุษย์ที่สมบูรณ์แบบกฎหมายจึงควรให้ความคุ้มครองสิทธิของตัวอ่อน¹⁴⁸ และในทุกการกระทำที่เกี่ยวข้องกับตัวอ่อนต้องคำนึงถึงเกียรติและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของตัวอ่อน อีกทั้งยังต้องกระทำภายใต้ขอบเขตและเงื่อนไขที่เหมาะสมเท่านั้น¹⁴⁹

เมื่อย้อนกลับไปพิจารณาถึงความคุ้มครองตามกฎหมายแพ่ง แม้กฎหมายจะเริ่มให้ความคุ้มครองชีวิตของมนุษย์ก่อนที่มีสภาพบุคคล กล่าวคือ กฎหมายให้ความคุ้มครองทารกในครรภ์นับตั้งแต่ที่มีการปฏิสนธิ แต่เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 วรรคสอง ที่ว่า “ทารกในครรภ์มารดา...” จะเห็นได้ว่ากฎหมายให้ความคุ้มครองตัวอ่อนเฉพาะที่ได้มี

พันธุ์และการคัดเลือกทางพันธุกรรม, (ม.ป.ท. : โครงการชีวจริยธรรมกับการวิจัยวิทยาศาสตร์การแพทย์สมัยใหม่, 2548), น.45-46. ; Bewley, Susan. "Ethical Issues in Prenatal Diagnosis," in Prenatal Diagnosis: The Human Side, eds. Lenore Abramsky and Jean Chappel, (London: Chapman & Hall, 1994), pp.12-13.

¹⁴⁸ วนิดา ทักษะกาญจนากุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 134*, น.22. ; ลีพูน จิระวัฒนาสมกุล ได้เสนอว่ากฎหมายควรพิจารณาว่าตัวอ่อนภายนอกครรภ์มีสถานะเช่นเดียวกับตัวอ่อนที่ได้ฝังตัวภายในครรภ์หรือได้เริ่มต้นสภาพการเป็นทารกในครรภ์ ดู ลีพูน จิระวัฒนาสมกุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 134*, น.213-214.

¹⁴⁹ สมปรรธนา หลั่งนาค, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 117*, น.33.

การปฏิสนธิภายในครรภ์ของหญิงเท่านั้น ตัวอ่อนที่อยู่ภายนอกร่างกายจึงไม่ได้รับการคุ้มครองภายใต้มาตรา 15 วรรคสอง¹⁵⁰ แม้ในภายหลังจะมีการนำตัวอ่อนกลับเข้าสู่ครรภ์ของหญิงก็ตาม สิทธิของตัวอ่อนตามกฎหมายเริ่มต้นขึ้นนับตั้งแต่เวลาที่ตัวอ่อนได้เข้าไปในครรภ์ของหญิงเท่านั้น หาได้นับย้อนหลังไป ณ เวลาที่ได้มีการปฏิสนธิ¹⁵¹ ดังเช่นกรณีของการปฏิสนธิภายในครรภ์¹⁵²

ผู้เขียนเห็นว่า เหตุผลที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 ใช้ถ้อยคำว่า “ทารกในครรภ์มารดา” เนื่องจากขณะที่มีการร่างกฎหมายผู้ร่างกฎหมายเข้าใจว่าการปฏิสนธิสามารถเกิดขึ้นได้เฉพาะในร่างกายของหญิงเท่านั้น แต่ในปัจจุบันเมื่อการปฏิสนธิไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นภายในร่างกายของหญิงอีกต่อไป ถ้อยคำที่ปรากฏในบทบัญญัติแห่งกฎหมายจึงไม่เหมาะสมกับสภาพและบริบทของสังคมและอาจเป็นเหตุที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิของทารก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่สิทธินั้นเกิดขึ้นภายหลังที่มีการปฏิสนธิแต่เป็นช่วงเวลาก่อนที่นำตัวอ่อนกลับเข้าสู่ร่างกายของหญิง

กรณีที่ 2 ความสัมพันธ์ระหว่างชายและหญิงที่มีต่อเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อน มีปัญหาที่ต้องพิจารณาว่า “เซลล์สืบพันธุ์” หรือ “ตัวอ่อน” ถือเป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่งตามกฎหมายหรือไม่¹⁵³ เพราะในกรณีพิจารณาว่าเซลล์สืบพันธุ์และตัวอ่อนเป็นทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสิทธิ (Object of Right) อาจส่งผลกระทบเป็นการลดคุณค่าและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์¹⁵⁴ ไม่ต่างอะไรกับการเป็น สิ่งของหรือสัตว์ และอาจเป็นเหตุที่ทำให้ชายและหรือหญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนสามารถกระทำการอย่างใดๆ ต่อทรัพย์สินที่ตนเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ อาทิ ซื้อขายหรือโอนกรรมสิทธิ์ของเซลล์

¹⁵⁰ สมปรรารถนา หลั่งนาค, *เพ็ญอ้วง*, น.23. ; แสวง บุญเฉลิมวิภาส, ดาราพร ธีระวัฒน์, ไพศาล ลิ้มสถิตย์ และ อติวุธ ตันบุญเจริญ, *อ้วงแล้ว เชิงอรรถที่ 147*, น.43.

¹⁵¹ แสวง บุญเฉลิมวิภาส และ ดาราพร ธีระวัฒน์, "ประเด็นและข้อเสนอแนะทางกฎหมายและจริยธรรมเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์," *ตุลพาห*, เล่มที่ 2, ปีที่ 52, น.12 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2548).

¹⁵² วนิดา ทัพพะกาญจนากุล เห็นว่ากฎหมายควรให้ความคุ้มครองสิทธิของตัวอ่อนที่อยู่ นอกครรภ์ของหญิง ดู วนิดา ทัพพะกาญจนากุล, *อ้วงแล้ว เชิงอรรถที่ 134*, น.27.

¹⁵³ แสวง บุญเฉลิมวิภาส และ ดาราพร ธีระวัฒน์, *อ้วงแล้ว เชิงอรรถที่ 151*, น.7-13.

¹⁵⁴ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, ดาราพร ธีระวัฒน์, ไพศาล ลิ้มสถิตย์ และ อติวุธ ตันบุญเจริญ, *อ้วงแล้ว เชิงอรรถที่ 147*, น.36-37.

สืบทันธุ์หรือตัวอ่อนไปยังบุคคลภายนอก¹⁵⁵ เพื่อป้องกันปัญหาดังกล่าว นักกฎหมายจึงให้ความเห็นว่า เซลล์สืบทันธุ์หรือตัวอ่อนไม่เป็นทรัพย์สิน¹⁵⁶ หากแต่เป็นเนื้อเยื่อส่วนหนึ่งของร่างกายที่มีสถานะอยู่กึ่งกลางระหว่างทรัพย์สินและเนื้อเยื่อประเภทอื่นๆ (Quasi Property) โดยเป็นเนื้อเยื่อที่มีศักยภาพในการพัฒนาต่อไปจนกลายเป็นชีวิต¹⁵⁷

ผู้เขียนมีความเห็นว่า แม้เซลล์สืบทันธุ์ในขณะที่อยู่ภายในร่างกายของมนุษย์ไม่อาจถือได้ว่าเป็นทรัพย์สิน เพราะเป็นเพียงกลุ่มเซลล์หรือเนื้อเยื่อประเภทหนึ่งของร่างกาย แต่เมื่อเซลล์สืบทันธุ์ได้หลุดพ้นออกมาร่างกายแล้วจนเป็นสิ่งที่มิรูปร่างที่มนุษย์สามารถเข้าถือเอาได้ เซลล์สืบทันธุ์จึงเป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่งตามกฎหมาย¹⁵⁸ และเป็นวัตถุแห่งสิทธิ (Object of Right) ที่มีชายหรือหญิงเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์¹⁵⁹ ในขณะที่ตัวอ่อนที่เกิดขึ้นจากการปฏิสนธิระหว่างเซลล์สืบทันธุ์ของชายและหญิงนั้นเป็นทรัพย์สินที่ทั้งชายและหญิงมีกรรมสิทธิ์ร่วมกัน

¹⁵⁵ เทียบเคียงกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2076/2497 ศาลพิพากษาว่าบุคคลไม่ใช่ทรัพย์สิน บุตรจึงไม่เป็นกรรมสิทธิ์ของบิดามารดา ดังนั้น การที่บิดามารดาทำหนังสือมอบกรรมสิทธิ์ในตัวเด็กให้กับบุคคลอื่นจึงไม่มีผลตามกฎหมาย

¹⁵⁶ ประเทศฝรั่งเศส ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 16-1 กำหนดไว้ชัดเจนว่าร่างกายของมนุษย์ ส่วนประกอบต่างๆ และผลผลิตของร่างกายไม่สามารถเป็นวัตถุของสิทธิในทางทรัพย์สินได้ อ่างถึงใน แสวง บุญเฉลิมวิภาส, ดาราพร ธีระวัฒน์, ไพศาล ลิ้มสถิตย์ และ อติวุต ตันบุญเจริญ, *อ่างแล้ว เจริญธรรม* 147, น.48.

¹⁵⁷ แสวง บุญเฉลิมวิภาส และ ดาราพร ธีระวัฒน์, *อ่างแล้ว เจริญธรรม* 29, น.27.

¹⁵⁸ ชมพรรณ รัตน์กร, "การผสมเทียมกับปัญหาความรับผิดชอบทางอาญา," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2543), น.65. ; เชื้ออสุจิที่ได้รับบริจาคมีฐานะเป็นเพียงทรัพย์สินชนิดหนึ่งที่ได้รับบริจาคมีสิทธิเหนือเซลล์อสุจิอย่างสมบูรณ์ และมีสิทธิใช้เซลล์อสุจิเพื่อประโยชน์ในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ไม่ว่าจะเป็นในการผสมเทียมหรือการปฏิสนธิภายนอกร่างกาย ดู รัชฎา เมธาวิกุล, "บุตรนอกสมรส," (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522), น.169-170.

¹⁵⁹ เทียบเคียงกับคำอธิบายของอาจารย์บัญญัติ สุชีวะ ที่เห็นว่า อวัยวะเมื่อเป็นส่วนหนึ่งของร่างกายไม่อาจถือได้ว่าเป็นทรัพย์สิน แต่เมื่อหลุดและแยกต่างหากออกจากร่างกายแล้ว อวัยวะย่อมมีราคาและอาจถือเอาได้จึงเป็นทรัพย์สินตามกฎหมายเช่นเดียวกัน ดู บัญญัติ สุชีวะ, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน*, พิมพ์ครั้งที่ 16, แก้ไขเพิ่มเติมโดย ไพโรจน์ วายุภาพ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์

อนึ่ง เซลล์สืบพันธุ์และตัวอ่อนเป็นทรัพย์สินนอกพาณิชย์อันไม่อาจซื้อขายหรือโอนแก่กันได้โดยชอบด้วยกฎหมาย (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 143) นิติกรรมที่สร้างขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อซื้อขายหรือโอนกรรมสิทธิของเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนเป็นนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามขัดแย้งตามกฎหมาย นิติกรรมเช่นว่านี้จึงตกเป็นโมฆะ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150)

ส่วนข้อกังวลที่ว่า การนำลักษณะความสัมพันธ์ตามกฎหมายลักษณะทรัพย์สินมาใช้กับเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนอาจส่งผลกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าในกรณีที่กฎหมายแพ่งหรือกฎหมายอาญา¹⁶⁰ ให้ความคุ้มครองความสัมพันธ์ระหว่างชายหญิงที่มีต่อเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนน้อยกว่าการให้ความคุ้มครองความสัมพันธ์ของชายและหญิงที่มีต่อทรัพย์สิน การกระทำดังกล่าวย่อมขัดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เช่นเดียวกัน เพราะสามารถแสดงให้เห็นได้ว่า เซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนมีคุณค่าน้อยกว่าทรัพย์สินจนกระทั่งไม่คู่ควรได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย ในกรณีที่มีการกระทำอย่างใดจนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายต่อเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนภายนอกครรภ์ ผู้เขียนมีความเห็นว่าชายและหญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์จะต้องได้รับความคุ้มครองไม่น้อยไปกว่าการได้รับการคุ้มครองต่อทรัพย์สิน โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิของชายและหญิงที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นมาจากการกระทำที่เกิดกับเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อน

(2) แพทย์กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

โดยปกติความเสียหายทางการแพทย์มักเป็นผลมาจากการรักษาพยาบาลที่ไม่เป็นไปตามมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพอันเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ แต่บางกรณีความเสียหายอาจเป็นผลมาจากการกระทำโดยจงใจ ซึ่งแพทย์ได้กระทำการอย่างใดๆ ลงไปโดยไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้การรักษาพยาบาลผู้ป่วยโดยปราศจากความยินยอมของผู้ป่วย หรือความยินยอมของผู้ป่วยเป็นความยินยอมที่ไม่บริสุทธิ์และไม่มีผลทางกฎหมาย¹⁶¹ เช่น ผู้ป่วยไม่ยินยอมให้แพทย์ทำการรักษาพยาบาลด้วยวิธีการผ่าตัดเพราะต้องการรักษาพยาบาลด้วยวิธีการอื่น แต่แพทย์กลับฝ่าฝืน

กรุงสยาม พับลิชชิ่ง, 2557), น.4. ; สติติย์ เล็งไธสง, "ปัญหาอุกทมิฬ," บทบัญญัติ, ตอน 4, เล่มที่ 26, น.827 (ธันวาคม 2512).

¹⁶⁰ ในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หากแพทย์ทำลายเซลล์สืบพันธุ์หรืออานาเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนของชายและหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรไปให้ชายและหญิงอื่น แพทย์อาจมีความรับผิดทางอาญาในฐานความผิดลักทรัพย์หรือทำให้เสียทรัพย์ ดู ชมพรรณณ์ รัตนการ, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 158, น.65.

¹⁶¹ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 110, น.70.

ความประสงค์ของผู้ป่วยทั้งที่ไม่พบว่ามีความจำเป็นต้องทำเช่นนั้น หรือกรณีที่ผู้ป่วยมีโอกาสเสี่ยงที่อาจจะต้องกลายเป็นคนพิการจากการเข้ารับการผ่าตัดแต่แพทย์ไม่บอกความจริงดังกล่าวให้ผู้ป่วยทราบ แม้ผู้ป่วยจะยินยอมให้แพทย์ทำการผ่าตัด ความยินยอมของผู้ป่วยก็เป็นความยินยอมที่ไม่บริสุทธิ์เพราะเป็นการให้ความยินยอมที่ผู้ป่วยไม่ได้รับรู้ข้อความจริงทั้งหมด (Informed Consent) ก่อนให้ความยินยอม

บางกรณีการกระทำโดยจงใจอาจเป็นผลมาจากการที่แพทย์ให้การรักษาพยาบาลเกินกว่าความยินยอมของผู้ป่วย ตัวอย่างเช่น ผู้ป่วยยินยอมให้แพทย์ผ่าตัดเพื่อรักษาโรค แต่นอกจากการรักษาโรคแล้วแพทย์ยังได้ขโมยอวัยวะของผู้ป่วยเพื่อนำไปให้ผู้ป่วยรายอื่น หรือในกรณีที่หญิงเข้ารับการผ่าตัดคลอดบุตร ภายหลังจากการผ่าตัดแพทย์เห็นว่าหญิงอาจได้รับอันตรายหากต้องตั้งครรภ์ในอนาคต แพทย์จึงผ่าตัดทำหมันให้แก่หญิงทันทีโดยไม่ปรากฏว่าหญิงได้ให้ความยินยอมกับแพทย์ไว้ล่วงหน้า การกระทำดังกล่าวข้างต้นเห็นได้ว่าเป็นกรณีที่แพทย์จงใจให้ผู้ป่วยได้รับความเสียหายทั้งสิ้น

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าแพทย์ไม่ได้จงใจก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ป่วย แต่หากแพทย์ทำการรักษาพยาบาลต่ำกว่ามาตรฐานในการประกอบวิชาชีพ กล่าวคือ ไม่ได้ตั้งใจแต่ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร การรักษาพยาบาลของแพทย์ย่อมเป็นการรักษาพยาบาลด้วยความประมาทเลินเล่อ แพทย์จึงต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากความประมาทเลินเล่อของตน

การพิจารณาว่าการรักษาพยาบาลของแพทย์เป็นการกระทำโดยประมาทหรือไม่ ต้องพิจารณาเปรียบเทียบขนาดความระมัดระวังของแพทย์ผู้ทำละเมิดกับความระมัดระวังของแพทย์ผู้ประกอบวิชาชีพ (Reasonable Physicians) ทั่วไป¹⁶² กล่าวคือ เป็นการเปรียบเทียบระหว่างแพทย์ผู้ประกอบวิชาชีพด้วยกัน¹⁶³ ที่มี “วิสัย” คือ เพศ หรือ วัย และต้องอยู่ใน “พฤติการณ์” คือ สถานการณ์แวดล้อมขณะกระทำเช่นเดียวกับแพทย์ผู้ทำละเมิด อาทิ คุณภาพของโรงพยาบาลที่อยู่ในเมืองหรือโรงพยาบาลที่มีคณะแพทย์เป็นของตนเองย่อมมีบุคลากรและเครื่องมือทางการแพทย์ที่ทันสมัยและมีคุณภาพมากกว่าโรงพยาบาลชุมชนในต่างจังหวัด หรือโรงพยาบาลที่ตั้งอยู่ห่างไกลจาก

¹⁶² วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, "เปรียบเทียบความรับผิดเพื่อละเมิดจากการประกอบวิชาชีพของแพทย์ ตามกฎหมายคอมมอนลอร์และกฎหมายไทย," บทบัญญัติ, เล่มที่ 49, ตอนที่ 3, น.58 (กันยายน 2536).

¹⁶³ ธัญธร อินทร, “บทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดของบุคลากรทางการแพทย์และสาธารณสุข,” ใน บริหารกฎหมายการแพทย์และสาธารณสุข, บรรณาธิการโดย ฉัตรสุมน พงศ์ภิญโญ (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยมหิดล, 2549), น.148.

ความเจริญ¹⁶⁴ การพิจารณาว่าการรักษาพยาบาลของแพทย์ในโรงพยาบาลชุมชน (รพช.) เป็นการรักษาพยาบาลด้วยความประมาทหรือไม่ จึงต้องเปรียบเทียบกับแพทย์โรงพยาบาลชุมชนคนอื่นๆ ที่มีเพศและอายุที่เท่ากันหรือใกล้เคียงกัน อีกทั้งต้องปฏิบัติหน้าที่ในสภาวะที่ขาดแคลนเครื่องมือหรือบุคลากรทางการแพทย์เช่นเดียวกัน หากแพทย์ในโรงพยาบาลชุมชนคนอื่นไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ตามแนวทางเวชปฏิบัติหรือแนวทางการให้การรักษาพยาบาลเท่าที่ควรจะเป็นเช่นเดียวกับแพทย์ผู้ถูกกล่าวหาว่าทำละเมิด การรักษาพยาบาลของแพทย์จึงไม่ได้เป็นการกระทำโดยประมาท¹⁶⁵

เมื่อแพทย์เป็นผู้ประกอบวิชาชีพประเภทหนึ่ง การพิจารณาระดับความระมัดระวังของแพทย์จึงแตกต่างจากเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาระดับความระมัดระวังของบุคคลทั่วไป อีกทั้งเมื่อแพทย์เป็นผู้ที่ได้รับการศึกษาและมีความเชี่ยวชาญเฉพาะทาง การพิจารณาว่าแพทย์ให้การรักษาพยาบาลโดยประมาทหรือไม่ ต้องอาศัยแนวเวชปฏิบัติ (Practice Guideline) เป็นเกณฑ์พิจารณาประกอบด้วย¹⁶⁶ โดยแนวเวชปฏิบัติ (Clinical Practice Guideline : CPG) นี้ เป็นเอกสารที่จัดทำขึ้นโดยสถาบันการศึกษาทางการแพทย์หรือองค์กรวิชาชีพเพื่อวางแนวทางการรักษาพยาบาลด้วยมาตรฐานที่ดีที่สุด จึงพบได้ในต่างประเทศบ่อยครั้งว่าการพิจารณาว่าการให้การรักษาพยาบาลของแพทย์เป็นการกระทำโดยประมาทหรือไม่ ศาลจะนำแนวเวชปฏิบัติมาใช้ประกอบการพิจารณา กรณีที่แพทย์พิสูจน์ได้ว่าตนได้ให้การรักษาพยาบาลตามแนวเวชปฏิบัติที่ได้กำหนดไว้ ย่อมสันนิษฐานได้ว่า การรักษาพยาบาลของแพทย์เป็นไปตามมาตรฐานการประกอบวิชาชีพ¹⁶⁷

¹⁶⁴ Suthee Usathaporn และ Chardsumon Prutipinyo, "Thailand's Justice Administration and Medical Lawsuits," ตุลพาท, เล่มที่ 1, ปีที่ 57, น.193-194 (มกราคม-เมษายน 2553).

¹⁶⁵ ดู นพพร โพรธิรังสิยากร, "ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับทุรเวชปฏิบัติจากการรักษาทางการแพทย์ (ตอนที่ 1)," ตุลพาท, เล่มที่ 2, ปีที่ 60, น.68-71 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2556). ; H. Teff, "Clinical Guideline, Negligence and Medical Practice," in Law and Medicine, eds. Michael Freeman and Andrew Lewis, (Oxford: Oxford University Press, 2000), pp.67-80.

¹⁶⁶ สุขุม ศุภนิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยลักษณะละเมิด, (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2550). น.24.

¹⁶⁷ ศุภกรรภ์ อัครบุญญะกุล, "มาตรการลงโทษที่เหมาะสมสำหรับความผิดอันเกิดจากการกระทำทุรเวชปฏิบัติโดยประมาทของแพทย์," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.10-12. ; เพลินตา ตันรังสรรค์, "ภาระการพิสูจน์ความรับผิดชอบ

ในประเทศไทย เดิมที่ไม่ปรากฏว่ามีการใช้แนวทางเวชปฏิบัติ (CPG) ประกอบการพิจารณาระดับความระมัดระวังของแพทย์ แต่ในการสืบพยานของฝ่ายแพทย์มักมีการนำเอาตำราเอกสารวิชาการ และแนวทางเวชปฏิบัติมาสืบประกอบเพื่อพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าการรักษาพยาบาลเป็นไปตามมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพและเป็นไปตามมาตรฐานที่แพทย์ทั่วไปใช้ในการรักษาพยาบาล¹⁶⁸ จนกระทั่งใน ปี พ.ศ. 2555 แพทยสภาได้กำหนดเกณฑ์มาตรฐานความระมัดระวังในการประกอบวิชาชีพเวชกรรมของแพทย์ในประเทศไทย เพื่อใช้เป็นแนวทางในการกำหนดคุณสมบัติและมาตรฐานในการปฏิบัติหน้าที่ของแพทย์ มีผลทำให้แพทย์ทุกรายมีหน้าที่ให้การรักษาพยาบาลโดยคำนึงถึงแนวทางเวชปฏิบัติเสมอ เพราะหากแพทย์ได้ปฏิบัติตามแนวทางเวชปฏิบัติ ย่อมเป็นประโยชน์ต่อการพิสูจน์ว่าแพทย์ไม่ได้ให้การรักษาพยาบาลต่ำกว่ามาตรฐานในการประกอบวิชาชีพ¹⁶⁹

บางครั้งแม้การรักษาพยาบาลของแพทย์จะไม่เป็นไปตามแนวทางเวชปฏิบัติ แต่ก็ใช้ว่าการรักษาพยาบาลเหล่านั้นจะเป็นการกระทำโดยประมาทไปเสียทุกกรณี เพราะถ้าพิจารณาให้ดีจะพบได้ว่าแนวทางเวชปฏิบัติถูกจัดทำขึ้นเพื่อใช้เป็นแนวทางในการรักษาพยาบาลในพฤติการณ์ปกติ แต่ในกรณีที่แพทย์ไม่สามารถปฏิบัติตามแนวทางเวชปฏิบัติ อาทิ การรักษาพยาบาลในโรงพยาบาลที่ตั้งอยู่ในชนบทซึ่งขาดแคลนบุคลากรทางการแพทย์ ขาดแคลนยารักษาโรคและอุปกรณ์ทางการแพทย์ ถ้าแพทย์สามารถพิสูจน์ได้ว่า ในพฤติการณ์เช่นนั้นไม่มีแพทย์รายใดสามารถให้การรักษาพยาบาลตามแนวทางเวชปฏิบัติ การรักษาพยาบาลที่ไม่เป็นไปตามแนวทางเวชปฏิบัติก็ทำให้การกระทำโดยประมาท

กรณีที่การรักษาพยาบาลของแพทย์เป็นไปตามแนวทางเวชปฏิบัติแต่ยังพบว่ามี ความเสียหายเกิดขึ้น ความเสียหายเหล่านั้นอาจเป็นผลมาจากพยาธิสภาพของโรค เหตุสุดิวสัย หรือเหตุแทรกแซงอย่างอื่นซึ่งแพทย์ไม่สามารถป้องกันได้ล่วงหน้า ความเสียหายที่เกิดขึ้นจึงไม่ได้เป็นผลมาจากการกระทำของแพทย์ อย่างไรก็ตาม ถ้าผู้ป่วยสามารถพิสูจน์ได้ว่าแนวทางเวชปฏิบัติที่ถูกจัดทำขึ้น

ละเมิดในการประกอบวิชาชีพแพทย์," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), น.107-110. ; นพพร โพธิ์รังสิยากร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 113*, น.137-141.

¹⁶⁸ พิฑูร ธรรมธรรานนท์, "ไม่ได้ทำตาม Practice Guideline แล้วจะแพ็คดีไหม?," (สืบค้นเมื่อวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2558), จาก <http://www.doctorsiam.com> ; ปานรวี ชีวีโตโสภณ, "ปัญหาความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำโดยประมาทของแพทย์," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น.107.

¹⁶⁹ นพพร โพธิ์รังสิยากร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 113*, น.137-139.

ไม่เป็นไปตามมาตรฐานการประกอบวิชาชีพสากล ผู้ป่วยที่ได้รับความเสียหายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากบุคคล องค์กร หรือหน่วยงานที่มีหน้าที่ออกแนวทางเวชปฏิบัติ¹⁷⁰

(3) การกระทำของแพทย์เป็นกระทำโดยผิดกฎหมาย

แม้กฎหมายใช้ถ้อยคำว่า “โดยผิดกฎหมาย” ซึ่งอาจทำให้เข้าใจได้ว่าต้องมีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น ถึงจะทำให้การกระทำใดๆ เป็นการละเมิด แต่ในความเป็นจริงแล้วการกระทำอย่างใดที่ผู้กระทำได้กระทำลงไปโดยปราศจากอำนาจหรือไม่มีสิทธิทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ เป็นการกระทำอันเป็นการล่วงละเมิดสิทธิหรือผิดหน้าที่ต่อบุคคลอื่น ถ้าผู้กระทำจงใจหรือด้วยความประมาทเลินเล่อทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่น การกระทำเช่นนั้นย่อมเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมาย แต่ถ้าการกระทำเหล่านั้นฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมาย อาทิ การฆ่าผู้อื่นโดยเจตนา (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288) หรือโดยประมาท (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291) การทำร้ายร่างกายผู้อื่น (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295) การทำให้หญิงแท้งลูก (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 303) การกระทำอันฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายอาญาเช่นนี้ย่อมเป็นการกระทำละเมิดอยู่ในตัว

โดยปกติการรักษาพยาบาลส่วนมากเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ป่วย เช่น การตรวจร่างกาย การให้การรักษาพยาบาล การผ่าตัด ถ้าผู้ป่วยไม่ได้ให้ความยินยอมกับแพทย์ผู้ให้การรักษา อีกทั้งไม่ใช่กรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนหรือเป็นเหตุฉุกเฉินที่แพทย์สามารถทำการรักษาพยาบาลได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมของผู้ป่วย การกระทำของแพทย์ต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ป่วยย่อมเป็นการกระทำโดยปราศจากอำนาจและเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมาย

เพื่อให้แพทย์มีอำนาจทำการรักษาพยาบาลต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ป่วย อีกทั้งเพื่อไม่ให้การรักษาพยาบาลเป็นการละเมิดสิทธิต่อผู้ป่วย ในทุกครั้งก่อนเริ่มทำการรักษาพยาบาลแพทย์จึงต้องขอความยินยอมจากผู้ป่วย¹⁷¹ ซึ่งสอดคล้องกับหลัก “ความยินยอมไม่เป็นละเมิด (Voluntati Non

¹⁷⁰ ศูนย์กฎหมายสุขภาพและจริยศาสตร์, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 110, น.64.

¹⁷¹ ความยินยอมที่ทำให้การรักษาพยาบาลของแพทย์ไม่เป็นละเมิดต้องประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ดังนี้

(1) ผู้ให้ความยินยอมคือผู้ถูกทำละเมิดหรือผู้มีอำนาจให้ความยินยอมแทน

(2) การให้ความยินยอมอาจเกิดขึ้นได้ทั้งโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย แต่การนิ่งไม่สามารถพิจารณาได้ว่าเป็นการให้ความยินยอม เว้นแต่มีพฤติการณ์อันเป็นที่ยอมรับว่าการนิ่งเช่นนั้นเป็นการให้ความยินยอม

fit injuria)” อย่างไรก็ตาม ความยินยอมของผู้ป่วยหรือที่เรียกว่า “ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว (Informed Consent)” มีข้อแตกต่างจากความยินยอมโดยทั่วไป¹⁷² เนื่องจากผู้ป่วยเป็นบุคคลที่ไม่มี ความรู้ความเข้าใจในวิชาความรู้ทางการแพทย์ ก่อนที่ผู้ป่วยจะให้ความยินยอมกับแพทย์ แพทย์มี หน้าที่อธิบายและบอกกล่าวข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลไม่ว่าจะเป็นวิธีการรักษาพยาบาล ผลข้างเคียงหรือความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการรักษาแต่ละวิธี โอกาสสำเร็จและล้มเหลวของการ รักษาพยาบาลเพื่อให้ผู้ป่วยมีสิทธิที่จะเลือกวิธีการรักษาพยาบาลและสามารถเลือกที่จะเข้ารับ การรักษาหรือไม่ อีกทั้งยังทำให้ผู้ป่วยได้มีส่วนร่วมในการรักษาพยาบาล¹⁷³ หากแพทย์ไม่ได้รับความ ยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวจากผู้ป่วยก่อนทำการรักษา แพทย์ย่อมไม่มีอำนาจให้การรักษาพยาบาล หรือกระทำการอย่างใด ๆ อันเป็นการลบล้างต่อสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของผู้ป่วย ซึ่งหากแพทย์ฝ่าฝืนที่ จะกระทำการดังกล่าวโดยไม่มีความจำเป็นหรือไม่ได้อยู่ในสถานการณ์ที่ไม่สามารถขอความยินยอม จากผู้ป่วยได้ การกระทำของแพทย์ย่อมเป็นการกระทำที่มีขอบด้วยกฎหมายและเป็นการละเมิดต่อ สิทธิของผู้ป่วย¹⁷⁴

(3) ความยินยอมต้องมีอยู่ก่อนและตลอดระยะเวลาการทำละเมิด หากมีการให้ความ ยินยอมภายหลังที่มีการทำละเมิด หากทำให้การกระทำละเมิดที่เกิดขึ้นมาแล้วเป็นการกระทำที่ขอบ ด้วยกฎหมาย

(4) ผู้ให้ความยินยอมต้องเข้าใจในสาระของการให้ความยินยอม

(5) ต้องเป็นความยินยอมที่เกิดขึ้นโดยสมัครใจ ทั้งไม่ได้เกิดขึ้นโดยสำคัญผิด โดยการถูก ช่มชู้หรือถูกหลอกลวง

(6) ต้องไม่ใช่ความยินยอมให้กระทำการอย่างใดอันเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย หรือ ศีลธรรมอันดีของประชาชน

ดู จิตติ ติงศภัทย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตรา ว่าด้วย จัดการงานนอกสั่ง ลากมิควรรได้ ละเมิด บรรพ 2 มาตรา 395-452, แก้ไขโดย ชวิน อุ่นภัทร, เขมณูมิ ภูมิ ถาวร และอำนาจ ตั้งศิริพิมาน, (กรุงเทพมหานคร : กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทย์, 2555), น.67.

¹⁷² ความยินยอมของผู้ป่วยต้องไม่ขัดต่อบทบัญญัติในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

¹⁷³ แสวง บุญเฉลิมวิภาส และ เอนก ยมจินดา, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 20, น.73. ; วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ และ ทิษณุ เฟิงไพบูลย์, "ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในเวชปฏิบัติ," บทบัญญัติ, ตอน 1, เล่มที่ 42, น.2 (มีนาคม 2529).

¹⁷⁴ แสวง บุญเฉลิมวิภาส และ เอนก ยมจินดา, เพิ่งอ้าง, น.75.

แม้ความยินยอมของผู้ป่วยจะทำให้การรักษาพยาบาลของแพทย์ไม่เป็นการละเมิด แต่ความยินยอมของผู้ป่วยหาได้ก่อให้เกิดสิทธิพิเศษประการใดต่อแพทย์ และไม่ได้ทำให้แพทย์มีอำนาจ ให้การรักษาพยาบาลต่ำกว่ามาตรฐานในการประกอบวิชาชีพ¹⁷⁵ แม้ว่าแพทย์จะได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย แต่ถ้าแพทย์รักษาต่ำกว่ามาตรฐานที่ผู้ประกอบวิชาชีพทั่วไปต้องกระทำ การรักษาพยาบาลที่ต่ำกว่ามาตรฐานเช่นว่านี้ยังคงเป็นการทำละเมิดต่อผู้ป่วย¹⁷⁶

(4) การกระทำของแพทย์ทำให้ผู้ป่วยได้รับความเสียหาย

เมื่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายลักษณะละเมิดคือ การเยียวยาความเสียหายให้กับผู้เสียหาย การกระทำของแพทย์ไม่ว่าโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อจะเป็นการทำละเมิดต่อเมื่อการกระทำดังกล่าวทำให้ผู้ป่วยได้รับความเสียหาย โดยความเสียหายที่เกิดขึ้นอาจเป็นความเสียหายที่เป็นตัวเงิน (Pecuniary loss) หรือไม่เป็นตัวเงิน (Non-pecuniary losses) แต่ถ้าไม่มีความเสียหายอย่างใดๆ ปรากฏขึ้น ความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ได้เป็นผลมาจากการกระทำของแพทย์ หรือความเสียหายเกิดขึ้นเพราะเหตุสุดวิสัย¹⁷⁷ การกระทำของแพทย์ย่อมไม่เป็นการละเมิดต่อสิทธิของผู้ป่วย

ลักษณะความเสียหายจากการกระทำละเมิดอันเป็นเหตุทำให้แพทย์มีหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ป่วยมีดังนี้¹⁷⁸

ประการที่ 1 ความเสียหายที่เกิดขึ้นต้องเป็นความเสียหายที่แน่นอน

ความเสียหายที่เกิดขึ้นต้องมีลักษณะแน่นอนชัดเจน ไม่ไกลเกินกว่าเหตุและต้องเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำละเมิดของแพทย์ ส่วนความเสียหายที่ยังไม่แน่นอนว่าจะเกิดขึ้นหรือไม่ ไม่ถือว่าเป็นละเมิด¹⁷⁹ โดยความเสียหายที่แน่นอนนี้อาจเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นในปัจจุบันหรือเป็นความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นอย่างแน่นอนในอนาคตก็ได้ เช่น ค่ารักษาพยาบาลที่ผู้ป่วย

¹⁷⁵ ัญญธร อินศร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 163*, น.160.

¹⁷⁶ ญรัฐกร ปัทมสิงห์ ณ อยุธยา, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 110*, น.20. ; เมธี วงศ์ศิริสุวรรณ, *กฎหมายกับการประกอบวิชาชีพเวชกรรม*, (กรุงเทพมหานคร : บุ๊คเน็ต, 2549), น.164.

¹⁷⁷ ตุ แสงว บุญเฉลิมวิภาส, *กฎหมายและข้อควรระวังของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์พยาบาล*, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2556), น.85. ; Suthee Usathaporn และ Chardsumon Prutipinyo, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 164*, น.195.

¹⁷⁸ วารี นาสกุล, *คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิควรได้*, แก้ไขเพิ่มเติมโดย จรัญ ภักดีธนากุล, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท กรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด, 2557), น.92-95.

¹⁷⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 171/2532

ต้องเข้ารับการรักษาพยาบาลในอนาคต ค่าขาดไร้อุปการะตามกฎหมายของทายาทผู้ตาย อย่างไรก็ตาม ต้องไม่ใช่ความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนมีการทำละเมิด

ประการที่ 2 ต้องเป็นความเสียหายต่อสิทธิที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองโดยกฎหมาย

ความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะเป็นความเสียหายที่เป็นตัวเงินหรือไม่เป็นตัวเงิน ต้องเป็นความเสียหายที่อยู่ในความรับรู้ของกฎหมาย (Legitimacy Damage) เพราะถ้าเป็นความเสียหายต่อสิทธิที่ไม่ได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายแล้ว แม้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นมีความชัดเจน และแน่นอนก็ไม่อาจพิจารณาได้ว่าเป็นความเสียหายตามกฎหมาย¹⁸⁰ การกระทำของแพทย์จึงไม่เป็นการละเมิดต่อผู้ป่วยและผู้ป่วยก็ไม่มีสิทธิที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

ในกรณีที่ผู้ป่วยยินยอมให้แพทย์รักษาพยาบาล และแพทย์ได้รักษาตามมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพ แม้ผู้ป่วยจะได้รับอันตรายต่อร่างกายก็เป็นเพียงความเสียหายทางพฤตินัยเท่านั้น แต่ในทางกฎหมายผู้ป่วยไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากการกระทำที่ผู้ป่วยได้ยินยอมให้แพทย์กระทำต่อตน

ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของแพทย์ต้องเป็นความเสียหายต่อสิทธิตามกฎหมายอันได้แก่ ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด¹⁸¹ ซึ่งโดย

¹⁸⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 789/2502

¹⁸¹ หากพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศญี่ปุ่น มาตรา 709 ที่ใช้อ้างอิงในชั้นตอนการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ได้บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ละเมิดสิทธิของผู้อื่น จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน เพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากละเมิด” จึงแสดงให้เห็นได้ว่าถ้าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 กำหนดเพียงว่าเป็นการละเมิดต่อสิทธิของผู้อื่นก็ครอบคลุมถึงสิทธิทุกประเภท ไม่จำเป็นต้องระบุว่ายกเว้นว่า ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน เพราะอย่างไรก็ตามสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง ดู วิชา มั่นสกุล, "ความรับผิดเพื่อละเมิดในการกระทำของตนเอง," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2516), น.259.

นพรัตน์ สนั่นพานิชกุล ให้ความเห็นว่า “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” หมายความเฉพาะถึงสิทธิเด็ดขาด (Absolute Right) ไม่รวมถึงสิทธิสัมพัทธ์ (Relative Right) ไม่ว่าสิทธิเหล่านั้นจะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติรับรองเอาไว้หรือไม่ก็ตาม และรวมถึงสิทธิที่เกิดขึ้นมาจากจารีตประเพณีหรือหลักกฎหมายทั่วไปด้วย ดู นพรัตน์ สนั่นพานิชกุล, "สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด"ตาม

ปกติความเสียหายที่มักเกิดขึ้นจากการรักษาพยาบาลที่ผิดพลาด คือ ความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัยหรือเสรีภาพ อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันการกระทำของแพทย์อาจทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดของผู้ป่วย นอกเหนือจากสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ เช่น ความเสียหายต่อสิทธิส่วนบุคคล ความเสียหายต่อทางทำมาหาได้¹⁸² ความเสียหายต่อสิทธิของผู้ป่วย (Patient's Right) ความเสียหายต่อสิทธิกำหนดอนาคตของตนเอง (Right to Self-Determination) ความเสียหายต่อสิทธิในการวางแผนครอบครัว (Right to Family Planning) ความเสียหายต่อสิทธิที่จะได้ตายอย่างสงบ (Right to Die)¹⁸³ และความเสียหายต่อสิทธิอื่นๆ ที่ได้รับความคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญ

บทบัญญัติ มาตรา 420 : ศึกษาในแง่ประวัติศาสตร์และหลักกฎหมายเปรียบเทียบ," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538).

ในขณะที่ พิเศษ น้อยวงศ์ ได้ศึกษากฎหมายละเมิดของประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนี ประเทศสวีเดน ประเทศอังกฤษ และร่างกฎหมายของสหภาพยุโรป พบว่าสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดจัดได้เป็น 4 กลุ่ม คือ (1) สิทธิในบุคลิกภาพ (Right of personality) อาทิ สิทธิส่วนบุคคล (Privacy Right) สิทธิในชื่อเสียง (Reputation) และเกียรติยศ (Dignity) (2) สิทธิในทรัพย์สินอย่างอื่น นอกจากกรรมสิทธิ์ (3) สิทธิในครอบครัว (4) สิทธิในการก่อตั้งและดำเนินธุรกิจ ดู พิเศษ น้อยวงศ์, "สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด," (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557).

¹⁸² อนันต์ จันทโรภากร, "โครงสร้างพื้นฐานกฎหมายลักษณะละเมิด", ใน รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์, รวบรวมโดย สมยศ เชื้อไทย, (กรุงเทพมหานคร: พี.เค. พรินติ้งเฮาส์, 2531), น.72.

¹⁸³ ศาสตราจารย์ นายแพทย์วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ ได้แสดงความเห็นว่า "การที่ผู้ป่วยต้องมีชีวิตแบบฝัก ไม่มีความรู้สึกตัว กินอาหารเองไม่ได้ ไม่ตอบสนองรับรู้ใดๆ มีชีวิตโดยอาศัยเครื่องมือที่มีสายห้อยระโยงระยางค์ตลอดเวลาจนตาย เป็นการลดคุณค่าความเป็นมนุษย์ลง การตายในสภาพเช่นนั้นเป็นการตายไร้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์" ดู วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, "สิทธิที่จะปฏิเสธการรักษา - สิทธิที่จะตาย," ตุลพาห, เล่มที่ 2, ปีที่ 56, น.55-56 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2552).

รติกร กุลวรรกุลพิทักษ์ ได้แสดงความคิดเห็นว่า "...การที่แพทย์ใช้กระบวนการรักษาพยาบาลเพื่อยืดชีวิตโดยฝ่าฝืนเจตนาปฏิเสธการรักษาล่วงหน้าของผู้ป่วยก็เป็นการละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ป่วย และในเมื่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิ่งที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ทั้งเป็นที่มาแห่งสิทธิทั้งหลาย การละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ย่อมเป็นการละเมิด

สำหรับคำว่า “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” นี้ เป็นคำที่ให้ความหมายกว้างเพราะไม่ว่าสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพล้วนก็อยู่ในความหมายของสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นสิทธิของบุคคลเช่นเดียวกัน คำว่า “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” จึงเป็นถ้อยคำที่ทำให้กฎหมายมีชีวิตและพัฒนาให้เหมาะสมและสอดคล้องกับความเป็นพลวัตของสังคม ทั้งนี้ศาลฎีกาได้อธิบายถึงคำว่า “สิทธิ” ที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 124/2487¹⁸⁴ ความว่า

...“คำว่าสิทธินั้น กล่าวโดยย่อและรวบรัด ได้แก่ ประโยชน์อันบุคคลอื่นมีอยู่ แต่ประโยชน์จะเป็นสิทธิหรือไม่ ก็ต้องแล้วแต่บุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพหรือไม่ ถ้าบุคคลอื่นต้องเคารพ ประโยชน์นั้นก็เป็นสิทธิ โดยได้รับการรับรองและคุ้มครองของกฎหมาย การด่ามีกฎหมายอาญามาตรา 339(2) บัญญัติลงโทษ ฉะนั้น จึงต้องถือว่ากฎหมายรับรองว่าบุคคลมีสิทธิที่จะไม่ให้ใครมาด่า การที่จำเลยด่าโจทก์จึงเป็นการทำให้เสียหายต่อสิทธิของโจทก์ และเป็นการละเมิดตามมาตรา 420”...¹⁸⁵

จากคำอธิบายข้างต้นจึงเห็นได้ว่าความเสียหายต่อ “สิทธิ” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 หมายถึง สิทธิทุกประเภทที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้¹⁸⁶ ไม่ว่าจะ

ตามความหมายของมาตรา 420 ด้วย...” ดู รติกร กุลวรรกุลพิทักษ์, “ความรับผิดชอบทางแพ่งของแพทย์จากการฝ่าฝืนเจตนาปฏิเสธการรักษาล่วงหน้าของผู้ป่วยวาระสุดท้ายของชีวิต,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), น.130-131.

¹⁸⁴ ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2118/2553 ว่า “...เมื่อคำว่า สิทธิ หมายความว่า ความถึงประโยชน์ของโจทก์ที่มีอยู่ และจำเลยหรือบุคคลอื่นต้องเคารพหรือได้รับการรับรองคุ้มครองตามกฎหมาย การจงใจทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายแก่สิทธิจึงเป็นการกระทำละเมิดต่อโจทก์ ตาม ป.พ.พ. มาตรา 420...”

¹⁸⁵ ศาสตราจารย์จรัญเนติศาสตร์ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “สิทธิ” เอาไว้ว่า “สิทธิคือ ประโยชน์ส่วนได้เสียที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ อันเป็นการผูกพันบุคคลผู้มีหน้าที่ให้กระทำหรืองดเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด เพื่อประโยชน์แก่ผู้ทรงสิทธิ” ดู บันทึกคำบรรยายของศาสตราจารย์จรัญเนติศาสตร์ และอาจารย์ประภาศน์ อวยชัย วิชาความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 2, (พระนคร : โรงพิมพ์ประเสริฐอักษร, 2508), น.82. อ้างถึงใน วิชา มั่นสกุล, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 181*, น.154.

¹⁸⁶ ศาลฎีกาได้วางแนวทางการพิจารณาและตีความคำว่า “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ให้มีความหมายรวมถึง (1) สิทธิในสัมปทาน ประทานบัตรต่างๆ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 141/2484) (2) สิทธิที่จะเป็นเจ้าของภาพจัดการอุปสมบท (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 844/2494) (3) สิทธิที่จะใช้น้ำ (คำ

เป็นสิทธิตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ สิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สิทธิตามพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายอื่นๆ¹⁸⁷ นอกจากนี้ไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือสิทธิที่เกิดขึ้นมาจากจารีตประเพณี เมื่อบุคคลทั่วไปมีหน้าที่ต้องเคารพสิทธิเหล่านี้แต่กลับกระทำการอันมีลักษณะเป็นการล่วงละเมิดสิทธิผู้อื่นที่มีหน้าที่รับผิดชอบใช้ค่าเสียหายในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของตน

อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันนักกฎหมายจำนวนมากตีความคำว่า “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” โดยเคร่งครัด อีกทั้งจะอิงอยู่แต่แนวคำพิพากษาของศาลฎีกา กล่าวคือ ในกรณีที่ศาลฎีกายังไม่มีคำพิพากษาว่าสิทธิอื่นๆ นอกเหนือจากสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ เป็น “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” หรือไม่ ย่อมนำมาซึ่งข้อถกเถียงกันว่าการกระทำต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดของผู้อื่นเป็นการทำละเมิดหรือไม่ เหตุผลหนึ่งที่นักกฎหมายพยายามตีความคำว่า “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” โดยเคร่งครัด เนื่องมาจากนักกฎหมายไม่ต้องการให้ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดเป็นความรับผิดชอบโดยไม่มีขอบเขต กล่าวคือ ไม่ต้องการให้ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบในทุกความเสียหายที่เกิดขึ้น เพราะอาจเป็นการสร้างภาระที่เกินสมควรให้กับผู้ทำละเมิด ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว ขอบเขตความรับผิดชอบที่เหมาะสมของผู้ทำละเมิดควรพิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลหาได้จำกัดอยู่ที่ประเภทแห่งสิทธิ เพราะในกรณีที่ความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นความเสียหายที่ไกลกว่าเหตุและเป็นความเสียหายที่ผู้ทำละเมิดไม่สามารถคาดเห็นได้ แม้ความเสียหายเหล่านั้นเป็นความเสียหายต่อสิทธิตามกฎหมาย แต่ผู้ทำละเมิดก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหายเหล่านั้นต่อผู้เสียหาย

ด้วยเหตุที่นักกฎหมายตีความคำว่า “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” โดยเคร่งครัดและตีความอย่างแคบ ทำให้นักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งมีความเห็นว่าควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่อกำหนดให้สิทธิที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลักษณะละเมิดมีขอบเขตที่กว้างและชัดเจนมากขึ้น ดังที่ปรากฏในร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของคณะอนุกรรมการ

พิพากษาศาลฎีกาที่ 749/2510 และ 3260/2522) (4) สิทธิในการเช่าและการค้าขาย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 194/2518) (5) สิทธิในการใช้ทางสาธารณะ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2566-2567/2523 และ 2559/2532) (6) สิทธิในสัญญาประกันตัวของนายประกัน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 457/2511) (7) สิทธิในการจัดการเลือกตั้ง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4174/2529) ดู ปวรา โพธิพิพิธพันธุ์, "ความรับผิดทางละเมิดในการให้คำแนะนำโดยประมาท," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556), น.149-151.

¹⁸⁷ วารี นาสกุล, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 178, น.97.

พิจารณาปรับปรุงกฎหมายละเมิด (วันที่ 9 มิถุนายน 2551) ที่เสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 ให้มีเนื้อหาดังนี้

มาตรา 420 ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยมิชอบ ให้เขาได้รับความเสียหาย ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น

ความเสียหายตามวรรคหนึ่ง หมายความว่าถึง ความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย จิตใจ เสรีภาพ ชื่อเสียง เกียรติยศ ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ สิทธิในครอบครัว ความเป็นอยู่ส่วนตัว ทรัพย์สิน (ทางทำมาหาได้) สิทธิในการประกอบอาชีพ การงาน หรือสิทธิอื่นใด

สิทธิอื่นใดตามวรรคสอง หมายความว่ารวมถึง ประโยชน์ที่แม้มิได้มีกฎหมายบัญญัติรับรองคุ้มครองไว้โดยชัดแจ้ง แต่เป็นสิทธิประโยชน์ที่บุคคลพึงมีพึงได้ในสังคม (รวมทั้งสิทธิต่างๆ ของทารกในครรภ์มารดา หากภายหลังคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก)

หลักการในการแก้ไขบทบัญญัติข้างต้น เนื่องจากคณะกรรมการต้องการให้คำว่า “ความเสียหาย” และ “สิทธิอื่น” มีความหมายชัดเจน ซึ่งการที่กฎหมายให้ความคุ้มครองต่อสิทธิอื่นๆ ช่วยทำให้กฎหมายสามารถรับรองสิทธิใหม่ๆ ที่เกิดขึ้นในสังคมได้โดยไม่ต้องรอให้มีการตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือไม่ต้องรอให้รัฐธรรมนูญรับรองเสียก่อน นอกจากนี้การที่กฎหมายให้การรับรองสิทธิอื่นใดนี้จะช่วยทำให้กฎหมายลักษณะละเมิดมีความร่วมสมัยและมีพัฒนาการมากยิ่งขึ้น¹⁸⁸

เมื่อผู้เสียหายได้รับความเสียหายต่อสิทธิที่กฎหมายรับรองและคุ้มครอง ผู้เสียหายย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทั้งปวงอันเป็นผลมาจากการทำละเมิด โดยค่าเสียหายที่ผู้เสียหายมีสิทธิเรียกร้องจากผู้ทำละเมิดแบ่งได้เป็น 2 ประเภท กล่าวคือ

ประเภทที่ 1 ค่าเสียหายที่กฎหมายได้กำหนดเอาไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งเป็นค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 443 ถึงมาตรา 447 เช่น กรณีที่มีการทำละเมิดต่อสิทธิในร่างกาย ผู้เสียหายย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 444 ประกอบไปด้วยค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียไปจากการทำละเมิด ค่าใช้จ่ายเพื่อการที่เสียความสามารถในการประกอบกิจการสิ้นเชิงหรือบางส่วนในเวลาปัจจุบันและในอนาคต

นอกจากนี้ไม่เพียงแต่ผู้เสียหายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินเท่านั้น เพราะถ้าผู้เสียหายได้รับความเสียหายต่อสิทธิในร่างกาย อนามัย เสรีภาพ หรือได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดอาญาที่เป็นทุรศีลธรรม ผู้เสียหายยังมีสิทธิฟ้องร้องเรียก

¹⁸⁸ ดู ภาคผนวก ค ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่) (ปรับปรุงกฎหมายลักษณะละเมิดของกระทรวงยุติธรรม)

ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 ตัวอย่างเช่น ค่าเสียหายจากความเจ็บปวด ทุกข์ทรมาน ความเศร้าโศกเสียใจ การสูญเสียความสำราญ ความวิตกกังวล

อย่างไรก็ดี มีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นว่ากรณีที่การทำละเมิดทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด นอกจากสิทธิในร่างกาย อนามัย หรือเสรีภาพ ผู้เสียหายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินด้วยหรือไม่ ซึ่งความเห็นทางวิชาการแบ่งได้เป็น 2 ฝ่ายดังนี้

ฝ่ายที่ 1 เห็นว่าสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินมีเฉพาะเท่าที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 บัญญัติไว้เท่านั้น¹⁸⁹ กล่าวคือ เฉพาะในกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นต่อสิทธิในร่างกาย อนามัย เสรีภาพ กรณีที่มีความเสียหายต่อสิทธิในทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด อาทิ สิทธิส่วนบุคคล สิทธิในบุคลิกภาพ สิทธิในครอบครัว สิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเอง ผู้เสียหายไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน

ฝ่ายที่ 2 เห็นว่า นอกจากสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 แล้ว ในกรณีที่ผู้เสียหายได้รับความเสียหายต่อสิทธิอื่นๆ นอกเหนือจากสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย ผู้เสียหายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินได้เช่นเดียวกัน ซึ่งเป็นการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ประกอบมาตรา 438¹⁹⁰

จากความไม่แน่นอนของกฎหมายข้างต้นที่ว่า ในกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ผู้เสียหายจะมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหรือไม่ คณะอนุกรรมการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายละเมิดจึงเสนอให้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดว่าด้วยสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน ปรากฏในร่างมาตรา 452/1 มีเนื้อความดังนี้

¹⁸⁹ สุขุม ศุภนิത്യ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2553), น.266.

¹⁹⁰ ไพจิตร ปุญญพันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 และหลักกฎหมายลักษณะละเมิด ข้อเสนอแนะความผิดทางกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 12 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2550), น.217. ; วารี นาสกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 178, น.323.

มาตรา 452/1 ในกรณีทำให้เขาถึงแก่ความตาย หรือเสียหายแก่ร่างกาย อนามัย สุขภาพ เสรีภาพ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิในการประกอบอาชีพการงาน สิทธิในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัว สามี ภรรยา บุพการี หรือผู้สืบสันดานของผู้ตาย หรือผู้ต้องเสียหายแล้วแต่กรณีจะเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทน เพื่อความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินด้วยอีกก็ได้

อนึ่ง บุคคลที่ต้องเสียหายเพราะผู้ใดทำละเมิดเป็นทุลาหรือกรรม หรือการล่วงเกิน คุกคามทางเพศแก่ตนก็ย่อมมีสิทธิเรียกร้องทำนองเดียวกันนี้

จากร่างแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ข้างต้น จะเห็นได้ว่าสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินมีขอบเขตที่กว้างมากยิ่งขึ้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าเป็นกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งโดยลักษณะแล้วความเสียหายที่เกิดขึ้นย่อมมีเฉพาะแต่ความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน ตัวอย่างเช่น สิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเอง สิทธิส่วนบุคคล ถ้ากฎหมายไม่รับรองให้ผู้เสียหายมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินย่อมเท่ากับกฎหมายไม่รับรองว่าสิทธิเหล่านั้นมีอยู่จริง ดังนั้น แม้กรณีที่มีความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินไม่ได้เป็นความเสียหายที่เป็นผลมาจากการทำละเมิดต่อสิทธิในร่างกาย อนามัยหรือเสรีภาพ ถ้าผู้เสียหายสามารถพิสูจน์ได้ว่ามีความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินเกิดขึ้น กฎหมายก็ควรรับรองสิทธิของผู้เสียหายที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด

ประเภทที่ 2 ค่าเสียหายตามพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 กล่าวคือ ในกรณีที่มีความเสียหายอย่างใดๆ เกิดขึ้นและไม่ได้เป็นความเสียหายตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น ผู้เสียหายมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทั้งปวงที่เป็นผลมาจากการทำละเมิด โดยการคิดคำนวณค่าเสียหายที่เหมาะสมเป็นไปตามดุลพินิจของศาล

มีข้อสังเกตว่ากรณีที่มีการละเมิดต่อสิทธิชีวิต ไม่เพียงเฉพาะแต่ผู้ตายเท่านั้นที่เป็นผู้เสียหายโดยตรงจากการทำละเมิด เพราะการทำละเมิดยังทำให้เกิดความเสียหายต่อทายาทหรือผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ตายอีกด้วย ด้วยเหตุนี้เองกฎหมายจึงกำหนดให้ทายาทเป็นผู้เสียหายโดยข้างเคียง¹⁹¹ (*Victim par ricochet*) และมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของผู้ตาย ดังที่

¹⁹¹ บางฝ่ายเห็นว่าทายาทหรือผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ตายไม่ได้เป็นเพียงผู้เสียหายโดยข้างเคียงเท่านั้นแต่เป็นผู้เสียหายโดยตรงจากการทำละเมิด เพราะการทำละเมิดทำให้ทายาทหรือผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ตายได้รับความเสียหายต่อสิทธิที่จะได้รับการอุปการะเลี้ยงดู สิทธิที่มีความสัมพันธ์ระหว่างผู้ตายและทายาท สิทธิที่จะมีคู่ชีวิต สิทธิที่จะได้รับความรักและความ

ได้ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 443 และมาตรา 445 อันประกอบไปด้วย สิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าปลงศพ ค่ารักษาพยาบาลและค่าขาดประโยชน์จากการที่ผู้ตายไม่สามารถ ประกอบกิจการงานได้ก่อนตาย ค่าขาดไร้อุปการะตามกฎหมายและค่าขาดแรงงาน

อย่างไรก็ดี แม้กฎหมายยินยอมให้ทายาทหรือผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ตายมี สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด แต่มีปัญหาทางวิชาการเกิดขึ้นว่าบุคคลดังกล่าวมีสิทธิ ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินด้วยหรือไม่ เพราะถ้าพิจารณาตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 ที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น พบว่าสิทธิในการฟ้องร้องเรียก ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินมีเฉพาะในกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นต่อสิทธิ ในร่างกาย อนามัย เสรีภาพ หรือเป็นความเสียหายที่เกิดจากการกระทำความผิดอาญาที่เป็น ทุรศีลธรรมเท่านั้นไม่รวมถึงสิทธิในชีวิต อีกทั้งเมื่อพิจารณาจากแนวการปรับใช้กฎหมายของศาลและ ความเห็นทางวิชาการพบว่า ศาลและนักวิชาการมีความเห็นว่าทายาทหรือผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับ ผู้ตายไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน เพราะไม่ต้องด้วย บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446¹⁹² อย่างไรก็ดี ถ้าการตายของผู้ตาย เป็นผลมาจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยผลทางกฎหมายจะเปลี่ยนแปลงไป เพราะเมื่อพิจารณาตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551

สะดวกสบายจากผู้ตาย สิทธิที่จะมีความสัมพันธ์ในทางเพศ นอกจากทายาทหรือผู้มีความสัมพันธ์ ใกล้ชิดกับผู้ตายจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 443 แล้ว บุคคล ดังกล่าวยังมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายประเภทอื่นๆ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 ประกอบมาตรา 438

¹⁹² ตัวอย่างเช่น (1) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1742/2499 ค่าเสียหายเพื่อความวิบวาท โทมนัสนั้นเรียกไม่ได้เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้เรียกร้องได้ (2) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 789/2502 สามีไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจที่เกิดความว่าเหว เพราะสูญเสียภริยาผู้เคยปฏิบัติให้ชีวิต ของสามีมีความสุขจากผู้ที่ทำให้ภริยาของตนถึงแก่ความตาย เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้เรียกร้องได้ (3) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 292/2502 การสูญเสียบุตรถูกรถยนต์ชนตายนั้นไม่ต้องด้วยค่าสินไหม ทดแทนลักษณะใดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บิดาเรียกร้องไม่ได้ (4) คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 477/2514 กรณีละเมิดที่เป็นเหตุให้เศร้าโศกเสียใจและผิดหวังประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิได้บัญญัติไว้ให้เรียกค่าสินไหมทดแทนได้ (5) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1550/2518 ค่าเสียหายเพราะ ละเมิดทำให้บุตรของโจทก์ตาย ต้องบังคับตามมาตรา 443 ไม่มีบัญญัติให้เรียกค่าชอกช้ำระกำใจด้วย

กฎหมายให้สามี ภริยา บุพการี หรือผู้สืบสันดานของผู้ตายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจจากผู้ประกอบการ¹⁹³

นอกจากนี้ ถ้าการทำละเมิดเป็นเหตุทำให้ทารกในครรภ์หรือทารกระหว่างคลอดถึงแก่ความตาย เมื่อทารกยังไม่มีสภาพบุคคลตามกฎหมายทารกจึงยังไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องให้การอุปการะเลี้ยงดูชายและหญิงผู้เป็นบิดามารดา ในขณะที่เดียวกันชายและหญิงก็ไม่มีสิทธิได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากทารกซึ่งเป็นบุตรของตน (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1563) เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 443 ชายและหญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทุกประเภทจากการตายของทารก

(5) ความเสียหายต้องเป็นผลมาจากการกระทำของแพทย์

แม้ว่าการกระทำของแพทย์จะเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิของผู้ป่วย แต่แพทย์จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายต่อเมื่อความเสียหายเป็นผลจากการรักษาพยาบาลที่ผิดพลาดหรือไม่เป็นไปตามมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพเท่านั้น ในการรักษาพยาบาลครั้งหนึ่งๆ อาจทำให้เกิดผลหลายอย่าง การพิจารณาว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นมีความสัมพันธ์กับการรักษาพยาบาลหรือไม่จึงเป็นเรื่องยาก ดังนั้น การพิจารณาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลจึงมีความจำเป็นต้องนำเอาทฤษฎีที่เป็นยอมรับในทางกฎหมายมาใช้ประกอบการพิจารณา โดยทฤษฎีที่ได้รับการยอมรับและมีการนำมาใช้ในการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลมีดังนี้

ทฤษฎีที่ 1 ทฤษฎีความเท่ากันแห่งเหตุหรือทฤษฎีเงื่อนไข

ทฤษฎีความเท่ากันแห่งเหตุหรือทฤษฎีเงื่อนไข (The Condition Theory) เป็นทฤษฎีที่ถือว่าทุกเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหายเป็นเหตุที่มีน้ำหนักเท่ากันและทุกการกระทำล้วนแต่เป็นเงื่อนไขที่ก่อให้เกิดความเสียหายทั้งสิ้น การกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายไม่ว่าจะเป็นการกระทำเดียวหรือหลายการกระทำต่างมีความสำคัญเท่าเทียมกันทั้งหมด แม้ว่าการกระทำเดียวจะก่อให้เกิดความเสียหายเล็กน้อยเพียงใด แต่เมื่อประกอบกับการกระทำอื่นแล้วทำให้เกิดความเสียหาย

¹⁹³ พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มาตรา 11 นอกจากค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ศาลมีอำนาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ด้วย

(1) ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจอันเป็นผลเนื่องมาจากความเสียหายต่อร่างกาย สุขภาพ หรืออนามัยของผู้เสียหาย และหากผู้เสียหายถึงแก่ความตาย สามี ภริยา บุพการี หรือผู้สืบสันดานของบุคคลนั้นชอบที่จะได้รับความเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจ

ขึ้นผู้กระทำการทั้งหลายถือว่ามีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหาย¹⁹⁴ แต่หากไม่มีการกระทำแล้ว ยังคงมีความเสียหายเกิดขึ้น ความเสียหายดังกล่าวย่อมไม่ใช่ผลที่เกิดขึ้นจากการทำละเมิด¹⁹⁵

ข้อดีของทฤษฎีนี้คือ ผู้เสียหายจะได้รับการเยียวยาจากผู้ทำละเมิดในทุกกรณี ในขณะที่ข้อเสียของทฤษฎีนี้คือทำให้เกิดภาระกับผู้ทำละเมิดมากเกินไป เพราะทำให้ผู้ทำละเมิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายเพียงเล็กน้อยมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบในผลเสียหายที่เกิดขึ้นทั้งหมด ซึ่งอาจไม่ได้สัดส่วนกับความเสียหายหรือเหตุที่น่าตำหนิ นอกจากนี้ ผู้ทำละเมิดอาจต้องรับผิดชอบเพิ่มมากขึ้นหากมีเหตุแทรกแซงอย่างใดๆ เกิดขึ้นภายหลังจากที่ได้ทำละเมิด ทั้งที่ความร้ายแรงที่เพิ่มมากขึ้นไม่ได้เป็นโดยตรงมาจากการทำละเมิดก็ตาม

ทฤษฎีที่ 2 ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม

ในบรรดาเหตุทั้งหลายที่ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นนั้น ผู้ทำละเมิดจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายเฉพาะแต่เหตุที่สามารถเกิดขึ้นได้ตามปกติจากการทำละเมิด ซึ่งการพิจารณาว่าผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นหรือไม่ ต้องพิจารณาว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นมีความเหมาะสมกับลักษณะของการทำละเมิดหรือไม่ อีกทั้งต้องพิจารณาด้วยว่าวิญญูชนสามารถคาดเห็นได้หรือไม่ว่าจะมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำเช่นนั้น ข้อดีของทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม คือ ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบเฉพาะในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของตน โดยไม่ต้องรับผิดชอบเกินกว่าผลที่ตนกระทำ ส่วนข้อเสียของทฤษฎีนี้ คือ ผู้เสียหายอาจไม่ได้รับการเยียวยาอย่างเหมาะสมและอาจเป็นการคุ้มครองผู้ทำละเมิดมากเกินไป

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาแนวทางการพิจารณาคดีของศาล ศาลจะใช้ทฤษฎีเงื่อนไขมาพิจารณาเสียก่อนว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากการทำละเมิดหรือไม่ ซึ่งหากได้ความว่าความเสียหายเป็นผลมาจากการทำละเมิด ผู้ทำละเมิดย่อมมีความรับผิดชอบในความเสียหายเหล่านั้น ส่วนทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสมจะนำมาใช้เพื่อกำกับไม่ให้ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่ไกลเกินกว่าเหตุ โดยนำมาใช้ได้ 2 กรณี ดังนี้¹⁹⁶

¹⁹⁴ สุขุม ศุภนิติย์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 189*, น.55.

¹⁹⁵ นำทิพย์ สุขโชคอำนวย, "ปัญหาหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลในกฎหมายละเมิด," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556), น.50.

¹⁹⁶ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, พิมพ์ครั้งที่ 9. (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2556), น.79. ; ดู จรัญ ภักดีธนากุล หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 981/2531 (ป)

กรณีที่ 1 ในกรณีที่มีเหตุแทรกแซงเกิดขึ้นภายหลังที่มีการทำละเมิด ผู้ทำละเมิดย่อมมีความรับผิดชอบเฉพาะเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของตนเท่านั้น ผู้ทำละเมิดไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เพิ่มมากขึ้นจากเหตุแทรกแซง อันเป็นเหตุที่อยู่นอกเหนือความคาดเห็นได้ของผู้ทำละเมิด อีกทั้งไม่ได้เป็นเหตุอันเกิดจากความผิดของผู้ทำละเมิดแต่อย่างใด

กรณีที่ 2 ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสมเข้ามามีบทบาทในขั้นตอนที่ศาลต้องพิจารณาว่าผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบใดเพียงใด เพราะแม้ว่าความเสียหายจะขึ้นจากเหตุที่ผู้ทำละเมิดได้ก่อขึ้นแต่เชื่อว่าผู้ทำละเมิดต้องรับในความเสียหายทุกอย่าง เพราะในขั้นตอนของการประเมินความเสียหายและคิดคำนวณค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 ศาลต้องพิจารณาจาก “พฤติการณ์” และ “ความร้ายแรงแห่งละเมิด” โดยอาศัยทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสมเป็นเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายที่เหมาะสม

2.2. ความรับผิดชอบทางการแพทย์ตามกฎหมายลักษณะสัญญา

ความสัมพันธ์ระหว่างโรงพยาบาลเอกชนหรือแพทย์ผู้ทำการรักษาพยาบาลกับผู้ป่วยเป็นความสัมพันธ์ตามสัญญาทางแพ่ง แตกต่างจากความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และผู้ป่วยในโรงพยาบาลของรัฐที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางสัญญาต่อกัน ศาลฎีกาได้พิจารณาลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างโรงพยาบาลเอกชนกับผู้ป่วยไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 287/2507¹⁹⁷ ว่าสัญญาเข้ารับบริการทางการแพทย์มีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587¹⁹⁸

¹⁹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 287/2507 การที่โจทก์ตั้งสถานพยาบาลและผดุงครรภ์โดยโจทก์ในฐานะนางผดุงครรภ์ จัดการให้ทารกคลอดจากครรภ์มารดาโดยมีสินจ้างซึ่งฝ่ายหญิงมีครรภ์ต้องจ่ายให้โจทก์เมื่อทำคลอดแล้วนั้นเป็นการรับจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 ซึ่งต้องจดทะเบียนการค้าและเสียภาษีการค้าตามประมวลรัษฎากรที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 18) พ.ศ.2504

¹⁹⁸ นักวิชาการบางฝ่ายเห็นว่าสัญญาเข้ารับบริการทางการแพทย์ไม่เข้าลักษณะของสัญญาจ้างทำของ เนื่องจากการเข้ารับบริการทางการแพทย์เป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคลซึ่งเปรียบไม่ได้กับสิ่งของหรือสินค้า อีกทั้งผลสำเร็จของการรักษาพยาบาลเป็นสิ่งที่ไม่แน่นอนและไม่อยู่ในความสามารถของแพทย์ที่จะกำหนดได้ เพราะการที่การรักษาพยาบาลจะประสบผลสำเร็จหรือไม่ปัจจัยอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องจำนวนมาก เช่น พยาธิสภาพของโรค อาการของผู้ป่วยที่เป็นอยู่ก่อนเข้ารับการรักษาพยาบาลหรือผลร้ายที่เป็นอาการข้างเคียงและไม่สามารถป้องกันได้ล่วงหน้า อาจารย์ประทีป อ่าววิจิตรกุล อาจารย์โอสถ โกสินและนางสาวเพ็ญจันทร์ คล้ายเอี่ยม มีความเห็นว่า สัญญาเข้ารับบริการทางการแพทย์เป็นสัญญาที่เกิดจากหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา

ดังนั้น ถ้ามีความเสียหายอย่างใดเป็นผลมาจากการรักษาพยาบาลที่ผิดพลาด นอกจากที่ผู้ป่วยมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดแล้ว ผู้ป่วยยังมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญาอีกด้วย ซึ่งหลายครั้งการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญาเป็นประโยชน์ต่อผู้ป่วยมากกว่าการฟ้องร้องตามกฎหมายลักษณะละเมิด เพราะเหตุที่ว่าความเสียหายบางประเภทไม่อยู่หรือยังไม่แน่นอนว่าอยู่ในขอบเขตที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือไม่ แต่สำหรับความรับผิดตามสัญญาการพิจารณาว่าผู้ป่วยมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายหรือไม่ ศาลไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นความเสียหายต่อสิทธิประเภทใด ศาลมีหน้าที่พิจารณาเพียงว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นความเสียหายตามปกติที่สามารถเกิดขึ้นได้จากการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้องหรือไม่ อีกทั้งเป็นความเสียหายที่อยู่ในความคาดหมายและไม่ไกลกว่าเหตุหรือไม่ หากผู้ป่วยสามารถพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายเกิดขึ้นเป็นความเสียหายที่เป็นโดยตรงจากการไม่ชำระหนี้หรือการชำระหนี้ไม่ถูกต้อง ผู้ป่วยมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความ

และเป็นสัญญาที่ไม่มีชื่อ (Innominate Contract) ซึ่งไม่ต้องด้วยลักษณะของเอกเทศสัญญาอย่างใด ส่วนสัญญาเข้ารับบริการทางการแพทย์ที่มุ่งหวังผลสำเร็จของงาน เช่น สัญญาศัลยกรรมความงาม ศัลยกรรมตกแต่งเป็นสัญญาเข้ารับบริการทางการแพทย์ประเภทสัญญาจ้างทำของ ดู ประทีป อ่าววิจิตรกุล, ฟ้องแพทย์ (Doctors at Law), (กรุงเทพมหานคร : Pholsiam Printing and Publishing (Thailand) Limited Partnership, 2546), น.7. ; เพ็ญจันทร์ คล้ายเอี่ยม, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 110, น.41-42. ; ธีรยุทธ อินศร, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 163, น.154. ; รติกร กุลวรรกุลพิทักษ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 183, น.96-97.

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนมีความเห็นสอดคล้องกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 287/2507 ที่ว่าสัญญาเข้ารับบริการทางการแพทย์เป็นสัญญาจ้างทำของประเภทหนึ่ง เพราะข้อตกลงที่ว่าผู้รับจ้างทำของ “จะทำงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จ” ให้แก่ผู้ว่าจ้าง ไม่ได้มีความหมายว่าแพทย์มีหน้าที่ต้องรักษาผู้ป่วยให้หายจากโรคภัยไข้เจ็บที่เป็นอยู่เท่านั้น เพราะเมื่อพิจารณาลักษณะของหนี้ตามสัญญาจ้างทำของสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท กล่าวคือ ประเภทที่ 1 นี้กระทำการให้เกิดผลสำเร็จอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น สัญญาเข้ารับบริการศัลยกรรมเสริมความงาม และ ประเภทที่ 2 นี้กระทำการโดยใช้ความพยายามและความระมัดระวัง ซึ่งสัญญาเข้ารับการรักษาพยาบาลตามปกติ เป็นสัญญาจ้างทำของประเภทที่แพทย์มีหน้าที่ใช้ความรู้ความสามารถและความระมัดระวังตามมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพเท่านั้นแต่หาได้มีหน้าที่ชำระหนี้ให้เกิดผลสำเร็จของงาน กล่าวคือ แพทย์ไม่มีหน้าที่รับรองว่าทุกการรักษาพยาบาลต้องประสบผลสำเร็จ

เสียหายทั้งปวง (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 215 ประกอบมาตรา 222) ไม่ว่าจะความเสียหายเหล่านั้นเป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้¹⁹⁹ หรือความเสียหายในพฤติการณ์พิเศษก็ตาม

เมื่อสัญญาเข้ารับบริการทางการแพทย์เป็นสัญญาจ้างทำของประเภทหนึ่งซึ่งกฎหมายไม่ได้กำหนดแบบของสัญญาเอาไว้ ทันทที่ที่แพทย์ได้สอบถามประวัติของผู้ป่วย สอบถามอาการ และสอบถามความประสงค์ในการเข้ารับการรักษาพยาบาล ตลอดจนได้แสดงเจตนาไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายให้เห็นได้ว่าแพทย์ยอมรับผู้ป่วยเข้ารับการรักษาและผู้ป่วยได้ยินยอมให้แพทย์ทำการรักษาพยาบาล สัญญาระหว่างแพทย์และผู้ป่วยย่อมเกิดขึ้น²⁰⁰ นอกจากนี้ ในกรณีที่ไม่มี ความจำเป็นเร่งด่วนหรือเป็นการรักษาพยาบาลตามปกติ แพทย์ในโรงพยาบาลเอกชนมีสิทธิที่จะเลือกรับผู้ป่วยเข้ารับการรักษาพยาบาลหรือปฏิเสธการรักษาโดยไม่ต้องอธิบายเหตุผลให้ผู้ป่วยทราบ และเมื่อความสัมพันธ์ระหว่างผู้ป่วยและแพทย์ยังไม่เริ่มต้นขึ้น แพทย์ที่ไม่ยอมรับผู้ป่วยเข้ารับการรักษาพยาบาลไม่มีความผิดฐานละทิ้งผู้ป่วย ซึ่งแตกต่างจากแพทย์ที่ปฏิบัติหน้าที่ในโรงพยาบาลของรัฐซึ่งไม่มีสิทธิที่จะปฏิเสธการรักษาพยาบาลให้กับประชาชน²⁰¹

นอกจากนี้เมื่อสัญญาเข้ารับบริการทางการแพทย์เป็นสัญญาต่างตอบแทนประเภทหนึ่ง ทันทที่ที่ความสัมพันธ์ทางสัญญาเริ่มต้นขึ้นผู้ป่วยและแพทย์ย่อมมีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกัน เมื่อพิจารณาฝ่ายผู้ป่วย ผู้ป่วยมีสิทธิเรียกให้แพทย์ชำระหนี้ด้วยการรักษาพยาบาลตามมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพ อีกทั้งยังต้องรักษาพยาบาลเต็มความรู้ความสามารถเท่าที่ผู้มีความรู้ทางการแพทย์สามารถทำได้ อย่างไรก็ตาม ลักษณะของหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังของแพทย์ยังขึ้นอยู่กับลักษณะของสัญญา หากเป็นสัญญาประเภทที่มุ่งเน้นความสำเร็จของงาน (*Obligation de Re'Stat*) อาทิ สัญญาให้บริการศัลยกรรมความงาม แพทย์มีหน้าที่ผ่าตัดศัลยกรรมให้ประสบผลสำเร็จตามความมุ่งหวังของผู้เข้ารับบริการ แต่ในกรณีที่เป็นสัญญาเข้ารับบริการทางการแพทย์ประเภทที่มุ่งเน้นให้

¹⁹⁹ Konrad Zweigert and Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 3rd ed., (Oxford : Oxford University Press, 2011), p.462.

²⁰⁰ อภิธรรม เวชภูติ, "กระบวนการยุติธรรมเมื่อแพทย์ถูกฟ้องร้อง," เอกสารวิชาการหลักสูตร "ผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง (บ.ย.ส.)" รุ่นที่ 12, วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2552, น.43.

²⁰¹ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 110*. น.64-65.

แพทย์ชำระหนี้ด้วยความระมัดระวัง (*Obligation de Moyen*)²⁰² อาทิ สัญญาให้บริการทางการแพทย์ตามปกติ แพทย์มีหน้าที่เพียงให้การรักษาพยาบาลตามมาตรฐานการประกอบวิชาชีพเท่านั้น แพทย์หาได้มีหน้าที่รับรองผลการรักษาพยาบาลว่าผู้ป่วยจะหายจากโรคที่เป็นอยู่ แม้ว่าผู้ป่วยถึงแก่ความตาย หากแพทย์ได้ให้การรักษาตามมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพแล้วแพทย์ไม่ต้องรับผิดชอบในความตายของผู้ป่วย²⁰³ และภายหลังที่แพทย์ได้ชำระหนี้ด้วยการรักษาพยาบาลตามวัตถุประสงค์ของสัญญาแล้ว ผู้ป่วยย่อมมีหน้าที่ชำระค่ารักษาพยาบาลให้กับแพทย์หรือโรงพยาบาล

เมื่อระหว่างแพทย์และผู้ป่วยมีความผูกพันทางสัญญาต่อกัน หากแพทย์จงใจหรือประมาทเลินเล่อไม่ทำการรักษาพยาบาลหรือรักษาพยาบาลต่ำกว่ามาตรฐานในการประกอบวิชาชีพจนเป็นเหตุทำให้ผู้ป่วยได้รับความเสียหาย การรักษาพยาบาลของแพทย์ในลักษณะเช่นนี้ย่อมเป็นการชำระหนี้ที่ไม่ต้องด้วยวัตถุประสงค์แห่งมูลหนี้ ผู้ป่วยมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทั้งปวงจากแพทย์ได้ตามกฎหมาย (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 215 ประกอบมาตรา 222)

อย่างไรก็ดี เมื่อหนี้ที่เกิดขึ้นจากสัญญาเข้ารับการรักษาพยาบาลทางการแพทย์เป็นหนี้ระทำการ ในกรณีที่แพทย์ไม่ยอมให้การรักษาพยาบาลหรือรักษาพยาบาลไม่ถูกต้อง ผู้ป่วยไม่สามารถบังคับให้แพทย์ดำเนินการรักษาพยาบาลหรือแก้ไขผลการรักษาพยาบาลเพราะสภาพแห่งหนี้ไม่เปิดช่องให้ระทำการเช่นนั้นได้ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213) ผู้ป่วยคงมีเพียงสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอันเกิดจากการที่แพทย์ไม่ชำระหนี้ ชำระหนี้ล่าช้า หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้อง โดยค่าเสียหายที่ผู้ป่วยมีสิทธิฟ้องร้องจากแพทย์ ได้แก่ ค่าเสียหายทุกประเภทที่ทำให้ผู้ป่วยได้อยู่ในสถานะเสมือนว่าแพทย์ได้ทำการรักษาพยาบาลตามมาตรฐานการประกอบวิชาชีพ ตัวอย่างเช่น ค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลที่ได้สูญหายไป ค่ารักษาพยาบาลที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต ค่าเสียหายจากการขาดรายได้

²⁰² ภาคภูมิ แสงกนกกุล, "ความรับผิดทางการแพทย์กับร่าง พ.ร.บ.คุ้มครองผู้เสียหายจากการรับบริการสาธารณสุข พ.ศ. ... : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายฝรั่งเศส," วารสารนิติศาสตร์, ฉบับที่ 4, ปีที่ 38, น.555 (ธันวาคม 2552).

²⁰³ สุธี อยู่สุภาพร, "ประเด็นความรับผิดทางแพ่งและเทคนิคการทำสัญญาประกันความรับผิดทางการแพทย์", ใน บริหารกฎหมายการแพทย์และสาธารณสุข 2554, รวบรวมโดย ฉัตรสมุน พฤทธิภิญโญ, (กรุงเทพมหานคร : ภาควิชาบริหารสาธารณสุข คณะสาธารณสุขศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหิดล, 2554), น.96.

การพิจารณาว่าแพทย์ต้องรับผิดชอบในความเสียหายจากการไม่รักษาพยาบาล รักษาพยาบาลล่าช้าหรือการรักษาพยาบาลไม่ถูกต้องตามกฎหมายลักษณะสัญญาหรือไม่ มีองค์ประกอบ การพิจารณาดังนี้

(1) การกระทำของแพทย์เป็นการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้อง

โดยปกติความรับผิดในทางสัญญาเป็นความรับผิดที่ต้องการความผิดของลูกหนี้ อย่างไรก็ดี ในกรณีที่ลูกหนี้ให้คำรับรองถึงผลสำเร็จของสัญญา แม้ว่าลูกหนี้ได้ใช้ความระมัดระวังใน การชำระหนี้ตามสัญญาแล้วก็ตาม แต่เมื่อผลของการชำระหนี้ไม่เป็นไปตามคำรับรองเจ้าหนี้มีสิทธิ ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าการชำระหนี้ที่ไม่ประสบผลสำเร็จเป็นผลมาจาก ความผิดของลูกหนี้หรือไม่ ผู้เขียนแยกพิจารณาลักษณะความผิดของแพทย์ดังนี้

(ก) ความเสียหายต้องเป็นผลมาจากเหตุอันโทษแพทย์ได้

ความเสียหายอันเกิดจากสัญญาให้บริการทางการแพทย์และเป็นเหตุที่สามารถ โทษแพทย์ได้นั้นเกิดขึ้นได้ในหลายกรณี อาทิ แพทย์ไม่ยอมให้การรักษายาบาลกับผู้ป่วยทั้งที่อยู่ใน ความสามารถของแพทย์ที่สามารถให้การรักษายาบาลได้ แพทย์ใช้ความระมัดระวังในการ รักษาพยาบาลต่ำกว่าระดับความระมัดระวังตามมาตรฐานการประกอบวิชาชีพ แพทย์ให้การ รักษาพยาบาลโดยล่าช้า จากกรณีที่ได้กล่าวมาข้างต้นหากว่าความเสียหายเป็นผลหรือมีส่วนมาจาก ความผิดของผู้ป่วยการกระทำของแพทย์ยอมเป็นการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้อง โดยไม่ต้องคำนึงว่าการไม่ ยอมให้การรักษายาบาล การไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานแห่งการประกอบวิชาชีพ หรือ การรักษายาบาลที่ล่าช้า นั้นเกิดขึ้นด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ²⁰⁴ แพทย์ย่อมมีความผิดและมี หน้าที่ต้องชดใช้เยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ป่วยตามหลักความรับผิดอันเกิดขึ้นจากความผิด (No liability without fault)²⁰⁵

(ข) มาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์ในการชำระหนี้ตามสัญญาให้บริการ ทางการแพทย์

ในกรณีที่สัญญาให้บริการทางการแพทย์เป็นสัญญาชนิดที่ไม่ได้มุ่งถึงผลสำเร็จของ งาน หน้าที่ของแพทย์อันเกิดขึ้นตามสัญญาคือหน้าที่ใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานการประกอบ วิชาชีพ แต่เมื่อกฎหมายไม่ได้กำหนดมาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์เอาไว้ มีประเด็นที่ต้อง พิจารณาว่าระดับความระมัดระวังของแพทย์ตามสัญญาให้บริการทางการแพทย์มีลักษณะเช่นใด

²⁰⁴ ศันสน์ภรณ์ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557), น.324.

²⁰⁵ เพ็งอ้วง, น.238.

ในการพิจารณาความรับผิดตามกฎหมายลักษณะละเมิด ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วว่าการพิจารณาระดับความระมัดระวังของแพทย์ต้องพิจารณาจากระดับความระมัดระวังของแพทย์ที่ถูกกล่าวหาว่าทำละเมิด เพื่อนำไปเปรียบเทียบกับมาตรฐานความระมัดระวังของผู้ประกอบวิชาชีพอื่นที่มีวิสัยและพฤติการณ์เช่นเดียวกัน แต่สำหรับมาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์ในการชำระหนี้ตามสัญญาแตกต่างจากมาตรฐานความระมัดระวังในทางละเมิด เนื่องจากมาตรฐานในการชำระหนี้ตามสัญญา มีหลายระดับขึ้นอยู่กับประเภทของสัญญา เช่น การประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง การใช้ความระมัดระวังดังเช่นวิญญูชนในการรักษาทรัพย์สินของตนเอง การใช้ความระมัดระวังตามปกติเหมือนดังที่ลูกหนี้เคยใช้หรือการใช้ความระมัดระวังอย่างผู้มีวิชาชีพ²⁰⁶

สำหรับมาตรฐานในการใช้ความระมัดระวังของแพทย์ นักวิชาการจำนวนหนึ่งเห็นว่าเมื่อกฎหมายไม่ได้กำหนดมาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์ตามสัญญาให้บริการทางการแพทย์ไว้ จึงต้องพิจารณาเปรียบเทียบกับมาตรฐานความระมัดระวังของผู้รับฝากทรัพย์สินตามกฎหมายว่าฝากทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 659 วรรค 3 เนื่องจากแพทย์เป็นผู้ประกอบวิชาชีพ (เป็นบุคคลผู้มีวิชาชีพ) มาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์จึงเป็นมาตรฐานความระมัดระวังในระดับของผู้ประกอบวิชาชีพ²⁰⁷

แม้การพิจารณามาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์เทียบเคียงกับมาตรฐานความระมัดระวังของผู้รับฝากทรัพย์สินตามกฎหมายว่าด้วยฝากทรัพย์สิน จะมีข้อดีและเป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาก็ตาม แต่ถึงกระนั้นผู้เขียนกลับเห็นว่าการอาศัยการเทียบเคียงกฎหมาย (Analogy) ในทันทีไม่ต้องด้วยนิติวิธีในการปรับใช้กฎหมาย (Juristic Method) ดังที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 โดยการพิจารณาระดับมาตรฐานความระมัดระวังในการชำระหนี้ของแพทย์ ก่อนที่จะพิจารณาโดยเทียบเคียงกับกฎหมายว่าด้วยฝากทรัพย์สิน สามารถพิจารณาโดยอาศัยการตีความข้อสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 368²⁰⁸ และเมื่อไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติที่

²⁰⁶ ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 5, (ไม่ปรากฏสถานที่พิมพ์ : Pholsiam Printing and Publishing (Thailand) Limited Partnership, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์), น.152-153.

²⁰⁷ เพ็ญจันทร์ คล้ายเอี่ยม, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 110, น.90-91. ; รติกร กุลวรรกุลพิทักษ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 183, น.103, เจริญธรรมที่ 46.

²⁰⁸ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551

มาตรา 12 ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี ผู้ประกอบธุรกิจต้องกระทำด้วยความสุจริตโดยคำนึงถึงมาตรฐานทางการค้าที่เหมาะสมภายใต้ระบบธุรกิจที่เป็นธรรม

กำหนดมาตรฐานในการใช้ความระมัดระวังของแพทย์ การตีความลักษณะของสัญญาเพื่อค้นหาระดับความระมัดระวังของแพทย์จะต้องพิจารณาด้วยความสุจริตและคำนึงถึงปกติประเพณี เมื่อลักษณะสัญญาเข้ารับบริการทางแพทย์ วิทยุชนที่เข้ารับการรักษาต่างมุ่งหวังว่าแพทย์จะทำการรักษาโดยอาศัยความรู้ความสามารถและเป็นไปตามความรู้ความเชี่ยวชาญที่ได้เล่าเรียนมา ทั้งยังต้องใช้ความระมัดระวังในการรักษาพยาบาลไม่ต่ำกว่าผู้ประกอบวิชาชีพคนอื่น ๆ ที่มีความรู้ความสามารถในระดับเดียวกัน จึงเห็นได้ว่ามาตรฐานความระมัดระวังของแพทย์ในการชำระหนี้ตามสัญญาให้รับบริการทางการแพทย์ คือ มาตรฐานความระมัดระวังในระดับเช่นเดียวกับผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมทั่วไป

(ค) ความรับผิดชอบของแพทย์โดยปราศจากความผิด

ตามปกติประเพณีของการรักษาพยาบาล ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะไม่ให้คำรับรองผล (Warranty) ว่าการรักษาพยาบาลจะต้องประสบผลสำเร็จอย่างแน่นอน²⁰⁹ เพราะเหตุที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมมีหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังและให้การรักษาพยาบาลตามความรู้ความสามารถและความเชี่ยวชาญตามสาขาวิชาที่เล่าเรียนมาเท่านั้น

อย่างไรก็ดี ก่อนที่แพทย์ให้การรักษาพยาบาลหรือในระหว่างการรักษาพยาบาล เพื่อสร้างความเชื่อมั่นหรือเชิญชวนให้ผู้ป่วยเข้ารับการรักษาพยาบาล แพทย์และผู้ป่วยอาจมีข้อตกลงพิเศษระหว่างกันอันเป็นการให้คำยืนยันหรือรับรองผลของการรักษาพยาบาล ตัวอย่างเช่น ในการรักษาพยาบาลตามปกติ แพทย์ให้ข้อเสนอต่อผู้ป่วยก่อนการรักษาพยาบาลว่าถ้าการรักษาพยาบาลไม่ประสบผลสำเร็จแพทย์ยินดีคืนค่ารักษาพยาบาลทั้งหมดหรือยินดีให้การรักษาพยาบาลโดยไม่คิดค่าใช้จ่ายในอนาคต²¹⁰

ในต่างประเทศการให้คำรับรองผลการรักษาพยาบาลมักเกิดขึ้นในกรณีของการผ่าตัดทำหมัน ตัวอย่างเช่น กรณีที่ชายและหรือหญิงเคยมีประวัติให้กำเนิดบุตรที่เป็นโรคทางพันธุกรรมอย่างร้ายแรง เพื่อหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่เป็นโรคทางพันธุกรรมซ้ำอีกชายและหญิงจึงประสงค์ที่จะเข้ารับการผ่าตัดทำหมัน หากก่อนหรือภายหลังการผ่าตัดทำหมันแพทย์ได้ให้คำรับรองว่าการผ่าตัดทำหมันต้องประสบผลสำเร็จอย่างแน่นอน เพราะชายและหรือหญิงได้สูญเสียความสามารถ

²⁰⁹ ธัญญธร อินทร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 163*, น.155. ; ประเทศอังกฤษ ในคดี Thake v Maurice (1986) 2 WLR 337 ศาลพิจารณาว่าการที่แพทย์ไม่ได้บอกกล่าวอัตราเสี่ยงที่การผ่าตัดทำหมันอาจไม่ประสบผลสำเร็จ ยังไม่พอพียงได้ว่าแพทย์ให้คำรับรองว่าการผ่าตัดทำหมันต้องประสบผลสำเร็จอย่างแน่นอน ดู นพพร โพธิ์รังสิยากร, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 165*, น.64-65.

²¹⁰ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 110*, น.69. ; อภิรมย์ เวชภูติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 200*, น.43.

ในการเจริญพันธุ์อย่างถาวร หรือชายและหญิงสามารถมีเพศสัมพันธ์ตามปกติโดยไม่มี ความจำเป็นที่ ต้องคุมกำเนิดด้วยวิธีการอื่นนอกจากการผ่าตัดทำหมัน ในกรณีดังกล่าวข้างต้น หากหญิงต้องตั้งครรรภ์ ทั้งชายและหญิงย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ โดยไม่ต้องคำนึงว่าการตั้งครรรภ์ของ หญิงเป็นผลมาจากการผ่าตัดทำหมันโดยประมาท เป็นผลมาจากเหตุสุดวิสัยหรือเป็นเพราะความ ล้มเหลวที่สามารถเกิดขึ้นได้ตามธรรมชาติ เพราะอย่างไรก็ตามแพทย์ย่อมต้องรับผิดชอบตามคำรับรองผล อันเป็นข้อตกลงพิเศษที่แพทย์มุ่งประสงค์จะผูกพัน²¹¹

ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วว่า โดยปกติลูกหนี้ตามสัญญาต้องรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้ ต่อเมื่อความเสียหายเป็นผลมาจากความผิดของลูกหนี้ กล่าวคือ ต้องมีเหตุอันโทษลูกหนี้ได้ แต่ในกรณี ที่เจ้าหนี้และลูกหนี้มีข้อตกลงพิเศษระหว่างกัน โดยมีเนื้อหากำหนดให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องรับผิดชอบ ถ้าผล อย่างไม่ดี ไม่ปรากฏขึ้นตามที่ได้ตกลง เมื่อผลตามที่ตกลงไม่เกิดขึ้นไม่ว่าฝ่ายที่ตกลงจะมีความผิด หรือไม่ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยอาศัยข้อตกลงดังกล่าวเป็นฐานแห่ง สิทธิ โดยไม่ต้องกล่าวอ้างถึงการกระทำหรือความผิดของผู้ยินยอมที่จะผูกพันตามข้อตกลงดังกล่าวแต่ อย่างไม่ใด ในกรณีที่แพทย์ให้คำรับรองผลสำเร็จของการรักษาพยาบาล หากผลการรักษาไม่เป็นไปตาม ข้อตกลงผู้ป่วยย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ได้ทุกกรณี โดยผู้ป่วยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ ว่าความเสียหายเป็นผลมาจากการรักษาพยาบาลที่ผิดพลาดหรือไม่ ซึ่งความรับผิดตามข้อสัญญา รับรองผลเช่นว่านี้ เป็นความรับผิดโดยเคร่งครัดประเภทหนึ่งที่ไม่ต้องการความผิดของผู้ต้องรับผิด²¹² (Liability without fault or strict liability)

อย่างไรก็ตาม เมื่อสัญญาเข้ารับบริการทางการแพทย์เป็นสัญญาที่กฎหมายไม่ได้ กำหนดว่าต้องทำตามแบบหรือต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งโดยปกติสัญญาเข้ารับ การรักษาพยาบาลมักเกิดขึ้นด้วยวาจาหรือโดยพฤติการณ์ เมื่อข้อสัญญารับรองผลการรักษาพยาบาลอาจ เกิดขึ้นได้ด้วยข้อตกลงอย่างชัดเจนหรือโดยปริยาย²¹³ การพิสูจน์ถึงข้อสัญญารับรองผลการรักษาอาจ

²¹¹ อภิรมย์ เวชภูติ, *เพิ่งอ้าง*, น.43. ; ญัตติกร ปัทมสิงห์ ณ อยุธยา, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 110, น.38-39. ; ัญญุธร อินศร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 163, น.155. ; สุรัชชัย ศักดาพลชัย, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 110, น.50.

²¹² นพพร โปธิรังษิยากร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 165, น.63-64. ; รติกร กุลวรรกุลพิทักษ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 183, น.89-90, 103.

²¹³ การรับรองผลการรักษาพยาบาลโดยปริยายอาจเกิดขึ้นได้จากพฤติกรรมการแพทย์ที่ทำให้ผู้ป่วยเข้าใจว่าแพทย์ได้ให้คำรับรองผลสำเร็จของการรักษาพยาบาล อาทิ ข้อความในเอกสาร ยินยอมให้แพทย์ทำการผ่าตัดทำหมัน ที่ระบุว่า “ข้าพเจ้าเข้าใจโดยถ่องแท้ว่าการผ่าตัดนี้มีผลทำให้

เป็นไปได้ยาก เว้นแต่ผู้ป่วยที่ได้รับความเสียหายจะมีหลักฐานที่แสดงว่ามีข้อตกลงที่แพทย์ให้คำรับรองผลสำเร็จของการรักษาพยาบาลอยู่จริง²¹⁴

(2) การชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้องของแพทย์ทำให้ผู้ป่วยได้รับความเสียหาย

ในกรณีที่แพทย์ไม่ทำการรักษาพยาบาล รักษาพยาบาลล่าช้า หรือไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการรักษาพยาบาลอันเป็นการกระทำโดยประมาท ผู้ป่วยมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ได้ต่อเมื่อการไม่รักษาพยาบาลหรือการรักษาพยาบาลที่ผิดพลาดเป็นเหตุทำให้ผู้ป่วยได้รับความเสียหาย เช่น การไม่รักษาพยาบาลของแพทย์ทำให้ผู้ป่วยได้รับอันตรายทางร่างกายหรือทำให้โรคที่เป็นอยู่เดิมไม่ทุเลาและทรุดหนักมากขึ้น หรือทำให้การรักษาพยาบาลเป็นไปได้ยากหรือทำให้โอกาสที่ผู้ป่วยจะหายจากโรคร้ายไข้เจ็บที่เป็นอยู่ลดน้อยลง หรือกรณีที่แพทย์ให้การรักษาพยาบาลต่ำกว่ามาตรฐานของการประกอบวิชาชีพอาจส่งผลทำให้ผู้ป่วยต้องกลายเป็นบุคคลทุพพลภาพ ได้รับอันตรายต่อร่างกายหรือต้องเจ็บปวดทรมานจากผลการรักษาที่ผิดพลาด

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่ความเสียหายไม่ได้เป็นผลมาจากการรักษาพยาบาลที่ผิดพลาด กล่าวคือ แม้แพทย์ไม่ได้ให้การรักษาพยาบาล ให้การรักษาพยาบาลล่าช้า หรือให้การรักษาพยาบาลโดยประมาทแต่ความเสียหายก็ยังคงเกิดขึ้นกับผู้ป่วย โดยความเสียหายที่เกิดขึ้นเหล่านั้นแพทย์ไม่สามารถป้องกันได้ล่วงหน้า ความเสียหายที่เกิดขึ้นจึงเป็นความเสียหายจากเหตุสุดวิสัยหาได้เกิดจากความผิดของแพทย์แต่อย่างใด (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 219) ผู้ป่วยจึงไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากแพทย์²¹⁵ ซึ่งสอดคล้องกับหลักการที่ว่า “ความรับผิดชอบเป็นความรับผิดเมื่อมีความเสียหาย” และสอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222 วรรคหนึ่ง ที่ว่า “การที่เรียกเอาค่าเสียหายนั้น ได้แก่เรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความ

ข้าพเจ้าเป็นหมันอย่างถาวรและขอต่อคืนดั้งเดิมได้ยากและอาจต่อคืนไม่ได้” ซึ่งข้อความในลักษณะดังกล่าว อาจทำให้ผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมันเข้าใจว่าการผ่าตัดทำหมันให้ผลสำเร็จอย่างแน่นอน

เพื่อป้องกันไม่ทำให้ผู้ป่วยเกิดความเข้าใจผิด แพทย์และเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องมีหน้าที่อธิบายถึงโอกาสที่หญิงอาจตั้งครรภ์ภายหลังเข้ารับการผ่าตัดทำหมัน หรืออาจระบุไว้ในเอกสารการให้ความยินยอมของผู้ป่วย ตัวอย่างเช่น “อย่างไรก็ตาม หญิงอาจมีโอกาสดังครรภ์ภายหลังการทำหมันได้ประมาณ 1 ราย ต่อผู้ทำหมัน 500 ราย”

²¹⁴ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 110*, น.69.

²¹⁵ ไพโรจน์ วายุภาพ, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้*, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2555), น.221, 224.

เสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดจากการไม่ชำระหนี้”²¹⁶ เพราะความเสียหายที่เป็นผลมาจากการไม่ชำระหนี้หรือการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้องต้องเป็นความเสียหายที่มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

แม้เจ้าหนี้มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นตามปกติจากการที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ แต่ก็มีปัญหาทางวิชาการเกิดขึ้นว่าสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของเจ้าหนี้มีเฉพาะเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินเท่านั้น หรือรวมถึงความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินด้วย โดยความเห็นทางวิชาการแบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย ดังนี้

ฝ่ายที่ 1 อาทิจิต ศาสตราจารย์เสนีย์ ปราโมช²¹⁷ รองศาสตราจารย์ดาราพร ธีระวัฒน์²¹⁸ เห็นว่า ความผูกพันในทางสัญญาไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองประโยชน์ทางจิตใจของเจ้าหนี้ สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 215 ประกอบมาตรา 222 จึงมีเฉพาะเพื่อความเสียหายในทางทรัพย์สินหรือที่เป็นค่าเสียหายที่เป็นตัวเงินเพียงอย่างเดียวเท่านั้น

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 655/2499 ศาลพิจารณาคำว่า “...สำหรับความขวยเขินที่ไม่ได้นั่งดูภาพยนตร์ในที่ๆ จองไว้ ความรู้สึกผิดหวังเสียใจ โจทก์จะถือเหตุเหล่านี้มาฟ้องเรียกค่าเสียหายไม่ได้ เพราะความรู้สึกในทางจิตใจนั้นไม่ใช่ความเสียหายที่จะพึงเรียกร้องกันได้ในกรณีเช่นนี้จะว่าเป็นค่าเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์พิเศษตามวรรคสองแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222 ก็ไม่ได้ การกำหนดค่าเสียหายในกรณีผิดสัญญาตามธรรมดาศาลย่อมกำหนดเพื่อชดเชยการที่โจทก์ต้องเสียไป มิใช่กำหนดเพื่อเป็นการลงโทษจำเลย ดังนั้นหากโจทก์จะมีความเสียหายอย่างไรอีกความเสียหายนั้นจะพึงคำนวณเป็นราคาเงินเท่าใดก็ต้องคำนวณมาด้วยมิฉะนั้นโจทก์จะได้รับแต่เพียงค่าเสียหายเท่าที่คำนวณเป็นเงินไว้เท่านั้น...”

อย่างไรก็ดี ถ้าการไม่ชำระหนี้หรือการชำระหนี้ไม่ถูกต้องเป็นเหตุทำให้เจ้าหนี้ได้รับความเสียหายต่อร่างกายหรืออนามัยด้วยแล้ว ศาลฎีกามีคำพิพากษาว่านอกจากเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้อง

²¹⁶ จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 20 แก้ไขเพิ่มเติมโดยดาราพร ธีระวัฒน์. (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554). น.80.

²¹⁷ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์) พ.ศ. 2478 แก้ไขเพิ่มเติม 2505, (กรุงเทพมหานคร : ไทยวัฒนาพานิช, 2527), น.850.

²¹⁸ ดาราพร ธีระวัฒน์, กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528), น.377-379.

ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงิน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 215 ประกอบมาตรา 222 เจ้าหนี้ยังมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินอีกด้วย

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 431/2509 โจทก์ฟ้องขอให้จำเลยทั้งสามร่วมกันรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่โจทก์ เนื่องจากลูกจ้างของจำเลยได้ขับรถโดยสารโดยประมาทไปชนรถอื่นจนโจทก์ได้รับบาดเจ็บถึงทุพพลภาพ ศาลพิพากษาให้จำเลยที่ 1 และจำเลยที่ 2 บริษัทจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลที่มีวัตถุประสงค์เดินรถรับส่งคนโดยสารรับผิดชอบในค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเจ็บปวดทุกข์ทรมานและความพิการให้กับโจทก์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1155/2552 ศาลได้พิพากษาว่า “...ป.พ.พ. ลักษณะ 8 หมวด 2 ว่าด้วยการรับขนคนโดยสารไม่ได้กำหนดไว้ว่าความเสียหายที่ผู้ขนส่งจะต้องรับผิดชอบต่อคนโดยสารมีเฉพาะความเสียหายที่เป็นตัวเงินเท่านั้น ผู้ขนส่งย่อมต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่มีใช้ตัวเงินด้วย โจทก์ซึ่งเป็นคนโดยสารจึงมีสิทธิที่จะเรียกร้องให้จำเลยซึ่งเป็นผู้ขนส่งรับผิดชอบชำระค่าสินไหมทดแทนอันเนื่องมาจากโจทก์ไม่สามารถหางานหรือเอี่ยวคอได้ตามปกติ...”

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่าความรับผิดชอบทางสัญญาเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้น เป็นความรับผิดชอบตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยเอกเทศสัญญาเรื่องการรับขนคนโดยสารตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 634 หาได้เป็นการใช้สิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 215 ประกอบมาตรา 222

ฝ่ายที่ 2 อาทิจิต ศาสตราจารย์ ดร. จิต เศรษฐบุตร²¹⁹ ศาสตราจารย์ ดร. เสริม วินิจฉัยกุล²²⁰ ศาสตราจารย์วงษ์ วีระพงษ์²²¹ ศาสตราจารย์พิเศษโสภณ รัตนกร²²² พรรณิภา บุรพา

²¹⁹ จิต เศรษฐบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 216, น.83.

²²⁰ เสริม วินิจฉัยกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมและหนี้, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2515), น.172.

²²¹ วงษ์ วีระพงษ์, กฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ภาค 1-2 (เล่ม 2), (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2517), น.77.

²²² โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ : บทเบ็ดเสร็จทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2556), น.162.

ชีพ²²³ วิริทธิ์พล วินิตวัฒนคุณ²²⁴ ญาดา รัตนอารักขา²²⁵ รติกร กุลวรรกุลพิทักษ์²²⁶ และเพ็ญจันทร์ คล้ายเอี่ยม²²⁷ มีความเห็นว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการชำระหนี้ไม่ถูกต้องไม่จำเป็นต้องเป็นความเสียหายต่อทรัพย์สินของเจ้าหนี้เพียงอย่างเดียว เพราะเมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 213, 215, 217, 218, 222 กฎหมายกำหนดไว้เพียงว่าหากการชำระหนี้ของลูกหนี้ที่ไม่ต้องด้วยวัตถุประสงค์แห่งมูลหนี้ก่อให้เกิด “ความเสียหาย” ต่อเจ้าหนี้²²⁸ ถ้ามีความเสียหายอย่างใดเกิดขึ้นนอกเหนือจากความเสียหายต่อทรัพย์สิน อาทิ ความเสียหายต่อเนื้อตัวร่างกาย สุขภาพอนามัย เสรีภาพ ชื่อเสียง แม้ว่าความเสียหายเหล่านั้นไม่สามารถคิดคำนวณเป็นตัวเงินได้ แต่เมื่อความเสียหายเหล่านั้นเป็นผลโดยตรงและเป็นความเสียหายตามปกติที่เกิดขึ้นจากการไม่ชำระหนี้หรือการชำระหนี้ไม่ถูกต้อง เจ้าหนี้นี้ย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินด้วย²²⁹ ซึ่งแนวการปรับใช้กฎหมายในลักษณะนี้สอดคล้องกับแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส²³⁰

²²³ พรรณีภา บุรพาชีพ, "ค่าเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523), น.76-77.

²²⁴ วิริทธิ์พล วินิตวัฒนคุณ, "การกำหนดค่าเสียหายเนื่องจากการไม่ชำระหนี้ตามสัญญา," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), น.(1), 39-40, 65-66, 84-87.

²²⁵ ญาดา รัตนอารักขา, "ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน : ศึกษากรณีผิดสัญญา," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552), น.45-65.

²²⁶ รติกร กุลวรรกุลพิทักษ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 183*, น.121, 140.

²²⁷ เพ็ญจันทร์ คล้ายเอี่ยม, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 110*, น.89-90.

²²⁸ จีต เศรษฐบุตร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 216*, น.83.

²²⁹ เพ็งอ้าง.

²³⁰ See Prosser Williams L., Handbook of the Law of Torts, 4th ed., (St.Paul Minnesota : West Publishing Company, 1971), p. 620. ; B.S. Markesinis, A Comparative Introduction to the German Law of Tort, 3rd ed., (New York : Oxford University Press, 1994), pp. 689- 690. ; Barry Nicholas, The French Law of Contract, 2nd ed., (New York : Oxford University Press, 1992), p.227. อ้างถึงใน ไพรัช โชติบัณฑิต, "ความรับผิดชอบในทางสัญญาและละเมิด : ศึกษากรณีความคาบเกี่ยวกันของความรับผิด," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2544), น.30, *เชิงอรรถที่ 70*. และดู วิริทธิ์พล วินิตวัฒนคุณ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 224*, น.(1), 39-40, 65-66, 84-87.

มีข้อสังเกตอีกด้วยว่า ความเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญา มีลักษณะกว้างกว่าความเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด เนื่องจากสัญญาเกิดขึ้นจากหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา คู่สัญญาย่อมตกลงที่จะผูกพันกันอย่างไรก็ได้ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย สิทธิที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายลักษณะสัญญาจึงไม่จำกัดเพียงสิทธิตามกฎหมายลักษณะละเมิด เจ้าหนี้มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความเสียหายทุกประเภท ซึ่งรวมถึงความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ หรือความเสียหายต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด หากความเสียหายเหล่านั้นอยู่ในขอบเขตและวัตถุประสงค์ของสัญญาที่เจ้าหนี้และลูกหนี้มุ่งประสงค์ที่จะผูกพันต่อกัน

อย่างไรก็ดี การใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของผู้ป่วยต้องเป็นการเรียกร้องค่าเสียหายในความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงเท่านั้น ผู้ป่วยจะเรียกค่าเสียหายในลักษณะที่เป็นการแสวงหาประโยชน์หรือกำไรจากแพทย์ไม่ได้²³¹ นอกจากนี้หากผู้ป่วยได้รับการเยียวยาความเสียหายจนหมดสิ้นแล้ว ผู้ป่วยย่อมหมดสิทธิที่จะฟ้องเพื่อเรียกค่าเสียหาย เพราะไม่มีความเสียหายอย่างที่แพทย์จำต้องเยียวยาให้แก่ผู้ป่วยอีก ในกรณีที่ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และผู้ป่วยสิ้นสุดลงก่อนที่มีความเสียหายเกิดขึ้นหรือในกรณีที่แพทย์และผู้ป่วยไม่มีความผูกพันทางสัญญากันมาตั้งแต่ต้น ผู้ป่วยย่อมไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์²³² เช่น สัญญาที่หญิงเข้ารับการบำบัดโดยปราศจากซึ่งเหตุอันทำให้หญิงมีสิทธิเข้ารับการบำบัดได้โดยชอบด้วยกฎหมาย สัญญาเข้ารับการบำบัดดังกล่าวจึงเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมายและตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 แม้หญิงได้รับความเสียหายจากการบำบัดที่ผิดพลาด อาทิ หญิงได้รับอันตรายต่อร่างกายหรือเมื่อการบำบัดไม่ประสบผลสำเร็จและเป็นเหตุที่ทำให้หญิงให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์หรือพิการ หญิงก็ไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ตามกฎหมายลักษณะสัญญา

(3) ความเสียหายที่แพทย์มีหน้าที่ชดใช้เยียวยาให้กับผู้ป่วย

เนื่องด้วยลักษณะของหนี้ตามสัญญาเข้ารับการรักษายาบาลเป็นหนี้กระทำการ กล่าวคือ เป็นหนี้ที่ทำให้แพทย์มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังในการรักษายาบาล และมีหน้าที่งดเว้นจากการกระทำอย่างใดอันอาจเป็นเหตุทำให้ผู้ป่วยเจ้าหนี้ได้รับความเสียหาย หากมีความเสียหายอย่างใดเกิดขึ้นและเป็นผลมาจากการที่แพทย์ละเลยไม่ให้การรักษายาบาลหรือให้การรักษายาบาลโดยประมาท ผู้ป่วยมีเพียงสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์เท่านั้น ผู้ป่วยจะบังคับให้แพทย์ดำเนินการแก้ไขผลการรักษายาบาลหรือให้ทำการรักษายาบาลต่อไปโดยฝืนใจแพทย์ไม่ได้เพราะ

²³¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 791/2513

²³² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 779/2535

สภาพแห่งหนึ่งไม่เปิดช่องให้ทำเช่นนั้น สิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของผู้ป่วย คือ สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญาจากการที่แพทย์ไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้อง ซึ่งถ้าพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ในการเยียวยาความเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญา ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ได้อธิบายไว้ว่า “ถ้าการชำระหนี้จะพึงอำนวยประโยชน์ให้แก่เจ้าหนี้เป็นอย่างใด การชดใช้ค่าเสียหายก็พึงคำนวณเพื่อให้เจ้าหนี้ได้รับประโยชน์ก้ำกั้นเป็นอย่างอื่นเพื่อที่จะให้เจ้าหนี้ได้คงคืนสภาพหรือสถานะทางเศรษฐกิจการเงิน หรือความก้าวหน้าเช่นเดียวกับที่ได้มีการชำระหนี้กันถูกต้องบริบูรณ์ (L' execution par equivalent)”²³³ จากวัตถุประสงค์ของกฎหมายลักษณะสัญญาดังกล่าว วิธีการเยียวยาความเสียหายให้กับผู้ป่วยที่ได้รับความเสียหายก็คือ การทำให้ผู้ป่วยได้อยู่ในสถานะเสมือนว่าแพทย์ได้ชำระหนี้ให้กับผู้ป่วยด้วยความระมัดระวังและเป็นไปตามวัตถุประสงค์แห่งสัญญาซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 215 ประกอบมาตรา 222 ซึ่งค่าเสียหายที่ผู้ป่วยมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ประกอบไปด้วยค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ตามปกติจากการไม่ชำระหนี้ (มาตรา 222 วรรค 1) และค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นในพฤติการณ์พิเศษหากผู้ป่วยและแพทย์สามารถคาดเห็นหรือจะคาดเห็นได้ว่าจะมีความเสียหายเช่นนั้นเกิดขึ้น (มาตรา 222 วรรค 2)

(4) ความเสียหายเป็นผลมาจากการกระทำของแพทย์

หลักความรับผิดชอบในความเสียหายเนื่องจากการชำระหนี้ไม่ถูกต้องมีลักษณะเช่นเดียวกับหลักความรับผิดชอบเพื่อละเมิดกล่าวคือ ลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายต่อเจ้าหนี้ต่อเมื่อความเสียหายที่เกิดกับเจ้าหนี้เป็นผลมาจากการที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้อง ดังนั้น การพิจารณาว่าลูกหนี้มีหน้าที่เยียวยาความเสียหายให้กับเจ้าหนี้หรือไม่นั้นจำเป็นต้องพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลโดยมีทฤษฎีที่เกี่ยวข้องดังนี้²³⁴

ทฤษฎีที่ 1 ทฤษฎีเงื่อนไขหรือทฤษฎีผลโดยตรง ในการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลตามทฤษฎีนี้ เจ้าหนี้ต้องพิสูจน์ว่าถ้าปราศจากซึ่งการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้องของลูกหนี้ความเสียหายย่อมไม่เกิดขึ้น เมื่อมีความเสียหายอย่างใดเกิดขึ้นจากการที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ชำระหนี้ไม่ถูกต้องหรือชำระหนี้ล่าช้า ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบในความเสียหายอันเป็นผลมาจากการกระทำของตน

ทฤษฎีที่ 2 ทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสม ในการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลตามทฤษฎีนี้ ในบรรดาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ชำระหนี้ไม่

²³³ เสนีย์ ปราโมช, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 217*, น.851.

²³⁴ ศนันท์กรณ โสคติพันธ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 204*, น.330.

ถูกต้องหรือชำระหนี้ล่าช้า ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบในความเสียหายเท่าที่เหมาะสมกับกรณีซึ่งก็คือความเสียหายที่โดยปกติย่อมเกิดจากการทำผิดหน้าที่ของลูกหนี้ ส่วนความเสียหายที่เกินกว่าหรืออยู่นอกเหนือความคาดหมายของลูกหนี้ ลูกหนี้ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายเหล่านั้น

ทฤษฎีที่ 3 ทฤษฎีวัตถุประสงค์แห่งสัญญา นอกจากการพิจารณาความรับผิดชอบของลูกหนี้ตามทฤษฎีเงื่อนไขและทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสมแล้ว มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องพิจารณาความรับผิดชอบของลูกหนี้โดยอาศัยทฤษฎีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่อดูว่าวัตถุประสงค์ร่วมกันของคู่สัญญาที่ประสงค์ที่จะผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างกันมีอยู่อย่างใด เพราะในบางกรณีทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสมไม่เพียงพอต่อการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น เนื่องจากทฤษฎีมูลเหตุเหมาะสมไม่คุ้มครองความเสียหายที่อยู่ในความคาดเห็นของลูกหนี้ ทำให้เจ้าหนี้ไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในความเสียหายที่อยู่ในความคาดเห็นของลูกหนี้²³⁵ ทฤษฎีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาจึงยอมรับว่าเจ้าหนี้มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ลูกหนี้สามารถคาดเห็นได้

ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วว่าความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างผู้ป่วยกับแพทย์ สามารถเกิดขึ้นได้ทั้งในรูปแบบของสัญญาทางแพ่งหรือเป็นความสัมพันธ์ตามสัญญาจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งโดยปกติแล้วเมื่อมีความเสียหายอย่างใดเป็นผลมาจากความผิดพลาดในการรักษาพยาบาล ผู้ป่วยที่ได้รับความเสียหายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือกฎหมายลักษณะสัญญา

ในกระบวนการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิดที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้ในหัวข้อที่ 1 ประกอบไปด้วย (1) การตรวจสุขภาพของชายหรือหญิงก่อนสมรส (2) การตรวจสุขภาพของชายหรือหญิงก่อนตั้งครรภ์ (3) การตรวจให้คำแนะนำหรือปรึกษาทางพันธุศาสตร์ (4) การให้คำแนะนำเกี่ยวกับการวางแผนครอบครัวและการคุมกำเนิด (5) การให้บริการด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (6) การให้บริการรับฝากครรภ์ (7) การตรวจสุขภาพของทารกในครรภ์ (8) การรักษาพยาบาลทารกหรือหญิงในระหว่างที่หญิงกำลังตั้งครรภ์ (9) การทำคลอด (10) การทำแท้ง (11) การให้บริการตรวจสอบความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม (12) การดูแลและตรวจสอบความถูกต้องของเด็กแรกคลอดและก่อนส่งมอบให้แก่บิดามารดา ในกระบวนการดังกล่าวถ้ามีความผิดพลาดอย่างใดเกิดขึ้น ไม่ว่าจะเกิดมาจากการกระทำด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ความผิดพลาดในกระบวนการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิดย่อมเป็นเหตุทำให้ชาย หญิงและเด็กได้รับความเสียหาย ซึ่งผู้เขียนได้ทำการศึกษาลักษณะการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย 5 รูปแบบ กล่าวคือ

²³⁵ Guenter Heinz Treitel, *Remedies for Breach of Contract*, (Oxford : Clarendon Press, 1989), p.138. อ้างถึงใน เพ็ญจันทร์ คล้ายเอี่ยม, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 110*, น.79-80.

รูปแบบที่ 1 การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ (Wrongful Pregnancy)

รูปแบบที่ 2 การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth)

รูปแบบที่ 3 การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต (Wrongful Life)

รูปแบบที่ 4 การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิ (Preconception Tort) การทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล (Prenatal Tort) และการทำละเมิดจนเป็นเหตุทำให้ทารกถึงแก่ความตาย (Fetal Wrongful Death)

รูปแบบที่ 5 การฟ้องร้องในกรณีที่มีความผิดพลาดเกิดขึ้นในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์หรือในกรณีที่มีการส่งมอบเด็กผิดตัว

จากรูปแบบความเสียหายข้างต้น เมื่อพิจารณาตามกฎหมายไทยผู้เขียนมีความเห็นว่า ความเสียหายหลายรูปแบบยังไม่เคยเกิดขึ้นเป็นคดีความในประเทศไทย ตัวอย่างเช่น ความเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ความเสียหายจากความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ ในขณะที่ความเสียหายบางรูปแบบ ถ้าพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย การปรับใช้และการตีความกฎหมายตลอดจนความเห็นทางวิชาการพบว่ยังไม่มีความชัดเจนแน่นอนว่าผู้เสียหายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายหรือไม่ ตัวอย่างเช่น ความเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล หรือความเสียหายจากการทำละเมิดต่อเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนที่อยู่ภายนอกครรภ์ของหญิง เมื่อความเสียหายในแต่ละรูปแบบมีปัญหาทางกฎหมายปรากฏขึ้นจำนวนมาก ผู้เขียนจึงทำการศึกษาถึงบทบัญญัติกฎหมายและแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของต่างประเทศโดยละเอียดในบทที่ 3 เพื่อนำไปวิเคราะห์และเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยต่อไปในบทที่ 4

บทที่ 3

ความผิดพลาดทางการแพทย์เกี่ยวกับการเกิดในต่างประเทศ

จากบทที่ 2 ผู้เขียนได้ทำการศึกษาความรู้เบื้องต้นว่าด้วยกระบวนการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิดในหลายช่วงเวลา นับตั้งแต่ช่วงเวลาก่อนที่ชายและหญิงทำการสมรส ช่วงเวลาก่อนที่หญิงตั้งครรภ์ ช่วงเวลาภายหลังที่หญิงตั้งครรภ์ ช่วงเวลาภายหลังที่หญิงคลอดบุตร ในกรณีที่มีความผิดพลาดอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นในกระบวนการดังกล่าว อาจเป็นเหตุทำให้เกิดความเสียหายได้หลายรูปแบบ และทำให้บุคคลหลายฝ่ายได้รับความเสียหาย อาทิ ชาย หญิง ทารกในครรภ์ ทารกที่กำลังจะได้รับการปฏิสนธิในอนาคต ตัวอ่อนภายนอกครรภ์ เซลล์สืบพันธุ์ โดยรูปแบบความเสียหายและการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ในกระบวนการเกิดแบ่งเป็น 5 รูปแบบ ดังนี้

รูปแบบที่ 1 ความเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ อันเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ในกระบวนการคุมกำเนิดและการผ่าตัดทำหมัน การทำแท้ง การตรวจสอบการตั้งครรภ์ หรือการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ในต่างประเทศเรียกรูปแบบความเสียหายนี้ว่า “Wrongful Pregnancy” หรือ “Wrongful Conception”

รูปแบบที่ 2 ความเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ อันเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ในกระบวนการตรวจและให้คำแนะนำก่อนสมรสหรือก่อนตั้งครรภ์ การให้คำแนะนำและคำปรึกษาทางพันธุศาสตร์ การตรวจสอบสุขภาพของหญิงระหว่างตั้งครรภ์ การตรวจสุขภาพของทารกในครรภ์ และกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยความผิดพลาดข้างต้นเป็นเหตุทำให้หญิงและหรือชายไม่สามารถหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือทำให้หญิงสูญเสียโอกาสในการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเมื่อว่าทารกในครรภ์พิการหรือเป็นโรคทางพันธุกรรม จนท้ายที่สุดหญิงและชายต้องให้กำเนิดบุตรที่พิการ ในต่างประเทศเรียกรูปแบบความเสียหายนี้ว่า “Wrongful Birth”

รูปแบบที่ 3 ความเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต อันเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ครั้งเดียวกับความเสียหายรูปแบบที่ 2 ความผิดพลาดดังกล่าวเป็นเหตุทำให้เด็กเสียโอกาสที่จะไม่ถูกปฏิสนธิ เสียโอกาสที่จะไม่ถูกเลือก หรือเสียโอกาสที่จะถูกทำแท้ง ในท้ายที่สุดเด็กต้องเกิดขึ้นมาพร้อมกับร่างกายที่พิการหรือปัญหาสุขภาพอย่างรุนแรง ในต่างประเทศเรียกรูปแบบความเสียหายนี้ว่า “Wrongful Life”

รูปแบบที่ 4 ความเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกิดขึ้นก่อนที่มีการปฏิสนธิหรือก่อนที่เด็กมีสภาพบุคคลตามกฎหมาย ความผิดพลาดดังกล่าวเป็นผลโดยตรงทำให้เด็กพิการ มีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง หรือเป็นเหตุทำให้ทารกถึงแก่ความตายก่อนมีสภาพบุคคล

รูปแบบที่ 5 ความเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับชายและหรือหญิง อันเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ อาทิ ความผิดพลาดในกระบวนการปฏิสนธิภายนอกครรภ์ หรือความผิดพลาดในขั้นตอนการเลือกตัวอ่อน และความเสียหายที่หญิง ชายและเด็ก ไม่ได้อยู่อาศัย ไม่ได้รับการอุปการะเลี้ยงดู และสูญเสียโอกาสที่จะได้รับมรดกซึ่งกันและกัน ซึ่งเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ในกระบวนการตรวจสอบและระบุอัตลักษณ์ของเด็กแรกคลอดจนทำให้มีการส่งมอบเด็กผิดตัว

เมื่อความเสียหายบางรูปแบบไม่เคยปรากฏขึ้นในประเทศไทย ซึ่งอาจมีสาเหตุมาจากการที่ผู้เสียหายไม่ทราบถึงสิทธิที่ตนมีตามกฎหมาย หรืออาจเป็นเหตุมาจากการที่ผู้เสียหายไม่นิยมที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายดังกล่าว แต่ด้วยลักษณะของความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการเกิด ที่โดยปกติจะเกิดขึ้นพร้อมกับพัฒนาทางการของวิทยาศาสตร์ ไม่ว่าจะเป็ความผิดพลาดที่แพทย์เลือกใช้วิธีการรักษาพยาบาลที่ไม่เหมาะสม การเลือกใช้เทคโนโลยีที่ไม่เหมาะสมกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป การขาดความรู้หรือความเข้าใจของผู้ปฏิบัติการในโรงพยาบาล เมื่อความผิดพลาดเหล่านี้ต่างเคยเกิดขึ้นในประเทศผู้คิดค้นและเป็นต้นกำเนิดวิชาความรู้ทางการแพทย์แล้วทั้งสิ้น¹ ด้วยการที่ประเทศไทยเป็นหนึ่งในประเทศที่ต้องอาศัย

¹ ในประเทศสหรัฐอเมริกาเมื่อวิทยาการที่เกี่ยวข้องกับการตรวจและการวิเคราะห์สุขภาพของทารกมีความเจริญก้าวหน้ามากกว่าประเทศอื่นๆ อย่างมีนัยสำคัญ ทำให้ประชาชนในสังคมมีความคาดหวังและต้องการให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์เท่านั้น ในกรณีที่ชายและหญิงคนใดให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรงตั้งแต่กำเนิด ชายและหญิงเหล่านั้นต่างคิดว่าการที่ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงและป้องกันกาให้กำเนิดบุตรที่พิการเป็นเพราะความผิดพลาดหรือการกระทำโดยประมาทของแพทย์ โดยที่ความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กหาได้เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติหรือหาใช่ว่าแพทย์จะไม่สามารถป้องกันการเกิดของเด็กได้ ด้วยเหตุที่ชายและหญิงต้องการให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์เท่านั้นเอง ทำให้ปริมาณคดีความที่เกี่ยวข้องกับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิดมีปริมาณสูงและมีแนวโน้มเพิ่มมากขึ้นในทุกๆ ปี

วิชาความรู้และเครื่องมือทางการแพทย์จากประเทศดังกล่าว ความเสียหายทั้ง 5 รูปแบบ จึงมีโอกาสที่จะเกิดขึ้นได้ในประเทศไทย² ในอนาคตอันใกล้

แม้ปัจจุบันยังไม่พบปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้น ผู้เขียนเห็นว่าการเตรียมความพร้อมและแนวทางการแก้ไขปัญหาย่อมให้ผลที่ดีกว่าการรอให้มีปัญหาเกิดขึ้นก่อนแล้วจึงหาวิธีการแก้ไข และด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ต้องการให้ความคุ้มครองสิทธิของคู่พิพาททั้งสองฝ่ายไม่ว่าจะเป็นฝ่ายที่ได้รับความเสียหายหรือฝ่ายที่เป็นต้นเหตุแห่งความเสียหาย หากกฎหมายรอให้เกิดมีข้อพิพาทก่อนจึงจะหาทางแก้ไข แนวคิดเช่นนี้ไม่ต่างอะไรกับการที่กฎหมายปฏิบัติต่อผู้เสียหายเสมือนว่าเป็นเหยื่อของกระบวนการยุติธรรม และเป็นเพียงหนึ่งในบททดสอบประสิทธิภาพและการบังคับใช้กฎหมายเพียงเท่านั้น

จากปัญหาข้างต้นผู้เขียนตระหนักถึงความจำเป็นที่ต้องศึกษาถึงพัฒนาการ แนวทาง และวิธีการปรับใช้กฎหมาย ตลอดจนความคิดเห็นของนักวิชาการในต่างประเทศ โดยผู้เขียนได้เลือกศึกษาด้วยวิธีการศึกษากฎหมายในเชิงเปรียบเทียบ (Comparative Method) ซึ่งได้ศึกษากฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Common Law) และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Civil Law)³ แม้ว่าความเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับ

² วิฑูรย์ อั้งประพันธ์, กฎหมายการแพทย์: ความรับผิดชอบทางกฎหมายของผู้ประกอบวิชาชีพ ด้านการแพทย์และสาธารณสุข, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2546), น.72.

³ นอกเหนือจากประเทศที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับเกิดยังพบในประเทศอื่นๆ ที่มีความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ ตัวอย่างเช่น ประเทศญี่ปุ่น มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) ปรากฏใน Tokyo District Court Judgment of September 18,1979 (Hanrei Jiho, No. 945, p.65), Tokyo District Court Judgment of July 22,1983 (Hanrei Jiho, No. 1100, p.89), Tokyo District Court Judgment of July 8, 1992 (Hanrei Jiho, No. 1468, p.116), Maebashi District Court Judgment of December 15,1992 (Hanrei Jiho, No. 1474, p.134) cited in Hideyuki Yahata, “Moral Thinking about The Embryo-Fetus Period : Reconsidering The Problems of Identity and Existence,” in Taking Life and Death Seriously - Bioethics from Japan, ed Takao Takahashi, (Emerald Group Publishing Limited, 2005), p.83. ประเทศเกาหลีใต้ มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต (Wrongful Life) see Young-Rhan Um, “A Critique Of A ‘Wrongful Life’ lawsuit In Korea,” Nursing Ethics, Issue 3, Volume 7, pp.250-261 (2000) ประเทศฮ่องกง มีการ

กระบวนการเกิดได้ปรากฏขึ้นในต่างประเทศมาเป็นเวลานานแล้วก็ตาม แต่ศาลและนักวิชาการของแต่ละประเทศมีวิธีการปรับใช้กฎหมาย (Legal application) และตีความกฎหมาย (Legal interpretation) แตกต่างกันไป⁴

ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ see Athena Liu, "Wrongful Pregnancy and Ho Yee-Sup & Chan Kwai-Chun v Dr May Chan Yuk-May & Others," *Asia Pacific Law Review*, Volume 1, Issue 2, pp.134-150 (1992).

ประเทศจีนแนวทางการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยังไม่เป็นที่แน่ชัดว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ (Wrongful Pregnancy) หรือการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) หรือไม่ เพราะในบางคดีศาลพิจารณาว่าความผิดพลาดทางการแพทย์ที่ทำให้หญิงเสียสิทธิที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้งและทำให้หญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการไม่มีความเสียหายตามกฎหมาย ในขณะที่บางคดีเห็นว่าเหตุดังกล่าวเป็นความเสียหายตามกฎหมายด้วยเหตุผลที่แตกต่างออกไป ตัวอย่างเช่น เมื่อหญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเพื่อหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการ การกระทำโดยประมาทของแพทย์ที่ทำให้หญิงเสียสิทธิที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้งจึงเป็นการกระทำละเมิดต่อหญิง หรือในบางคดีศาลเห็นว่าความรับผิดชอบของแพทย์ที่มีต่อชายหรือหญิงอยู่บนเงื่อนไขของความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล กล่าวคือ ถ้าการที่ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการเป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ แพทย์ย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องชดใช้ความเสียหายที่เป็นผลมาจากการกระทำของตน ทั้งนี้ ในคดีที่ศาลยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวกับการเกิด ศาลเห็นว่าค่าเสียหายที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ประกอบไปด้วย ค่าขาดรายได้จากการที่ชายหรือหญิงไม่สามารถประกอบกิจการงานได้ตามปกติ ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติ และค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่เพิ่มมากขึ้นจากปัญหาสุขภาพของเด็ก ค่าใช้จ่ายในการให้การรักษาพยาบาลหญิงและเด็ก ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน see Yuanshi Bu, *Chinese Civil Law*, (Germany : C.H. Beck Hart Nomos, 2013), pp.146-147.

⁴ ในการศึกษาปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวกับการเกิด มีความจำเป็นที่ผู้ศึกษาต้องสังเกตว่าผู้เสียหายใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามหลักกฎหมายใด กล่าวคือ เป็นการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด (Tort Liability) การใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญา (Contract Liability) หรือเป็นการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายเฉพาะ เพราะการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยอาศัยกฎหมายที่แตกต่างกันอาจให้ผลทางกฎหมายที่แตกต่าง

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิด (การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์: Wrongful Pregnancy) ปรากฏขึ้นครั้งแรกประมาณปี ค.ศ. 1930 แต่เริ่มเป็นคดีความอย่างแพร่หลายประมาณปี ค.ศ. 1960⁵ ซึ่งเป็นช่วงเวลาเดียวกับการรวมกลุ่มและการรณรงค์ของกลุ่มสิทธิสตรี (Feminist)⁶ เรียกร้องให้สังคม หลีกเลี่ยงการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อหญิง และเรียกร้องให้มีกฎหมายรับรองสิทธิและให้ความคุ้มครองสตรีอย่างเท่าเทียม⁷ ประกอบกับนิติกระบวนทัศน์ของนักกฎหมายในประเทศต่างๆ ที่

กันออกไป จากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศผู้เขียนพบว่า ในกรณีที่ผู้เสียหายใช้ สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญา โอกาสที่ศาลจะยินยอมให้ผู้เสียหาย ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์มีมากกว่ากรณีที่ผู้เสียหายเลือกใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย ตามกฎหมายลักษณะละเมิด see Norton Rose Fulbright, “Wrongful Pregnancy, Birth & Life Claims,” (Retrieved on 13 August 2015) from <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/44118/wrongful-pregnancy-birth-life-claims>)

อย่างไรก็ดี Dean Stretton แสดงความเห็นไว้ว่า ถ้าศาลพิจารณาได้ความว่าความเสียหายเป็นผลมาจากความผิดของแพทย์ ผู้เสียหายย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยไม่คำนึงว่า เป็นการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยอาศัยกฎหมายใด และด้วยเหตุดังกล่าวจะไม่มีหลักกฎหมายหรือนโยบายสาธารณะใดที่ส่งผลทำให้ผู้เสียหายเสียสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย see Dean Stretton, "Birth Torts: Damages for Wrongful Birth and Wrongful Life, The," Deakin Law Review, Volume 10, p.319 (2005)

⁵ Romain M. Lorentz, “The Use of Comparative Law by Courts in Birth-Related Tort Cases,” in Courts and Comparative Law, eds. Mads Andeneas and Duncan Fairgrieve, (Oxford : Oxford University Press, 2015), p.641. and Basil Markesinis and Hannes Unberath, The German Law of Torts : A Comparative Treatise, 4th ed., (Oxford : Hart Publishing, 2002), p.48.

⁶ Nicolette Priaulx, “Joy to the World! A (healthy) Child Is Born! Reconceptualizing Harm In Wrongful Conception,” Social & legal studies, Issue 1, Volume 13, p.5 (2004).

⁷ Nicolette Priaulx, The Harm Paradox : Tort Law And The Unwanted Child In An Era Of Choice, (New York : Routledge-Cavendish, 2007), p.(ix). ; Erin Nelson, Law, Policy and Reproductive Autonomy, (Portland : Hart Publishing, 2013), p.205.

ยอมรับว่าหญิงมีสิทธิส่วนบุคคล (Right to Privacy) ในการกำหนดอนาคตของตนเอง (Right to Self-determination)⁸ พร้อมทั้งมีสิทธิเลือกที่จะทำแท้ง (Right to Abortion)⁹ อันเป็นสิทธิที่พัฒนามาจากสิทธิที่จะเลือกไม่ให้เกิดบุตรเมื่อไม่พึงประสงค์ (Freedom of Procreation)¹⁰ ทำให้บทบัญญัติหรือแนวทางการปรับใช้กฎหมายของประเทศต่างๆ ได้ปรับตัวเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพความเปลี่ยนแปลงของสังคม เห็นได้จากการที่กฎหมายในประเทศต่างๆ ให้เสรีภาพกับหญิงเพื่อเข้ารับการกระทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลรัฐธรรมนูญมีคำพิพากษาคดี Roe v Wade¹¹ รับรองว่าสิทธิในการเลือกที่จะทำแท้งของหญิงเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ¹² ในขณะที่ประเทศอังกฤษฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีชื่อว่า The Abortion Act 1967 เป็นกฎหมายที่กำหนดเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ในการเข้ารับการกระทำแท้งที่ชอบด้วยกฎหมาย ให้มีความชัดเจนแน่นอนเพิ่มมากขึ้น เช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส ในวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1975 (แก้ไขเพิ่มเติมวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 2001) ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมาย Law 2001-588 ให้สิทธิกับหญิงเข้ารับการกระทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย และด้วยเหตุที่กฎหมายในประเทศต่างๆ ทั่วโลกต่างรับรองว่าการกระทำแท้งเป็น “สิทธิ” ขั้นพื้นฐานของหญิงตามกฎหมาย จึงเป็นสาเหตุประการหนึ่งที่ทำให้การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิด เริ่มเป็นที่นิยมอย่างแพร่หลายและกระจายไปยังประเทศต่างๆ ทั่วโลกอย่างรวดเร็ว¹³

เมื่อการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิดเป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายรูปแบบใหม่ที่เต็มไปด้วยข้อความคิดทางปรัชญา ศาสนา วัฒนธรรม จารีตประเพณี นโยบายสาธารณะ¹⁴ ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งล้วน

⁸ Liddington v Burns, 916 F. Supp 1127, 1131 (W.D Okla 1995)

⁹ Nicolette Priaulx, *supra* note 6.

¹⁰ Roe v Wade 410 U.S. 113 (1973)

¹¹ 410 US 113 93 S Ct 705 (1973)

¹² การที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำพิพากษารับรองว่าสิทธิทำแท้งเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญ อีกทั้งยังรับรองว่าหญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการกระทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ด้วยเหตุดังกล่าวทำให้แนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในมลรัฐต่างๆ เปลี่ยนแปลงไป โดยปัจจุบันศาลในมลรัฐต่างๆ มีความเห็นตรงกันว่าหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเสียชีวิตเลือกที่จะเข้ารับการกระทำแท้ง (Wrongful Birth) see Romain M. Lorentz, *supra* note 5, p.640 at footnote 1.

¹³ Basil Markesinis and Hannes Unberath, *supra* note 5, p.48.

¹⁴ *Ibid.*

แตกต่างกันไปตามความเชื่อของแต่ละบุคคล¹⁵ นอกจากนี้ ยังมีปัญหาทางกฎหมายอื่นๆ ที่ยังคงเป็นปัญหาที่ไม่สามารถหาข้อยุติได้ อาทิ นิติสถานะของทารกที่ยังไม่มีสภาพบุคคล (Legal status of unborn child) นิติสถานะของเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อน (Legal status of gamete and embryo) ความขัดกันแห่งสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของชายและหญิง (Privacy Right) กับสิทธิที่จะมีชีวิต (Right to Life) ของทารกในครรภ์ ซึ่งต่างเป็นสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน¹⁶ และด้วยปัญหาทางกฎหมายดังกล่าว ทำให้ศาลในประเทศต่างๆ เห็นตรงกันว่า การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวกับการเกิด เป็นหนึ่งในรูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่มีความซับซ้อนและละเอียดอ่อนมากที่สุดเท่าที่ปรากฏในปัจจุบัน¹⁷ ส่งผลทำให้ศาลไม่กล้ายินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในลักษณะดังกล่าวเกิดขึ้น¹⁸

อย่างไรก็ดี แม้ว่ารูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายข้างต้นเต็มไปด้วยปัญหาที่มีความละเอียดอ่อน แต่พบว่าศาลในบางประเทศซึ่งเป็นส่วนน้อยเลือกที่จะพิจารณาและพิพากษาคดีโดยอาศัยวิธีการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับหลักกฎหมายพื้นฐาน โดยไม่คำนึงถึงเหตุปัจจัยหรือความเชื่ออย่างอื่นที่ล้วนแต่ยังไม่มีความชัดเจนแน่นอนและยังไม่ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมาย ในขณะที่ศาลของอีกหลายประเทศซึ่งพบได้เป็นจำนวนมากเลือกที่จะพิจารณาพิพากษาคดีโดยอาศัยการศึกษาเปรียบเทียบกับแนวทางการปรับใช้กฎหมายของศาลในต่างประเทศ ซึ่งบ่อยครั้งพบว่าศาลได้อ้างอิงคำพิพากษาหรือความเห็นของผู้พิพากษาในคดีต่างๆ เพื่อเพิ่มน้ำหนักความน่าเชื่อถือและทำให้

¹⁵ แม้การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์จะทำให้เกิดปัญหาทางกฎหมายที่ยุ้งยากเพียงใดก็ตาม แต่ศาลก็มีหน้าที่ที่จะต้องพิจารณาพิพากษาคดีตามหลักกฎหมายพื้นฐานเท่านั้น see Janet L. Dolgin and Lois L. Shepherd, *Bioethics and the Law*, (New York : Aspen Publication, 2005), p.338.

¹⁶ *Morris v Sanchez*, 746 P.2d 184,187 (OKla 1987)

¹⁷ Basil Markesinis and Hannes Unberath, *supra note 5*, p. 48. ; Attila Fenyves, Ernst Karner, Helmut Koziol and Elisabeth Steiner, *Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, (Germany : Walter de Gruyter, 2012), p.276.

¹⁸ Magdalena Kancler, "To Be or Not to Be Born? Civil Liability for Damage Resulting from Birth in a Comparative Context : Recent Polish and Irish Caselaw Concerning Wrongful Birth and Wrongful Conception," *Electronic Journal of Comparative Law*, Volume 13, Issue 3, pp.1-9 (2009)

ความเห็นหรือคำพิพากษามีความชอบธรรมและเป็นที่ยอมรับมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งนิติวิธีของศาลในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี ตัวอย่างเช่น ประเทศอังกฤษก่อนที่ศาลจะพิจารณาว่าหญิงและชายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์หรือไม่ ศาลสูง (House of Lords) ได้ศึกษาเปรียบเทียบกับแนวการปรับใช้กฎหมายของศาลต่างประเทศ อาทิ ประเทศสหรัฐอเมริกา¹⁹ ประเทศแคนาดา²⁰ ประเทศออสเตรเลีย²¹ ประเทศนิวซีแลนด์²² ประเทศเยอรมนี²³ ประเทศฝรั่งเศส²⁴ ซึ่งท้ายที่สุดศาลเห็นว่าเฉพาะหญิงเท่านั้นที่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ แต่หญิงและชายไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์ ในขณะที่นิติวิธีของศาลในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร อาทิ ประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส ศาลจะพิจารณาและพิพากษาคดีโดยยึดตัวบทกฎหมายเป็นหลัก แม้บางครั้งศาลได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบกับคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ และอ้างอิงถึงวิธีการปรับใช้กฎหมายของประเทศต่างๆ แต่วิธีดังกล่าวพบได้ไม่บ่อยครั้งและต้องเป็นกรณีที่มีความจำเป็นซึ่งศาลไม่สามารถอำนวยความสะดวกให้กับผู้เสียหายโดยอาศัยเพียงหลักกฎหมายที่ปรากฏในตัวบทกฎหมายเท่านั้น

ในการศึกษาเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ คุณค่าของการศึกษาไม่ใช่การค้นหบทบัญญัติกฎหมาย แนวทางการปรับใช้กฎหมายหรือแนวทางการพิจารณาคดีที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดเพื่อนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงลักษณะเดียวกัน หากแต่เป็นการศึกษาเพื่อทำความเข้าใจต่อประเด็นปัญหาทางกฎหมาย นิติวิธี และเหตุผลในการปรับใช้กฎหมายของศาลแต่ละประเทศ เพราะไม่ว่าอย่างไรก็ตาม นักกฎหมายก็ไม่สามารถนำรูปแบบและวิธีการปรับใช้กฎหมายหรือการแก้ไขปัญหาของประเทศอื่นมาปรับใช้กับปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในอีกประเทศหนึ่งโดยไม่คำนึงถึงบริบทของสังคม เพราะหน้าที่ของนักกฎหมายในการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบคือการค้นหาเจตนารมณ์และจิตวิญญาณที่อยู่เบื้องหลังหลักเกณฑ์ของกฎหมาย ตลอดจนวิธีการแก้ไขปัญหาเหล่านั้นเพื่อนำประโยชน์ทางวิชาการที่ได้รับจากการศึกษามาปรับใช้กับข้อเท็จจริงให้สอดคล้องกับบริบทของสังคม

¹⁹ Johnson v University Hospital of Cleveland 540 NE2d 1370 (1989)

²⁰ Kealey v Berezowski (1996) 136 DLR (4th) 708.

²¹ CES v Superclinics (Australia) Pty Ltd 38 NSWLR 47 (1995).

²² Re Z 3 NZAR 279 (1982) ; XY v Accident Compensation Corp 4 NZAR 219 (1984)

²³ BGHZ 18 March 1980.

²⁴ Cass.Civ 25 June 1991, D1991, 566.

รูปแบบความเสียหายและการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการเกิดทั้ง 5 รูปแบบ มีรายละเอียดดังนี้

1. การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ หรือ “Wrongful Pregnancy” หมายถึง รูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ในกระบวนการคุมกำเนิด การปฏิสนธิด้วยวิธีการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ การตรวจการตั้งครรภ์หรือการทำแท้ง โดยความผิดพลาดทางการแพทย์ส่งผลทำให้หญิงตั้งครรภ์และคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ในขณะที่เดียวกันยังทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์อีกด้วย

ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าในทางตำราคำอธิบายกฎหมายหรือบทความทางวิชาการของต่างประเทศ มีการใช้ถ้อยคำว่า “Wrongful Pregnancy”, “Wrongful Conception” และ Wrongful Birth ปะปนกัน จนกระทั่งยังไม่พบข้อยุติว่าคำเหล่านี้ให้ความหมายเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ของผู้เขียนแต่ละคน²⁵ โดยผู้เขียนขออธิบายถึงนิยามคำศัพท์ดังกล่าวดังต่อไปนี้

(1) “Wrongful Conception” เป็นคำที่นักวิชาการเลือกใช้แทนคำว่า “Wrongful Pregnancy” เนื่องจากถ้อยคำทั้งสองมีความหมายเหมือนกันและสามารถใช้แทนที่กันได้โดยไม่จำเป็นต้องแบ่งแยกความแตกต่าง²⁶

อย่างไรก็ดี นักวิชาการอีกส่วนหนึ่งพยายามอธิบายความแตกต่างของถ้อยคำทั้งสอง โดยให้ความเห็นว่า “Wrongful Conception” ใช้กับการกระทำโดยประมาทของแพทย์ที่เกิดขึ้น

²⁵ Ian Kennedy and Andrew Grubb, *Medical Law : Text with Materials*, (London : Butterworths, 1994), p.977. ; Thomas Dewitt Rogers Iii, "Wrongful Life and Wrongful Birth: Medical Malpractice in Genetic Counseling and Prenatal Testing," *South Carolina Law Review*, Volume 33, pp.713-720 (1981) ; Harvey Teff, "The Action for “Wrongful Life” in England and the United States," *International And Comparative Law Quarterly*, Volume 34, Issue 3, pp.423-441 (1985) and Romain M. Lorentz, *supra note 5*, p.641.

²⁶ Romain M. Lorentz, *supra note 5*, p.644. ; Liza F Cohen, "Recovery of Limited Damages in Wrongful Pregnancy Action : Johnson v University Hospitals of Cleveland," *Journal of Law And Health*, Issue 1, Volume 4, p.84 (1989).

ก่อนที่หญิงตั้งครรภ์แล้วเท่านั้น อาทิ การผ่าตัดทำหมันโดยประมาท (Negligence in Vasectomy/ Sterilization) การไม่ได้แจ้งเตือนถึงโอกาสที่การผ่าตัดทำหมันอาจล้มเหลว (Fail to inform the failure of vasectomy) การไม่ติดตามตรวจสอบผลสำเร็จของการผ่าตัดทำหมัน (Fail to follow up the result) การให้คำยืนยันว่าการผ่าตัดทำหมันประสบความสำเร็จ (Guarantee the result of the operation) การให้คำแนะนำเกี่ยวกับวิธีการและประสิทธิภาพของการคุมกำเนิดแต่ละประเภท รวมทั้งการให้คำแนะนำถึงอัตราความเสี่ยงที่หญิงอาจตั้งครรภ์ การกระทำโดยประมาทในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์อันเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรมากกว่าปริมาณที่ต้องการ

เหตุผลที่นักวิชาการพยายามแยกความแตกต่างระหว่าง “Wrongful Conception” และ “Wrongful Pregnancy” เนื่องจากนักวิชาการเห็นว่าประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นใน “Wrongful Conception” มีเพียงว่าการตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายตามกฎหมายหรือไม่ โดยไม่มีประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการเสียสิทธิในการเลือกเข้ารับการทำแท้งหรือการพยายามทำแท้งที่ไม่ประสบความสำเร็จ เพราะเมื่อใดก็ตามที่กฎหมายเข้าไปเกี่ยวข้องกับปัญหาว่าด้วยการการทำแท้ง ย่อมทำให้กฎหมายเหล่านั้นต้องกลายเป็นเรื่องที่จะเอียงต่ออ่อนทันที โดยเฉพาะอย่างยิ่งในปัญหาที่ว่ากฎหมายควรยินยอมให้หญิงมีสิทธิเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หรือกฎหมายควรยินยอมให้หญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเสียสิทธิเข้ารับการทำแท้งหรือไม่ ปัญหาว่าด้วยการทำแท้งจึงสร้างความยุ่งยากให้กับ “Wrongful Pregnancy” อย่างน้อย 2 ประการ²⁷ ดังนี้

ประการที่ 1 ในกรณีที่การกระทำโดยประมาทของแพทย์ ทำให้หญิงเสียสิทธิเลือกเข้ารับการทำแท้ง เช่น การกระทำโดยประมาทในขั้นตอนการตรวจสอบผลการตั้งครรภ์จนทำให้แพทย์ตรวจพบการตั้งครรภ์เมื่อล่วงเลยเวลาที่หญิงสามารถทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย²⁸ ในการพิจารณาว่าหญิงได้รับความเสียหายจากความผิดพลาดของแพทย์หรือไม่ ต้องพิจารณาเสียก่อนว่าหญิงมีสิทธิเลือกเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เพราะหากหญิงไม่มีสิทธิเลือกเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย แม้ว่าความผิดพลาดที่เกิดขึ้นจะเป็นผลมาจากการกระทำโดย

²⁷ David Kerrane, “ Damages for Wrongful Pregnancy. ” Journal of Contemporary Legal Issue, Volume 11, p.467 (2000-2001) and A. Holder, “ Physician’s Failure to Diagnose Pregnancy,” in American Jurisprudence Proof of Facts 2d Series 7, (San Francisco : Lawyers Cooperative Publishing, 1974), p.579.

²⁸ Cockrum v Baumgartner, 99 11. App. 3d 271,273, 425 N.E.2d 968,970, rev'd 95 Ill. 2d 193, 447 N.E.2d 385 (1981), cert. denied, 464 U.S. 846 (1983)

จงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ตาม ความผิดพลาดดังกล่าวก็ไม่ทำให้หญิงได้รับความเสียหายแต่อย่างใด แต่ถ้ากฎหมายยอมรับว่าหญิงมีสิทธิเลือกเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ความผิดพลาดของแพทย์จึงทำให้หญิงเสียสิทธิที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมาย

ประการที่ 2 ในกรณีที่การกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นเหตุทำให้การทำแท้งไม่ประสบความสำเร็จ ทั้งยังเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์²⁹ การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำแท้งที่ไม่ประสบความสำเร็จจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อการเข้ารับการทำแท้งเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น มิเช่นนั้นแล้วหญิงผู้เข้ารับการทำแท้งและชายสามีย่อมไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากการกระทำผิดของตน เพราะการใช้สิทธิดังกล่าวเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

ด้วยเหตุผลที่ “Wrongful Conception” ไม่เกี่ยวข้องข้อกับปัญหาว่าด้วยการทำแท้ง ทำให้ศาลในหลายประเทศเลือกที่จะยอมรับ “Wrongful Conception” มากกว่า “Wrongful Pregnancy” แม้ว่าความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ทั้ง 2 กรณี มีลักษณะคล้ายคลึงกันมากเพียงใดก็ตาม³⁰

(2) “Wrongful Birth” หมายถึง รูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการที่ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง อันเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ในหลายช่วงเวลา อาทิ ความผิดพลาดก่อนตั้งครรภ์ เช่น ความผิดพลาดในการตรวจสอบความเสี่ยงในการตั้งครรภ์ หรือการให้คำแนะนำทางพันธุศาสตร์ อันเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงสูญเสียสิทธิที่จะป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการ หรือความผิดพลาดทางการแพทย์ภายหลังตั้งครรภ์ อาทิ ความผิดพลาดในการตรวจสอบสุขภาพของทารกจนเป็นเหตุทำให้หญิงไม่สามารถเลือกเข้ารับการทำแท้ง หรือความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์จนเป็นเหตุทำให้หญิงและชายไม่สามารถให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์

²⁹ Stills v Gratton, 55 Cal. App. 3d 698, 127 Cal. Rptr. 652 (1976)

³⁰ Philip Braverman, "Wrongful Conception : Who Pays for Bringing up Baby," Fordham Law Review, Volume 47, Issue 3, pp.418-419 (1978-1979) ; Renee Madeleine Hom, "Wrongful Conception : North Carolina's Newest Prenatal Tort Claim -- Jackson v Bumgardner," North Carolina Law Review, Volume 65, Issue 6, p.1094 (1986-1987) ; Ralph R. Frasca, "Negligence Beginnings : Damages in Wrongful Conception, Wrongful Birth and Wrongful Life," Journal of Forensic Economics, Issue 2, Volume 19, pp.185-186 (2006)

เมื่อความผิดพลาดในกระบวนการผ่าตัดทำหมันหรือการทำแท้งอาจเป็นเหตุทำให้หญิงและชายให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือมีปัญหาสุขภาพได้เช่นเดียวกัน บ่อยครั้งนักวิชาการจึงเห็นว่า “Wrongful Pregnancy” และ “Wrongful Birth” สามารถใช้แทนที่กันได้³¹

สำหรับวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ผู้เขียนเลือกใช้คำว่า “Wrongful Pregnancy” ให้ความหมายครอบคลุมถึง “Wrongful Conception” เพราะผู้เขียนเห็นว่าความแตกต่างของถ้อยคำทั้งสองมีเพียงประการเดียว คือ ความแตกต่างที่เกี่ยวกับสิทธิในการทำแท้ง³²

นอกจากนี้เมื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นใน “Wrongful Pregnancy” ต้องเป็นผลมาจากความผิดพลาดที่เป็นเหตุทำให้หญิงและชายไม่สามารถหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรได้ในทุกกรณี กล่าวคือ ต้องเป็นกรณีที่หญิงและชายไม่ประสงค์ที่จะให้กำเนิดบุตรมาตั้งแต่ต้น ส่วนความเสียหายที่เกิดขึ้นใน “Wrongful Birth” ต้องเป็นผลมาจากความผิดพลาดที่เป็นเหตุทำให้หญิงและชายไม่สามารถหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการ กล่าวคือ ต้องเป็นกรณีที่หญิงและชายประสงค์ที่จะให้กำเนิดบุตรมาตั้งแต่ต้น แต่หญิงและชายประสงค์ที่จะให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์เท่านั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า คำว่า “Wrongful Pregnancy” มีความหมายแตกต่างจาก “Wrongful Birth” และไม่สามารถใช้แทนที่กันได้³³

³¹ Diana Brahams, “Handicapped Infant Born after Negligent Sterilisation,” *Medico-Legal Journal*, Volume 51, p.120 (1983)

ในปัจจุบันยังมีปัญหาว่าในกรณีที่ความผิดพลาดทางการแพทย์ในกระบวนการคุมกำเนิด การตรวจสอบการตั้งครรภ์ หรือการทำแท้งเป็นเหตุทำให้หญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการ ความผิดพลาดทางการแพทย์ดังกล่าวจะถูกจัดไว้ในกลุ่มการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ (Wrongful Pregnancy) หรือการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) see Mark Strasser, "Yes, Virginia, There Can Be Wrongful Life : On Consistency, Public Policy, and the Birth-Related Torts," *Georgetown Journal of Gender and the Law*, Volume 4, Issue 3, pp.821-862 (2002)

³² Robert A. Williams, "Johnson v University Hospitals of Cleveland : Public Policy over Traditional Principles," *Akron Law Review*, Volume 23, Issue 3, p. 600 footnote 10 (1989-1990)

³³ Diana Brahams, Birth of Handicapped Child after Negligent Sterilisation, *Medico-Legal Journal*, Volume 52, p.250 (1984) and James Jr. Bopp, Barry A. Bostrom and Donald A. Mckinney, "Rights and Wrongs of Wrongful Birth and Wrongful Life : A

1.1. ลักษณะทั่วไปของการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์

ก่อนที่จะทำการศึกษาด้านการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศ ผู้เขียนได้ทำการศึกษาลักษณะทั่วไปของการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ โดยศึกษาลักษณะของความผิดพลาดทางการแพทย์ ความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ และลักษณะทั่วไปของการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1) ลักษณะความผิดพลาดทางการแพทย์

ลักษณะความผิดพลาดทางการแพทย์ที่อาจเป็นเหตุอันนำไปสู่การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ สามารถเกิดขึ้นได้ในช่วงเวลา ก่อนที่หญิงตั้งครรภ์ (Pre-conception) เช่น การตรวจสุขภาพร่างกายของชายหรือหญิงก่อนสมรสหรือก่อนตั้งครรภ์โดยประมาท การให้คำปรึกษาเกี่ยวกับการวางแผนครอบครัวโดยประมาท การคุมกำเนิดโดยประมาท หรือการให้คำแนะนำทางพันธุศาสตร์โดยประมาท นอกจากนี้การกระทำโดยประมาทของแพทย์อาจเกิดขึ้นช่วงเวลาภายหลังตั้งครรภ์ (Post-conception) เช่น การตรวจสอบครรภ์การตั้งครรภ์โดยประมาทหรือการทำแท้งโดยประมาท โดยผู้เขียนขอยกตัวอย่างความผิดพลาดที่เคยเกิดเป็นคดีความในต่างประเทศดังนี้

(1) ความผิดพลาดที่เกิดจากการที่แพทย์ลืมนำตัดทำหมันให้กับหญิงภายหลังจากการผ่าตัดทำคลอด ตลอดจนการที่แพทย์ไม่ได้ตรวจสอบและติดตามผลการผ่าตัดทำหมัน ซึ่งทำให้แพทย์ไม่มีโอกาสที่จะแจ้งเตือนถึงความผิดพลาดดังกล่าว³⁴

Jurisprudential Analysis of Birth Related Torts," Duquesne Law Review, Volume 27, Issue 3, p.514 (1988-1989) ; David J Burke ให้ความเห็นว่าคำว่า "Wrongful Birth" และ "Wrongful Life" ใช้เฉพาะกับความผิดพลาดทางการแพทย์ที่ทำให้ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการเท่านั้นไม่รวมถึงการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ see David J Burke, "Wrongful Pregnancy : Child Rearing Damages Deserve Full Judicial Consideration," Pace Law Review, Volume 8, Issue 2, p.319 and footnote 38 (Spring 1988)

³⁴ Administrator, Natal v Edouard 1990 (3) SA 581 (A)

(2) การผ่าตัดทำหมันโดยประมาท³⁵ ซึ่งอาจเกิดขึ้นทั้งในการผ่าตัดทำหมันในเพศหญิง (Sterilization)³⁶ เช่น แพทย์ตัดท่อนำไข่ของหญิงเพียงท่อเดียว³⁷ หรือการผ่าตัดทำหมันในเพศชาย (Vasectomy) เช่น การผูกท่อนำสุจิโดยประมาท³⁸

(3) การให้คำแนะนำเกี่ยวกับวิธีการคุมกำเนิดโดยประมาทส่งผลทำให้ชายและหรือหญิงไม่ได้รับข้อมูลที่ถูกต้องและเพียงพอต่อการตัดสินใจเข้ารับการผ่าตัดทำหมัน อีกทั้งยังเป็นเหตุทำให้ความยินยอมของชายและหญิงที่ต้องการเข้ารับการผ่าตัดทำหมันเป็นความยินยอมที่ไม่มีผลสมบูรณ์ทางกฎหมายและทำให้แพทย์ไม่มีอำนาจผ่าตัดทำหมันให้กับชายและหญิง

(4) การกระทำโดยประมาทของแพทย์ที่ไม่ได้แจ้งถึงความเสี่ยงที่การผ่าตัดทำหมันอาจไม่ประสบผลสำเร็จ³⁹ หรือการให้คำแนะนำเกี่ยวกับความสามารถในการเจริญพันธุ์ของผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมันโดยประมาท⁴⁰ ทั้งนี้ แม้ความล้มเหลวของการผ่าตัดทำหมันเป็นเรื่องธรรมชาติหรือเป็นเหตุสุดวิสัยที่ได้รับการยอมรับจากวงวิชาการทางการแพทย์ แต่ด้วยการกระทำของแพทย์เป็นเหตุทำให้ชายและหญิงสูญเสียโอกาสที่จะแสวงหาวิธีการหลีกเลี่ยงการตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์

³⁵ Gleitman v Cosgrove (1967) 49 NJ 22, 227 A2d 689, 22 ALR3d 1411 ; Bishop v Byrne (1967, SD W Va) 265 F Supp 460, 11 FR Serv 2d 59 ; Green v Sudakin (1978) 81 Mich App 545, 265 NW2d 411 ; Betancourt v Gaylor (1975) 136 NJ Super 69, 344 A2d 336 ; Anonymous v ospital (1979) 35 Conn Supp 112, 398 A2d 312.

³⁶ Ball v Mudge, 391 P2d 201 (Wash 1964) ; Terrell v Garcia 496 SW2d 124 (Tex 1973) ; Sherlock v Stillwater Clinic, 260 NW2d 169 (Minn 1977) ; Sorkin v Lee, 434 NYS2d 300 (App 1980) ; Thake v Maurice [1986] 1 All ER 497

³⁷ Lovelace Medical Center v Mendez, 111 NM 336, 805 P2d 603 (1991).

³⁸ Cataford v Moreau (1978) 7 CCLT 241 (Que SC) ; University of Arizona Health Center c Superior Court 667 P2d 1294 (Ariz 1983) ; Emeh v Kensington AHA [1984] 3 All ER 1044 ; BGH 18 Mar 1980 (VI ZR 247/78) BGHZ 76, 259. ; BGH 18 March 1980 (VI ZR 105/78) ; BGH 19 June 1984 NJW 1984, 2625. ; BGHZ 76, 249. ; Cass civ 1re, 9 May 1983 Bull 1983.1.121.

³⁹ C. S. v Nielson (1988, Utah) 767 P2d 504, 98 Utah Adv Rep 4 ; Begin v Richmond (1988, Vt) 555 A2d 363

⁴⁰ Gold v Haringey Health Authority [1988] 1 Q.B. 481.

(5) ภายหลังจากที่แพทย์ผ่าตัดทำหมันให้กับชายหรือหญิง แพทย์ไม่ได้ตรวจสอบและติดตามผลสำเร็จของการผ่าตัดทำหมัน⁴¹

(6) แพทย์ให้คำยืนยันหรือรับรองผลสำเร็จของการผ่าตัดทำหมันโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย⁴² เช่น แพทย์ให้ข้อมูลกับชายหรือหญิงว่าการผ่าตัดทำหมันทำให้ชายหรือหญิงสูญเสียความสามารถในการเจริญพันธุ์อย่างถาวร⁴³ หรือแพทย์บอกกล่าวกับชายหรือหญิงผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมันว่า ไม่มีความจำเป็นที่ผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมันและคู่สมรสต้องป้องกันการตั้งครรภ์ด้วยการคุมกำเนิดวิธีอื่น⁴⁴ นอกจากนี้ แพทย์อาจจูงใจชายหรือหญิงให้เข้ารับการผ่าตัดทำหมันด้วยการเสนอข้อตกลงว่าจะทำหมันให้กับชายหรือหญิงโดยไม่คิดค่าใช้จ่าย หากการผ่าตัดทำหมันครั้งแรกไม่ประสบผลสำเร็จ

(7) แพทย์ประมาทในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เป็นเหตุทำให้ตัวอ่อนฝังตัวในมดลูกของหญิงมากกว่าจำนวนที่ชายและหญิงต้องการ⁴⁵

⁴¹ Zimmer v Ringrose (1981), 124 DLR (3d) 215 (Alta. CA) and Gregory G. Sarno, “Recoverability of Compensatory Damages for Mental Anguish or Emotional Distress for Tortiously Causing Another's Birth,” in 4 American Law Reports ALR4th 798 (1989).

⁴² Thake v Maurice [1986] 1 QB 644 ; Eyre v Measday [1986] 1 All ER 488.

⁴³ Boone v Mullendore (1982, Ala) 416 So 2d 718 ; Johnston v Elkins (1987) 241 Kan 407, 736 P2d 935.

⁴⁴ McFarlane and Another v Tayside Health Board [1999] 4 All ER 970.

⁴⁵ Health Law Central, “Wrongful Birth,” (Retrieved on 12 August 2015), from <http://www.healthlawcentral.com/pregnancy-birth/wrongful-birth/> ; A Grubb, “Infertility Treatment : Multiple Birth and Damages for the Birth of a Healthy Babey,” Medical Law Review, Volume 9, pp.170-173 (2001) ; Thomson v Sheffield Fertility Clinic [24 November 2001] ; ประเทศออสเตรเลีย คดี OGH 7.2.200 6 Ob 148/08w, JBl 2009, 108 see Bernhard A Koch, “Medical Liability in Austria,” in Medical Liability in Europe : A comparative of Selected Jurisdictions, ed. Bernhard A Koch, (Germany : De Gruyter, 2012), p.43 , footnote 231.

(9) การประมาทในกระบวนการทำแท้ง⁴⁶ หรือการกระทำอย่างใดๆ ที่เป็นเหตุทำให้การทำแท้งของหญิงไม่ประสบผลสำเร็จ⁴⁷

(10) การสั่งจ่ายยาคุมกำเนิดโดยประมาท⁴⁸ หรือการประมาทของเภสัชกรในการจ่ายยาคุมกำเนิด⁴⁹

(11) การตรวจสอบการตั้งครรภ์โดยประมาท⁵⁰ ทำให้หญิงไม่ทราบว่าหญิงตั้งครรภ์หรือทราบถึงการตั้งครรภ์เมื่อล่วงเลยระยะเวลาที่หญิงสามารถเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย หรือสามารถทำแท้งได้โดยปลอดภัย⁵¹

(12) ความผิดพลาดที่เป็นผลมาจากความบกพร่องของอุปกรณ์ที่ใช้เพื่อคุมกำเนิดหรือป้องกันการตั้งครรภ์⁵²

⁴⁶ Fred Norton, "Assisted Reproduction and the Frustration of Genetic Affinity : Interest, Injury, and Damages," *New York University Law Review*, Volume 74, Issue 3, p.821 (1999)

⁴⁷ *Thornburg v American College of Obstetricians & Gynecologists*, 54 USLW 4618 (US Supreme Court 1986) ; *Miller v Johnson*, 343 SE2d 301 (Va 1986) and Gerald Robertson, "Damage for Failed Abortion," *Modern Law Review*, Issue 2, Volume 44, pp.5-19 (1981).

⁴⁸ David Kerrane, *supra note 27*, p.467, footnote 2

⁴⁹ *Bushman v Burns Clinic Medical Center*, 83 Mich App 453, 268 NW2d 683.

⁵⁰ *Groom v Selby* [2001] Lloyd's Rep Med 39 (QBD)

⁵¹ *Ziemba v Sternberg* (1974) 45 App Div 2d 230, 357 NYS2d 265 ; *Gardiner v Mounfield and Lincolnshire Area Health Authority* [1990] 1 Med LR 205 ; *CES v Superclinics (Australia) Pty Ltd*, (1995) 38 NSWLR 47.

⁵² ในกรณีที่การให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นผลมาจากความบกพร่องของอุปกรณ์หรือเครื่องมือคุมกำเนิด ชายและหญิงควรใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดจากสินค้า (Product Liability) ตัวอย่างเช่น ในประเทศไทยชายและหญิงควรใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 เพราะชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงินจากผู้ผลิต หรือผู้ว่าจ้างให้ผลิต ผู้นำเข้า ผู้ขายสินค้าที่ไม่สามารถระบุตัวผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้าให้ผลิต หรือผู้นำเข้าได้ โดยความรับผิดของบุคคลดังกล่าวเป็นไปตามหลัก

2) ความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าความผิดพลาดทางการแพทย์สามารถเกิดขึ้นได้หลายช่วงเวลา ไม่ว่าจะเป็นช่วงเวลาก่อนที่ชายและหญิงสมรส ก่อนที่มีการปฏิสนธิ ระหว่างกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์หรือภายหลังที่หญิงตั้งครรภ์ และเพื่อแสดงให้เห็นถึงลักษณะความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ในแต่ละช่วงเวลา ผู้เขียนแยกอภิปรายดังนี้

ประการที่ 1 ความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ในช่วงเวลาก่อนที่ชายและหญิงสมรส ก่อนการปฏิสนธิ และก่อนที่หญิงตั้งครรภ์ มีตัวอย่างดังนี้

กรณีที่ 1 ความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกิดขึ้นในกระบวนการผ่าตัดทำหมัน ไม่ว่าจะเป็นการผ่าตัดทำหมันในเพศชาย (Vasectomy)⁵³ หรือเพศหญิง (Sterilization)⁵⁴ ก็ตาม ในกรณีที่แพทย์ผู้ทำการผ่าตัดไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานการประกอบวิชาชีพทำให้การผ่าตัดทำหมันไม่ประสบผลสำเร็จ⁵⁵ หรือแพทย์ไม่ยอมผ่าตัดทำหมันให้กับผู้เข้ารับบริการ การกระทำของแพทย์ในกรณีนี้ 1 นี้ เป็นผลโดยตรงทำให้หญิงต้องตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ แตกต่างจากกรณีที่ 2 ที่จะได้กล่าวต่อ ซึ่งเป็นเพียงการกระทำต่อโอกาสของชายและหญิงที่จะหลีกเลี่ยงการตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เท่านั้น

กรณีที่ 2 ความผิดพลาดทางการแพทย์ในการให้ข้อมูลที่จำเป็นและเพียงพอ จนทำให้ผู้เข้ารับบริการทางการแพทย์ไม่สามารถใช้สิทธิในการตัดสินใจ และแสดงเจตจำนงอย่างอิสระบนความเข้าใจที่ถูกต้อง โดยความผิดพลาดของแพทย์ในกรณีนี้มักเกิดขึ้นในขั้นตอนก่อนที่แพทย์ทำการผ่าตัดทำหมัน เช่น ความผิดพลาดในกระบวนการให้คำปรึกษาและแนะนำเกี่ยวกับการวางแผนครอบครัวหรือในกระบวนการให้ข้อมูลประกอบการตัดสินใจเพื่อเข้ารับการทำแท้ง ซึ่งโดยปกติถ้าพิจารณาตามมาตรฐานการประกอบวิชาชีพเวชกรรม แพทย์จะต้องอธิบายและให้ข้อมูลกับผู้

ความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) โดยชายและหญิงไม่ต้องพิสูจน์ว่าบุคคลเหล่านั้นมีความผิดหรือไม่ (Liability Without Fault)

⁵³ Johnston v Elkins (1987) 241 Kan 407, 736 P2d 935

⁵⁴ James G. v Caserta (1985, W Va) 332 SE2d 872 ; Jackson v Bumgardner (1986) 318 NC 172, 347 SE2d 743.

⁵⁵ Custodio v Bauer (1967, 1st Dist) 251 Cal App 2d 303, 59 Cal Rptr 463, 27 ALR3d 884 ; Gleitman v Cosgrove (1967) 49 NJ 22, 227 A2d 689, 22 ALR3d 1411 ; White v United States (1981, DC Kan) 510 F Supp 146 ; Boone v Mullendore (1982, Ala) 416 So 2d 718.

เข้ารับการผ่าตัดทำหมันพร้อมกับคู่สมรสเพื่อให้ทราบเสียก่อนว่า การผ่าตัดทำหมันไม่ได้เป็นวิธีการป้องกันการตั้งครรภ์ที่ให้ผลลัพธ์ที่แน่นอน กล่าวคือ ไม่ได้ทำให้ผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมันสูญเสียความสามารถในการเจริญพันธุ์อย่างถาวร เพราะการผ่าตัดทำหมันทุกครั้งมีโอกาสดามธรรมชาติที่อาจไม่ประสบผลสำเร็จแม้ว่าแพทย์ได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแล้วก็ตาม

ข้อมูลที่แพทย์ต้องบอกกล่าวและแจ้งเตือนข้างต้น จะช่วยให้ชายและหรือหญิงสามารถเลือกตัดสินใจว่าจะเข้ารับการผ่าตัดทำหมัน หรือจะเลือกใช้วิธีการหรืออุปกรณ์คุมกำเนิดอย่างอื่นที่ให้ผลลัพธ์และมีประสิทธิภาพที่ใกล้เคียงกัน ซึ่งชายและหญิงจะไม่ได้ได้รับความเจ็บปวดต่อเนื้อตัวร่างกาย หรือทำให้ชายและหญิงประหยัดค่าใช้จ่ายมากกว่า ผลอันเกิดขึ้นความผิดพลาดทางการแพทย์ในกรณีนี้ 2 นี้ คือ การที่ชายและหรือหญิงไม่สามารถหาวิธีคุมกำเนิดที่มีประสิทธิภาพมากกว่าการผ่าตัดทำหมัน หรือวิธีการอื่นที่มีประสิทธิภาพใกล้เคียงกันแต่ประหยัดค่าใช้จ่ายและไม่ต้องได้รับความเสียหายต่อเนื้อตัวร่างกาย นอกจากนี้ การที่แพทย์ไม่ได้ให้ข้อมูลที่ถูกต้องกับผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมัน ย่อมส่งผลทำให้ความยินยอมของผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมันไม่ใช่ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว และเป็นความยินยอมที่ไม่มีผลทางกฎหมาย แม้การตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ของชายและหญิงไม่ได้เป็นผลโดยตรงมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ แต่เมื่อความผิดพลาดทางการแพทย์ทำให้ชายและหญิงเสียโอกาสที่จะหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตร ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตรจากแพทย์ได้เช่นเดียวกัน

นอกจากนี้ความผิดพลาดทางการแพทย์อาจเกิดขึ้นในช่วงเวลาภายหลังการผ่าตัดทำหมัน อาทิ แพทย์ไม่ได้แจ้งเตือนให้ผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมันทราบถึงโอกาสที่การผ่าตัดทำหมันอาจล้มเหลว อีกทั้งไม่ได้แนะนำให้ผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมันป้องกันการตั้งครรภ์ด้วยวิธีการคุมกำเนิดประเภทอื่นๆ ควบคู่ไปด้วย⁵⁶ แม้ว่าความผิดพลาดข้างต้นไม่ได้ส่งผลโดยตรงทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ แต่ถ้าแพทย์ได้ให้คำแนะนำที่ถูกต้อง ชายและหญิงสามารถแสวงหาวิธีการหรือมาตรการป้องกันการตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรอื่นๆ อาทิ ชายสามารถป้องกันการให้กำเนิดบุตรด้วยการใช้ถุงยางอนามัย ในขณะที่หญิงสามารถรับประทานยาคุมกำเนิด หรือสามารถใส่ระวางและหมั้นเข้ารับการตรวจสอบการตั้งครรภ์ เพราะถ้าหญิงพบว่าตนตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์ หญิงสามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้ภายในเวลาและตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด

⁵⁶ Hartke v McKelway (1981, DC Dist Col) 526 F Supp 97, 9 Fed Rules Evid Serv 1093 ; Mason v Western Pennsylvania Hospital (1982) 499 Pa 484, 453 A2d 974.

กรณีที่ 3 การกระทำโดยประมาทในขั้นตอนของการตรวจสอบและติดตามผลการผ่าตัดทำหมัน⁵⁷ เช่น ในกรณีการผ่าตัดทำหมันเพศชาย ความสามารถในการเจริญพันธุ์ของชายจะสิ้นสุดลงเมื่อพ้นเวลาประมาณ 3 เดือน นับจากวันผ่าตัดทำหมัน⁵⁸ โดยปกติแพทย์มีหน้าที่นัดหมายให้ชายเข้ารับการตรวจและติดตามผลสำเร็จของการผ่าตัดทำหมัน และต้องแนะนำให้ชายหลีกเลี่ยงการมีเพศสัมพันธ์ก่อนผลการตรวจจะยืนยันว่าชายหมดความสามารถในการเจริญพันธุ์

บางครั้งการกระทำโดยประมาทของแพทย์ อาจเป็นเหตุทำให้ผู้เข้ารับการผ่าตัดเข้าใจผิด โดยคิดว่าผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมันไม่มีความสามารถในการเจริญพันธุ์ จึงไม่มีความจำเป็นต้องป้องกันการตั้งครรภ์ด้วยการคุมกำเนิดวิธีอื่นๆ⁵⁹

กรณีที่ 4 ความรับผิดชอบจากรับรองผลการผ่าตัดทำหมัน แม้โดยปกติแพทย์จะไม่รับรองผลการรักษาพยาบาล ด้วยเหตุผลที่ว่าผลการรักษาพยาบาลเป็นเรื่องที่ไม่แน่นอนและแตกต่างกันไปตามพยาธิสภาพของผู้ป่วย อย่างไรก็ตาม บางกรณีการกระทำของแพทย์ไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย เป็นการแสดงให้เห็นว่าแพทย์ให้คำรับรองผลการรักษาพยาบาล อาทิ แพทย์บอกกล่าวกับผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมันว่าการผ่าตัดทำหมันให้ผลสำเร็จอย่างแน่นอน อีกทั้งแพทย์ไม่สามารถแก้ไขการผ่าตัดทำหมันเพื่อให้ผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมันกลับมามีความสามารถในการเจริญพันธุ์ได้ ถ้าชายและหญิงสามารถพิสูจน์ได้ว่าการรับรองผลการรักษาพยาบาลเกิดขึ้นจริง ชายหรือหญิงผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมันพร้อมด้วยคู่สมรส มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ตามข้อสัญญารับรองผล โดยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ว่าการตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นผลมาจากความผิดของแพทย์หรือไม่ อันเป็นความรับผิดชอบหลักความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด

กรณีที่ 5 ความผิดพลาดในกระบวนการปฏิสนธิภายนอกร่างกาย (IVF) โดยปกติเพื่อให้การตั้งครรภ์มีโอกาสสำเร็จ แพทย์ต้องนำเอาตัวอ่อนมากกว่า 1 ราย ใส่กลับเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิง อย่างไรก็ตาม การกระทำดังกล่าวก็อาจเป็นเหตุทำให้ทารกฝังตัวมากกว่า 1 ราย ซึ่งในกรณีที่ชายและหรือหญิงได้แสดงเจตจำนงล่วงหน้าไว้ว่า ชายและหญิงต้องการให้กำเนิดบุตรเพียง 1 คนเท่านั้น ทั้งยังประสงค์ให้แพทย์นำตัวอ่อนเพียง 1 ราย กลับเข้าสู่โพรงมดลูกของหญิงเพื่อป้องกันการฝังตัวของตัวอ่อนมากกว่าปริมาณที่ต้องการ แพทย์ต้องดำเนินการตามความประสงค์

⁵⁷ Johnston v Elkins (1987) 241 Kan 407, 736 P2d 935 ; Schork v Huber (1983, Ky) 648 SW2d 861.

⁵⁸ Weintraub v Brown (1983, 2d Dept) 98 App Div 2d 339, 470 NYS2d 634

⁵⁹ Boone v Mullendore (1982, Ala) 416 So 2d 718 ; Johnston v Elkins (1987) 241 Kan 407, 736 P2d 935.

ของชายและหญิง หากแพทย์ประสงค์ที่จะเพิ่มโอกาสในการฝังตัวของตัวอ่อนโดยฝ่าฝืนความประสงค์ของชายและหญิง เมื่อหญิงพบว่าตัวอ่อนฝังตัวมากกว่า 1 ราย หญิงไม่มีหน้าที่เยียวยาความเสียหายด้วยการทำลายตัวอ่อนที่ฝังตัว อีกทั้ง หญิงและชายสามียังมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากการให้กำเนิดบุตรมากกว่าจำนวนที่ต้องการ⁶⁰

ประการที่ 2 ความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ ภายหลังจากหญิงตั้งครรภ์ อาทิ การกระทำโดยประมาทในขั้นตอนการตรวจการตั้งครรภ์ การประมาทในการทำแท้งหรือการกระทำโดยประมาทในการตรวจสอบและติดตามผลการทำแท้งจนเป็นเหตุทำให้หญิงเสียสิทธิเลือกที่จะเข้ารับทำแท้งและให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ โดยผู้เขียนแยกพิจารณา ดังนี้

กรณีที่ 1 ความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกิดขึ้นในกระบวนการตรวจสอบการตั้งครรภ์⁶¹ อาทิ ในกรณีที่การตั้งครรภ์ของหญิงเป็นผลมาจากการกระทำความผิดอาญา หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย⁶² แต่ด้วยการกระทำโดยประมาทเป็นเหตุทำให้หญิงไม่ทราบว่าการตั้งครรภ์จนกระทั่งได้คลอดบุตร ทำให้หญิงทราบถึงการตั้งครรภ์เมื่อล่วงเลยเวลาที่หญิงสามารถเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายหรือทราบถึงการตั้งครรภ์เมื่อล่วงเลยเวลาที่หญิงสามารถเข้ารับการทำแท้งได้โดยปลอดภัย

นอกจากนี้ ในกรณีที่หญิงไม่ประสงค์ที่ตั้งครรภ์ด้วยเหตุผลทางเศรษฐกิจหรือเพราะเหตุทางสังคม ในปัจจุบันพบว่ากฎหมายของประเทศไทยยังไม่มีข้อความชัดเจนว่าหญิงมีสิทธิเข้ารับการทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุดังกล่าวได้หรือไม่ แต่ก็พบว่าแพทย์ในโรงพยาบาลรัฐหรือเอกชนต่างยินยอมที่จะรับหญิงเข้าทำแท้ง ด้วยเหตุผลที่ว่าปัญหาทางเศรษฐกิจหรือปัญหาทางสังคมอาจส่งผลกระทบต่อตัวหญิงเองหรือทารกที่กำลังจะเกิดขึ้นมาในชีวิต

กรณีที่ 2 ความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกิดขึ้นในกระบวนการทำแท้ง⁶³ ในกรณีที่แพทย์ปฏิเสธที่จะทำแท้งให้หญิงทั้งที่หญิงมีสิทธิเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

⁶⁰ G. & M. v Sidney Robert Armellin [2008] ACT SC 68 and Bar Association of Queensland, “Hearsay ... the electronic journal of the Bar Association of Queensland,” (Retrieved on 28 July 2015), from http://www.hearsay.org.au/index.php?option=com_content&task=view&id=415&Itemid=4.

⁶¹ Rieck v Med Protective Co. of Fort Wayne, Ind. 219 N.W. 2d 242 (Wis.1974)

⁶² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 (2)

⁶³ Mears v Alhadeff (1982, 1st Dept) 88 App Div 2d 827, 451 NYS2d 133 ; Jean-Charles v Planned Parenthood Asso. (1984, 2d Dept) 99 App Div 2d 542, 471 NYS2d 622.

แพทย์เลือกใช้วิธีการทำแท้งที่ไม่เหมาะสม หรือไม่ได้ตรวจสอบผลและติดตามผลการทำแท้ง จนเป็นเหตุทำให้หญิงเสียโอกาสที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้งเป็นครั้งที่ 2 หรือทำให้หญิงและชายให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ หญิงและชายย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากการกระทำดังกล่าว

กล่าวโดยสรุปความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่ได้กล่าวมาข้างต้นมีดังนี้

(1) ความผิดพลาดทางการแพทย์ที่ส่งผลทำให้หญิงต้องตั้งครรรภ์โดยไม่พึงประสงค์ ซึ่งการตั้งครรรภ์เป็นเหตุทำให้หญิงได้รับอันตรายต่อร่างกาย สุขภาพและอนามัย รวมทั้งทำให้หญิงได้รับความเสียหายทางจิตใจ อาทิ ความไม่สะดวกสบายระหว่างตั้งครรรภ์ และความเจ็บปวดทุกข์ทรมานในกระบวนการคลอดบุตร นอกจากนี้ ในกรณีที่แพทย์ตรวจสอบสุขภาพของหญิงก่อนตั้งครรรภ์โดยประมาท ทำให้ไม่ทราบว่าหญิงเป็นโรคประจำตัวที่ไม่สามารถตั้งครรรภ์หรืออาจได้รับอันตรายอย่างร้ายแรงจากการตั้งครรรภ์ หากการตั้งครรรภ์ส่งผลกระทบต่อสุขภาพของหญิง หญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์เพราะเหตุที่ได้รับอันตรายจากโรคประจำตัว

(2) การตั้งครรรภ์ของหญิงส่งผลทำให้หญิงไม่สามารถประกอบกิจการงานได้ตามปกติและสูญเสียรายได้ที่ควรได้รับทั้งในระหว่างการตั้งครรรภ์และภายหลังที่หญิงได้คลอดบุตร อีกทั้งการตั้งครรรภ์และการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ยังเป็นเหตุทำให้หญิงสูญเสียประโยชน์และขาดโอกาสในความเจริญก้าวหน้าในการประกอบอาชีพ ซึ่งเป็นโอกาสที่หญิงควรจะได้รับถ้าปราศจากซึ่งการกระทำโดยประมาทของแพทย์

(3) ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ไม่ว่าจะเด็กจะเกิดขึ้นมา มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ หรือมีปัญหาสุขภาพแต่กำเนิด โดยที่ปัญหาสุขภาพของเด็กเกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ หาได้เป็นผลมาจากการกระทำของแพทย์แต่อย่างใด

(4) ชายและหรือหญิงต้องเข้ารับการผ่าตัดทำหมันเป็นครั้งที่สอง เนื่องจากการผ่าตัดทำหมันในครั้งแรกไม่ประสบผลสำเร็จ

(5) หญิงต้องเข้ารับการทำแท้งเป็นครั้งที่สอง เนื่องจากการทำแท้งในครั้งแรกไม่ประสบผลสำเร็จ

(6) หญิงได้รับอันตรายต่อร่างกาย สุขภาพ อนามัย และจิตใจ เพราะเหตุที่ต้องทำแท้งหลายครั้ง หรือเพราะเหตุที่หญิงต้องเข้ารับการทำแท้งเมื่อล่วงเลยเวลาที่หญิงสามารถทำแท้งได้อย่างปลอดภัย

3) ลักษณะการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย

ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่าความผิดพลาดทางการแพทย์อาจเป็นเหตุทำให้ผู้ป่วยได้รับความเสียหายหลายรูปแบบ ในกรณีที่ผู้ป่วยมีความสัมพันธ์ทางสัญญาากับแพทย์ ผู้ป่วยสามารถใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญา แต่ในกรณีที่ไม่ว่าระหว่างผู้ป่วยกับแพทย์จะมีความสัมพันธ์ทางสัญญากันหรือไม่ก็ตาม การกระทำโดยประมาทของแพทย์ที่ทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นการละเมิดต่อสิทธิของชายและหญิงตามกฎหมาย โดยสิทธิเช่นว่านั้นก็คือ (1) สิทธิของผู้ป่วย (Patient's right) ที่จะเข้าถึงระบบสาธารณสุขและได้รับการรักษาพยาบาล อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental Right) ที่รัฐธรรมนูญได้ให้ความคุ้มครอง (2) สิทธิของผู้บริโภคหรือผู้เข้ารับบริการที่จะได้รับข้อมูลที่จำเป็นและเพียงพอต่อการตัดสินใจเกี่ยวกับกระบวนการรักษาพยาบาล (3) สิทธิส่วนบุคคล (Privacy right) (4) สิทธิในการวางแผนและจำกัดขนาดของครอบครัว (Right to Family Planning) (5) สิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเอง (Right to self-determination) (6) สิทธิในชีวิต ร่างกายและอนามัย (7) สิทธิที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้ง โดยความปลอดภัยภายใต้หลักเกณฑ์และเงื่อนไขของกฎหมาย และสิทธิของผู้ป่วยที่จะได้รับการรักษาพยาบาลด้วยมาตรฐานความระมัดระวังในระดับที่ดีที่สุด เมื่อผู้ป่วยได้รับความเสียหายอย่างใดจากการกระทำของแพทย์ ถ้าความเสียหายเป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำของแพทย์และเป็นความเสียหายที่ไม่ไกลกว่าเหตุ อีกทั้งแพทย์สามารถคาดหมายได้ว่าความเสียหายดังกล่าวย่อมเกิดขึ้นหากการรักษาพยาบาลไม่เป็นไปตามมาตรฐานและหลักวิชาการในการประกอบวิชาชีพ ผู้ป่วยย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ได้ตามหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายลักษณะละเมิด

เมื่อบุคคลผู้ได้รับความเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ ไม่ได้มีเฉพาะหญิงผู้ตั้งครรภ์และคลอดบุตรเท่านั้น เพราะชายสามีของหญิงก็เป็นอีกบุคคลหนึ่งที่ได้รับ ความเสียหายด้วยเช่นเดียวกัน ในหลายครั้งจึงพบว่าทั้งหญิงและชายต่างเป็นโจทก์ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ เพื่อแยกว่าความเสียหายประเภทใดเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นเฉพาะต่อหญิง และความเสียหายประเภทใดที่เป็นความเสียหายต่อทั้งหญิงและชายร่วมกัน ผู้เขียนจึงแยกพิจารณา ดังนี้

ลักษณะที่ 1 การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยตรงกับหญิงที่ตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์ ซึ่งความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยตรงกับหญิงที่ตั้งครรภ์ หมายถึง ความเสียหายต่อร่างกาย อนามัย และสุขภาพทางจิตของหญิง เนื่องจากหญิงต้องตั้งครรภ์และคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์

ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับหญิงโดยตรงประกอบไปด้วย ความเสียหายจากความเจ็บปวดทรมานจากการตั้งครรภ์ (Pain and suffering) ความไม่สะดวกสบายระหว่างตั้งครรภ์ (Discomfort) ความเครียดและความวิตกกังวลเกี่ยวกับการตั้งครรภ์ (Stress and emotional

distress)⁶⁴ ความเสียหายจากความเจ็บปวดและทรมานจากการคลอดบุตรและความเสียหายทางจิตใจ (Non-pecuniary loss) อื่นๆ⁶⁵

โดยปกติค่าเสียหายที่หญิงเรียกร้องจากแพทย์ประกอบไปด้วย ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ที่เกิดขึ้นในกระบวนการตั้งครรภ์และการคลอดบุตร เช่น ค่ารักษาพยาบาลระหว่างตั้งครรภ์ ค่าใช้จ่ายในการฝากครรภ์ ค่าอุปกรณ์ทางการแพทย์ที่จำเป็นสำหรับหญิงตั้งครรภ์ ค่าผ่าตัดทำคลอด ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์เพื่อดูแลและฟื้นฟูสุขภาพของหญิงภายหลังคลอดบุตร ค่าใช้จ่ายสำหรับเครื่องแต่งกายและเครื่องใช้สอยส่วนตัวระหว่างตั้งครรภ์ รวมทั้งค่าเสียหายทางจิตใจ เช่น ค่าเสียหายจากความเจ็บปวดทุกข์ทรมานและไม่สะดวกสบายของหญิงจากการตั้งครรภ์และคลอดบุตร (Pain and Suffering) ค่าเสียหายจากความเจ็บปวดทุกข์ทรมานและไม่สะดวกสบายของหญิงจากการที่ต้องเข้ารับการรักษาแก้มือภายหลังที่ได้ตั้งครรภ์จากการผ่าตัดทำหมันที่ผิดพลาด หรือต้องเข้ารับการรักษาแก้มือเป็นครั้งที่สองเนื่องจากการทำแก้มือครั้งแรกไม่ประสบผลสำเร็จ ค่าเสียหายทางจิตใจอื่นๆ อาทิ ค่าเสียหายจากความเหน็ดเหนื่อยในการเลี้ยงดูบุตร หรือความวิตกกังวลระหว่างตั้งครรภ์เกี่ยวกับอนาคตและสุขภาพของบุตรที่กำลังจะเกิดขึ้นมาในชีวิต

นอกจากนี้ เมื่อการตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์ทำให้หญิงไม่สามารถประกอบกิจการงานได้ตามปกติ บ่อยครั้งหญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าขาดรายได้จากแพทย์ (Loss of Income)⁶⁶ เช่น ค่าขาดรายได้ระหว่างตั้งครรภ์และภายหลังคลอดบุตร และค่าเสียหายจากการขาดโอกาสที่จะได้รับประโยชน์จากความเจริญก้าวหน้าในหน้าที่การงาน

ลักษณะที่ 2 การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของชายและหญิงจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ โดยความเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ หมายถึง ภาระหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตร ค่าใช้จ่ายทุกประเภทที่จำเป็น ตลอดจนผลกระทบทางเศรษฐกิจอันเป็นผลจากการเกิดของเด็ก โดยภาระหน้าที่ของชายและหญิงอาจเป็นผลมาจากหน้าที่ทางศีลธรรมและหน้าที่ตามกฎหมาย ซึ่งภาระหน้าที่เหล่านี้ชายและหญิงได้พยายามหลีกเลี่ยงด้วยวิธีการเข้ารับการรักษาผ่าตัดทำหมัน หรือคุมกำเนิดด้วยวิธีการอื่นตามคำแนะนำของแพทย์หรือผู้เชี่ยวชาญ หรือพยายามเข้า

⁶⁴ Hartke v McKelway (1981, DC Dist Col) 526 F Supp 97, 9 Fed Rules Evid Serv 1093

⁶⁵ Custodio v Bauer (1967, 1st Dist) 251 Cal App 2d 303, 59 Cal Rptr 463, 27 ALR3d 884 ; Zapata v Rosenfeld (1991, Tex App Houston (1st Dist)) 811 SW2d 182 ; Miller v Rivard (1992, 3d Dept) 180 App Div 2d 331, 585 NYS2d 523.

⁶⁶ Macomber v Dillman (1986, Me) 505 A2d 810.

รับการทำให้ แต่ด้วยการกระทำไม่ว่าโดยความตั้งใจหรือประมาทเลินเล่อของแพทย์เป็นผลทำให้ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงภาระหน้าที่เหล่านี้ได้

ความเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ อาจแบ่งแยกได้ตามสุขภาพของเด็ก กล่าวคือ ในกรณีที่เด็กเกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ในกรณีที่ชายและหญิงเข้ารับการผ่าตัดทำหมันหรือเข้ารับการทำให้ เพราะเหตุที่ยังไม่พร้อมที่จะให้กำเนิดหรือเลี้ยงดูบุตร โดยเฉพาะอย่างยิ่งเหตุผลที่เกี่ยวกับปัญหาทางเศรษฐกิจ เมื่อการกระทำโดยประมาทของแพทย์ส่งผลกระทบต่อสถานะทางเศรษฐกิจของชายและหญิง ตลอดจนส่งผลกระทบต่อสวัสดิภาพของสมาชิกภายในครอบครัวคนอื่นๆ⁶⁷ โดยเฉพาะอย่างยิ่งภาระหน้าที่ของชายและหญิงที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรจนกว่าเด็กจะบรรลุนิติภาวะตามกฎหมาย⁶⁸ เพื่อให้ชาย หญิงพร้อมทั้งสมาชิกในครอบครัวทุกคนสามารถดำเนินชีวิตได้ตามปกติ ค่าเสียหายที่ชายและหญิงเรียกร้องจากแพทย์จึงประกอบไปด้วย⁶⁹ ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติจนกว่าเด็กบรรลุนิติภาวะ นอกจากนี้ ในกรณีที่เด็กเกิดขึ้นมามีร่างกายพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง นอกจากค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติแล้ว ชายและหญิงยังเรียกร้องค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กอีกด้วย⁷⁰ ทั้งนี้ แม้ว่าความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กจะไม่ได้เป็นผลโดยตรงมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์⁷¹ แต่แพทย์สามารถคาดหมายได้ว่าการผ่าตัดทำหมันหรือการทำให้ที่ไม่ประสบผลสำเร็จ อาจเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการ⁷²

เมื่อการให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรงส่งผลกระทบต่อสุขภาพทางจิตของชายและหญิงที่ต้องพบเห็นความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็ก อีกทั้งยังต้องทนเห็นความยากลำบากของบุตรที่ต้องเจริญเติบโตขึ้นมาพร้อมกับความพิการและปัญหาสุขภาพไปตลอดชีวิต บ่อยครั้งจึงปรากฏในคำฟ้องด้วยว่าชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจจากการได้เห็นความพิการ และต้องเลี้ยงดูเด็กที่พิการไปตลอดชีวิต⁷³ นอกจากนี้ เมื่อการตั้งครรภ์และการให้

⁶⁷ *Sala v Tomlinson* (1979, 3d Dept) 73 App Div 2d 724, 422 NYS2d 506.

⁶⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1564

⁶⁹ *James G. v Caserta* (1985, W Va) 332 SE2d 872 see Gregory G. Sarno, *supra* note 41.

⁷⁰ *Speck v Finegold* (1981) 497 Pa 77, 439 A2d 110.

⁷¹ *Blake v Cruz* (1984) 108 Idaho 253, 698 P2d 315.

⁷² *Ochs v Borrelli* (1982) 187 Conn 253, 445 A2d 883.

⁷³ *Fassoulas v Ramey* (1984, Fla) 450 So 2d 822.

กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างชายและหญิง ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการสูญเสียความสัมพันธ์ (Loss of Consortium) ทั้งในระหว่างตั้งครรภ์และภายหลังการคลอด⁷⁴

นอกจากการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของหญิงจากการตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์ และการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของชายและหญิงจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ในกรณีที่ชายและหญิงต้องเข้ารับการผ่าตัดทำหมันเป็นครั้งที่สองหรือหญิงต้องเข้ารับการทำแท้งเป็นครั้งที่สอง ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายใช้จ่ายทางการแพทย์ที่เกิดขึ้นในกระบวนการดังกล่าวอีกด้วย⁷⁵

ในกรณีที่การเพิ่มมากขึ้นของจำนวนสมาชิกที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ ส่งผลกระทบต่อสภาพความเป็นอยู่ของครอบครัว โดยเฉพาะอย่างยิ่งทำให้ที่อยู่อาศัยเดิมคับแคบและไม่เพียงพอต่อความต้องการในการดำเนินชีวิต นอกจากชายและหญิงจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กแล้ว ชายและหญิงอาจมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายที่จำเป็นเพื่อปรับปรุงที่อยู่อาศัย หรือค่าใช้จ่ายที่ต้องเปลี่ยนที่อยู่อาศัยเพื่อให้เหมาะสมกับจำนวนสมาชิกที่เพิ่มมากขึ้นและเพื่อให้สมาชิกภายในครอบครัวสามารถดำเนินชีวิตได้ตามปกติ ตัวอย่างเช่น ค่าใช้จ่ายบางส่วนที่ต้องซื้อบ้านใหม่หรือค่าเช่าบ้านที่เพิ่มมากขึ้น ทั้งนี้ แม้พิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศจะพบว่าโดยปกติศาลจะมีคำพิพากษาว่าชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เกี่ยวข้องกับที่พักอาศัยเพราะเห็นว่าเป็นความเสียหายที่ไกลกว่าเหตุ⁷⁶ อย่างไรก็ตาม ถ้าการเพิ่มมากขึ้นของจำนวนสมาชิกส่งผลกระทบต่อความเป็นอยู่ คุณภาพชีวิตและการดำเนินชีวิตของสมาชิกภายในครอบครัวอย่างร้ายแรง ศาลจะพิพากษาให้ชายและหญิงมีสิทธิเรียกค่าเสียหายที่เกี่ยวข้องกับที่อยู่อาศัยจากแพทย์⁷⁷

⁷⁴ Hutton Brown, “ Legal Rights and Issues Surrounding Conception, Pregnancy, and Birth,” Volume 39, *Vanderbilt Law Review*, p.733 (May 1986).

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ *Udale v Bloomsbury Area Health* [1983] 2 All ER 522.

⁷⁷ Hutton Brown, *supra note 74*, p.733.

1.2. กฎหมายต่างประเทศ

เมื่อผู้เขียนได้ทำการศึกษาประเด็นปัญหาที่เกี่ยวกับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ พบว่าปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในแต่ละประเทศมีลักษณะที่คล้ายคลึงหรือเหมือนกัน ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่หญิงให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ การตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตรเป็นความเสียหายตามกฎหมายที่หญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ได้หรือไม่ ในกรณีที่หญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย หญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเนื่องจากความเจ็บปวดทรมานและความไม่สะดวกสบายระหว่างตั้งครรภ์ ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์จากการตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์ ค่าขาดรายได้จากการที่หญิงไม่สามารถประกอบกิจการงานได้ตามปกติและค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์ด้วยหรือไม่ นอกจากนี้ ในกรณีที่ความผิดพลาดทางการแพทย์ทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการ นอกจากค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติแล้ว ชายและหญิงจะมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กด้วยหรือไม่⁷⁸

เมื่อพิจารณาตามหลักกฎหมายพื้นฐาน เมื่อความเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ กล่าวคือ ในกรณีที่ปราศจากความผิดพลาดทางการแพทย์ ชายและหญิงจะไม่ต้องให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ กฎหมายจึงควรรับรองให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากนิติกระบวนทัศน์และแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศ ศาลหลายประเทศไม่เลือกที่จะพิจารณาพิพากษาคดีโดยอาศัยหลักกฎหมายพื้นฐาน แต่อาศัยนโยบายสาธารณะหรือหลักการอื่นมาใช้ในการพิจารณาคดี ซึ่งส่งผลทำให้การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายรูปแบบหนึ่งที่มีปัญหาทางกฎหมายและมีการถกเถียงทางวิชาการมากที่สุด⁷⁹

⁷⁸ Diana Brahams, *supra note 31*, p.119.

⁷⁹ ดูตัวอย่างปัญหาทางกฎหมายใน Alec Samuels, “Contraception, Pregnancy, Childbirth - When Things Go Wrong,” *Medicine, Science, and the Law*, Volume 26, p.39 (1986) ; Andrew Grubb, “Conceiving - A New Cause of Action?” in *Medicine, Ethics and the Law : Current Legal Problem, Special Issue*, ed by M.DA Freeman, (London : Capron publishing, 1988) ; Anne C Reichman, “Damages in Tort for Wrongful Conception - Who Bears the Cost of Raising the Child?” *Sydney Law Review*, Volume 10, p.568 (1982) ; Anne Spowart Taylor, “Compensation for Unwanted Children,” *Family Law journal*,

ในปัจจุบันแนวทางการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศที่มีต่อการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ (Wrongful Pregnancy) มีลักษณะที่แตกต่างกัน โดยแบ่งกลุ่มได้ดังนี้

กลุ่มที่ 1 ศาลพิจารณาว่าหญิงและชายไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ โดยศาลให้เหตุผลที่แตกต่างกันออกไป ตัวอย่างเช่น การให้กำเนิดบุตรไม่เป็นความเสียหายตามกฎหมาย⁸⁰ การพิจารณาว่าการเกิดของเด็กเป็นความเสียหายขัดต่อศีลธรรมขั้นพื้นฐาน⁸¹ หรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กเพราะทำให้คุณค่าของเด็กไม่ต่างอะไรกับ

Volume 15, p. 147 (1985) ; Gerald B Robertson, “ Damages for Failed Abortion,” The Modern Law Review, Volume 44, p.215 (1981) ; J H Schied, “Benefits vs Burdens : The Limitation of Damages in Wrongful Birth,” Journal of Family Law, Volume 23, pp.57-98 (1984-1985) ; K. C. Horton, “ Negligent Sterilisation : Two Conflicting German Cases,” Family Law Journal, Volume 9, p. 156 (1979) ; EF Collins, “ An Overview and Analysis : Prenatal Torts, Preconception Torts, Wrongful Life, Wrongful Death, and Wrongful Birth : Time For a New Framework, The Journal of Family Law, Volume 22, pp.677-709 (1983-1984) ; G G Starno, “Tort Liability for Wrongful Causing One to Be Born,” American Law Reports 3d, Volume 83, pp. 15- 110 (1978) ; Nicolette M Prialux, “ Damages for the "Unwanted" Child : Time for a Rethink?” Medico-Legal Journal, Volume 73, p. 152 (2005) ; Susannah Jefferys, “ Abandoning the Common Law : Medical Negligence, Genetic Tests and Wrongful Life in the Australian High Court,” Journal of Law and Medicine, Volume 14, p.469 (2007) ; Clare Lake, “The Kid and the Cash : Categorising Damage in Wrongful Birth and Wrongful Pregnancy,” Torts Law Journal, Volume 17 p.55 (2009) ; Ben Golder, “From McFarlane to Melchior and Beyond: Love, Sex, Money and Commodification in the Anglo-Australian Law of Torts.” Torts Law Journal, Volume 12, p.1 (2004)

⁸⁰ (ประเทศสหรัฐอเมริกา) Macomber v Dillman (1986, Me) 505 A2d 810, Szekeres v Robinson (1986) 102 Nev 93, 715 P2d 1076, Mason v Western Pennsylvania Hospital (1982) 499 Pa 484, 453 A2d 974, Zapata v Rosenfeld (1991, Tex App Houston (1st Dist)) 811 SW2d 182. (ประเทศฝรั่งเศส) Cass.Civ 25 June 1991, D 1991

⁸¹ McFarlane and Another v Tayside Health Board [1999] 4 All ER 970.

สิ่งของที่ไม่เป็นที่ต้องการ⁸² อีกทั้งอาจเป็นการแสดงให้เห็นว่าศาลกำลังเลือกปฏิบัติต่อกลุ่มบุคคลที่ การเกิดของเขาเหล่านั้นเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ซึ่งขัดต่อหลักการพื้นฐานที่มนุษย์ ต้องได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมและเสมอภาคกัน⁸³

กลุ่มที่ 2 ศาลเห็นว่า การให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ไม่เป็นความเสียหายตามกฎหมาย แต่เห็นว่า เฉพาะการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เท่านั้นที่เป็นความเสียหายตามกฎหมาย หญิงและชายจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในความเสียหายที่เป็นผล โดยตรงมาจากการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรเท่านั้น ตัวอย่างเช่น ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ที่เกิดขึ้น ในกระบวนการตั้งครรภ์และคลอดบุตร เช่น ค่ารักษาพยาบาล หรือค่าทำคลอด ค่าเสียหายทางจิตใจ จากความเจ็บปวดทุกข์ทรมานและความไม่สะดวกสบายระหว่างตั้งครรภ์และคลอดบุตร ค่าเสียหาย ทางจิตใจจากการที่ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ค่าขาดรายได้ของหญิงระหว่าง ตั้งครรภ์และภายหลังตั้งครรภ์จนกระทั่งหญิงสามารถกลับไปประกอบกิจการงานได้ตามปกติ แต่ไม่มี สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก

อย่างไรก็ตาม การพิจารณาและพิพากษาคดีของศาลจะเปลี่ยนแปลงไป ถ้าความ ผิดพลาดทางการแพทย์เป็นผลทำให้เด็กเกิดขึ้นมาพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง เพราะศาล เห็นว่าการเกิดของเด็กที่พิการไม่ได้เป็นเรื่องที่น่ายินดีเหมือนเช่นการเกิดของเด็กที่มีสุขภาพร่างกาย แข็งแรงสมบูรณ์ นอกจากนี้ประโยชน์ที่ชายและหญิงได้รับจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการก็ไม่มีทางที่จะ มากกว่าไปกว่าความเสียหาย ดังนั้น การให้กำเนิดบุตรที่พิการจึงเป็นความเสียหายตามกฎหมาย ประเภทหนึ่ง ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ซึ่งรวมถึง ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจนกว่าเด็กจะถึงแก่ความตายอีกด้วย⁸⁴ นอกจากนี้ เมื่อความพิการของเด็กส่ง ผลกระทบต่อสุขภาพทางจิตของชายและหญิงอย่างรุนแรง ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย ทางจิตใจจากการได้เห็นและจากการที่ให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่มีร่างกายพิการไปตลอดชีวิต⁸⁵

⁸² Schork v Huber, 648 SW 2d 861 (Kentucky, 1983).

⁸³ Cass.Civ 25 June 1991, D 1991.

⁸⁴ (ประเทศอังกฤษ) Parkinson v St James and Seacroft University Hospital NHS Trust [2002] QB 266

⁸⁵ Dean Stretton, *supra* note 4, p.322.

กลุ่มที่ 3 ศาลเห็นว่าการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายตามกฎหมาย⁸⁶ โดยศาลให้เหตุผลว่า เมื่อไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือนโยบายสาธารณะใดกำหนดห้ามมิให้หญิงและชายฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ หญิงและชายจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทุกประเภทที่เป็นผลโดยตรงมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ ซึ่งรวมถึงค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติจนกว่าเด็กจะบรรลุนิติภาวะ และถ้าหญิงและชายให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง หญิงและชายยังมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่เพิ่มมากขึ้นจากปัญหาสุขภาพของเด็ก โดยเรียกได้จนกว่าเด็กจะถึงแก่ความตาย⁸⁷

เพื่อแสดงให้เห็นถึงสภาพปัญหาและแนวทางการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในต่างประเทศ ผู้เขียนได้ทำการศึกษาดังนี้

1.2.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศแรกๆ ที่พบว่ามี การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เกิดขึ้น⁸⁸ ปรากฏในคดี Christensen v Thornby⁸⁹ มีข้อเท็จจริงว่า แพทย์ให้คำแนะนำกับชายว่าหญิงภรรยามีปัญหาสุขภาพและอาจได้รับอันตรายอย่างร้ายแรงหากหญิงตั้งครรภ์ ด้วยความกังวลว่าหญิงอาจได้รับอันตรายจากการตั้งครรภ์ ชายจึงตัดสินใจ

⁸⁶ (ประเทศแคนาดา) Cataford v Moreau (1978) , 114 DLR (3d) 858 (Que Superior Ct.) (ประเทศสหรัฐอเมริกา) มลรัฐโอริกอน Zeir v Haugen, 871 P2d 1006 (Oregon, 1994) มลรัฐวิสคอนซิน Narciniak v Lundborg, 450 NW 2d 243 (Wisconsin, 1990). มลรัฐนิวเม็กซิโก Lovelace Medical Center v Mendez, 111 NM 336, 805 P2d 603 (1991)

⁸⁷ Finchan v Levin, 155 So. 2d 883 (Florida, 1963) ; William v West, 258 SW 2d 468 (Kentucky, 1953) ; Lieberman v Lieberman, 517 SW2d 478 (Missouri, 1974) ; Kruvant v Kruvant, 100 NJ Super. 107, 241 A2d 259 (New Jersey, 1968); Sayne v Sayne, 39 Tenn. App. 422,284 SW 2d 309 (Tennessee, 1955).; Commonwealth v Shepard, 212 Va 843, 88 SE2d 99 (Virginia, 1972). ; Phillips v United States, 575 F Supp. 1309 (DC, 1983).

⁸⁸ ในประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์หรือให้กำเนิดบุตรที่มีร่างกายพิการ ในมลรัฐเห็นว่าการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในลักษณะดังกล่าวล้วนแต่เป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ (Wrongful Pregnancy) ทั้งสิ้น see Liza F Cohen, *supra note 26*, pp.83-109.

⁸⁹ 255 NW 2d 620 (1934)

เข้ารับการผ่าตัดทำหมันจากแพทย์ ภายหลังจากการผ่าตัดทำหมันชายและหญิงมีเพศสัมพันธ์ตามปกติ จนกระทั่งหญิงพบว่าตนได้ตั้งครรภ์ แม้ว่าการตั้งครรภ์ดังกล่าวไม่ส่งผลกระทบต่อสุขภาพของหญิง อีกทั้งหญิงได้ให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ชายและหญิงได้เลือกที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ โดยชายและหญิงไม่ได้เลือกที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด แต่เลือกที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้คำแนะนำที่ผิดพลาด (Misrepresentation)

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ศาลเห็นว่าความรับผิดจากการให้คำแนะนำที่ผิดพลาดจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อ ชายและหญิงสามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าแพทย์มีเจตนา หลอกลวงและฉ้อโกง (Fraudulent intent) แต่เมื่อชายและหญิงไม่สามารถพิสูจน์ถึงเจตนาฉ้อโกงของแพทย์ อีกทั้งไม่ได้ใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด ศาลจึงพิพากษาว่า ชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

แม้ในคดีไม่มีประเด็นที่ศาลต้องพิจารณาว่าหากชายและหญิงใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด แพทย์จะต้องรับผิดต่อชายและหญิงหรือไม่ แต่ศาลได้ให้ความเห็นไว้ว่า เมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์ในการเข้ารับการผ่าตัดทำหมันของชาย แม้การผ่าตัดทำหมันเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตลอดจนถึงสอดคล้องกับนโยบายสาธารณะ แต่เมื่อวัตถุประสงค์ของการเข้ารับการผ่าตัดทำหมันคือการป้องกันผลกระทบต่อสุขภาพของหญิงที่อาจเกิดขึ้นจากการตั้งครรภ์ ไม่ใช่เพื่อป้องกันผลกระทบทางเศรษฐกิจ (To prevent the expense of the childbirth) เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า การตั้งครรภ์ไม่ได้ส่งผลกระทบต่อสุขภาพของหญิงแต่อย่างใด อีกทั้งชายและหญิงยังมีสมาชิกใหม่ที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ การเกิดของเด็กจึงเป็นเรื่องที่น่ายินดี (Parents has been blessed with the parenthood of another child) อีกทั้งเมื่อการพิจารณาว่าการเกิดของเด็กเป็นความเสียหายตามกฎหมายจะส่งผลเป็นการทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิที่จะได้เกิดของเด็ก⁹⁰ กฎหมายจึงไม่อาจยินยอมให้มีการพิจารณาว่าการเกิดเป็นความเสียหายตามกฎหมาย และไม่อาจยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายด้วยเหตุดังกล่าว

ภายหลังจากที่ศาลได้มีคำพิพากษาข้างต้น การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ได้กลายมาเป็นคดีความเพิ่มมากขึ้น จนนำไปสู่ปัญหาทางกฎหมายที่

⁹⁰ Stephen M O'shea, "Burke v Rivo: A Massachusetts Approach to Wrongful Pregnancy," New England Law Review, Issue 3, Volume 26, pp.965-966 (Spring 1991).

สำคัญที่ว่า กฎหมายควรยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์หรือไม่⁹¹

เมื่อพิจารณาจากมุมมองทางประวัติศาสตร์ ในช่วงเวลาก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำพิพากษารับรองว่าสิทธิในการเข้ารับการทำแท้งเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ศาลในแต่ละมลรัฐมีแนวการปรับใช้กฎหมายที่แตกต่างกันออกไป ศาลในบางมลรัฐเห็นว่าการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ไม่เป็นความเสียหายตามกฎหมาย⁹² บางมลรัฐเห็นว่าการยินยอมให้หญิงและชายฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ อาจทำให้เกิดการทำแท้งอย่างเสรี⁹³ ในขณะที่บางมลรัฐเห็นว่าเมื่อการปรับใช้กฎหมายของศาลขาดความชัดเจนแน่นอน จึงควรเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติที่ต้องแก้ไขปัญหาด้วยการตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อกำหนดว่าการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายตามกฎหมายหรือไม่⁹⁴ ดังที่เห็นได้จากมลรัฐมิชิแกน⁹⁵

⁹¹ Susan Schmerler, Lessons Learned : Risk Management Issues in Genetic Counseling, (USA : Springer, 2008), pp.8-9.

⁹² Russell G. Donaldson, “Recoverability of Cost of Raising Normal, Healthy Child Born as Result of Physician's Negligence or Breach of Contract or Warranty,” in 89 American Law Reports ALR4th 632 (1991)

⁹³ Andrew Dix, Michael Errington, Kevin Nicholson and Rod Powe, Law for the Medical Profession in Australia, 2nd ed, (Victoria : Butterworths-Heinemann, 1996), pp.305-306.

⁹⁴ Russell G Donaldson, *supra note 92*.

⁹⁵ M.S.A. § 145.424

Subdivision 1. Wrongful life action prohibited. No person shall maintain a cause of action or receive an award of damages on behalf of that person based on the claim that but for the negligent conduct of another, the person would have been aborted.

Subdivision 2. Wrongful birth action prohibited. No person shall maintain a cause of action or receive an award of damages on the claim that but for the negligent conduct of another, a child would have been aborted.

Subdivision 3. Failure or refusal to prevent a live birth. Nothing in this section shall be construed to preclude a cause of action for intentional or negligent

ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรให้สิทธิแก่ชายและหญิงที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ในขณะที่มลรัฐเมน ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรห้ามมิให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ อย่างไรก็ตาม ในท้ายที่สุดศาลสูงของมลรัฐเมนเห็นว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรดังกล่าวเป็นกฎหมายที่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เพราะเป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม ตลอดจนสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁹⁶

นอกจากนี้ ยังมีเหตุผลประการอื่นๆ ที่ศาลใช้ประกอบการพิจารณาพิพากษาคดี โดยมีตัวอย่างดังนี้⁹⁷

(1) การเกิดและชีวิตของเด็กเป็นเรื่องที่น่ายินดีไม่ใช่ความเสียหาย⁹⁸

malpractice or any other action arising in tort based on the failure of a contraceptive method or sterilization procedure or on a claim that, but for the negligent conduct of another, tests or treatment would have been provided or would have been provided properly which would have made possible the prevention, cure, or amelioration of any disease, defect, deficiency, or disability; provided, however, that abortion shall not have been deemed to prevent, cure, or ameliorate any disease, defect, deficiency, or disability. The failure or refusal of any person to perform or have an abortion shall not be a defense in any action, nor shall that failure or refusal be considered in awarding damages or in imposing a penalty in any action.

⁹⁶ Macomber v Dillman, 505 A.2d 810, 813 (Me. 1986) ศาลมีคำพิพากษาว่า ในเมื่อศาลในหลายมลรัฐยอมรับว่าการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายตามกฎหมาย อีกทั้งยังมีคำพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์และการคลอดบุตร ดังนั้น จึงไม่มีเหตุผลที่ศาลจะไม่ยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ อีกทั้งเมื่อการฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูบุตรเป็นเพียงการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากการทำทุเรชปฏิบัติ ชายและหญิงย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายดังกล่าวจากแพทย์ได้ตามหลักกฎหมายพื้นฐาน

⁹⁷ Robert A. Guttman, "Wrongful Life and Wrongful Pregnancy," Journal of Juvenile Law, Volume 9, Issue 1, pp.161-162 (1985)

⁹⁸ Fassoulas v Ramey, 450 So. 2d 822, 823 (Fla. 1984).

(2) ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเป็นความเสียหายที่ไม่ชัดเจนแน่นอนตลอดจนเป็นความเสียหายที่ยากต่อการพิสูจน์⁹⁹

(3) กระบวนการยุติธรรมไม่ควรแทรกแซง หรือกระทำการอย่างใดที่มีผลเป็นการทำลายสถาบันครอบครัว¹⁰⁰

(4) การยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ส่งผลทำให้แพทย์ต้องรับผิดชอบสัดส่วนความผิดและเหตุอันน่าตำหนิ¹⁰¹

(5) เมื่อเด็กรู้ว่าการได้เกิดขึ้นมาชีวิตของตนเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ การยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากเหตุดังกล่าว อาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพทางจิตของเด็ก อีกทั้งยังอาจเป็นเหตุทำให้เด็กคิดว่าตนไม่เป็นที่ต้องการของบิดามารดา¹⁰²

(6) การยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ อาจเป็นเหตุทำให้เกิดการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยฉ้อฉล¹⁰³

(7) ควรเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติมากกว่าฝ่ายตุลาการที่จะพิจารณาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์หรือไม่ ถ้าฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่ากฎหมายควรยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ฝ่ายนิติบัญญัติควรตรากฎหมายให้สิทธิกับชายและหญิง ในทางกลับกัน ถ้าฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่ากฎหมายไม่ควรยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากเหตุดังกล่าว ฝ่ายนิติบัญญัติควรตรากฎหมายห้ามมิให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย¹⁰⁴

(8) การยินยอมให้หญิงและชายฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ อาจทำให้หญิงและชายมีหน้าที่เยียวยาความเสียหายด้วยการเข้ารับการบำบัดหรือยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่น ดังนั้น เพื่อป้องกันไม่ให้หญิงและชายต้องมีหน้าที่ดังกล่าว ศาลจึงไม่ควรยอมรับว่าการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายตามกฎหมาย¹⁰⁵

⁹⁹ Coleman v Garrison, 349 A.2d 8, 12 (Del. 1975).

¹⁰⁰ Wilber v Kerr, 275 Ark. 239, 243, 628 S.W.2d 568, 571 (1982).

¹⁰¹ Beardsley v Wierdsma, 650 P.2d 288, 292 (Wyo. 1982).

¹⁰² Boone v Mullendore, 416 So. 2d 718, 722 (Ala. 1982).

¹⁰³ Beardsley v Wierdsma, 650 P.2d 288, 292 (Wyo. 1982).

¹⁰⁴ Schork v Huber, 648 S.W.2d 861, 863 (Ky. 1983).

¹⁰⁵ Kingsbury v Smith, 122 N.H. 237, 243, 442 A.2d 1003, 1006 (1982).

(9) แม้ว่าการตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายตามกฎหมาย แต่กฎหมายก็ควรยินยอมให้หญิงและชายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้แต่เฉพาะในความเสียหายที่เป็นผลมาจากการตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์เท่านั้น¹⁰⁶

อย่างไรก็ดี แนวทางการปรับใช้กฎหมายของศาลในแต่ละมลรัฐเริ่มเปลี่ยนแปลงไป เพราะศาลเริ่มที่จะยอมรับว่าการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายรูปแบบหนึ่งที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเช่นเดียวกัน¹⁰⁷ โดยศาลให้เหตุผลว่า เมื่อการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ จึงเป็นเพียงการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำหุเวชปฏิบัติของแพทย์รูปแบบหนึ่งเท่านั้น หากได้เป็นความเสียหายหรือรูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายใหม่หรือแปลกประหลาดแต่อย่างใด¹⁰⁸ ซึ่งการพิจารณาว่าหญิงและชายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์หรือไม่ ศาลมีหน้าที่พิจารณาโดยอาศัยหลักกฎหมายพื้นฐาน¹⁰⁹ โดยมีองค์ประกอบดังนี้

ประการที่ 1 แพทย์มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อผู้ป่วย (Duty of care)

ประการที่ 2 มีการละเลยหรือล่วงละเมิดต่อหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง (Breach of Duty)

ประการที่ 3 การล่วงละเมิดต่อหน้าที่ใช้ความระมัดระวังทำให้เกิดความเสียหาย (Damage)

ประการที่ 4 ความเสียหายมีความสัมพันธ์กับผลของการกระทำ (Causation) โดยความเสียหายต้องใกล้ชิดกับการทำละเมิด และต้องไม่เกินกว่าความคาดหมายได้ของผู้ทำละเมิด¹¹⁰

¹⁰⁶ Coleman v Garrison, 327 A.2d 757, 761 (Del. Super. 1974).

¹⁰⁷ Michael T. Murtaugh, "Wrongful Birth: The Courts' Dilemma in Determining a Remedy for a Blessed Event," Pace Law Review, Volume 27, Issue 2, p.277 (2007)

¹⁰⁸ Caroline Crosby Owings, "Right to Recovery for Emotional Distress Arising from a Claim for Wrongful Birth," American Journal of Trial Advocacy, Volume 32, p.146 (2008)

¹⁰⁹ Hester v Dwivedi, 733 N.E.2d 1161, 1164 (Ohio 2000) ; Dotson v Bernstein, 207 P.3d 911 (Colo. App 2009) and David J Burke, *supra note 33*, p.324.

¹¹⁰ Thomas C. v Physicians Ins. Co. (1993, App) 180 Wis 2d 146, 509 NW2d 81.

ในกรณีที่หญิงและชายสามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่า การกระทำของ แพทย์ครบองค์ประกอบความรับผิดทั้ง 4 ประการข้างต้น หญิงและชายย่อมมีสิทธิฟ้องเรียก ค่าเสียหายจากแพทย์ ด้วยเหตุดังกล่าว ศาลจะอ้างว่าการฟ้องเรียกค่าเสียหายของหญิงและชาย ผ่าฝืนต่อนโยบายสาธารณะหรือขัดต่อหลักการพื้นฐานว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่ได้

ทั้งนี้ ในกรณีที่หญิงและชายใช้สิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมาย ลักษณะสัญญา โอกาสที่ศาลจะพิจารณาพิพากษาคดีให้แพทย์รับผิดต่อหญิงและชายย่อมมีมากกว่า การใช้สิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด เพราะการพิจารณาว่าแพทย์ต้องรับผิดต่อหญิงและชายหรือไม่นั้น ศาลมีหน้าที่พิจารณาเพียงว่าระหว่างชาย หญิงและแพทย์มีความสัมพันธ์ทางสัญญาระหว่างกันหรือไม่ และพิจารณาว่าความเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายตามปกติอันเกิดจากการไม่ชำระหนี้หรือการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้องหรือไม่ เท่านั้น¹¹¹ ด้วยเหตุดังกล่าวจึงพบได้ว่าหญิงและชายจำนวนมากเลือกที่จะใช้สิทธิฟ้องเรียก ค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดมากกว่าการใช้สิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมาย ลักษณะสัญญา¹¹²

¹¹¹ Zehr v Haugen (1994) 318 Or 647, 871 P2d 1006 ; Custodio v Bauer (1967, 1st Dist) 251 Cal App 2d 303, 59 Cal Rptr 463, 27 ALR3d 884 ; Gerald B Robertson, " Civil Liability Arising from Wrongful Birth Following an Unsuccessful Sterilization Operation," American Journal of Law & Medicine, Issue 2, Volume 4, pp.145-148 (Summer 1978) and Donna K. Holt, "Wrongful Pregnancy," South Carolina Law Review, Issue 4, Volume 33, pp.771-778 (1982).

¹¹² Michael Lanning Fox, "Remedy for the Reluctant Parent : Physicians' Liability for the Post- Sterilization Conception and Birth of Unplanned Children," University of Florida Law Review, Volume 27, p.158 (1974) and Frederick D Holden Jr, "Birth Control and the Liability of Physicians and Pharmacists," UCD Law Reviews, Volume 6, p.255 (1973)

Angela Roddey Holder ให้คำแนะนำว่า เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมัน เข้าใจว่าแพทย์ให้คำรับรองผลการผ่าตัดทำหมัน แพทย์ควรระบุนอัตรความเสี่ยงที่การผ่าตัดทำหมันอาจไม่ ประสบผลสำเร็จไว้ในสัญญาให้ความยินยอมผ่าตัดทำหมัน see Angela Roddey Holder, Medical Malpractice Law, 2nd ed., (New York : Wiley Medical Publication, 1978), p.33.

ในปัจจุบันจากแนวทางการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในมลรัฐต่างๆ¹¹³ สามารถแบ่งแนวการพิจารณาได้เป็น 4 กลุ่ม ดังนี้¹¹⁴

กลุ่มที่ 1 ศาลพิพากษาว่าชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทุกประเภท (No Recovery Rule)

ในการปรับใช้กฎหมายของศาลในกลุ่มที่ 1 ศาลมีความเชื่อตามแนวการพิจารณาพิพากษาคดีแบบดั้งเดิมว่า การเกิดของเด็กที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ไม่เป็นความเสียหายทุกกรณี¹¹⁵ โดยเหตุผลของศาลแต่ละมลรัฐแตกต่างกันออกไป อาทิ (1) การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ขัดต่อนโยบายสาธารณะ¹¹⁶ (2) เมื่อไม่เคยปรากฏว่ามีศาลในคดีอื่นๆ ยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ศาลก็ไม่ควรยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายดังกล่าวเกิดขึ้น เพราะไม่เช่นนั้นแล้วเท่ากับศาลเองต้องการสร้างรูปแบบความเสียหายและการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายรูปแบบใหม่¹¹⁷ (3) การฟ้องร้อง

¹¹³ ดูตัวอย่างคำพิพากษาของศาลในแต่ละมลรัฐอย่างละเอียด see David J Burke, *supra note 33*, pp.324, 340-372.

¹¹⁴ Liza F Cohen, *supra note 26*, p.84 note 3. ; Mary Z.Zelias, "Medicolegal Aspects of Prenatal Diagnosis," in Genetic Disorders and the Fetus: Diagnosis, Prevention, and Treatment, ed Aubrey Milunsky, (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1998), pp.976-977. ; Ralph R. Frasca, *supra note 30*, pp.192-195.

¹¹⁵ Ada F Most, "By What Measure : The Issue of Damages for Wrongful Pregnancy," North Carolina Central Law Journal, Issue 1, Volume 16, pp.64-65 (1986).

¹¹⁶ Rieck v Med Protective Co. of Fort Wayne, Ind, 219 N.W. 2d 242 (Wis. 1974) ข้อเท็จจริงปรากฏว่า แพทย์ตรวจสอบการตั้งครรภ์ของหญิงล่าช้าเป็นเหตุทำให้หญิงทราบถึงการตั้งครรภ์เมื่อล่วงเลยระยะเวลาที่หญิงสามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ หญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ศาลสูงของมลรัฐวิสคอนซินมีคำพิพากษาว่า ศาลไม่สามารถพิจารณาได้ว่าการเกิดของเด็กที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์เป็นความเสียหายตามกฎหมายเพราะการพิจารณาในลักษณะดังกล่าวขัดต่อนโยบายสาธารณะ

¹¹⁷ Stewart v Long Island College Hospital (1970, 2d Dept) 35 App Div 2d 531, 313 NYS2d 502 ศาลพิจารณาว่าควรให้เป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะพิจารณาว่าการเกิดของเด็กที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์เป็นความเสียหายตามกฎหมายหรือไม่

เรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ขัดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์¹¹⁸ (4) ในกรณีที่หญิงไม่ยินยอมเข้ารับการทำแท้ง หรือในกรณีที่หญิงและชายไม่ยินยอมยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่น ย่อมเป็นการแสดงให้เห็นได้อย่างเด่นชัดว่าการเกิดของเด็กเป็นไปตามความต้องการของหญิงและชาย หญิงและชายจึงไม่สามารถกล่าวได้ว่าเขาเหล่านั้นได้รับความเสียหายจากการเกิดของเด็ก¹¹⁹ (5) การให้กำเนิดบุตรเป็นเรื่องน่ายินดีและเป็นประโยชน์¹²⁰ อีกทั้งเมื่อประโยชน์ที่หญิงและชายได้รับจากเด็กมีมากกว่าความเสียหาย แพทย์จึงไม่มีหน้าที่ที่จะต้องเยียวยาความเสียหายอย่างใดต่อไปอีก¹²¹

นอกจากนี้ ในอีกหลายคดีศาลยังได้ให้เหตุผลอีกด้วยว่า เมื่อความเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายที่ไม่ชัดเจนแน่นอน¹²² การยินยอมให้มีการ

¹¹⁸ Judy S Loitherstein, "Toward Full Recovery- the Future of Damage Awards in Wrongful Pregnancy Cases," *Suffolk University Law Review*, Issue 3, Volume 25, pp.747-749 (Fall 1991).

¹¹⁹ *Ibid*, pp.745-749.

¹²⁰ *Shaheen v Knight* 11 Pa. D. & C. 2d 41 (1957) ศาลมีคำพิพากษาว่า แม้การเกิดของเด็กจะส่งผลกระทบต่อสถานะทางเศรษฐกิจของครอบครัวอย่างร้ายแรง อีกทั้งยังเป็นเหตุทำให้เด็กคนอื่นๆ เสียโอกาสที่จะได้รับการเลี้ยงดูอย่างเหมาะสม อย่างไรก็ตาม เมื่อทุกการเกิดของมนุษย์เป็นเรื่องที่น่ายินดี ชายและหญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์

¹²¹ *Terrell v Garcia* 496 S.W. 2d 124 (Tex. Civ. App. 1973). ศาลมีคำพิพากษาว่า

...เมื่อประโยชน์ที่ชายและหญิงได้รับจากการให้กำเนิดบุตรล้วนแต่เป็นประโยชน์ที่ไม่เป็นตัวเงินซึ่งเป็นเรื่องยากหรืออาจเป็นไปได้เลยที่ศาลจะคิดคำนวณประโยชน์เหล่านั้นออกมาเป็นตัวเงิน อย่างไรก็ตาม ศาลจะต้องใช้ความพยายามในการคิดคำนวณว่าชายและหญิงได้รับประโยชน์จากการให้กำเนิดบุตรมากน้อยเพียงใด เมื่อย้อนกลับไปพิจารณาจากความคิดเห็นของวิญญูชน ศาลเชื่อว่าวิญญูชนทุกคนมีความเห็นตรงกันว่า ไม่ว่าจะกรณีจะเป็นเช่นใดประโยชน์ที่ชายและหญิงได้รับจากการให้กำเนิดบุตรย่อมมากกว่าภาระหน้าที่และผลกระทบทางเศรษฐกิจเสมอ ด้วยเหตุดังกล่าวนี้เองจึงทำให้ชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์...

¹²² Bret Simmons, "Zuer v Haugen and the Oregon Approach to Wrongful Conception : An Occasion for Celebration or Litigation?," *Willamette Law Review*, Issue 1, Volume 31, p.121 (Winter 1995).

ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากเหตุดังกล่าวอาจนำไปสู่การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยฉ้อฉล¹²³ อย่างไรก็ตาม ศาลในหลายมลรัฐไม่เห็นด้วยกับข้ออ้างดังกล่าว โดยเห็นว่าแม้การคิดคำนวณความเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์จะเต็มไปด้วยความยากลำบาก แต่หาใช่ว่าศาลจะไม่สามารถคิดคำนวณความเสียหายได้ เพราะในขั้นตอนการคิดคำนวณและประเมินความเสียหายศาลสามารถอาศัยวิธีการทางประชากรศึกษา การศึกษาเทียบเคียงกับการคิดคำนวณค่าเสียหายจากการตายของบุคคล (Wrongful Death) และการคิดคำนวณด้วยวิธีการประเมินความเสียหายทางประกันภัย¹²⁴ อีกทั้งศาลมีหน้าที่ต้องพิจารณาโดยอาศัยข้อเท็จจริง พฤติการณ์แวดล้อม และบริบทของแต่ละครอบครัว ตลอดจนต้องพิจารณาจากปัจจัยอื่นไม่ว่าจะเป็นขนาดและรายได้ของครอบครัว รวมถึงอายุของชายและหญิง¹²⁵ พยานหลักฐานและข้อเท็จจริงที่หญิงและชายนำเสนอแต่ละคดี¹²⁶ วัตถุประสงค์ของหญิงและชายที่ไม่ต้องการที่จะตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตร¹²⁷ ซึ่งการคิดคำนวณและประเมินความเสียหายข้างต้น ล้วนแต่อยู่ในความสามารถของศาลแล้วทั้งสิ้น ส่วนข้อกังวลที่ว่าการยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์หรือไม่ นั้น เป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องตรวจจากคำฟ้องและพยานหลักฐานของโจทก์ต่อไป ซึ่งไม่มีความชอบธรรมประการใดที่ศาลจะป้องกันการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่ฉ้อฉลด้วยการห้ามมิให้ผู้เสียหายฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย

¹²³ Rieck v Medical Protective Co., 219 N.W.2d 242 (Wis. 1974).

¹²⁴ Lisa Donaldson, “Traditional Principles and Wrongful Conception Child-Rearing Damages,” *Boston University Law Review*, Issue 3, Volume 73, p.421 (May 1993)

¹²⁵ Jones v Malinowski (1984) 299 Md 257, 473 A2d 429 ศาลมีคำพิพากษาว่าการพิจารณาว่าการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นประโยชน์ต่อชายและหญิงหรือไม่นั้น ศาลต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงและพฤติการณ์แวดล้อมของแต่ละครอบครัว อาทิ ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูบุตร ค่าใช้จ่ายในการให้การศึกษาบุตร ขนาดของครอบครัว ความมุ่งหมายในการคุมกำเนิดและอายุของชายและหญิงด้วย นอกจากนี้ เมื่อการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ไม่ได้เป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดหรือการมีชีวิตของเด็ก แต่เป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากภาระหน้าที่และผลกระทบทางเศรษฐกิจเท่านั้น การที่ศาลพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์จึงไม่ทำให้คำพิพากษาของศาลขัดต่อนโยบายสาธารณะ อีกทั้งไม่ขัดต่อหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

¹²⁶ Hutton Brown, *supra* note 74, pp.738-739.

¹²⁷ University of Arizona Health Sciences Center v Superior Court, 667 P.2d 1297, 1300 (Ariz 1983).

ในบางมลรัฐศาลเห็นว่าการยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์อาจทำให้เด็กเข้าใจว่าเด็กไม่เป็นที่ต้องการของหญิงและชาย และอาจส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจของเด็กอย่างมาก¹²⁸ นอกจากนี้ เมื่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายคือการเยียวยาความเสียหายเพื่อให้ผู้เสียหายได้กลับคืนสู่สถานะเสมือนว่าไม่มีความเสียหายเกิดขึ้น แต่เมื่อหญิงและชายได้รับสมาชิกเพิ่มมากขึ้นแล้ว การยินยอมให้หญิงและชายฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ไม่สามารถทำให้หญิงและชายได้กลับคืนสู่สถานะเสมือนว่าไม่มีความเสียหายเกิดขึ้นได้ ถ้าศาลยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายดังกล่าวเกิดขึ้น ย่อมเท่ากับว่าศาลกำหนดให้แพทย์ต้องรับผิดชอบโดยไม่ได้สัดส่วนกับความผิดที่เกิดขึ้น¹²⁹

เมื่อคำอธิบายกฎหมาย Restatement (Second) of Torts §918(1)¹³⁰ ได้กำหนดว่าในกรณีที่ผู้เสียหายมีความสามารถที่จะเยียวยาหรือปกป้องความเสียหาย ให้ผู้เสียหายมีหน้าที่ดำเนินการดังกล่าว และหากผู้เสียหายไม่ยินยอมที่จะกระทำการเหล่านั้น ผู้เสียหายย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ลดน้อยลงหรืออาจเป็นเหตุทำให้ผู้เสียหายหมดสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย จากหลักกฎหมายข้างต้นเมื่อศาลในหลายมลรัฐเห็นว่าการเข้ารับการทำแท้งหรือการยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่นเป็นการกระทำที่อยู่ในความสามารถของหญิงและชาย อีกทั้งยังเป็นการกระทำที่มีเหตุผลอันสมควร การที่หญิงปฏิเสธที่จะเข้ารับการทำแท้ง หรือการที่หญิงและชายปฏิเสธที่จะยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่น จึงเป็นการผิดหน้าที่ในการเยียวยาและปกป้องความเสียหาย อีกทั้งยังเป็นการแสดงให้เห็นว่าแท้ที่จริงแล้วการเกิดของเด็กหาได้เป็นเรื่องที่ไม่พึงประสงค์แต่อย่างใด หญิงและชายจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์¹³¹

จากหน้าที่ในการเยียวยาความเสียหายที่ได้กล่าวข้างต้น นักวิชาการอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า หน้าที่ในการเยียวยาความเสียหายต้องเป็นหน้าที่ที่เหมาะสมและมีเหตุผลอันสมควรเท่านั้น เมื่อการทำแท้งหรือการยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่นไม่ใช่การกระทำที่เหมาะสมและมี

¹²⁸ Boone v Mullendore 416 So. 2d 718,722 (Ala.1982) ; Willbur v Kerr 628 S.W. 2d 568,571 (Ark.1982)

¹²⁹ Sorkin v Lee, 434 N.Y.S. 2d 300, 303 (App.Div.1980)

¹³⁰ Avoidable Consequences

(1) Except as stated in Subsection (2), one injured by the tort of another is not entitled to recover damages for any harm that he could have avoided by the use of reasonable effort or expenditure after the commission of the tort.

¹³¹ Lisa Donaldson, *supra* note 124, p.413.

เหตุผลอันสมควร การที่หญิงไม่ยินยอมเข้ารับการทำแท้ง และการที่หญิงและชายไม่ยินยอมยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่นจึงหาได้เป็นการผิดหน้าที่ที่จะต้องเยียวยาความเสียหายแต่อย่างใด ด้วยเหตุดังกล่าวจึงไม่กระทบต่อสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของหญิงและชาย¹³²

ตัวอย่าง คดี Shaheen v Knight¹³³ ชายและหญิงเป็นคู่สัญญาของสัญญาเข้ารับการทำตัดทำหมันกับแพทย์ เมื่อการตั้งครรภ์ของหญิงเป็นผลมาจากการผ่าตัดทำหมันโดยประมาท ชายและหญิงจึงใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ตามกฎหมายลักษณะสัญญา ในการพิจารณาพิพากษาคดีศาลเห็นว่า เมื่อการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของชายและหญิงขัดต่อนโยบายสาธารณะ ตลอดจนขัดต่อความรู้สึกของสมาชิกในสังคม ชายและหญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายดังกล่าว โดยศาลได้ให้เหตุผลไว้ตอนหนึ่งว่า

“...ถ้าศาลยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ เท่ากับแพทย์มีหน้าที่ต้องจ่ายเงินให้กับชายและหญิง เพื่อให้ชายและหญิงได้รับความสุข ความสำราญ และความรักจากเด็กผู้ซึ่งชายและหญิงกล่าวอ้างมาโดยตลอดว่าชายและหญิงไม่ต้องการ ... นอกจากนี้ ในเมื่อมีคนจำนวนมากพร้อมที่จะยอมรับเด็ก อีกทั้งพร้อมที่จะให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็ก การที่ชายและหญิงไม่ยินยอมยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลเหล่านั้น ทั้งที่การกระทำดังกล่าวสามารถช่วยเยียวยาความเสียหายและผลกระทบให้กับชายและหญิง ด้วยการกระทำดังกล่าวนี้ย่อมเท่ากับว่าชายและหญิงฝ่าฝืนต่อหน้าที่ในการเยียวยาความเสียหาย อีกทั้งยังแสดงให้เห็นว่านอกจากชายและหญิง

¹³² Morris v Frudenberg, 135 Cal.App.3d 23 (1982) ; ในปัญหาที่ว่าชายและหญิงมีหน้าที่เยียวยาความเสียหายด้วยการเลือกเข้ารับการทำแท้งหรือการยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่นหรือไม่ ฝ่ายนิติบัญญัติมลรัฐแคลิฟอร์เนียเห็นว่า คำอธิบายกฎหมาย Restatement of Tort (Second) §918 (1) ยังขาดความชัดเจนแน่นอนว่าหน้าที่ในการเยียวยาความเสียหายตามกฎหมายควรรวมถึงหน้าที่ของหญิงที่ต้องเลือกเข้ารับการทำแท้งหรือหน้าที่ของชายและหญิงที่จะต้องยินยอมยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่นด้วยหรือไม่ จากความไม่ชัดเจนแน่นอนดังกล่าวฝ่ายนิติบัญญัติจึงเสนอให้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย California Civil Code § 43.6 โดยมีเนื้อความว่า

“ (ป) การที่ชายและหญิงไม่ยอมเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งหรือไม่ยอมป้องกันการเกิดของเด็ก ไม่เป็นเหตุที่กระทบสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของทั้งชายและหญิง บุคคลใดไม่อาจยกเหตุดังกล่าวขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อตนหลุดพ้นจากความรับผิด”

¹³³ 11 Pa. D. & C. 2d 41.

ต้องการเด็กแล้ว ชายและหญิงยังต้องการเรียกเอาเงินจากแพทย์อีกด้วย ดังนั้น การยินยอมให้มีทารกที่เกิดขึ้นย่อมเป็นการขัดต่อนโยบายสาธารณะ...”¹³⁴

อย่างไรก็ตาม แนวทางการปรับใช้กฎหมายจะเปลี่ยนแปลงไป¹³⁵ ถ้าความผิดพลาดของแพทย์เป็นเหตุทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือมีสุขภาพอ่อนแออย่างร้ายแรง¹³⁶ เพราะศาลให้เหตุผลว่าภาระหน้าที่และผลกระทบทางเศรษฐกิจจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการมีมากกว่าภาระหน้าที่และผลกระทบทางเศรษฐกิจจากการให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์อย่างมีนัยสำคัญ¹³⁷ ทำให้ศาลเชื่อว่าการให้กำเนิดบุตรที่พิการไม่ได้เป็นเรื่องที่น่ายินดี แต่เป็นความเสียหายตามกฎหมายรูปแบบหนึ่ง แม้ว่าจะเป็นความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดอย่างเดียวกันกับกรณีที่เกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ก็ตาม ศาลก็ยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์¹³⁸ โดยจำนวนค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์แตกต่างกันออกไปในแต่ละมลรัฐ เพราะศาลในบางมลรัฐเห็นว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเฉพาะส่วนที่เพิ่มมากขึ้นจากปัญหาสุขภาพของเด็กเท่านั้น ในขณะที่บางมลรัฐเห็นว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องเรียกค่าใช้จ่ายในการ

¹³⁴ 11 Pa. D. & C. 2d 45-46.

¹³⁵ *Jacobs v Theimer* 519 S.W. 2d 846 (Tex.1975) ศาลมลรัฐเท็กซัสมีคำพิพากษาว่า ในกรณีความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นเหตุทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ โดยเด็กที่เกิดขึ้นมามีชีวิตมีร่างกายพิการอย่างร้ายแรง แม้เดิมศาลจะมีคำพิพากษาว่าชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดของเด็ก แต่บรรทัดฐานดังกล่าวมีผลใช้บังคับเฉพาะกรณีที่เด็กเกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์เท่านั้น ด้วยเหตุดังกล่าวศาลจึงมีคำพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเฉพาะส่วนที่เพิ่มมากขึ้นกว่าค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติ see John R. Brantley, “Wrongful Birth : The Emerging Status of a New Tort,” *St. Mary's Law Journal*, Issue 1, Volume 8, p.140 (1977).

¹³⁶ *Ochs v Borrelli*, 445 A.2d 883 (Conn. 1982) and Anthony Jackson, "Action for Wrongful Life, Wrongful Pregnancy, and Wrongful Birth in the United States and England," *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Volume 17, Issue 3, p.591 at footnote 328, (1994)

¹³⁷ *Bader v Johnson* 675 NE 2d 1119 (Indiana Court of Appeal, 1997)

¹³⁸ John R. Brantley, *supra note 135*, p.140.

เลี้ยงดูเด็กเต็มจำนวน¹³⁹ นอกจากนี้ ศาลของบางมลรัฐเห็นว่าเมื่อชายและหญิงได้รับผลกระทบทางจิตใจอย่างร้ายแรงจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจจากการให้กำเนิดและต้องเลี้ยงดูบุตรที่พิการอีกด้วย¹⁴⁰

กลุ่มที่ 2 ศาลพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอันเป็นผลมาจากการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เท่านั้น (Strict Rule) แนวทางการปรับใช้กฎหมายในกลุ่มที่ 2 นี้ พบได้ใน 35 มลรัฐ¹⁴¹ ซึ่งศาลส่วนมากยังคงเห็นว่าการเกิดของเด็กที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์เป็นเรื่องที่น่ายินดีและไม่เป็นความเสียหาย¹⁴² อีกทั้งการฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเป็นสิ่งที่ขัดต่อนโยบายสาธารณะ¹⁴³ อย่างไรก็ตาม เมื่อการตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นผลมาจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นความเสียหายต่อหญิงผู้ตั้งครรภ์และชายสามี ศาลจึงยินยอมให้หญิงและชายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายจากการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เท่านั้นซึ่งประกอบไปด้วย ค่าเสียหายทางจิตใจจากความเจ็บปวดทรมานและความไม่สะดวกสบายจากการตั้งครรภ์และคลอดบุตร ค่าเสียหายจากความเหน็ดเหนื่อยที่ต้อง

¹³⁹ Jacobs v Theimer, 519 S.W. 2d 846 (Tex.1975)

¹⁴⁰ Keel v Banach, 624 So. 2d 1022, 1029-30 (Ala. 1993) ; Liddington v Burns 916 F. Supp. 11127 (W.D. Okla. 1995) and Andrew H. Jones, “Prenatal Torts: Reproductive Right with teeth,” (Retrieved on 5 August 2015) from http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=andrew_jones

¹⁴¹ ตัวอย่างเช่น มลรัฐแอละแบมา, มลรัฐอาร์คันซอ, มลรัฐเดลาแวร์, มลรัฐฟลอริดา, มลรัฐจอร์เจีย, มลรัฐอิลลินอยส์, มลรัฐอินดีแอนา, มลรัฐไอโอวา, มลรัฐแคนซัส, มลรัฐเคนทักกี, มลรัฐเมน, มลรัฐนิวแฮมป์เชอร์, มลรัฐนิวเจอร์ซีย์, มลรัฐนอร์ทแคโรไลนา, มลรัฐเพนซิลเวเนีย, มลรัฐเทนเนสซี, มลรัฐเวอร์จิเนีย, มลรัฐวอชิงตัน, มลรัฐเวสต์เวอร์จิเนีย, มลรัฐวิสคอนซิน, มลรัฐไวโอมิง see Russell G. Donaldson, “Recoverability of Cost of Raising Normal, Healthy Child Born as Result of Physician's Negligence or Breach of Contract or Warranty,” in American Law Report 4th Case and Annotations Volume 89. p.632. and Romain M. Lorentz, *supra* note 5, p.645, footnote 33.

¹⁴² Stephen M O'shea, *supra* note 90, pp.969-970. ; Lisa Donaldson, *supra* note 124, p.407 412.

¹⁴³ *Ibid.*

เลี้ยงดูบุตร ค่าใช้จ่ายที่จำเป็นและเป็นผลมาจากการตั้งครรภ์และคลอดบุตร อาทิ ค่าใช้จ่ายในการดูแลครรภ์ ค่ารักษาพยาบาลระหว่างตั้งครรภ์ ค่าใช้จ่ายเพื่อการคลอดบุตร ค่าขาดรายได้ระหว่างตั้งครรภ์และภายหลังตั้งครรภ์¹⁴⁴ ยกเว้นไว้เพียงแต่ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กประเภทเดียวเท่านั้น¹⁴⁵

เหตุผลของศาลที่ไม่ยินยอมให้หญิงและชายฟ้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กแตกต่างกันออกไปในแต่ละมลรัฐ โดยศาลของมลรัฐจำนวนมากเห็นว่าเฉพาะแต่การฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเท่านั้นที่ขัดต่อนโยบายสาธารณะ (Public Policy)¹⁴⁶ นอกจากนี้ เมื่อการเกิดของเด็กไม่เป็นความเสียหายตามกฎหมาย ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจึงไม่ใช่ค่าเสียหายที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์¹⁴⁷ ตัวอย่างเช่นมลรัฐนิวยอร์ก ในคดี *O'Toole v. Greenberg* ศาลอุทธรณ์พิพากษาว่า “...เมื่อคำนึงถึงนโยบายสาธารณะจะเห็นได้ว่า การเกิดของเด็กไม่อาจเป็นความเสียหายตามกฎหมายได้แต่อย่างใด ชายและหญิงจึงไม่อาจอาศัยการเกิดของเด็กเป็นเหตุที่ทำให้ตนมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ตามกฎหมายลักษณะละเมิด.....”¹⁴⁸

อย่างไรก็ดี ถ้าเด็กไม่ได้เกิดขึ้นมา มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ แต่เกิดขึ้นมาพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง แนวทางการปรับใช้กฎหมายของศาลเปลี่ยนแปลงไป เพราะศาลยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องเรียกค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับปัญหาสุขภาพของเด็ก¹⁴⁹ ค่าใช้จ่ายเพื่อพัฒนาและฟื้นฟูสมรรถภาพร่างกายและเยียวยาปัญหาสุขภาพของเด็ก¹⁵⁰ ค่าใช้จ่ายในการศึกษาเล่าเรียนที่เพิ่มมากขึ้นกว่าค่าใช้จ่ายตามปกติ¹⁵¹

กลุ่มที่ 3 ศาลพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายทุกประเภท แต่ต้องหักด้วยประโยชน์ที่ชายและหญิงได้รับจากการเกิดของเด็ก (Benefit Rule)

¹⁴⁴ William P Statsky, *Family Law : The Essentials*. 3rd ed. (Stamford : Cengage Learning, 2015), p.420.

¹⁴⁵ Stephen M O'shea, *supra note 90*, pp.969-970.

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ Lisa Donaldson, *supra note 124*, pp.407, 412.

¹⁴⁸ 64 N.Y. 2d 427, 477 N.E. 2d 445,448 (1985)

¹⁴⁹ *Smith v Saraf*, 148 F. Supp. 2d 504 (D.N.J. 2001)

¹⁵⁰ *Michelman v Ehrlich*, 311 N.J. Super. 57, 709 A.2d 281 (App. Div. 1998) ; *Smith v Saraf*, 148 F. Supp. 2d 504 (D.N.J. 2001).

¹⁵¹ *Simmerer v Dabbas*, 89 Ohio St. 3d 586, 2000-Ohio-232, 733 N.E.2d 1169 (2000).

แนวทางการปรับใช้กฎหมายในกลุ่มที่ 3 นี้ เกิดจากความพยายามในการ ประนีประนอมความแข็งแกร่งในการปรับใช้กฎหมายของศาลในกลุ่มที่ 1 และ 2 เพราะศาลเห็นว่าการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายตามกฎหมายรูปแบบหนึ่ง ถ้าศาลห้ามไม่ให้หญิง และชายฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ย่อมเท่ากับว่าศาลสนับสนุนให้แพทย์ใช้ความระมัดระวัง ในการรักษาพยาบาลต่ำกว่ามาตรฐานที่ควรจะเป็น อีกทั้งยังแสดงให้เห็นได้อีกด้วยว่าศาลต้องการ สร้างภูมิคุ้มกันพิเศษให้กับแพทย์ เพื่อให้แพทย์หลุดพ้นจากความรับผิดชอบที่พึงมี แม้ความเสียหายที่เกิดขึ้นจะเป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของแพทย์ก็ตาม¹⁵² นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากนโยบายสาธารณะ เมื่อไม่ปรากฏว่ามีนโยบายสาธารณะโดยชัดแจ้งหรือปริยายกำหนด ห้ามมิให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ จึงไม่เป็นการสมควรที่ ศาลจะกำหนดนโยบายสาธารณะที่มีผลเป็นการห้ามมิให้หญิงและชายฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจาก แพทย์ได้เสียเอง ส่วนการที่หญิงไม่ยินยอมเข้ารับการทำแท้ง หรือการที่ชายและหญิงไม่ยินยอมยกเด็ก ให้เป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่นนั้น ก็หาอาจพิจารณาได้ว่าเป็นการผิดหน้าที่ในการเยียวยาความเสียหาย เพราะกฎหมายไม่เคยยอมรับว่าการกระทำดังกล่าวเป็นวิธีการเยียวยาความเสียหายรูปแบบหนึ่งตาม กฎหมาย¹⁵³

อย่างไรก็ตาม แม้ชายและหญิงจะได้รับความเสียหายจากการให้กำเนิดบุตร โดยไม่พึงประสงค์ แต่เมื่อชายและหญิงได้รับประโยชน์จากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ เช่นเดียวกัน¹⁵⁴ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประโยชน์ทางจิตใจที่เกิดขึ้นทันทีภายหลังที่เด็กคลอดออกมามีชีวิต ตัวอย่างเช่น ความสุขของการได้เป็นบิดามารดา ความสุขที่ชายและหญิงจะได้รับระหว่างให้การ อุปการะเลี้ยงดูเด็ก ตลอดจนความสะดวกสบายที่ชายและหญิงจะได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากเด็กใน อนาคต¹⁵⁵ ด้วยเหตุดังกล่าวแม้ว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตร โดยไม่พึงประสงค์ แต่ชายและหญิงก็ไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายได้เต็มจำนวน เพราะศาลต้องนำ

¹⁵² Ada F Most, *supra note 115*, pp.73-80.

¹⁵³ *Morris v Frudenberg*, 135 Cal.App.3d 23 (1982)

¹⁵⁴ *Ochs v Borrelli*, 187 Conn. 253, 445 A.2d 883 (1982) ; *Hartke v McKelway*, 707 F.2d 1544 (D.C. Cir. 1983).

¹⁵⁵ *University of Arizona Health Sciences Center v Superior Court of State In and For Maricopa County*, 136 Ariz. 579, 667 P.2d 1294 (1983)

ความเสียหายที่เกิดขึ้นหักด้วยประโยชน์จากการเกิดของเด็กเสียก่อน¹⁵⁶ ซึ่งเป็นไปตามคำอธิบายกฎหมายมาตรา 920 ของ The Restatement (Second) of Torts¹⁵⁷ ส่งผลทำให้สิทธิเรียกร้องของชายและหญิงในแต่ละคดีแตกต่างกันออกไปตามลักษณะข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น¹⁵⁸ โดยประโยชน์ที่ศาลนำมาคิดคำนวณนี้ประกอบไปด้วย ความปิติยินดี (Joy) ความสัมพันธ์ภายในครอบครัว (Companionship) ความรัก (Affection) นอกจากนี้ ในการพิจารณาพิพากษาของศาลในหลายคดี คดีใดถ้าศาลเห็นว่าประโยชน์จากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์มีมากกว่าความเสียหาย ศาลย่อมมีคำพิพากษาว่าชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์¹⁵⁹

การที่ศาลต้องนำเอาประโยชน์ที่ชายและหญิงได้รับจากการเกิดของเด็กมาคิดคำนวณด้วยนั้น เป็นเพราะศาลไม่ต้องการให้ชายและหญิงได้รับการเยียวยาเกินกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง และเพื่อให้ความเป็นธรรมกับแพทย์ที่ไม่ต้องรับผิดชอบเกินกว่าความเสียหายที่เป็นผลมาจากการกระทำของตน¹⁶⁰ โดยหลักการหักลบกันระหว่างความเสียหายกับประโยชน์นี้เป็นไปตาม คำอธิบายมาตรา 920 ของ The Restatement (Second) of Torts ที่กำหนดว่าในกรณีที่การทำละเมิดไม่เพียงทำให้เกิดความเสียหาย แต่ยังเป็นเหตุทำให้ผู้เสียหายได้รับประโยชน์ ประโยชน์เช่นนี้นี้ออมเยียวยาความเสียหายให้ผู้เสียหายแล้วบางส่วน¹⁶¹ จากกฎหมายดังกล่าวศาลเชื่อว่าประโยชน์ที่ชายและหญิงได้รับจากการเกิดของเด็ก แม้จะเป็นประโยชน์ที่ไม่สามารถคิดคำนวณเป็นตัวเงินได้ แต่ก็ยังเป็นประโยชน์ที่สามารถเยียวยาความเสียหายทั้งที่เป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงิน เพียงแต่ประโยชน์ที่ชาย

¹⁵⁶ Judy S Loitherstein, *supra note 118*, pp.753-755. ; Hutton Brown, *supra note 74*, pp.737-739.

¹⁵⁷ Restatement (Second) of Torts § 920 (1979).

When the defendant's tortious conduct has caused harm to the plaintiff or to his property and in so doing has conferred a special benefit to the interest of the plaintiff that was harmed, the value of the benefit conferred is considered in mitigation of damages to the extent that this is equitable.

¹⁵⁸ Ada F Most, *supra note 115*, pp.73-74. ; Stephen M O'shea, *supra note 90*, pp.971-973.

¹⁵⁹ Mary Z. Zelias, *supra note 114*, p.977.

¹⁶⁰ Ochs v Borrelli (1982) 187 Conn 253, 445 A2d 883.

¹⁶¹ *Supra note 157*.

และหญิงได้รับการเกิดของเด็กมีน้อยกว่าความเสียหายจึงทำให้ชายและหญิงยังคงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์¹⁶²

อย่างไรก็ดี ศาลและนักวิชาการจำนวนมากเห็นว่า¹⁶³ หลักการที่ประโยชน์สามารถเยียวยาความเสียหายตาม มาตรา 920 ของ The Restatement (Second) of Torts ประโยชน์และความเสียหายต้องเป็นสิทธิประเภทเดียวกันเท่านั้น¹⁶⁴ อาทิ ประโยชน์ทางจิตใจสามารถเยียวยาได้เฉพาะความเสียหายทางจิตใจ¹⁶⁵ ส่วนประโยชน์ทางเศรษฐกิจสามารถเยียวยาความเสียหายเฉพาะความเสียหายทางเศรษฐกิจ เมื่อประโยชน์ที่ชายและหญิงได้รับการเกิดของเด็กเป็นเพียงประโยชน์ทางจิตใจ ประโยชน์ดังกล่าวจึงไม่สามารถเยียวยาความเสียหายทางเศรษฐกิจที่เป็นผลกระทบโดยตรงมาจากการเกิดของเด็กได้ ตัวอย่างเช่น คดี Troppi v. Scarf¹⁶⁶ ศาลเห็นว่าหลักกฎหมายใน มาตรา 920 ของ The Restatement (Second) of Torts ไม่สามารถนำมาปรับใช้กับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ศาลจึงพิพากษาว่าชายและหญิง

¹⁶² Ada F Most, *supra note 115*, pp.73-74.

¹⁶³ University of Arizona Health Sciences Center v Superior Court, 136 Ariz. 579, 589, 667 P.2d 1294, 1304 (1983) ศาลมีคำพิพากษาว่า ประโยชน์ที่จะช่วยเยียวยาความเสียหายได้นั้นต้องเป็นประโยชน์ประเภทเดียวกับความเสียหาย เมื่อประโยชน์ที่ชายและหญิงได้รับการให้กำเนิดบุตรเป็นประโยชน์ที่ไม่สามารถคิดคำนวณเป็นตัวเงินได้ ประโยชน์ดังกล่าวจึงเยียวยาได้เฉพาะความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน แต่ไม่สามารถเยียวยาความเสียหายที่เป็นตัวเงิน ดังนั้นชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินจากแพทย์

¹⁶⁴ "Judicial Limitations on Damages Recoverable for the Wrongful Birth of a Healthy Infant," *Virginia Law Review*, Issue 6, Volume 68, pp.1311-1332 (1982) ; "One More Mouth to Feed: A Look at Physicians' Liability for the Negligent Performance of Sterilization Operations," *Arizona Law Review*, Volume 25, Issue 4, pp.1074-1076 (1984).

¹⁶⁵ ในบางครั้งศาลมีคำพิพากษาว่า แม้การให้กำเนิดบุตรจะทำให้ชายและหญิงได้รับประโยชน์ที่ไม่สามารถคิดคำนวณเป็นตัวเงิน แต่ประโยชน์เช่นนั้นสามารถเกิดขึ้นได้ภายหลังที่เด็กคลอดออกมามีชีวิตแล้วเท่านั้น ดู *Marciniak v Lundborg* 450 N.W. 2d 248-249 (Wis. 1990)

¹⁶⁶ 31 Mich. App. 240, 187 N.W.2d 511 (1971)

มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติได้เต็มจำนวน โดยไม่ต้องคำนึงว่าชายและหญิงจะได้รับประโยชน์จากการเกิดของเด็กมากน้อยเพียงใด¹⁶⁷

นอกจากนี้ นักวิชาการบางฝ่ายเห็นว่ากฎหมายไม่สามารถบังคับให้ชายและหญิงต้องยอมรับเอาสิ่งที่ชายและหญิงเห็นว่าไม่เป็นประโยชน์ เพราะทันทีที่ชายและหญิงต้องการผ่าตัดทำหมัน หรือเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง การกระทำดังกล่าวย่อมแสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่าชายและหญิงไม่เคยเห็นว่าการเกิดของเด็กเป็นประโยชน์อีกต่อไป นอกจากนี้ เมื่อกฎหมายยอมรับว่าการผ่าตัดทำหมัน การคุมกำเนิดหรือการทำแท้งเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมแสดงให้เห็นว่ากฎหมายเองก็ไม่ได้เห็นว่าการเกิดของมนุษย์เป็นเรื่องที่น่ายินดีและเป็นประโยชน์เป็นเสียทุกกรณี ดังนั้น ในกรณีที่ชายและหญิงไม่ต้องการให้กำเนิดบุตร การเกิดของเด็กย่อมไม่มีทางเป็นประโยชน์และไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของชายและหญิง¹⁶⁸ ตัวอย่างเช่น คดี *Burke v Rivo*¹⁶⁹ ศาลพิจารณาว่าเมื่อชายและหญิงพยายามหลีกเลี่ยงภาระหน้าที่ที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรและหลีกเลี่ยงผลกระทบทางเศรษฐกิจด้วยการเข้ารับการผ่าตัดทำหมัน ย่อมแสดงให้เห็นแล้วว่าชายและหญิงได้พิจารณาว่าประโยชน์ที่ชายและหญิงจะได้รับจากการให้กำเนิดบุตรไม่มีทางมากกว่าภาระหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรและผลกระทบทางเศรษฐกิจ อีกทั้งเมื่อสังคมยินยอมให้มีการคุมกำเนิดได้อย่างแพร่หลาย ตลอดจนการที่ฝ่ายนิติบัญญัติยอมรับว่าการทำแท้งเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ข้อเท็จจริงดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าวิญญูชนไม่ได้เห็นว่าการเกิดของเด็กเป็นเรื่องที่น่ายินดีไปเสียทุกกรณีเพราะมิเช่นนั้นแล้วสังคมต้องต่อต้านไม่ให้เกิดการทำแท้งและการผ่าตัดทำหมันเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁷⁰

กลุ่มที่ 4 ศาลพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกเพื่อความเสียหายทุกประเภท (Full Recovery Rule)

การปรับใช้กฎหมายของศาลในกลุ่มที่ 4 นี้ ศาลเห็นว่าการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายตามกฎหมาย ศาลจึงไม่อาจห้ามมิให้ชายและหญิงใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย อีกทั้งจะบังคับให้ชายและหญิงต้องยอมรับเอาประโยชน์ที่เขาเหล่านั้นไม่ต้องการ

¹⁶⁷ Ada F Most, *supra note 115*, pp.74-76. ; Judy S Loitherstein, *supra note 118*, pp.755-758.

¹⁶⁸ *Rieck v Medical Protective Co.*, 219 N.W.2d 242 (Wis. 1974) and Stephen M O'shea, *supra note 90*, p.972.

¹⁶⁹ 406 Mass 764, 551 NE2d 1.

¹⁷⁰ Stephen M O'shea, *supra note 90*, pp.963-994.

ไม่ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อประโยชน์เหล่านั้นเป็นผลมาจากการทำละเมิด¹⁷¹ นอกจากนี้ เมื่อประโยชน์ที่ชายและหญิงได้รับจากการเกิดของเด็กเป็นประโยชน์ที่ไม่เป็นตัวเงิน¹⁷² ประโยชน์ดังกล่าวจึงไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย¹⁷³ และเมื่อการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นผลโดยตรงมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทั้งปวงที่อยู่ในความคาดหมายและไม่ไกลกว่าเหตุ ซึ่งความเสียหายดังกล่าวหมายความรวมถึงค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติด้วย ดังนั้น เมื่อการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลเป็นไปตามหลักกฎหมายพื้นฐาน การที่ศาลยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์จึงไม่ขัดต่อนโยบายสาธารณะ¹⁷⁴ ในทางกลับกัน การที่ศาลยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ยังเป็นการช่วยป้องปรามไม่ให้แพทย์ให้การรักษาพยาบาลโดยประมาท อีกทั้งยังช่วยทำให้แพทย์พยายามรักษามาตรฐานในการใช้ความระมัดระวังไม่ให้ต่ำกว่ามาตรฐานในการประกอบวิชาชีพ¹⁷⁵

¹⁷¹ *Ibid*, pp.973-974.

¹⁷² *Marciniak v Lundborg* 450 N.W. 2d 248-249 (Wis. 1990)

¹⁷³ *Zehr v Haugen*, 871 P.2d 1006 (Ore. 1994).

¹⁷⁴ *Jones v Malinowski* (1984) 299 Md 257, 473 A2d 429 ศาลมีคำพิพากษาว่า เมื่อสังคมยอมรับว่าการป้องกันการให้กำเนิดบุตรเป็นการกระทำที่ชอบด้วยศีลธรรมและไม่ขัดต่อความเชื่อทางศาสนา ตลอดจนเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย ประกอบกับในปัจจุบันมีข้อเท็จจริงแสดงให้เห็นว่าชายและหญิงที่ไม่พร้อมและไม่ต้องการให้กำเนิดบุตรจำนวนมากต่างพยายามแสวงหาวิธีการป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่ประสิทธิภาพ อีกทั้งด้วยปริมาณการคุมกำเนิดและการทำแท้งที่เพิ่มมากขึ้นอย่างมีนัยสำคัญย่อมเป็นที่แสดงให้เห็นอย่างแจ่มชัดว่า สังคมไม่ได้เห็นว่าการตั้งครุฑและการให้กำเนิดบุตรเป็นเรื่องที่น่ายินดีไปเสียทุกกรณี เพราะไม่เช่นนั้นแล้วสังคมคงไม่ยินยอมให้มีการป้องกันการทำให้กำเนิดบุตรหรือไม่ยินยอมให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายยิ่งไปกว่านั้น เมื่อสังคมมีนโยบายลดจำนวนประชากรและสนับสนุนให้ชายและหญิงหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรจึงเท่ากับว่านโยบายสาธารณะเองก็ไม่ได้เห็นว่าทุกการเกิดของมนุษย์เป็นเรื่องที่น่ายินดีเสมอไป จึงเป็นไปได้เลยที่ว่าการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์จะเป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่ขัดต่อนโยบายสาธารณะ

¹⁷⁵ *Boone v Mullendore*, 416 So. 2d 718, 726 (Alaska 1982) ; *University of Ariz. Health Sciences Ctr. v Superior Court*, 667 P.2d 1294, 1299 (Ariz. 1983).

ตัวอย่าง คดี *Custodio v Bauer*¹⁷⁶ เป็นคดีแรกที่ศาลพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายทุกประเภท ซึ่งรวมถึงค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก โดยค่าเสียหายที่ศาลพิพากษาให้แพทย์ชดใช้ให้กับชายและหญิงประกอบไปด้วย

(1) ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในโรงพยาบาลและค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ทุกประเภท ทั้งที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการผ่าตัดทำหมัน¹⁷⁷ ตลอดจนค่าใช้จ่ายในกระบวนการตั้งครรภ์และคลอดบุตร¹⁷⁸

(2) ค่าขาดรายได้เนื่องจากหญิงไม่สามารถประกอบกิจการงานได้ตามปกติ¹⁷⁹

(3) ค่าใช้จ่ายในการอุปการะเลี้ยงดูบุตร และค่าใช้จ่ายที่จำเป็นทางการศึกษา (Cost of rearing and educating the child)¹⁸⁰

(4) ค่าใช้จ่ายในการผ่าตัดทำหมันเป็นครั้งที่สอง

(5) ค่าเสียหายจากความเจ็บปวดและทุกข์ทรมาน (Pain and suffering) จากการตั้งครรภ์และคลอดบุตร¹⁸¹

(6) ค่าเสียหายจากความเครียด วิตกกังวล และเศร้าโศกเสียใจ¹⁸²

(7) ค่าเสียหายจากการสูญเสียความสัมพันธ์ภายในครอบครัว (Loss of Consortium)¹⁸³

ส่วนข้อกล่าวอ้างที่ว่าการยินยอมให้มีการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์อาจส่งผลกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กนั้น ศาลอธิบายว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ไม่ได้หมายถึงการเกิดหรือชีวิตของเด็ก แต่ความเสียหายหมายถึงภาระหน้าที่และผลกระทบต่อสถานะทางเศรษฐกิจเท่านั้น ตัวอย่างเช่น ในคดี *Marciniak v Lundborg* ศาลได้ให้เหตุผลว่า ความเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ไม่ใช่การเกิดของเด็ก แต่เป็นสิทธิในทางทรัพย์สินและสิทธิในทางเศรษฐกิจของชายและหญิงต่างหาก

¹⁷⁶ 251 Cal. App. 2d 303, 322, 59 Cal. Rptr. 463, 475 (1967).

¹⁷⁷ *Flowers v District of Columbia*, 478 A.2d 1073, 1074 (D.C. 1984).

¹⁷⁸ *Fassoulas v Ramey*, 450 So. 2d 822, 823 (Fla. 1984).

¹⁷⁹ *Kingsbury v Smith*, 122 N.H. 237, 243, 442 A.2d 1003, 1006 (1982).

¹⁸⁰ *Ochs v Borrelli*, 187 Conn. 253, 258, 445 A.2d 883, 885 (1982).

¹⁸¹ *Hartke v McKelway*, 526 F. Supp. 97, 104 (D.C. 1981).

¹⁸² *Boone v Mullendore*, 416 So. 2d 718, 723 (Ala. 1982).

¹⁸³ *Macomber v Dillman*, 505 A.2d 810, 813 (Me. 1986).

ที่ได้รับผลกระทบจากการเกิดของเด็ก เมื่อการกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นการกระทำต่อสิทธิทางเศรษฐกิจของชายและหญิง อีกทั้งยังเป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิของสมาชิกภายในครอบครัวคนอื่นๆ ที่ควรจะมีคุณภาพชีวิตที่ดี เพื่อป้องกันปัญหาทางเศรษฐกิจและเพื่อไม่ให้เกิดการดำเนินชีวิตเป็นไปด้วยความยากลำบาก ศาลจึงพิพากษาว่าแพทย์มีหน้าที่ชดเชยค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทั้งปวงที่เป็นผลมาจากการรักษาพยาบาลที่ผิดพลาด

ด้วยเหตุผลที่ว่าความเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นเพียงความเสียหายทางเศรษฐกิจเท่านั้น การที่ศาลยินยอมให้หญิงและชายฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจึงไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และไม่ขัดต่อนโยบายสาธารณะ¹⁸⁴ อย่างไรก็ตาม หญิงและชายจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ต่อเมื่อการคุมกำเนิดหรือการทำแท้งมีขึ้นด้วยวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันและหลีกเลี่ยงผลกระทบทางเศรษฐกิจเท่านั้น¹⁸⁵ ในกรณีที่การคุมกำเนิดหรือการทำแท้งมีขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ในกรณีที่ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ชายและหญิงย่อมไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์¹⁸⁶

นอกจากนี้ ศาลในหลายมลรัฐได้ตั้งข้อสังเกตว่าถ้าพิจารณาจากแนวการปรับใช้กฎหมายของศาลในมลรัฐส่วนมาก ศาลจะยินยอมให้หญิงและชายฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้ตั้งครรภ์และคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ เพราะเหตุผลประการใดศาลจึงไม่ยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ทั้งที่ความเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์เช่นเดียวกัน การปรับใช้กฎหมายของศาลในลักษณะดังกล่าวจึงขัดแย้งกันเอง¹⁸⁷ ดังนั้น ในกรณีที่ศาลเห็นว่าการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายตามกฎหมาย ศาลยังต้องยอมรับว่าการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ก็เป็นความเสียหายตามกฎหมายเช่นเดียวกัน ด้วยเหตุดังกล่าว ศาลในกลุ่มที่ 4 จึงยินยอมให้หญิงและชายฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทุกประเภท ซึ่งประกอบไปด้วยค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก ค่าเสียหายจากความเจ็บปวดและทุกข์ทรมานจากการตั้งครรภ์ทั้งจากทางร่างกายและจิตใจ ค่าเสียหายจากสูญเสียความสัมพันธ์และความรื่นรมย์

¹⁸⁴ Lovelace Medical Center v Mendez, 805 P.2d 603 (N.M. 1991).

¹⁸⁵ Stephen M O'shea, *supra* note 90, p.971.

¹⁸⁶ Hartke v McKelway 707 F.2d 1544 (D.C. Cir.), cert. denied, 414 U.S. 983 (1983)

¹⁸⁷ Stephen M O'shea, *supra* note 90, p.970.

ในชีวิต ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ระหว่างตั้งครรภ์และภายหลังคลอดบุตร ค่าฟื้นฟูสมรรถภาพของร่างกายภายหลังคลอดบุตร ค่าขาดรายได้¹⁸⁸

แนวทางการปรับใช้กฎหมายในกลุ่มที่ 4 นี้ สามารถพบได้ในมลรัฐออริกอน¹⁸⁹ มลรัฐวิสคอนซิน¹⁹⁰ มลรัฐนิวเม็กซิโก¹⁹¹ มลรัฐแอริโซนา มลรัฐแคลิฟอร์เนีย มลรัฐคอนเนตทิคัต มลรัฐแมริแลนด์ มลรัฐมิชิแกน มลรัฐมินนิโซตา และมลรัฐโอไฮโอ¹⁹² นอกจากนี้ ถ้าความผิดพลาดทางการแพทย์ส่งผลทำให้หญิงและชายให้กำเนิดบุตรที่พิการ แม้ว่าความพิการของเด็กไม่ได้เป็นผลโดยตรงมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ ศาลก็ยินยอมให้หญิงและชายฟ้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติ และค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กในส่วนที่เพิ่มมากขึ้นจากความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กอีกด้วย¹⁹³ ซึ่งปรากฏในมลรัฐฟลอริดา¹⁹⁴ มลรัฐเคนทักกี¹⁹⁵ มลรัฐมิสซูรี¹⁹⁶ มลรัฐนิวเจอร์ซีย์¹⁹⁷ มลรัฐเทนเนสซี¹⁹⁸ มลรัฐเวอร์จิเนีย¹⁹⁹ และเขตปกครองพิเศษดิสตริค ออฟ โคลัมเบีย²⁰⁰ อย่างไรก็ตาม ศาลของบางมลรัฐยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่เพิ่มมากขึ้นจากปัญหาสุขภาพของเด็กเท่านั้น²⁰¹

¹⁸⁸ Hutton Brown, *supra note 74*, pp.733-735.

¹⁸⁹ Zeir v Haugen, 871 P2d 1006 (Oregon, 1994).

¹⁹⁰ Narciniak v Lundborg, 450 NW 2d 243 (Wisconsin, 1990).

¹⁹¹ Lovelace Medical Center v Mendez, 111 NM 336, 805 P2d 603 (1991)

¹⁹² Custodio v Bauer (1967, 1st Dist) 251 Cal App 2d 303, 59 Cal Rptr 463 27 ALR3d 884 ; Betancourt v Gaylor (1975) 136 NJ Super 69, 344 A2d 336 see Russell G Donaldson, *supra note 92*.

¹⁹³ Marciniak v Lundborg, 450 N.W. 2d 243 (Wis. 1990) ; Zehr v Haugen, 871 P.2d 1006 (Ore. 1994).

¹⁹⁴ Finchan v Levin, 155 So. 2d 883 (Florida, 1963).

¹⁹⁵ William v West, 258 SW 2d 468 (Kentucky, 1953).

¹⁹⁶ Lieberman v Lieberman, 517 SW2d 478 (Missouri, 1974).

¹⁹⁷ Kruvant v Kruvant, 100 NJ Super. 107, 241 A2d 259 (New Jersey, 1968).

¹⁹⁸ Sayne v Sayne, 39 Tenn. App. 422,284 SW 2d 309 (Tennessee, 1955).

¹⁹⁹ Commonwealth v Shepard, 212 Va 843, 88 SE2d 99 (Virginia, 1972).

²⁰⁰ Phillips v United States, 575 F Supp. 1309 (DC, 1983).

²⁰¹ Mary Z. Zelias, *supra note 114*, p.977.

1.2.2 ประเทศอังกฤษ

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นหนึ่งในรูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่มีปัญหาทางกฎหมายและข้อถกเถียงทางวิชาการจำนวนมาก ถึงแม้ว่าการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายดังกล่าวได้ปรากฏมาเป็นเวลามากกว่า 30 ปี แต่แนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยังไม่มี ความชัดเจนแน่นอนและยังไม่สามารถหาข้อยุติได้ว่า การให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายตามกฎหมายหรือไม่

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ปรากฏขึ้นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1979 ในคดี *Scuriaga v Powell*²⁰² ซึ่งมีข้อเท็จจริงปรากฏว่า ภายหลังจากที่หญิงเข้ารับการทำแท้งครั้งแรกกับแพทย์หญิงพบว่าตนยังคงตั้งครรภ์ แม้แพทย์ได้เสนอให้หญิงเข้ารับการทำแท้งเป็นครั้งที่ 2 แต่หญิงปฏิเสธข้อเสนอของแพทย์ เมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ หญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์โดยใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญา อนึ่ง หญิงเรียกร้องเฉพาะค่าใช้จ่ายทางการแพทย์และค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินเท่านั้นโดยไม่ปรากฏว่ามีการเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก ในคดีดังกล่าวปัญหาที่ศาลมีหน้าที่พิจารณาคือสัญญาเข้ารับการทำแท้งมีวัตถุประสงค์ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และการที่หญิงไม่ยินยอมเข้ารับการทำแท้งตามข้อเสนอของแพทย์เป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ที่ผู้เสียหายจะต้องช่วยเยียวยาความเสียหายหรือไม่

สำหรับปัญหาประการแรก ศาลเห็นว่าในปัจจุบันกฎหมายว่าด้วยการทำแท้ง *The Abortion Act 1967* กำหนดให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้กว้างกว่าที่ปรากฏในอดีต เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าหญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งตามกฎหมายฉบับดังกล่าว สัญญาระหว่างหญิงและแพทย์จึงเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นการที่แพทย์ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการทำแท้งจนเป็นเหตุทำให้การทำแท้งไม่ประสบผลสำเร็จจึงเป็นการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้อง ศาลจึงพิพากษาว่าหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเป็นผลโดยตรงจากการตั้งครรภ์ รวมทั้งมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากความเจ็บปวดทุกข์ทรมานที่เป็นผลมาจากการทำแท้ง อีกทั้งเมื่อหญิงต้องลาออกจากงานเพื่อมาเลี้ยงดูบุตร หญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าชดเชยได้ เพราะเหตุที่หญิงไม่สามารถประกอบกิจการงานได้ตามปกติ

ส่วนปัญหาประการที่สองที่ว่า การที่หญิงไม่ยอมเข้ารับการทำแท้งเป็นครั้งที่ 2 เป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ในการเยียวยาความเสียหายหรือไม่นั้น ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นเห็นว่าการที่หญิงไม่ยินยอมเข้ารับการทำแท้งเป็นเพราะในความเป็นจริงแล้วหญิงต้องการให้กำเนิดบุตร เมื่อการ

²⁰² (1979) 123 SJ 406

ตั้งครุฑและการให้กำเนิดบุตรเป็นไปตามความประสงค์ของหญิง หญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาของศาลชั้นต้น โดยให้เหตุผลว่าเมื่อสิทธิในการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเป็นสิทธิส่วนตัวของหญิงโดยแท้ กฎหมายจึงไม่อาจแทรกแซงการใช้สิทธิของหญิงด้วยการกำหนดให้การทำแท้งเป็นหน้าที่ในการเยียวยาความเสียหาย นอกจากนี้เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าในเวลาแพทย์เสนอให้หญิงเข้ารับการทำแท้ง เป็นช่วงที่หญิงไม่สามารถเข้ารับการทำแท้งได้อย่างปลอดภัย หญิงจึงไม่มีหน้าที่ที่จะต้องเยียวยาความเสียหายด้วยการกระทำที่อาจเป็นเหตุทำให้หญิงได้รับอันตรายแต่อย่างใด การที่หญิงไม่ยินยอมเข้ารับการทำแท้งจึงหาได้เป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ในการเยียวยาความเสียหาย และไม่กระทบต่อสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของหญิง

ภายหลังจากปี ค.ศ. 1979 คดีความเกี่ยวกับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์มีจำนวนเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ ซึ่งระหว่าง ปี ค.ศ. 1979 ถึงปี ค.ศ. 1999 มีเพียงคดี *Udale v Bloomsbury Area Health*²⁰³ เพียงคดีเดียวเท่านั้นที่ศาลพิพากษา

²⁰³ [1983] 2 All ER 522. ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ด้วยเหตุที่หญิงมีบุตรอยู่แล้ว 4 คนและไม่ประสงค์ที่จะมีสมาชิกเพิ่มมากขึ้นอีก หญิงจึงเลือกเข้ารับการทำแท้งทำหมัน โดยวัตถุประสงค์ของการทำแท้งทำหมันไม่ใช่เพียงป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการเท่านั้น แต่ต้องการป้องกันการเกิดของเด็กทุกกรณี ทั้งนี้เหตุที่หญิงเลือกที่จะป้องกันการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการเข้ารับการทำแท้งทำหมัน เพราะชายและหญิงเชื่อว่าการเข้ารับการทำแท้งทำหมันเป็นวิธีการที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพมากที่สุด ซึ่งจะช่วยให้ความต้องการของชายและหญิงประสบผลสำเร็จ และหากครอบครัวของชายและหญิงจะต้องมีสมาชิกเพิ่มมากขึ้น เหตุการณ์ดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อสถานะทางเศรษฐกิจและความสามารถในการดำเนินชีวิตของชายและหญิง ตลอดจนเป็นเหตุทำให้เด็กๆ ทั้ง 4 คนไม่ได้รับการเลี้ยงดูอย่างเหมาะสม เพราะอย่างน้อยที่สุดที่อยู่อาศัยของชายและหญิงในปัจจุบันก็ไม่มีพื้นที่เพียงพอสำหรับสมาชิกใหม่ที่จะเกิดขึ้นในอนาคต โดยชายและหญิงได้ให้เหตุผลที่จำเป็นต้องฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายไว้ในคำฟ้องส่วนหนึ่งว่า

...ที่พักอาศัยของชายและหญิงประกอบด้วยห้องนอนเพียง 3 ห้อง ห้องนอนที่ 1 เป็นของชายและหญิง ห้องนอนที่ 2 เป็นของบุตรสาวสองคนแรก ห้องนอนที่ 3 เป็นของบุตรสาวสองคนหลัง ดังนั้น ที่พักอาศัยของชายและหญิงจึงเหลือพื้นที่ว่างที่มีขนาดกว้าง 9 นิ้วและยาว 9 นิ้วเท่านั้น สำหรับเป็นที่อยู่อาศัยของบุตรคนที่ 5...

แม่แพทย์ทราบถึงความประสงค์และปัญหาทางเศรษฐกิจของชายและหญิงตั้งแต่ที่แพทย์ยินยอมรับหญิงเข้ารับการผ่าตัดทำหมัน แต่แพทย์ก็ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพในการผ่าตัดทำหมัน จนเป็นเหตุทำให้การผ่าตัดทำหมันไม่ประสบผลสำเร็จ

ภายหลังที่หญิงพบว่าตนตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์ ช่วงเวลาดังกล่าวหญิงไม่มีสิทธิที่จะเลือกเข้ารับการผ่าตัดได้โดยชอบด้วยกฎหมาย การตั้งครรภ์ของหญิงจึงส่งผลกระทบต่อสุขภาพจิตของหญิงอย่างมากเพราะทำให้หญิงมีอาการเครียดและวิตกกังวลเกี่ยวกับผลกระทบทางเศรษฐกิจที่กำลังจะเกิดขึ้นในอนาคต อีกทั้งหญิงยังหวังว่าที่พ่อกำลังจะในปัจจุบันจะสามารถรองรับสมาชิกใหม่ที่กำลังเกิดขึ้นมาในชีวิตหรือไม่ นอกจากนี้ ในช่วงเวลา ก่อนที่หญิงจะทราบว่าตนตั้งครรภ์ หญิงได้รับประทานยาที่อาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพของเด็ก ด้วยเหตุดังกล่าวหญิงจึงวิตกกังวลว่าทารกในครรภ์จะมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์หรือจะมีปัญหาสุขภาพจากผลข้างเคียงของยาที่หญิงรับประทานก่อนที่ได้ทราบความจริงว่าตนตั้งครรภ์

เมื่อหญิงคลอดบุตรคนที่ 5 โดยไม่พึงประสงค์ แม่เด็กจะมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ หญิงได้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ โดยประกอบไปด้วย

- (1) ค่าเสียหายจากการรักษาพยาบาลที่ไม่ประสบผลสำเร็จ
- (2) ค่าเสียหายจากความตกใจและวิตกกังวลเมื่อได้ทราบว่าตนได้ตั้งครรภ์อีกครั้ง และ ความวิตกกังวลที่ทารกอาจได้รับอันตรายจากยาที่หญิงรับประทานในช่วง 4 เดือนแรกของการตั้งครรภ์
- (3) ค่าเสียหายจากความเจ็บปวดทรมานและความไม่สะดวกสบาย รวมถึงค่าเสียหายจากความวิตกกังวลและความเครียดที่เกิดขึ้นระหว่างที่หญิงตั้งครรภ์และคลอดบุตร
- (4) ค่าใช้จ่ายในการเข้ารับการผ่าตัดทำหมันเป็นครั้งที่สอง
- (5) ค่าเสียหายเนื่องจากหญิงไม่สามารถประกอบกิจการงานได้ตามปกติและค่าขาดรายได้ระหว่างตั้งครรภ์และภายหลังคลอด ซึ่งรวมแล้วเป็นระยะเวลาประมาณ 7 เดือน
- (6) ค่าเสียหายจากการที่หญิงต้องปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบ้านหรือขยายขนาดของบ้านให้เพียงพอต่อความต้องการของสมาชิกใหม่
- (7) ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจนกว่าเด็กจะมีอายุครบ 16 ปีบริบูรณ์

ในชั้นพิจารณาพิพากษาคดี แพทย์ให้การยอมรับว่าการผ่าตัดทำหมันเป็นไปด้วยความประมาท อย่างไรก็ตาม แพทย์ได้แย้งว่าแม้การกระทำของแพทย์เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หญิงก็ไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ เนื่องจากข้อจำกัดเรื่องนโยบายสาธารณะที่ว่าเด็กที่เกิดขึ้นมาในชีวิตเป็นที่รักและให้ความสุขกับชายและหญิง การเกิดของเด็กจึงไม่ควรถูกพิจารณาว่าเป็นความเสียหายตามกฎหมาย นอกจากนี้ แพทย์ยังได้โต้แย้งอีกด้วยว่า เมื่อหญิงได้ประโยชน์จากการ

ว่า เมื่อการให้กำเนิดบุตรเป็นเรื่องที่น่ายินดีทุกกรณี การให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์จึงไม่เป็นการเสียหายตามกฎหมาย อีกทั้งเมื่อการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายดังกล่าวเป็นการเรียกร้องค่าเสียหายและแสวงหาประโยชน์จากชีวิตของเด็ก กฎหมายจึงไม่อาจยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายดังกล่าวเกิดขึ้นได้ เพราะเป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่ขัดต่อนโยบายสาธารณะ²⁰⁴

นอกจากนี้ศาลได้ให้เหตุผลประการอื่นๆ ที่เห็นว่าชายและหญิงไม่ควรจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ มีตัวอย่างดังนี้

(1) ในกรณีที่ศาลยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ เท่ากับศาลต้องการประกาศให้สมาชิกในสังคมทราบทั่วกันว่าเด็กที่เกิดขึ้นมา มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ไม่เป็นที่ต้องการของชายและหญิงผู้เป็นบิดามารดาของเด็ก ซึ่งการกระทำเช่นนั้นไร้ซึ่งเหตุผลและเป็นการกระทำที่ไม่เหมาะสมอย่างยิ่ง อีกทั้งยังเป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกภายในครอบครัว และอาจส่งผลเป็นการทำลายสถาบันครอบครัวซึ่งเป็นรากฐานของสังคม

(2) เป็นเรื่องปกติที่การตั้งครรภ์และการคลอดบุตรจะทำให้เกิดความเจ็บปวดและไม่สะดวกสบาย แต่ด้วยความสุขและความภาคภูมิใจที่ได้เป็นบิดามารดา ย่อมทำให้ความเจ็บปวดเหล่านั้นหมดสิ้นไป ดังนั้น ถ้าศาลยังยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ เท่ากับว่าศาลกำลังช่วยทำให้ชายและหญิงดังกล่าวได้รับประโยชน์จากการเกิดของเด็กมากกว่าชายและหญิงที่รักและต้องการเด็ก²⁰⁵

เกิดของเด็กและประโยชน์เช่นนี้มีมากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้น ประโยชน์จึงเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นทั้งหมดแล้ว จึงไม่มีความเสียหายอย่างใดหลงเหลือที่แพทย์จะต้องชดเชยให้กับชายและหญิงอีกต่อไป

²⁰⁴ ในชั้นพิจารณาพิพากษาศาลได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบกับคดี *Scuriaga v Powell* (1979) 123 SJ 406 และคดี *McKay v Essex Area Health Authority* [1982] QB 1166

²⁰⁵ นักวิชาการหลายคนเห็นว่าหากกฎหมายยินยอมให้หญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ (Wrongful Pregnancy) เท่ากับว่ากฎหมายกำลังเอื้อประโยชน์ให้กับหญิงที่ไม่ต้องการตั้งครรภ์และไม่ต้องการอุปการะเลี้ยงดูบุตรให้ได้รับประโยชน์มากกว่าหญิงที่รักและประสงค์ที่จะอุปการะเลี้ยงดูบุตรด้วยตนเอง นอกจากนี้ ถ้ากฎหมายยินยอมให้หญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์อาจเป็นต้นเหตุที่นำไปสู่การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยฉ้อฉล เพราะหญิงที่ประสงค์จะได้รับประโยชน์จากการฟ้องร้องเรียก

(3) การยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์อาจเป็นเหตุสร้างความกดดันให้แพทย์ อีกทั้งอาจเป็นเหตุทำให้แพทย์พยายามแนะนำหรือชักจูงให้หญิงเข้ารับการทำแท้ง เมื่อพบข้อสงสัยว่าหญิงอาจกำลังตั้งครรภ์ ดังนั้น เมื่อนโยบายสาธารณะไม่ต้องการให้หญิงมีสิทธิเข้ารับการทำแท้งได้โดยเสรี ศาลก็ควรป้องกันปัญหาดังกล่าวด้วยการห้ามมิให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย นอกจากนี้ ถ้าศาลยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เกิดขึ้น อาจทำให้หญิงมีหน้าที่ที่จะต้องเยียวยาความเสียหายด้วยการเข้ารับการทำแท้งโดยไม่สมัครใจ

(4) ถ้าศาลยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดของเด็ก ย่อมแสดงให้เห็นได้ว่าศาลได้พิจารณาแล้วว่า การเกิดหรือชีวิตของเด็กไม่มีคุณค่าและเป็นความเสียหายตามกฎหมาย ซึ่งการพิจารณาเช่นนั้นย่อมส่งผลกระทบต่อคุณค่าและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็ก และขัดต่อนโยบายสาธารณะ

(5) ถ้าศาลยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ อาจเป็นเหตุที่ส่งผลกระทบทางจิตใจต่อเด็กอย่างร้ายแรง เพราะการฟ้องร้องในลักษณะดังกล่าวอาจทำให้เด็กเข้าใจได้ว่าการเกิดของเด็กเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ โดยเด็กไม่เป็นที่ต้องการของชายและหญิง²⁰⁶

ค่าเสียหายก็จะกล่าวอ้างว่าการให้กำเนิดบุตรของตนเป็นการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์และเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์

²⁰⁶ ในปัญหาว่าด้วยผลกระทบทางจิตใจที่อาจเกิดขึ้นกับเด็กหากศาลยินยอมให้ชายและหญิงกล่าวอ้างได้ว่าการเกิดของเด็กไม่เป็นที่พึงประสงค์นั้น นักวิชาการจำนวนมากยังคงถกเถียงกันว่าการที่ศาลยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์จะส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจของเด็กจริงหรือไม่ นักวิชาการฝ่ายหนึ่งเห็นว่า การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์จะส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจของเด็กหรือไม่ ต้องพิจารณาจากความรัก การอุปการะเลี้ยงดูที่ดี การให้ความอบอุ่นและความเอาใจใส่ของหญิงที่มีต่อเด็ก ไม่ใช่ดูว่าเงินที่หญิงใช้เลี้ยงดูเด็กเป็นเงินของหญิงหรือเป็นเงินที่ศาลพิพากษาให้แพทย์จ่ายให้กับหญิง แม้ว่าศาลจะยินยอมให้หญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ แต่การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายก็เป็นเรื่องระหว่างหญิงกับแพทย์เท่านั้นหาได้เกี่ยวข้องกับเด็กแต่อย่างใดไม่ ภายหลังที่หญิงได้รับการเยียวยาความเสียหายแล้วหญิงสามารถป้องกันผลกระทบทางจิตใจที่อาจเกิดขึ้นกับเด็กได้ด้วยการให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กด้วยความรัก เพราะจากความรัก ความอบอุ่น ความผูกพันและความเข้าใจระหว่างหญิงและเด็ก จะทำให้เด็กไม่คิดว่าการเกิดของเด็กเป็นเพียงผลที่เกิดจากความผิดพลาดทางการแพทย์ อีกทั้งเด็กจะไม่คิดว่า

(6) ถ้าพิจารณาจากความเห็นของวิญญูชน ศาลเชื่อว่าวิญญูชนส่วนมากเห็นว่าการเกิดของเด็กเป็นเรื่องที่น่ายินดีและไม่เป็นความเสียหาย ถึงกระนั้นแม้มีวิญญูชนบางคนจะไม่เห็นด้วยเพราะเห็นว่าการเกิดของเด็กในบางกรณีอาจเป็นความเสียหายตามกฎหมาย แต่ความเห็นดังกล่าวเป็นเพียงความเห็นของคนส่วนน้อย ด้วยเหตุที่การเกิดของเด็กเป็นเรื่องที่น่ายินดีตามความเห็นของวิญญูชนส่วนมากนี้เอง กฎหมายจึงไม่อาจยินยอมให้มีการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากเรื่องที่น่ายินดี

(7) การยินยอมให้มีการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ อาจทำให้เด็กมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายชายและหญิงจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต

ในท้ายที่สุดผู้พิพากษา Jupp J ให้ความเห็นว่า เมื่อค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กไม่ได้เป็นความเสียหายที่เป็นผลมาจากความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อเนื้อตัวร่างกาย แต่เป็นความเสียหายที่เป็นผลมาจากการเกิดของเด็ก ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจึงเป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ (Pure Economic Loss) เมื่อกฎหมายลักษณะละเมิดยินยอมให้ผู้เสียหายเรียกค่าเสียหายทางเศรษฐกิจได้ต่อเมื่อความเสียหายดังกล่าวเป็นความผลกระทบมาจากความเสียหายทางกายภาพ (Consequential Damage) แต่ไม่ยินยอมให้ผู้เสียหายมีสิทธิเรียกค่าเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ เมื่อชายและหญิงใช้สิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด ชายและหญิงจึงไม่มีสิทธิเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก

อย่างไรก็ตาม แม้ศาลพิจารณาว่าหญิงและชายไม่มีสิทธิเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์ แต่ศาลเห็นว่าเมื่อการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายตามกฎหมาย หญิงและชายจึงมีสิทธิเรียกค่าเสียหายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ซึ่งประกอบไปด้วยค่าเสียหายจากความเจ็บปวดทรมานและความไม่สะดวกสบายระหว่างตั้งครรภ์ ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ระหว่างตั้งครรภ์และคลอดบุตร ค่าขาดรายได้ระหว่างตั้งครรภ์และภายหลังตั้งครรภ์ ค่าใช้จ่ายในการเข้ารับการทำหมันเป็นครั้งที่สอง แต่ชายและหญิงไม่มีสิทธิเรียกค่าใช้จ่ายในการซ่อมแซมและขยายขนาดของที่อยู่อาศัย

ในคดี *Emeh v Kensington and Chelsea and West minister Area Health Authority*²⁰⁷ เป็นคดีแรกที่ศาลพิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติเต็ม

ตนไม่เป็นการต้องการของหญิงแต่อย่างใด see Diana Brahams, "Damages for Unplanned Babies - A Trend to be Discouraged?" *National Law Journal*, Volume 133, pp.643-645 (1983)

²⁰⁷ [1985] QB 1012 ข้อเท็จจริงปรากฏว่า หญิงเข้ารับการตรวจสุขภาพทารกกับแพทย์ และพบว่าทารกในครรภ์พิการ หญิงจึงเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งและภายหลังการทำแท้ง หญิงเลือก

จำนวนให้กับชายและหญิงที่ให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ โดยผู้พิพากษา Slade LJ ให้ความเห็นว่าเมื่อศาลในคดี Udale v Bloomsbury Area Health Authority พิจารณาว่าความเสียหายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายที่ไม่ไกลกว่าเหตุ และเป็นความเสียหายที่แพทย์สามารถคาดเห็นได้ล่วงหน้า เพราะเหตุใดศาลจึงไม่ยินยอมให้หญิงและชายฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก ทั้งที่ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กก็เป็นความเสียหายที่แพทย์สามารถคาดเห็นได้เช่นเดียวกัน นอกจากนี้ เมื่อไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือนโยบายสาธารณะใดกำหนดห้ามมิให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก ศาลเห็นว่านอกจากค่าเสียหายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์แล้ว หญิงและชายยังมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์ได้อีกด้วย²⁰⁸

ส่วนปัญหาที่ว่าหญิงมีหน้าที่เยียวยาความเสียหายด้วยการเข้ารับการทำแท้งหรือไม่ ผู้พิพากษา Park (ผู้พิพากษาศาลชั้นต้น) เห็นว่าการที่หญิงไม่ยินยอมเข้ารับการทำแท้งทั้งที่หญิงสามารถเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้งเป็นช่วงเวลาที่หญิงสามารถทำแท้งได้โดยปลอดภัย การกระทำดังกล่าวของหญิงจึงเป็นเหตุแทรกแซง (*Novus actus Interveniens*) และเป็นเหตุที่ทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลขาดตอนลง หญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นหลังจากที่หญิงได้ปฏิเสธที่จะเข้ารับการทำแท้ง อย่างไรก็ตามในช่วงเวลาก่อนที่ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลขาดตอนลง การตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์ยังคงเป็นความเสียหายต่อสิทธิในร่างกายและอนามัยของหญิง ซึ่งเป็นเหตุทำให้หญิงได้รับความเจ็บปวดทุกข์ทรมาน ตลอดจนความไม่สะดวกสบายจากการตั้งครรภ์ หญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายดังกล่าว²⁰⁹

ที่จะเข้ารับการทำแท้งเพื่อป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการในอนาคต อย่างไรก็ตาม ในกระบวนการผ่าตัดทำหมัน แพทย์ผ่าตัดทำหมันหญิงโดยประมาทจนเป็นเหตุทำให้การผ่าตัดทำหมันไม่ประสบความสำเร็จ เมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการหญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ โดยหญิงเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติและค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กในส่วนที่เพิ่มมากขึ้นจากปัญหาสุขภาพของเด็ก

²⁰⁸ Norton Rose Fulbright, *supra* note 4.

²⁰⁹ Malcolm Khan and Michelle Robson, *Medical Negligence*, (Great Britain : Cavendish Publishing, 1997), p.195.

นักวิชาการจำนวนมากไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาของศาลชั้นต้นที่ว่า หญิงมีหน้าที่เยียวยาความเสียหายด้วยการเข้ารับการทำแท้ง²¹⁰ จนในท้ายที่สุด ศาลอุทธรณ์โดยผู้พิพากษา Slade LJ ได้พิจารณาว่า แม้ว่าการตั้งครรภ์ของหญิงเป็นผลมาจากการผ่าตัดทำหมันโดยประมาท แต่หญิงก็ไม่มีหน้าที่ในการเยียวยาความเสียหายด้วยการเข้ารับการทำแท้ง เนื่องจากการทำแท้งเป็นสิทธิส่วนตัวของหญิง²¹¹ หญิงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องเยียวยาความเสียหายด้วยการกระทำที่ทำให้หญิงต้องตกอยู่ภายใต้ความเสี่ยงว่าจะได้รับอันตราย นอกจากนี้ หน้าที่ในการเยียวยาความเสียหายตามกฎหมายต้องไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน และจะต้องไม่ขัดต่อความเชื่อทางศาสนาของผู้เสียหาย การที่หญิงปฏิเสธที่จะเข้ารับการทำแท้งจึงไม่เป็นเหตุแทรกแซงที่เกิดขึ้นจากการกระทำของ

²¹⁰ Lewis, “Damages for Wrongful Birth,” *Law Society Gazette*, p.1045 (1983)

²¹¹ ศาลพิจารณาพิพากษาคดีโดยเทียบเคียงกับคดี *Sciuriaga v Powell* ที่ได้วางแนวการพิจารณาไว้ว่า การที่หญิงไม่ยินยอมเข้ารับการทำแท้งภายหลังที่พบว่าหญิงตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์ไม่เป็นเหตุแทรกแซงที่เกิดขึ้นจากการกระทำของหญิงและไม่เป็นเหตุทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลสืบสุดลง เพราะหน้าที่ที่ผู้เสียหายจะต้องช่วยผู้ทำละเมิดเยียวยาความเสียหายต้องเป็นหน้าที่ที่เหมาะสมและไม่ทำให้เกิดภาระเกินสมควรกับผู้เสียหาย แม้กฎหมายยินยอมให้หญิงเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อสิทธิที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้งเป็นสิทธิเฉพาะตัวของหญิง กฎหมายจึงไม่สามารถบังคับให้หญิงต้องมีหน้าที่เยียวยาความเสียหายด้วยการทำแท้ง โดยผู้พิพากษา Slade LJ ได้ให้ความเห็นไว้ว่า

...ข้าพเจ้าคิดว่าเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้องที่ศาลจะพิจารณาว่าการที่หญิงปฏิเสธที่เข้ารับการทำแท้ง เป็นการประพฤติดิถีหน้าที่ที่ต้องเยียวยาความเสียหาย ด้วยเหตุที่ว่ายังไม่พบว่ามีเหตุจำเป็นเพียงพอและไม่มีเหตุผลอันสมควรที่หญิงจะต้องเข้ารับการทำแท้งตามข้อเสนอของแพทย์ ...

see Alasdair Maclean, *Briefcase on Medical Law*, (United Kingdom : Cavendish Publishing, 2001), p. 211. ; Marc Stauch, Kay Wheat and John Tingle, *Sourcebook on Medical Law*, 2nd ed. Cavendish Sourcebook Series, (London : Cavendish Publishing, 2002), p.458.

หญิง และไม่เป็นเหตุที่ตัดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล²¹² ศาลจึงพิพากษาให้หญิงและชาย มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก และค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับปัญหาสุขภาพของเด็ก²¹³

ส่วนปัญหาที่ว่าหญิงและชายมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน หรือไม่ ศาลเห็นว่าหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากความเจ็บปวดทุกข์ทรมานและความไม่ สะดวกสบายที่เกิดขึ้นจากการตั้งครรภ์และการคลอดบุตร รวมถึงค่าเสียหายจากความเจ็บปวดทรมาน ที่หญิงต้องเข้ารับการผ่าตัดทำหมันเป็นครั้งที่สองหลังจากที่การผ่าตัดทำหมันในครั้งแรกไม่ประสบ ผลสำเร็จ นอกจากนี้ ชายและหญิงยังมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพราะเหตุที่ชายและหญิงสูญเสีย ความสุขและความรื่นรมย์ในการดำเนินชีวิตจากการที่ต้องมีภาระหน้าที่ในการอุปการะและดูแลบุตร ทั้งนี้ เมื่อการตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์ทำให้หญิงไม่สามารถประกอบกิจการงานได้ตามปกติ หญิงยังมีสิทธิเรียกร้องค่าชดเชยได้ ซึ่งศาลต้องคิดคำนวณในอัตราที่เหมาะสม โดยพิจารณาจากระยะเวลาที่ หญิงไม่สามารถประกอบกิจการงานได้ตามความเป็นจริง

ในประเทศอังกฤษ ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำทรมานปฏิบัติมี สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ตามกฎหมายลักษณะละเมิดและกฎหมายลักษณะสัญญาขึ้นอยู่กับ ลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และผู้ป่วย ในกรณีที่ผู้เสียหายมีความสัมพันธ์ในทางสัญญากับ แพทย์ ผู้เสียหายมีสิทธิเลือกที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ทั้งกฎหมายลักษณะสัญญาและกฎหมาย ลักษณะละเมิด นอกจากนี้ เมื่อความผิดพลาดทางการแพทย์นำไปสู่การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจาก

²¹² Marc Stauch, Kay Wheat and John Tingle, Text, Cases and Materials on Medical Law, 3rd ed., (Oxon: Routledge Cavendish, 2006), pp.429-430.

²¹³ ในปัญหาที่ว่าเมื่อปัญหาสุขภาพของเด็กไม่ได้เป็นผลมาจากความผิดพลาดทาง การแพทย์ แต่เป็นความผิดปกติที่สามารถเกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ กฎหมายจึงไม่ควรยินยอมให้ชาย และหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่เกี่ยวข้องกับปัญหาสุขภาพของเด็ก ซึ่งปัญหาดังกล่าวผู้พิพากษา Waller LJ ได้มีคำพิพากษาว่า ในทุกครั้งที่แพทย์ทำการผ่าตัดทำหมันแพทย์ไม่เพียงคาดเห็นได้ว่าการ ผ่าตัดทำหมันโดยประมาทอาจเป็นเหตุทำให้หญิงตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ แต่แพทย์สามารถคาดเห็นได้อีกด้วยว่า ในทุกครั้งที่หญิงให้กำเนิดบุตรมีความน่าจะเป็นที่เด็กที่เกิด ขึ้นมามีชีวิต 1 ใน 200 ราย มีโอกาสที่จะเกิดขึ้นมามีร่างกายพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง ด้วยเหตุดังกล่าว เมื่อแพทย์สามารถคาดเห็นได้ว่าหญิงอาจให้กำเนิดบุตรที่พิการที่เป็นผลมาจากการ ผ่าตัดทำหมันที่ไม่ประสบผลสำเร็จ ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับหญิงจึงไม่ได้ไกลเกินกว่าเหตุ นอกจาก หญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติแล้ว หญิงยังมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการ เลี้ยงดูเด็กที่เพิ่มมากขึ้นเพราะเหตุที่เด็กมีปัญหาสุขภาพจากแพทย์อีกด้วย

การให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ไม่จำเป็นต้องเป็นความผิดพลาดในการผ่าตัดทำหมันหรือการทำแท้งเท่านั้น เพราะในกระบวนการดังกล่าวนอกจากแพทย์จะมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังในการผ่าตัดทำหมันหรือการทำแท้งแล้ว แพทย์ยังมีหน้าที่ติดตามผลสำเร็จของการผ่าตัดทำหมันหรือการทำแท้ง ตลอดจนมีหน้าที่บอกกล่าวและให้ข้อมูลเกี่ยวกับโอกาสที่การผ่าตัดทำหมันอาจไม่ประสบผลสำเร็จ อีกทั้งมีหน้าที่แนะนำถึงวิธีการคุมกำเนิดอื่นๆ เพื่อช่วยให้ชายและหญิงสามารถหลีกเลี่ยงการตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตรที่ไม่พึงประสงค์อีกด้วย ในกรณีที่แพทย์ละเลยต่อหน้าที่ดังกล่าวจนเป็นเหตุทำให้หญิงและชายไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือป้องกันการตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตร แม้ว่าการเกิดของเด็กจะไม่ได้เป็นผลโดยตรงมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ การฝ่าฝืนต่อหน้าที่ดังกล่าวก็อาจเป็นเหตุทำให้แพทย์ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นได้เช่นเดียวกัน

นอกจากนี้ แม้ความรับผิดชอบของแพทย์ตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือกฎหมายลักษณะสัญญาเป็นความรับผิดที่เกิดขึ้นจากความผิดของแพทย์ กล่าวคือ แพทย์จะต้องรับผิดชอบเมื่อแพทย์จงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้เสียหาย อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่มีข้อเท็จจริงแสดงให้เห็นว่าแพทย์ได้ให้คำรับรองผลการรักษาพยาบาลไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย แม้ความเสียหายที่เกิดขึ้นจะไม่ได้เกิดจากความผิดของแพทย์ แต่เมื่อผลการรักษาพยาบาลไม่เป็นไปตามคำรับรองผลที่แพทย์ได้ให้กับผู้ป่วยไว้ ผู้ป่วยย่อมมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ได้เช่นเดียวกัน

โดยปกติการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ส่วนมากเป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีพบว่าผู้เสียหายเลือกที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยใช้สิทธิตามกฎหมายลักษณะสัญญา ตัวอย่างเช่นคดี *Thake v Maurice*²¹⁴ และคดี *Eyre v Measday*²¹⁵ โดยข้อเท็จจริงในคดีปรากฏว่า ชายและหญิงอ้างว่านอกจากแพทย์ไม่ได้ให้ข้อมูลและแจ้งเตือนว่าการผ่าตัดทำหมันมีโอกาสที่จะไม่ประสบผลสำเร็จแล้ว ยังมีการกระทำของแพทย์ที่ทำให้ชายและหญิงเข้าใจว่าแพทย์ให้คำรับรองผลสำเร็จของการผ่าตัดทำหมัน ซึ่งการกระทำดังกล่าวทำให้หญิงและชายไม่มีโอกาสเลือกที่จะคุมกำเนิดด้วยวิธีการอื่น

²¹⁴ *Thake v Maurice* [1986] 1 QB 644

²¹⁵ [1986] 1 All ER 488.

แทนการเข้ารับการผ่าตัดทำหมัน อีกทั้งทำให้หญิงและชายไม่สามารถหลีกเลี่ยงและป้องกันการตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ชายและหญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์²¹⁶

คดี *Thake v Maurice*²¹⁷ แม้ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าแพทย์ได้ให้คำรับรองผลการผ่าตัดทำหมันโดยแจ้งชัด แต่มีปัญหาที่ศาลต้องพิจารณาว่าการที่แพทย์ให้ข้อมูลกับชายหลังการผ่าตัดทำหมันว่า “ภายหลังที่ชายเข้ารับการผ่าตัดทำหมันแล้ว ชายไม่มีโอกาสให้กำเนิดบุตรอย่างแน่นอน” โดยแพทย์ไม่ได้ให้ข้อมูลกับชายว่า ยังมีโอกาสที่การผ่าตัดทำหมันอาจไม่ประสบผลสำเร็จ และมีโอกาสที่ชายอาจให้กำเนิดบุตรภายหลังการผ่าตัดทำหมัน เมื่อการกระทำดังกล่าวของแพทย์ทำให้ชายเข้าใจว่าการผ่าตัดทำหมันประสบผลสำเร็จอย่างแน่นอน ชายจึงเห็นว่า การกระทำของแพทย์เป็นการรับรองผลการผ่าตัดทำหมันโดยปริยาย

นอกจากนี้ ชายได้อ้างอีกด้วยว่า ในกรณีที่ชายทราบถึงโอกาสที่การผ่าตัดทำหมันจะไม่ประสบผลสำเร็จก่อนเข้ารับการผ่าตัดทำหมัน ชายสามารถเลือกที่จะคุมกำเนิดด้วยวิธีการอื่นๆ ที่มีประสิทธิภาพใกล้เคียงกับการผ่าตัดทำหมัน แต่ประหยัดค่าใช้จ่ายมากกว่า โดยวิธีการเหล่านั้นจะไม่ทำให้ชายได้รับความเจ็บปวดทุกข์ทรมานแต่อย่างใด ทั้งนี้ ในกรณีที่ชายทราบถึงโอกาสเสี่ยงที่การผ่าตัดทำหมันจะไม่ประสบผลสำเร็จภายหลังการผ่าตัดทำหมัน ในทุกครั้งที่ชายและหญิงมีเพศสัมพันธ์ ชายจะใช้อุปกรณ์ป้องกันการให้กำเนิดบุตรอื่นๆ ควบคู่ไปด้วย นอกจากนี้ ชายจะหมั่นพาหญิงเข้ารับการตรวจการตั้งครรภ์เป็นระยะ เพราะถ้าผลการตรวจพบว่าหญิงตั้งครรภ์จากการคุมกำเนิดที่ผิดพลาด หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด

ในการพิจารณาพิพากษาของศาลชั้นต้น คณะลูกขุนเชื่อว่าข้อเท็จจริงที่ปรากฏจากพยานหลักฐานแสดงให้เห็นว่าการกระทำของแพทย์เป็นการรับรองผลการผ่าตัดทำหมัน แพทย์จึงต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ โดยไม่คำนึงว่าแพทย์ผ่าตัดทำหมันโดยประมาทหรือไม่ เพราะความรับผิดชอบตามข้อสัญญารับรองผลเป็น

²¹⁶ Michael A. Jones, *Medical Negligence*. 4th ed., (London : Sweet & Maxwell, 2008), pp. 77-79. ; Gwyn Tovey, *Nutcases Medical Law*, (London : Sweet & Maxwell, 2008), p.148.

²¹⁷ *Thake v Maurice* [1986] 1 QB 644 ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ภายหลังที่ชายเข้ารับการผ่าตัดทำหมัน แพทย์ไม่ได้ให้ข้อมูลและไม่ได้แจ้งเตือนให้ชายทราบถึงความเสี่ยงที่การผ่าตัดทำหมันมีโอกาสไม่ประสบผลสำเร็จ อีกทั้งแพทย์ไม่ได้นัดหรือแนะนำให้ชายเข้ารับการตรวจวัดปริมาณเซลล์สเปิร์มครั้งละเพื่อที่จะยืนยันว่าชายหมดความสามารถในการเจริญพันธุ์และสามารถมีเพศสัมพันธ์ได้โดยไม่ต้องป้องกันการให้กำเนิดบุตรหรือไม่

ความรับผิดชอบโดยเคร่งครัด ในขณะที่ผู้พิพากษา Peter Pain J เห็นว่า การที่แพทย์ให้ข้อมูลกับชายว่า “...ชายจะร้องขอให้แพทย์แก้ไขผลการผ่าตัดทำหมัน เพื่อให้ชายกลับมามีความสามารถในการเจริญพันธุ์ตามเดิมไม่ได้ เพราะการผ่าตัดทำหมันเป็นเหตุทำให้ชายสูญเสียความสามารถในการเจริญพันธุ์อย่างถาวร...” ข้อความเช่นนี้ ทำให้ศาลเข้าใจได้ว่าแพทย์ให้คำรับรองผลสำเร็จของการผ่าตัดทำหมันแล้ว ชายและหญิงจึงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก และค่าเสียหายจากการตั้งครรภ์จากแพทย์²¹⁸

อย่างไรก็ดี ในการพิจารณาพิพากษาของศาลอุทธรณ์ ศาลเห็นว่า ด้วยข้อจำกัดทางวิทยาศาสตร์ ไม่มีการรักษาพยาบาลวิธีใดที่สามารถให้ผลลัพธ์ที่แน่นอน ผลลัพธ์ของการรักษาพยาบาลเป็นเรื่องที่ทั้งแพทย์และผู้ป่วยไม่สามารถคาดหมายได้ล่วงหน้า เพราะผลการรักษาพยาบาลขึ้นอยู่กับลักษณะอาการและสภาพร่างกายของผู้ป่วยแต่ละคน แม้ว่าแพทย์ได้ให้การรักษาพยาบาลอย่างดีที่สุดและเป็นไปตามมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพ แต่ผลการรักษาพยาบาลอาจไม่เป็นตามความมุ่งหวังของผู้ป่วย นอกจากนี้ ศาลเชื่อว่าในทุกการรักษาพยาบาล ถ้าไม่ปรากฏว่ามีการรับรองผลการรักษาพยาบาลโดยชัดแจ้ง ย่อมไม่มีวิญญูแพทย์คนใดให้คำรับรองผลการรักษาพยาบาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับกระบวนการผ่าตัดทำหมันที่โดยปกติมีความเสี่ยงตามธรรมชาติอยู่แล้วว่าอาจไม่ประสบผลสำเร็จ²¹⁹ ข้อความในคำบอกกล่าวของแพทย์จึงไม่เป็นการให้คำรับรองผลการผ่าตัดทำหมัน²²⁰ ชายและหญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายโดยอาศัยข้อสัญญารับรองผลการผ่าตัดทำหมัน

²¹⁸ Michael A. Jones, *supra note 216*, pp.78-79.

²¹⁹ Thake v Maurice [1986] QB 644 (CA) 685

²²⁰ ผู้พิพากษา Neill LJ ให้ความเห็นไว้ว่า

...ข้าพเจ้าเห็นว่าวิญญูชนทุกคนย่อมเข้าใจดีว่าไม่มีแพทย์คนใดที่จะให้คำรับรองว่าการรักษาพยาบาลจะต้องประสบผลสำเร็จ เพราะในความเป็นจริงแม้แพทย์จะมีความรู้ความเชี่ยวชาญมากเพียงใด แต่ด้วยข้อจำกัดของความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ผลการรักษาพยาบาลอาจไม่ได้เป็นไปตามความมุ่งหวังของผู้ป่วย อีกทั้งเป็นไปไม่ได้เลยที่การรักษาพยาบาลต้องประสบผลสำเร็จในกรณี ด้วยเหตุดังกล่าววิญญูชนที่เข้ารับการรักษาพยาบาลจึงไม่ได้คาดหวังว่าตนจะต้องหายจากความเจ็บป่วยที่เป็นอยู่ เพราะวิญญูชนคาดหวังเพียงแต่ว่าแพทย์จะให้การรักษาพยาบาลเต็มความรู้ความสามารถและเป็นไปตามมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพเท่านั้น...

see Thake v Maurice [1986] QB 644 (CA) 685

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญา แต่เมื่อพิจารณาความรับผิดชอบตามกฎหมายลักษณะละเมิด ศาลเห็นว่าการที่แพทย์ไม่ได้แจ้งเตือนให้ชายทราบถึงโอกาสที่การผ่าตัดทำหมันอาจไม่ประสบผลสำเร็จ เป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังและหน้าที่ในการให้ข้อมูลกับผู้ป่วย การกระทำของแพทย์จึงเป็นการรักษาพยาบาลต่ำกว่ามาตรฐานการประกอบวิชาชีพ ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ตามกฎหมายลักษณะละเมิด

ในการพิจารณาว่าตามกฎหมายลักษณะละเมิด ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กหรือไม่ ศาลได้พิจารณาเปรียบเทียบกับคดี *Udale v Bloomsbury Area Health* ซึ่งศาลได้วางแนวพิจารณาไว้ว่า ชายและหญิงไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก เพราะคำฟ้องดังกล่าวขัดต่อนโยบายสาธารณะ อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษา Peter Pain J ไม่เห็นด้วยกับแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในคดีข้างต้น โดยให้เหตุผลว่า ในการพิจารณาว่าชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กหรือไม่ ศาลต้องพิจารณาจากหลักกฎหมายพื้นฐาน ในกรณีที่หลักกฎหมายไม่ชัดเจนแน่นอน ศาลต้องอาศัยการตีความหลักกฎหมายเท่านั้น ศาลไม่สามารถนำนโยบายสาธารณะมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาพิพากษาคดี เพราะนโยบายสาธารณะจะกลายเป็นกฎหมายได้ต่อเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติเห็นควรที่จะนำนโยบายสาธารณะมาตราเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น จึงไม่ใช่หน้าที่ของศาลที่จะพิจารณาว่านโยบายสาธารณะเป็นกฎหมายหรือไม่ นอกจากนี้ พบได้บ่อยครั้งว่านโยบายสาธารณะของศาลมักเป็นนโยบายที่ไม่สอดคล้องกับความเห็นของวิญญูชน ศาลจึงไม่ควรนำนโยบายสาธารณะมาใช้ในการพิจารณาคดี²²¹

ในปัญหาที่ว่าจำเป็นหรือไม่ว่าการเกิดของเด็กต้องเป็นเรื่องที่น่ายินดีทุกกรณี ผู้พิพากษา Peter Pain J ให้ความเห็นว่า เมื่อพิจารณาจากสภาพสังคมในปัจจุบัน ทันทีที่กฎหมายยินยอมให้การผ่าตัดทำหมันและการทำแท้งเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นได้ว่า การตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตรไม่ได้เป็นเรื่องที่น่ายินดีเสมอไป แม้ว่าวิญญูชนส่วนหนึ่งเห็นว่าการเกิดของเด็กเป็นเรื่องที่น่ายินดี แต่ความคิดเช่นนั้นย่อมเปลี่ยนไป หากการเกิดของเด็กไม่ได้นำมาซึ่งความสุขและไม่ได้ก่อให้เกิดประโยชน์ แต่การเกิดของเด็กทำให้การดำเนินชีวิตของชาย หญิงและตัวเด็กเป็นไปด้วยความยากลำบาก²²² เมื่อนโยบายสาธารณะที่แท้จริงคือการสนับสนุน

²²¹ ผู้พิพากษา Peter Pain J อ้างอิงถึงคำพิพากษาของศาลประเทศสหรัฐอเมริกาในคดี *Sherlock v Stilwater Clinic Public Health Trust v Brown*, 388 So 2d 1084 (1980).

²²² ผู้พิพากษา Peter Pain J ให้ความเห็นว่า ศาลไม่ควรนำเหตุที่ชายและหญิงมีความปิติยินดีจากการให้กำเนิดบุตรมาเป็นเหตุที่ทำให้ชายและหญิงสูญเสียสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียก

ให้ชายและหญิงวางแผนครอบครัวและลดปริมาณประชากร นโยบายสาธารณะจึงควรให้ความคุ้มครองต่อสิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเองของชายและหญิง นอกจากนี้ เมื่อชายและหญิงต้องการกระทำการเพื่อให้เป็นไปตามนโยบายสาธารณะ กล่าวคือ ต้องการช่วยการลดการเพิ่มมากขึ้นของจำนวนประชากรด้วยการเข้ารับการผ่าตัดทำหมัน เมื่อการกระทำของแพทย์เป็นเหตุขัดขวางการดำเนินการตามนโยบายสาธารณะของชายและหญิง ชายและหญิงจึงควรมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ โดยการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายดังกล่าวไม่อาจพิจารณาได้เลยว่าเป็นการขัดต่อนโยบายสาธารณะ

คดี *Eyre v. Measday*²²³ มีปัญหาเกิดขึ้นว่า ข้อความในสัญญาให้ความยินยอมเข้ารับการผ่าตัดทำหมันที่ว่า “...ข้าพเจ้าเข้าใจว่าการผ่าตัดทำหมันนี้จะทำให้ข้าพเจ้าเป็นหมันถาวร และจะต่อคืนเดิมได้ยากและอาจต่อคืนเดิมไม่ได้...” ถ้อยคำที่ว่า “...การผ่าตัดทำหมันจะต่อคืนเดิมไม่ได้...” มีความหมายว่าแพทย์ให้การรับรองผลการผ่าตัดทำหมันหรือไม่

เมื่อศาลได้พิจารณาข้อความดังกล่าวอย่างละเอียด ศาลพิจารณาว่า ข้อความดังกล่าวไม่ได้มีผลเป็นการรับรองผลการผ่าตัดทำหมัน เพราะข้อความดังกล่าวมีความหมายเพียงว่า ภายหลังจากที่แพทย์ได้ผ่าตัดทำหมันแล้ว ผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมันจะขอให้แพทย์แก้ไขผลการผ่าตัดทำหมันอีกไม่ได้เท่านั้น แม้แพทย์สามารถแก้ไขการผ่าตัดทำหมันให้ได้ ก็ไม่เป็นที่แน่นอนว่าผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมันจะกลับมามีความสามารถในการเจริญพันธุ์ตามปกติหรือไม่ เมื่อข้อความดังกล่าวไม่ใช่ข้อสัญญารับรองผลการผ่าตัดทำหมัน ชายและหญิงจะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ได้

ค่าเสียหาย โดยเน้นย้ำว่า “...แม้ว่าโดยปกติวิญญูชนจะเห็นว่าการที่มนุษย์ได้เกิดขึ้นมาเป็นเรื่องที่น่ายินดี แต่ในกรณีที่เกิดของเด็กเป็นเหตุทำให้การดำเนินชีวิตของชายและหญิงเป็นไปด้วยความยากลำบาก ย่อมไม่สามารถกล่าวได้อีกต่อไปว่าการเกิดของเด็กเป็นเรื่องที่น่ายินดีและนำมาแต่ความสุข...” ดังนั้น เมื่อการให้กำเนิดบุตรหาได้เป็นเรื่องที่น่ายินดีไปเสียทุกกรณี จึงไม่มีนโยบายสาธารณะใดที่จะห้ามมิให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

²²³ [1986] 1 All ER 488. ; Jean Vanessa Mchale and Marie Fox, Health Care Law: Text and Materials. 2nd ed., (London : Sweet & Maxwell, 2007), pp. 972- 974. ; ข้อเท็จจริงปรากฏว่าหญิงเข้ารับการผ่าตัดทำหมันจากแพทย์ แต่ภายหลังจากการผ่าตัดทำหมันแพทย์ไม่ได้ให้ข้อมูลและไม่ได้แจ้งให้หญิงทราบถึงโอกาสที่การผ่าตัดทำหมันอาจไม่ประสบผลสำเร็จและอาจเป็นเหตุทำให้หญิงตั้งครรภ์ เมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ หญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์โดยให้เหตุผลว่าการตั้งครรภ์ของหญิงเป็นผลมาจากการที่แพทย์ชำระหนี้ตามสัญญาผ่าตัดทำหมันไม่ถูกต้อง

ต่อเมื่อ ชายและหญิงสามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าแพทย์ได้ทำการผ่าตัดทำหมันโดยประมาท ดังนั้น เมื่อชายและหญิงไม่สามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริงดังกล่าว ชายและหญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์²²⁴

จากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในคดี Thake v. Maurice และคดี Eyre v. Measday เห็นได้ว่า หน้าที่ของแพทย์ตามสัญญาผ่าตัดทำหมันคือหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้ หาใช่หน้าที่ในการรับรองผลสำเร็จของงาน²²⁵ แม้แพทย์จะไม่ได้แจ้งเตือนให้ผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมันทราบถึงโอกาสที่การผ่าตัดทำหมันอาจล้มเหลว การกระทำดังกล่าวก็ไม่เป็นการรับรองผลการผ่าตัดทำหมัน ทั้งนี้ ชายและหญิงจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ได้ต่อเมื่อการตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์เป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทในกระบวนการผ่าตัดทำหมันเท่านั้น²²⁶

ในปัญหาที่ว่าแพทย์มีหน้าที่ให้ข้อมูลและแจ้งเตือนให้ผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมันทราบถึงโอกาสที่การผ่าตัดทำหมันอาจไม่ประสบผลสำเร็จหรือไม่ ได้กลายมาเป็นคดีความปรากฏใน คดี Gold v Haringey Health Authority²²⁷ มีข้อเท็จจริงว่า ภายหลังจากหญิงเข้ารับการผ่าตัดทำหมัน หญิงให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ชายและหญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ โดยให้เหตุผลว่า ภายหลังจากที่แพทย์ผ่าตัดทำหมันแพทย์ไม่ได้ให้ข้อมูลว่าการผ่าตัดทำหมันมีโอกาสที่จะไม่ประสบผลสำเร็จ นอกจากนี้ แพทย์ไม่ได้ให้ข้อมูลอีกด้วยว่าการผ่าตัดทำหมันในเพศหญิงมีโอกาสล้มเหลว (ร้อยละ 0.26) ซึ่งสูงกว่าโอกาสล้มเหลวที่อาจเกิดขึ้นในการผ่าตัดทำหมันเพศชาย (ร้อยละ 0.05) ในกรณีที่แพทย์ให้ข้อมูลดังกล่าว หญิงมีโอกาสหลีกเลี่ยงการตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์อย่างน้อย 2 วิธี คือ วิธีที่ 1 หญิงจะให้ชายเข้ารับการผ่าตัดทำหมันแทนหญิง เพราะโอกาสที่การผ่าตัดทำหมันจะไม่ประสบผลสำเร็จมีน้อยกว่า หรือวิธีที่ 2 หญิงและชายสามารถป้องกันการให้กำเนิดบุตรโดยใช้เครื่องมือป้องกันการตั้งครรภ์ประเภทอื่นๆ ควบคู่ไปด้วย

ในการพิสูจน์ว่าแพทย์มีหน้าที่ในการบอกกล่าวและแจ้งเตือนถึงโอกาสล้มเหลวของการผ่าตัดทำหมัน หญิงนำพยานหลักฐานเข้าสืบ 2 ประการ ดังนี้²²⁸

²²⁴ John Devereux, *Medical Law*, 2nd ed., (New South Wales : Cavendish Publishing, 2002), pp.44-50. ; Gwyn Tovey, *supra note 216*, p.148.

²²⁵ Michael A. Jones, *supra note 216*, pp.77-79.

²²⁶ Gwyn Tovey, *supra note 216*, p.148.

²²⁷ [1988] 1 Q.B. 481.

²²⁸ Gwyn Tovey, *supra note 216*, p.148.

ประการที่ 1 หญิงได้นำพยานแพทย์ผู้เชี่ยวชาญเข้าเบิกความกับศาล โดยพยานแพทย์ผู้เชี่ยวชาญได้ให้ความเห็นว่า แม้ไม่มีกฎหมายกำหนดว่าแพทย์มีหน้าที่ต้องบอกกล่าวว่าการผ่าตัดทำหมันอาจไม่ประสบผลสำเร็จ แต่ในทางปฏิบัติแพทย์ก็จะให้ข้อมูลแก่ผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมันว่า ภายหลังจากที่แพทย์ทำการผ่าตัดทำหมันแล้วยังคงมีโอกาสที่การผ่าตัดทำหมันอาจไม่ประสบผลสำเร็จ และอาจเป็นเหตุทำให้ผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมันให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะการให้ข้อมูลเช่นนั้นมิว่าวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันความรับผิดชอบ หรือเพื่อช่วยให้ชายและหญิงสามารถหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรด้วยการเลือกใช้วิธีการคุมกำเนิดด้วยวิธีการอื่นๆ ควบคู่ไปด้วยก็ตาม

ประการที่ 2 หญิงได้นำพยานเอกสารซึ่งเป็นแนวทางเวชปฏิบัติ (Practice Guideline) เข้าสืบ ได้แก่ The 1974 HDSS Memorandum of Guidance on the Family Planning Service ที่แนะนำว่า “..เป็นเรื่องจำเป็นอย่างมากที่แพทย์ต้องให้ข้อมูลทุกอย่างเกี่ยวกับการผ่าตัดทำหมันให้ผู้ที่กำลังจะเข้ารับการผ่าตัดทำหมันได้ทราบ เพื่อให้เขาเหล่านั้นทราบถึงผลกระทบและประสิทธิผลที่จะเกิดขึ้นภายหลังจากที่ได้ผ่าตัดทำหมัน..” นอกจากนี้ หญิงได้อ้าง The 1979 Handbook of Contraceptive Practice ที่แนะนำให้แพทย์ศึกษาประวัติของผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมันและตรวจดูวัตถุประสงค์ของการเข้ารับการผ่าตัดทำหมัน ทั้งนี้ แพทย์มีหน้าที่ให้คำแนะนำกับคู่สมรสของผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมันเพื่อให้ทราบถึงความสามารถในการเจริญพันธุ์ภายหลังจากที่การผ่าตัดประสบผลสำเร็จ พร้อมทั้งต้องบอกกล่าวถึงโอกาสที่การผ่าตัดทำหมันจะไม่ประสบผลสำเร็จ

อย่างไรก็ดี ศาลเห็นว่าในขณะที่แพทย์ผ่าตัดทำหมันให้กับหญิง (ค.ศ. 1979) ไม่ปรากฏพยานหลักฐานใดแสดงให้เห็นว่า แพทย์มีหน้าที่บอกกล่าวความเสี่ยงเช่นนั้น การที่แพทย์ไม่ได้บอกกล่าวความเสี่ยงให้ผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมันทราบ จึงไม่เป็นการรักษาพยาบาลต่ำกว่ามาตรฐานในการประกอบวิชาชีพ อีกทั้งเมื่อชายและหญิงไม่สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่าการตั้งครรรภ์และการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นผลโดยตรงมาจากความผิดพลาดในกระบวนการผ่าตัดทำหมัน ชายและหญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์²²⁹

²²⁹ ประเทศไอร์แลนด์ ในปี ค.ศ. 1992 ในคดี Walsh v Family Planning Services [1992] I.R. 497 ศาลได้มีคำพิพากษาว่าหน้าที่ของแพทย์ที่จะต้องบอกกล่าวและแจ้งเตือนถึงความเสี่ยงที่การรักษาพยาบาลจะไม่ประสบผลสำเร็จจะเกิดขึ้นต่อเมื่อเป็นการรักษาพยาบาลที่ยุ่ยากและเต็มไปด้วยความซับซ้อนเท่านั้น เมื่อโอกาสที่การผ่าตัดทำหมันจะไม่ประสบผลสำเร็จเป็นโอกาสที่สามารถเกิดขึ้นได้ตามธรรมชาติ ซึ่งวิญญูชนจำนวนมากต่างรู้ถึงข้อเท็จจริงดังกล่าว การที่แพทย์ไม่ได้แจ้งให้หญิงทราบถึงความเสี่ยงที่การผ่าตัดทำหมันอาจไม่ประสบผลสำเร็จจึงไม่ได้เป็นการรักษาพยาบาลที่ต่ำกว่ามาตรฐานการประกอบวิชาชีพ หญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

นอกจากปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ยังมีปัญหาเกิดขึ้นอีกด้วยว่า ในกรณีที่เฉพาะแต่ชายหรือหญิงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมัน ชายหรือหญิงอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ด้วยหรือไม่ ปัญหาดังกล่าวปรากฏขึ้นในคดี *Goodwill v British Pregnancy Advisory*²³⁰ มีข้อเท็จจริงว่า ภายหลังจากที่ชายเข้ารับการผ่าตัดทำหมันไปแล้วเป็นเวลากว่า 4 ปี ชายได้มีเพศสัมพันธ์กับหญิง โดยชายบอกให้หญิงทราบว่า แพทย์ที่ผ่าตัดทำหมันยืนยันกับชายว่าการผ่าตัดทำหมันประสบความสำเร็จอย่างแน่นอน จึงไม่มีความจำเป็นที่ชายและหญิงจะต้องใช้อุปกรณ์คุมกำเนิดอื่นๆ เพื่อป้องกันการให้กำเนิดบุตร ภายหลังจากที่หญิงมีเพศสัมพันธ์กับชาย หญิงพบว่าตนเองตั้งครรภ์ หญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ โดยหญิงอ้างว่าการที่แพทย์ให้คำรับรองผลการผ่าตัดทำหมันกับชายเป็นเหตุทำให้หญิงและชายไม่สามารถหลีกเลี่ยงและป้องกันการตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์²³¹

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ศาลเห็นว่าแพทย์มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมัน และคู่สมรสหรือบุคคลที่กำลังจะมาเป็นคู่สมรสของผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมันเท่านั้น โดยบุคคลดังกล่าวต้องอยู่ในขอบเขตที่แพทย์สามารถคาดเห็นได้ว่าจะได้รับผลกระทบหรือได้รับความเสียหายจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ เมื่อหญิงเป็นบุคคลที่อยู่ นอกเหนือขอบเขตที่แพทย์สามารถคาดเห็น กล่าวคือ เป็นบุคคลที่มีเพศสัมพันธ์กับชายภายหลังจากที่ชายเข้ารับการผ่าตัดทำหมันมาแล้วเป็นเวลากว่า 4 ปี แพทย์จึงไม่มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อหญิง การกระทำโดยประมาทของแพทย์จึงไม่เป็นการละเมิดต่อหญิง²³²

จากแนวทางบรรทัดฐานข้างต้น ไม่ได้หมายความว่าชายหรือหญิงคู่สมรสจะไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทุกกรณี ในกรณีที่แพทย์สามารถคาดเห็นได้ว่าชายหรือหญิงใดจะได้รับผลกระทบจากการกระทำโดยประมาท แพทย์ย่อมมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อบุคคลเหล่านั้น

²³⁰ [1996] 1 ELR 1397

²³¹ Vivienne Harpwood, *Modern Tort Law*, 7th ed., (New York : Routledge-Cavendish, 2009), p.32.

²³² John Devereux, *supra note 224*, p.129. ; Brendan Greene, *Understand Medical Law*, (New York : Cavendish Publishing, 2005), p.64. ; John Cooke, *Law of Tort*, 9th ed. (London : Pearson Education, 2009), p.109. ; Simon F. Deakin, Basil S. Markesinis and Angus Charles Johnston, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, (Oxford : Clarendon Press, 2003), pp.310-311.

อาทิ ชายหรือหญิงที่เป็นสามีหรือภรรยาของผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมัน ชายหรือหญิงที่ให้ความยินยอมให้แพทย์ผ่าตัดทำหมันให้กับชายหรือหญิงผู้เป็นสามีหรือภรรยาของตน ชายหรือหญิงที่เข้าร่วมในกระบวนการผ่าตัดทำหมันหรือการทำแท้ง เช่น ชายหรือหญิงที่ได้เข้ารับฟังการอธิบายถึงขั้นตอนและความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นได้ในการผ่าตัดทำหมันหรือการทำแท้ง

นับตั้งแต่คดี *Emeh v Kensington and Chelsea and West minister Area Health Authority* เป็นต้นมา เป็นเวลามากกว่า 20 ปี²³³ ที่ศาลประเทศอังกฤษมีคำพิพากษาว่า ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ซึ่งรวมถึงสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก²³⁴ จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1999 ศาลสูงได้มีคำพิพากษากลับ

²³³ ในช่วงเวลาดังกล่าวศาลพิจารณาคดีพิพากษาคดีโดยอาศัยหลักกฎหมายพื้นฐานว่าด้วยความรับผิดชอบที่เกิดจากการทำทรมานปฏิบัติ กล่าวคือ ในการพิจารณาว่าชายและหญิงมีสิทธิเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กหรือไม่ ศาลมีหน้าที่พิจารณาเพียงว่าค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเป็นความเสียหายที่อยู่ในความคาดเห็นของแพทย์หรือไม่ ซึ่งก่อนปี ค.ศ. 1999 ศาลเห็นตรงกันว่าค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเป็นความเสียหายที่อยู่ในความคาดเห็นของแพทย์ see *J Ellis Cameron Perry*, "Return of the Burden of the 'Blessing'," *New Law Journal*, Volume 149, p.1887 (1999) ; *Laura CH Hoyano*, "Misconceptions about Wrongful Conceptions," *Medical Law Review*, Volume 65, p.883 (2002)

²³⁴ ตัวอย่างคำพิพากษาที่ศาลประเทศอังกฤษมีคำพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก *Anderson v Forth Valley Health Board* 1998 SLT588. ; *Nunnerley v Warrington Health Authority* [2000] PIQR Q69 ; *Benarr v Kettering Health Authority* [1988] 138 NLJ 179 (QBD) ศาลมีคำพิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายที่เป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงินให้กับหญิง ประกอบไปด้วย ค่าเสียหายจากความเจ็บปวดทรมานจากการตั้งครรภ์และการคลอดบุตร ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก ค่าใช้จ่ายทางการศึกษาของเด็กในการเข้าเรียนโรงเรียนเอกชนโดยหญิงมีสิทธิเรียกได้จนกว่าเด็กจะบรรลุนิติภาวะ นอกจากนี้ ศาลยังได้พิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าทำหมันคืนให้กับหญิงอีกด้วยเนื่องจากการชำระหนี้ของแพทย์เป็นการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้อง อย่างไรก็ตาม ศาลพิพากษาว่าหญิงไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากความเหน็ดเหนื่อยที่ต้องเลี้ยงดูเด็ก เนื่องจากความเหน็ดเหนื่อยของหญิงได้รับการเยียวยาจากความสุขที่หญิงได้รับจากการให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ แต่ในกรณีที่เด็กเกิดขึ้นมามีร่างกายพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง หญิงย่อมมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากความเหน็ดเหนื่อยที่ต้องดูแลเด็กจากแพทย์ ; *Allen v Bloomsbury Health Authority* [1993] 1 All ER 651 (แพทย์ทำแท้งโดยประมาท) ศาลพิพากษา

แนวบรรทัดฐานดังกล่าว²³⁵ ปรากฏในคดี *McFarlane and Another v Tayside Health Board*²³⁶ โดยศาลเลือกพิจารณาพิพากษาคดีตามแนวการปรับใช้กฎหมายในคดี *Udale v Bloomsbury Area Health*²³⁷ พร้อมทั้งได้วางบรรทัดฐานไว้ว่า ในกรณีที่การกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นเหตุทำให้หญิงตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ เฉพาะแต่หญิงเท่านั้นที่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ โดยที่ชายและหญิงจะไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก²³⁸ ด้วยเหตุผลดังนี้

“...กฎหมายควรพิจารณาว่าการที่เด็กเกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ เป็นเรื่องที่น่ายินดีไม่ใช่ความเสียหาย แม้ว่าในความเป็นจริงการเกิดของเด็กจะไม่ได้

ว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก ค่าเสียหายจากการทำแท้งที่ไม่ประสบผลสำเร็จ ตลอดจนหญิงมีสิทธิเรียกคืนค่าใช้จ่ายในการทำแท้งจากแพทย์ได้อีกด้วย ; *Crouchman v Burke* [1997] 40 BMLR 163 ศาลพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายสำหรับของใช้ส่วนตัว อาทิ เสื้อผ้าและเครื่องนุ่งห่ม ค่าใช้จ่ายในการปรับเปลี่ยนหรือย้ายสถานที่อยู่อาศัยให้เหมาะสมกับจำนวนสมาชิกที่เพิ่มขึ้น ค่าใช้จ่ายในการอุปการะเลี้ยงดูและค่าใช้จ่ายทางการศึกษาของเด็ก นอกจากนี้ หญิงยังมีสิทธิเรียกร้องค่าขาดรายได้จากการที่หญิงต้องลาออกจากงานเพื่อออกมาเลี้ยงดูเด็กอีกด้วย

²³⁵ Shaun D. Pattinson, *Medical Law & Ethics*. 3rd ed., (London: Sweet & Maxwell, 2011), p.339. ; ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลชั้นต้น ศาลพิพากษาว่าชายและหญิงไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก ในขณะที่ศาลอุทธรณ์มีคำพิพากษากลับคำพิพากษาศาลชั้นต้น และพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์

²³⁶ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ภายหลังจากที่หญิงให้กำเนิดบุตรคนที่ 4 ชายและหญิงวิตกกังวลว่า ถ้าชายและหญิงจะต้องมีสมาชิกเพิ่มมากขึ้นอาจส่งผลกระทบต่อสถานะทางเศรษฐกิจและอาจเป็นเหตุทำให้การดำเนินชีวิตของชายและหญิงเป็นไปด้วยความยากลำบาก ชายและหญิงจึงตกลงกันว่าชายจะเป็นฝ่ายเข้ารับการทำหมันกับแพทย์เพื่อป้องกันการให้กำเนิดบุตรในอนาคต ภายหลังจากที่แพทย์ผ่าตัดทำหมันให้กับชาย แพทย์ตรวจสอบปริมาณเซลล์สเปิร์มและยืนยันกับชายว่าชายไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้อย่างถาวร นอกจากนี้ แพทย์ยังยืนยันกับชายด้วยอีกว่าชายสามารถมีเพศสัมพันธ์ได้โดยไม่จำเป็นต้องใช้อุปกรณ์ป้องกันการให้กำเนิดบุตรอื่นๆ เมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรคนที่ 5 โดยไม่พึงประสงค์ ชายและหญิงจึงฟ้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

²³⁷ [1983] 2 All ER 522.

²³⁸ Shaun D. Pattinson, *supra note 235*, p.339.

นำมาแต่ความสุขก็ตาม แต่ความน่ายินดีกับภาระหน้าที่ที่เป็นผลตามมาจากการเกิดของเด็กเป็นเรื่องที่ไม่สามารถแยกออกจากกันได้อย่างเด็ดขาด แม้ว่าหลายคนเห็นว่าการเกิดของเด็กไม่ได้เป็นเรื่องน่ายินดีแต่เป็นความเสียหาย ความเห็นเช่นว่านั้นก็เป็นที่ศกศติ ส่วนตัวของคนที่ไม่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรเท่านั้น แต่สำหรับศาลแล้วศาลยังเชื่อว่า วิญญาณจำนวนมากเห็นว่าการเกิดของเด็กเป็นเรื่องที่น่ายินดี เพราะไม่เช่นนั้นแล้วจะกลายเป็นเรื่องที่ขัดแย้งต่อศีลธรรมขั้นพื้นฐาน หากสังคมจะบอกว่าการที่เด็กเกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ทำให้เกิดความเสียหายมากกว่าประโยชน์...”²³⁹

ในการพิจารณาพิพากษาคดี ผู้พิพากษาแต่ละคนให้ความเห็นต่างกันดังนี้
ผู้พิพากษา Lord Steyn²⁴⁰ ได้ให้ความเห็นไว้ดังนี้

1. ถ้าศาลยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเท่ากับศาลได้พิจารณาแล้วว่าการเกิดของเด็กเป็นความเสียหาย ค่าฟ้องของชายและหญิงที่เรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจึงขัดต่อนโยบายสาธารณะเพราะเป็นการทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ นอกจากนี้ ถ้าเด็กต้องมาทราบบความจริงในภายหลังว่าการเกิดของตนเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ ข้อเท็จจริงเช่นว่านี้อาจส่งผลกระทบต่อจิตใจของเด็กอย่างมาก เพราะอาจทำให้เด็กเข้าใจว่าเด็กไม่เป็นที่ต้องการของชายและหญิง อีกทั้งการที่เด็กสามารถดำเนินชีวิตและเจริญเติบโตขึ้นมาได้นั้นเป็นเพราะเงินของแพทย์หาได้มาจากความรักของชายและหญิงแต่อย่างใด

2. ชายและหญิงจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้หรือไม่นั้น ชายและหญิงไม่ได้มีเพียงหน้าที่ที่จะต้องพิสูจน์ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นอยู่ในความคาดหมายของแพทย์ (Foreseeable) เท่านั้น เพราะชายและหญิงยังมีหน้าที่ต้องพิสูจน์ถึงความใกล้ชิดกันของผล (Proximity) ตลอดจนการกำหนดหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง (Duty of care) ของแพทย์จะต้อง

²³⁹ Alastair Mullis and Ken Oliphant, *Torts*, 3rd ed. (New York : Palgrave Macmillan, 2003), pp.100-101.

²⁴⁰ See B.S. Markesinis and H. Unberath, *supra note 5*, pp.198-199. ; Emily Jackson, *Medical Law: Text, Cases, and Materials*. 2nd ed., (Oxford : Oxford University Press, 2010), pp. 731-732. ; Marc Stauch, Kay Wheat and John Tingle, *supra note 212*, p. 283. ; Walter Van Gerven, Jeremy Lever and Pierre Larouche, *Tort Law Cases, Materials and Text on National, Supranational and International*, (Oregon: Oxford and Portland, 2000), pp.94-96.

เป็นเรื่องที่ยุติธรรม ถูกต้องและมีเหตุผลอันสมควร (Fair, just and reasonable)²⁴¹ แม้โดยปกติ แพทย์มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังในการผ่าตัดทำหมัน แต่หน้าที่เช่นว่านี้ไม่รวมถึงหน้าที่ต้องป้องกัน ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก เพราะค่าใช้จ่ายในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรเป็นค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นตามมา จากการที่ชายและหญิงมีหน้าที่ที่จะต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรตามกฎหมาย หากได้เป็นค่าใช้จ่ายที่เป็นผล โดยตรงมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ ดังนั้น ถ้าศาลยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิ ฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์ ย่อมเป็นการกำหนดหน้าที่ในการใช้ความ ระมัดระวังที่ไม่เป็นธรรมต่อแพทย์

3. ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ (Pure Economic Loss) ไม่ใช่ความเสียหายทางเศรษฐกิจที่เกี่ยวข้องกับความเสียหายทางกายภาพ (Consequential Damage)

4. การยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก อาจเป็นเหตุทำให้แพทย์ชักจูงและแนะนำให้หญิงเข้ารับการทำแท้งเพื่อป้องกันความรับผิดชอบที่อาจ เกิดขึ้นในอนาคต

5. เมื่อพิจารณาจากปรัชญาว่าด้วยความรับผิดชอบทางแพ่ง ผู้พิพากษา Lord Steyn ให้ความเห็นว่า ในการพิจารณาว่าแพทย์ควรรับผิดชอบหรือไม่นั้นย่อมเป็นเรื่องง่ายหากศาล พิจารณาจากหลักความยุติธรรมเพื่อปรับเปลี่ยนพฤติกรรมของผู้กระทำความผิด (Corrective Justice) ซึ่งมีหลักการพื้นฐานที่ว่า ทุกความเสียหายที่เป็นผลมาจากการทำละเมิด ผู้ทำละเมิดมีหน้าที่ เยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย แต่แนวทางการพิจารณาจะเปลี่ยนแปลงไปหากพิจารณาจาก

²⁴¹ Caparo Industries Plc v Dickman [1990] 2 AC 605. ; Catherine Elliott and Frances Quinn, *Tort Law*. 6th ed., (England : Pearson Education, 2007), p.23. ; Sandra Birgitta Elste, "Analysis of Common Law Judgments in Regards of "Wrongful Birth" Cases," *The New Zealand Postgraduate Law e-Journal*, Issue 4, pp.5-6.

ศาลสูงประเทศอังกฤษวางแนวพิจารณาพิพากษาคดีว่า การกำหนดหน้าที่ใช้ความ ระมัดระวังต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเพื่อนำมาใช้เป็นองค์ประกอบ 3 ประการ คือ (1) ความเสียหายต้องอยู่ในความคาดหมายได้ของผู้ทำละเมิด (2) ระหว่างผู้ทำละเมิดและผู้เสียหายต้องมีความสัมพันธ์ที่พอเพียง (3) การกำหนดหน้าที่ใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นต้องเป็นธรรม ถูกต้องและ สมเหตุสมผล (Fair, Just and Reasonable) ดู เขตไท่ ลังการ์พินธุ์, "ความรับผิดชอบทางละเมิดอันเกิด จากการประกอบอาชีพแพทย์และพยาบาล ในระบบกฎหมายอังกฤษและระบบกฎหมายไทย," *วารสารนิติศาสตร์*, ปีที่ 33, ฉบับที่ 4, น.748-749 (2546).

หลักความยุติธรรมแบบแบ่งปันส่วน (Distributive Justice) ซึ่งมีหลักการพื้นฐานว่า สมาชิกภายในสังคมควรที่จะแบ่งปันภาระหน้าที่และความเสียหายซึ่งกันและกัน อีกทั้งควรจะต้องช่วยเหลือเยียวยากัน โดยไม่ปล่อยให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งแบกรับภาระหรือต้องรับผิดชอบเพียงฝ่ายเดียว จากหลักความยุติธรรมแบบแบ่งปันส่วนนี้ ผู้พิพากษา Lord Steyn เชื่อว่า ถ้าศาลได้สำรวจและสอบถามความเห็นของผู้โดยสารรถไฟใต้ดินว่า ศาลควรยินยอมให้ชายและหญิงที่ให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงแต่ไม่เป็นไปตามความประสงค์เพราะเหตุที่แพทย์ผ่าตัดทำหมันโดยประมาทมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์จนกว่าเด็กจะบรรลุนิติภาวะหรือไม่ ศาลเชื่อว่าคำตอบที่ศาลจะได้รับจากผู้โดยสารรถไฟใต้ดินก็คือ ในทุกกรณีที่ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ศาลไม่มีพันธกิจหรือไม่ควรเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย กล่าวคือ ศาลไม่ควรยินยอมให้มีการเยียวยาความเสียหายในลักษณะดังกล่าวเกิดขึ้น²⁴² ในทางตรงกันข้าม ศาลควรพิจารณาว่าในทุกการเกิดของมนุษย์ล้วนแต่เป็นเรื่องที่น่ายินดีไม่ใช่ความเสียหาย

6. แม้ว่าชายและหญิงจะไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก แต่เมื่อการผ่าตัดทำหมันนอกจากมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์แล้วยังมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการตั้งครรภ์ที่ไม่พึงประสงค์อีกด้วย ด้วยเหตุดังกล่าวการที่หญิงต้องตั้งครรภ์จึงเป็นความเสียหายต่อสิทธิในร่างกายและอนามัยของหญิง เพราะการตั้งครรภ์ทำให้หญิงได้รับความเจ็บปวดและทุกข์ทรมาน อีกทั้งยังทำให้หญิงไม่สะดวกสบายตลอดเวลาที่ตั้งครรภ์ หญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายอันเป็นผลโดยตรงมาจากการตั้งครรภ์ อาทิ ค่าเสียหายทางจิตใจจากความเจ็บปวดทรมานจากการตั้งครรภ์และคลอดบุตร ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ที่เกิดขึ้นจากการตั้งครรภ์และการทำคลอด ค่าใช้จ่ายสำหรับเครื่องใช้ส่วนตัว อาทิ เสื้อผ้าของหญิงและเด็ก และอุปกรณ์ที่จำเป็นสำหรับใช้เลี้ยงเด็ก²⁴³

ผู้พิพากษา Lord Slynn²⁴⁴ ให้ความเห็นไว้ดังนี้

1. ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเป็นค่าใช้จ่ายที่เป็นผลมาจากการเกิดของเด็กหาได้เป็นผลมาจากความเสียหายทางกายภาพ ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจึงเป็นความเสียหายทาง

²⁴² McFarlane [2000] 2 AC 59 (HL) 82 see Gwyn Tovey, *supra* note 216, p.151.

²⁴³ Marc Stauch, Kay Wheat and John Tingle, *supra* note 211, p. 300. ; Shaun D. Pattinson, *supra* note 235, p.340. ; Jean Vanessa Mchale and Marie Fox, *supra* note 223, pp.979-980.

²⁴⁴ Marc Stauch, Kay Wheat and John Tingle, *supra* note 212, pp. 282- 283. ; Walter Van Gerven, Jeremy Lever and Pierre Larouche, *supra* note 240, pp.93-94.

เศรษฐกิจโดยแท้ เมื่อชายและหญิงใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด ชายและหญิงจึงไม่มีสิทธิเรียกค่าเสียหายดังกล่าวจากแพทย์²⁴⁵

2. หน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังของแพทย์ ไม่รวมถึงหน้าที่ที่จะต้องป้องกันค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก แม้การให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ ชายและหญิงก็ไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก²⁴⁶

3. ชายและหญิงจะมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กได้ต่อเมื่อชายและหญิงใช้สิทธิเรียกร้องตามกฎหมายลักษณะสัญญา²⁴⁷

ผู้พิพากษา Lord Clyde ให้ความเห็นว่า วัตถุประสงค์ของการเยียวยาความเสียหายทางแพ่ง คือ การพยายามทำให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่สถานะเสมือนว่าไม่มีการละเมิดเกิดขึ้น แต่สำหรับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ กฎหมายไม่สามารถเยียวยาความเสียหายให้กับชายและหญิงเพื่อให้ชายและหญิงกลับคืนสู่สถานะเสมือนว่าชายและหญิงไม่เคยให้กำเนิดบุตร เพราะแม้ว่าชายและหญิงจะพิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าใช้จ่ายในการ

²⁴⁵ Catherine Elliott and Frances Quinn, *supra note 241*, p.91.

²⁴⁶ Gwyn Tovey, *supra note 216*, pp.150-151. ; Shaun D. Pattinson, *supra note 235*, p.341. ; Sandra Birgitta Elste, *supra note 241*, pp.4-5.

²⁴⁷ เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาและความยุ่งยากในการพิจารณาความรับผิดชอบของแพทย์ตามกฎหมายลักษณะละเมิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตของหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวัง (Scope of Duty of Care) ที่แพทย์มีต่อหญิงและหรือชาย บางครั้งจึงพบว่าผู้เสียหายเลือกที่จะใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญาแทนการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดเช่นคดี Reynolds v The Health First Medical Group [2000] Lloyd's Med 240 ข้อเท็จจริงปรากฏว่า เมื่อหญิงสงสัยว่าตนตั้งครรภ์หญิงจึงเข้ารับการตรวจการตั้งครรภ์กับแพทย์ในโรงพยาบาลเอกชน แต่แพทย์ทำการตรวจครรภ์ให้หญิงโดยประมาททำให้หญิงทราบถึงการตั้งครรภ์เมื่อล่วงเลยเวลาที่หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการตรวจได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์จากการหญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ซึ่งในการพิจารณาพิพากษาคดีศาลมีคำพิพากษาว่า ไม่ว่าหญิงจะใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือกฎหมายลักษณะสัญญา การปรับใช้กฎหมายของศาลต้องสอดคล้องกัน กล่าวคือ ในกรณีที่เกิดขึ้นนี้มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ชายและหญิงจะไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก see Andrew Grubb, *Principles of Medical Law : Fourth Cumulative Supplement*, (New York : Oxford University Press, 2001), p.59.

เลี้ยงดูเด็กให้กับชายและหญิง ชายและหญิงก็ยังคงมีเด็กเป็นสมาชิกใหม่ของครอบครัว การที่ศาลยินยอมให้ชายและหญิงเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจึงเป็นเพียงการยินยอมให้ชายและหญิงแสวงหาประโยชน์จากชีวิตของเด็กเท่านั้น²⁴⁸ ในขณะที่ผลกระทบทางเศรษฐกิจทั้งหมดไปให้กับแพทย์ การกำหนดให้แพทย์ต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กให้ชายและหญิง จึงทำให้แพทย์ต้องรับผิดชอบเกินกว่าสัดส่วนแห่งความผิด

ผู้พิพากษา Lord Millet²⁴⁹ ให้ความเห็นไว้ดังนี้

1. ไม่ว่าค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจะเป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้หรือไม่ก็ตาม ปัญหาสำคัญที่ศาลมีหน้าที่พิจารณาก็คือ การเกิดของเด็กเป็นความเสียหายหรือเป็นเรื่องที่น่ายินดี แม้ในความเป็นจริงชายและหญิงจะได้รับความเสียหายจากการเกิดของเด็กอยู่บ้าง เช่น ทำให้ชายและหญิงมีภาระหน้าที่พร้อมกับมีค่าใช้จ่ายเพิ่มมากขึ้น แต่ความเสียหายเช่นนี้ก็เกิดขึ้นพร้อมกับความสุขซึ่งไม่สามารถแยกออกจากกันได้ (Mixed Blessing) เพราะในระหว่างที่ชายและหญิงเลี้ยงดูบุตร ชายและหญิงจะได้รับความรักและความอบอุ่นจากเด็ก อีกทั้งยังได้รับประสบการณ์และความภาคภูมิใจจากการได้เป็นบิดามารดา จึงไม่เป็นธรรมอย่างยิ่งที่ศาลจะกำหนดให้แพทย์มีหน้าที่จ่ายเงินเพื่อสร้างความสุขให้ชายและหญิง²⁵⁰

²⁴⁸ McFarlane [2000] 2 AC 59 (HL) 82 see Gwyn Tovey, *supra note 216*, p.151. ; Shaun D. Pattinson, *supra note 235*, p.341. ; Emily Jackson, *supra note 240*, p.733.

²⁴⁹ Marc Stauch, Kay Wheat and John Tingle, *supra note 212*, p.283. ; Jean Vanessa Mchale and Marie Fox, *supra note 223*, pp.980-981. ; Sandra Birgitta Elste, *supra note 241*, pp.7-8. ; Catherine Elliott and Frances Quinn, *supra note 241*, pp.91-92. ; Gwyn Tovey, *supra note 216*, p.150.

²⁵⁰ แม้ผู้พิพากษา Lord Millet จะพิพากษาว่าชายและหญิงไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก แต่ผู้พิพากษา Lord Millet ให้เหตุผลไว้ว่า เมื่อการกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นการละเมิดต่อสิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเองและสิทธิในการจำกัดขนาดของครอบครัว (Infringement of the parent's freedom to limit the size of their family) ศาลจึงควรกำหนดค่าเสียหายจำนวนหนึ่ง (Conventional sum) เพื่อเป็นสัญลักษณ์แสดงว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษาคณะอื่นเห็นว่าศาลไม่สามารถกำหนดค่าเสียหายในลักษณะดังกล่าวได้ เนื่องจากไม่ใช่ค่าเสียหายที่มีขึ้นเพื่อเยียวยาความเสียหาย

2. แม้การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์จะไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดี แต่เป็นสิ่งที่น่ารังเกียจอย่างมากหากวิญญูชนเห็นว่าการเกิดของเด็กเป็นความเสียหาย เพราะวิญญูชนในสังคมควรพิจารณาว่าทุกการเกิดของเด็กเป็นเรื่องที่น่ายินดีไม่ใช่ความเสียหาย

3. เมื่อการตั้งครรภ์ของหญิงเป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ หญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความเจ็บปวดทรมาน ความวิตกกังวล ความเครียด และความไม่สะดวกสบายระหว่างตั้งครรภ์จากแพทย์

ผู้พิพากษา Lord Hope ให้ความเห็นว่า เมื่อประโยชน์ที่ชายและหญิงได้รับจากการให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์มีมากกว่าผลกระทบทางเศรษฐกิจและภาระทางการเงิน เพราะประโยชน์ที่ชายและหญิงได้รับประกอบไปด้วย ความรักและความภาคภูมิใจที่ได้เรียนรู้ถึงความเป็นบิดามารดา ความสะดวกสบายที่จะได้รับการช่วยเหลือจากเด็กเมื่อเด็กเติบโตเป็นผู้ใหญ่และกลับมาเลี้ยงดูชายและหญิง ประโยชน์ดังกล่าวจึงทำให้ความเสียหายหมดไป ศาลจึงไม่ควรยินยอมให้ชายและหญิงเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กได้อีก²⁵¹

คำพิพากษาของศาลสูงในคดีนี้ ทำให้ชายและหญิงที่ให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เพราะการกระทำโดยประมาทของแพทย์ไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กอีกต่อไป²⁵²

²⁵¹ Marc Stauch, Kay Wheat and John Tingle, *supra note 211*, p.302. ; Emily Jackson, *supra note 240*, p.732-733.

²⁵² *Greenfield v Irwin (A Firm) [2001] 1 WLR 1279* ข้อเท็จจริงปรากฏว่า หญิงตั้งครรภ์อยู่แล้วก่อนเข้ารับการฉีดยาคุมกำเนิดจากแพทย์ แต่แพทย์ไม่ได้ตรวจสอบการตั้งครรภ์ของหญิงก่อนฉีดยาคุมกำเนิด เมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ หญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ โดยอ้างว่าถ้าแพทย์ได้ทำการตรวจสอบการตั้งครรภ์ให้กับหญิง หญิงย่อมทราบว่าตนตั้งครรภ์และหญิงสามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลเห็นว่าเมื่อเด็กเกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงหญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์ ทั้งนี้หญิงไม่สามารถอ้างได้ว่าการกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นการละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของหญิงที่ได้รับความคุ้มครอง ตามมาตรา 8 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เพราะในขณะที่มีการกระทำโดยประมาทของแพทย์อนุสัญญาดังกล่าวยังไม่ผลใช้บังคับ ศาลจึงไม่มีพันธกรณีที่จะต้องพิจารณาคดีตามอนุสัญญาดังกล่าว see "Medical Negligence : Damages for Wrongful Pregnancy," *Medical Law Review*, Volume 9, Issue 1, pp.54-57 (January 2001)

โดยไม่คำนึงว่าชายและหญิงใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด กฎหมายลักษณะสัญญา หรือกฎหมายว่าด้วยความรับผิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย²⁵³

อย่างไรก็ดี เมื่อการกระทำของแพทย์เป็นเหตุทำให้หญิงตั้งครรภ์และคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ การกระทำของแพทย์จึงทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิในร่างกายและอนามัยของหญิง หญิงจึงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายดังกล่าว²⁵⁴ ซึ่งรวมถึงค่าขาดรายได้²⁵⁵

แม้บรรทัดฐานของศาลสูงประเทศอังกฤษได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง โดยเห็นได้จากการที่ศาลประเทศอื่นๆ ได้นำเอาแนวการปรับใช้กฎหมายไปเป็นต้นแบบในการพิจารณาพิพากษาคดี อาทิ ประเทศไอร์แลนด์ และประเทศสิงคโปร์²⁵⁶ แต่ยังคงพบว่านักวิชาการอีก

²⁵³ คดี Richardson v LRC Products Ltd [2000] 59 BMLR 185 ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากบริษัทผลิตถุงยางอนามัยตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย โดยชายและหญิงอ้างว่าการตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์ของหญิงเป็นผลมาจากความชำรุดบกพร่องของถุงยางอนามัยซึ่งฉีกขาดก่อนที่ชายและหญิงมีเพศสัมพันธ์ อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลมีคำพิพากษาว่าเป็นเรื่องปกติที่ถุงยางอนามัยอาจฉีกขาดระหว่างมีเพศสัมพันธ์ โดยการที่ถุงยางอนามัยฉีกขาดก็ไม่ได้หมายความว่าถุงยางอนามัยชำรุดบกพร่องมาตั้งแต่ขั้นตอนการผลิต นอกจากนี้ เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงอีกด้วยว่าหญิงไม่รีบรับประทานยาคุมกำเนิดชนิดฉับพลันภายหลังที่พบว่าถุงยางอนามัยฉีกขาด พฤติการณ์ดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าหญิงเป็นฝ่ายที่ปฏิบัติหน้าที่ที่จะต้องเยียวยาความเสียหาย โดยการงดเว้นจากหน้าที่ดังกล่าวส่งผลทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลต้องขาดตอนลง ชายและหญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ผลิตถุงยางอนามัย

ในคดีที่กล่าวข้างต้น J.K. Mason ให้ความเห็นว่า ไม่ว่าชายและหญิงจะใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายใด ศาลก็ยังคงผูกพันตามบรรทัดฐานของศาลสูงที่ไม่ยินยอมให้ชายและหญิงเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก see J.K. Mason, The Troubled Pregnancy : Legal Wrongs and Rights in Reproduction, (New York: Cambridge University Press, 2007), p.84.

²⁵⁴ Simon Deakin, Angus Charles Johnston and Basil Markesinis, Markesinis and Deakin's Tort Law, 7th ed., (Oxford : Clarendon Press, 2013), p.195.

²⁵⁵ Christian Witting, Street on Torts. 14th ed., (Oxford : oxford University Press, 2015), p.79.

²⁵⁶ ประเทศไอร์แลนด์การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ปรากฏขึ้นครั้งแรกในปี ค.ศ. 2007 ในคดี Byrne v Ryan IEHC, 20 June 2007, [2007]

จำนวนหนึ่งเห็นว่า แนวการปรับใช้กฎหมายของศาลสูงทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อชายและหญิง ด้วยเหตุดังกล่าวจึงพบว่ามีความพยายามในการสร้างหลักเกณฑ์เพื่อใช้เป็นข้อยกเว้นให้ชายและหญิง

IEHC 207. (แพทย์ผ่าตัดทำหมันหญิงโดยประมาท) ในการพิจารณาพิพากษาคดี ภายหลังจากที่ศาลศึกษาเปรียบเทียบกับแนวคำพิพากษาของศาลอังกฤษ (คดี *McFarlane v Tayside Health Board* และคดี *Ree v Darlington Memorial Hospital NHS Trust*) ซึ่งพิพากษาว่าชายและหญิงไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก และแนวคำพิพากษาของศาลประเทศออสเตรเลียซึ่งพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจนกว่าเด็กจะบรรลุนิติภาวะ ผู้พิพากษา Kelly J เลือกที่จะพิจารณาคดีตามแนวการปรับใช้กฎหมายของศาลประเทศอังกฤษ โดยมีคำพิพากษาว่าหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรเท่านั้น see Eoin Quill, “Ireland,” in *European Tort Law 2007*. eds. Helmut Koziol and Barbara C Steininger, (Germany : SpringerWienNewYork, 2008), pp.365-366.

อย่างไรก็ดี Eoin Quill ได้ตั้งข้อสังเกตว่า เมื่อพิจารณาจากลักษณะการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของชายและหญิงจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์จะเห็นได้ว่า ความเสียหายที่เกิดขึ้นหาใช่การเกิดหรือชีวิตของเด็ก แต่ความเสียหายหมายถึงภาระหน้าที่ทางการเงินและผลกระทบทางเศรษฐกิจเท่านั้น เมื่อความเสียหายดังกล่าวอยู่ในความคาดเห็นของแพทย์ตั้งแต่ต้น เมื่อพิจารณาตามหลักกฎหมายพื้นฐาน ชายและหญิงจึงควรมีสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

นอกจากนี้ Eoin Quill ได้ตั้งข้อสังเกตอีกด้วยว่า หากชายและหญิงตั้งประเด็นในคำฟ้องว่าการกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นละเมิดต่อสิทธิในการวางแผนครอบครัวและสิทธิกำหนดอนาคตของตนเอง คำพิพากษาของศาลย่อมเปลี่ยนแปลงไป see *Bénédict Winiger, Helmut Koziol, Reinhard Zimmermann and Bernhard A. Koch, Essential Cases on Damage Digest of European Tort Law*, (Berlin : De Gruyter, 2011), pp.893-894.

ในประเทศสิงคโปร์ในคดี *ACB v Thomson Medical Pte Ltd and others* [2015] SGHC 9 ศาลพิจารณาพิพากษาคดีตามแนวการปรับใช้กฎหมายของศาลสูงประเทศอังกฤษ see Margaret Fordham, “An IVF Baby and a Catastrophic Error - Actions for Wrongful Conception and Wrongful Birth Revisited in Singapore - *ACB v Thomson Medical Pte Ltd and Others*,” *Singapore Journal of Legal Studies*, pp.1-9 (July 2015)

มีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์ เพราะเหตุที่ว่าภาระกระทำของแพทย์เป็นการละเมิดต่อสิทธิในการวางแผนครอบครัวและสิทธิในการมีชีวิตตามความมุ่งหวัง²⁵⁷

เมื่อข้อเท็จจริงในคดี McFarlane ปรากฏว่าความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นเหตุทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ นักวิชาการจำนวนหนึ่งจึงตั้งข้อสงสัยเกี่ยวกับ คำพิพากษาของศาลสูงคดีจะมีผลใช้บังคับกับกรณีที่เกิดขึ้นมามีร่างกายพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรงด้วยหรือไม่ ซึ่งนักวิชาการจำนวนมากเชื่อว่าคำพิพากษาดังกล่าวมีผลผูกพันเฉพาะกับข้อเท็จจริงที่เด็กเกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์เท่านั้น ในกรณีที่เกิดเกิดขึ้นมาพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง ชายและหญิงยังคงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์ได้ตามเดิม²⁵⁸

ปัญหาที่ว่าในกรณีที่ความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นเหตุทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการ ชายและหญิงจะมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กหรือไม่ ปรากฏขึ้นในคดี Parkinson v St James and Seacroft University Hospital NHS trust²⁵⁹ ภายหลังจากที่ศาลได้พิจารณาและศึกษาเปรียบเทียบกับคดี McFarlane ศาลให้เหตุผลว่าภาระหน้าที่และค่าใช้จ่ายในเลี้ยงดูบุตรที่พิการ ไม่สามารถถูกหักลบได้ด้วยประโยชน์ที่ชายและหญิงได้รับจากการเกิดของเด็ก²⁶⁰ นอกจากนี้ ศาลยังให้เหตุผลอีกด้วยว่าเป็นเรื่องที่ยุติธรรมและมีเหตุผลอันสมควรที่ศาล

²⁵⁷ Simon Deakin, Angus Charles Johnston and Basil Markesinis, *supra note* 254, p.195.

²⁵⁸ Simon F. Deakin, Basil S. Markesinis and Angus Charles Johnston, *supra note* 232, p.306.

²⁵⁹ [2001] EWCA Civ 530, [2002] QB 266. ข้อเท็จจริงปรากฏว่า หญิงเข้ารับการผ่าตัดทำหมันเพราะไม่ต้องการให้กำเนิดบุตร แต่แพทย์ผ่าตัดทำหมันโดยประมาทจนเป็นเหตุทำให้หญิงตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์ ภายหลังจากที่แพทย์ตรวจพบการตั้งครรภ์ของหญิงและตรวจพบว่าทารกในครรภ์พิการตั้งแต่กำเนิด แพทย์ได้ให้ข้อมูลและแจ้งเตือนให้หญิงเข้ารับการทำแท้งเพื่อป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่มีร่างกายพิการ อย่างไรก็ตาม หญิงไม่ยอมเข้ารับการทำแท้งตามคำแนะนำของแพทย์ เมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการ หญิงจึงมาฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

²⁶⁰ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกรณีที่เกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ การที่ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการและมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรงไม่ทำให้ชายและหญิงได้รับประโยชน์ทางจิตใจแต่อย่างใด นอกจากนี้ ความพิการและปัญหาสุขภาพของเด็กยังทำให้การดำเนิน

จะกำหนดให้แพทย์มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังและช่วยป้องกันค่าใช้จ่ายที่เพิ่มมากขึ้นจากความพิการของเด็ก ในทางตรงกันข้าม การที่ศาลไม่ยินยอมให้ชายและหญิงเรียกร้องค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวกับปัญหาสุขภาพและความพิการของเด็ก ย่อมเป็นเหตุที่ทำให้ชายและหญิงไม่ได้รับความเป็นธรรม โดยผู้พิพากษา Hale LJ แสดงความเห็นที่ “...คงเป็นเรื่องยากที่จะอธิบายได้ว่า เพราะเหตุใดแพทย์ที่ผ่าตัดทำหมันโดยประมาทถึงไม่ต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก ทั้งที่ค่าใช้จ่ายดังกล่าวเป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์...”²⁶¹ ด้วยเหตุดังกล่าว ศาลจึงพิพากษาให้หญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่พิการ²⁶²

ชีวิตของชายและหญิงเป็นไปด้วยความยากลำบาก อีกทั้งทำให้ชายและหญิงมีภาระหน้าที่ทางการเงินเพิ่มมากขึ้นกว่าการให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์อย่างมาก

²⁶¹ Parkinson v St James and Seacroft University Hospital NHS trust [2002] QB 266. ; ผู้พิพากษา Hale LJ ให้ความเห็นที่สิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญที่สุดและเป็นสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลักษณะละเมิดคือสิทธิในเนื้อตัวร่างกาย โดยเจ้าของร่างกายมีสิทธิเลือกที่จะทำสิ่งใดเหนือร่างกายของตนได้อย่างอิสระ โดยสิทธินี้ให้ความคุ้มครองแก่เจ้าของร่างกายที่จะไม่ถูกแทรกแซงหรือถูกล่วงละเมิดจากการกระทำของบุคคลอื่น การกระทำของแพทย์ที่เป็นเหตุทำให้หญิงตั้งครรภ์โดยที่หญิงไม่พึงประสงค์จึงเป็นการล่วงละเมิดต่อสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิงอย่างร้ายแรง ทั้งยังเป็นเหตุทำให้หญิงได้รับความเจ็บปวดและทุกข์ทรมานระหว่างตั้งครรภ์และคลอดบุตร ตลอดจนทำให้หญิงต้องเผชิญกับความไม่สะดวกสบายระหว่างตั้งครรภ์ อาทิ หญิงไม่สามารถประกอบกิจวัตรประจำวันได้ตามปกติและต้องหลีกเลี่ยงที่จะกระทำในสิ่งที่ตนชอบเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายต่อทารกในครรภ์ see Emily Jackson, *supra* note 240, pp.738-739.

²⁶² Christian Witting, *supra* note 255, p.79.

ผู้พิพากษา Hale LJ ให้ความเห็นไว้ว่า

...แม้ว่าศาลจะมีคำพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก แต่คำพิพากษาของศาลดังกล่าวไม่เป็นเหตุทำให้คุณค่าและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่มีร่างกายพิการมีน้อยกว่าเด็กที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรง เพราะอย่างไรก็ตามเด็กที่มีร่างกายพิการและเด็กที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงต่างมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างเท่าเทียม แต่สิ่งหนึ่งที่ศาลไม่สามารถปฏิเสธได้เลยก็คือภาระหน้าที่และค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่พิการมีมากกว่าภาระหน้าที่และค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์อย่างมาก เฉพาะแต่ภาระหน้าที่และค่าใช้จ่ายที่เพิ่มมากขึ้นกว่าปกติเท่านั้นที่เป็นความเสียหาย หาได้หมายความว่าความพิการหรือปัญหา

อย่างไรก็ดี มีปัญหาเกิดขึ้นตามว่าเมื่อความพิการของเด็กไม่ได้เป็นผลมาจากการกระทำของแพทย์ เพราะเหตุใดแพทย์จึงต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กพิการให้กับหญิงในประเด็นนี้ ผู้พิพากษา Brooke LJ ได้อธิบายว่าแม้ความพิการของเด็กไม่ได้เป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ แต่แพทย์สามารถคาดเห็นได้ล่วงหน้าว่า ในกรณีที่แพทย์ผ่าตัดทำหมันโดยประมาทอาจเป็นเหตุทำให้หญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการ ความพิการของเด็กจึงไม่เป็นความเสียหายที่ไกลเกินกว่าเหตุ (Not too remote)²⁶³ นอกจากนี้ ผู้พิพากษา Brooke LJ ให้เหตุผลอีกด้วยว่า นับตั้งแต่คดี *Emeh v Kensington Area Health Authority* จนถึงปัจจุบัน เป็นเวลามากกว่า 15 ปี ที่ชายและหญิงที่ให้กำเนิดบุตรพิการมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์ จึงไม่เป็นการสมควรและไม่เป็นธรรมที่ศาลจะกล่าวว่านับตั้งแต่คดีนี้เป็นต้นไป ชายและหญิงที่ต้องให้กำเนิดบุตรที่พิการจากความผิดพลาดทางการแพทย์จะไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กอีกต่อไป

ทั้งนี้ ผู้พิพากษา Hale LJ ได้ตั้งข้อสังเกตว่า ชายและหญิงจะมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่พิการได้ต่อเมื่อ ความพิการของเด็กเป็นความพิการอย่างร้ายแรงเท่านั้น²⁶⁴ โดยได้อ้างอิงถึง *The Children Act 1989* มาตรา 17(11) และให้เหตุผลว่า ข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่าเด็กต้องพิการอย่างร้ายแรง ทั้งตาบอด หูหนวก พิการทางสมอง และต้องทนทุกข์ทรมานจากความพิการอย่างถาวรและเป็นความพิการที่ติดตัวไปตลอดชีวิต จึงเห็นควรที่ศาลจะยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเฉพาะที่เพิ่มมากขึ้นจากความพิการของเด็ก²⁶⁵

นอกจากนี้ ผู้พิพากษา Hale LJ ให้ความเห็นอีกด้วยว่า แม้ความพิการของเด็กจะเป็นผลมาจากความผิดปกติทางพันธุกรรม หรือเป็นผลมาจากเหตุการณ์ที่สามารถคาดหมายได้ว่าจะเกิดขึ้นระหว่างตั้งครรภ์ เช่น ความพิการของเด็กเป็นผลมาจากการที่หญิงได้รับเชื้อหัดเยอรมัน

สุขภาพของเด็กเป็นความเสียหายแต่อย่างใด ด้วยเหตุดังกล่าว การที่ศาลพิพากษาให้ชายและหญิงที่ให้กำเนิดบุตรที่พิการมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ จึงไม่เป็นการลดคุณค่าของเด็กแต่อย่างใด...

See Shaun D. Pattinson, *supra note 235*, p.342.

²⁶³ Marc Stauch, Kay Wheat and John Tingle, *supra note 212*, pp.283-284.

²⁶⁴ Emily Jackson, *supra note 240*, p.741.

²⁶⁵ Shaun D. Pattinson, *supra note 235*, p.342.

ระหว่างตั้งครรภ์ หรือเพราะทารกขาดออกซิเจน การที่ความพิการของเด็กไม่ได้เป็นผลมาจากการกระทำของแพทย์ หาเป็นเหตุทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลขาดตอนลง²⁶⁶

จากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในคดี *Parkinson v St James and Seacroft University Hospital NHS trust* แสดงให้เห็นว่าบรรทัดฐานของศาลสูงในคดี *McFarlane* มีผลใช้บังคับเฉพาะในกรณีที่เด็กเกิดขึ้นมา มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์เท่านั้น²⁶⁷

นอกจากนี้ ยังพบว่ามีปัญหาเกิดขึ้นอีกด้วยว่า ในกรณีที่หญิงพิการให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ หญิงที่พิการจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์หรือไม่ ปัญหาดังกล่าวปรากฏขึ้นในคดี *Ree v Darlington Area Health Authority*²⁶⁸ มีข้อเท็จจริงว่า หญิงพิการทางสายตารุนแรงและด้วยความพิการดังกล่าว หญิงเห็นว่าหญิงไม่มีความสามารถในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรที่จะเกิดในอนาคต และหากหญิงต้องให้กำเนิดบุตรจริง การเกิดของเด็กอาจทำให้การดำเนินชีวิตของหญิงเป็นไปด้วยความยากลำบาก เพื่อหลีกเลี่ยงผลกระทบในการดำเนินชีวิตของหญิง อีกทั้งเพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหายที่เด็กอาจไม่ได้รับการเลี้ยงดูอย่างเหมาะสม หญิงจึงเข้ารับการผ่าตัดทำหมันกับแพทย์

ภายหลังที่หญิงเข้ารับการผ่าตัดทำหมัน หญิงมีเพศสัมพันธ์ตามปกติ จนกระทั่งหญิงพบว่าตนตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ หญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ โดยหญิงอ้างว่าแม้เด็กไม่ได้เกิดขึ้นมามีร่างกายพิการ แต่เมื่อหญิงมีร่างกายพิการ การเกิดของเด็กจึงทำให้หญิงได้รับความเสียหาย เมื่อข้อเท็จจริงในคดีนี้แตกต่างจากข้อเท็จจริงในคดี *McFarlane* ซึ่งเป็นกรณีที่ชาย หญิงและเด็กมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ หญิงจึงควรมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ และมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก

ในการพิจารณาคดีของศาลชั้นต้น ศาลเห็นว่าเมื่อข้อเท็จจริงในคดีนี้แตกต่างจากคดี *McFarlane* หญิงจึงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเฉพาะจากความ

²⁶⁶ Gwyn Tovey, *supra note 216*, p. 154. ; Emily Jackson, *supra note 240*, pp.741-742.

²⁶⁷ *Groom v Selby* [2001] Lloyd's Rep Med 39 (QBD) ศาลมีคำพิพากษาว่า ในกรณีที่เด็กเกิดขึ้นมามีร่างกายพิการ ศาลไม่จำเป็นต้องผูกพันตามแนวคำพิพากษาของศาลสูง ชายและหญิงจึงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์ see Jean Vanessa Mchale and Marie Fox, *supra note 223*, pp.984-985.

²⁶⁸ [2004] 1 AC 309.

ยากลำบากที่เพิ่มมากขึ้นเพราะเหตุที่หญิงมีร่างกายพิการเท่านั้น ไม่รวมถึงค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติ ในขณะที่ศาลสูงไม่เห็นด้วยกับคำพิพากษาของศาลชั้นต้น เพราะเห็นว่าปัญหาที่ว่าหญิงจะมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กหรือไม่ ต้องพิจารณาจากสุขภาพของเด็กไม่ใช่สุขภาพของหญิง แม้ความพิการของหญิงจะเป็นอุปสรรคต่อการเลี้ยงดูเด็ก อีกทั้งทำให้การดำเนินชีวิตของหญิงและเด็กเป็นไปด้วยความยากลำบาก แต่เมื่อเด็กมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ หญิงจึงไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก หญิงคงมีเพียงสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายที่เป็นผลมาจากการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เท่านั้น

เมื่อพิจารณาจากความเห็นของผู้พิพากษาที่พิจารณาและพิพากษาคดีสามารถแบ่งความเห็นออกเป็น 2 กลุ่ม กล่าวคือ **กลุ่มที่ 1** เสียงข้างมาก²⁶⁹ เห็นว่าการพิจารณาว่า

²⁶⁹ ความเห็นของผู้พิพากษาเสียงข้างมากประกอบไปด้วย

(1) ผู้พิพากษา Lord Bingham เห็นว่า

...แม้จะไม่มีคามจำเป็นที่ศาลจะต้องทบทวนคดี *McFarlane v Tayside Health Authority* ใหม่ อย่างไรก็ตาม เมื่อการตั้งครรภ์ของหญิงเป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ หญิงจึงเป็นเหยื่อของการรักษาพยาบาลที่ไม่เป็นไปตามมาตรฐาน ดังนั้น ศาลจึงควรกำหนดให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่หญิงเป็นเงินจำนวน 15,000 ปอนด์ โดยจำนวนเงินดังกล่าวไม่ได้เป็นค่าเสียหายเพื่อเยียวยาความเสียหาย แต่เป็นค่าเสียหายเพื่อแสดงให้เห็นว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย...
See Marc Stauch, Kay Wheat and John Tingle, *supra note 212*, pp.284-285.

; Jean Vanessa Mchale and Marie Fox, *supra note 223*, pp.985-986.

(2) ผู้พิพากษา Lord Nicholls เห็นว่า

...จากคดี *McFarlane v Tayside Health Authority* ข้าพเจ้าเห็นว่าเหตุผลของผู้พิพากษาศาลสูงเป็นเหตุที่ถูกต้องและเป็นธรรมต่อแพทย์ เพราะความรับผิดชอบของแพทย์ไม่ควรขยายไปถึงขนาดที่ว่าแพทย์มีหน้าที่ชดใช้ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก อย่างไรก็ตาม ศาลควรกำหนดค่าเสียหายจำนวนหนึ่ง (Conventional Sum) เพื่อเป็นการแสดงให้เห็นว่าศาลรับรู้ว่าการหญิงได้รับความเสียหายจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของแพทย์...

See Emily Jackson, *supra note 240*, p.745.

(3) ผู้พิพากษา Lord Millett เห็นว่า

หญิงมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายหรือไม่นั้น ศาลต้องพิจารณาจากสุขภาพของเด็กไม่ได้พิจารณาจากสุขภาพของหญิง²⁷⁰ เมื่อเด็กคลอดออกมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ หญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์ อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษาเสียงข้างมากต่างเห็นตรงกันว่ากรณีที่แพทย์ทำการผ่าตัดทำหมันโดยประมาทจนเป็นเหตุทำให้หญิงตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์เป็นการละเมิดต่อ “สิทธิในการจำกัดขนาดของครอบครัว (Right to limit the size of their family)” และเป็นเหตุทำให้หญิงไม่สามารถมีชีวิตได้ตามความประสงค์ ศาลจึงควรกำหนดค่าเสียหายเชิงสัญลักษณ์ (Conventional Sum) และพิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายให้กับหญิงเป็นเงิน 15,000 ปอนด์ โดยค่าเสียหายดังกล่าวไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อเยียวยาความเสียหายแต่อย่างใด²⁷¹

กลุ่มที่ 2 เสียงข้างน้อย²⁷² เห็นว่า การที่หญิงประสงค์ที่จะผ่าตัดทำหมันก็เพื่อหลีกเลี่ยงความยากลำบากที่จะต้องเลี้ยงดูบุตรเพราะเหตุที่หญิงมีร่างกายพิการ และเมื่อความ

...ข้าพเจ้าเห็นด้วยกับความเห็นของผู้พิพากษาท่านอื่นที่ว่าศาลควรกำหนดค่าเสียหายจำนวนหนึ่งให้กับหญิง ซึ่งค่าเสียหายที่ศาลจะกำหนดให้แพทย์ชดใช้ให้กับหญิงไม่ใช่ค่าเสียหายอันเป็นผลมาจากการเกิดของเด็ก แต่เป็นค่าเสียหายเพื่อรับรองว่าการกระทำของแพทย์เป็นการล่วงละเมิดสิทธิส่วนบุคคลของหญิง ซึ่งสิทธินี้ถูกเรียกว่า “สิทธิที่จะจำกัดขนาดของครอบครัว” (Right to limit the size of their family) การที่หญิงเสียสิทธิที่จะได้มีชีวิตตามความประสงค์ตามที่ตนได้วางแผนเอาไว้ก็เพียงพอที่จะเป็นความเสียหายที่ทำให้หญิงมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายได้...

(4) ผู้พิพากษา Lord Scott เห็นว่า

...เมื่อข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่าเด็กเกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ศาลจึงต้องผูกพันตามคำพิพากษาของศาลสูงคดี *McFarlane v Tayside Health Authority* อย่างไรก็ตาม ถ้าศาลจะมีคำพิพากษาว่าหญิงไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายโดยสิ้นเชิงย่อมทำให้หญิงไม่ได้รับความเป็นธรรมอย่างมาก ดังนั้น ศาลควรกำหนดค่าเสียหายจำนวนหนึ่งให้กับหญิงเพื่อเป็นการรับรู้ว่าการที่หญิงต้องตั้งครรรค์จากการผ่าตัดทำหมันโดยประมาทเป็นความเสียหายต่อหญิง...

²⁷⁰ Vivienne Harpwood, *supra note 231*, pp.82-83.

²⁷¹ Emily Jackson, *supra note 240*, pp.745-749. ; Marc Stauch, Kay Wheat and John Tingle, *supra note 212*, pp.284-285. ; Jean Vanessa Mchale and Marie Fox, *supra note 223*, pp.985-986.

²⁷² ความเห็นของผู้พิพากษาเสียงข้างน้อยประกอบไปด้วย

(1) ผู้พิพากษา Lord Steyn เห็นว่า

...การที่หญิงประสงค์ที่จะเข้ารับการผ่าตัดทำหมันเพราะเหตุที่หญิงมีร่างกายพิการและไม่สามารถให้การอุปการะเลี้ยงดูบุตรได้อย่างเหมาะสมนั้น แตกต่างจากการที่หญิงเข้ารับการผ่าตัดทำหมันเพียงเพราะไม่ต้องการให้กำเนิดบุตรหรือไม่ต้องการมีสมาชิกเพิ่มขึ้นเพียงอย่างเดียวเท่านั้น การที่แพทย์ผ่าตัดทำหมันโดยประมาทจึงทำให้เกิดความเสียหายต่อหญิงที่มีร่างกายพิการอย่างมาก หญิงจึงควรมีสติเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่เพิ่มมากขึ้นจากความยากลำบากเพราะเหตุที่หญิงมีร่างกายพิการ ส่วนเหตุผลที่ผู้พิพากษาบางท่านเห็นว่าศาลควรกำหนดค่าเสียหายจำนวนหนึ่งขึ้นมาเพื่อรับรู้ถึงความเสียหายของหญิง เมื่อค่าเสียหายดังกล่าวไม่ได้เป็นค่าเสียหายตามกฎหมายแต่เป็นค่าเสียหายที่ศาลได้กำหนดขึ้นมาเอง การกระทำของศาลเช่นนั้นจึงไม่ชอบด้วยกฎหมายพื้นฐานว่าด้วยความรับผิดชอบทางแพ่ง...

(2) ผู้พิพากษา Lord Hope เห็นว่า

...เมื่อข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคดีนี้แตกต่างจากข้อเท็จจริงในคดี *McFarlane v Tayside Health Authority* อย่างมาก เนื่องจากคดี *McFarlane* ชายและหญิงมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ แต่ในคดีนี้หญิงมีความพิการทางสายตารุนแรงจนกระทั่งหญิงเกือบสูญเสียความสามารถในการมอง ด้วยความพิการของหญิงทำให้หญิงไม่มีความสามารถในการให้การอุปการะเลี้ยงดูบุตร หากศาลไม่ยินยอมให้หญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ย่อมเป็นเหตุทำให้หญิงไม่ได้รับความเป็นธรรมอย่างมาก ด้วยเหตุดังกล่าวการที่ศาลยินยอมให้หญิงเรียกร้องค่าเสียหายจากแพทย์ย่อมไม่ขัดต่อหลักการกำหนดหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังที่ต้องเป็นธรรม ถูกต้องและสมเหตุสมผล (Fair, Just and Reasonable)...

(3) ผู้พิพากษา Lord Hutton เห็นว่า

...เมื่อผู้พิพากษาในคดี *McFarlane v Tayside Health Authority* ไม่ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่าแนวบรรทัดฐานของศาลสูงให้มีผลใช้บังคับถึงข้อเท็จจริงในกรณีที่ชายและหญิงมีร่างกายพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างรุนแรงจนไม่สามารถให้การอุปการะเลี้ยงดูบุตรด้วย ศาลจึงไม่ต้องผูกพันกับแนวบรรทัดฐานของศาลสูงที่ต้องมีคำพิพากษาว่าชายและหญิงไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก...

See Emily Jackson, *supra note 240*, p.746-747. ; Jean Vanessa Mchale and

Marie Fox, *supra note 223*, pp.986-987.

ยากลำบากในการเลี้ยงดูบุตรของหญิงที่มีร่างกายพิการ ไม่แตกต่างจากความยากลำบากของชายและหญิงที่จะต้องเลี้ยงดูบุตรที่พิการ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับแนวทางการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในคดี *Parkinson v St James and Seacroft University Hospital NHS Trust* หญิงควรมีสสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กในส่วนที่เพิ่มมากขึ้นจากปัญหาสุขภาพของหญิง²⁷³

นอกจากนี้ ผู้พิพากษาเสียงข้างน้อยให้ความเห็นด้วยว่า ค่าเสียหายเชิงสัญลักษณ์ที่ศาลพิพากษาให้แพทย์ชดใช้ให้แก่หญิงไม่ได้เป็นค่าเสียหายตามกฎหมายและไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น²⁷⁴ ค่าเสียหายดังกล่าวจึงไม่ใช่ค่าเสียหายตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม จากคะแนนเสียงข้างมากทำให้แนวบรรทัดฐานของศาลในปัจจุบันยังคงมุ่งพิจารณาที่สุขภาพของเด็กเป็นสำคัญ ในกรณีที่เด็กเกิดขึ้นมา มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ชายและหญิงย่อมไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก²⁷⁵ แต่มีเพียงสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายจากการตั้งครรภ์และคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์และค่าเสียหายเชิงสัญลักษณ์เท่านั้น²⁷⁶

²⁷³ มีข้อสังเกตว่าหนึ่งในผู้พิพากษาเสียงข้างน้อยคือผู้พิพากษา Steyn ซึ่งเป็นผู้พิพากษาในคดี *McFarlane v Tayside Health Authority* และมีคำพิพากษาว่าชายและหญิงไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์

²⁷⁴ Sandra Birgitta Elste, *supra note 241*, pp.2-3.

²⁷⁵ Shaun D. Pattinson, *supra note 235*, p.343.

²⁷⁶ มีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นว่าจำนวนเงิน 15,000 ปอนด์ ที่ศาลพิพากษาให้แพทย์ชดใช้ให้กับหญิงนั้นศาลคิดคำนวณได้อย่างไร นอกจากนี้ ยังมีปัญหาเกิดขึ้นอีกด้วยว่าเพราะเหตุใดจำนวนเงินดังกล่าวจึงมากกว่าค่าเสียหายจากความเศร้าโศกเสียจากการละเมิดอันเป็นเหตุให้บุคคลอื่นถึงแก่ความตายเสีย เพราะกฎหมาย *The Fatal Accident Act 1976* กำหนดให้ทายาทของผู้ตายมีสิทธิเรียกค่าเสียหายทางจิตใจได้เพียง 12980 ปอนด์เท่านั้น see Peter Barrie, *Personal Injury Law : Liability, Compensation, and Procedure*, 2nd ed., (New York : Oxford University Press, 2005), p.111.

นอกจากนี้ มีปัญหาว่าในอนาคตในกรณีที่ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ชายและหญิงจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเชิงสัญลักษณ์จากแพทย์หรือไม่ see Samatha Singer, “*Rees v Darlington Memorial Hospital NHS Trust* [2004] 1 AC 309,” *Journal of Social Welfare and Family Law*, Volume 26, pp.403, 414 (2004)

1.2.3 ประเทศออสเตรเลีย

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ปรากฏขึ้นในปี ค.ศ. 1973 ในคดี Terrell v Garcia²⁷⁷ ศาลให้เหตุผลว่า เมื่อการเกิดของเด็กที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์เป็นเรื่องที่น่ายินดีและนำมาซึ่งประโยชน์ต่อชายหญิง อีกทั้งเมื่อประโยชน์มีมากกว่าความเสียหาย ชายและหญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์²⁷⁸ อย่างไรก็ตาม ความเห็นของผู้พิพากษาในคดีนี้ถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นที่ว่าศาลสามารถประเมินคุณค่าและประโยชน์ของการให้กำเนิดบุตรได้อย่างไร (ประเมินคุณค่าของเด็กเป็นคุณค่าทางเศรษฐกิจ) และศาลทราบได้อย่างไรว่าประโยชน์จากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์จะต้องมากกว่าความเสียหายทุกกรณี²⁷⁹

²⁷⁷ 496 SW 2d 124 (1973)

²⁷⁸ ในปัญหาที่ว่า การให้กำเนิดบุตรต้องเป็นเรื่องที่น่ายินดีเสมอไปหรือไม่ ผู้พิพากษาเสียงข้างมากได้ให้ความเห็นไว้ว่า

... เมื่อการเกิดของเด็กที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์นำมาซึ่งความพึงพอใจ ความสุขและความสัมพันธ์อันดีของสมาชิกภายในครอบครัว ประโยชน์เหล่านี้เป็นประโยชน์ที่ไม่มีรูปร่างและยากที่จะประเมินเป็นมูลค่าทางการเงินได้ เพราะไม่มีใครสามารถประเมินได้ว่าเด็กที่เกิดขึ้นมา มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ รอยยิ้มที่ชายและหญิงได้รับจากการเกิดของเด็กและความชื่นชมยินดีในความสำเร็จของเด็ก มีมูลค่าทางเศรษฐกิจเท่าใด แทนที่ศาลจะพยายามคิดคำนวณมูลค่าของสิ่งเหล่านั้น สิ่งหนึ่งที่ศาลไม่สามารถปฏิเสธได้เลยก็คือประโยชน์และความสุขที่ชายและหญิงได้รับจากการเกิดของเด็กนี้ อย่างไรก็ตามเสียก็มากกว่าผลกระทบทางการเงินซึ่งชายและหญิงเห็นว่าเป็นความเสียหายและประสงค์เรียกร้องค่าเสียหายจากแพทย์ เมื่อประโยชน์มีมากกว่าความเสียหาย ประโยชน์ย่อมเยียวความเสียหายจนหมดสิ้น จึงไม่มีความเสียหายอย่างใดที่จะทำให้ชายหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ได้อีกต่อไป...

see Terrell v Garcia 496 SW 2d 124 (1973)

²⁷⁹ Espenshade TJ, "The Value and Cost of Children," *Population Bulletin*, Issue 1, Volume 32, pp.1-42 (1977)

แนวทางการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลเริ่มเปลี่ยนแปลงไป²⁸⁰ เนื่องจากศาลมีความเห็นว่าการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ไม่จำเป็นต้องเป็นเรื่องที่น่ายินดีเสมอไป เพราะการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ในบางกรณีอาจเป็นความเสียหายตามกฎหมายได้เช่นเดียวกัน เช่นคดี *Ces v Superclinics Aust. Pty Ltd*²⁸¹ นอกจากศาลยินยอมให้หญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินจากการเสียสิทธิเข้ารับการทำแท้งและการตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์แล้ว ศาลยังยินยอมให้หญิงฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจนกว่าเด็กจะบรรลุนิติภาวะ เพราะศาลเห็นว่าไม่มีนโยบายสาธารณะใดที่กำหนดว่าการเกิดของเด็กจะต้องเป็นเรื่องที่น่ายินดีทุกกรณี²⁸²

²⁸⁰ *F v R* (1983) 33 SASR 189 ศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก ค่าเสียหายจากความเจ็บปวดทุกข์ทรมานจากการตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์และค่าใช้จ่ายสำหรับการเข้ารับการทำแท้งทำหมันเป็นครั้งที่สองให้กับหญิง อย่างไรก็ตาม ศาลสูงมีคำพิพากษากลับคำพิพากษาศาลชั้นต้น โดยให้เหตุผลว่าหน้าที่ใช้ความระมัดระวังของแพทย์ (Duty of Care) ไม่รวมถึงหน้าที่ป้องกันการตั้งครรภ์ของหญิง อีกทั้งแพทย์ไม่มีหน้าที่แจ้งเตือนให้หญิงทราบถึงโอกาสที่การทำแท้งทำหมันอาจล้มเหลว ทั้งนี้ ศาลสูงยังให้เหตุผลอีกด้วยว่าแม้การตั้งครรภ์และการเกิดของเด็กเป็นความเสียหายต่อหญิง แต่ทันทีที่หญิงให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ การเกิดของเด็กนำมาซึ่งประโยชน์ที่ไม่สามารถประเมินค่าได้ ซึ่งประโยชน์เหล่านั้นเองได้เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นทั้งหมด (The birth of the child cured the damage) see Brian Bromberger, “Patient Participation in Medical Decision-Making : Are the Courts the Answer?” *University of New South Wales Law Journal*, Issue 1, Volume 6, p.1 (1983)

²⁸¹ *CES v Superclinics* (1995) 38 NSWLR 47 (NSW Supreme Court, 1995) ข้อเท็จจริงปรากฏว่าแพทย์ตรวจสอบการตั้งครรภ์ของหญิงล่าช้าจนเป็นเหตุทำให้หญิงไม่สามารถเลือกเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

²⁸² ผู้พิพากษา Kirby J ให้ความเห็นว่า

...ไม่มีนโยบายสาธารณะใดที่จะบังคับให้ศาลต้องพิจารณาว่าการเกิดของเด็กเป็นเรื่องที่น่ายินดีทุกกรณี ... สำหรับข้อกังวลที่ว่าในกรณีที่ศาลยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์อาจส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจของเด็กนั้น ข้าพเจ้าเห็นว่าเมื่อพิจารณาจากสภาพสังคมในปัจจุบันจะพบว่าเด็กจำนวนมากเกิดขึ้นมาโดยที่ชายและหญิงบิดามารดาไม่ประสงค์ แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าเด็กเหล่านั้นจะไม่เป็นที่รักหรือไม่ได้รับการต้อนรับเข้าเป็นสมาชิกของครอบครัวในภายหลัง ในทางกลับกัน การที่ศาลไม่ยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ต่างหากที่อาจเป็น

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ได้รับความสนใจจากสังคมอีกครั้ง เมื่อศาลสูงของมลรัฐควีนส์แลนด์²⁸³มีคำพิพากษาคดี *Cattanach v Melchior*²⁸⁴ ในการพิจารณาพิพากษาคดี ผู้พิพากษาได้ศึกษาเปรียบเทียบกับคำพิพากษาของศาลประเทศอังกฤษโดยละเอียด ภายหลังจากการศึกษาเปรียบเทียบศาลเลือกที่จะไม่เดินตามวิธีการปรับใช้กฎหมายของประเทศอังกฤษโดยมีคะแนนเสียงไม่เป็นเอกฉันท์ด้วยคะแนน 4 (ประกอบไปด้วย McHugh, Gummow, Kirby และ Callinan JJ) ต่อ 3 (ประกอบไปด้วย Gleeson CJ, Hayne และ Heydon JJ) พิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายจากการตั้งครรภ์ ค่าขาดรายได้ และค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจนกว่าเด็กจะบรรลุนิติภาวะ²⁸⁵ โดยศาลให้เหตุผลว่าการพิจารณาพิพากษาคดีต้องเป็นไปตาม

การซ้ำเติมและอาจทำให้ชายและหญิงตลอดจนเด็กไม่สามารถดำเนินชีวิตต่อไปด้วยหรือต้องดำเนินชีวิตด้วยความยากลำบาก และด้วยความยากลำบากและการไม่ได้รับการเลี้ยงดูด้วยอย่างเหมาะสมนี่เองที่จะส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจของเด็ก...

see Malcolm Khan and Michelle Robson, *supra note 209*, pp.214-215.

²⁸³ ก่อนหน้าคดี *Cattanach v Melchior* ศาลของมลรัฐควีนส์แลนด์เคยมีคำพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์มาแล้วครั้งหนึ่ง ปรากฏในคดี *Dahl v Purnell* (1992) 15 Qld Lawyer Reps 33 โดยศาลมีคำพิพากษาว่าการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ไม่ขัดต่อนโยบายสาธารณะ อีกทั้งการที่หญิงไม่ยินยอมเข้ารับการทำแท้ง หรือการที่ชายและหญิงไม่ยินยอมยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่นก็ไม่อาจพิจารณาได้ว่าเป็นการกระทำที่เป็นการผิดหน้าที่ในการเยียวยาความเสียหาย

²⁸⁴ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ภายหลังจากที่หญิงเข้ารับการทำแท้งทำหัตถ์ไม่ได้แจ้งให้หญิงทราบว่าการผ่าตัดทำหัตถ์มีโอกาสที่จะไม่ประสบผลสำเร็จ การที่หญิงไม่ทราบข้อมูลดังกล่าวทำให้หญิงไม่สามารถป้องกันการตั้งครรภ์ด้วยการเลือกคุมกำเนิดด้วยวิธีการคุมกำเนิดวิธีอื่น เมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ หญิงได้เรียกร้องค่าเสียหายจากความเจ็บปวด ความไม่สะดวกสบาย และความทุกข์ทรมานที่เกิดขึ้นระหว่างการตั้งครรภ์และคลอดบุตร ค่าขาดรายได้เนื่องจากหญิงไม่สามารถประกอบกิจการงานได้ตามปกติเพราะต้องลาออกจากงานเพื่อมาเลี้ยงดูเด็ก ตลอดจนค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจนกว่าเด็กจะบรรลุนิติภาวะ (18 ปีบริบูรณ์) see Gwyn Tovey, *supra note 216*, p.153.

²⁸⁵ *Cattanach v Melchior*, (2003) 199 ALR 131 ; Healthlawcentral, “Summary of *Cattanach v Melchior* (2003) 199 ALR 131,” (Retrieved on 12 August 2015), from <http://www.healthlawcentral.com/cases/cattanach-v-melchior/>

หลักกฎหมายพื้นฐานว่าด้วยความรับผิดชอบจากการทำละเมิด²⁸⁶ เมื่อการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ไม่ได้เป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดของเด็ก การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายดังกล่าวจึงไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็ก นอกจากนี้ เมื่อไม่ปรากฏว่ามีนโยบายสาธารณะใดที่บัญญัติห้ามไม่ให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ศาลจึงไม่อาจห้ามมิให้หญิงใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ เพราะไม่เช่นนั้นแล้วการกระทำของศาลอาจเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย²⁸⁷ ในขณะที่ผู้พิพากษา Callinan J ให้ความเห็นว่า “... แม้ศาลไม่ต้องการให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในลักษณะดังกล่าวเกิดขึ้น แต่เมื่อพยานหลักฐานแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า การกระทำโดยประมาทของแพทย์ละเมิดต่อสิทธิตามกฎหมายของชายและหญิง ย่อมไม่เป็นที่พึงประสงค์หากศาลจะพิพากษาว่าชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยปราศจากเหตุผลทางกฎหมาย...”²⁸⁸

ภายหลังที่ศาลสูงของมลรัฐควีนส์แลนด์มีคำพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก John Anderson ผู้แทนนายกรัฐมนตรีได้ออกมาวิพากษ์วิจารณ์

²⁸⁶ ศาสตราจารย์ Dean Stretton เห็นว่าการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศออสเตรเลียเป็นไปตามหลักกฎหมายพื้นฐาน โดยศาลหลีกเลี่ยงที่จะพิจารณาคดีโดยอาศัยความคิดเห็นตามนโยบายสาธารณะดังเช่นที่ปรากฏในประเทศอังกฤษ see Dean Stretton, *supra note 4*, p.320.

²⁸⁷ Health Law Central, *supra note 285*.

²⁸⁸ ผู้พิพากษา Callinan J ให้ความเห็นว่า

...เมื่อการกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นเหตุทำให้หญิงมีภาระหน้าที่และค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจำนวนมากเกิดขึ้น ทั้งนี้เมื่อภาระหน้าที่และค่าใช้จ่ายดังกล่าวจะไม่มีทางเกิดขึ้นได้เลยหากปราศจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ เมื่อพิจารณาตามหลักกฎหมายพื้นฐาน ไม่พบว่ามีหลักกฎหมายใดที่กำหนดให้ศาลต้องพิพากษาว่าชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ด้วยเหตุดังกล่าว ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ซึ่งรวมถึงค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก ซึ่งเป็นค่าเสียหายทางเศรษฐกิจ (Economic Loss) ที่เป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทประเภทหนึ่งเท่านั้น...

See Shaun Pereira, “Case comment on *ACB v Thomson Medical Pte Ltd and others* [2015] SGHC 9,” (Retrieved on 4 August 2015), From <http://www.singaporelawblog.sg/blog/article/83up-baby>.

ว่า ค่าพิพาทของศาลเป็นที่น่ารังเกียจเพราะเป็นการลดคุณค่าของเด็กและทำให้เด็กเปรียบเสมือนสินค้าอย่างหนึ่งเท่านั้น²⁸⁹ เพียง 1 เดือน ภายหลังจากที่ศาลได้มีคำพิพากษา ฝ่ายนิติบัญญัติในบางมลรัฐได้ตรากฎหมายห้ามมิให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก ปราบกฏในมลรัฐนิวเซาท์เวลส์ (New South Wales) มลรัฐเซาท์ออสเตรเลีย (South Australia) มลรัฐควีนส์แลนด์ (Queensland)²⁹⁰ มีรายละเอียดดังนี้

มลรัฐนิวเซาท์เวลส์ (New South Wales) ฝ่ายนิติบัญญัติได้แก้ไขกฎหมาย Civil Liability Act 2002 (NSW) Section 70²⁹¹ and 71²⁹² ห้ามมิให้มีการเรียกค่าใช้จ่ายในการ

²⁸⁹ John Anderson, Cattnach Decision : Statement by the Acting Prime Minister (Retrieved on 20 June 2015), from http://www.ministers.dotars.gov.au/ja/releases/2003/July/a80_2003.htm

²⁹⁰ Anna Walsh and Carly Meagher, "Update on Wrongful Life and Wrongful Birth Actions," *Australian Health Law Bulletin*, Issue 10, Volume 13, p.118 (2005).

²⁹¹ Civil Liability Act 2002 (NSW)

Section 70 Application of Part

(1) This Part applies to any claim for damages in civil proceedings for the birth of a child, regardless of whether that claim is made in tort, in contract, under statute or otherwise.

(2) This Part does not apply to any claim for damages by a child in civil proceedings for personal injury (within the meaning of Part 1A) sustained by the child pre-natally or during birth.

(3) This Part does not apply to civil liability that is excluded from the operation of this Part by section 3B but, despite that section, does apply to liability of the kind referred to in section 3B (1) (a).

²⁹² Civil Liability Act 2002 (NSW)

Section 71 Limitation of the award of damages for the birth of a child

(1) In any proceedings involving a claim for the birth of a child to which this Part applies, the court cannot award damages for economic loss for:

(a) the costs associated with rearing or maintaining the child that the claimant has incurred or will incur in the future, or

เลี้ยงดูเด็กและค่าขาดรายได้ ทั้งนี้ หญิงยังคงมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายเนื่องจากความเจ็บปวดทรมานและความไม่สะดวกสบายจากการตั้งครรภ์และการคลอดบุตร อย่างไรก็ตาม หากเด็กที่เกิดขึ้นมามีร่างกายพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเฉพาะที่เพิ่มมากขึ้นจากความพิการของเด็ก

มลรัฐเซาท์ออสเตรเลีย (South Australia) ฝ่ายนิติบัญญัติได้แก้ไขกฎหมาย Civil Liability Act 1936 (SA) section 67²⁹³ ห้ามมิให้ชายและหญิงเรียกค่าเสียหายเฉพาะค่าใช้จ่าย

(b) any loss of earnings by the claimant while the claimant rears or maintains the child.

(2) Subsection (1) (a) does not preclude the recovery of any additional costs associated with rearing or maintaining a child who suffers from a disability that arise by reason of the disability

²⁹³ Civil Liability Act 1936 (SA)

Article 67 Limitation on the award of damages for the costs of raising a child

(1) In an action to which this section applies, no damages are to be awarded to cover the ordinary costs of raising a child.

(2) The *ordinary costs of raising a child* include all costs associated with the child's care, upbringing, education and advancement in life except, in the case of a child who is mentally or physically disabled, any amount by which those costs would reasonably exceed what would be incurred if the child were not disabled.

(3) This section applies to—

(a) an action for negligence resulting in the unintended conception of a child; or

(b) an action for negligence resulting in the failure of an attempted abortion; or

(c) an action for negligence resulting in the birth of a child from a pregnancy that would have been aborted but for the negligence; or

(d) an action for innocent misrepresentation resulting in—

(i) the unintended conception of a child; or

ในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติ ไม่ว่าจะการเกิดของเด็กจะเป็นผลมาจากการความผิดพลาดในการผ่าตัดทำหมันหรือการทำแท้งก็ตาม โดยกฎหมายยังคงให้สิทธิแก่ผู้เสียหายที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายอันเป็นผลโดยตรงมาจากการตั้งครรภ์เท่านั้น อาทิ ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ระหว่างตั้งครรภ์ ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์เกี่ยวกับการคลอดบุตร ค่าเสียหายจากความเจ็บปวดทรมานและความไม่สะดวกสบายระหว่างตั้งครรภ์และคลอดบุตร แต่ห้ามมิให้เรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก ค่าศึกษาเล่าเรียนและค่าใช้จ่ายสำหรับพัฒนาการต่างๆ ของเด็ก ในกรณีที่เด็กเกิดขึ้นมาพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง ชายและหญิงยังคงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก เฉพาะในส่วนที่เพิ่มมากขึ้นจากปัญหาสุขภาพของเด็ก

มลรัฐควีนส์แลนด์ (Queensland) ฝ่ายนิติบัญญัติได้แก้ไขกฎหมาย Civil Liability Act 2003 (Qld) section 49A and 49B²⁹⁴ กำหนดห้ามมิให้มีการฟ้องร้องเรียก

(ii) the birth of a child from a pregnancy that would have been aborted but for the misrepresentation; or

(e) an action for damages for breach of a statutory or implied warranty of merchantable quality, or fitness for purpose, in a case where a child is conceived as a result of the failure of a contraceptive device.

(4) In this section—

contraceptive device includes any medicine or substance used to prevent conception;

innocent misrepresentation means any misrepresentation by words or conduct made without an intention to deceive.

²⁹⁴ Civil Liability Act 2003 (Qld)

Awards for economic loss following sterilisation procedure or contraceptive procedure or advice

Section 49A Failed sterilisation procedures

(1) This section applies if, following a procedure to effect the sterilisation of an individual, the individual gives birth to, or fathers, a child because of the breach of duty of a person in advising about, or performing, the procedure.

Examples of sterilisation procedures

—

ค่าเสียหายทางเศรษฐกิจเกี่ยวกับการค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก อันเป็นผลมาจากการผ่าตัดทำหมันที่ผิดพลาด ความผิดพลาดในกระบวนการคุมกำเนิดและจากเครื่องมือคุมกำเนิด อย่างไรก็ตาม กฎหมายไม่ได้กำหนดห้ามมิให้เรียกค่าเสียหายเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ระหว่างตั้งครรภ์ ค่าใช้จ่ายในกระบวนการทำคลอด ค่าเสียหายจากความเจ็บปวดทรมานและความไม่สะดวกสบายระหว่างตั้งครรภ์²⁹⁵

นอกจากนี้ กฎหมายไม่ได้กำหนดห้ามมิให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก หากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ไม่ได้เป็นผลมาจากกระบวนการผ่าตัดทำหมันหรือการคุมกำเนิดที่ผิดพลาด เช่น ในกรณีที่ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรมากกว่าจำนวนที่ต้องการซึ่งเป็นผลมาจากความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ ชายและหญิงยังคงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก

tubal ligation and vasectomy

(2) A court can not award damages for economic loss arising out of the costs ordinarily associated with rearing or maintaining a child.

Section 49B Failed contraceptive procedure or contraceptive advice

(1) This section applies if, following a contraceptive procedure on an individual or the giving of contraceptive advice to an individual, the individual gives birth to, or fathers, a child because of the breach of duty of a person in advising about, or performing, the procedure or giving the advice.

(2) A court can not award damages for economic loss arising out of the costs ordinarily associated with rearing or maintaining a child.

²⁹⁵ แม้กฎหมายลายลักษณ์อักษรจะไม่ได้กำหนดให้ชายและหญิงมีสิทธิเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กในกรณีที่เด็กเกิดขึ้นมาพิการดังที่ปรากฏในมลรัฐนิวเซาท์เวลส์และมลรัฐเซาท์ออสเตรเลีย แต่ศาลของมลรัฐควีนส์แลนด์ได้วางแนวการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ในคดี *Veivers v Connolly* [1995] 2 Qd R 326. และคดี *Edwards v Blomeley* [2002] NSWSC 460 (แพทย์ผ่าตัดทำหมันโดยประมาทในภายหลังหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการจากความผิดปกติทางโครโมโซม) ให้ชายและหญิงที่ให้กำเนิดบุตรที่พิการมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กในส่วนที่เพิ่มมากขึ้นจากปัญหาสุขภาพของเด็ก see *Anna Walsh and Carly Meagher, supra note 290, p.118.*

มลรัฐอื่นๆ ที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้ตรากฎหมายห้ามมิให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย ชายและหญิงยังคงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจนกว่าเด็กจะบรรลุนิติภาวะโดยไม่คำนึงว่าเด็กมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์หรือไม่²⁹⁶

1.2.4 ประเทศแคนาดา

การฟ้องร้องเรียกจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ปรากฏในปี ค.ศ. 1978 โดยปัญหาสำคัญที่ศาลต้องพิจารณาก็คือ ศาลควรยินยอมให้หญิงและชายฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กหรือไม่²⁹⁷ ในคดี *Doiron v Orr*²⁹⁸ ศาลไม่ยินยอมให้หญิงฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก ด้วยเหตุที่ว่าหญิงไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าการตั้งครรภ์เกิดขึ้นจากการผ่าตัดทำหมันที่ผิดพลาด นอกจากนี้ ผู้พิพากษา Garrett ได้ให้ความเห็นว่าแม้หญิงสามารถพิสูจน์ได้ว่าการทำหมันเกิดขึ้นโดยประมาท หญิงก็ไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย เพราะการยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายดังกล่าวส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจของเด็ก

อย่างไรก็ตาม แนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลเปลี่ยนแปลงไป เพราะในคดี *Cataford v Moreau*²⁹⁹ ศาลพิจารณาว่าการที่ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรในขณะที่กำลังประสบปัญหาทางเศรษฐกิจอย่างรุนแรง จนกระทั่งที่ชายและหญิงไม่สามารถดำเนินชีวิตได้ตามปกติ การเกิดของเด็กไม่สามารถพิจารณาได้เลยว่าเป็นเรื่องที่น่ายินดี นอกจากนี้เมื่อการเกิดของเด็กไม่เพียงส่งผลกระทบต่อชายและหญิงเท่านั้น แต่ยังส่งผลกระทบต่อ การดำเนินชีวิตของบรรดาเด็กอีก 10 คน ซึ่งเป็นพี่ของเด็กที่เกิดขึ้นมาโดยไม่พึงประสงค์ จนทำให้เด็กเหล่านั้นเสียโอกาสที่จะได้รับการอุปการะเลี้ยงดูที่เหมาะสม เมื่อไม่มีบทบัญญัติกฎหมายใดห้ามมิให้ชายและหญิงที่ได้รับผลกระทบจากการเกิดของเด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย การพิจารณาคดีของศาลจึงต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายพื้นฐานว่า

²⁹⁶ คดี *Brown v Thoo* (2004) ศาลพิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเป็นเงิน 101,000 ดอลลาร์สหรัฐและคดี *Gentile v Ferry* [2004] WADC 144 ศาลพิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเป็นเงิน 77,000 ดอลลาร์สหรัฐ

²⁹⁷ Dean Stretton, *supra note 4*, p.324-325.

²⁹⁸ (1978), 86 DLR (3d) 719 (Ont.High Ct.)

²⁹⁹ (1978) , 114 DLR (3d) 858 (Que Superior Ct.) ข้อเท็จจริงปรากฏว่าชายและหญิงมีบุตรด้วยกัน 10 คน ด้วยจำนวนบุตรดังกล่าวทำให้ชายและหญิงไม่สามารถมีสมาชิกเพิ่มมากขึ้น ชายจึงตัดสินใจเข้ารับการทำหมัน

ด้วยความรับผิดชอบทางละเมิด หากพิจารณาจากนโยบายสาธารณะ³⁰⁰ ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กได้เต็มจำนวน³⁰¹

³⁰⁰ ศาลให้ความเห็นว่าไม่มีนโยบายสาธารณะใดที่บังคับให้ศาลต้องพิจารณาว่าการให้กำเนิดบุตรของชายและหญิงผู้ซึ่งไม่มีความสามารถที่จะอุปการะเลี้ยงดูบุตรและที่กำลังประสบปัญหาทางเศรษฐกิจอย่างรุนแรง จะต้องเป็นเรื่องที่น่ายินดีจนทำให้เขาทั้งสองไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย อีกทั้งกฎหมายคงไม่ประสงค์ให้ชายและหญิงต้องแบกรับภาระหน้าที่ ความกดดันและความยากลำบากในการดำเนินชีวิตอย่างมาก see J E Bickenbach, “Damages for Wrongful Conception : Doiron v Orr,” University of Western Ontario Law Review, Volume 18, pp.493-503 (1980)

³⁰¹ ศาลได้ตั้งข้อสังเกตเพิ่มเติมด้วยว่า ในกรณีที่เกิดเกิดขึ้นมามีร่างกายพิการหรือมีปัญหาสุขภาพร้ายแรง ศาลย่อมมีความชอบธรรมมากยิ่งขึ้นที่จะพิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กให้ชายและหญิง ตัวอย่างเช่น คดี Cherry v Borsman (1991) 75 DLR (4th) 668 ข้อเท็จจริงปรากฏว่าหญิงเข้ารับการผ่าตัดจากแพทย์ นอกจากแพทย์ทำแท้งโดยประมาทแล้วแพทย์ได้ยืนยันกับหญิงอีกด้วยการทำแท้งประสบความสำเร็จอย่างแน่นอน ภายหลังหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการซึ่งความพิการของเด็กเป็นผลโดยตรงมาจากความผิดพลาดในกระบวนการทำแท้ง ศาลจึงพิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติพร้อมทั้งค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่เพิ่มขึ้นจากความพิการของเด็กให้ชายและหญิง

ในปัญหาที่ว่ากรณีที่ศาลยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์จะส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจของเด็กในภายหลังหรือไม่ ศาลให้เหตุผลว่า

...การที่ศาลยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ไม่เป็นเหตุที่ทำให้เด็กรู้สึกว่าเป็นที่ต้องการหรือไม่เป็นที่รักของชายและหญิง เพราะภายหลังที่เด็กเจริญเติบโตจนมีวุฒิภาวะเพียงพอ เด็กย่อมเข้าใจว่าเหตุผลที่ศาลยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์นั้น เป็นการช่วยทำให้การดำเนินชีวิตของชาย หญิงและเด็กสามารถไปเป็นได้ตามปกติ อีกทั้งยังช่วยทำให้เด็กได้เจริญเติบโตขึ้นมามีชีวิตที่ดีและเป็นไปตามแนวทางที่เหมาะสม ... นอกจากนี้แม้ในช่วงต้นเด็กอาจได้รับผลกระทบทางจิตใจอยู่บ้าง แต่ในภายหลังเด็กย่อมเรียนรู้ได้ว่าชายและหญิงรักเด็กมากเพียงใด เพราะในความเป็นจริงชายและหญิงสามารถหลีกเลี่ยงภาระหน้าที่ที่ต้องให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็ก โดยที่หญิงสามารถเลือกที่จะเข้ารับการผ่าตัดแทนที่จะปล่อยให้เด็กเกิดขึ้นมามีชีวิต หรือชายและหญิงสามารถ

คดี Suite v Cooke³⁰² และคดี Wipfi v Britten³⁰³ ศาลเห็นว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก แต่ไม่สามารถเรียกได้เต็มจำนวนเพราะศาลต้องคำนึงถึงประโยชน์ที่ชายและหญิงได้รับจากการเกิดของเด็ก³⁰⁴ ในขณะที่คดี Kealey v Berezowski³⁰⁵ ศาลกำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมว่าชายและหญิงจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กต่อเมื่อการทำหมั้นหรือการทำแท้งมีขึ้นด้วยวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันภาระหน้าที่และผลกระทบทางการเงินเท่านั้น³⁰⁶

ในปี ค.ศ. 2008 ศาลสูงได้มีคำพิพากษาคดี Belivacqua v Altenkrik³⁰⁷ โดยศาลเลือกที่จะพิจารณาคดีตามคำพิพากษาคดี Cataford v Moreau โดยศาลยินยอมให้ชายและ

เลือกที่จะยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่น แต่ชายและหญิงก็เลือกที่จะให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กด้วยตนเอง...

³⁰² [1995] RJQ 2765, [1995] JQ No 696 (CA)

³⁰³ (1984), 13 DLR (4th) 169 (Brit. Col. CA)

³⁰⁴ ในกรณีที่ชายและหญิงได้รับเงินช่วยเหลือบางส่วนจากรัฐ การคิดคำนวณค่าเสียหายที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ศาลต้องนำเงินจำนวนดังกล่าวมาหักลบออกจากเงินที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์

³⁰⁵ 30 OR (Jd) 37, [1996] OJ No 2460 (Ont Gen Div) เช่นเดียวกับคดี Zimmer v Ringrose ข้อเท็จจริงปรากฏว่า นอกจากแพทย์ไม่ตรวจสอบผลการผ่าตัดทำหมั้นแล้วแพทย์ยังปฏิเสธที่จะตรวจสอบการตั้งครรภ์ให้กับหญิง การกระทำของแพทย์จึงเป็นเหตุทำให้หญิงเสียสิทธิที่จะเลือกเข้ารับการผ่าตัดทำหมั้นเป็นครั้งที่ 2 และเสียสิทธิที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้งเมื่อพบว่าตนตั้งครรภ์จากการผ่าตัดทำหมั้นที่ล้มเหลว ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ศาลเห็นว่าวัตถุประสงค์ของการเข้ารับการผ่าตัดทำหมั้นมีขึ้นเพื่อป้องกันภาระหน้าที่ทางการเงินและผลกระทบทางเศรษฐกิจ หญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

³⁰⁶ คดี Mummery v Olsson 102 ACWS (Jd) 815, [2001 J OJ No 226 (Ont SC.J.) และคดี MS v Baker 2001 ABQB 1032, 309 AR 1 ในการพิจารณาพิพากษาคดี แม้ศาลได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบกับแนวการปรับใช้กฎหมายของประเทศอังกฤษ ศาลเห็นว่าในกรณีที่การผ่าตัดทำหมั้นหรือการทำแท้งมีขึ้นด้วยวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันผลกระทบทางเศรษฐกิจ ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์ ในทางกลับกัน ถ้าการผ่าตัดทำหมั้นหรือการทำแท้งมีวัตถุประสงค์เป็นอย่างอื่น ชายและหญิงย่อมไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

³⁰⁷ [2004] BCJ No.1473

หญิงฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติ แต่ศาลตั้งข้อสังเกตว่าในปัจจุบันการปรับใช้กฎหมายของศาลยังไม่มีความชัดเจนแน่นอน³⁰⁸ เพราะในอนาคตแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลอาจเปลี่ยนแปลงไปดังเช่นที่ได้เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ แต่ไม่ว่าแนวการพิจารณาจะเปลี่ยนแปลงไปอย่างไรหญิงก็ยังคงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์³⁰⁹

1.2.5 ประเทศเยอรมนี

นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1970 เป็นต้นมานักวิชาการถกเถียงกันมาโดยตลอดว่าในกรณีที่มีความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นเหตุทำให้หญิงและชายให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ หญิงและชายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายหรือไม่³¹⁰ โดยการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ปรากฏขึ้นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1980 ในคดี BGH 18 March

³⁰⁸ แม้แนวทางการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในหลายมลรัฐของประเทศแคนาดาจะมีลักษณะคล้ายกับแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศอังกฤษ อย่างไรก็ตาม ศาลของหลายมลรัฐเห็นว่าการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ไม่ขัดต่อนโยบายสาธารณะศาลจึงยินยอมให้ชายและหญิงเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก ในขณะที่บางมลรัฐศาลเห็นว่าการคิดคำนวณค่าเสียหายที่เหมาะสมศาลต้องนำเอาประโยชน์ที่ชายและหญิงได้รับจากการให้กำเนิดบุตรมาหักลบออกจากความเสียหายที่เกิดขึ้น ชายและหญิงจึงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายสุทธิจากแพทย์ได้เท่านั้น

³⁰⁹ Mark Lunney and Ken Oliphant, *Tort Law : Text and Materials*. 3rd ed., (Oxford: Oxford University Press, 2008), p.137.

³¹⁰ ในประเทศเยอรมนี ในการพิจารณาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์หรือไม่ ศาลไม่คำนึงว่าเด็กที่เกิดขึ้นมามีชีวิตจะมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์หรือมีร่างกายพิการ เพราะไม่ว่าเด็กที่เกิดขึ้นมามีสุขภาพเช่นใดศาลก็มีคำพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เด็กมีร่างกายพิการหรือมีปัญหาสุขภาพตั้งแต่กำเนิด นอกจากชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติแล้ว ชายและหญิงยังมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่เพิ่มมากขึ้นกว่าปกติอีกด้วย see BGH, 22 November 1983, NJW 1984, 658. อย่างไรก็ตาม มีบางคดีที่ศาลพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเฉพาะที่เพิ่มมากขึ้นกว่าปกติเท่านั้น แต่ไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติ see BGH, 18 March 1980, NJW 1980, 1452.

1980³¹¹ ศาลพิจารณาว่าเมื่อชายและหญิงพยายามป้องกันการให้กำเนิดบุตรด้วยการเข้ารับการผ่าตัดทำหมันจากแพทย์ การที่แพทย์ผ่าตัดทำหมันโดยประมาท³¹² จนเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์หญิงและชายจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ โดยประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่ศาลจะต้องพิจารณามีดังนี้

³¹¹ (VI ZR 105/78), BGHZ 76, 249. ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ภายหลังจากที่หญิงให้กำเนิดบุตรคนที่ 3 หญิงไม่ประสงค์ที่จะตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรอีกต่อไป เพราะจำนวนสมาชิกที่เพิ่มมากขึ้นอาจส่งผลกระทบต่อสถานะทางเศรษฐกิจของครอบครัวอย่างร้ายแรง หญิงจึงป้องกันปัญหาดังกล่าวด้วยการเลือกเข้ารับการผ่าตัดทำหมันกับแพทย์ อย่างไรก็ตาม ในกระบวนการผ่าตัดทำหมัน แพทย์ผ่าตัดทำหมันโดยประมาทเป็นเหตุทำให้การผ่าตัดทำหมันไม่ประสบผลสำเร็จ เมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรฝาแฝดที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ หญิงและชายจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ see Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Reinhard Zimmermann and Bernhard A. Koch, *supra note 256*, pp.875-877.

³¹² BGH, 25 June 1985, NJW 1985, 2749. ในกรณีที่แพทย์สามารถพิสูจน์ได้ว่าแพทย์ได้ใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานการประกอบวิชาชีพแล้ว หรือในกรณีที่แพทย์สามารถพิสูจน์ได้ว่าการตั้งครรภ์ของหญิงเป็นเหตุสุดวิสัย แพทย์ไม่ต้องรับผิดชอบจากการที่ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์

ประการที่ 1 การที่หญิงตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายที่กฎหมายยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้หรือไม่ ซึ่งประเด็นนี้ศาลเห็นว่าการผ่าตัดทำหมันโดยประมาท เป็นการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้องตามวัตถุประสงค์ของสัญญาเข้ารับบริการทางการแพทย์³¹³ อีกทั้งยังเป็นการทำละเมิดต่อสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิงที่ต้องตั้งครรภ์

³¹³ ในประเทศเยอรมนีการให้บริการทางด้านสาธารณสุขเป็นบริการที่จัดทำโดยรัฐ แต่บริหารงานโดยภาคเอกชนโดยหน่วยงานที่ทำให้หน้าที่ให้บริการทางการแพทย์จะสัญญากับกองทุนของรัฐ รัฐจึงเป็นผู้รับผิดชอบและมีหน้าที่ให้ความคุ้มครองสิทธิผู้บริโภคทางการแพทย์โดยตรง โดยการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายและการระงับข้อพิพาทเป็นไปตามกฎหมายลักษณะสัญญา คู่ ธนโรจน์ หล่อธนะไพศาล, "การคุ้มครองสิทธิผู้บริโภคทางการแพทย์," วารสารกระบวนการยุติธรรม, ปีที่ 4, เล่มที่ 2, น.47 (เมษายน-มิถุนายน 2554). และดู Stauch, Marc S. "Medical Malpractice and Compensation in Germany," in Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective, eds Ken Oliphant and Richard W. Wright, (Germany: de Gruyter, 2013), pp.183-185.

นอกจากนี้ Basil Markesinis ได้ให้ความเห็นว่าในประเทศเยอรมนีกรณีที่มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางแพ่งประเภทใดมีปัญหาทางกฎหมายที่นักกฎหมายไม่สามารถแก้ไขได้ด้วยหลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิด นักกฎหมายจะพิจารณาระหว่างผู้เสียหายและผู้ทำละเมิดมีความสัมพันธ์ทางสัญญาต่อกันหรือไม่ เพราะในกรณีที่พบว่าผู้เสียหายและผู้ทำละเมิดมีความสัมพันธ์ทางสัญญาต่อกัน นักกฎหมายจะเลือกแก้ปัญหาด้วยการพิจารณาตามหลักความรับผิดทางสัญญาแทนการพิจารณาความรับผิดตามกฎหมายลักษณะละเมิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เป็น การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวกับการเกิด ไม่ว่าจะเป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ (Wrongful Pregnancy) การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) หรือการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต (Wrongful Life) ซึ่งปัจจุบันนักกฎหมายยังถกเถียงกันอยู่ว่าความผิดพลาดทางการแพทย์ในกรณีดังกล่าวเป็นการละเมิดต่อสิทธิประเภทใดของชาย หญิงและเด็ก เพื่อหลีกเลี่ยงความยากลำบากในการพิจารณาฐานแห่งสิทธิ การพิจารณาพิพากษาคดีว่าชาย หญิงและเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย ศาลจึงเลือกที่จะพิจารณาตามกฎหมายลักษณะสัญญา see B.S. Markesinis and H. Unberath, *supra note 5*, p.178.

แพทย์จึงต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก³¹⁴ พร้อมทั้งค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวกับการตั้งครรภ์ให้กับชายและหญิง³¹⁵ ตามหลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบตามสัญญา

ประการที่ 2 การยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ส่งผลกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กหรือไม่ โดยประเด็นนี้ศาลเห็นว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจากกระทำโดยประมาทของแพทย์ ไม่ได้หมายถึงการเกิดหรือชีวิตของเด็ก แต่ความเสียหายหมายถึงผลกระทบทางเศรษฐกิจและภาระหน้าที่ของชายและหญิงที่ต้องผูกพันตามกฎหมายที่ต้องให้การอุปการะเลี้ยงดูบุตร การที่ศาลจะยินยอมให้หญิงฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการ

³¹⁴ BGHZ 27 June 1995 NJW 1995,2407 ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ชายไม่ประสงค์ที่จะให้กำเนิดบุตรจึงเลือกเข้ารับการผ่าตัดทำหมัน ภายหลังจากการผ่าตัดทำหมันแพทย์ไม่ได้ให้ข้อมูลและไม่ได้แจ้งเตือนให้ชายทราบว่า การผ่าตัดทำหมันไม่ทำให้ความสามารถในการเจริญพันธุ์ของชายหมดลงทันที อีกทั้งแพทย์ไม่ได้แนะนำให้ชายหลีกเลี่ยงการมีเพศสัมพันธ์โดยไม่ป้องกันภายหลังที่ชายเข้ารับการผ่าตัดทำหมัน และไม่ได้แจ้งเตือนว่าการผ่าตัดทำหมันอาจไม่ประสบผลสำเร็จ ในการพิจารณาพิพากษาศาลเห็นว่า การที่แพทย์ดเว้นจากหน้าที่ในการให้ข้อมูลและการแจ้งเตือนให้ชายทราบถึงข้อมูลที่จำเป็น เป็นการรักษาพยาบาลที่ต่ำกว่ามาตรฐานในการประกอบวิชาชีพ การกระทำของแพทย์จึงเป็นการกระทำโดยประมาทและเป็นการที่แพทย์ชำระหนี้ตามสัญญาผ่าตัดทำหมันไม่ถูกต้อง ศาลจึงมีคำพิพากษาว่าชายและหญิงภรรยา มีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก นอกจากนี้ศาลมีคำพิพากษาอีกด้วยว่าแม้หญิงจะไม่ได้เป็นผู้สัญญาโดยตรงกับแพทย์ แต่เมื่อการตั้งครรภ์ของหญิงเป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ หญิงจึงเป็นบุคคลภายนอกผู้ได้รับประโยชน์จากสัญญา และเมื่อการตั้งครรภ์ส่งผลทำให้หญิงได้รับความเจ็บปวดทรมานและความไม่สะดวกสบายระหว่างตั้งครรภ์ หญิงจึงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายทางจิตใจ (*Körperverletzung*) จากแพทย์ได้อีกด้วย see Cees Van Dam, *European Tort Law*. 2nd ed., (Oxford: Oxford University Press, 2013), p.196. ; ในคดี BGH 8 July 2008 NJW 2008, 2846. ศาลมีคำพิพากษาว่าเมื่อแพทย์มีหน้าที่ให้ข้อมูลและแจ้งเตือนให้ผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมันทราบถึงโอกาสที่การผ่าตัดทำหมันอาจไม่ประสบผลสำเร็จ การที่แพทย์ละเลยต่อหน้าที่ดังกล่าวจึงเป็นการชำระหนี้ตามสัญญาผ่าตัดทำหมันไม่ถูกต้อง เมื่อชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ see Florian Wagner-von Papp and Jörg Fedtke, “Germany,” in *European Tort Law 2008*. eds. Helmut Koziol and Barbara C Steininger, (Germany : SpringerWienNewYork, 2009), pp.306-308.

³¹⁵ BGH, 18 March 1980, NJW 1980, 1452.

เลี้ยงดูเด็กจึงไม่ส่งผลกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็ก เพราะไม่มีขั้นตอนใดที่ศาลพิจารณาว่าการเกิดหรือชีวิตของเด็กเป็นความเสียหาย

นอกจากนี้ ศาลได้ให้เหตุผลเพิ่มเติมอีกด้วยว่าความรับผิดชอบทางแพ่งของแพทย์จำกัดอยู่เฉพาะในความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงอันเป็นผลกระทบบ้างมาจากการเกิดของเด็ก โดยผลกระทบเหล่านี้ชายและหญิงพยายามหลีกเลี่ยงด้วยการเข้ารับการผ่าตัดทำหมัน (Planungsschaden) หากการเกิดของเด็กส่งผลกระทบต่อฐานะทางเศรษฐกิจหรือทำให้เกิดภาระทางการเงิน เฉพาะฐานะทางเศรษฐกิจหรือผลกระทบทางการเงินเท่านั้นที่เป็นความเสียหาย ส่วนค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กหรือผลกระทบอื่นๆ ที่ไม่ได้เกี่ยวข้องและไม่ได้ส่งผลกระทบต่อฐานะทางเศรษฐกิจหรือผลกระทบทางการเงิน ค่าใช้จ่ายเหล่านั้นจึงไม่เป็นความเสียหายต่อชายและหญิง³¹⁶

ประการที่ 3 การยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นการขัดต่อกฎหมายลักษณะครอบครัวหรือไม่ เพราะเท่ากับศาลยินยอมให้มีการโอนหน้าที่ตามกฎหมายลักษณะครอบครัวของชายและหญิงให้เป็นหน้าที่ของแพทย์ซึ่งเป็นคนบุคคลภายนอก ในปัญหาดังกล่าวศาลให้เหตุผลว่า การที่ศาลยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายไม่เป็นการโอนหน้าที่ตามกฎหมายลักษณะครอบครัวไปให้แพทย์ เพราะหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรยังคงเป็นหน้าที่ของชายและหญิง นอกจากนี้ เมื่อไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติตามกฎหมายลักษณะครอบครัวมาตราใดกำหนดห้ามมิให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์ การที่ศาลยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจึงไม่เป็นการขัดต่อกฎหมายลักษณะครอบครัว

ประการที่ 4 การยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ส่งผลกระทบต่อจิตใจของเด็กหรือไม่ ในปัญหาข้อนี้ ศาลให้เหตุผลว่าการที่ศาลยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กไม่เพียงแต่ไม่ทำให้เด็กได้รับผลกระทบทางจิต แต่ยังช่วยส่งเสริมและรักษาความสัมพันธ์ภายในครอบครัวระหว่างชาย หญิง และเด็กให้ดีมากยิ่งขึ้น เพราะเมื่อชายและหญิงได้รับการเยียวยาจากแพทย์แล้ว การดำเนินชีวิตของชาย หญิง เด็กและสมาชิกภายในครอบครัวคนอื่นๆ ย่อมเป็นไปด้วยความราบรื่น อีกทั้งยังทำให้ชายและ

³¹⁶ Marc Stauch, The Law of Medical Negligence in England and Germany, (Portland : Hart Publishing, 2008), p.20. ; ในคดี BGH, 18 March 1980, NJW 1980, 1450 ศาลมีคำพิพากษาว่าชายและหญิงจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ต่อวัตถุประสงค์ของการผ่าตัดทำหมันหรือการทำแท้งมีขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหายที่อาจส่งผลกระทบต่อสถานะทางเศรษฐกิจของชายและหญิงเท่านั้น

หญิงสามารถใช้ชีวิตได้ตามปกติ แม้จะได้รับผลกระทบทางเศรษฐกิจอย่างมากจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์

ประการที่ 5 การตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายต่อสิทธิในร่างกายของหญิงหรือไม่ ในประเด็นนี้ศาลให้เหตุผลว่าแม้ตลอดระยะเวลาของการตั้งครรภ์ หญิงจะไม่ได้รับอันตรายต่อสุขภาพอย่างรุนแรงและการตั้งครรภ์ได้ดำเนินไปตามปกติ แต่การกระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้หญิงได้รับความเจ็บปวดทุกข์ทรมานและความไม่สะดวกสบายจากตั้งครรภ์ หญิงจึงมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินจากแพทย์ ในภายหลังในคดี BGH, 27 Nov 1984³¹⁷ และคดี BGH, 25 June 1985³¹⁸ ศาลได้พิพากษาว่าหญิงมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินจากการตั้งครรภ์และคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์

นอกจากนี้ ศาลพิจารณาคดีด้วยว่าไม่เพียงแต่หญิงเท่านั้นที่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน เพราะการที่ชายให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ย่อมเป็นความเสียหายต่อสิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเองของชายเช่นเดียวกัน ซึ่งสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ แม้ว่าชายจะไม่ได้เป็นผู้ตั้งครรภ์และคลอดบุตร ชายก็มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน

ประการที่ 6 บุคคลภายนอกที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญาโดยตรงกับแพทย์ มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญาด้วยหรือไม่ ในประเด็นปัญหานี้เกี่ยวข้องกับตัวบุคคลผู้มีอำนาจฟ้องเรียกค่าเสียหาย ซึ่งศาลให้เหตุผลว่าแม้สัญญาเข้ารับบริการทางการแพทย์จะเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นและมีผลผูกพันระหว่างแพทย์กับชายหรือหญิงที่เข้ารับบริการผ่าตัดทำหมันหรือเข้ารับการทำแท้ง แต่ด้วยลักษณะของสัญญาประเภทนี้ที่ไม่ได้มีเพียงวัตถุประสงค์และขอบเขตที่จะให้ความคุ้มครองเฉพาะชายหรือหญิงผู้เป็นคู่สัญญาเท่านั้น แต่ยังมีวัตถุประสงค์ที่ให้ความคุ้มครองถึงคู่สมรสของคู่สัญญาซึ่งเป็นบุคคลภายนอกสัญญาอีกด้วย ศาลจึงพิพากษาว่าแม้คู่สมรสอีกฝ่ายจะไม่ได้เป็นคู่สัญญาโดยตรงกับแพทย์ แต่คู่สมรสดังกล่าวก็ได้รับประโยชน์ตามสัญญาและมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการผิดสัญญาของแพทย์เช่นเดียวกัน จากแนวการปรับใช้กฎหมายดังกล่าวส่งผลทำให้หน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้ของแพทย์ไม่ได้มีอยู่เฉพาะกับชายหรือหญิงผู้เข้ารับ

³¹⁷ NJW 1985, 331

³¹⁸ NJW 1985, 2749

การรักษาพยาบาลเท่านั้น เพราะแพทย์มีหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้ต่อคู่สมรสของชายและหญิงอีกด้วย³¹⁹

อย่างไรก็ดี ชายและหญิงจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ต่อเมื่อวัตถุประสงค์ของการเข้ารับการผ่าตัดทำหมันหรือการทำแท้งมีขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงภาระหน้าที่และผลกระทบทางเศรษฐกิจเท่านั้น³²⁰ โดยความรับผิดชอบของแพทย์จำกัดอยู่

³¹⁹ BGH, 24 Nov 1983 VersR 1984, 393. ; คดี BGHZ 27 June 1995 NJW 1995, 2407 ข้อเท็จจริงปรากฏว่าชายเป็นผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมัน มีปัญหาเข้าสู่การพิจารณาของศาลว่าเมื่อหญิงไม่ได้เป็นผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมันโดยตรงกับแพทย์แต่หญิงเป็นผู้ตั้งครรภ์และคลอดบุตรหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ได้หรือไม่ ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลมีคำพิพากษาว่าการที่หญิงไม่ได้เป็นผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมันโดยตรงไม่เป็นเหตุทำให้หญิงเสียสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ เพราะแพทย์สามารถคาดเห็นได้ว่าในกรณีที่แพทย์ผ่าตัดทำหมันโดยประมาณหากชายและหญิงมีเพศสัมพันธ์โดยไม่ป้องกันหญิงย่อมมีโอกาสที่จะตั้งครรภ์ โดยการตั้งครรภ์ย่อมเป็นเหตุทำให้หญิงได้รับความเสียหายต่อสิทธิในร่างกายและอนามัยของหญิง แม้การตั้งครรภ์และคลอดบุตรเป็นกระบวนการธรรมชาติ กล่าวคือ เป็นผลมาจากการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างชายกับหญิง แต่การที่ชายและหญิงมีเพศสัมพันธ์โดยไม่ป้องกันไม่เป็นเหตุแทรกแซงที่เกิดจากการกระทำของชายและหญิงและไม่ส่งผลทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลยุติลง เพราะในกรณีที่แพทย์ไม่ประมาณชายและหญิงสามารถหลีกเลี่ยงและป้องกันการตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ได้ ; ในปี ค.ศ. 2007 คดี BGH 14 November 2006 IZR 48/06 VersR 2007,109 ศาลมีคำพิพากษาว่าในกรณีที่หญิงเป็นผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมันแม้ชายสามีของหญิงจะไม่ได้จดทะเบียนสมรสกับหญิง แต่ชายก็เป็นบุคคลภายนอกที่ได้รับประโยชน์จากสัญญาเช่นเดียวกับชายที่จดทะเบียนสมรสกับหญิง ชายจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการที่แพทย์ชำระหนี้ตามสัญญาผ่าตัดทำหมันไม่ถูกต้อง see Franz Michael Petry, "Medical Liability in Germany," in *Medical Liability in Europe : A Comparison of Selected Jurisdictions.*, ed. Bernhard A Koch, (Germany : De Gruyter, 2011), p.279.

³²⁰ คดี BGH, 25 June 1985 NJW 1985, 2749. หญิงเข้ารับการทำให้แท้งกับแพทย์ โดยการทำให้แท้งมีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการเท่านั้น แต่ไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงผลกระทบต่อสถานะทางเศรษฐกิจแต่อย่างใด เมื่อเด็กที่เกิดขึ้นมาจากความผิดพลาดในกระบวนการผ่าตัดทำหมันมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ หญิงจึงไม่ได้รับความเสียหายจากความ

เฉพาะแต่เพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงและเป็นผลกระทบมาจากการเกิดของเด็ก ดังนั้น ถ้าการเกิดของเด็กไม่ส่งผลกระทบต่อสถานะทางเศรษฐกิจ³²¹ ชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์³²²

แม้ชายและหญิงจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์แต่จำนวนค่าเสียหายที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ย่อมแตกต่างกันไปตามข้อเท็จจริงและสภาพของครอบครัว นอกจากนี้ ศาลยังมีหน้าที่พิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการเข้ารับการผ่าตัดทำหมันหรือการทำแท้งว่าชายและหญิงต้องการหลีกเลี่ยงภาระหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรทั้งหมดหรือเฉพาะแต่ส่วนที่อาจส่งผลกระทบต่อการดำเนินชีวิตเท่านั้น ยิ่งไปกว่านั้น จำนวนค่าเสียหายที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องยังขึ้นอยู่กับลักษณะการให้การอุปการะเลี้ยงดูของแต่ละครอบครัว ทั้งนี้จำกัดอยู่เฉพาะแต่เท่าที่จำเป็นเพื่อให้เด็กสามารถมีชีวิตตามฐานะนุรูปเท่านั้น หากใช้ว่าชายและหญิงจะมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กได้ตามความต้องการและเรียกได้เต็มจำนวนทุกกรณี ไม่เช่นนั้นแล้วอาจเป็นเหตุทำให้แพทย์ต้องรับผิดชอบมากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้น ดังนั้น จากแนวการปรับใช้กฎหมายของศาลในลักษณะดังกล่าว ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่ชายและหญิงในแต่ละคดีมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์จึงแตกต่างกัน³²³ อนึ่ง มีข้อควรสังเกตว่าในกรณีที่การให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นผลมาจากการทำแท้งที่ผิดพลาด เมื่อการเข้ารับการผ่าตัดทำแท้งไม่ได้มีเพียงวัตถุประสงค์ที่จะหลีกเลี่ยงผลกระทบทางเศรษฐกิจและภาระทางการเงินจากการให้กำเนิดบุตรเท่านั้น แต่หญิงและชายมีความประสงค์ที่จะหลีกเลี่ยงภาระหน้าที่ในการอุปการะและเลี้ยงดูบุตรที่อาจเป็นผลมาจากการเกิดของเด็กทั้งหมด ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติเต็มจำนวน³²⁴

ผิดพลาดทางการแพทย์ see B.S. Markesinis and H. Unberath, *supra note 5*, pp.195-196. ; Marc Stauch, *supra note 316*, pp.21-22.

³²¹ คดี BGH 9 July 1985 VI ZR 247/78 ศาลมีคำพิพากษาว่า แม้การทำแท้งมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการและป้องกันผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับสถานะทางเศรษฐกิจ แต่เมื่อภายหลังที่หญิงให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ สถานะทางเศรษฐกิจของชายและหญิงดีขึ้นแล้ว การเกิดของเด็กจึงไม่ส่งผลกระทบต่อสถานะทางเศรษฐกิจของชายและหญิง ชายและหญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

³²² Marc Stauch, *supra note 316*, p.20.

³²³ Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Reinhard Zimmermann and Bernhard A. Koch, *supra note 256*, pp.875-877.

³²⁴ BGH, 18 Jan 1983 (VI ZR 114/81) BGHZ 86, 240

สำหรับปัญหาที่ว่าหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน (*Schmerzensgeld*) จากการตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์หรือไม่นั้น ศาลเห็นว่า เมื่อการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นผลโดยตรงมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการละเมิดต่อสิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเองและสิทธิในการดำเนินชีวิตอย่างอิสระซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ หญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจจากแพทย์ แม้เป็นการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมาย ลักษณะสัญญาก็ตาม³²⁵

บางครั้งการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นผลมาจากความผิดพลาดของแพทย์ที่ไม่ได้แจ้งเตือนถึงความเสี่ยงและโอกาสที่การผ่าตัดทำหมันอาจไม่ประสบผลสำเร็จ ทำให้เกิดปัญหาทางกฎหมายว่า เมื่อพิจารณาจากมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพของแพทย์ แพทย์มีหน้าที่แจ้งเตือนถึงโอกาสเสี่ยงและโอกาสที่การผ่าตัดทำหมันหรือการทำแท้งอาจไม่ประสบผลสำเร็จหรือไม่

ปัญหาดังกล่าวปรากฏขึ้นในคดี BGH 8 July 2008³²⁶ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า แพทย์แจ้งให้หญิงทราบว่ามีโอกาสร้อยละ 0.1 ที่หญิงอาจตั้งครรภ์ภายหลังเข้ารับการผ่าตัดทำหมัน อย่างไรก็ตาม ศาลพิจารณาว่าแพทย์ไม่ได้มีเพียงหน้าที่แจ้งเตือนโอกาสที่การผ่าตัดทำหมันอาจไม่ประสบผลสำเร็จเท่านั้น แต่แพทย์ยังมีหน้าที่ให้คำแนะนำเกี่ยวกับวิธีการคุมกำเนิดอื่นๆ ตลอดจนการแนะนำถึงประสิทธิภาพของการคุมกำเนิดแต่ละวิธี เพื่อให้หญิงสามารถเลือกวิธีการคุมกำเนิดอื่นๆ ที่เหมาะสมและเพื่อทำให้โอกาสในการตั้งครรภ์ของหญิงลดลงมากที่สุดเท่าที่สามารถเป็นไปได้ การที่แพทย์แจ้งเตือนเฉพาะโอกาสที่การผ่าตัดทำหมันไม่ประสบผลสำเร็จ แต่ไม่ได้แนะนำวิธีการคุมกำเนิด จึงเป็นกรณีที่แพทย์ให้การรักษายาบาลต่ำกว่ามาตรฐานในการประกอบวิชาชีพ

ในคดีข้างต้นมีปัญหาทางกฎหมายที่ศาลจำเป็นต้องพิจารณาดังนี้

ประการที่ 1 ศาลสูงเห็นว่าการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายตามกฎหมาย นอกจากนี้แม้ว่าสัญญาเข้ารับการผ่าตัดทำหมันเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นจากข้อตกลงระหว่างหญิงกับแพทย์เท่านั้น แต่เมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของสัญญาแล้ว พบว่าชายสามีของหญิงเป็นบุคคลภายนอกที่ได้รับประโยชน์จากสัญญาเช่นเดียวกัน ศาลสูงจึงพิพากษาว่า

³²⁵ BGH, 27 Nov 1984 NJW 1985,331 ; BGH, 25 June 1985 NJW 1985, 2749.

³²⁶ NJW 2008, 2846. see Florian Wagner-von Papp and Jörg Fedtke, *supra* note 314, pp.306-308.

หญิงคู่สัญญาและชายบุคคลภายนอกมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ได้ตามกฎหมายลักษณะสัญญา

ประการที่ 2 แม้พยานผู้เชี่ยวชาญ (แพทย์) ที่ศาลเป็นฝ่ายเรียกเข้ามาในคดี แสดงความเห็นว่าการผ่าตัดทำหมันที่ไม่ประสบผลสำเร็จไม่ได้เกิดขึ้นจากกระทำโดยประมาทของแพทย์ แต่ศาลสูงเห็นว่าความเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญคนดังกล่าวไม่มีน้ำหนักเพียงพอที่จะแสดงให้เห็นว่าแพทย์ไม่ได้ผ่าตัดทำหมันโดยประมาท เพราะศาลพบว่าบ่อยครั้งที่แพทย์จะแสดงความเห็นเพื่อปกป้องฝ่ายเดียวกัน เมื่อพยานแพทย์ผู้เชี่ยวชาญฝ่ายชายและหญิงให้ความเห็นว่าการตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นผลมาจากความผิดพลาดของแพทย์ ศาลเห็นว่าพยานผู้เชี่ยวชาญของชายและหญิงมีน้ำหนักเพียงพอที่จะทำให้ศาลเชื่อได้ว่าแพทย์ได้ทำการผ่าตัดทำหมันโดยประมาท

ประการที่ 3 ศาลเห็นว่านอกจากหน้าที่ในการแจ้งเตือนว่าการผ่าตัดทำหมันอาจไม่ประสบผลสำเร็จ แพทย์ยังมีหน้าที่แนะนำวิธีการคุมกำเนิดตลอดจนต้องอธิบายถึงประสิทธิภาพของการคุมกำเนิดแต่ละวิธีอีกด้วย การที่แพทย์ละเลยต่อหน้าที่ดังกล่าวจึงเป็นการให้การรักษาพยาบาลที่ต่ำกว่ามาตรฐานในการประกอบวิชาชีพ

นอกจากนี้ยังมีปัญหาที่ต้องพิจารณาอีกด้วยว่าการที่หญิงไม่ยอมรับประทานยาคุมกำเนิดภายหลังที่มีเพศสัมพันธ์เป็นเหตุแทรกแซงที่เกิดขึ้นจากการกระทำของหญิงหรือไม่ ในปัญหาดังกล่าวศาลให้เหตุผลว่า การที่หญิงไม่เลือกที่จะรับประทานยาคุมกำเนิดเป็นเพราะแพทย์แจ้งอัตราเสี่ยงที่การผ่าตัดทำหมันอาจไม่ประสบผลสำเร็จต่ำกว่าความเป็นจริง ทั้งนี้ ในกรณีที่แพทย์ให้ข้อมูลและแจ้งเตือนอัตราเสี่ยงที่ถูกต้อง หญิงจะตระหนักถึงความสำคัญของการรับประทานยาคุมกำเนิดภายหลังที่มีเพศสัมพันธ์ ด้วยเหตุดังกล่าวศาลจึงพิจารณาว่าการที่หญิงไม่รับประทานยาคุมกำเนิดไม่เป็นเหตุแทรกแซงที่ทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลขาดตอนลง หญิงและชายสามีจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์³²⁷

ในกรณีการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นผลมาจากความผิดพลาดในกระบวนการทำแท้ง ศาลได้วางแนวการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ว่าชายและหญิงจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียก

³²⁷ ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลชั้นต้น ศาลมีคำพิพากษายกฟ้องของชายและหญิงด้วยเหตุผลดังนี้ ประการที่ 1 หญิงไม่สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่าการตั้งครรภ์เป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ ประการที่ 2 แม้หญิงจะทราบถึงโอกาสที่การผ่าตัดทำหมันอาจไม่ประสบผลสำเร็จ แต่หญิงก็ให้ความยินยอมกับแพทย์เพื่อให้แพทย์ทำการผ่าตัดทำหมัน

ค่าเสียหายต่อเมื่อหญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น³²⁸ ในกรณีที่หญิงไม่มีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง แม้แพทย์ทำแท้งโดยประมาทจนเป็นเหตุทำให้การทำแท้งไม่ประสบผลสำเร็จ แต่เมื่อสัญญาเข้ารับการทำแท้งมีวัตถุประสงค์ต้องห้ามขัดแย้งตามกฎหมาย หญิงและชายสามียอมไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์³²⁹ ซึ่งมีตัวอย่างคำพิพากษาดังนี้

คดี BGH, 18 Jan 1983³³⁰ หญิงเข้ารับการทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมาย (§218 a StGB) แต่แพทย์ทำแท้งโดยประมาทเป็นเหตุทำให้การทำแท้งไม่ประสบผลสำเร็จ ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ศาลให้เหตุผลว่าวัตถุประสงค์ในการเข้ารับการทำแท้งคือความพยายามที่จะหลีกเลี่ยงจากภาระหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรทั้งปวง ไม่ได้เป็นเพียงความพยายามในการหลีกเลี่ยงผลกระทบทางการเงินที่เป็นผลตามมาจากกาเนิดของเด็กเท่านั้น ชายและหญิงจึงมีสิทธิเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเต็มจำนวน

คดี BGH, 27 Nov 1984³³¹ ภายหลังจากที่หญิงพบว่าทารกในครรภ์มีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง หญิงเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่มีร่างกายพิการแต่แพทย์ทำแท้งโดยประมาท เมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการหญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ศาลพิจารณาว่าเมื่อแพทย์ทราบตั้งแต่ต้นว่าเหตุที่หญิงประสงค์ที่จะเข้ารับการทำแท้งเนื่องมาจากทารกในครรภ์มีร่างกายพิการ ด้วยเหตุดังกล่าวแพทย์จึงคาดเห็นได้ว่าในกรณีที่แพทย์ทำแท้งโดยประมาทยอมเป็นเหตุทำให้หญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการ ทั้งนี้ แม้หญิงจะไม่ยินยอมเข้ารับการทำแท้งเป็นครั้งที่ 2 การกระทำของหญิงก็ไม่เป็นการผิดหน้าที่ในการเยียวยาความเสียหาย

³²⁸ BGH, 25 June 1985 NJW 1985, 2749. ศาลมีคำพิพากษาว่า ในกรณีที่หญิงเข้ารับการทำแท้งเพื่อป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการ หากแพทย์ทำแท้งโดยประมาทแต่เด็กที่เกิดขึ้นมา มีชีวิตมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ หญิงยอมไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์เพราะเหตุที่ว่าการเกิดของเด็กที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ไม่เป็นความเสียหายต่อหญิง see B.S. Markesinis and H. Unberath, *supra note 5*, pp.195-196.

³²⁹ BGH, 28 March 1995, NJW 1995, 1609. เมื่อหญิงไม่มีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย แม้แพทย์จะทำแท้งโดยประมาทจนเป็นเหตุทำให้การทำแท้งไม่ประสบผลสำเร็จและเป็นเหตุทำให้หญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ หญิงก็ไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากการกระทำที่ผิดกฎหมาย see B.S. Markesinis and H. Unberath, *ibid.*, pp.192-194.

³³⁰ (VI ZR 114/81) BGHZ 86, 240

³³¹ NJW 1985,331

หญิงและชายสามียังคงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติและค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับความพิการของเด็ก³³²

เมื่อแนวทางการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศเยอรมนีแตกต่างจากแนวทางการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศอื่นๆ อาทิ ประเทศฝรั่งเศส และในบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ทำให้การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นหนึ่งในรูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่มีการถกเถียงกันอย่างมากรจนกระทั่งทำให้ศาลยุติธรรมกับองค์คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีความเห็นที่แตกต่าง เพราะศาลยุติธรรมเห็นว่าการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายตามกฎหมาย ในขณะที่องค์คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าแม้การให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายตามกฎหมาย แต่กฎหมายก็ไม่อาจยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ เนื่องจากการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายดังกล่าวเป็นการลดคุณค่าและเป็นการทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ข้อพิพาทระหว่างศาลยุติธรรมกับองค์คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคณะที่ 2 (Second Senate of the Constitutional Court) ปรากฏขึ้นในคำวินิจฉัยที่ BVerfG, 28 May 1993³³³ โดยเป็นการถกเถียงกันถึงความชอบด้วยกฎหมายของคำพิพากษาของศาลยุติธรรมที่ว่า การที่ศาลยุติธรรมยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์มาเป็นเวลานานกว่า 10 ปี เท่ากับศาลยุติธรรมพิจารณาว่าการเกิดและชีวิตของมนุษย์เป็นความเสียหายตามกฎหมาย ด้วยการพิจารณาในลักษณะดังกล่าวยอมทำให้คำพิพากษาของศาลยุติธรรมขัดแย้งต่อหลักกฎหมายพื้นฐานว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยองค์คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้ให้ความเห็นไว้ดังนี้

...แม้โดยปกติแพทย์มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เป็นผลมาจากการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้อง และในกรณีของสัญญาเข้ารับการทำแท้ง เมื่อแพทย์ทำแท้งโดยประมาทจนเป็นเหตุทำให้การทำแท้งไม่ประสบผลสำเร็จ แพทย์ย่อมมีหน้าที่รับผิดชอบในความเสียหายทั้งปวงที่เป็นผลมาจากการทำแท้งที่ไม่ประสบผลสำเร็จ อันประกอบไปด้วยค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน ตลอดจนความเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ โดยไม่คำนึงว่าเด็กมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์หรือมีร่างกายพิการ

³³² Walter Van Gerven, Jeremy Lever and Pierre Larouche, *supra note 240*, p.82.

³³³ NJW 1993, 1751. ; Nigel G. Foster and Satish Sule, German Legal System and Laws, (Oxford : Oxford University Press, 2011), pp.237-238. ; Basil Markesinis and Hannes Unberath, *supra note 5*, pp.48-49.

อย่างไรก็ดี เมื่อรัฐธรรมนูญมาตรา 1 ได้กำหนดให้ความคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ กฎหมายจึงไม่อาจยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ เพราะประชาชนทุกคนตลอดจนหน่วยงานของรัฐทุกภาคส่วนมีหน้าที่ให้ความเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็ก เพราะถ้าศาลยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในลักษณะดังกล่าวเท่ากับศาลได้พิจารณาแล้วว่าชีวิตของเด็กมีคุณค่าเสมอกับสิ่งของที่อาจพิจารณาได้ว่าเป็นความเสียหายตามกฎหมาย ด้วยเหตุนี้เอง องค์คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีความเห็นตรงกันว่า ศาลยุติธรรมควรพิจารณาแนวการปรับใช้กฎหมายและแนวการพิจารณาพิพากษาคดีเสียใหม่ และไม่ควรมินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์

อย่างไรก็ตาม ความเห็นขององค์คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิของเด็กที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย หากการทำแท้งโดยประมาทเป็นเหตุทำให้เด็กได้รับอันตรายหรือต้องพิการ เพราะในกรณีดังกล่าวการทำแท้งโดยประมาทของแพทย์เป็นการทำละเมิดต่อสิทธิของเด็กโดยตรง เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิด แม้ว่าการทำละเมิดจะเกิดขึ้นก่อนที่เด็กมีสภาพบุคคลตามกฎหมาย...³³⁴

จากความเห็นขององค์คณะตุลาการคณะที่ 2 ข้างต้น สามารถสรุปได้ว่า องค์คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่าคำพิพากษาของศาลยุติธรรมขัดแย้งต่อหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ อีกทั้งเสนอให้ศาลยุติธรรมทบทวนแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของตนเสียใหม่ ตลอดจนให้ศาลยุติธรรมปรับเปลี่ยนแนวการพิจารณาพิพากษาคดี โดยห้ามมิให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ เพราะการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 1³³⁵ แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ก็ตาม³³⁶

³³⁴ Walter Van Gerven, Jeremy Lever and Pierre Larouche, *supra note 240*, p. 8 2 . ; Stefanie Samland, “ Rights of parents and child in cases of " wrongful conception/ life/ birth" in Germany and France,” (retrieved on 30 October 2015)from <http://www.jurawelt.com/sunrise/media/mediafiles/14143/wrongful-life-presentation.pdf>

³³⁵ BverfG 28 May 1993, BverfGE 88, 203, 296 = NJW 1993, 1751.

³³⁶ อย่างไรก็ดี คำวินิจฉัยขององค์คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีผลกระทบต่อกรฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำแท้งที่ผิดพลาดเท่านั้น เพราะในกรณีที่การให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์

ในปีเดียวกันการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ ที่เกี่ยวกับกระบวนการเกิดได้เกิดเป็นคดีความขึ้นอีกครั้ง ปรากฏในคดี BGH, 16 November 1993³³⁷ ภายหลังจากศาลยุติธรรมได้ทบทวนแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในคดีอื่นๆ ศาลยุติธรรมยังคงเลือกที่จะยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดของเด็ก³³⁸ เพราะศาลเห็นว่าการที่ศาลพิจารณาว่าหญิงและชายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์หรือไม่นั้น ศาลไม่ได้พิจารณาว่าการเกิดหรือชีวิตของเด็กเป็นความเสียหายตามกฎหมาย ศาลพิจารณาเพียงว่า ภาระหน้าที่ทางการเงินและผลกระทบทางเศรษฐกิจที่หญิงและชายพยายามหลีกเลี่ยงด้วยการเลือกเข้ารับบริการทางการแพทย์เป็นความเสียหายตามกฎหมาย และเป็นความเสียหายที่เป็นผลมาจากการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้องหรือไม่³³⁹ หากได้ความว่าความเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึง

เป็นผลมาจากการผ่าตัดทำหมันโดยผิดพลาด ศาลยังคงเห็นว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ see Basil Markesinis and Hannes Unberath, *supra note 5*, p.196.

³³⁷ BGH 16 November 1993, BGHZ 124, 128 = NJW 1994, 788 = VersR 1994, 425. ข้อเท็จจริงปรากฏว่าชายและหญิงเข้ารับการตรวจสุขภาพก่อนตั้งครรภ์และเข้ารับการตรวจความผิดปกติทางพันธุกรรมเพื่อป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่มีความเสี่ยงว่าจะพิการหรือเป็นโรคทางพันธุกรรม แต่ในกระบวนการดังกล่าวแพทย์ทำการตรวจด้วยความประมาททำให้ชายและหญิงไม่ถึงโอกาสที่ชายและหญิงอาจให้กำเนิดบุตรที่พิการ และเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงไม่สามารถป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการ เมื่อชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการชายและหญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลมีคำพิพากษาว่าในกรณีนี้แพทย์ทำการตรวจด้วยความระมัดระวัง ชายและหญิงย่อมมีโอกาสที่จะหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการ การที่ชายและหญิงต้องให้กำเนิดบุตรที่พิการจึงเป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

³³⁸ Cees Van Dam, *supra note 314*, p.194.

³³⁹ ศาลให้เหตุผลว่า

...ความสัมพันธ์ตามสัญญาเข้ารับบริการทางการแพทย์ของชายหญิงและแพทย์มีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยให้ชายและหญิงหลีกเลี่ยงจากภาระหน้าที่และผลกระทบทางเศรษฐกิจที่อาจเกิดขึ้นจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ เมื่อภาระหน้าที่ในการเลี้ยงดูเด็ก ผลกระทบทางเศรษฐกิจและค่าใช้จ่ายเป็นผลมาจากการชำระหนี้ไม่ถูกต้องของแพทย์ทำให้เกิดหรือการมีชีวิตของเด็ก ความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดของแพทย์จึงเป็นเพียงความเสียหายทางเศรษฐกิจประเภทหนึ่งเท่านั้น การที่ศาลมี

ประสงค์เป็นความเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ การที่ศาลไม่ยินยอมให้หญิงและชายฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ย่อมเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบจากการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้อง ด้วยเหตุดังกล่าวการที่ศาลยินยอมให้หญิงและชายฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์จึงไม่ส่งผลกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็ก³⁴⁰

นอกจากนี้ ศาลให้เหตุผลเพิ่มเติมอีกด้วยว่า ในกรณีที่เด็กเกิดขึ้นมา มีร่างกายพิการ นอกจากชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติแล้ว ชายและหญิงยังมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับความพิการและปัญหาสุขภาพของเด็กอีกด้วย โดยสิทธิเรียกร้องดังกล่าวมีอยู่จนกว่าเด็กถึงแก่ความตาย³⁴¹

ในปี ค.ศ. 1997 องค์คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคณะที่ 1 ได้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำพิพากษาของศาลยุติธรรมที่ยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์อีกครั้ง ปรากฏในคำวินิจฉัย BVerfG, 12 November 1997³⁴² การพิจารณาครั้งนี้ องค์คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคณะที่ 1 (First Senate of Constitutional Court) ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยขององค์คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคณะที่ 2 โดยให้เหตุผลว่า ในความเป็นจริงแล้วการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ไม่ได้เป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดของมนุษย์ กล่าวคือ ไม่ได้เป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่มีการกล่าวอ้างว่าชีวิตของเด็กเป็นความเสียหายตามกฎหมาย แต่การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นเพียงการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการที่แพทย์ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้เท่านั้น โดยการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้องของแพทย์เป็นเหตุทำให้เกิดภาระทางการเงินและผลกระทบทางเศรษฐกิจกับชายและหญิง การที่องค์คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคณะที่ 2 ไม่แยกความแตกต่างระหว่างการเกิดหรือการมีชีวิตของเด็ก กับภาระทางการเงินและผลกระทบทางเศรษฐกิจ จึงทำให้องค์คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคณะที่ 2 เข้าใจว่าการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจาก

คำพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์จึงไม่ได้หมายความว่าศาลพิจารณาว่าการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหาย อีกทั้งไม่ได้พิจารณาว่าการเกิดหรือการมีชีวิตของเด็กเป็นความเสียหาย คำพิพากษาของศาลจึงไม่กระทบต่อคุณค่าและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กแต่อย่างใด...

³⁴⁰ BGH 16 November 1993, BGHZ 124, 128 = NJW 1994, 788 = VersR 1994, 425.

³⁴¹ B.S. Markesinis and H. Unberath, *supra note 5*, pp.170-171.

³⁴² NJW 1998, 519

การเกิดหรือชีวิตของเด็ก อีกทั้งทำให้องค์คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคณะที่ 2 เข้าใจว่าการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ขัดต่อหลักกฎหมายพื้นฐานที่ให้ความสำคัญคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

เมื่อองค์คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคณะที่ 1 เห็นว่าการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่ไม่พึงประสงค์เป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากภาระทางการเงินและผลกระทบทางเศรษฐกิจ คำพิพากษาของศาลยุติธรรมจึงไม่ขัดต่อหลักการว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และไม่ขัดต่อหลักการพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ³⁴³ อย่างไรก็ดี ในกรณีของการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำแท้งที่ผิดพลาด หญิงต้องแสดงให้เห็นว่าหญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย หากความเสียหายเป็นผลมาจากการทำแท้งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หญิงและชายย่อมไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความเสียหายที่ตนมีส่วนกระทำความผิด³⁴⁴

จากแนวทางการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศเยอรมนีเห็นได้ว่าการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์อาจเป็นผลมาจากความผิดพลาดในกระบวนการผ่าตัดทำหมันหรือการทำแท้ง แต่ชายและหญิงจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ต่อเมื่อการผ่าตัดทำหมันหรือการทำแท้งมีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงภาระทางการเงินและผลกระทบทางเศรษฐกิจเท่านั้น³⁴⁵ ในกรณีที่การผ่าตัดทำหมันหรือการทำแท้งมีวัตถุประสงค์เป็นประการอื่น อาทิ เพื่อหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือหลีกเลี่ยงปัญหาสุขภาพของหญิง ถ้าเด็กเกิดขึ้นมา มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ การให้กำเนิดบุตรของชายและหญิงจึงไม่ใช่การให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์อีกต่อไป นอกจากนี้ ในกรณีที่เป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดในการทำแท้ง ชายและหญิงจะมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายได้ต่อเมื่อ ความเสียหายเป็นผลมาจากการทำแท้งที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น³⁴⁶ เพราะไม่เช่นนั้นแล้ว สัญญาเข้ารับการทำแท้งย่อมมีวัตถุประสงค์ประสงค์ที่ต้องห้ามตามกฎหมาย

³⁴³ BverfG 12 November 1997, NJW 1998, 519. ; Walter Van Gerven, Jeremy Lever and Pierre Larouche, *supra note 240*, p.83. ; B.S. Markesinis and H. Unberath, *supra note 5*, pp.171-178.

³⁴⁴ BGH, 28 March 1995, NJW 1995, 1609.

³⁴⁵ Marc Stauch, *supra note 316*, pp.21-22.

³⁴⁶ BGH NJW 1985, 2479 ; BGH NJW 2000 1782.

1.2.6 ประเทศฝรั่งเศส

ในประเทศฝรั่งเศส คดีความที่เป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์พบได้ไม่มากเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศอื่นๆ เนื่องจากศาลสูงได้วางแนวการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ว่า การให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ไม่เป็นความเสียหายตามกฎหมาย³⁴⁷ การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ปรากฏครั้งแรกในปี ค.ศ. 1982 ซึ่งเป็นกรณีที่แพทย์ในโรงพยาบาลของรัฐทำแท้งให้กับหญิงโดยประมาท ศาลปกครอง³⁴⁸ พิจารณาว่า เมื่อการเกิดของเด็กไม่เป็นความเสียหายตามกฎหมาย หญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ นอกจากนี้ในปี ค.ศ. 1991 เป็นกรณีที่แพทย์ในโรงพยาบาลเอกชนทำแท้งโดยประมาท ศาลยุติธรรม (Cour de cassation)³⁴⁹ ได้ศึกษาเปรียบเทียบกับแนวทางการปรับใช้กฎหมายของศาลปกครองและพิพากษาว่าการเกิดของเด็กไม่เป็นความเสียหายตามกฎหมายเช่นเดียวกัน

³⁴⁷ Eva Steiner, *French Law: A Comparative Approach*, (Oxford, New York : Oxford University Press, 2010), pp.356-357. ; Basil Markesinis and Hannes Unberath, *supra note 5*, p.201. ; Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Reinhard Zimmermann and Bernhard A. Koch, *supra note 256*, pp.880-881. ; Cees Van Dam, *supra note 314*, p.194.

³⁴⁸ Conseil d'État , 2 July 1982 No 23141 ข้อเท็จจริงปรากฏว่า หญิงเข้ารับการแท้งในโรงพยาบาลของรัฐ แต่แพทย์ทำแท้งโดยประมาทเป็นเหตุทำให้การทำแท้งไม่ประสบผลสำเร็จ ศาลปกครองมีคำพิพากษาว่า แม้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้งในกรณีที่แพทย์ใช้ความระมัดระวังในการทำแท้ง การทำแท้งย่อมต้องประสบผลสำเร็จซึ่งหญิงก็ไม่ต้องให้กำเนิดบุตร อย่างไรก็ตาม ศาลเห็นว่าเมื่อเด็กเกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ การเกิดของเด็กจึงไม่เป็นความเสียหายตามกฎหมาย see Suzanne Carval and Ruth Sefton-Green, “ Medical Liability in France,” in *Medical Liability in Europe : A Comparison of Selected Jurisdictions.*, ed. Bernhard A Koch, (Germany : De Gruyter, 2011), pp.211-212.

³⁴⁹ Cass. Civ. Ire, 25 June 1991 ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ภายหลังจากที่แพทย์ทำแท้งให้กับหญิง แพทย์ไม่ได้ตรวจสอบและติดตามผลการทำแท้ง ทำให้หญิงไม่ทราบว่ากรการทำแท้งไม่ประสบผลสำเร็จและไม่สามารถเลือกที่จะเข้ารับการแท้งเป็นครั้งที่สอง see Walter Van Gerven, Jeremy Lever and Pierre Larouche, *supra note 240*, p.115.

อย่างไรก็ตาม ศาลกำหนดช้อยกเว้นไว้ว่า การเกิดของเด็กจะเป็นความเสียหายตามกฎหมายต่อเมื่อการเกิดของเด็กส่งผลกระทบต่อสุขภาพจิตของหญิงอย่างร้ายแรง³⁵⁰ หรือส่งผลกระทบต่อสถานะทางเศรษฐกิจหรือภาระหน้าที่ทางการเงินของครอบครัว อาทิ ความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นเหตุทำให้เด็กเกิดขึ้นมาพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างรุนแรง³⁵¹ จนเป็นเหตุทำให้ครอบครัวไม่สามารถดำเนินชีวิตได้ตามปกติ (*Préjudice Particulier*)³⁵² ชายและหญิงย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทั้งที่เป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงินจากแพทย์ เมื่อข้อเท็จจริงในคดีทั้งสองข้างต้น หญิงไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าการเกิดของเด็กส่งผลกระทบต่อสุขภาพจิตหรือการดำเนินชีวิต ศาลจึงไม่ยินยอมให้หญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย³⁵³ แต่ในกรณีที่ความพิการของเด็กเป็นผลโดยตรงมาจากการพยายามทำแท้งโดยประมาท เด็กที่ได้รับความเสียหายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนที่เด็กจะมีสภาพบุคคลตามกฎหมาย³⁵⁴

Ulrich Magnus ได้ตั้งข้อสังเกตว่า สาเหตุที่ศาลประเทศฝรั่งเศสไม่ยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ เป็นเพราะศาลไม่ได้แยกความแตกต่างระหว่าง “การได้เกิดของเด็ก” หรือ “การมีชีวิตของมนุษย์” กับ “ผลกระทบทางเศรษฐกิจ” หรือ “ภาระหน้าที่ทางการเงิน” ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว ชายและหญิงไม่เคยกล่าวอ้างว่าการเกิดหรือชีวิตของเด็กเป็นความเสียหาย แต่ชายและหญิงอ้างเพียงว่าภาระทางการเงินและผลกระทบทางเศรษฐกิจเท่านั้นที่เป็นความเสียหาย ซึ่งความเสียหายดังกล่าวจะไม่เกิดขึ้นเลยถ้าปราศจากความผิดพลาดทางการแพทย์³⁵⁵

1.2.7 ประเทศแอฟริกาใต้

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ปรากฏขึ้นในปี ค.ศ. 1988 คดี Behrmann and Another v Klugman³⁵⁶ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า หญิง

³⁵⁰ Cees Van Dam, *supra note 314*, p.196.

³⁵¹ Ulrich Magnus, *Unification of Tort Law : Damages*, (London : Kluwer Law International, 2001), pp.84-85.

³⁵² Cees Van Dam, *supra note 314*, p.196.

³⁵³ Eva Steiner, *supra note 347*, p. 357. ; Walter Van Gerven, Jeremy Lever and Pierre Larouche, *supra note 240*, p.115.

³⁵⁴ Conseil d'État, 27th of September 1989.

³⁵⁵ Ulrich Magnus, *supra note 351*, p.205.

³⁵⁶ 1988 WLD.

ตั้งครรรภ์ภายหลังจากเข้ารับการผ่าตัดทำหมัน ชายและหญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์โดยอ้างว่าแพทย์ชำระหนี้ไม่ถูกต้อง³⁵⁷ มีปัญหาที่ต้องพิจารณา 2 ประการ กล่าวคือ ประการที่ 1 การที่แพทย์ยืนยันว่าการผ่าตัดทำหมันประสบผลสำเร็จอย่างแน่นอน เป็นการรับรองผลการผ่าตัดทำหมันหรือไม่ และประการที่ 2 การที่แพทย์ไม่ได้นัดให้ชายเข้ารับการตรวจนับปริมาณเซลล์สเปิร์ม เป็นการรักษาพยาบาลที่ไม่เป็นไปตามมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพหรือไม่

ปัญหาประการที่ 1 ศาลได้ศึกษาเปรียบเทียบกับแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของประเทศอังกฤษ³⁵⁸ โดยให้ความเห็นว่า ในการรักษาพยาบาลตามปกติ วิทยุชนเข้าใจว่าแพทย์จะไม่ให้คำรับรองผลสำเร็จของการรักษาพยาบาล เพราะในทุกขั้นตอนของการรักษาพยาบาลย่อมมีความผิดพลาดเกิดขึ้นได้เสมอ ดังนั้น การที่แพทย์ให้ข้อมูลว่าการผ่าตัดทำหมันประสบผลสำเร็จแล้ว จึงไม่อาจพิจารณาได้ว่าเป็นการให้สัญญาว่าจะรับรองผลสำเร็จของการผ่าตัดทำหมัน³⁵⁹

ปัญหาประการที่ 2 ศาลเห็นว่า ชายและหญิงจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ได้ต่อเมื่อชายและหญิงสามารถพิสูจน์ได้ว่าการตั้งครรรภ์เป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ เมื่อชายและหญิงไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าแพทย์ผ่าตัดทำหมันโดยประมาท ชายและหญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์³⁶⁰

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ปรากฏขึ้นอีกครั้งในปี ค.ศ. 1990 คดี Administrator, Natal v Edouard³⁶¹ หญิงแสดงความประสงค์ให้แพทย์ผ่าตัดทำหมันให้กับหญิงทันทีภายหลังคลอดบุตรคนที่ 3 แต่แพทย์ลืมนัดทำหมันให้กับหญิง³⁶² เมื่อหญิงตั้งครรรภ์และให้กำเนิดบุตรคนที่ 4 โดยไม่พึงประสงค์ หญิงจึงฟ้องร้องเรียก

³⁵⁷ Sa Strauss, "'Wrongful Conception', 'Wrongful Birth' and 'Wrongful Life': The First South African Cases," *Medicine and Law*, Volume 15, Issue 1, pp.162-163 (1995)

³⁵⁸ *Eyrs v Measday* [1986] 1 All ER 488. ผู้พิพากษา Melamet J มีคำพิพากษาว่า โดยปกติผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์จะไม่ให้คำรับรองผลการผ่าตัดทำหมัน นอกจากนี้ เมื่อชายและหญิงไม่สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่ามีคำรับรองผลการผ่าตัดทำหมันโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ชายและหญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องให้แพทย์รับผิดชอบตามสัญญารับรองผล see *Ibid.*, p.163.

³⁵⁹ *Ibid.*, pp.162-163.

³⁶⁰ *Ibid.*, p.163.

³⁶¹ 1990 (3) SA 581 (A)

³⁶² *Raath and Another v Mukheiber* 1996 Cape Provincial Division (CPD) of the Supreme Court of South Africa ข้อเท็จจริงปรากฏว่าแพทย์ลืมนัดทำหมันให้กับ

ค่าเสียหายจากแพทย์ โดยค่าเสียหายที่หญิงเรียกร้องจากแพทย์ประกอบไปด้วย ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก ค่าเสียหายจากความเจ็บปวดและทุกข์ทรมานจากการตั้งครรภ์และค่าเสียหายจากการสูญเสียความสำราญในชีวิต แพทย์ให้การต่อสู้ว่าหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย เนื่องจากการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของหญิงขัดต่อนโยบายสาธารณะ นอกจากนี้ การที่หญิงไม่ยินยอมยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่นตามข้อเสนอของแพทย์ เป็นการผิดหน้าที่ในการเยียวยาความเสียหายและยังเป็นเหตุแทรกแซงที่เกิดขึ้นจากการกระทำของหญิง อีกทั้งแสดงให้เห็นได้ว่าในความเป็นจริงแล้วหญิงยังคงประสงค์ที่จะให้กำเนิดบุตร การให้กำเนิดบุตรของหญิงจึงไม่ใช่การให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์³⁶³

ในการพิพากษาคดีของศาลอุทธรณ์ ศาลพิจารณาว่าเมื่อแพทย์ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการรักษาพยาบาล การกระทำของแพทย์จึงเป็นการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้อง หญิงย่อมมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากแพทย์ โดยศาลได้ให้เหตุผลว่า ในปัจจุบันสังคมยอมรับแล้วว่าชายและหญิงมีสิทธิที่จะเข้ารับผ่าตัดทำหมัน ซึ่งการที่ชายและหญิงเลือกที่จะเข้ารับการผ่าตัดทำหมันเป็นการกระทำที่เป็นประโยชน์ต่อสังคม เพราะเป็นการกระทำที่สอดคล้องกับนโยบายสาธารณะที่มุ่งประสงค์ไม่ให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรเกินกว่าความสามารถของชายและหญิงที่จะเลี้ยงดูเด็กที่จะเกิดขึ้นมาในอนาคต เพราะถ้าชายและหญิงผิดที่จะให้กำเนิดบุตรโดยที่ไม่มีความสามารถในการเลี้ยงดู การเกิดของเด็กย่อมทำให้เกิดปัญหาต่อสังคม นอกจากนี้ ผู้พิพากษา Van Heerden JA ให้เหตุผลว่าการกระทำโดยประมาทของแพทย์ไม่ใช่เพียงการผ่าตัดทำหมันโดยประมาท การละเลยต่อหน้าที่ในการให้ข้อมูลและการแจ้งเตือนถึงโอกาสที่การผ่าตัดทำหมันอาจไม่ประสบผลสำเร็จ แต่การกระทำโดยประมาทของแพทย์คือการที่แพทย์ละเลยไม่ทำการผ่าตัดทำหมันให้กับหญิง³⁶⁴ การกระทำของแพทย์จึงเป็นการกระทำด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง จึงไม่มีเหตุอันสมควรที่ศาลจะห้ามมิให้

หญิงภายหลังที่หญิงคลอดบุตร นอกจากนี้ แพทย์ให้คำยืนยันกับหญิงด้วยการผ่าตัดทำหมันประสบผลสำเร็จโดยที่หญิงจะไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้อย่างแน่นอน อีกทั้งหญิงและชายสามารถมีเพศสัมพันธ์โดยไม่จำเป็นต้องหาวิธีการป้องกันการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีอื่น เมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์และฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ศาลมีคำพิพากษาว่าเมื่อการกระทำโดยประมาทของแพทย์คือการที่แพทย์ลืมผ่าตัดทำหมันให้กับหญิง อีกทั้งได้ยืนยันข้อมูลที่ไม่ตรงกับความเป็นจริง ซึ่งต่างจากกรณีที่มีความผิดพลาดเกิดขึ้นในกระบวนการผ่าตัดทำหมัน ดังนั้น จึงมีเหตุอันสมควรที่ศาลจะมีคำพิพากษาให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ซึ่งรวมถึงสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กอีกด้วย

³⁶³ Sa Strauss, *supra* note 357, p.164.

³⁶⁴ *Ibid*, pp.166-167.

หญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ นอกจากนี้ เมื่อความเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์หมายถึง ผลกระทบทางเศรษฐกิจที่เป็นผลมาจากการให้กำเนิดบุตร การที่ศาลยินยอมให้หญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์จึงไม่เป็นการทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็ก³⁶⁵

สำหรับข้ออ้างที่ว่าชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ เพราะประโยชน์จากการให้กำเนิดบุตรมีมากกว่าความเสียหาย ศาลพิจารณาว่า เมื่อการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ได้ทำให้ทรัพย์สินในกองทรัพย์สินของชายและหญิงเพิ่มมากขึ้น ประโยชน์ดังกล่าวจึงไม่กระทบต่อสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญา ซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่ช่วยปกป้องผลกระทบทางเศรษฐกิจที่อาจทำให้ทรัพย์สินในกองทรัพย์สินลดลง³⁶⁶

นอกจากนี้ ในปัญหาที่ว่า การให้กำเนิดบุตรของชายและหญิงจะต้องเป็นเรื่องที่น่ายินดีทุกกรณีหรือไม่ ผู้พิพากษา Van Heerden JA ให้ความเห็นว่า

...ไม่มีมูลเหตุชกใจใดที่ทำให้ข้าพเจ้าต้องเชื่อว่าการเกิดของเด็กไม่อาจเป็นความเสียหายตามกฎหมายและต้องเป็นเรื่องที่น่ายินดีเสมอไป อนึ่ง แม้ว่าชายและหญิงที่ให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์จะยินดีต้อนรับเด็กเข้ามาเป็นสมาชิกใหม่ของครอบครัว แต่ความน่ายินดีที่เกิดขึ้นก็ไม่เท่ากับความผิดหวังและความท้อแท้ใจที่เป็นผลมาจากภาระหน้าที่และผลกระทบทางเศรษฐกิจ ซึ่งเป็นเหตุทำให้การดำเนินชีวิตและการให้การอุปการะเลี้ยงดูบุตรเป็นไปด้วยความยากลำบาก ... ดังนั้น ข้าพเจ้าเห็นว่าไม่ใช่ทุกครั้งที่การเกิดของเด็กจะเป็นเรื่องที่น่ายินดี เพราะถ้าเด็กเหล่านั้นได้รับการอุปการะเลี้ยงดูด้วยวิธีการที่ไม่เหมาะสม เด็กอาจได้รับผลกระทบทางจิตใจหรือติดยาเสพติด ซึ่งทำยที่สุดแล้ว เด็กจะกลายมาเป็นปัญหาของสังคมในภายหลัง...³⁶⁷

ในปัญหาที่ว่าชายและหญิงมีหน้าที่เยียวยาความเสียหายด้วยการยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่นหรือไม่ ศาลพิจารณาว่าชายและหญิงไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องเยียวยาความเสียหายด้วยการยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่น เพราะหน้าที่ในการเยียวยาความเสียหายต้องเป็นหน้าที่ที่มีเหตุผลอันสมควรเท่านั้น

ส่วนข้ออ้างที่ว่า การยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์อาจส่งผลกระทบต่อจิตใจของเด็กภายหลังที่เด็กทราบความจริงว่าการ

³⁶⁵ *Ibid*, p.165.

³⁶⁶ *Ibid*.

³⁶⁷ *Ibid*, p.167.

เกิดของตนเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์นั้น ผู้พิพากษา Van Heerden JA ได้กล่าวว่า “...เมื่อชายและหญิงเลือกที่จะไม่ยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่น แต่เลือกที่จะเลี้ยงดูเด็กด้วยตนเอง ด้วยเหตุดังกล่าว เด็กสามารถเรียนรู้ได้ว่าชายและหญิงต้องการเด็กและเด็กเป็นที่รักของชายและหญิง... นอกจากนี้ เด็กสามารถเรียนรู้ได้ว่าสาเหตุที่ทำให้ชายและหญิงต้องฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย เนื่องมาจากผลกระทบทางเศรษฐกิจที่ทำให้การดำเนินชีวิตและการทำหน้าที่ในการเลี้ยงดูเด็กเป็นไปด้วยความยากลำบาก...”³⁶⁸ ในขณะที่ข้อกล่าวอ้างของแพทย์ที่ว่า การยินยอมให้ชายและหญิงเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์เป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายลักษณะครอบครัว เพราะเท่ากับศาลยินยอมให้มีการโอนหน้าที่ในการให้การอุปการะเลี้ยงดูบุตรจากชายและหญิงบิดามารดาไปสู่แพทย์ซึ่งเป็นคนบุคคลภายนอก ศาลเห็นว่าแม้ศาลจะยินยอมให้ชายและหญิงเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์ แต่ชายและหญิงก็ยังเป็นคนบุคคลผู้มีหน้าที่ให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กตามกฎหมาย ดังนั้น คำพิพากษาของศาลจึงไม่ขัดต่อกฎหมายลักษณะครอบครัว³⁶⁹

ในปัญหาที่ว่าความเสียหายที่เป็นผลจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายที่ไม่มีความแน่นอนและยากต่อการคิดคำนวณ ศาลพิจารณาว่า แม้การคิดคำนวณความเสียหายจะเป็นเรื่องที่ยุ่งยาก แต่เมื่อการให้กำเนิดบุตรเป็นความเสียหาย ศาลก็มีหน้าที่ที่จะต้องคิดคำนวณความเสียหายที่เหมาะสม นอกจากนี้ เมื่อความเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ล้วนแต่เป็นความเสียหายที่อยู่ในความคาดเห็นของแพทย์ อีกทั้งแพทย์ก็ยินดีที่จะผูกพันตนไว้กับหน้าที่ที่จะต้องเยียวยาความเสียหายเมื่อมีการชำระหนี้ไม่ถูกต้องเกิดขึ้น การยินยอมให้ชายและหญิงเรียกร้องค่าเสียหายจากแพทย์จึงเป็นไปตามหลักความรับผิดชอบตามกฎหมายลักษณะสัญญา ส่วนข้อกังวลที่ว่ากำหนดให้แพทย์มีหน้าที่ชดเชยค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจะทำให้แพทย์ต้องรับผิดชอบเกินกว่าสัดส่วนของความผิดและอาจเป็นการสร้างแรงกดดันให้แพทย์ต้องแนะนำหรือชักจูงให้หญิงเข้ารับการทำแท้ง หรือทำให้แพทย์ไม่ยินยอมทำแท้งให้กับหญิงเพื่อป้องกันโอกาสที่แพทย์อาจถูกฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย ศาลเห็นว่าข้อกล่าวอ้างดังกล่าวเป็นข้อกล่าวอ้างที่เกินกว่าความเป็นจริง³⁷⁰ อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าชายและหญิงจะมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายได้ต่อเมื่อการผ่าตัดทำหมันหรือการทำแท้งมีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงผลกระทบทางเศรษฐกิจเท่านั้น³⁷¹

³⁶⁸ *Ibid.*

³⁶⁹ *Ibid.*

³⁷⁰ *Ibid*, p.165.

³⁷¹ ในปี ค.ศ. 1995 คดี Chalk v Fassle 1995 WLD ข้อเท็จจริงปรากฏว่า หญิงเข้ารับการทำแท้งด้วยเหตุที่เกี่ยวข้องกับสถานะทางสังคมและเศรษฐกิจซึ่งเป็นการทำแท้งได้โดยชอบด้วย

1.2.8 ประเทศออสเตรีย

ในประเทศออสเตรีย การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เข้าสู่การพิจารณาพิพากษาคดีโดยศาลสูงจำนวน 4 คดี³⁷² โดยศาลสูงให้ความเห็น

กฎหมาย (Abortion and Sterilization Act 1975) เมื่อการทำแท้งของแพทย์เป็นการทำแท้งโดยประมาทและเป็นเหตุทำให้หญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ศาลมีคำพิพากษาว่าหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กและค่าขาดรายได้จากแพทย์ see Sa Strauss, *ibid.*, pp.170-171.

³⁷² (1) คดี OGH 14.9.2006, 6 Ob 101/06f, SZ 2006/133 แพทย์ไม่ได้ให้ข้อมูลและไม่ได้แจ้งเตือนให้ชายและหญิงทราบถึงความเสี่ยงที่การผ่าตัดทำหมันอาจไม่ประสบผลสำเร็จ ซึ่งถ้าชายและหญิงทราบข้อมูลและความเสี่ยงเหล่านั้น ชายและหญิงสามารถป้องกันและหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการคุมกำเนิดอื่นๆ ที่สามารถช่วยลดโอกาสการตั้งครรภ์ คดีนี้เป็นคดีแรกที่เข้าสู่การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลสูง (Oberster Gerichtshof) ภายหลังจากที่ศาลได้พิจารณาจากหลักกฎหมายพื้นฐาน แนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในคดีก่อนๆ ตลอดจนการศึกษาเปรียบเทียบกับแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศ ศาลมีคำพิพากษาว่าชายและหญิงไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก เนื่องจากการเกิดของเด็กไม่เป็นความเสียหายตามกฎหมาย

นอกจากนี้ ในปัญหาที่ว่าหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินจากการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรหรือไม่ ศาลมีคำพิพากษาว่าเมื่อการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรเป็นกระบวนการธรรมชาติที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับการเกิดของเด็ก และเป็นกระบวนการที่ช่วยสร้างความสัมพันธ์ระหว่างหญิงกับเด็ก หญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน see Barbara C Steininger, "Austria." In *European Tort Law 2006*. eds. Helmut Koziol and Barbara C Steininger, (Germany : SpringerWienNewYork, 2007), pp.74-75.

(2) คดี OGH 30.11.2006 2 Ob 172/06t, ecolex 2007, 169 แพทย์ผ่าตัดทำหมันให้กับหญิงโดยประมาท

(3) คดี OGH 7.2.200 6 Ob 148/08w, JBl 2009, 108 แพทย์ประมาทในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ โดยแพทย์นำตัวอ่อนกลับเข้าสู่โพรงมดลูกของหญิงมากกว่าปริมาณที่ได้แสดงความจำนงไว้กับแพทย์ ทำให้ตัวอ่อนฝังตัวมากกว่า 1 ราย และเป็นเหตุทำให้กำเนิดบุตรมากกว่าจำนวนที่หญิงและชายประสงค์

(4) คดี OGH 7.2.2008 Ob 101/06f แพทย์ผ่าตัดทำหมันให้กับชายโดยประมาท

ว่า การพิจารณาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์หรือไม่นั้น เป็นหนึ่งในปัญหาที่ทำให้เกิดความความยุ่งยากอย่างมาก³⁷³

ท่ามกลางข้อถกเถียงทางวิชาการถึงความเหมาะสมที่ว่า กฎหมายควรจะยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์หรือไม่ ศาลเลือกที่จะพิจารณาว่า แม้ชายและหญิงสามารถพิสูจน์ได้ว่าการตั้งครรรภ์และการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ ชายและหญิงก็ไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ เพราะศาลเห็นว่า การให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ไม่อาจเป็นความเสียหายตามกฎหมาย³⁷⁴

ตัวอย่าง ในปี ค.ศ. 2008 คดี OGH 7 August 2008³⁷⁵ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ การกระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้หญิงให้กำเนิดบุตรมากกว่าปริมาณที่หญิงต้องการ ชายและหญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ศาลพิจารณาว่า เมื่อเด็กเกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ การเกิดของเด็กจึงไม่เป็นความเสียหายตามกฎหมาย ทั้งนี้ศาลไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงสถานะทางเศรษฐกิจของชายและหญิง เพราะไม่ว่าชายและหญิงจะมีสถานะทางเศรษฐกิจอย่างไร ชายและหญิงก็ไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. 2009 แนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลได้เปลี่ยนแปลงไป เนื่องจากศาลได้พิจารณาว่า ในกรณีที่การเกิดของเด็กส่งผลกระทบต่อสถานะทางเศรษฐกิจของครอบครัว³⁷⁶ ชายและหญิงควรมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก³⁷⁷ นอกจากนี้

³⁷³ Barbara C Steininger, "Austria." in *European Tort Law 2007*. eds. Helmut Koziol and Barbara C Steininger, (Germany : SpringerWienNewYork, 2008), p.150.

³⁷⁴ Bernhard A Koch, *supra note 45*, p.43.

³⁷⁵ 6 Ob 148/08w, *ecolex* 2008, 1117. see Barbara C Steininger, "Austria." In *European Tort Law 2008*. eds. Helmut Koziol and Barbara C Steininger, (Germany : SpringerWienNewYork, 2009), pp.125-126.

³⁷⁶ OGH 14 September 2009 Ob 101/06f.

³⁷⁷ ศาลให้เหตุผลว่าแม้การพิจารณาว่าการเกิดของเด็กเป็นความเสียหายเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อย่างไรก็ตาม เมื่อชั่งน้ำหนักระหว่างกฎหมายพื้นฐานว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์กับหลักกฎหมายฐานว่าด้วยความรับผิดชอบเพื่อละเมิดที่มุ่งคุ้มครองและให้การเยียวยาความเสียหาย ตลอดจนประสงค์ที่จะป้องปรามไม่ให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นอีก ศาลเห็นว่าเมื่อการให้กำเนิดบุตรส่งผลกระทบต่อสถานะทางเศรษฐกิจของชายและหญิงอย่างร้ายแรง

ในกรณีที่เด็กเกิดขึ้นมามีร่างกายพิการ เมื่อภาระหน้าที่และค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่พิการมีมากกว่าค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์อย่างมาก ภาระหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่มีพิการจึงเป็นความเสียหายตามกฎหมายทุกกรณี³⁷⁸ โดยศาลไม่ต้องคำนึงถึงฐานะทางเศรษฐกิจของชายและหญิงแต่อย่างใด³⁷⁹

จากแนวทางการปรับใช้กฎหมายของศาลสูงที่ขาดความชัดเจนแน่นอน โดยเฉพาะอย่างยิ่งระหว่างกรณีที่เด็กเกิดมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์กับกรณีที่เด็กเกิดขึ้นมา

จนกระทบต่อความสามารถในการดำเนินชีวิต คุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งประสงค์ให้การเยียวยาความเสียหายย่อมมีมากกว่าการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ศาลจึงมีคำพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ see *Bénédict Winiger, Helmut Koziol, Reinhard Zimmermann and Bernhard A. Koch, supra note 256, pp.877-878.*

³⁷⁸ เมื่อพิจารณาแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศออสเตรียจะพบว่า ระหว่างการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ (*Wrongful Pregnancy*) ซึ่งเด็กเกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ กับ การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (*Wrongful Birth*) จะให้ผลทางกฎหมายที่แตกต่างกัน เพราะศาลสูงของประเทศออสเตรียมีแนวการพิจารณาพิพากษาคดีว่าเฉพาะแต่ภาระหน้าที่และค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่มีร่างกายพิการเท่านั้นที่เป็นความเสียหาย และทำให้ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์ ดังนั้น ศาลจึงยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการเท่านั้น

นอกจากนี้ ศาลได้ให้เหตุผลอีกด้วยว่าการที่ศาลมีคำพิพากษาให้เฉพาะแต่ชายและหญิงที่ให้กำเนิดบุตรที่พิการเท่านั้นจึงจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย หาได้เป็นการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของเด็ก อีกทั้งยังไม่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่าศาลพิจารณาว่าเฉพาะแต่เด็กที่มีร่างกายพิการหรือเด็กที่มีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรงเป็นความเสียหายตามกฎหมาย เพราะศาลได้กล่าวแล้วว่าความเสียหายที่ทำให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์หมายความว่าเฉพาะถึงภาระหน้าที่และผลกระทบทางเศรษฐกิจเท่านั้น หาได้หมายความว่าถึงชีวิตหรือการเกิดของเด็ก ด้วยเหตุดังกล่าวการที่ศาลยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจึงไม่กระทบต่อคุณค่าและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็ก see *Barbara C Steininger, supra note 372, p.75.*

³⁷⁹ *Ibid.*

พิการ³⁸⁰ Barbara C. Steininger ให้ความเห็นว่า แนวทางการแก้ปัญหาที่เหมาะสมคือการที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องเลือกว่าจะตรากฎหมายให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์หรือไม่ ซึ่งวิธีการดังกล่าวเคยปรากฏในประเทศออสเตรเลียและหลายมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา³⁸¹

³⁸⁰ Barbara C. Steininger ได้ตั้งข้อสังเกตว่า เมื่อศาลให้เหตุผลว่าเฉพาะแต่ภาระหน้าที่และผลกระทบทางเศรษฐกิจจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการเท่านั้นที่เป็นความเสียหาย เพราะเหตุใดศาลจึงมีคำพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติและที่เพิ่มมากขึ้นจากปัญหาสุขภาพของเด็ก เพราะด้วยเหตุผลของศาลข้างต้นชายและหญิงควรมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่เพิ่มมากขึ้นกว่าปกติเท่านั้น เพราะไม่เช่นนั้นแล้วในกรณีที่ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ชายและหญิงย่อมมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติเช่นกัน see Barbara C Steininger, *Ibid.*, pp.75-76. ; Barbara C Steininger, *supra note 373*, pp.151-152.

³⁸¹ ในปัญหาว่าด้วยความไม่ชัดเจนแน่นอนในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลสูงฝ่ายนิติบัญญัติพยายามแก้ปัญหาดังกล่าวด้วยการเสนอให้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 1321 โดยเสนอให้มีการตรากฎหมายห้ามมิให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์โดยกำหนดว่า ในกรณีที่เด็กเกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเฉพาะเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน แต่ในกรณีที่เด็กเกิดขึ้นมามีร่างกายพิการหรือเด็กเกิดขึ้นมามีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเฉพาะในส่วนที่เพิ่มมากขึ้นกว่าค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติ

Unwanted birth of a child

“§ 1321. (1) A person who by improper performance of a contract thwarts the decision of parents to avoid the birth of a child in an admissible fashion must render appropriate compensation for the non-pecuniary damage caused by such injury of the parents’ freedom of decision.

(2) Such person must only compensate for the expenses of the child’s maintenance if and insofar as such expenses lead to an exceptional burden for the parents and their standard of living is significantly reduced.”

See Barbara C. Steininger, *supra note 373*, p.167.

1.2.9 ประเทศเนเธอร์แลนด์

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ปรากฏขึ้นในปี ค.ศ. 1999 และเข้าสู่การพิจารณาคดีของศาลสูง ในปี ค.ศ. 2005 ปรากฏใน คดี HR 21 February 1997³⁸² ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ภายหลังจากที่หญิงคุมกำเนิดด้วยวิธีการใส่ห่วง คุมกำเนิด (IUD) หญิงมีความจำเป็นต้องเข้ารับการผ่าตัด ซึ่งก่อนเริ่มทำการผ่าตัดแพทย์ได้นำเอา ห่วงคุมกำเนิดออก แต่แพทย์ลืมนำห่วงคุมกำเนิดใส่กลับคืนเมื่อการผ่าตัดเสร็จสิ้น หญิงมาทราบถึง การกระทำโดยประมาทของแพทย์เมื่อหญิงพบว่าตนกำลังตั้งครรภ์ ภายหลังจากที่หญิงให้กำเนิดบุตรที่มี สุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ หญิงได้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลอุทธรณ์ ศาลพิจารณาว่าการจะ พิจารณาว่าหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กหรือไม่ ต้องพิจารณาว่าการให้กำเนิดบุตร โดยไม่พึงประสงค์ส่งผลกระทบต่อภาระหน้าที่ทางการเงินและสถานะทางเศรษฐกิจของครอบครัว หรือไม่ เมื่อไม่ปรากฏพยานหลักฐานว่าการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ส่งผลกระทบต่อสถานะ ทางเศรษฐกิจของครอบครัว ศาลอุทธรณ์จึงพิพากษาว่าหญิงไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดู เด็ก อีกทั้งไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าชดเชยได้และค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินจากแพทย์

อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลสูง ศาลไม่เห็นด้วยกับ เหตุผลของศาลอุทธรณ์ โดยศาลให้เหตุผลว่าเมื่อความรับผิดชอบของแพทย์เป็นความรับผิดชอบอันเกิดขึ้นจาก การชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้อง กล่าวคือ แพทย์ต้องรับผิดชอบในทุกความเสียหายที่แพทย์สามารถคาดเห็นได้ และเป็นผลมาจากการผิดสัญญา เมื่อการคุมกำเนิดมีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงภาระทางการเงินและ ผลกระทบทางเศรษฐกิจ อีกทั้งเมื่อค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเป็นความเสียหายที่เป็นผลมาจากการ ชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้อง เมื่อพิจารณาจากหลักความรับผิดชอบตามกฎหมายลักษณะสัญญา หญิงย่อมมีสิทธิ เรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์

นอกจากนี้ ศาลสูงให้เหตุผลอีกด้วยว่าเมื่อสิทธิในการฟ้องร้องเรียก ค่าเสียหายของหญิงเป็นสิทธิตามกฎหมาย ศาลจะไม่ยินยอมให้หญิงใช้สิทธิดังกล่าวได้ต่อเมื่อมีหลัก กฎหมายพื้นฐานหรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้เท่านั้น เมื่อไม่มีหลักกฎหมายพื้นฐานหรือ กฎหมายลายลักษณ์อักษรห้ามมิให้หญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึง ประสงค์ หญิงจึงยังมีสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

³⁸² 1999 Nederlandse Jurisprudentie 145 nt CJHB see Bénédict Winiger, Helmut Koziol, Reinhard Zimmermann and Bernhard A. Koch, *supra note 256*, pp.883-885.

ในปัญหาที่ว่ากรณีที่ศาลยินยอมให้หญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ เท่ากับศาลได้พิจารณาว่าการเกิดหรือชีวิตของเด็กเป็นความเสียหายตามกฎหมาย ซึ่งจะทำให้คำพิพากษาของศาลขัดต่อหลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือไม่ นั้น ศาลสูงพิจารณาว่าเมื่อชายและหญิงยินดีต้อนรับเด็กเข้าเป็นสมาชิกใหม่ของครอบครัว จึงไม่มีพฤติการณ์ที่แสดงให้เห็นได้ว่าชายและหญิงไม่รักเด็กหรือเด็กไม่เป็นที่ต้องการ นอกจากนี้ เมื่อการพิจารณาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายหรือไม่ ศาลไม่ได้พิจารณาว่าการเกิดของเด็กเป็นความเสียหาย แต่ศาลพิจารณาว่าการเกิดของเด็กส่งผลกระทบต่อสถานะทางเศรษฐกิจของชายและหญิงหรือไม่เท่านั้น เมื่อวิญญูชนต่างเห็นว่าการเกิดของเด็กส่งผลกระทบต่อสถานะทางเศรษฐกิจของชายและหญิง ด้วยผลกระทบต่อสถานะทางเศรษฐกิจต่างหากที่เป็นความเสียหายตามกฎหมาย เมื่อการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ เป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากภาระทางการเงินและผลกระทบต่อสถานะทางเศรษฐกิจ การที่ศาลยินยอมให้หญิงและชายฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์จึงไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ นอกจากนี้ ศาลเชื่อว่าการที่ศาลยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ยังเป็นการช่วยส่งเสริมศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็ก เพราะค่าเสียหายที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ช่วยทำให้ชายและหญิงสามารถให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กได้อย่างเหมาะสม อีกทั้งยังช่วยทำให้ชาย หญิงและเด็กสามารถดำเนินชีวิตได้ตามปกติ³⁸³

นอกจากนี้ มีปัญหาเกิดขึ้นอีกด้วยว่าการยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์จะส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจของเด็กหรือไม่ ในปัญหาดังกล่าว ศาลสูงให้เหตุผลว่าลำพังเพียงข้ออ้างที่ว่าการยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์อาจส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจของเด็กนั้นยังไม่มีน้ำหนักเพียงพอจนถึงขนาดที่ทำให้ชายและหญิงต้องเสียสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ เพราะในความเป็นจริงแล้วชายและหญิงเป็นบุคคลที่ทราบดีที่สุดว่าการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจะส่งผลกระทบต่อจิตใจของเด็กหรือไม่ อีกทั้งชายและหญิงยังทราบด้วยว่าตนมีความสามารถที่จะป้องกันผลกระทบต่อจิตใจที่อาจเกิดขึ้นกับเด็กหรือไม่ ในกรณีที่ชายและหญิงเห็นว่าชายและหญิงไม่สามารถป้องกันผลกระทบต่อจิตใจที่อาจเกิดขึ้นกับเด็ก ชายและหญิงสามารถหลีกเลี่ยงปัญหาดังกล่าวได้ด้วยการเลือกที่จะไม่ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ แต่ในกรณีที่ชายและหญิงเห็นว่าการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจะไม่ส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจของเด็ก ย่อมไม่มีเหตุผลที่ศาลจะต้องห้ามมิให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียก

³⁸³ Walter Van Gerven, Jeremy Lever and Pierre Larouche, *supra* note 240, pp.133-136.

ค่าเสียหาย³⁸⁴ ในทางกลับกัน การที่ศาลไม่ยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ย่อมเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงไม่สามารถให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กอย่างเหมาะสม อีกทั้งเป็นเหตุทำให้เด็กต้องดำเนินชีวิตด้วยความยากลำบาก ซึ่งในท้ายที่สุด การที่เด็กไม่ได้รับการเลี้ยงดูที่เหมาะสม ประกอบกับความยากลำบากในการดำเนินชีวิต ย่อมเป็นเหตุทำให้เด็กได้รับผลกระทบทางจิตใจ

อนึ่ง ในปัญหาที่ว่าการยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์ เท่ากับเป็นการโอนภาระหน้าที่ของชายและหญิงที่จะต้องให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กซึ่งเป็นหน้าที่ตามกฎหมายลักษณะครอบครัวไปสู่แพทย์ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกหรือไม่ ศาลให้เหตุผลว่าแม้ศาลจะยินยอมให้ชายและหญิงเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์ ก็หาเป็นเหตุทำให้แพทย์มีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูเด็กแทนชายและหญิง เนื่องจากค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเป็นเพียงค่าเสียหายที่ช่วยเยียวยาผลกระทบทางเศรษฐกิจที่เป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์เท่านั้น ซึ่งผลกระทบทางเศรษฐกิจดังกล่าวหญิงพยายามป้องกันไม่ให้เกิดขึ้นด้วยการเลือกที่จะใส่ห่วงคุมกำเนิด เมื่อภาระหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรยังคงเป็นหน้าที่ตามกฎหมายของหญิง การที่ศาลยินยอมให้หญิงเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์ จึงไม่เป็นการขัดต่อกฎหมายลักษณะครอบครัว

ในปัญหาที่ว่าประโยชน์ที่ชายและหญิงได้รับจากการให้กำเนิดบุตร ส่งผลกระทบต่อสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายหรือไม่ ศาลสูงพิจารณาว่าแม้การเกิดของเด็กทำให้หญิงมีจำนวนสมาชิกเพิ่มมากขึ้น อีกทั้งการเกิดของเด็กนำมาซึ่งความสุข ความสนุก ความรักและความอบอุ่น ซึ่งล้วนแต่เป็นประโยชน์ที่เกิดขึ้นกับชายและหญิง อย่างไรก็ตาม เมื่อประโยชน์ดังกล่าวเป็น

³⁸⁴ ในปัญหาที่ว่าการยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่มีประสงค์อาจส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจของเด็ก ศาลให้เหตุผลว่าสำหรับปัญหาสภาพจิตใจของเด็กชายและหญิงสามารถป้องกันได้ด้วยการให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กความรัก และพยายามทำให้เด็กเข้าใจถึงเหตุผลที่ชายและหญิงมีความจำเป็นต้องคุมกำเนิดหรือป้องกันการได้เกิดของเด็ก นอกจากนี้ชายและหญิงสามารถทำให้เด็กเรียนรู้ได้ว่าแม้การให้กำเนิดบุตรของชายและหญิงจะไม่ใช่ไปตามความประสงค์ แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าชายและหญิงจะไม่รักเด็ก เพราะถ้าพิจารณาให้ดีแล้วจะพบว่าชายและหญิงเคยมีโอกาที่จะหลีกเลี่ยงการเกิดของเด็กและหลีกเลี่ยงภาระหน้าที่ในการให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กด้วยการที่หญิงเลือกเข้ารับการทำแท้งหรือการที่ชายและหญิงเลือกที่ยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่น แต่ชายและหญิงก็เลือกที่เลี้ยงดูเด็กด้วยตนเอง ด้วยความรัก ความอบอุ่น ความสัมพันธ์ที่ระหว่างชาย หญิงและเด็กนั่นเอง ศาลเชื่อว่าเป็นไปไม่ได้เลยที่เด็กจะยังคงคิดว่าเด็กไม่เป็นที่รักและไม่เป็นที่ต้องการของชายและหญิง

ประโยชน์ที่ไม่สามารถคิดคำนวณเป็นเงินได้ จึงไม่กระทบต่อสิทธิของชายและหญิงที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงิน

แม้ศาลเห็นว่าหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์ แต่มีปัญหาเกิดขึ้นว่าหญิงจะมีสิทธิเรียกร้องค่าขาดรายได้จากแพทย์อีกหรือไม่ ในปัญหาดังกล่าวศาลพิจารณาว่าสิทธิของหญิงที่จะเรียกร้องค่าขาดรายได้ ต้องพิจารณาจากเท็จจริงและพฤติการณ์อื่นๆ ประกอบด้วย เช่น การลาออกจากงานของหญิงมีเหตุผลอันสมควรหรือไม่ อีกทั้งยังต้องพิจารณาถึงขนาดครอบครัว จำนวนบุตรและอายุของบุตร รายได้ของครอบครัว หน้าที่การงานของหญิง หน้าที่การงานของชายสามี เมื่อข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่ามีเหตุอันสมควรที่หญิงต้องลาออกจากงานเพื่อมาเลี้ยงดูบุตร ศาลจึงพิพากษาให้หญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าขาดรายได้จากแพทย์³⁸⁵

ในปัญหาที่ว่าหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินจากการตั้งครรภ์และคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์หรือไม่ ศาลพิจารณาว่าแม้หญิงสามารถพิสูจน์ได้ว่าการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นเหตุทำให้เกิดความเสียหายต่อสุขภาพของหญิง อีกทั้งเป็นเหตุทำให้หญิงไม่ได้รับความสะดวกสบายตลอดระยะเวลาการตั้งครรภ์ แต่ผลกระทบดังกล่าวไม่รุนแรงถึงขนาดทำให้เกิดความเจ็บปวดทางจิต (Mental Illness) หญิงจึงไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินจากแพทย์

ในปัญหาที่ว่าชายสามีของหญิงผู้ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ด้วยหรือไม่ ศาลสูงพิจารณาว่าเมื่อการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้องของแพทย์ไม่เพียงแต่ทำให้เกิดความเสียหายต่อหญิงคู่สัญญาเท่านั้น แต่ยังทำให้เกิดความเสียหายกับชายบุคคลภายนอกคู่สัญญาอีกด้วย เพราะเหตุที่ชายเป็นบิดาของเด็กและมีหน้าที่ให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กร่วมกับหญิงผู้เป็นมารดา ดังนั้น ชายจึงเป็นบุคคลภายนอกผู้ได้รับประโยชน์จากสัญญา และมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ต่างหากจากหญิง

1.2.10 ประเทศเบลเยียม

ในประเทศเบลเยียม การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ปรากฏขึ้นในปี ค.ศ. 2004 ในคดี Hof van Beroep Antwerp, 8 September

³⁸⁵ Ivo Giesen, “Medical Liability in the Netherlands,” in *Medical Liability in Europe : A Comparison of Selected Jurisdictions.*, ed. Bernhard A Koch, (Germany : De Gruyter, 2011), pp.401-404.

2003³⁸⁶ ภายหลังจากที่ศาลชั้นต้นพิพากษายกฟ้องชายและหญิง ศาลอุทธรณ์เห็นว่าแม้โดยปกติหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรจะเป็นหน้าที่ตามกฎหมายลักษณะครอบครัว อีกทั้งค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กก็เป็นค่าใช้จ่ายที่สามารถเกิดขึ้นได้กับชายและหญิงคนอื่นๆ ในสังคม แต่เมื่อพิจารณาจากหลักกฎหมายพื้นฐาน เมื่อไม่มีบทบัญญัติกฎหมายมาตราใดห้ามมิให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากบุคคลภายนอก อีกทั้งเมื่อค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเป็นผลโดยตรงที่เกิดขึ้นจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ ศาลพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก ค่าขาดรายได้ พร้อมทั้งค่าใช้จ่ายในการเข้ารับการรักษาทำหมันเป็นครั้งที่สองจากแพทย์³⁸⁷

สำหรับค่าเสียหายทางจิตใจจากความเจ็บปวดทรมานและความไม่สะดวกสบายระหว่างตั้งครรภ์ ศาลพิจารณาว่าเมื่อการเกิดของเด็กนำมาซึ่งประโยชน์ที่ไม่เป็นตัวเงิน ไม่ว่าจะเป็นความสุข ความรัก ความอบอุ่นและสายใยสัมพันธ์อันดีภายในครอบครัว ประโยชน์ทางจิตใจดังกล่าวจึงเยียวยาความเสียหายทางจิตใจแล้ว ชายและหญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจจากแพทย์ได้อีกต่อไป

คดี Court of Appeal Liège, 17 April 2008 , Court of Cassation, 15 January 2010 ข้อเท็จจริงปรากฏว่าแพทย์ให้คำรับรองผลของการผ่าตัดทำหมันและไม่ได้แนะนำให้ผู้เข้ารับการทำหมันคุมกำเนิดด้วยวิธีการอื่นๆ ควบคู่ไปด้วย ศาลพิจารณาว่าหน้าที่ของแพทย์ในคดีนี้ไม่ใช่เพียงหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังในการผ่าตัดทำหมันเท่านั้น เพราะเมื่อแพทย์ได้รับรองผลการผ่าตัดทำหมัน แพทย์จึงต้องรับผิดชอบเมื่อผลการผ่าตัดทำหมันไม่เป็นไปตามคำรับรองผลสำเร็จ³⁸⁸

³⁸⁶ NJW 2004, 558 ข้อเท็จจริงปรากฏว่า แพทย์ไม่ได้ให้ข้อมูลและแจ้งเตือนกับหญิงว่าการผ่าตัดทำหมันมีความเสี่ยงที่อาจไม่ประสบผลสำเร็จ ภายหลังจากที่หญิงให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ชายและหญิงได้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ประกอบไปด้วยค่าใช้จ่ายที่เป็นผลมาจากการตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก ค่าขาดรายได้ของหญิงที่ไม่สามารถประกอบกิจการงานได้ตามปกติ และค่าเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินจากการความเจ็บปวดและทุกข์ทรมานจากการตั้งครรภ์และคลอดบุตร see *Bénédict Winiger, Helmut Koziol, Reinhard Zimmermann and Bernhard A. Koch, supra note 256, pp.882-883.*

³⁸⁷ *Ibid.*

³⁸⁸ Court of Appeal Liège, 17 April 2008 , Court of Cassation, 15 January 2010 see Herman Nys, “Medical Liability in Belgium,” in *Medical Liability in Europe : A Comparison of Selected Jurisdictions*, ed B.A. Koch, (Germany : De Gruyter, 2011), p.87

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่เด็กเกิดขึ้นมามีร่างกายพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง แนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลจะเปลี่ยนแปลงไป ในคดี Civil Tribunal Leuven, 16 April 2008.³⁸⁹ ข้อเท็จจริงปรากฏว่าชายและหญิงเคยให้กำเนิดบุตรที่ป่วยเป็นโรคทางพันธุกรรม เพื่อป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่ป่วยเป็นโรคทางพันธุกรรมซ้ำอีก หญิงจึงเลือกที่จะเข้ารับการคุมกำเนิดด้วยวิธีการฝังยาคุมกำเนิด แต่แพทย์เลือกให้ยาคุมกำเนิดที่ไม่เหมาะสมและไม่ได้นัดให้หญิงเข้ารับการตรวจผลสำเร็จของกระบวนการฝังยาคุมกำเนิด ซึ่งการกระทำของแพทย์ไม่เป็นไปตามคำแนะนำที่บริษัทผู้ผลิตยาได้อธิบายไว้ ภายหลังจากที่หญิงสงสัยว่าตนตั้งครรภ์ หญิงจึงเข้ารับการตรวจจากแพทย์ผู้ฝังยาคุมกำเนิด แต่แพทย์ให้ข้อมูลว่าทารกในครรภ์เป็นเพศหญิง ซึ่งไม่มีโอกาสที่จะป่วยเป็นโรคทางพันธุกรรม จึงไม่มีความจำเป็นที่หญิงจะต้องเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง เมื่อหญิงคลอดบุตร หญิงพบว่าเด็กคลอดออกมาเป็นโรคทางพันธุกรรม หญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ศาลพิจารณาว่าเมื่อการกระทำของแพทย์ไม่เป็นไปตามมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพ เนื่องจากแพทย์ยังไม่มีความรู้เกี่ยวกับยาที่นำมาใช้คุมกำเนิดให้หญิง อีกทั้งแพทย์ไม่ได้นัดให้หญิงเข้ารับการตรวจผลสำเร็จของกระบวนการฝังยาคุมกำเนิด เมื่อการกระทำดังกล่าวเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงได้รับความเสียหายที่เป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงิน ชายและหญิงจึงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากแพทย์ อย่างไรก็ดี เด็กที่เกิดขึ้นมามีร่างกายพิการ ไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต (Wrongful Life)³⁹⁰

footnote 30. ; คดี Court of Appeal Liège, 22 January 2009 มีปัญหาว่าหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากข้อสัญญารับรองผลการคุมกำเนิดหรือไม่ ข้อเท็จจริงปรากฏว่าแพทย์ให้ข้อมูลกับหญิงว่าวิธีการคุมกำเนิดที่แพทย์เลือกใช้ไม่เคยพบว่ามีความผิดพลาดและไม่ประสบความสำเร็จ นอกจากนี้ แพทย์ได้ยืนยันกับหญิงอีกด้วยว่าภายหลังจากที่หญิงเข้ารับการคุมกำเนิดแล้ว ไม่มีความจำเป็นที่หญิงจะต้องเลือกคุมกำเนิดด้วยวิธีการอื่นๆ ข้อมูลและคำยืนยันของแพทย์ดังกล่าวทำให้หญิงเข้าใจว่าการคุมกำเนิดต้องประสบความสำเร็จอย่างแน่นอน เมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์หญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ศาลอุทธรณ์มีคำพิพากษาว่าการกระทำของแพทย์เป็นการรับรองผลการคุมกำเนิด ความรับผิดชอบของแพทย์จึงเป็นไปตามหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด หญิงจึงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์

³⁸⁹ Civil Tribunal Leuven, 16 April 2008. see *ibid*, pp.87-88.

³⁹⁰ *Ibid*.

อย่างไรก็ตามในปี ค.ศ. 2009 ศาลได้วางบรรทัดฐานว่าในกรณีที่การให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นผลมาจากความผิดพลาดในกระบวนการทำแท้ง ชายและหญิงจะไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากแพทย์³⁹¹

1.2.11 ประเทศสเปน

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เข้าสู่การพิจารณาของศาลสูงครั้งแรกในคดี STS 5.6.1998³⁹² ศาลพิจารณาว่าเมื่อมนุษย์ทุกคนมีคุณค่าและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่เท่าเทียมกัน การให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์จึงไม่อาจเป็นความเสียหายตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม เมื่อความผิดพลาดทางการแพทย์ทำให้หญิงตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์ หญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความเจ็บปวดทุกข์ทรมาน ค่าขาดรายได้ พร้อมด้วยค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในกระบวนการตั้งครรภ์และการคลอดบุตร³⁹³

อย่างไรก็ตาม แนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลเริ่มเปลี่ยนแปลงไปปรากฏในคดี STSJ 13.6.2006³⁹⁴ มีข้อเท็จจริงว่าภายหลังที่หญิงได้แจ้งให้แพทย์ทราบว่าหญิงกำลังประสบกับวิกฤติทางการเงิน ซึ่งถ้าหญิงต้องตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตร การเกิดของเด็กจะส่งผลกระทบต่อการดำเนินชีวิตของหญิงอย่างมาก แม้แพทย์ทราบถึงปัญหาเกี่ยวกับฐานะทางเศรษฐกิจของหญิง แต่แพทย์กลับไม่แนะนำถึงโอกาสเสี่ยงที่การผ่าตัดทำหมันอาจไม่ประสบผลสำเร็จ อีกทั้งไม่ได้แนะนำให้หญิงคุมกำเนิดด้วยวิธีการอื่นๆ เพื่อลดโอกาสในการตั้งครรภ์ เมื่อหญิงตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตร

³⁹¹ Court of Appeal Liège, 22 January 2009 see *ibid*, p.87.

³⁹² RJ 1998\4275

³⁹³ STS 24.9.1999 RJ1999\7272. นอกจากหญิงต้องตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์แล้ว การตั้งครรภ์ยังส่งผลกระทบต่อสุขภาพร่างกายของหญิงอย่างมาก ศาลมีคำพิพากษาว่า นอกจากค่าขาดรายได้และค่าใช้จ่ายที่จำเป็นที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรแล้ว หญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายทางจิตใจจากความเจ็บปวด ความทุกข์ทรมาน ความเครียดและความไม่สะดวกสบายระหว่างการตั้งครรภ์

ในหลายคดีศาลพิพากษาว่าชายและหญิงไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเนื่องจากหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรเป็นหน้าที่ของชายและหญิงตามกฎหมายครอบครัว โดยหน้าที่ดังกล่าวเกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมและจะโอนให้เป็นหน้าที่ของบุคคลภายนอกไม่ได้ คดี STS 29.5.2003 RJ20003\3916 และคดี STS (Administrative Chamber) 3.10.2000 RJ 2000\7799

³⁹⁴ JUR 2006\248717

ฝาแฝด การเกิดของเด็กส่งผลกระทบต่อสถานะทางเศรษฐกิจของครอบครัวอย่างรุนแรง หญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

ในการพิจารณาคดีของศาลสูง ศาลเห็นว่าแพทย์ไม่ได้มีเพียงหน้าที่ใช้ความระมัดระวังในการผ่าตัดทำหมันเท่านั้น แต่แพทย์ยังมีหน้าที่ให้ข้อมูลและแจ้งเตือนถึงโอกาสที่การผ่าตัดทำหมันอาจไม่ประสบผลสำเร็จ และมีหน้าที่ติดตามผลการผ่าตัดทำหมัน การที่แพทย์ละเลยต่อหน้าที่ดังกล่าวจึงเป็นการให้การรักษาพยาบาลที่ไม่เป็นไปตามมาตรฐานการประกอบวิชาชีพ เมื่อการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นเหตุทำให้สมาชิกในครอบครัวคนอื่นๆ ไม่สามารถดำเนินชีวิตได้ตามปกติ ด้วยเหตุดังกล่าว ถ้าศาลไม่ยินยอมให้หญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ อาจทำให้คุณภาพชีวิตของสมาชิกทุกคนตกต่ำลง ศาลจึงสร้างเงื่อนไขว่าเฉพาะในกรณีที่เกิดของเด็กส่งผลกระทบต่อสถานะทางเศรษฐกิจของครอบครัวเท่านั้น ชายและหญิงถึงจะมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก โดยคดีนี้ศาลพิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กให้กับชายและหญิงเป็นรายเดือน อีกทั้งพิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าขาดรายได้ให้กับหญิงที่ไม่สามารถประกอบกิจการงานได้ตามปกติ³⁹⁵

ในปัจจุบันเมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ยังไม่เป็นที่แน่นอนว่าชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์หรือไม่ อย่างไรก็ตาม นักวิชาการส่วนหนึ่งตั้งข้อสังเกตว่า ในกรณีที่ชายและหญิงมีความจำเป็นที่จะต้องคุมกำเนิด ตัวอย่างเช่น ชายและหญิงมีปัญหาทางเศรษฐกิจและไม่สามารถให้การอุปการะเลี้ยงดูบุตร หรือการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ส่งผลกระทบต่อการดำเนินชีวิตของชาย หญิง และสมาชิกในครอบครัวคนอื่นๆ ในกรณีดังกล่าวศาลควรยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์

³⁹⁵ ในประเทศสเปน พบว่ามีคดีความที่ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ (Wrongful Pregnancy) เกิดขึ้นเป็นระยะๆ ในปี ค.ศ. 2008 คดี STSJ Madrid 25.3.2008 JUR 2008\163551 ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ แต่ชายและหญิงไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าการเกิดของเด็กส่งผลกระทบต่อการดำเนินชีวิตของครอบครัว ศาลจึงมีคำพิพากษาว่าเฉพาะแต่หญิงเท่านั้นที่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ แต่ชายและหญิงไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์ see Miquel Martín-Casals and Josep Solé, “Medical Liability in Spain,” in *Medical Liability in Europe : A Comparison of Selected Jurisdictions.*, ed. Bernhard A Koch, (Germany : De Gruyter, 2011), pp.512-514.

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลจะเห็นได้ว่าในกรณีที่การกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นเหตุทำให้หญิงตั้งครรภ์และคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ หญิงและชายมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์และการคลอดบุตร เช่น ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ ค่าเสียหายจากการสูญเสียประโยชน์ระหว่างตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตร ค่าขาดรายได้เนื่องจากหญิงไม่สามารถประกอบกิจการได้ตามปกติหรือประกอบกิจการงานได้น้อยลง รวมถึงค่าขาดรายได้ในกรณีที่หญิงจำเป็นต้องลาออกจากงานอีกด้วย นอกจากนี้ หญิงยังมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน เช่น ค่าเสียหายจากความเครียด ความวิตกกังวล ความท้อแท้ที่เกิดขึ้นจากการตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์ ซึ่งนักวิชาการส่วนหนึ่งเห็นว่าเหตุผลที่หญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินเนื่องมาจากการตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายต่อสิทธิในร่างกายและอนามัยของหญิง ในขณะที่นักวิชาการอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าเมื่อการกระทำของแพทย์เป็นการละเมิดต่อสิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเอง ซึ่งเป็นสิทธิตามมาตรา 10.1 แห่งรัฐธรรมนูญ หญิงจึงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินจากแพทย์³⁹⁶

1.2.12 ประเทศนิวซีแลนด์

ในประเทศนิวซีแลนด์ ความรับผิดชอบเพื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นความรับผิดชอบในระบบที่ผู้เสียหายไม่ต้องพิสูจน์ความผิด (No-fault Accident Compensation Scheme) โดย The Accident Act 1982 กำหนดว่าผู้เสียหายจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ต่อเมื่อผู้เสียหายสามารถพิสูจน์ได้ว่าอุบัติเหตุที่เกิดขึ้นเป็นผลทำให้ผู้เสียหายได้รับความเสียหายต่อเนื้อตัวร่างกาย จึงทำให้เกิดประเด็นปัญหาว่าการตั้งครรภ์ที่เกิดขึ้นจากการทำหมันที่ผิดพลาดเป็นความเสียหายต่อเนื้อตัวร่างกายของหญิงด้วยหรือไม่ ในกรณีที่กฎหมายเห็นว่าการตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ไม่เป็นความเสียหายต่อเนื้อตัวร่างกายของหญิง หญิงย่อมไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทั้งที่เป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงินจากการตั้งครรภ์ เช่น ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ในการดูแลครรภ์และการทำคลอด ค่าเสียหายจากความเจ็บปวดทุกข์ทรมานและความไม่สะดวกสบายอันเกิดขึ้นระหว่างตั้งครรภ์และคลอดบุตร ตลอดจนค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก³⁹⁷

³⁹⁶ Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Reinhard Zimmermann and Bernhard A. Koch, *supra note* 256, pp.887-889.

³⁹⁷ John Hughes, “Accident Compensation and Childbirth,” *New Zealand Law Journal*, Volume 79, p.79 (1981)

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์
ปรากฏในคดี Tietiens v Rutherford³⁹⁸ ปัญหาที่ศาลต้องพิจารณาก็คือการตั้งครรภ์เป็นความ
เสียหายต่อเนื้อตัวร่างกายของหญิงหรือไม่³⁹⁹ ซึ่งท้ายที่สุดแล้วศาลเห็นว่าการตั้งครรภ์และการให้
กำเนิดบุตรไม่เป็นความเสียหายตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร⁴⁰⁰ หญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียก
ค่าเสียหายจากแพทย์⁴⁰¹

³⁹⁸ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า หญิงเข้ารับการผ่าตัดทำหมันจากแพทย์ แต่แพทย์ทำการผ่าตัด
ทำหมันโดยประมาทจนทำให้การผ่าตัดทำหมันไม่ประสบผลสำเร็จ เมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพ
ร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ หญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

³⁹⁹ ศาลพิจารณาพิพากษาคดีโดยศึกษาเปรียบเทียบกับคดี G v Auckland Hospital
Board [1976] 1 NZLR 638 และคดี Jones v Secretary of State [1972] AC 944.

⁴⁰⁰ คดี L v M [1979] 2 NZLR 519 (CA). ศาลมีคำพิพากษาว่ากระบวนการตั้งครรภ์
และการคลอดบุตรไม่ทำให้เกิดความเสียหายต่อร่างกายและอนามัยของหญิง โดยผู้พิพากษา Cooke J
ให้ความเห็นว่า “... ในสำนึกของวิญญูชน การตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตรอาจเกิดขึ้นโดยไม่พึง
ประสงค์หรืออาจเกิดขึ้นจากความผิดพลาดทางการแพทย์ อย่างไรก็ตาม ข้าพเจ้าไม่คิดว่าการตั้งครรภ์
หรือการให้กำเนิดบุตรสามารถก่อให้เกิดความเสียหายต่อเนื้อตัวร่างกายหรือสิทธิของหญิงได้ ...” ;
คดี Re Z Decision No.764 [1982] NZACR 279 (A.C.A.A) คณะกรรมการเยียวยาความเสียหายอัน
จากอุบัติเหตุ พิจารณาว่าชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเฉพาะจากความเสียหายที่เกิดขึ้น
จากการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรเท่านั้น ส่วนค่าเสียหายจากภาระหน้าที่ของชายและหญิงที่ต้อง
อุปการะเลี้ยงดูบุตรนั้น ชายและหญิงไม่มีสิทธิเรียกร้องจากกองทุนชดเชยเยียวยาความเสียหาย ;
คดี XY v Accident Compensation Corporation [1984] NZACR 777. ผู้พิพากษา Jeffries เห็น
ว่าหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายค่าเสียหายที่เป็นตัวเงิน ได้แก่ ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์จากการ
ตั้งครรภ์และคลอดบุตร ค่าอุปกรณ์ เครื่องใช้ส่วนตัว เครื่องนุ่งห่มของหญิงระหว่างตั้งครรภ์และเด็ก
และค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก ตลอดจนไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความเสียหายที่ไม่เป็นตัว
เงินอันเป็นผลมาจากการตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์อีกด้วย ทั้งนี้ศาลได้เปรียบเทียบกับคำพิพากษา
ของประเทศสหรัฐอเมริกาคดี Robak v United Sates, 658 F 2d 471 (1981) และคำพิพากษาของ
ประเทศอังกฤษคดี Sciuriaga v Powell, Udale v Bloomsbury AHA, Thake v Maurice, Emeh
v Kensington AHA

⁴⁰¹ C.James O'neill, "Damages and the Unwanted Child," Auckland University
Law Review, Issue 2, Volume 5, p.199 (1985).

อย่างไรก็ดี การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ปรากฏขึ้นอีกครั้งในคดี *Re Mrs McR*⁴⁰² การเกิดของเด็กส่งผลกระทบต่อสถานะทางเศรษฐกิจและทำให้ครอบครัวไม่สามารถดำเนินชีวิตได้ตามปกติ และเป็นเหตุทำให้หญิงต้องลาออกจากงานเพื่อมาเลี้ยงดูบุตร ภายหลังจากศาลชั้นต้นได้พิจารณาตามแนวบรรทัดฐานเดิม ศาลเห็นว่าหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์⁴⁰³

อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษา Cooke J ได้ตั้งข้อสังเกตว่าแม้กฎหมายลายลักษณ์อักษรจะไม่ยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ แต่การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายดังกล่าวสามารถเกิดขึ้นได้ตามกฎหมายจารีตประเพณี⁴⁰⁴ ซึ่งภายหลังที่ข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลอุทธรณ์ คดีได้เปลี่ยนชื่อเป็นคดี *Accident Compensation Commission v Auckland Hospital Board*⁴⁰⁵ ผู้พิพากษา Speight J ให้ความเห็นว่าในการพิจารณาว่าแพทย์ต้องรับผิดชอบในการตั้งครรภ์ของหญิงหรือไม่ ศาลต้องดูว่าความผิดพลาดที่เกิดขึ้นในการผ่าตัดทำหมันเป็นความผิดพลาดที่สามารถยอมรับได้ในวงการแพทย์หรือเป็นความผิดพลาดที่สามารถเกิดขึ้นได้ตามปกติ แต่เมื่อการตั้งครรภ์ของหญิงเกิดขึ้นจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ หาได้เป็นผลมาจากความผิดพลาดตามปกติหรือเหตุสุดวิสัย จึงไม่มีเหตุผลที่กฎหมายจะห้ามมิให้หญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย⁴⁰⁶ เช่นเดียวกับผู้พิพากษา Blair ที่แสดงความเห็นว่า เมื่อกรณีนี้ปราศจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กและค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวกับการตั้งครรภ์และการคลอด

⁴⁰² (1978) 1 NZAR 567(ACAA). ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ด้วยเหตุที่อุปกรณ์ที่ใช้ในการผ่าตัดทำหมันบกพร่องทำให้การผ่าตัดทำหมันไม่ประสบผลสำเร็จ เมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ หญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

⁴⁰³ C.James O'Neill, *supra note 401*, pp.200-201.

⁴⁰⁴ *Ibid.*

⁴⁰⁵ [1981] 2 NZACR 9 748.

⁴⁰⁶ C.James O'Neill, *supra note 401*, pp.200-201.

บุตรย่อมไม่เกิดขึ้น⁴⁰⁷ และเมื่อความเสียหายดังกล่าวแพทย์สามารถคาดเห็นได้ หญิงจึงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายดังกล่าวจากแพทย์⁴⁰⁸

โดยท้ายที่สุด ศาลพิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายให้กับหญิง ประกอบไปด้วย ค่าขาดรายได้จากการที่หญิงไม่สามารถประกอบกิจการงานได้ตามปกติ ค่าใช้จ่ายส่วนตัวระหว่างที่หญิงตั้งครรภ์ อาทิ ค่าเครื่องแต่งกายและค่าเครื่องใช้ของเด็ก ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจนกว่าเด็กบรรลุนิติภาวะ⁴⁰⁹

ดังนั้น จากแนวการพิจารณาและพิพากษาคดีของศาลในปัจจุบัน หญิงที่ให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทั้งปวงที่เป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์⁴¹⁰

1.2.13 ประเทศสวิสเซอร์แลนด์

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ปรากฏขึ้นในปี ค.ศ. 2005 ในคดี Tribunal fédéral suisse, 20 December 2005, ATF 132 III 359⁴¹¹ ข้อเท็จจริงปรากฏว่าภายหลังทำคลอดแพทย์สืมนำตัดทำหมันให้กับหญิง เมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ หญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์⁴¹²

ในการพิจารณาคดีของศาลชั้นต้น ศาลพิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าขาดรายได้ และค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กให้ชายและหญิง แม้แพทย์จะไม่ได้ปฏิเสธว่าไม่ได้ผ่าตัดทำหมัน

⁴⁰⁷ ในการพิจารณาพิพากษาคดีศาลได้อ้างความเห็นของผู้พิพากษา Griffin LJ ในคดี Speck v Finegold 408 A2d 496, 508 (1979) และอ้างคดี Robak v United Sates, 658 F 2d 471 (1981) ในประเด็นที่ว่าเมื่อการตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ หญิงจึงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทั้งปวง

⁴⁰⁸ Yasmin Moinfar, "Pregnancy Following Failed Sterilisation under the Accident Compensation Scheme," *Victoria University of Wellington Law Review*, Issue 4, Volume 40, pp.810-813 (2009-2010)

⁴⁰⁹ C.James O'neill, *supra note 401*, p.201.

⁴¹⁰ Yasmin Moinfar, *supra note 408*, pp.810-813 (2009-2010)

⁴¹¹ Federal Court Decision of 20 December 2005.

⁴¹² Corinne Widmer Lüchinger, "Medical Liability in Switzerland," in *Medical Liability in Europe : A Comparison of Selected Jurisdictions.*, ed. Bernhard A Koch, (Germany : De Gruyter, 2011), pp.598-599.

โดยประมาท แต่แพทย์ได้โต้แย้งคำพิพากษาของศาลชั้นต้นไปยังศาลสูง ด้วยเหตุผลที่ว่ากฎหมายไม่ควรยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์

ศาลสูงเห็นว่า การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ไม่ได้เป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดของมนุษย์ แต่เป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการที่ชายและหญิงต้องมีภาระหน้าที่ในการเลี้ยงดูเด็กโดยไม่พึงประสงค์ ซึ่งชายและหญิงพยายามหลีกเลี่ยงจากภาระหน้าที่ดังกล่าวด้วยการเลือกที่จะเข้ารับการผ่าตัดทำหมันจากแพทย์แล้ว แต่เพราะการกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นเหตุทำให้ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงภาระหน้าที่ดังกล่าวได้สำเร็จ

นอกจากนี้ ศาลให้เหตุผลอีกด้วยว่าตามหลักกฎหมายพื้นฐาน ชายและหญิงจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ต่อเมื่อการกระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้กองทรัพย์สินของชายและหญิงลดน้อยลง เมื่อภาระหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรเป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจและส่งผลทำให้กองทรัพย์สินของชายและหญิงลดลง แพทย์จึงมีหน้าที่เยียวยากองทรัพย์สินของชายและหญิงให้กลับคืนเดิมเสมือนว่าไม่มีการกระทำโดยประมาทและไม่มี ความเสียหายเกิดขึ้น⁴¹³

ในปัญหาที่ว่า การที่ศาลยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์จะส่งผลกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กหรือไม่ ศาลพิจารณาว่าการที่ศาลยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์นอกจากไม่เป็นการทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กแล้ว ยังเป็นการช่วยส่งเสริมศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กอีกด้วย เพราะค่าเสียหายที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ ศาลเชื่อว่าจะช่วยทำให้ชายและหญิงสามารถให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กได้อย่างเหมาะสม ดังนั้น เมื่อเด็กสามารถเจริญเติบโตในสภาพแวดล้อมที่ดีแทนที่จะต้องดำเนินชีวิตด้วยความยากลำบาก จึงหาเป็นเหตุทำให้เด็กมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ลดลงแต่อย่างใด⁴¹⁴

ในปัญหาที่ว่าหญิงมีหน้าที่เยียวยาความเสียหายด้วยการเข้ารับการทำแท้งหรือยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่นหรือไม่ นักวิชาการจำนวนหนึ่งเห็นว่า ในกรณีที่หญิงไม่ยินยอมเข้ารับการทำแท้งหรือไม่ยินยอมยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่น เท่ากับว่าหญิงสมัครใจที่จะรับความเสียหายไว้เอง อีกทั้งส่งผลทำให้การให้กำเนิดบุตรของหญิงไม่เป็นการให้กำเนิดบุตรโดยไม่

⁴¹³ *Ibid.*

⁴¹⁴ *Ibid.*

พึงประสงค์อีกต่อไป อย่างไรก็ตาม นักวิชาการส่วนมากเห็นว่าหญิงไม่มีหน้าที่เยียวยาความเสียหายด้วยการทำแท้งหรือการยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่น⁴¹⁵

1.2.14 ประเทศโปแลนด์

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เข้าสู่การพิจารณาของศาลสูงในปี ค.ศ. 2003 ในคดี SN of 21 November 2003⁴¹⁶ ข้อเท็จจริงปรากฏว่าในปี ค.ศ. 1996 หญิงถูกข่มขืนจนตั้งครรภ์ เมื่อพิจารณาตามกฎหมายว่าด้วยการวางแผนครอบครัวและการทำแท้ง (Law on family planning and abortion) หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งกฎหมายกำหนดเงื่อนไขว่าหญิงจะเข้ารับการทำแท้งได้ต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากอัยการและแพทย์เท่านั้น เมื่อหญิงไม่ได้แสดงเอกสารที่ได้รับความเห็นชอบจากอัยการและหญิงไม่ยินยอมเข้ารับการตรวจกับแพทย์ว่าการตั้งครรภ์เกิดจากการข่มขืนหรือไม่ แพทย์จึงไม่ยินยอมทำแท้งให้กับหญิง เมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ หญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ซึ่งประกอบไปด้วยค่าเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินจากการถูกละเมิดต่อสิทธิส่วนบุคคล ค่าขาดรายได้ตั้งแต่วันที่หญิงได้ติดต่อกับแพทย์จนถึงวันฟ้อง และค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กโดยหญิงเรียกร้องให้แพทย์จ่ายเป็นรายเดือน

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลชั้นต้น ศาลพิพากษายกฟ้องหญิงเพราะเห็นว่ากรณีที่หญิงไม่ได้รับความเห็นชอบจากอัยการ จึงทำให้หญิงไม่มีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ในขณะที่ศาลอุทธรณ์พิพากษายกฟ้องของหญิงโดยเห็นว่าประมวลกฎหมายแพ่งไม่รับรองว่าการเกิดของมนุษย์เป็นความเสียหายตามกฎหมาย อีกทั้งยังไม่รับรองว่าบุคคลมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลสูง ศาลได้ศึกษาเปรียบเทียบกับแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศ โดยศาลเห็นว่านอกจากการวางแผนครอบครัวจะเป็นเสรีภาพที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญ การวางแผนครอบครัวยังเป็นสิทธิส่วนบุคคลที่ได้รับการ

⁴¹⁵ Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Reinhard Zimmermann and Bernhard A. Koch, *supra note 256*, pp.879-880.

⁴¹⁶ VCK 16/03, [2004] OSNC see Ewa Bagińska, "Poland," In European Tort Law 2004. eds. Helmut Koziol and Barbara C Steininger, (Germany : SpringerWienNewYork, 2005), pp.466-468. and Christian Von Bar, Principles of European Law : Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another, (Germany : Walter de Gruyter, 2009), p.349.

คุ้มครองตามประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 23 อีกด้วย ความเสียหายต่อสิทธิในการวางแผนครอบครัว จึงเป็นความเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 448 เมื่อสิทธิในการวางแผนครอบครัวและสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเป็นสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย ในกรณีที่หญิงสามารถพิสูจน์ได้ว่าการที่หญิงไม่สามารถเข้ารับการทำแท้งเป็นเพราะความผิดของแพทย์ หญิงย่อมมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากการตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ แต่เมื่อพยานหลักฐานไม่เพียงพอต่อการพิจารณา ศาลเห็นสมควรให้ยื่นสำนวนเพื่อให้ศาลล่างสืบพยานหลักฐานเพิ่มเติม ในภายหลัง ศาลสูงมีคำพิพากษาว่าการที่แพทย์ไม่ยอมทำแท้งให้กับหญิง ทั้งที่ปรากฏว่าหญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย การกระทำของแพทย์จึงเป็นการละเมิดต่อสิทธิส่วนบุคคล สิทธิในการวางแผนครอบครัว และสิทธิตามรัฐธรรมนูญของหญิง หญิงจึงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากแพทย์⁴¹⁷

จากการที่ศาลมีคำพิพากษาว่าหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการที่แพทย์ไม่ยินยอมทำแท้งให้กับหญิง ศาสตราจารย์ Ewa Bagińska ตั้งข้อสังเกตว่าคำพิพากษาคดีดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิที่จะได้เกิดขึ้นมามีชีวิตของเด็ก⁴¹⁸ ดังนั้น แทนที่กฎหมายจะยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ หน่วยงานภาครัฐควรจัดตั้งองค์กรหรือกองทุนที่ทำหน้าที่ให้ความช่วยเหลือชายและหญิงที่ไม่พร้อมที่จะให้กำเนิดบุตรหรือไม่มีความสามารถที่จะเลี้ยงดูเด็ก⁴¹⁹

1.2.15 ประเทศอิตาลี

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ปรากฏในคดี NGCC 1995, I, 1107⁴²⁰ มีข้อเท็จจริงว่าแพทย์ทำแท้งโดยประมาทเป็นเหตุทำให้การทำแท้งไม่ประสบผลสำเร็จ แม้หญิงพบว่าการทำแท้งไม่ประสบผลสำเร็จแต่ก็ล่วงเลยเวลาที่หญิงสามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ภายหลังที่หญิงให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ หญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

⁴¹⁷ Ewa Bagińska, "Poland," In *European Tort Law 2006*. eds. Helmut Koziol and Barbara C Steininger, (Germany : SpringerWienNewYork, 2007), pp.386-388.

⁴¹⁸ *Ibid*, p.468.

⁴¹⁹ *Ibid*, p.388.

⁴²⁰ Corte di Cassazione (Court of Cassation) 8 July 1994, no 6464 see Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Reinhard Zimmermann and Bernhard A. Koch, *supra* note 256, pp.885-886.

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลชั้นต้น ศาลพิจารณาว่าเมื่อการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นผลมาจากความผิดพลาดในกระบวนการทำแท้ง หญิงจึงมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์และโรงพยาบาล โดยหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ และมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก อย่างไรก็ตาม สิทธิในการเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กมีเฉพาะในช่วงเวลาที่เกิดของเด็กทำให้การดำเนินชีวิตของหญิงเป็นไปด้วยความยากลำบากเท่านั้น ซึ่งหญิงหาได้มีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจนกว่าเด็กบรรลุนิติภาวะ

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลสูง ศาลสูงเห็นว่าเมื่อพยานหลักฐานไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าการตั้งครรภ์ส่งผลกระทบต่อสุขภาพของหญิงอย่างร้ายแรง หญิงจึงไม่มีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย การที่แพทย์ทำแท้งโดยไม่ประมาทจึงเป็นเหตุทำให้หญิงได้รับความเสียหาย ด้วยเหตุดังกล่าว หญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

อย่างไรก็ดี ปัญหาที่ว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์หรือไม่ ยังไม่มีความชัดเจนแน่นอน เพราะในคดี Trib Cagliari, 23 February 1995⁴²¹ ข้อเท็จจริงปรากฏว่าแพทย์ผ่าตัดทำหมันให้หญิงโดยประมาท ศาลพิพากษาว่าหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก โดยสิทธิเรียกร้องดังกล่าวมีจนกว่าเด็กจะบรรลุนิติภาวะ (อายุครบ 23 ปี)⁴²²

อย่างไรก็ดี คดี App Caltanissetta, 12 March 2008⁴²³ ข้อเท็จจริงปรากฏว่าแพทย์ทำแท้งโดยประมาท ศาลพิพากษาว่าหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายที่เกี่ยวข้องกับความเสียหายที่เป็นผลมาจากการทำแท้งเท่านั้น แต่ไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก เช่นเดียวกับคดี Trib Milano, 20 October 1997⁴²⁴ ข้อเท็จจริงปรากฏว่าแพทย์ไม่ได้ให้ข้อมูลและไม่ได้แจ้งเตือนให้หญิงทราบว่าการผ่าตัดทำหมันอาจไม่ประสบความสำเร็จ จนทำให้หญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการคุมกำเนิดอื่นๆ ศาลพิพากษาว่าแม้การกระทำของ

⁴²¹ Resp Civ Prev 2005, 599

⁴²² คดี Trib Brescia, 13 May 2003 DR2003,1222 และคดี Trib Venezia, Foro It 2002 I, 3480 เป็นกรณีที่แพทย์ผ่าตัดทำหมันโดยประมาท ศาลพิพากษาว่าหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก

⁴²³ Resperisarcimento 2008, 48

⁴²⁴ DR 1999, 82

แพทย์เป็นการละเมิดต่อสิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเองของหญิง แต่หญิงก็มีเพียงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินเท่านั้น แต่ไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก

ในปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตร โดยไม่พึงประสงค์ Alessandro P Scarso และ Massimo Foglia ได้ให้ความเห็นว่าในกรณีที่การกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นเหตุทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ การกระทำดังกล่าวย่อมเป็นการละเมิดต่อสิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเองและสิทธิในการเจริญพันธุ์ ซึ่งตามหลักกฎหมายพื้นฐาน ชายและหญิงควรมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากแพทย์ซึ่งประกอบไปด้วยค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ค่าขาดรายได้ ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก และค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน⁴²⁵

1.2.16 ประเทศนอร์เวย์

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ปรากฏขึ้นในคดี Krajský soud v Brne⁴²⁶ ข้อเท็จจริงปรากฏว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แฝดประสงค์เข้ารับการแท้ง แต่แพทย์ทำแท้งโดยประมาททำให้ทารกถึงแก่ความตายเพียงรายเดียว ในขณะที่ทารกอีกรายคลอดออกมามีชีวิต หญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายซึ่งรวมถึงค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลเห็นว่าการกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นการละเมิดต่อสิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเองและเสรีภาพของหญิง ในขณะเดียวกันยังเป็นการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้อง หญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ซึ่งประกอบไปด้วย ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์และคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ค่าขาดรายได้นอกเหนือจากที่หญิงได้รับการช่วยเหลือจากรัฐ ส่วนปัญหาที่ว่าหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กหรือไม่ ศาลเห็นว่าหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก แต่เรียกได้เพียง 9600 ยูโร เท่านั้น ซึ่งไม่เต็มตามจำนวนที่ปรากฏในคำฟ้อง⁴²⁷ โดยศาลให้เหตุผลว่า ถ้าศาลยินยอมให้หญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก

⁴²⁵ Alessandro P Scarso and Massimo Foglia, "Medical Liability in Italy," in *Medical Liability in Europe : A Comparison of Selected Jurisdictions.*, ed. Bernhard A Koch, (Germany : De Gruyter, 2011), p.356.

⁴²⁶ 29 February 2008

⁴²⁷ การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศนอร์เวย์มีลักษณะคล้ายกับการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลสาธารณรัฐเช็ก แม้ศาลมีคำพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก แต่ศาลเห็นว่าชายและหญิงไม่สามารถเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กได้เต็มจำนวน อย่างไรก็ตาม การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในภายหลังศาลเห็นว่า การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจาก

ได้เต็มจำนวน เท่ากับศาลยินยอมให้หญิงที่ให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายมากกว่าหญิงที่ต้องสูญเสียบุตรจากการทำละเมิด ซึ่งเรื่องดังกล่าวไม่สมควรเกิดขึ้น⁴²⁸

1.2.17 ประเทศมอลตา

ในประเทศมอลตา การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่มีประสงค์ปรากฏขึ้นในปี ค.ศ. 2008 ในคดี A v B⁴²⁹ มีข้อเท็จจริงว่าภายหลังที่แพทย์ผ่าตัดทำหมันให้กับหญิง แพทย์ไม่ได้ให้ข้อมูลและไม่ได้แจ้งเตือนความเสี่ยงว่าการผ่าตัดทำหมันอาจไม่ประสบความสำเร็จ ภายหลังที่หญิงให้กำเนิดบุตรคนที่ 3 ที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ หญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความเจ็บปวดทุกข์ทรมาน ค่าเสียหายทางจิตใจจากการผ่าตัดทำคลอด และค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลชั้นต้น ศาลเห็นว่าแพทย์จะต้องรับผิดชอบต่อการรักษาพยาบาลไม่เป็นไปตามมาตรฐานการประกอบวิชาชีพเท่านั้น แต่ด้วยข้อจำกัดทางการแพทย์ที่ว่าการผ่าตัดทำหมันมีโอกาสเสี่ยงที่จะไม่ประสบความสำเร็จ ซึ่งโอกาสเช่นว่านั้นเป็นโอกาสที่เกิดขึ้นได้ตามธรรมชาติ ศาลชั้นต้นจึงเห็นว่าการตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรของหญิงเป็นเหตุสุดวิสัย ไม่ใช่เพราะการกระทำโดยประมาทของแพทย์ นอกจากนี้ ศาลยังได้พิจารณาอีกด้วยว่าแม้โดยปกติแพทย์มีหน้าที่แจ้งเตือนความเสี่ยงที่ว่าการผ่าตัดทำหมันอาจไม่ประสบความสำเร็จ แต่การที่แพทย์ละเลยต่อหน้าที่ดังกล่าวไม่เพียงพอที่จะทำให้การรักษาพยาบาลของแพทย์เป็นการกระทำโดยประมาท หญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

อย่างไรก็ดี G. Caruana Demajo, L. Quintano และ D. Zammit ได้ตั้งข้อสังเกตว่า จากคำพิพากษาที่ได้กล่าวข้างต้น ยังไม่สามารถสรุปได้ว่าชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่มีประสงค์ นอกจากนี้ การที่ศาลไม่ได้พิจารณาในปัญหา

การให้กำเนิดบุตรโดยไม่มีประสงค์เป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่ขัดต่อนโยบายสาธารณะ ศาลจึงพิพากษาว่าชายและหญิงไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากแพทย์ see Ondrej Dostál, “Medical Liability in the Czech Republic,” in *Medical Liability in Europe : A Comparison of Selected Jurisdictions.*, ed. Bernhard A Koch, (Germany : De Gruyter, 2011), p.146.

⁴²⁸ Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Reinhard Zimmermann and Bernhard A. Koch, *supra note 256*, pp.897-898.

⁴²⁹ Court of Appeal, 30 May 2008. see G. Caruana Demajo, L. Quintano and D. Zammit. “Malta,” in *European Tort Law 2008.* eds. Helmut Koziol and Barbara C Steininger, (Germany : SpringerWienNewYork, 2009), pp.440-441.

ที่ว่าหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหรือไม่ ทำให้ทริชาการบางฝ่ายเชื่อว่าหญิงยังคงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์⁴³⁰

จากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศต่อปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ สามารถแบ่งกลุ่มได้ดังนี้

กลุ่มที่ 1 อาทิ ประเทศอังกฤษ บางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา และบางมลรัฐของประเทศออสเตรเลีย ศาลพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เท่านั้น เช่น ค่าขาดรายได้ ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ที่เกิดขึ้นระหว่างตั้งครรภ์และระหว่างคลอด ค่าใช้จ่ายในการเข้ารับการรักษาผ่าตัดทำหมันหรือทำแท้งเป็นครั้งที่สอง ค่าเสียหายทางจิตใจที่เป็นผลมาจากการตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ แต่ชายและหญิงไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก

กลุ่มที่ 2 อาทิ ประเทศเยอรมนี ประเทศออสเตรเลียและประเทศเนเธอร์แลนด์ ศาลพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายทั้งปวงที่เป็นผลมาจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ อย่างไรก็ตาม ในบางครั้งศาลกำหนดเงื่อนไขว่าชายและหญิงจะมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายได้ต่อเมื่อการเกิดของเด็กส่งผลกระทบต่อสถานะทางเศรษฐกิจหรือทำให้ชายและหญิงไม่สามารถดำเนินชีวิตได้ตามปกติเท่านั้น หรือเป็นกรณีที่เกิดขึ้นมามีร่างกายพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรงเท่านั้น

⁴³⁰ *Ibid*, p.441.

2. การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ หรือ “Wrongful Birth”⁴³¹ เป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่เกี่ยวข้องกับการเกิดของมนุษย์อีกรูปแบบหนึ่ง ที่มาพร้อมกับปัญหาทางกฎหมายและข้อถกเถียงทางวิชาการจำนวนมากเช่นเดียวกับที่เคยปรากฏขึ้นในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์⁴³²

⁴³¹ Elizabeth F. Collins ได้แสดงความเห็นว่า เมื่อการใช้ถ้อยคำว่า “Wrongful Life” ทำให้หลายคนเข้าใจว่าการมีชีวิตหรือการได้เกิดเป็นความเสียหายจึงควรใช้คำว่า “Wrongful Impairment” แทนคำว่า “Wrongful Life” เพราะจะช่วยให้เห็นได้ว่าการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของเด็กเป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความทุกข์ทรมานที่เกิดขึ้นจากความพิการ ไม่ได้เป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต (Claims for hardship not for being born) นอกจากนี้ ควรใช้คำว่า “Wrongful Formation” แทนคำว่า “Wrongful Birth” เพราะจะช่วยให้เห็นได้ว่าเหตุที่ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ เนื่องมาจากการกระทำของแพทย์เป็นการละเมิดต่อสิทธิที่จะได้รับข้อมูลที่แท้จริงเกี่ยวกับโอกาสที่ชายและหญิงอาจให้กำเนิดบุตรที่พิการ หรือทำให้ชายและหญิงไม่ทราบว่าทารกในครรภ์พิการจนไม่สามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของกฎหมาย see Elizabeth F. Collins, "Overview and Analysis: Prenatal Torts, Preconception Torts, Wrongful Life, Wrongful Death, and Wrongful Birth: Time for a New Framework," *Journal of Family Law*, Volume 22, Issue 4, pp.677-712 (1984)

⁴³² ดูตัวอย่างปัญหาทางกฎหมายใน Charles J Lewis, “The Quality of Life. Wrongful Birth,” *Law Society Gazette*, Volume 79, p.839 (1982) ; Kennetii Mck Norrie, “ Wrongful Birth and the Supreme Court of South Africa,” *International and Comparative Law Quarterly*, Issue 2, Volume 40, pp.437-442 (1991) ; Clive R Symmons, “ Policy Factors in Actions for Wrongful Birth,” *The Modern Law Review*, Volume 50, p.269 (1987) ; Barbara Steininger, “Wrongful Birth and Wrongful Life: Basic Questions”, *Journal of European Tort Law*, Volume 1, pp.125-155 (2010) ; Martin Hogg, “ Damages for Pecuniary Loss in Cases of Wrongful Birth”, *Journal of European Tort Law*, Volume 1, pp.156-170 (2010) ; Eva Baginska, “Wrongful Birth and Non-Pecuniary Loss: Theories of Compensation”, *Journal of European Tort Law*, Volume 1, pp.171-203 (2010)

โดยปกติคำว่า “Wrongful Birth” หมายถึง การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยหญิงและหรือชายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง⁴³³ โดยเป็นผลมาจากการที่ชายและหญิงเสียสิทธิที่จะหลีกเลี่ยงการปฏิสนธิและป้องกันการตั้งครรภ์ที่มีโอกาสเสี่ยงว่าเด็กจะเกิดขึ้นมาพิการ (Right not to conceive the disabled child) การเสียสิทธิที่จะเลือกตั้งครรภ์ด้วยเทคนิคช่วยการเจริญพันธุ์แทนการตั้งครรภ์ด้วยวิธีธรรมชาติ (Right to access to assisted reproductive technology) การเสียสิทธิที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายเมื่อพบว่าทารกในครรภ์มีร่างกายพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง (Right to abortion)⁴³⁴ ทั้งนี้แม้ความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กจะไม่ได้เป็นผลโดยตรงมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ แต่ในกรณีที่ปราศจากความผิดพลาดทางการแพทย์ ชายและหญิงจะไม่ต้องหรือมีโอกาสหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการ

สำหรับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ผู้เขียนได้ทำการศึกษาลักษณะทั่วไปของการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายและแนวทางการปรับใช้กฎหมายของต่างประเทศ ดังนี้

2.1. ลักษณะทั่วไปของการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ

ก่อนที่จะทำการศึกษาดังกล่าวถึงแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศ ผู้เขียนได้ทำการศึกษาลักษณะทั่วไปของการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ โดยศึกษาลักษณะของความผิดพลาดทางการแพทย์ ความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ และลักษณะทั่วไปของการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1) ลักษณะความผิดพลาดทางการแพทย์

ความผิดพลาดทางการแพทย์ที่นำไปสู่การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายอาจเกิดขึ้นได้หลายช่วงเวลา ดังนี้ (1) ก่อนชายและหญิงทำการสมรส อาทิ กระบวนการตรวจสุขภาพก่อนสมรส กระบวนการให้คำปรึกษาเกี่ยวกับการวางแผนครอบครัวและการคุมกำเนิด (2) ก่อนหญิงตั้งครรภ์ อาทิ กระบวนการตรวจสุขภาพก่อนตั้งครรภ์ การให้คำแนะนำและให้คำปรึกษาทางพันธุศาสตร์ (3) ระหว่างกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ อาทิ การเลือกเซลล์สืบพันธุ์หรือการตรวจคัดกรองคุณภาพของตัวอ่อน (4) ภายหลังจากที่หญิงตั้งครรภ์ อาทิ การตรวจสอบสุขภาพและความเสี่ยงต่างๆ ที่อาจเกิดขึ้นกับทารกในครรภ์ หรือการตรวจสอบสุขภาพของหญิงที่อาจส่งผลกระทบต่อทารกในครรภ์

⁴³³ Bryan A Garner, *Black's Law Dictionary*, 9 ed., (St. Paul, Minn : Thomson Reuters, 2009), p.1752.

⁴³⁴ Vanvooren v Astin, 141 Idaho 440, 111 P.3d 125 (2005)

ลักษณะความผิดพลาดทางการแพทย์ที่ปรากฏขึ้นบ่อยครั้งในต่างประเทศ มีตัวอย่างดังนี้

(1) ความผิดพลาดในกระบวนการตรวจสอบสุขภาพของทารกในครรภ์⁴³⁵ เช่น แพทย์เจาะถุงน้ำคร่ำโดยประมาท⁴³⁶ แพทย์ตรวจโรคหัดเยอรมันโดยประมาท⁴³⁷ แพทย์อ่าน⁴³⁸ หรือแจ้งผลการตรวจโดยประมาท⁴³⁹ แพทย์เก็บหรือส่งตัวอย่างการตรวจไปยังห้องปฏิบัติการล่าช้า หรือไม่ได้ส่งตัวอย่างการตรวจไปยังห้องปฏิบัติการที่มีผู้มีความเชี่ยวชาญปฏิบัติหน้าที่ จนเป็นเหตุทำให้ความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กปรากฏเมื่อล่วงเลยระยะเวลาที่หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดย

⁴³⁵ Toney v Chester County Hosp., 2008 PA Super 268, 961 A.2d 192 (2008)

⁴³⁶ Howard v Lecher (1976, 2d Dept) 53 App Div 2d 420, 386 NYS2d 460

⁴³⁷ Jacobs v Theimer, 519 SW2d 846 (Tex 1975) ; Smith v Cote, 8 Med Liab Rptr 944 (NH 1986)

ในกรณีที่หญิงป่วยเป็นโรคหัดเยอรมันระหว่างตั้งครรภ์ แม้โรคหัดเยอรมันจะไม่เป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิง แต่โรคหัดเยอรมันอาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพของทารกโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่หญิงเป็นโรคหัดเยอรมันในช่วงที่หญิงตั้งครรภ์ 3 เดือนแรก โรคหัดเยอรมันอาจเป็นเหตุทำให้ทารกในครรภ์พิการ หูหนวก หัวใจพิการ ตัวเล็กกว่าปกติ เกล็ดเลือดต่ำ ม้ามโต และทำให้เกิดความผิดปกติทางสมอง เมื่อแพทย์พบว่าหญิงป่วยเป็นโรคหัดเยอรมันในช่วงที่หญิงตั้งครรภ์ 3 เดือนแรก แพทย์มีหน้าที่ตรวจสอบสุขภาพของทารกในครรภ์ด้วยวิธีการเก็บตัวอย่างเลือดของทารกในครรภ์เพื่อตรวจว่าทารกในครรภ์เป็นโรคหัดเยอรมันหรือไม่ ในกรณีที่แพทย์ตรวจพบว่าหญิงเป็นโรคหัดเยอรมันในช่วงการตั้งครรภ์ 3 เดือนแรก แพทย์มีหน้าที่แนะนำให้หญิงเข้ารับการทำแท้งเพราะมีโอกาสถึงร้อยละ 50 ที่ทารกในครรภ์จะพิการจากโรคหัดเยอรมัน ดู บังอร พรรณลาภ, "หัดเยอรมันกับการตั้งครรภ์," (สืบค้นเมื่อวันที่ 22 มิถุนายน 2558), จาก <http://www.si.mahidol.ac.th/sidoctor/ep/articledetail.asp?id=184> และดู สุรีย์ สิมารักษ์, ชีระพร วุฒยวนิช, จตุพล ศรีสมบุรณ์ และ ชีระทองสง, สุนิติศาสตร์, (เชียงใหม่ : โครงการตำรา คณะแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2535). น.538.

⁴³⁸ Bianchini v N.K.D.S. Assocs., Ltd. (1992) 420 Pa Super 294, 616 A2d 700

⁴³⁹ Siemieniec v Lutheran Gen Hospital, 480 NE2d 1227 (Ill App 1985) ; บางครั้งความผิดพลาดทางการแพทย์อาจเกิดขึ้นจากการสลับผลการตรวจสุขภาพของทารก ดู Bianchini v N.K.D.S. Assocs., Ltd. (1992) 420 Pa Super 294, 616 A2d 700

ชอบด้วยกฎหมาย⁴⁴⁰ แพทย์ตรวจด้วยคลื่นความถี่โดยประมาท (Ultrasound)⁴⁴¹ แพทย์ตรวจสอบประวัติการรับประทานยาของหญิงก่อนตั้งครรภ์โดยประมาท⁴⁴² หรือการกระทำโดยประมาทของพยาบาลหรือเจ้าหน้าที่ผู้ช่วยแพทย์⁴⁴³

(2) แพทย์ไม่ได้แนะนำให้หญิงที่มีอายุกว่า 35 ปี เข้ารับการตรวจสุขภาพก่อนการตั้งครรภ์ และไม่ได้แจ้งเตือนถึงความเสี่ยงที่หญิงอาจให้กำเนิดบุตรที่ป่วยเป็นโรคดาวน์ซินโดรม⁴⁴⁴

(3) แพทย์ไม่ได้ให้ข้อมูลและคำแนะนำเกี่ยวกับเทคโนโลยีหรือวิธีการตรวจที่ทันสมัย ซึ่งเป็นวิธีการที่สามารถให้ผลการตรวจที่ถูกต้องแม่นยำ⁴⁴⁵ โดยวิธีการดังกล่าวจะช่วยทำให้

⁴⁴⁰ Garrison v Medical Center of Delaware Inc Del Supr, 581 A 2d 288 (1989).

⁴⁴¹ Keel v Banach 624 So 2d 1022 (Ala, 1993)

⁴⁴² Harbeson v Park-Davis Inc Wash, 656 P 2d 483 (1983) ข้อเท็จจริงปรากฏว่าหญิงมีประวัติว่ารับประทานยาที่อาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพของทารกตั้งแต่ช่วงระยะเวลาก่อนที่หญิงตั้งครรภ์ แม้แพทย์ทราบข้อเท็จจริงดังกล่าวแล้วแต่แพทย์ไม่ยอมตรวจสอบว่ายาที่หญิงรับประทานส่งผลกระทบต่อสุขภาพของทารกจริงหรือไม่ เมื่อหญิงได้ให้กำเนิดบุตรที่พิการ หญิงจึงฟ้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์เพราะเหตุที่การกระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้หญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ในการพิจารณาพิพากษาคดีศาลมีคำพิพากษาว่า หญิงมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

⁴⁴³ Basten v United States 848 F Supp 962 (MD Ala, 1994) ข้อเท็จจริงปรากฏว่า พยาบาลจัดบันทึกอาการของหญิงโดยประมาท อีกทั้งไม่ได้รายงานให้แพทย์ทราบว่าหญิงมีอาการผิดปกติระหว่างตั้งครรภ์ จากการกระทำโดยประมาทดังกล่าวทำให้หญิงไม่ทราบถึงปัญหาสุขภาพของทารกและไม่สามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของกฎหมาย เมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการ หญิงจึงฟ้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ในการพิจารณาพิพากษาคดีศาลมีคำพิพากษาว่าเมื่อการกระทำโดยประมาทของพยาบาลเป็นเหตุทำให้หญิงเสียสิทธิที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้ง หญิงจึงมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ

⁴⁴⁴ Becker v Schwartz, 386 NE2d 807 (NY 1978)

⁴⁴⁵ ในการให้การรักษาพยาบาล นอกจากแพทย์มีหน้าที่ทำการรักษาพยาบาลด้วยความระมัดระวังแล้วแพทย์ยังมีหน้าที่เลือกใช้อุปกรณ์ทางการแพทย์ที่ทันสมัยที่สุดเท่าที่แพทย์และโรงพยาบาลสามารถจัดหาได้ (Duty to provide the best technology available during a treatment) ในกรณีที่โรงพยาบาลที่ผู้ป่วยเข้ารับการรักษาพยาบาลไม่มีอุปกรณ์ที่ทันสมัย แพทย์มีหน้าที่ให้ข้อมูลกับผู้ป่วย (Duty to inform) เพื่อให้ผู้ป่วยทราบถึงเทคโนโลยีที่มีอยู่ในปัจจุบันที่

ชายและหญิงมีโอกาสหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือมีปัญหาสุขภาพได้มากยิ่งขึ้น ตัวอย่างเช่น แพทย์ไม่ได้แนะนำให้หญิงทราบว่า แพทย์สามารถตรวจสอบสุขภาพของทารกด้วยการเจาะถุงน้ำคร่ำ โดยวิธีการดังกล่าวจะช่วยทำให้หญิงหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่ป่วยเป็นโรคดาวน์ซินโดรม นอกจากนี้ การกระทำโดยประมาทของแพทย์อาจเกิดจากการที่แพทย์ละเลยที่จะใช้วิธีการตรวจที่ทันสมัย⁴⁴⁶ หรือเกิดจากการที่แพทย์ยืนยันกับหญิงว่าไม่มีความจำเป็นที่จะต้องใช้วิธีการตรวจอื่นเพิ่มเติม และไม่มี ความจำเป็นที่จะต้องส่งตัวหญิงให้เข้ารับการตรวจจากแพทย์ผู้เชี่ยวชาญ⁴⁴⁷

(4) ความผิดพลาดในกระบวนการให้คำแนะนำและให้คำปรึกษาทางพันธุศาสตร์⁴⁴⁸ ตัวอย่างเช่น แพทย์ไม่ได้แจ้งเตือนให้ชายและหญิงทราบว่า ในทุกครั้งที่หญิงตั้งครรภ์ หญิงมีโอกาสให้กำเนิดบุตรที่มีความผิดปกติทางพันธุกรรม⁴⁴⁹ การไม่แจ้งเตือนดังกล่าวทำให้ชายและหญิงไม่สามารถตัดสินใจได้ว่ายังต้องการให้กำเนิดบุตรหรือไม่⁴⁵⁰

สามารถรักษาพยาบาลหรือช่วยตรวจวิเคราะห์ วินิจฉัยโรคที่ผู้ป่วยเป็นอยู่ โดยต้องบอกถึงประสิทธิภาพของเทคโนโลยี สถานที่ให้บริการ และค่าใช้จ่ายที่จำเป็นต่อการเข้ารับบริการ จากสิทธิที่จะได้รู้ของมรดกดังกล่าว ผู้ป่วยจะเป็นผู้เลือกเองว่าผู้ป่วยจะเลือกเข้ารับบริการด้วยเทคโนโลยีที่ทันสมัยหรือไม่

⁴⁴⁶ Simmons v West Covina Medical Clinic, 260 Cal Rptr 772 (Cal App 2 Dist, 1989).

⁴⁴⁷ Haymon v Wilkerson 535 A 2d 880 (DC App, 1987).

⁴⁴⁸ Cathy J. Okrent, Torts and Personal Injury Law, 5th ed., (New York : Cengage Learning, 2015), p.388.

⁴⁴⁹ Gallagher v Duke University 638 F Supp 979 (MDNC, 1986) กรณีที่หญิงคลอดบุตรก่อนกำหนดหรือให้กำเนิดบุตรที่ไม่มีชีวิต (ตายคลอด) แพทย์ที่ดูแลครรภ์มีหน้าที่ตรวจสอบสาเหตุการคลอดก่อนกำหนดหรือการตายของทารก หากการคลอดก่อนกำหนดหรือการตายของทารกมีสาเหตุมาจากความผิดปกติทางพันธุกรรมหรือโรครกรรมพันธุ แพทย์มีหน้าที่ให้ข้อมูลกับชายและหญิงเพื่อให้ชายและหญิงสามารถเลือกที่จะหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่มีโอกาสเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นมาเป็นโรคทางพันธุกรรมอีกครั้ง ดังนั้น การที่แพทย์ไม่ได้ตรวจสอบสาเหตุการคลอดก่อนกำหนดหรือการเหตุการณ์ตายของทารกจนเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการ การกระทำของแพทย์จึงเป็นการกระทำโดยประมาท ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ

⁴⁵⁰ Speck v Finegold, 439 A2s 110 (Pa 1981) ; Naccash v Burger, 290 SE2d 825 (Va 1982) ; Turpin v Sortini, 182 CalRptr 337 (1982)

นอกจากนี้ ความผิดพลาดทางการแพทย์อาจเกิดขึ้นในกรณีที่แพทย์ตรวจพบว่าหญิงหรือชายเป็นพาหะของโรคทางพันธุกรรม⁴⁵¹ หรือในกรณีที่หญิงได้ให้ข้อมูลกับแพทย์ตั้งแต่เข้ารับการรักษาพยาบาลแล้วว่า ครอบครัวของหญิงเคยมีประวัติให้กำเนิดบุตรที่เป็นโรคทางพันธุกรรม แต่ในขั้นตอนการตรวจแพทย์ไม่ยอมทำการตรวจตามความประสงค์ของหญิง⁴⁵² หรือไม่ยอมส่งตัวหญิงเข้ารับการตรวจจากแพทย์ผู้เชี่ยวชาญ⁴⁵³

(5) ความผิดพลาดในขั้นตอนการรับฝากครรภ์ ตัวอย่างเช่น แพทย์ไม่ได้ตรวจสอบสุขภาพของหญิงว่าหญิงได้รับเชื้อหัดเยอรมันระหว่างตั้งครรภ์หรือไม่⁴⁵⁴ ในกรณีที่แพทย์พบว่าหญิงได้รับเชื้อหัดเยอรมันระหว่างตั้งครรภ์ อีกทั้งพบว่าหญิงไม่ได้รับวัคซีนป้องกันโรคหัดเยอรมันก่อนตั้งครรภ์ ย่อมมีความเสี่ยงอย่างมากที่ทารกในครรภ์อาจพิการ แพทย์จึงมีหน้าที่ตรวจสอบสุขภาพของทารกอย่างละเอียด⁴⁵⁵ ในกรณีที่แพทย์พบว่าทารกในครรภ์พิการ แพทย์มีหน้าที่แนะนำให้หญิงเข้ารับการแท้ง⁴⁵⁶ เพื่อป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการ⁴⁵⁷

(6) ความผิดพลาดในกระบวนการทำแท้ง ตัวอย่างเช่น แพทย์ตรวจสอบสุขภาพของทารกล่าช้า ทำให้หญิงไม่สามารถเข้ารับการแท้งได้ภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด หรือแพทย์ทำแท้งโดยประมาทเป็นเหตุให้การแท้งไม่ประสบผลสำเร็จ⁴⁵⁸

⁴⁵¹ Dorlin v Providence Hospital Mich App, 325 NW 2d 600 (1982) ; Munro v Regents of University of California 263 Cal Rptr 878 (Cal App 2 Dist, 1989) ; Viccaro v Milunsky 551 NE 2d 8 (Mass, 1990)

⁴⁵² Phillips v United States 566 F Suppl (DSC, 1981) ; Karlsons v Guerinet 394 NYS 2d 933 (1977)

⁴⁵³ Park v Chessin 387 NYS 2d 204 (1976); 413 NYS 2d 895 (1978) ; McAllister v Ha, 347 N.C. 638, 496 S.E.2d 577 (1998)

⁴⁵⁴ ดู เชิงอรรถที่ 437.

⁴⁵⁵ Salih v Enfield Health Authority [1991] 3 All ER 400.

⁴⁵⁶ Procanik v Cillo 478 A 2d 755 (NJ, 1984) ; Wood v University of Utah Medical Center, 2002 UT 134, 67 P.3d 436 (Utah 2002)

⁴⁵⁷ Smith v Cote 513 A 2d 341 (NH, 1986) ; Robak v United States 658 F 2d 471 (1981) ; Blake v Cruz 698 P 2d 315 (Idaho, 1984)

⁴⁵⁸ Miller v Johnson, 231 Va. 177, 343 S.E.2d 301 (1986). ; เมื่อพิจารณาแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาจะพบว่า ภายหลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญมี

(7) ความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ ตัวอย่างเช่น แพทย์เลือกหรือตรวจคัดกรองเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนโดยประมาท โดยเลือกเซลล์สืบพันธุ์ที่มีความผิดปกติทางพันธุกรรมใช้ในขั้นตอนการปฏิสนธิ หรือเลือกตัวอ่อนที่เป็นโรคทางพันธุกรรมฝังตัวในโพรงมดลูกของหญิง⁴⁵⁹

แม้ความผิดพลาดทางการแพทย์ที่ได้กล่าวข้างต้นไม่ได้เป็นเหตุทำให้เด็กพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง⁴⁶⁰ แต่ความผิดพลาดดังกล่าวเป็นผลโดยตรงทำให้ชายและหญิงไม่สามารถป้องกันหรือหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรงได้⁴⁶¹

2) ความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าความผิดพลาดทางการแพทย์สามารถเกิดขึ้นได้ในหลายช่วงเวลา โดยความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดในแต่ละช่วงเวลามีลักษณะที่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม ในท้ายที่สุดแล้วความเสียหายที่เกิดขึ้นกับชายและหญิงก็คือการที่ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง ซึ่งในความเป็นจริงแล้วด้วยความเจริญก้าวหน้าทาง

คำพิพากษาคดี *Roe v Wade* รับรองว่าหญิงมีสิทธิเลือกเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของหญิงตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ในกรณีที่แพทย์กระทำการอย่างใดที่เป็นเหตุทำให้หญิงเสียสิทธิที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้งได้ตามกฎหมาย การกระทำดังกล่าวย่อมเป็นการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญของหญิง ศาลจึงมีคำพิพากษาว่าหญิงมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ see Michael A Berenson, "The Wrongful Life Claim--the Legal Dilemma of Existence Versus Nonexistence : " To Be or Not to Be", " *Tulane Law Review*, Volume 64, p. 895 (1990) ; Paula Berstein, "Fitting a Square Peg in a Round Hole : Why Traditional Tort Principles Do Not Apply to Wrongful Birth Actions," *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, Volume 18, Issue 1, p.302 (2002)

⁴⁵⁹ *Paretta v Medical Offices for Human Reproduction*, 195 Misc. 2d 568, 760 N.Y.S. 2d 639 (Sup 2003) ; *Grossbaum v Genesis Genetics Institute, LLC*, 2011 WL 2462279 (D.N.J.), 7 (D.N.J., 2011)

⁴⁶⁰ *McKenney ex rel. McKenney*, 167 N.J. 359, 771 A.2d 1153 (2001).

⁴⁶¹ *Howard v Lecher* (1977) 42 NY2d 109, 397 NYS2d 363, 366 NE2d 64 ; *Ellis v Sherman* (1986) 512 Pa 14, 515 A2d 1327 ; *Bianchini v N.K.D.S. Assocs., Ltd.* (1992) 420 Pa Super 294, 616 A2d 700.

วิทยาศาสตร์ แพทย์มีความสามารถช่วยให้ชายและหญิงหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการได้⁴⁶² โดยลักษณะความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์มีรายละเอียดดังนี้

(1) ความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นเหตุทำให้ชายหรือหญิงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงการสมรสกับอีกฝ่ายหนึ่งที่เป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ หรือไม่สามารถป้องกันการแพร่กระจายโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ไปยังคู่สมรสฝ่ายตรงข้าม ในท้ายที่สุดความผิดพลาดดังกล่าวเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่เป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ตั้งแต่กำเนิด

(2) ความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นเหตุทำให้ชายและหญิงไม่สามารถป้องกันและหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่มีโอกาสว่าจะเกิดขึ้นมาพิการ⁴⁶³ ตัวอย่างเช่น แพทย์ตรวจสุขภาพของชายหรือหญิงโดยประมาททำให้แพทย์ไม่พบว่าชายหรือหญิงเป็นโรคทางพันธุกรรมหรือเป็นพาหะของโรคทางพันธุกรรม ด้วยการกระทำโดยประมาทดังกล่าวทำให้ชายและหญิงไม่สามารถป้องกันการตั้งครรภ์⁴⁶⁴ หรือแพทย์ตรวจสุขภาพของชายหรือหญิงโดยประมาททำให้แพทย์ไม่ทราบว่าชายหรือหญิงเป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ก่อนตั้งครรภ์ ด้วยการกระทำโดยประมาทดังกล่าวทำให้แพทย์ไม่สามารถแนะนำให้ชายและหญิงหลีกเลี่ยงการมีเพศสัมพันธ์ มีเพศสัมพันธ์โดยป้องกันการให้กำเนิดบุตรหรือไม่สามารถแนะนำให้ชายหรือหญิงเข้ารับการรักษาพยาบาลจนหายก่อนที่จะให้กำเนิดบุตร⁴⁶⁵

(3) ความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นเหตุทำให้ชายและหญิงไม่สามารถเลือกให้กำเนิดบุตรด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์แทนการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการธรรมชาติ ด้วยการให้กำเนิดบุตรด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์นี้จะช่วยทำให้ชายและหญิงมีโอกาสที่จะให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่ชายและหญิงมีความเสี่ยงที่จะให้กำเนิดบุตรที่เป็นโรคทางพันธุกรรม ชายและหญิงสามารถเลือกให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการปฏิสนธิภายนอกในร่างกาย เพราะแพทย์สามารถตรวจคัดกรองสุขภาพของเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนก่อนนำกลับเข้าสู่โพรงมดลูก

⁴⁶² E. Haavi Morreim, "The Concept of Harm Reconceived : A Different Look at Wrongful Life," *Law and Philosophy*, Volume 7, Issue 1, pp.3-33 (1988)

⁴⁶³ Procanik by Procanik v Cillo, 97 N.J. 339, 478 A.2d 755 (1984) ; Bruggeman By and Through Bruggeman v Schimke, 239 Kan. 245, 718 P.2d 635 (1986) ; Cowe by Cowe v Forum Group, Inc., 575 N.E.2d 630 (Ind. 1991) ; Anderson v St. Francis-St. George Hosp., Inc., 77 Ohio St. 3d 82, 671 N.E.2d 225 (1996).

⁴⁶⁴ Bianchini v N.K.D.S. Assocs., Ltd. (1992) 420 Pa Super 294, 616 A2d 700.

⁴⁶⁵ Howard v Lecher (1977) 42 NY2d 109, 397 NYS2d 363, 366 NE2d 64 ; Ellis v Sherman (1986) 512 Pa 14, 515 A2d 1327

ของหญิง⁴⁶⁶ นอกจากนี้ ในกรณีที่ชายและหญิงไม่สามารถให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ได้อย่างแน่นอน ชายและหญิงสามารถเลือกที่จะรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมแทนการให้กำเนิดบุตรด้วยตนเอง หรือเลือกที่จะขอรับเซลล์สืบพันธุ์บริจาคหรือตัวอ่อนบริจาคแทนการใช้เซลล์สืบพันธุ์ของตนเอง⁴⁶⁷

นอกจากนี้ ในกรณีที่ชายและหญิงเลือกที่จะให้กำเนิดบุตรด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์แล้ว ความผิดพลาดทางการแพทย์อาจเกิดขึ้นจากการที่แพทย์เลือกหรือตรวจคัดกรองสุขภาพของเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนโดยประมาท ทำให้เซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนที่ถูกเลือกคือเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนที่พิการหรือเป็นโรคทางพันธุกรรม⁴⁶⁸ ความผิดพลาดดังกล่าวทำให้ชายและหญิงเสียสิทธิที่จะให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์

(4) ความผิดพลาดทางการแพทย์ เป็นเหตุทำให้ชายและหรือหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือมีปัญหาสุขภาพด้วยการเข้ารับการทำแท้งภายใต้เงื่อนไขและภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด⁴⁶⁹ เพราะเมื่อกฎหมายให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเมื่อพบว่าทารกในครรภ์พิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง⁴⁷⁰ สิทธิของหญิงดังกล่าวทำให้แพทย์มี

⁴⁶⁶ Jeffrey R. Botkin, "Ethical Issues and Practical Problems in Preimplantation Genetic Diagnosis," *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, Volume 26, Issue 1, pp.17-28 (1998) ; P. E. Hershberger, A. M. Gallo, K. Kavanaugh, E. Olshansky, A. Schwartz and I. Tur-Kaspa, "The Decision-Making Process of Genetically at-Risk Couples Considering Preimplantation Genetic Diagnosis : Initial Findings from a Grounded Theory Study," *Social science & medicine*, Volume 74, Issue 10, pp.1536-1543 (2012)

⁴⁶⁷ Anna Walsh and Carly Meagher, *supra note 290*, p.117.

⁴⁶⁸ Emily Jackson, *supra note 240*, p.755.

⁴⁶⁹ *Michelman v Ehrlich*, 311 N.J. Super. 57, 709 A.2d 281 (App. Div. 1998) ; *Miller v Johnson*, 231 Va. 177, 343 S.E.2d 301 (1986).

⁴⁷⁰ แนวทางพิจารณาพิพากษาคดีของศาลจะแตกต่างออกไปหากหญิงไม่มีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของเด็กได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีดังกล่าวแม้แพทย์จะทำการตรวจสุขภาพของทารกโดยประมาท หรือจงใจปกปิดความจริงว่าทารกในครรภ์พิการ ชายและหญิงก็ไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ชายและหญิงจะมีเพียงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากการที่แพทย์ผิดหน้าที่ในการให้ข้อมูลในการเข้ารับการรักษาพยาบาลที่จำเป็นเท่านั้น เพราะการผิดหน้าที่ดังกล่าวเป็นการละเมิดต่อสิทธิของผู้ป่วย

หน้าที่ตรวจสอบสุขภาพของทารกในครรภ์ด้วยความระมัดระวัง และเมื่อแพทย์พบว่าทารกในครรภ์พิการ หรือมีความเสี่ยงที่จะพิการ แพทย์มีหน้าที่บอกกล่าวความจริงและให้คำแนะนำกับหญิงถึงผลกระทบที่หญิงอาจได้รับจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ตลอดจนแพทย์มีหน้าที่ให้คำแนะนำเกี่ยวกับสิทธิในการเข้ารับการทำแท้งของหญิงอีกด้วย และหากหญิงขอให้แพทย์ทำแท้งให้กับตน แพทย์ก็มีหน้าที่ต้องทำแท้งให้กับหญิง⁴⁷¹

จากลักษณะความเสียหายที่ได้กล่าวมาข้างต้น เมื่อชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง นอกจากชายและหญิงมีหน้าที่ให้การอุปการะเลี้ยงดูบุตรตามปกติระหว่างที่เด็กเป็นผู้เยาว์แล้ว⁴⁷² ถ้าเด็กไม่มีความสามารถประกอบกิจการงานและไม่สามารถหาเลี้ยงตนเองได้ ชายและหญิงยังมีหน้าที่ให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กจนกว่าเด็กถึงแก่ความตายหรือจนกว่าชายหรือหญิงถึงแก่ความตาย⁴⁷³

3) ลักษณะการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย

โดยปกติความเสียหายและลักษณะการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) มีลักษณะคล้ายคลึงกับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ (Wrongful Pregnancy) โดยค่าเสียหายที่พบว่าชายและหญิงเรียกร้องจากแพทย์ประกอบไปด้วย⁴⁷⁴ ประเภทที่ 1 ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงิน อาทิ ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กและค่าใช้จ่ายเพื่อการศึกษาตามปกติและที่เพิ่มมากขึ้นจากปัญหาสุขภาพของเด็ก

⁴⁷¹ Rand v East Dorset Health Authority, 56 BMLR 39, [2000] Lloyd's Rep Med 181.

⁴⁷² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1564 วรรคหนึ่ง

⁴⁷³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1564 วรรคสอง

⁴⁷⁴ บางครั้งนอกจากชายและหญิงบิดามารดาของเด็กจะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์แล้ว สมาชิกคนอื่น ๆ ในครอบครัวที่ได้รับผลกระทบจากการเกิดของเด็กอาจต้องการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์เช่นกัน ตัวอย่างเช่น คดี Cox v Stretton 77 Misc 2d 155, 352 NYS 2d 834 ฟ้องร่วมบิดามารดาของเด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์โดยให้เหตุผลว่า การที่เด็กเกิดขึ้นมาในชีวิตทำให้พี่น้องร่วมบิดามารดาของเด็กไม่ได้รับการอุปการะเลี้ยงดูอย่างเหมาะสม อีกทั้งยังทำให้คุณภาพชีวิตต้องตกต่ำลง ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลพิพากษาว่าแพทย์ไม่มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อพี่น้องร่วมบิดามารดาของเด็ก ทั้งนี้ เมื่อค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ครอบคลุมถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นกับพี่น้องร่วมบิดามารดาแล้ว จึงไม่มีความจำเป็นที่ศาลต้องยินยอมให้พี่น้องร่วมบิดามารดาของมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ได้อีก

ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ที่จำเป็นเนื่องจากปัญหาสุขภาพของเด็ก ค่าขาดรายได้จากการที่ชายหรือหญิงไม่สามารถประกอบกิจการงานได้ตามปกติเพราะต้องลาออกจากงานเพื่อมาเลี้ยงดูเด็กที่พิการประเภทที่ 2 ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน เช่น ค่าเสียหายทางจิตใจจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ค่าเสียหายจากความเครียด ความวิตกกังวล และความเหน็ดเหนื่อยในการเลี้ยงดูเด็กที่พิการ ค่าเสียหายจากการสูญเสียความรื่นรมย์ในการดำเนินชีวิตอันเป็นผลมาจากการที่ต้องเลี้ยงดูเด็กที่มีร่างกายพิการไปตลอดชีวิต⁴⁷⁵

มีข้อสังเกตว่าบ่อยครั้งศาลและนักวิชาการเห็นว่าการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) มีลักษณะเหมือนกับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ (Wrongful Pregnancy)⁴⁷⁶ โดยไม่จำเป็นต้องอธิบายแยกจากกัน เพราะการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทั้งสองรูปแบบเป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดของเด็กเช่นกัน แตกต่างกันเพียงว่าความผิดพลาดกรณีหนึ่งเป็นผลทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ส่วนความผิดพลาดอีกกรณีหนึ่งเป็นผลทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง⁴⁷⁷

สำหรับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) การตั้งครุฑเป็นไปตามความประสงค์ของชายและหญิงมาตั้งแต่ต้น โดยชายและหญิงต้องการให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์เท่านั้น ความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์จึงแตกต่างความเสียหายที่ปรากฏในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ (Wrongful Pregnancy) ซึ่งเป็นกรณีที่ชายและหญิงไม่ประสงค์ที่จะให้กำเนิดบุตรไม่ว่าเด็กจะเกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์หรือไม่ก็ตาม ดังนั้น ในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) หญิงและชายจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากการตั้งครุฑและการคลอดบุตร อาทิ ค่าใช้จ่ายในการฝากครรภ์ ค่าใช้จ่ายในการคลอดบุตร ค่าฟื้นฟูสมรรถภาพภายหลังคลอดบุตร ค่าขาดรายได้ระหว่างตั้งครุฑและคลอดบุตร ค่าเสียหายจากความเจ็บปวดและทุกข์ทรมานระหว่างตั้งครุฑและคลอดบุตร ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติ เนื่องจากการตั้งครุฑและการคลอดบุตรหาได้เป็นเรื่องที่ชายและหญิงไม่ประสงค์แต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม เมื่อชายและหญิงไม่ต้องการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เกี่ยวกับความพิการของเด็ก เช่น ค่าใช้จ่าย

⁴⁷⁵ Cathy J. Okrent, *supra* note 448, p.388-389.

⁴⁷⁶ Harvey Teff, *supra* note 25, p.423-452.

⁴⁷⁷ Laura Ch Hoyano, *supra* note 233, p.886 footnote.26.

ในการเลี้ยงดูเด็กและค่าใช้จ่ายทางการศึกษาที่เพิ่มมากขึ้นจากปัญหาสุขภาพของเด็ก และค่าใช้จ่ายอื่นๆ ที่จำเป็นและต้องเป็นผลมาจากปัญหาสุขภาพของเด็กเท่านั้น⁴⁷⁸

แม้การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการเป็นเพียงการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากการกระทำทุเรเวชปฏิบัติประเภทหนึ่งเท่านั้น ซึ่งการพิจารณาความรับผิดชอบของแพทย์ต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายพื้นฐาน อย่างไรก็ตาม นักวิชาการจำนวนหนึ่งเห็นว่า การพิจารณาความรับผิดชอบของแพทย์ไม่สามารถทำได้โดยอาศัยหลักกฎหมายเท่านั้น เพราะนอกเหนือจากปัญหาทางกฎหมายแล้ว การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการยังมีปัญหาที่ละเอียดอ่อนอย่างอื่นที่ต้องพิจารณาอีกด้วย ตัวอย่างเช่น ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการทำแท้งของหญิง ปัญหาเกี่ยวกับนโยบายสาธารณะ ปัญหาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ปัญหาศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ปัญหาการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุที่เกี่ยวข้องด้วยความพิการ ปัญหาความเชื่อในทางศาสนา ปัญหาทางด้านปรัชญา ปัญหาดังกล่าวทำให้การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการกลายเป็นรูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่มีปัญหาทางกฎหมายมากที่สุดรูปแบบหนึ่งที่ปรากฏในปัจจุบัน

นอกจากนี้ อีกปัญหาหนึ่งที่พบว่ามีกรณีถกเถียงกันมากที่สุดก็คือ ปัญหาว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ถ้าพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศจะพบว่า แพทย์ที่ถูกฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจะปฏิเสธความรับผิดชอบด้วยเหตุผลที่ว่าความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กไม่ได้เป็นผลโดยตรงมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์แต่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ ซึ่งแพทย์เองก็ไม่สามารถป้องกันความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กได้⁴⁷⁹ ซึ่งเหตุผลของแพทย์ดังกล่าวเกิดจากการที่แพทย์ไม่เข้าใจลักษณะข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาที่ปรากฏในคำฟ้องของชายและหญิง เพราะในความเป็นจริงแล้วชายและหญิงไม่ได้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ด้วยเหตุที่ว่าแพทย์ทำให้เด็กพิการ แต่ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายด้วยเหตุที่ความผิดพลาดทางการแพทย์ทำให้ชายและหญิงไม่สามารถป้องกันหรือหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ดังนั้น แม้ความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กจะไม่ได้เป็นโดยตรงมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ แต่หากความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นเหตุทำให้ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ความผิดพลาดทางการแพทย์ย่อมมีความสัมพันธ์กับความเสียหายที่เกิดขึ้น

⁴⁷⁸ James Jr. Bopp, Barry A. Bostrom and Donald A. Mckinney, *supra note* 33, p.514.

⁴⁷⁹ Norton Rose Fulbright, *supra note* 4.

2.2. กฎหมายต่างประเทศ

เมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศพบว่า ในขณะที่แนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลที่มีต่อการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ (Wrongful Pregnancy) จะยังไม่เป็นที่แน่นอนว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์หรือไม่ แต่ศาลในประเทศเหล่านั้นเห็นตรงกันว่าถ้าความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นเหตุทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการ กฎหมายยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ทั้งนี้ แม้การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายดังกล่าวจะเป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรเหมือนกันก็ตาม ดังที่เห็นได้ในประเทศอังกฤษ⁴⁸⁰ ประเทศแคนาดา⁴⁸¹

⁴⁸⁰ Rand v East Dorset Health Authority (2000) 56 BMLR 39. ; Hardman v Amin (2000) 59 BMLR 58 (QBD).

⁴⁸¹ E. Nelson and G. Robertson, “Liability for Wrongful Birth and Wrongful Life,” Canadian Journal of Policy Research, Issue 2, Volume 3, pp.102, 103-104. (2001)

ประเทศออสเตรเลีย⁴⁸² ประเทศนิวซีแลนด์⁴⁸³ ประเทศโปรตุเกส⁴⁸⁴ ประเทศฮังการี⁴⁸⁵ ประเทศฝรั่งเศส⁴⁸⁶

อย่างไรก็ดี แม้ศาลจะมีคำพิพากษาให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ แต่จำนวนค่าเสียหายที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์แตกต่างกันออกไปตามแนวการปรับใช้กฎหมายของศาลแต่ละประเทศ โดยบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา

⁴⁸² Penelope Watson, “Edwards v Blomeley : Harriton v Stephens; Waller v James : Wrongful Life Actions in Australia,” *Melbourne University Law Review*, Volume 26, pp.736-749 (2002)

⁴⁸³ เมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศนิวซีแลนด์ James O'Neill ให้ความเห็นว่า ยังไม่เป็นที่แน่ชัดว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ (Wrongful Pregnancy) หรือไม่ แต่ในกรณีที่ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) โอกาสที่ศาลจะมีคำพิพากษาให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ย่อมมีมากกว่า see C. James O'Neill, *supra note 401*, p.205.

⁴⁸⁴ ในประเทศโปรตุเกส นักวิชาการแสดงความเห็นว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ (Wrongful Pregnancy) และการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) see André Gonçalo Dias Pereira, “Portugal,” in *European Tort Law 2009*, eds. Helmut Koziol and Barbara C Steininger, (Germany : De Gruyter, 2010), p.519.

⁴⁸⁵ BH 2005 no 18 Legf Bír Pf III 24.931/2002 sz ข้อเท็จจริงปรากฏว่า เมื่อหญิงเข้ารับการตรวจสุขภาพทารกในครรภ์ด้วยวิธี “Alpha Fetoprotein (AFP) Test” ผลการตรวจพบว่าทารกในครรภ์มีความเสี่ยงที่จะเป็นโรค “Spina Bifida” แม้แพทย์จะทราบความเสี่ยงดังกล่าวแพทย์ไม่ทำเรื่องส่งตัวหญิงให้เข้ารับการตรวจจากแพทย์ผู้เชี่ยวชาญ เมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการ หญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลสูง ศาลมีคำพิพากษาว่าการกระทำของแพทย์เป็นการละเมิดต่อสิทธิของหญิงที่จะหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการ หญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ see Attila Menyhárd, “Hungary,” In *European Tort Law 2005*, eds. Helmut Koziol and Barbara C Steininger, (Austria : SpringerWienNewYork, 2006), pp.338-339. and Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Reinhard Zimmermann and Bernhard A. Koch, *supra note 256*, p.930.

⁴⁸⁶ Cass.Civ. 2 July 1996, D.1997, jurisp., p.36. ; C.E. Ass. 2 Juli. 1982, Delle. R., Rec. P.206 ; R.D. San. Et soc, 1983, p.95.

ชายและหญิงมีเพียงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน เช่น ค่าเสียหายจากความเจ็บปวดทรมานและค่าเสียหายจากความเศร้าโศกเสียใจที่ทำให้กำเนิดบุตรที่พิการเท่านั้น⁴⁸⁷ ในประเทศอังกฤษ⁴⁸⁸ และบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา อาทิ มลรัฐนิวเม็กซิโก⁴⁸⁹ มลรัฐออริกอน⁴⁹⁰ มลรัฐวิสคอนซิน⁴⁹¹ นอกจากชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินแล้ว ชายและหญิงยังมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก ค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาล และค่าใช้จ่ายเพื่อการศึกษาเล่าเรียนของเด็กอีกด้วย⁴⁹² เนื่องจากชายและหญิงมีสิทธิได้รับการเยียวยาความเสียหายเพื่อได้กลับคืนสู่สถานะเสมือนว่าไม่มีความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้น⁴⁹³

เพื่อแสดงให้เห็นถึงสภาพปัญหาและแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศ ผู้เขียนได้ทำการศึกษาปัญหาการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการในประเทศต่างๆ โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.2.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกา แนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในแต่ละมลรัฐมีลักษณะที่แตกต่างกันออกไป โดยไม่สามารถกำหนดได้อย่างแน่ชัดว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือไม่ อีกทั้งค่าเสียหายประเภทใดบ้างที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ เพราะในหลายมลรัฐศาลมีคำพิพากษาให้ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินเท่านั้น ในขณะที่อีกหลายมลรัฐศาลมีคำพิพากษาให้ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงิน แต่ในบางมลรัฐฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรห้ามมิให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ

⁴⁸⁷ *Sherlock v Stillwater Clinic*, 260 NW2d 169 , 175.

⁴⁸⁸ *Rand v East Dorest Health Authority* (2000) 56 BMLR 39.

⁴⁸⁹ *Lovelace Medical Center v Mendez*, 111 NM 336, 805 P2d 603 (New Mexico, 1991).

⁴⁹⁰ *Zehr v Haugen*, 871 P2d 10006 (Oregon, 1994).

⁴⁹¹ *Marciniak v Lundborg*, 450 NW2d 243 (Wisconsin, 1990).

⁴⁹² Jennifer Mee, “Wrongful Conception : The Emergence of a Full Recovery Rule,” *Washington University Law Quarterly*, Issue3, Volume 70, p.887 (1992)

⁴⁹³ *Hardman v Amin* (2000) 59 BMLR 58 (Q.B.D.)

เมื่อปัญหาที่ว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือไม่ เป็นปัญหาที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับปัญหาว่าด้วยสิทธิของหญิงในการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง เพราะตราบไคท์หญิงไม่มีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีที่มีความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นความผิดพลาดที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการทำแท้ง หญิงย่อมไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดดังกล่าว ดังนั้น ก่อนที่จะเริ่มพิจารณาถึงสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ผู้เขียนขออภิปรายถึงภูมิหลังของสภาพสังคมในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีต่อการทำแท้งเสียก่อน ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกาความเชื่อและทัศนคติของสมาชิกในสังคมที่มีต่อข้อพิจารณาเรื่องสิทธิในการทำแท้ง สามารถแบ่งได้เป็น 2 กลุ่มที่แตกต่าง กล่าวคือ กลุ่ม “Pro-Life” หรือกลุ่มที่ไม่ต้องการให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เพราะต้องการให้กฎหมายคุ้มครองเฉพาะสิทธิของทารกที่จะได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเท่านั้น ในขณะที่อีกกลุ่มความคิดหนึ่งคือกลุ่ม “Pro-Choice” เห็นว่าก่อนที่จะกฎหมายจะให้ความคุ้มครองชีวิตที่กำลังจะเกิดขึ้นมาใหม่ กฎหมายต้องไม่ลืมว่าบุคคลที่เป็นผู้ให้กำเนิดชีวิตใหม่ก็มีสิทธิส่วนบุคคลเหมือนกัน โดยบุคคลเหล่านี้มีสิทธิที่จะเลือกว่าเขาพร้อมที่จะเป็นบิดามารดาของมนุษย์ที่กำลังจะเกิดขึ้นมามีชีวิตใหม่หรือไม่ เพราะหากกฎหมายมุ่งคุ้มครองแต่เฉพาะชีวิตที่กำลังจะเกิดขึ้นใหม่ โดยไม่พิจารณาถึงสภาพปัญหาและความ เป็นอยู่ที่แท้จริงของบุคคลเหล่านั้น แม้กฎหมายจะบรรลุวัตถุประสงค์ที่ว่ากฎหมายสามารถคุ้มครองชีวิตมนุษย์ได้ แต่กฎหมายก็อาจไม่บรรลุวัตถุประสงค์ว่ามนุษย์ที่มีชีวิตและกำลังจะเกิดขึ้นมาเป็นชีวิตใหม่สามารถมีชีวิตอยู่รอดได้หรือไม่

เมื่อกลุ่ม Pro-Life มุ่งให้ความคุ้มครองสิทธิที่จะมีชีวิตของมนุษย์ การกระทำโดยประมาทของแพทย์อันเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงเสียสิทธิที่จะป้องกันการให้กำเนิดบุตร หรือเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงไม่สามารถทำแท้งได้จึงไม่เป็นความเสียหายตามความคิดของกลุ่ม Pro-Life กลุ่ม Pro-Life จึงเห็นว่ากฎหมายไม่เคยรับรองให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายเมื่อหญิงพบว่าทารกในครรภ์พิการ อีกทั้งไม่ควรยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) นอกจากนี้ กลุ่ม Pro-Life ยังสนับสนุนให้ฝ่ายนิติบัญญัติของมลรัฐต่างๆ ตรากฎหมายห้ามมิให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ทั้งนี้ กลุ่ม Pro-Life เห็นว่าการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางแพ่งจะเกิดขึ้นต่อเมื่อการกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นเหตุทำให้ทารกในครรภ์เสียชีวิตเท่านั้น กล่าวคือกลุ่ม Pro-Life สนับสนุนให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเฉพาะในรูปแบบ Pre-natal Injury หรือ

Wrongful Death เท่านั้น⁴⁹⁴ แตกต่างจากกลุ่ม Pro-Choice ที่เห็นว่าชายและหญิงมีสิทธิที่จะเลือก และกำหนดอนาคตของตนเองได้อย่างอิสระ ดังนั้น การกระทำโดยประมาทของแพทย์ที่เป็นเหตุทำ ชายและหญิงไม่สามารถเลือกที่จะป้องกันการให้กำเนิดบุตร หรือไม่สามารถเลือกที่จะทำแท้งได้นั้น ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กฎหมายจึงควรรับรองให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียก ค่าเสียหายจากแพทย์เพราะเหตุที่ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการ

จากข้อถกเถียงระหว่างกลุ่ม Pro-Life และกลุ่ม Pro-Choice นี้เอง Bernard Dickens ได้แสดงความคิดเห็นสนับสนุนความเห็นของกลุ่ม Pro-Choice ด้วยเหตุผลที่ว่า ความคิดเห็นของฝ่าย Pro-Life เป็นสิ่งที่ขัดต่อหลักการเยียวยาความเสียหายในทางแพ่ง เพราะเหตุที่ว่า ในขณะที่ Pro-Life สนับสนุนให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของเด็ก (Fetal Wrongful Death) ซึ่งบุคคลที่ได้รับการเยียวยาที่แท้จริงกลับไม่ใช่เด็กแต่เป็นชายหญิงบิดามารดาเท่านั้น เมื่อการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) เป็นการช่วยเยียวยาความเสียหายให้ชายและหญิงที่ให้กำเนิดบุตรที่พิการ และเป็นการช่วยเยียวยาเด็กที่เกิดขึ้นมาพิการอีกด้วย เพราะเหตุใดกลุ่ม Pro-Life ถึงต่อต้านการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายดังกล่าว ในกรณีที่กลุ่ม Pro-Life อ้างตนว่าต้องการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็ก กลุ่ม Pro-Life ยังต้องสนับสนุนให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ⁴⁹⁵

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการเริ่มเป็นที่ถกเถียงอย่างมากในปี ค.ศ. 1967 ปรากฏในคดี Gleitman v Cosgrove⁴⁹⁶ ซึ่งเป็นครั้งแรกที่ศาลสูงของมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ต้องพิจารณาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือไม่ ในขณะที่มีการพิจารณาพิพากษาคดีเมื่อพิจารณาจากกฎหมายของมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ หญิงไม่มีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ แม้หญิงจะอ้างว่าหญิงสามารถเดินทางไปทำแท้งในมลรัฐข้างเคียง อาทิ มลรัฐนิวยอร์ก แต่ศาลเห็นว่าหญิงไม่สามารถอ้างกฎหมายของมลรัฐอื่นเพื่อทำให้การกระทำของหญิงที่เป็นผิดกฎหมายตามมลรัฐนิวเจอร์ซีย์เป็นการกระทำที่ ชอบด้วยกฎหมายของมลรัฐอื่น

⁴⁹⁴ Bernard Dickens, “Wrongful Birth and Life, Wrongful Death Before Birth and Wrongful Law,” in *Legal Issues in Human Reproduction*, eds. Sheila McLean and Bernard Dickens, (England : Brookfield, 1989), p.81.

⁴⁹⁵ *Ibid*, p.82.

⁴⁹⁶ 227 A.2 689 (N.J. 1967)

นอกจากนี้ ผู้พิพากษายังให้เหตุผลอีกด้วยว่า ในการพิจารณาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์หรือไม่ ศาลจะต้องพิจารณาว่าการที่ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการเป็นความเสียหายหรือเป็นประโยชน์ต่อชายและหญิง เพราะแม้การกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยประมาท แต่การกระทำของแพทย์ได้ให้ประโยชน์กับชายและหญิง ประโยชน์เช่นว่านั้นก็คือประโยชน์ทางจิตใจที่ชายและหญิงได้ให้กำเนิดบุตร ส่วนความเสียหายที่เกิดขึ้นก็คือภาระหน้าที่และค่าใช้จ่ายที่เพิ่มมากขึ้นจากปัญหาสุขภาพของเด็ก ซึ่งค่าใช้จ่ายเหล่านี้จะไม่มีทางเกิดขึ้นได้เลยถ้าแพทย์ใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานการประกอบวิชาชีพ อย่างไรก็ตาม เมื่อศาลไม่สามารถเปรียบเทียบได้ว่าระหว่างประโยชน์และความเสียหายสิ่งใดมีมากกว่ากัน ความยากลำบากในการคิดคำนวณและประเมินความเสียหายจึงเป็นเหตุผลหนึ่งที่ทำให้ศาลมีคำพิพากษาว่าชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ⁴⁹⁷

ภายหลังที่มีคำพิพากษาคดีดังกล่าวปรากฏขึ้น นักวิชาการจำนวนมากตั้งข้อสังเกตว่า เพราะเหตุใดเมื่อชายและหญิงสามารถพิสูจน์ได้ว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำประมาท ชายและหญิงถึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ นอกจากนี้ นักวิชาการได้ตั้งข้อสังเกตอีกด้วยว่าประโยชน์ที่ชายและหญิงได้รับจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการมีมากกว่าภาระหน้าที่ทางการเงินและผลกระทบทางเศรษฐกิจจริงหรือไม่

นอกจากนี้ ในการพิจารณาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือไม่ มีปัญหาทางวิชาการเกิดขึ้นจำนวนมาก โดยมีตัวอย่างดังนี้

ประการที่ 1 เมื่อวิทยาศาสตร์เจริญก้าวหน้าถึงขนาดที่แพทย์สามารถตรวจและพยากรณ์ได้ว่าทารกจะเกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์หรือไม่ ด้วยความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ดังกล่าวทำให้เกิดสิทธิประเภทใหม่ที่เรียกว่า สิทธิที่จะหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการ และสิทธิที่จะเข้ารับการทำแท้งเมื่อพบว่าทารกในครรภ์พิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง ดังนั้น ในกรณีที่มีการกระทำของแพทย์อย่างใดเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงได้รับความเสียหายต่อสิทธิดังกล่าว ถ้ากฎหมายไม่ยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ กฎหมายเช่นว่านั้นย่อมไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมและไม่สอดคล้องกับความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ อีกทั้งกฎหมายยังมีส่วนสนับสนุนให้แพทย์หยุดที่จะพัฒนาตนเองหยุดที่จะเรียนรู้วิทยาการที่ทันสมัย ตลอดจนยังเป็นการสนับสนุนให้แพทย์ให้การรักษาพยาบาลต่ำกว่ามาตรฐานการประกอบวิชาชีพอีกด้วย เพราะไม่ว่าแพทย์จะรักษาพยาบาลต่ำกว่ามาตรฐานเพียงใด แพทย์ก็ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น

⁴⁹⁷ Gleitman v Cosgrove 227 A.2 689 (N.J. 1967)

ประการที่ 2 เมื่อหญิงไม่มีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย การที่แพทย์ให้การรักษาพยาบาลโดยประมาทจนเป็นเหตุทำให้หญิงไม่มีโอกาสเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งจึงไม่เป็นความเสียหายตามกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม ในเดือนมกราคม ปี ค.ศ. 1973 ศาลรัฐธรรมนูญมีคำพิพากษาคดี *Roe v. Wade*⁴⁹⁸ รับรองว่าสิทธิในการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งของหญิงเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญ⁴⁹⁹ ถ้ากฎหมายของมลรัฐใดยังคงห้ามมิให้หญิงทำแท้ง กฎหมายดังกล่าวย่อมขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญและไม้อาจใช้บังคับได้อีกต่อไป ภายหลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำพิพากษาดังกล่าว ทำให้ศาลในมลรัฐต่างๆ ที่มีคำพิพากษาว่าชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ด้วยเหตุผลที่ว่าหญิงไม่มีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เริ่มปรับเปลี่ยนแนวการพิจารณาพิพากษาคดี⁵⁰⁰ ซึ่งปัจจุบันพบว่าในมลรัฐส่วนศาลมีคำพิพากษาว่า ในกรณีที่การกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นเหตุทำให้หญิงเสียโอกาสที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้ง หญิงและชายย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์⁵⁰¹ ด้วยเหตุผลที่ว่า การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการเป็นเพียงการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการกระทำทรมานปฏิบัติรูปแบบหนึ่งเท่านั้น⁵⁰² ซึ่งบางมลรัฐศาลพิจารณา

⁴⁹⁸ 410 U.S. 113 (1973)

⁴⁹⁹ Caroline Crosby Owings, *supra* note 108, p.144.

⁵⁰⁰ D.C. Smith, "Wrongful Birth, Wrongful Life : Emerging Theories of Liability," in *Abortion, Medicine and the Law*, 3rd eds J.D. Butler and F. Walbert (England : Fideli Publishing , 1992), p.

⁵⁰¹ ในปัจจุบันพบว่าแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลใน 27 มลรัฐ มีคำพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) see Denise M. Burke, "Legal Recognition & Protection of the Unborn & Newly Born," (Retrieved on 15 June 2015), from http://www.aul.org/wp-content/uploads/2013/04/04_Recognition-of-Unborn-Section.pdf and Romain M. Lorentz, *supra* note 5, p.646, note 40.

⁵⁰² Angela Roddey Holder, *supra* note 112, p.23.

พิพากษาคดีโดยอาศัยการปรับใช้และการตีความกฎหมาย⁵⁰³ ในขณะที่บางมลรัฐ เพื่อให้เกิดความชัดเจนแน่นอนว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อรับรองสิทธิดังกล่าว⁵⁰⁴

ตัวอย่างคำพิพากษาที่ศาลมีคำพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ

คดี *Jacobs v. Theimer*⁵⁰⁵ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า หญิงเข้ารับการตรวจสุขภาพของทารกเพื่อวิเคราะห์ว่ามีความเสี่ยงที่ทารกจะคลอดออกมาพิการหรือไม่ ระหว่างการตรวจแม้แพทย์พบว่าหญิงได้รับเชื้อหัดเยอรมันระหว่างตั้งครรภ์ แต่แพทย์ไม่ได้แนะนำให้หญิงทราบว่าการที่หญิงป่วยเป็นโรคหัดเยอรมันในช่วงแรกของการตั้งครรภ์จะส่งผลทำให้ทารกในครรภ์พิการ ในการพิจารณาพิพากษาคดี เมื่อการกระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้หญิงไม่ทราบโอกาสที่เด็กอาจเกิดขึ้นมาพิการ อีกทั้งยังเป็นเหตุทำให้หญิงไม่สามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเพื่อป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ศาลมีคำพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ซึ่งคำพิพากษาคดีนี้เป็นครั้งแรกที่ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกายินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการเกิดขึ้น

คดี *Berman v. Allan*⁵⁰⁶ ศาลพิจารณาว่า ในกระบวนการตรวจสุขภาพของทารก แพทย์มีหน้าที่บอกกล่าวและแจ้งเตือนถึงความเสียหายที่เด็กอาจเป็นโรคทางพันธุกรรม อีกทั้งเมื่อแพทย์มีความสามารถในการตรวจความผิดปกติของทารกในครรภ์ด้วยการเจาะถุงน้ำคร่ำ การที่แพทย์ไม่ได้ดำเนินการตรวจสุขภาพของทารกด้วยวิธีการดังกล่าว และไม่ได้บอกกล่าวหรือแจ้งเตือนให้หญิงทราบว่าเด็กอาจเป็นโรคทางพันธุกรรม จนทำให้หญิงไม่ทราบปัญหาสุขภาพของทารกและไม่มีโอกาสเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง ซึ่งในท้ายที่สุดหญิงให้กำเนิดบุตรที่ป่วยเป็นโรคดาวน์ซินโดรม ศาลเห็นว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยประมาท

ในปัญหาที่ว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือไม่ ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลได้ศึกษาเปรียบเทียบกับคดี *Gleitman v. Cosgrove*

⁵⁰³ *Smith v. Saraf*, 148 F. Supp. 2d 504 (D.N.J. 2001) ; *Chamberland v. Physicians for Women's Health, LLC*, 40 Conn. L. Rptr. 731, 2006 WL 437553 (Conn. Super. Ct. 2006)

⁵⁰⁴ *Mc Rev Stat Ann tit 24, § 2931(3)*

⁵⁰⁵ 519 S.W.2d 846 (Tex. 1975)

⁵⁰⁶ (1979) 80 NJ 421, 404 A2d 8

โดยศาลเห็นว่าเป็นเวลามากกว่า 12 ปี ที่ศาลในมลรัฐอื่นๆ ต่างอ้างอิงคำพิพากษาคดีดังกล่าว และพิพากษาว่าชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการด้วยเหตุผลที่ว่า การยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องเรียกค่าเสียหายเป็นการกระทำที่ขัดต่อนโยบายสาธารณะ อย่างไรก็ตาม เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำพิพากษาคดี Roe v Wade⁵⁰⁷ รับรองให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ย่อมแสดงให้เห็นว่าการที่ศาลจะพิพากษาให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายหาได้ขัดต่อนโยบายสาธารณะอีกต่อไป โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ถ้าเป็นการทำแท้งในช่วงเวลา 3 เดือนแรกของการตั้งครรภ์ หญิงมีสิทธิโดยบริบูรณ์ที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้งหรือไม่ การกระทำโดยประมาทของแพทย์ที่ทำให้หญิงเสียสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งจึงเป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นการทำละเมิดต่อสิทธิในการทำแท้ง สิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเอง สิทธิในการวางแผนครอบครัว และสิทธิตามรัฐธรรมนูญของหญิงและชายสามี ดังนั้น ถ้าศาลไม่ยินยอมให้หญิงและชายฟ้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ การกระทำของศาลเสียเองที่เป็นการขัดขวางการใช้สิทธิตามรัฐธรรมนูญของหญิงและชาย อีกทั้งทำให้การกระทำของศาลขัดต่อนโยบายสาธารณะ

ส่วนข้ออ้างที่ว่า ศาลไม่สามารถคิดคำนวณค่าเสียหายที่เหมาะสมให้ชายและหญิงได้นั้น ศาลเห็นว่าความเสียหายที่เป็นผลมาจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการเป็นความเสียหายที่ชัดเจนและแน่นอน เมื่อศาลเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่อำนวยความสะดวกให้กับประชาชน ศาลจึงไม่สามารถที่จะอ้างได้ว่าศาลไม่อาจยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องเรียกค่าเสียหายด้วยเหตุผลที่ว่า การคิดคำนวณความเสียหายเป็นไปด้วยความยากลำบากหรือทำให้เกิดความยุ่งยากต่อศาล ส่วนปัญหาที่ว่าประโยชน์ที่ชายและหญิงได้รับจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการมีมากกว่าความเสียหายหรือไม่นั้น ศาลเห็นว่าเป็นไปไม่ได้ที่ศาลจะนำเอาประโยชน์ที่ไม่สามารถคิดคำนวณเป็นตัวเงินได้มาหักลบกับความเสียหายที่สามารถคิดคำนวณเป็นตัวเงิน ข้อกล่าวอ้างของแพทย์ที่ว่าชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายเนื่องจากประโยชน์มากกว่าความเสียหายจึงไม่มีเหตุผลทางกฎหมาย และไม่ทำให้ชายและหญิงต้องเสียสิทธิที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหาย

บางครั้งความผิดพลาดทางการแพทย์อาจไม่ได้เกิดจากการกระทำโดยประมาทในขั้นตอนการตรวจ แต่เป็นการที่แพทย์ไม่ได้ให้ข้อมูลหรือไม่ได้แจ้งเตือนให้ชายและหญิงทราบถึงโอกาสที่จะให้กำเนิดบุตรที่พิการ หรือเกิดจากการที่แพทย์ไม่ได้เลือกใช้วิธีการหรืออุปกรณ์ที่เหมาะสมกับความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ โดยมีตัวอย่างดังต่อไปนี้

⁵⁰⁷ (1973) 410 US 113, 35 L Ed 2d 147, 93 S Ct 705

คดี *Herbeson v Parke-Davis*⁵⁰⁸ ภายหลังที่มีการถกเถียงกันว่าแพทย์ที่ตรวจพบว่าชายและหญิงมีโอกาสให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง มีหน้าที่แนะนำให้ชายและหญิงหลีกเลี่ยงการตั้งครรภ์ อีกทั้งมีหน้าที่แนะนำถึงผลกระทบของการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ความร้ายแรงของความผิดปกติแต่ละประเภทซึ่งอาจเกิดขึ้นกับทารก⁵⁰⁹ ตลอดจนมีหน้าที่ต้องแนะนำให้หญิงทราบถึงสิทธิในการทำแท้งและแนะนำให้หญิงเข้ารับการปรึกษาหรือไม่⁵¹⁰ ในปัญหาดังกล่าวศาลพิจารณาว่า ในปัจจุบันเมื่อสิทธิที่จะหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการเป็นสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย สิทธิดังกล่าวจึงทำให้เกิดหน้าที่กับแพทย์กล่าวคือ แพทย์มีหน้าที่ต้องให้ข้อมูลและแจ้งเตือนให้ชายและหญิงทราบถึงโอกาสที่จะให้กำเนิดบุตรที่พิการ เพราะข้อมูลเหล่านั้นจะช่วยทำให้ชายและหญิงสามารถตัดสินใจได้ว่า ชายและหญิงยังคงต้องการให้กำเนิดบุตรหรือไม่ การที่แพทย์ฝ่าฝืนต่อหน้าที่ดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นการละเมิดต่อสิทธิของชายและหญิง⁵¹¹ โดยศาลได้ให้เหตุผลไว้ตอนหนึ่งว่า

...ในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันว่าวิทยาการทางการแพทย์ช่วยทำให้ชายและหญิงสามารถทราบได้ล่วงหน้าว่าเด็กที่กำลังจะเกิดขึ้นมานั้นมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์หรือไม่ ซึ่งความสามารถของแพทย์ในตรวจสอบอัตราความเสี่ยงและคาดการณ์ปัญหาสุขภาพของทารกยังคงมีพัฒนาการที่เพิ่มขึ้นอย่างมีนัยยะสำคัญและเติบโตอย่างรวดเร็วจนทำให้แพทย์สามารถตรวจสอบโอกาสหรือปัญหาสุขภาพของทารกเหล่านั้นได้แม่นยำ ด้วยความแม่นยำเหล่านี้ส่งผลทำให้ชายและหญิงมีสิทธิที่จะเลือกได้ว่าชายและหญิงยังประสงค์ที่จะให้กำเนิดบุตรหรือไม่ โดยดูจากอัตราความเสี่ยงที่เด็กอาจเกิดขึ้นมาพร้อมกับความผิดปกติ ส่วนกรณีที่ยังไม่ได้ตั้งครรภ์ขึ้นแล้ว ด้วยความเจริญก้าวหน้าทางการแพทย์ แพทย์สามารถตรวจสอบสุขภาพของทารกด้วยวิธีการอัลตราซาวด์หรือการตรวจด้วยการเจาะถุงน้ำคร่ำเพื่อที่จะดูว่าทารกมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์หรือไม่ หากแพทย์พบว่าทารกในครรภ์มีปัญหาสุขภาพ แพทย์จะต้องบอกกล่าวความจริง

⁵⁰⁸ 656 P2d 483 (Wash 1983)

⁵⁰⁹ *Turpin v Sortini*, 182 CalRptr 337 (1982) ; *Goldberg b Ruskin*, 471 NE2d 530 (Ill App 1984) ; *Park v Chessin*, 387 NYS2d 204 (1976) ; *Speck v Finegold*, 439 A2d 110 (Pa 1981) ; *Naccash v Burger*, 290 SE2d 825 (Va 1982)

⁵¹⁰ *Robak v United States*, 658 F2d 471 (7 Cir 1981) ; *Jacobs v Theimer*, 519 SW2d 846 (Tex 1975) ; *Dumer v St Michael's Hospital*, 233 NW2d 372 (Wisc 1975)

⁵¹¹ Andrew H. Jones, *supra note 140*.

เกี่ยวกับปัญหาสุขภาพของทารกให้แก่ชายและหญิงทราบ เพื่อที่ชายและหญิงจะได้เลือกอย่างประสงค์ที่จะตั้งครรภ์ต่อไปหรือต้องการยุติการตั้งครรภ์ด้วยการเข้ารับการทำแท้ง อนึ่ง แม้ว่าการทำแท้งจะยังเป็นประเด็นที่มีความละเอียดอ่อนและเป็นเรื่องที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของบางกลุ่มบุคคล แต่ปัญหาเรื่องที่ว่าการทำแท้งเป็นสิ่งที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีหรือไม่นั้น เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นเฉพาะกับชายและหญิงที่กำลังจะให้กำเนิดบุตรเท่านั้น หาได้เป็นปัญหากับประชาชนทุกคนแต่อย่างใดไม่ การที่หญิงจะเลือกทำแท้งหรือไม่ก็เป็นอำนาจตัดสินใจอย่างอิสระของหญิง อีกทั้งเป็นเรื่องเฉพาะตัวและเกี่ยวข้องกับร่างกายของหญิงที่กำลังตั้งครรภ์ ทั้งทารกที่กำลังจะถูกทำแท้งก็เป็นเลือดเนื้อเชื้อไขของหญิง ไม่ใช่เลือดเนื้อเชื้อไขของประชาชนทุกคน แม้ประชาชนบางกลุ่มจะเห็นว่าการทำแท้งเป็นเรื่องที่ผิดศีลธรรม แต่สำหรับชายและหญิงที่กำลังจะต้องให้กำเนิดบุตรที่พิการ เขาเหล่านั้นอาจจะไม่เห็นว่าการทำแท้งเป็นเรื่องที่ขัดต่อศีลธรรมอันดี เพราะถ้าเขาเหล่านั้นต้องให้กำเนิดบุตรที่พิการ การเกิดของเด็กอาจเป็นเหตุทำให้เขาเหล่านั้นไม่สามารถดำเนินชีวิตได้ตามปกติ

ด้วยความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์นี้เอง ศาลเชื่อว่ากฎหมายต้องยอมรับว่าชายและหญิงมีสิทธิที่จะป้องกันและหลีกเลี่ยงการเกิดของเด็กที่มีร่างกายพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง ด้วยสิทธิของชายและหญิงเช่นนี้ได้ก่อให้เกิดหน้าที่กับแพทย์ที่จะต้องให้ข้อมูลเกี่ยวกับอัตราความเสี่ยงที่เด็กอาจเกิดขึ้นมาพร้อมปัญหาสุขภาพอย่างแม่นยำมากขึ้นกว่าในอดีตซึ่งต้องพิจารณาให้สอดคล้องกับพัฒนาการทางวิทยาศาสตร์ในระยเวลานั้นๆ และในทุกกระบวนการทางการแพทย์ที่วัตถุประสงค์เพื่อช่วยให้ชายและหญิงสามารถหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการ แพทย์จะต้องใช้ความระมัดระวังและให้การรักษาพยาบาลตามมาตรฐานการประกอบวิชาชีพ เพราะไม่เช่นนั้นแล้ว ถ้ามีความผิดพลาดอย่างใดเกิดขึ้นในกระบวนการดังกล่าว แพทย์ย่อมต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งเป็นความรับผิดชอบหลักความรับผิดชอบอันเกิดจากการกระทำทุรเวชปฏิบัติ โดยจะไม่มียุบายสาธารณะใดห้ามมิให้ชายและหญิงใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความผิดของแพทย์...

นอกจากนี้ ศาลเห็นว่าการที่กฎหมายยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ไม่เพียงแต่ช่วยให้ชายและหญิงได้รับการเยียวยาความเสียหายเท่านั้น แต่ยังช่วยทำให้สมาชิกในสังคมคนอื่นๆ ได้รับประโยชน์จากการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของชายและหญิงอีกด้วย เพราะการที่กฎหมายยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจะช่วยทำให้แพทย์พยายามรักษามาตรฐานในการประกอบวิชาชีพ อีกทั้งเพื่อป้องกัน

โอกาสที่แพทย์อาจถูกฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในอนาคต แพทย์ย่อมพัฒนาความรู้ความสามารถของตนเอง โดยการเรียนรู้วิธีการรักษาพยาบาลและเลือกใช้เครื่องมือที่ทันสมัย ซึ่งในท้ายที่สุดสมาชิกในสังคมก็จะได้รับการรักษาพยาบาลด้วยวิธีการและเครื่องมือที่สอดคล้องกับความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์

คดี *Gami v. Mullikin Medical Center*⁵¹² หญิงเข้ารับการตรวจสุขภาพทารกในครรภ์ แต่ในขั้นตอนการตรวจแพทย์ไม่ได้แนะนำให้หญิงทราบว่าในขณะที่แพทย์ทำการตรวจมีวิธีการตรวจที่ทันสมัยและเป็นวิธีการที่เหมาะสมที่จะใช้เพื่อตรวจความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นกับทารก ด้วยเหตุดังกล่าวเมื่อแพทย์ตรวจไม่พบความผิดปกติของทารก แพทย์จึงไม่สามารถบอกกล่าวความจริงและไม่สามารถแจ้งเตือนให้หญิงทราบปัญหาสุขภาพของทารกได้ ซึ่งหากปราศจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ หญิงย่อมทราบปัญหาสุขภาพของทารก โดยหญิงเองได้ยืนยันว่าถ้าหญิงทราบว่าทารกในครรภ์มีปัญหาสุขภาพ หญิงย่อมเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งอย่างแน่นอน เมื่อการกระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้หญิงเสียโอกาสที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้ง อีกทั้งเป็นเหตุทำให้หญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการ ศาลจึงพิพากษาว่าหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

แม้ศาลในมลรัฐส่วนมากมีคำพิพากษาให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ แต่ยังมีปัญหาว่าค่าเสียหายประเภทใดบ้างที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ ในบางมลรัฐศาลยินยอมให้ชายและหญิงเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงิน ในขณะที่บางมลรัฐศาลยินยอมให้ชายและหญิงเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินเท่านั้น อย่างไรก็ตาม แม้ศาลในหลายมลรัฐเห็นว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงิน ซึ่งรวมถึงค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก แต่ก็ยังมีปัญหาตามมาอีกด้วยว่า ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องนี้หมายถึงค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติและค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่เพิ่มมากขึ้นจากปัญหาสุขภาพของเด็ก หรือหมายถึงค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่เพิ่มมากขึ้นจากปัญหาสุขภาพของเด็กเท่านั้น ซึ่งในปัจจุบันพบว่าปัญหาดังกล่าวยังไม่เป็นที่ยุติโดยขึ้นอยู่กับแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในแต่ละมลรัฐมีตัวอย่างดังนี้

คดี *Shull v. Reid*⁵¹³ หญิงเข้ารับการตรวจสุขภาพทารก ในขั้นตอนการตรวจแพทย์กระทำการโดยประมาท ทำให้การตรวจไม่พบว่าทารกป่วยเป็นโรคไซโตเมกะโลไวรัส (Cytomegalovirus) โดยหญิงกล่าวอ้างว่าหากแพทย์ไม่ประมาท แพทย์ย่อมพบและสามารถแจ้ง

⁵¹² 18 Cal. App. 4th 870, 22 Cal. Rptr. 2d 819 (2d Dist. 1993).

⁵¹³ 258 P.3d 521 (Okla. 2011)

เตือนความผิดปกติของทารกให้หญิงทราบ และหญิงสามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้ตามกฎหมาย การกระทำโดยประมาทของแพทย์จึงทำให้หญิงได้รับความเสียหายต่อสิทธิที่จะทำแท้งในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลมลรัฐโอคลาโฮมาพิพากษาว่าหญิงมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ อย่างไรก็ตาม ภายใต้อธิปไตยของรัฐ โอคลาโฮมา ศาลพิพากษาว่าหญิงไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายในการเลี้ยงดูเด็กเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับความพิการของเด็กเท่านั้น หญิงไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติ

คดี *Blake v Cruz*⁵¹⁴ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า หญิงได้รับเชื้อหัดเยอรมันระหว่างตั้งครรภ์ แม้หญิงจะวิตกกังวลกลัวว่าการที่หญิงเป็นโรคหัดเยอรมันจะส่งผลกระทบต่อทารกในครรภ์และเลือกที่จะเข้ารับการตรวจจากแพทย์ แต่แพทย์ไม่ยินยอมที่จะตรวจสุขภาพของทารกด้วยวิธีการเจาะเลือดทารกทางสายสะดือ (Blood sample) เมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการซึ่งเป็นมาจากรโรคหัดเยอรมัน หญิงได้ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ศาลพิพากษาว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยประมาท หญิงจึงมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ทั้งนี้ ในกรณีที่ปราศจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ หญิงย่อมเลือกเข้ารับการทำแท้งและไม่ต้องให้กำเนิดบุตรด้วยสถานะดังกล่าวหญิงย่อมไม่มีภาระหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรทั้งปวง ดังนั้น สิทธิเรียกร้องของหญิงที่มีต่อแพทย์จึงไม่ใช่เพียงค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่เพิ่มมากขึ้นจากปัญหาสุขภาพของเด็กเท่านั้น แต่หญิงยังมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติจากแพทย์อีกด้วย

คดี *Estate of Amos v. Vanderbilt University*⁵¹⁵ แพทย์ทราบว่าหญิงป่วยเป็นโรคเอ็ดส์ แต่แพทย์ไม่ได้แจ้งเตือนให้หญิงทราบว่ามีโอกาสที่เด็กอาจได้รับเชื้อเอ็ดส์ระหว่างอยู่ในครรภ์หรือระหว่างคลอด ทำให้หญิงไม่สามารถเลือกที่จะยุติการตั้งครรภ์ด้วยการทำแท้งภายหลังที่หญิงคลอดบุตร ผลการตรวจพบว่าเด็กได้รับเชื้อเอ็ดส์ระหว่างคลอด หญิงจึงฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่ป่วยเป็นโรคเอ็ดส์ ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลพิพากษาว่าหญิงมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการแพทย์จากการที่หญิงเสียสิทธิที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้งและจากการที่หญิงให้กำเนิดบุตรที่ป่วยเป็นโรคเอ็ดส์

คดี *Smith v. Saraf*⁵¹⁶ ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลพิจารณาว่าตามกฎหมายของมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ กฎหมายยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ซึ่งนอกจากชายและหญิงจะมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายในการเลี้ยงดูเด็กที่เพิ่มมากขึ้นจากปัญหาสุขภาพของเด็ก (Extraordinary expenses of raising a severely defective

⁵¹⁴ (1984) 108 Idaho 253, 698 P2d 315.

⁵¹⁵ 62 S.W.3d 133 (Tenn. 2001).

⁵¹⁶ 148 F. Supp. 2d 504 (D.N.J. 2001)

child) ชายและหญิงยังมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติอีกด้วย นอกจากนี้ ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทางจิตใจจากการเสียหายสิทธิที่จะหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือเสียสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง

คดี Toney v. Chester County Hosp⁵¹⁷ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า หญิงเข้ารับการตรวจสุขภาพทารกด้วยวิธีอัลตราซาวด์ แต่ด้วยความประมาททำให้แพทย์ตรวจไม่พบความผิดปกติของทารก อีกทั้งแพทย์ได้ยืนยันกับหญิงว่าทารกมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ เมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการ การเกิดของเด็กส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจของหญิงอย่างร้ายแรง เพราะทำให้หญิงมีอาการรังเกียจความพิการของบุตร อาการนอนไม่หลับ อีกทั้งยังเผชิญกับฝันร้ายซึ่งเป็นผลมาจากกรณีที่หญิงต้องทนเห็นความพิการของเด็กทุกวัน หญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ซึ่งประกอบไปด้วยค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กและค่าเสียหายทางจิตใจ ในการพิจารณาพิพากษาคดีศาลพิพากษาว่านอกจากค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่เพิ่มมากขึ้นจากปัญหาสุขภาพของเด็กแล้ว หญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทางจิตใจอีกด้วย

แม้ว่าสิทธิในการเลือกที่จะทำแท้งเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญ แต่ไม่ใช่ศาลของทุกมลรัฐจะมีคำพิพากษาให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ โดยพบว่าศาลของหลายมลรัฐเห็นว่าการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในลักษณะดังกล่าวขัดต่อนโยบายสาธารณะ โดยศาลไม่ได้อธิบายว่านโยบายสาธารณะเช่นนั้นคือนโยบายสาธารณะเรื่องใด⁵¹⁸ นักวิชาการส่วนหนึ่งเชื่อว่านโยบายสาธารณะดังกล่าว คือ นโยบายที่ได้รับการสนับสนุนจากกลุ่ม Pro-Life ที่ไม่สนับสนุนให้หญิงมีสิทธิทำแท้งแม้จะพบว่าทารกในครรภ์พิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรงก็ตาม ในขณะที่นักวิชาการบางฝ่ายเห็นว่า ถ้าศาลยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ อาจเป็นเหตุทำให้เด็กที่เกิดขึ้นมาพิการมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากชายและหญิงบิดามารดา

⁵¹⁷ 2008 PA Super 268, 961 A.2d 192 (2008)

⁵¹⁸ ดูข้อพิจารณาปัญหา นโยบายสาธารณะที่ปรากฏในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) ใน Jennifer R. Granchi, "Wrongful Birth Tort : A Policy Analysis and the Right to Sue for an Inconvenient Child," South Texas Law Review, Volume 43, Issue 4, pp.1261-1288 (2001-2002)

ในปัจจุบันไม่ต่ำกว่า 11 มลรัฐ⁵¹⁹ ศาลมีคำพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ อาทิ มลรัฐนอร์ทแคโรไลนา⁵²⁰ มลรัฐจอร์เจีย⁵²¹

⁵¹⁹ ตัวอย่าง Wilbur v Kerr (AR 1982) ; Azzolino v Dingfelder (NC 1985) ; Atlanta Obstetrics & Gynecology Group v Abelson (GA 1990) ; Grubbs v Barbourville Family Health Ctr . (KY 2003) ในขณะที่บางมลรัฐตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรห้ามมิให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ อาทิ มลรัฐไอดาโฮ Idaho Code 5-334 (Supp. 1986) มลรัฐมิชิแกน Mich. Comp. Laws Ann. 600.2971 (West 2001) มลรัฐมินนิโซตา Minn. Stat. 145.424 (West 1998) มลรัฐมิสซูรี Mo. Ann. Stat. 188.130 (West 1996) มลรัฐเพนซิลเวเนีย 42 Pa. Cons. Stat. Ann. 8305 (West 1998) มลรัฐเซาท์ดาโคตา S.D. Codified Laws 21-55-2 (Michie 1987) และมลรัฐยูทาห์ Utah Code Ann. 78- 11-24 (1996) อ้างอิงถึงใน Ralph R. Frasca, *supra note 30*, p.197 footnote 38.

อย่างไรก็ดีมีข้อสงสัยอีกด้วยว่าในบางมลรัฐ อาทิ มลรัฐนอร์ทแคโรไลนา (Jackson v Bumgardner, 347 S.E.2d 743 (N.C. 1986)) มลรัฐจอร์เจีย (Fulton-DeKalb Hosp. Auth. v Graves, 314 S.E.2d 653, 654 (Ga. 1984)) มลรัฐมิชิแกน (Rouse v Wesley, 494 N.W.2d 7 (Mich. Ct. App. 1992)) ศาลมีคำพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ (Wrongful Pregnancy) แต่ไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth)

⁵²⁰ Douglas Edward Peck, “Azzolino v. Dingfelder : North Carolina Court of Appeals Recognizes Wrongful Birth and Wrongful Life Claims,” North Carolina Law Review, Issue 6, Volume 63, p.1329 (August 1985).

⁵²¹ Atlanta Obstetrics and Gynecology Group v Abelson, 398 SE2d 557 (Georgia, 1990)

มลรัฐเคนทักกี⁵²² มลรัฐมิชิแกน⁵²³ และมลรัฐโอคลาโฮมา⁵²⁴ โดยศาลให้เหตุผลว่าเมื่อความพิการของเด็กเกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ หาได้เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ กฎหมายจึงไม่ควรยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์⁵²⁵ ในอีก 9 มลรัฐ ฝ่ายนิติบัญญัติแก้ปัญหาความไม่ชัดเจนแน่นอนในการปรับใช้กฎหมายและเพื่อป้องกันการฟ้องเรียกค่าเสียหายโดยฉ้อฉล⁵²⁶ ด้วยการตรากฎหมายลายลักษณ์อักษร⁵²⁷ ห้ามมิให้ชายและหญิงฟ้องเรียกค่าเสียหาย

⁵²² Grubbs v Batbourville Family Health Center, 120 SW3d 682 (Kentucky, 2003) see Johanna L. Frantz, “Ramifications of Rejecting Wrongful Birth : A Closer Look at Grubbs v. Barbourville Family Health Center,” Kentucky Law Journal, Issue 2, Volume 93, p.507 (2004-2005).

⁵²³ Taylor v Kurupati, 600 NW2d 670 (Michigan, 1999) see Monique Ann-Marie Croon, “Case Note: Taylor v. Kurupati: The Court of Appeals of Michigan's Decision of Refusing to Recognize the Tort of Wrongful Birth,” DePaul Journal of Health Care Law, Issue 2, Volume 5 p.317 (Summer 2002)

⁵²⁴ Shull v Reid, 2011 OK 72, 258 P.3d 521 (Okla. 2011)

⁵²⁵ Azzolino v Dingfelder, 337 SE2d 536.

⁵²⁶ Wilson v Kuczni, 751 S.W.2d 741, 744 (Mo. 1988) เหตุผลที่ศาลมีคำพิพากษาว่าชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ เนื่องมาจากศาลกลัวว่าจะทำให้เกิดการฟ้องเรียกค่าเสียหายโดยฉ้อฉล เพราะกรณีที่แพทย์ให้การรักษายาบาลด้วยความระมัดระวังตามมาตรฐานการประกอบวิชาชีพ แม้ชายและหญิงทราบว่าตนมีโอกาสให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือทราบว่าทารกในครรภ์มีร่างกายที่พิการ แต่ก็ไม่มีบุคคลใดสามารถรับรองได้ว่าชายและหญิงจะพยายามหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตรหรือหญิงจะเลือกเข้ารับการทำแท้ง ในขณะที่บางมลรัฐฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าเพื่อให้เกิดความชัดเจนแน่นอนว่าชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ จึงควรตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรให้สอดคล้องกับนโยบายสาธารณะ see Green v Siegel, Barnett & Schutz, 557 N.W.2d 396,405 (S.D. 1996) and Aetna Life Ins. Co. v Lavoie, 505 So. 2d 1050 (Ala. 1987)

⁵²⁷ Julie Gantz ได้ดำเนินการศึกษาแนวการพิพากษาพิพากษาคดีของศาลในมลรัฐต่างๆ แล้วพบว่า การที่ฝ่ายนิติบัญญัติพยายามตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรห้ามมิให้ชายและหญิงฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการเป็นการกระทำที่ไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมและไม่ได้รับการยอมรับจากสมาชิกของสังคมอย่างแท้จริง see Julie Gantz, "State Statutory

จากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ⁵²⁸ ประกอบไปด้วยมลรัฐไอดาโฮ มลรัฐมินิโซตา มลรัฐมิสซูรี มลรัฐเพนซิลเวเนีย มลรัฐเซาท์ดาโคตา และมลรัฐยูทาห์ มลรัฐมิชิแกน⁵²⁹

ในหลายมลรัฐแม้จะยังไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดห้ามมิให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ แต่นักกฎหมายและนักวิชาการเห็นว่า ไม่ควรให้ศาลเป็นผู้กำหนดบรรทัดฐานว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือไม่ ฝ่ายนิติบัญญัติจึงควรตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรให้สิทธิหรือห้ามมิให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ⁵³⁰

ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลที่มีคำพิพากษามีคำพิพากษาว่าชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ

คดี Bianchini v N.K.D.S. Assocs., Ltd.⁵³¹ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า หญิงเข้ารับการตรวจสุขภาพระหว่างตั้งครรภ์ แต่แพทย์ทำการตรวจล่าช้าจนทำให้หญิงเสียโอกาสที่จะหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการด้วยการทำแท้ง เมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการหญิงได้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลเห็นว่าตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรของเพนซิลเวเนีย ไม่มีบุคคลใดสามารถฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยอาศัยข้อเท็จจริงที่ว่า ถ้าปราศจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ ชายและหญิงสามารถหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรหรือยุติการตั้งครรภ์ด้วยการทำแท้ง ด้วยเหตุที่การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายดังกล่าวต้องห้ามโดยกฎหมาย หญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

Preclusion of Wrongful Birth Relief : A Troubling Re-Writing of a Woman's Right to Choose and the Doctor-Patient Relationship," Virginia Journal of Social Policy & the Law, Volume 4, Issue 3, p.821 (1997)

⁵²⁸ Pamela Sarsfield Fox, "Legislative Prohibition of Wrongful Birth Actions," Washington and Lee Law Review, Issue 4, Volume 44, pp.1331-1356 (Fall 1987) ; Stephanie S. Gold, "Equality Approach to Wrongful Birth Statutes," Fordham Law Review, Volume 65, Issue 3, pp.1005-1006 (1997)

⁵²⁹ ดู ภาคผนวก ง

⁵³⁰ Becker v Schwartz, 836 NE2d 807 (1978) 814.

⁵³¹ (1992) 420 Pa Super 294, 616 A2d 700

คดี Howard v Lecher⁵³² ชายและหญิงเข้ารับการตรวจสุขภาพก่อนตั้งครรภ์ แต่แพทย์ตรวจประวัติของชายและหญิงโดยประมาท เป็นเหตุทำให้แพทย์ไม่ทราบว่าชายและหญิงมีความเสี่ยงที่จะให้กำเนิดบุตรที่ป่วยเป็นโรค Tay-Sachs ด้วยข้อเท็จจริงดังกล่าว หากชายและหญิงทราบก่อนที่หญิงตั้งครรภ์ ชายและหญิงสามารถหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการธรรมชาติ หรือในกรณีที่ชายและหญิงเลือกที่จะให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการธรรมชาติ ชายและหญิงสามารถเข้ารับการตรวจสุขภาพของทารกเป็นระยะ เพราะถ้าผลการตรวจพบว่าทารกป่วยเป็นโรค Tay-Sachs เมื่อใด หญิงสามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้

เมื่อหญิงคลอดบุตรที่ป่วยเป็นโรค Tay-Sachs ชายและหญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลเห็นว่าแม้ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าชายและหญิงได้รับผลกระทบอย่างรุนแรงจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ แต่ความรับผิดชอบของแพทย์ควรถูกจำกัดอยู่ในขอบเขตที่เหมาะสม เมื่อการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการจะทำให้ความรับผิดชอบของแพทย์ขยายขอบไปอย่างไม่มีที่สิ้นสุด ซึ่งขัดต่อหลักความรับผิดชอบและหลักการเยียวยาความเสียหายทางแพ่ง ศาลเห็นว่ากฎหมายไม่ควรยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในลักษณะดังกล่าวเกิดขึ้น

คดี Azzolino v Dingfelder⁵³³ ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลเห็นว่าการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวนโยบายสาธารณะหลายประการ แต่เมื่อศาลไม่มีหน้าที่ในการกำหนดนโยบายสาธารณะ แต่หน้าที่ดังกล่าวเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายนิติบัญญัติจึงควรแก้ปัญหาด้วยการตรากฎหมายให้สิทธิหรือห้ามมิให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย อย่่างไรก็ดี เมื่อยังไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในลักษณะดังกล่าว ศาลเห็นว่าชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายด้วยเหตุผลเพียงว่าชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการ

แม้แนวทางการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในมลรัฐต่างๆ มีลักษณะที่ไม่สอดคล้องกัน อย่่างไรก็ดี Dieter Giesen ได้ตั้งข้อสังเกตว่า เมื่อวิทยาศาสตร์ทางการแพทย์เจริญก้าวหน้าอย่างไม่หยุดยั้ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งวิทยาศาสตร์ที่สามารถช่วยทำให้ชายและหญิงสามารถหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการ จึงไม่สามารถปฏิเสธได้ว่าในอนาคตปริมาณการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการย่อมมีเพิ่มมากขึ้น และจากความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์นี้เองจะไม่มีกฎหมายของมลรัฐใดที่ไม่ยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย

⁵³² (1976, 2d Dept) 53 App Div 2d 420, 386 NYS2d 460

⁵³³ 337 SE2d 528 (NC 1985)

จากการที่ชายและหญิงต้องเสียสิทธิที่จะหลีกเลี่ยงหรือป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการ หรือเสียสิทธิที่จะเข้ารับการทำแท้งเมื่อพบว่าทารกในครรภ์พิการ⁵³⁴

2.2.2 ประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษ ในกรณีที่การกระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้หญิงเสียสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง และทำให้ชายและหญิงต้องให้กำเนิดบุตรที่พิการ ศาลมีคำพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์⁵³⁵ ซึ่งแตกต่างจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลที่มีต่อการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ เหตุผลประการหนึ่งที่ศาลพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการเป็นผลมาจากการที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมาย The Abortion Act 1967 มาตรา 1 (1) (d) กำหนดให้หญิงมีสิทธิทำแท้งเมื่อพบว่าทารกในครรภ์มีความเสี่ยงอย่างมากที่จะเกิดขึ้นมาพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างรุนแรง⁵³⁶ เมื่อการกระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้หญิงเสียสิทธิเข้ารับการทำแท้งตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว และต้องให้กำเนิด

⁵³⁴ Dieter Giesen, International Medical Malpractice Law : A Comparative Law Study of Civil Liability Arising from Medical Care, (Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 1988), p.155.

⁵³⁵ Salih v Enfield Health Authority [1991] 3 All ER 400 ; Anderson v Forth Valley Health Board 1998 SLT 588 ; McLelland v Greater Glasgow Health Board 2001 SL T 446. ; Hardman v Amin [2000] Lloyd's Rep Med 498 ; Rand v East Dorset Health Authority [2000] Lloyd's Rep Med 181; Lee v Taunton & Somerset NHS Trust [2001] 1 FLR 419.

⁵³⁶ The Abortion Act 1967

Section 1 Medical termination of pregnancy

(1) Subject to the provisions of this section, a person shall not be guilty of an offence under the law relating to abortion when a pregnancy is terminated by a registered medical practitioner if two registered medical practitioners are of the opinion, formed in good faith—

...

(d) that there is a substantial risk that if the child were born it would suffer from such physical or mental abnormalities as to be seriously handicapped.

...

บุตรที่มีปัญหาสุขภาพอย่างรุนแรง ย่อมแสดงให้เห็นอย่างแจ่มชัดว่าการกระทำของแพทย์ละเมิดต่อสิทธิตามกฎหมายของหญิง⁵³⁷

อย่างไรก็ตาม ศาลวางแนวการพิจารณาพิพากษาคดีมาโดยตลอดว่า สำหรับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องได้ เฉพาะค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กเท่านั้น ไม่รวมถึงค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติ แม้ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูบุตรตามปกติจะไม่เกิดขึ้นในกรณีที่แพทย์ใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานการประกอบวิชาชีพก็ตาม นอกจากนี้ ชายและหญิงยังมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทางจิตใจจากการที่ชายและหญิงต้องพบว่าเด็กเกิดขึ้นมาพิการ และจากการที่ชายและหญิงมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูเด็กที่พิการไปตลอดชีวิต

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการปรากฏขึ้นครั้งแรกในคดี *McKay v Essex Area Health Authority*⁵³⁸ ซึ่งแม้ว่าปัญหาหลักที่ศาลในคดีดังกล่าวจะต้องพิจารณาก็คือปัญหาที่ว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต (*Wrongful Life*) หรือไม่ แต่นอกจากปัญหาดังกล่าวยังมีปัญหาอีกด้วยว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดของเด็กหรือไม่

ในขณะที่ผู้พิพากษาเสียงข้างมากเห็นว่าเด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต เนื่องจากแพทย์ไม่มีหน้าที่ป้องกันการเกิดหรือมีหน้าที่ต้องทำลายชีวิตของเด็ก ผู้พิพากษา *Stephenson LJ* ได้แสดงความเห็นว่า แทนที่กฎหมายจะยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต จะเป็นการเหมาะสมมากกว่าถ้ากฎหมายยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ เพราะค่าเสียหายที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ นอกจากจะเป็นเงินที่ช่วยเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับชายและหญิงแล้ว เงินดังกล่าวยังช่วยเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเด็กอีกด้วย⁵³⁹

ในขณะที่ผู้พิพากษา *Griffiths LJ* ให้ความเห็นว่า แม้แพทย์ไม่มีหน้าที่ป้องกันการเกิดของเด็ก แต่แพทย์มีหน้าที่แนะนำและให้ข้อมูลกับหญิงว่า ในกรณีที่ทารกในครรภ์พิการหญิงมีสิทธิเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้งแพทย์ยังมีหน้าที่อธิบายถึงประโยชน์และผลเสียระหว่างกรณีที่หญิงเลือกที่จะตั้งครรภ์ต่อไปกับกรณีที่หญิงเลือกที่จะเข้ารับการ

⁵³⁷ Marc Stauch, Kay Wheat and John Tingle, *supra note 211*, p.457.

⁵³⁸ [1982] 2 All E.R. 711 ; [1982] Q.B. 1160

⁵³⁹ Marc Stauch, Kay Wheat and John Tingle, *supra note 211*, p.457.

ทำแท้ง⁵⁴⁰ เมื่อการกระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้หญิงไม่สามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการละเมิดต่อสิทธิของหญิง

เมื่อการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการจะเกิดขึ้นได้ ต่อเมื่อหญิงมีสิทธิเข้ารับการทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น⁵⁴¹ ทำให้เกิดปัญหาว่าในกรณีที่หญิงไม่มีสิทธิเข้ารับการทำแท้งได้ตามกฎหมายภายในประเทศ แต่หญิงสามารถเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายในต่างประเทศ หญิงจะอ้างว่าการกระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้หญิงเสียเสรีภาพที่จะเดินทางไปทำแท้งยังต่างประเทศได้หรือไม่ ในปัญหาดังกล่าวศาลในคดี *Rnace v Mid-Sowns Health Authority*⁵⁴² ได้วางแนวพิจารณาว่า แม้หญิงมีเสรีภาพที่จะเดินทางไปทำแท้งในต่างประเทศ แต่หญิงก็ไม่สามารถอ้างได้ว่าหญิงได้รับความเสียหายจากการที่หญิงเสียโอกาสที่จะเดินทางไปทำแท้งในต่างประเทศ เพราะถ้ากฎหมายยินยอมให้หญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ย่อมแสดงให้เห็นว่ากฎหมายสนับสนุนให้หญิงเดินทางไปกระทำในสิ่งที่กฎหมายภายในประเทศบัญญัติว่าเป็นความผิดต่างแดน

ตัวอย่างคำพิพากษาที่ศาลพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ

คดี *Salih v. Enfield Health Authority*⁵⁴³ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า แพทย์ให้การยอมรับว่าแพทย์ประมาทที่ไม่ได้แจ้งเตือนให้หญิงทราบว่าหญิงมีความเสี่ยงที่อาจได้รับเชื้อหัดเยอรมันระหว่างการตั้งครรภ์ช่วง 3 เดือนแรก และอาจเป็นเหตุทำให้ทารกในครรภ์พิการ เมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการ หญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ในการพิจารณาพิพากษาคดี ผู้พิพากษา *Mann LJ* พิจารณาว่า แม้ปัญหาสุขภาพของเด็กจะไม่ได้เป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ แต่การกระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้หญิงเสียสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง ซึ่งสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรปรากฏใน *The Abortion Act 1967 1(1)(d)* ด้วยเหตุดังกล่าวหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

คดี *Anderson v Forth Valley Health Board*⁵⁴⁴ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ชายและหญิงเข้ารับการตรวจสุขภาพก่อนตั้งครรภ์ แต่แพทย์ตรวจวิเคราะห์ความเสี่ยงในการตั้งครรภ์

⁵⁴⁰ *Ibid.*

⁵⁴¹ *Attorney General v X* [1992] I.R. 1.

⁵⁴² [1991] 1 Q.B. 587. [1991] All E.R. 801.

⁵⁴³ [1991] 3 All ER 400 (CA)

⁵⁴⁴ 1998 SLT 588

โดยประมาท เพราะในความเป็นจริงชายและหญิงมีความเสี่ยงอย่างมากที่จะให้กำเนิดบุตรเพศชายที่อาจป่วยเป็นโรคทางพันธุกรรม ซึ่งถ้าชายและหญิงทราบความจริงดังกล่าว ชายและหญิงสามารถเลือกที่จะให้กำเนิดบุตรที่มีเพศหญิงเท่านั้น และมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งหากพบว่าทารกในครรภ์เป็นเพศชาย เมื่อหญิงคลอดบุตรเพศชายที่พิการเพราะโรคทางพันธุกรรม ชายและหญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ซึ่งประกอบไปด้วย ค่าเสียหายทางจิตใจจากความเครียดและความเศร้าโศกเสียใจที่ได้ให้กำเนิดบุตรที่พิการ ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ที่เกิดขึ้นจากความพิการของเด็ก ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่พิการจนกว่าเด็กจะถึงแก่ความตาย

ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลเห็นว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยประมาท อีกทั้งยังเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ที่จะต้องให้ความระมัดระวังต่อชายและหญิง นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจาก The Abortion Act 1967 1 (1) (d) ในกรณีที่หญิงพบว่าทารกในครรภ์เป็นเพศชาย หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย การกระทำโดยประมาทของแพทย์จึงเป็นการละเมิดต่อสิทธิในการทำแท้งของหญิง อีกทั้งเมื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจที่เป็นผลมาจากความเสียหายทางกายภาพ ค่าใช้จ่ายในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรที่พิการจึงเป็นค่าเสียหายทางเศรษฐกิจ (Consequential damages) ไม่ใช่ค่าเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ (Pure economic loss) ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทั้งหมดตามที่ปรากฏในคำฟ้อง⁵⁴⁵

คดี McLelland v Greater Glasgow Health Board⁵⁴⁶ ข้อเท็จจริงปรากฏว่าชายและหญิงเข้ารับบริการฝากครรภ์กับแพทย์ แต่ในระหว่างการตรวจวิเคราะห์ความเสี่ยงและปัญหาสุขภาพของทารกในครรภ์ แม้ผลการตรวจพบว่ามีข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ว่าทารกในครรภ์มีปัญหาสุขภาพและมีความผิดปกติ แพทย์กลับไม่ยินยอมที่จะทำการตรวจด้วยวิธีเจาะถุงน้ำคร่ำ ในกรณีที่แพทย์ทำการตรวจเพิ่มเติมด้วยวิธีการดังกล่าว แพทย์ย่อมทราบว่าทารกในครรภ์ป่วยเป็นโรคดาวน์ซินโดรม โดยชายและหญิงต่างยืนยันว่าหากชายและหญิงทราบความจริงว่าทารกเป็นโรคดาวน์ซินโดรม หญิงย่อมเลือกเข้ารับการทำแท้งในทันที ในระหว่างการพิจารณาคดีแพทย์ให้การยอมรับว่า การที่แพทย์ไม่ได้ทำการตรวจด้วยวิธีการเจาะถุงน้ำคร่ำเกิดขึ้นโดยประมาท

เมื่อหญิงคลอดบุตรที่เป็นโรคดาวน์ซินโดรม ชายและหญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ซึ่งประกอบไปด้วย ค่าเสียหายทางจิตใจจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ และ

⁵⁴⁵ Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Reinhard Zimmermann and Bernhard A. Koch, *supra note 256*, pp.921-922.

⁵⁴⁶ 2001 SLT 446

ค่าใช้จ่ายในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรจนกว่าบุตรจะถึงแก่ความตาย ค่าขาดรายได้ของหญิงจากการที่หญิงต้องลาออกจากงานเพื่อมาเลี้ยงดูบุตร

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลชั้นต้น ศาลพิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายเต็มตามจำนวนที่ปรากฏในคำฟ้อง อย่างไรก็ตาม แพทย์ไม่เห็นด้วยกับจำนวนค่าเสียหายบางประเภท แพทย์จึงอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลชั้นต้นดังนี้

(1) ประเด็นเรื่องค่าเสียหายทางจิตใจ แพทย์เห็นว่า การตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตรเป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นกับหญิงเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น ชายจึงไม่ได้รับผลกระทบทางจิตใจจากการเกิดของเด็ก ชายไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจจากแพทย์

(2) ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ได้ก่อนที่เด็กจะมีอายุครบ 40 ปีเท่านั้น เพราะภายหลังที่ชายและหญิงอายุครบ 65 ปี ชายและหญิงจะได้รับเงินช่วยเหลือจากรัฐอยู่แล้ว หากศาลยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในช่วงเวลาดังกล่าว จะทำให้ชายและหญิงได้รับประโยชน์มากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง

(3) สำหรับค่าขาดรายได้ของหญิง แพทย์เห็นว่า ถ้าแพทย์ไม่ประมาทและเด็กที่เกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ หญิงก็ยังคงต้องลาออกจากงานเพื่อมาเลี้ยงดูบุตร ค่าขาดรายได้จึงไม่ใช่ความเสียหายที่เป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ หญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าขาดรายได้จากแพทย์

ในการพิจารณาคดีของศาลอุทธรณ์ ศาลพิจารณาว่า แม้ชายจะไม่ได้เป็นคนตั้งครรภ์และคลอดบุตร แต่การที่หญิงต้องให้กำเนิดบุตรที่พิการยอมส่งผลกระทบทางจิตใจต่อชาย เช่นเดียวกับที่เกิดขึ้นกับหญิง หน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังของแพทย์ที่จะไม่กระทำการใดๆ อันส่งผลกระทบต่อจิตใจของผู้อื่น จึงไม่ได้มีอยู่เฉพาะกับหญิงเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น ดังนั้น เมื่อฝ่ายชายได้รับผลกระทบทางจิตใจจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ชายจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจเช่นเดียวกัน

สำหรับปัญหาเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก ศาลเห็นด้วยกับคำพิพากษาของศาลชั้นต้นที่ว่า ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่เพิ่มมากขึ้นจากปัญหาสุขภาพของเด็กจนกว่าบุตรจะถึงแก่ความตาย อย่างไรก็ตาม ศาลเห็นว่า สิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กของชายและหญิงมีเฉพาะเพื่อค่าใช้จ่ายภายหลังที่เด็กบรรลุนิติภาวะแล้วเท่านั้น เพราะก่อนหน้าที่เด็กบรรลุนิติภาวะ ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเป็นค่าใช้จ่ายที่เป็นไปตามความประสงค์ของชายและหญิงที่ต้องการให้กำเนิดบุตร ชายและหญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายดังกล่าวจากแพทย์

มีข้อสังเกตว่า ภายหลังจากศาลสูงได้วางบรรทัดฐานไว้ในคดี McFarlane ว่าชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ทำให้เกิดปัญหาทางกฎหมายขึ้นว่า แนวบรรทัดฐานของศาลสูงดังกล่าวส่งผลกระทบต่อสิทธิของชายและหญิงที่ต้องให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือไม่ ซึ่งแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลเป็นไปในแนวทางเดียวกันที่ว่า แนวบรรทัดฐานของศาลสูงผูกพันเฉพาะกับการฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติเท่านั้น ไม่รวมถึงการฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่เพิ่มมากขึ้นจากความพิการของเด็ก⁵⁴⁷

คดี *Rand v. East Dorset Health Authority*⁵⁴⁸ มีข้อเท็จจริงว่า หญิงเข้ารับการตรวจสุขภาพของทารกกับแพทย์ ภายหลังจากที่แพทย์ตรวจพบว่าทารกมีความเสี่ยงที่อาจเป็นโรคทางพันธุกรรม แพทย์ไม่ได้แจ้งเตือนความเสี่ยงดังกล่าวให้หญิงทราบ การกระทำของแพทย์ดังกล่าวทำให้หญิงไม่สามารถเลือกได้ว่าหญิงต้องการตั้งครรภ์ต่อไปหรือควรเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรที่เป็นโรคดาวน์ซินโดรม หญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

แม้ข้อเท็จจริงในคดีนี้จะคล้ายคลึงกับข้อเท็จจริงในคดี *Salih v. Enfield Health Authority* ซึ่งศาลพิพากษาให้หญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติ และค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่เพิ่มมากขึ้นจากปัญหาสุขภาพของเด็ก แต่ด้วยผลของคำพิพากษาคดี McFarlane ทำให้ศาลในคดีนี้พิพากษาว่าหญิงมีสิทธิเรียกร้องเรียกค่าเสียหายได้เฉพาะค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับความพิการของเด็กเท่านั้น แต่ไม่มีสิทธิเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติ⁵⁴⁹

คดี *Hardman v Amin*⁵⁵⁰ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า แพทย์ตรวจสุขภาพของหญิงโดยประมาททำให้ไม่ทราบว่าหญิงได้รับเชื้อหัดเยอรมันระหว่างตั้งครรภ์ อีกทั้งยังเป็นเหตุทำให้แพทย์ไม่สามารถแจ้งเตือนหญิงได้ว่า มีความเสี่ยงอย่างมากที่ทารกในครรภ์จะพิการ ด้วยการกระทำโดยประมาทของแพทย์นี้เองทำให้หญิงไม่สามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้ตามกฎหมาย และ

⁵⁴⁷ Emily Jackson, *supra note 240*, p.758.

⁵⁴⁸ [2000] Lloyd's Rep Med 181 (QBD) (แพทย์ประมาทในขั้นตอนการตรวจและอ่านผลการตรวจ ทำให้ชายและหญิงไม่ทราบว่าทารกในครรภ์ป่วยเป็นโรคดาวน์ซินโดรม)

⁵⁴⁹ Alasdair Maclean, *supra note 211*, p. 133. ; Vivienne Harpwood, *supra note 231*, pp.82, 444

⁵⁵⁰ [2000] Lloyd's Rep Med 498 (QBD) (แพทย์ประมาทในกระบวนการตรวจสุขภาพของหญิงระหว่างตั้งครรภ์ ทำให้หญิงเสียสิทธิที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่มีความเสี่ยงว่าทารกอาจจะต้องพิการเพราะเชื้อหัดเยอรมัน)

เป็นเหตุทำให้หญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการ ซึ่งหญิงยืนยันว่าถ้าหญิงทราบว่าทารกในครรภ์พิการ หญิงย่อมเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง เมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการหญิงจึงมาฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลเห็นว่าหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่เพิ่มมากขึ้นจากความพิการของเด็กเท่านั้น⁵⁵¹

ในระหว่างการพิจารณาพิพากษาคดี มีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นว่าการให้กำเนิดบุตรที่พิการเป็นเรื่องที่น่ายินดีและเป็นประโยชน์มากกว่าความเสียหายหรือไม่ ในปัญหาดังกล่าวผู้พิพากษา Heriques J โดยโต้แย้งความเห็นของผู้พิพากษา Lord Steyn ที่ให้ความเห็นไว้ในคดี McFarland ว่าทุกการเกิดของเด็กเป็นเรื่องที่น่ายินดีเสมอ โดยให้ความเห็นว่า ในกรณีที่คำถามของผู้โดยสารรถไฟใต้ดินถูกเปลี่ยนไปว่า ในกรณีที่การกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นเหตุทำให้หญิงเสียสิทธิที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย และทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่มีความพิการอย่างร้ายแรง หญิงและชายสามีควรมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวกับความพิการของเด็กหรือไม่ ข้าพเจ้าเชื่อว่าเมื่อผู้โดยสารรถไฟใต้ดินได้พิจารณาถึงความร้ายแรงของความพิการของเด็ก ภาระหน้าที่ตลอดจนค่าใช้จ่ายที่เพิ่มมากกว่าปกติ ผู้โดยสารรถไฟใต้ดินส่วนมากย่อมให้คำตอบว่า แพทย์ที่ให้การรักษาพยาบาลโดยประมาทมีหน้าที่ชดใช้ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กและค่าใช้จ่ายที่เพิ่มมากขึ้นจากความพิการของเด็กให้ชายและหญิง⁵⁵²

นอกจากนี้ ศาลได้เน้นย้ำว่าค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ ไม่ได้หมายถึงค่าใช้จ่ายตามความคาดหวังหรือความสามารถของชายและหญิง แต่หมายถึงค่าใช้จ่ายที่จำเป็นเพื่อให้เด็กสามารถดำเนินชีวิตได้อย่างปกติและเต็มไปด้วยความสุขตามที่ควรจะเป็นเท่านั้น⁵⁵³ ดังนั้น ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์จึงอาจน้อยกว่าความสามารถในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรตามความเป็นจริง

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการปรากฏขึ้นเป็นระยะๆ ตัวอย่างเช่น คดี Lee v Taunton and Somerset NHS Trust⁵⁵⁴ คดี Nunnerley v

⁵⁵¹ Marc Stauch, Kay Wheat and John Tingle, *supra note 211*, p.303.

⁵⁵² Emily Jackson, *supra note 240*, p.759.

⁵⁵³ Simon F. Deakin, Basil S. Markesinis and Angus Charles Johnston, *supra note 232*, p.307.

⁵⁵⁴ [2001] 1 FLR 419 (แพทย์ประมาทในกระบวนการตรวจด้วยคลื่นความถี่) see Emily Jackson, *supra note 240*, p.759.

Warrington HA⁵⁵⁵ คดี Farraj v Kings Healthcare NHS Turst and Cytogenetic DNA Services⁵⁵⁶ ศาลในคดีดังกล่าวข้างต้นพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็ก แต่ไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติ⁵⁵⁷

ในปี ค.ศ. 2006 การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายการให้กำเนิดบุตรที่พิการปรากฏในคดี Lillywhite v University College London Hospitals' NHS Trust⁵⁵⁸ มีปัญหาข้อกฎหมายเกิดขึ้น 2 ประการ กล่าวคือ ประการที่ 1 ปัญหาเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลโดยมีข้อพิจารณาว่า หญิงจะพิสูจน์ได้อย่างไรในกรณีที่หญิงทราบว่าทารกในครรภ์พิการ หญิงจะเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งอย่างแน่นอน ประการที่ 2 เพราะเหตุใดหญิงจึงมีสิทธิเรียกร้องได้เฉพาะค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับความพิการของเด็กเท่านั้น แต่ไม่รวมค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติ

สำหรับปัญหาประการที่ 1 ศาลพิจารณาว่าเนื่องจากวัตถุประสงค์การเยียวยาความเสียหายทางแพ่ง กฎหมายต้องการให้ผู้เสียหายได้กลับคืนสู่สถานะเสมือนว่าไม่มีความเสียหายเกิดขึ้น หญิงต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า ในกรณีที่ปราศจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์และผลการตรวจแสดงให้เห็นว่าทารกในครรภ์พิการหรือมีปัญหาสุขภาพ หญิงจะพยายามเข้าสู่กระบวนการยุติการตั้งครรภ์อย่างแน่นอน ซึ่งการพิสูจน์เช่นนี้เป็นเรื่องยากเพราะเป็นเรื่องในทางอ้อม แม้ผลการตรวจจะพบว่าทารกในครรภ์พิการ ก็ไม่มีบุคคลใดยืนยันได้ว่าหญิงจะเลือกเข้ารับการทำแท้ง

อย่างไรก็ตาม เมื่อข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคดี Lillywhite v University College London Hospitals' NHS Trust แสดงให้เห็นว่าตลอดเวลานับตั้งแต่หญิงเริ่มตั้งครรภ์ หญิงได้แสดงให้เห็นว่าหญิงมีความวิตกกังวลเกี่ยวกับสุขภาพของทารกในครรภ์ตลอดเวลา หญิงจึงเข้ารับการตรวจจากแพทย์เป็นระยะ อีกทั้งเมื่อผลการตรวจพบข้อบ่งชี้ว่าทารกในครรภ์มีความผิดปกติ หญิงได้ขอให้แพทย์ส่งตัวหญิงเข้ารับการตรวจจากแพทย์ผู้เชี่ยวชาญ ข้อเท็จจริงดังกล่าวทำให้ศาลเชื่อว่า ในกรณีที่หญิงพบว่าทารกในครรภ์พิการ หญิงย่อมเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งอย่างแน่นอน แม้ภายหลังที่เด็กเกิดขึ้นมามีชีวิตแล้วชายและหญิงต่างแสดงความยินดีพร้อมทั้งต้อนรับเด็กเข้ามาเป็นสมาชิกใหม่ของครอบครัวด้วยความรักและความอบอุ่น แต่การกระทำดังกล่าวไม่ได้หมายความว่าชาย

⁵⁵⁵ [2000] PIQR Q69.

⁵⁵⁶ [2006] EWHC 1228.

⁵⁵⁷ Marc Stauch, Kay Wheat and John Tingle, *supra* note 212, p.286.

⁵⁵⁸ [2005] EWCA Civ 1466.

และหญิงสมัครใจยอมรับความเสียหาย สิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของชายและหญิงจึงไม่เปลี่ยนแปลงไป⁵⁵⁹

สำหรับปัญหาประการที่ 2 เมื่อการเยียวยาความเสียหายหมายถึงการทำให้หญิงได้กลับคืนสู่สถานะเสมือนว่าไม่มีความเสียหายเกิดขึ้น จึงมีปัญหาว่าในกรณีที่ปราศจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ไม่ได้หมายความว่าเด็กจะเกิดขึ้นมา มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ แต่หมายความว่าเด็กจะไม่ได้เกิดขึ้นมา มีชีวิตเลย ด้วยสถานการณ์เช่นว่านั้นหญิงและชายย่อมไม่มีภาระหน้าที่ในการเลี้ยงดูเด็กทั้งปวง กล่าวคือ หญิงและชายจะไม่มีค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติ และค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับความพิการของเด็ก จึงทำให้เกิดปัญหาว่าในความเป็นจริงแล้วหญิงควรมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติด้วยหรือไม่

ในการพิจารณาปัญหานี้ศาลได้เปรียบเทียบระหว่างกรณีที่ไม่มีกรกระทำโดยประมาทของแพทย์เกิดขึ้น กล่าวคือ เด็กไม่ได้เกิดขึ้นมา มีชีวิต กับกรณีที่มีการกระทำโดยประมาทของแพทย์ กล่าวคือ เด็กเกิดขึ้นมา มีร่างกายพิการ ในกรณีที่ไม่มีกรกระทำโดยประมาทของแพทย์ แม้ทารกในครรภ์จะต้องถูกทำแท้งและจะไม่มีเด็กเกิดขึ้นมา มีชีวิต อีกทั้งยังทำให้หญิงไม่มีภาระหน้าที่ และไม่มีค่าใช้จ่ายที่ต้องใช้อุปการะเลี้ยงดูบุตรทั้งปวง อย่างไรก็ดี เมื่อหญิงมีความประสงค์ที่จะให้กำเนิดบุตร เพียงแต่ประสงค์ที่จะให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์เท่านั้น ในกรณีที่หญิงได้ให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ตามความมุ่งหวัง หญิงก็ยังคงต้องมีภาระหน้าที่ และค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติ เมื่อการกระทำโดยประมาทของแพทย์ไม่ได้เป็นเหตุทำให้หญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ แต่ทำให้หญิงเสียโอกาสให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ หญิงจึงมีเพียงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายสำหรับส่วนต่างระหว่างการให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์กับการให้กำเนิดบุตรที่มีร่างกายพิการ กล่าวคือ หญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากการค่าใช้จ่ายที่เพิ่มมากขึ้นกว่ากรณีที่หญิงให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์⁵⁶⁰

นอกจากนี้ ในคดี Attorney General v X⁵⁶¹ ศาลได้วางบรรทัดฐานไว้ว่า ในกรณีที่การกระทำโดยประมาทของแพทย์เกิดขึ้นภายหลังจากเวลาที่หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีที่แม้จะปราศจากการกระทำโดยประมาท หญิงก็ไม่มีสิทธิเข้า

⁵⁵⁹ Emily Jackson, *supra* note 240, pp.757-758.

⁵⁶⁰ *Ibid.*, p.758.

⁵⁶¹ [1992] I.R. 1.

รับการทำแท้งได้ตามกฎหมาย การกระทำโดยประมาทของแพทย์จึงไม่เป็นเหตุทำให้เกิดความเสียหายต่อหญิง ชายและหญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

2.2.3 ประเทศออสเตรเลีย

ในประเทศออสเตรเลีย ศาลในมลรัฐต่างๆ มีคำพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่มีร่างกายพิการ⁵⁶² ดังที่ได้ปรากฏในคดี *Kambouroglou v Women's Hospital (Crown Street)* และคดี *Veivers v Connolly*⁵⁶³ ข้อเท็จจริงทั้งสองคดีปรากฏว่าหญิงได้รับเชื้อหัดเยอรมันระหว่างตั้งครรภ์ แต่แพทย์ที่ดูแลครรภ์ไม่ได้ตรวจคัดกรองสุขภาพของหญิง จนเป็นเหตุทำให้แพทย์ไม่สามารถแจ้งเตือนให้หญิงทราบได้ว่า หญิงมีโอกาสให้กำเนิดบุตรที่พิการ อีกทั้งเป็นเหตุทำให้หญิงไม่สามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย⁵⁶⁴

ในการพิจารณาว่าชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือไม่ ศาลได้ศึกษาเปรียบเทียบกับแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศอังกฤษ โดยศาลเห็นว่าเมื่อหญิงมีสิทธิเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ตลอดจนไม่มีนโยบายสาธารณะใดกำหนดห้ามมิให้ชายและหญิงฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ชายและหญิงจึงฟ้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ โดยค่าเสียหายที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ประกอบไปด้วย ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติ ค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับความพิการของเด็ก และค่าเสียหายทางจิตใจอันเป็นผลมาจากการที่ชายและหญิงให้กำเนิดและต้องเลี้ยงดูบุตรที่พิการ

2.2.4 ประเทศแคนาดา

ในประเทศแคนาดา การฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการปรากฏครั้งแรกในปี ค.ศ. 1995 โดยข้อเท็จจริงปรากฏว่า ชายและหญิงเข้ารับการตรวจสุขภาพก่อนตั้งครรภ์กับแพทย์ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อตรวจคัดกรองความเสี่ยงในการให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือเป็นโรคทางพันธุกรรม แต่ขั้นตอนการตรวจแพทย์กระทำโดยประมาทเป็นเหตุทำให้แพทย์ไม่ทราบว่าชายและหญิงมีความเสี่ยงที่จะให้กำเนิดบุตรที่เป็นโรคทางพันธุกรรม ซึ่งชายและหญิงได้แจ้งกับแพทย์แล้วว่า ถ้าชายและหญิงไม่สามารถให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ชายและหญิงจะกระทำการทุกอย่างเพื่อป้องกันการเกิดของเด็ก

⁵⁶² *Veivers v Connolly* [1995] 2 Qd R 326 ; *Murray v Whiting* [2002] QSC 257.

⁵⁶³ [1995] 2 QdR 326.

⁵⁶⁴ *John Devereux, supra note 224, p.289.*

เมื่อชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่ป่วยเป็นโรคดาวน์ซินโดรม ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ แต่ในระหว่างการพิจารณาของศาล ตัวแทนของโรงพยาบาลได้ให้ข้อเสนอที่จะเยียวยาความเสียหายให้กับชายและหญิง ซึ่งชายและหญิงยินยอมรับเงินช่วยเหลือเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กของเด็ก⁵⁶⁵

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการปรากฏอีกครั้งในปี ค.ศ. 1996 ในคดี H.R. v. Hunter⁵⁶⁶ โดยมีข้อเท็จจริงว่า แพทย์ตรวจประวัติของหญิงโดยประมาทเพราะในกรณีที่ปราศจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ แพทย์ย่อมทราบว่าครอบครัวของหญิงมีประวัติว่าเคยมีสมาชิกให้กำเนิดบุตรที่มีความผิดปกติทางพันธุกรรม ด้วยข้อเท็จจริงดังกล่าวแพทย์มีหน้าที่ให้คำแนะนำกับหญิงเพื่อให้หญิงเข้ารับการตรวจโดยแพทย์ผู้เชี่ยวชาญ เมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรที่มีความผิดปกติทางพันธุกรรม หญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลอ้างถึงถึงประมวลจริยธรรมทางการแพทย์ที่ระบุว่า แพทย์มีหน้าที่ตรวจประวัติทางพันธุกรรมของผู้ป่วยด้วยความระมัดระวัง และในกรณีที่แพทย์ไม่มีความสามารถหรือขาดเครื่องมือที่ทันสมัย แพทย์มีหน้าที่ส่งตัวผู้ป่วยให้เข้ารับการรักษายาบาลจากแพทย์ผู้เชี่ยวชาญ ในกรณีหญิงที่ประสงค์ตั้งครรภ์เป็นหญิงสูงวัย ประมวลจริยธรรมได้กำหนดว่าแพทย์มีหน้าที่บอกกล่าวถึงอัตราความเสี่ยงที่ทารกในครรภ์อาจมีปัญหาสุขภาพหรือมีร่างกายที่ผิดปกติเพราะเหตุเกี่ยวกับความผิดปกติทางพันธุกรรม⁵⁶⁷ เมื่อการกระทำของแพทย์ไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพและไม่เป็นไปตามคำแนะนำของประมวลจริยธรรม ศาลมีคำพิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่หญิงเป็นเงิน 3 ล้านเหรียญดอลลาร์

ในปัจจุบัน ตามแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ศาลกำหนดให้แพทย์มีหน้าที่ตรวจสอบประวัติทางพันธุกรรมของหญิงที่ตั้งครรภ์อย่างละเอียด อีกทั้งยังมีหน้าที่บอก

⁵⁶⁵ K Capen, "New Prenatal Screening Procedures Raise Spectre of More "Wrongful-Birth" Claims," Canadian Medical Association Journal, Issue 5, Volume 152, pp.734 (March 1995) ; Arndt v Smith [1997] 2 SCR 539, [1997] SCJ No 65)

⁵⁶⁶ [1996] 32 C.C.L.T. (2d.) 44.

⁵⁶⁷ Krangle v Brisco (2000) BCCA 147. ; Rayner v Knickle [1991] 88 Nfld. & P.E.R. 214.

กล่าวความจริงและแจ้งเตือนความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นกับทารก เพื่อให้หญิงได้รับข้อมูลที่ถูกต้องและเพียงพอต่อการตัดสินใจเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง⁵⁶⁸

2.2.5 ประเทศเยอรมนี

ในประเทศเยอรมนี ข้อถกเถียงว่าด้วยสิทธิในการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเป็นปัญหาที่มีความละเอียดอ่อนอย่างมาก เนื่องจากหลักกฎหมายพื้นฐานมุ่งประสงค์และให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และเมื่อทารกเป็นบุคคลหนึ่งที่ได้รับคุ้มครองตามกฎหมาย ซึ่งเห็นได้จากคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญที่พิจารณาเมื่อวันที่ 25 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1975 ที่พิพากษาว่า การที่กฎหมายยินยอมให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเป็นกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 2 วรรค 2 ประกอบมาตรา 1⁵⁶⁹

ภายหลังจากนั้นรัฐสภาของประเทศเยอรมนีได้ปรับปรุงและเสนอกฎหมายทำแท้งฉบับใหม่ ซึ่งประกาศใช้ในวันที่ 12 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1976 นักกฎหมายเห็นว่ากฎหมายทำแท้งฉบับใหม่นี้เป็นกฎหมายที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยเงื่อนไขที่หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายประกอบไปด้วย (1) เหตุทำแท้งเนื่องจากเหตุผลทางการแพทย์ (2) เหตุทำแท้งเนื่องจากเหตุผลทางด้านอาชญากรรม (3) เหตุทำแท้งเนื่องจากเหตุผลทางสังคม (4) เหตุทำแท้งจากเหตุผลทางด้านสุขภาพของเด็ก ซึ่งรวมถึงเหตุทางพันธุกรรมหรือเหตุร้ายแรงประการอื่นที่อาจทำให้เด็กต้องเกิดขึ้นมาพิการ⁵⁷⁰

⁵⁶⁸ Erin Nelson and Timothy Caulfield, "You Can't Get There From Herc : A Case Comment on Arndt v Smith," *University of British Columbia Law Review*, Volume 32, p.353 (1998) ; Vaughan Black and Dennis Klimchuk, "Case Comment : Hollis v Dow Corning," *Canadian Bar Review*, Volume 75, pp.355, 363 (1996)

⁵⁶⁹ คณิต ฅ นคร, "เหตุทำแท้งตามกฎหมายเยอรมัน," *อัยการนิเทศ*, เล่มที่ 41, น.357-358 (2522). ; ศาลให้เหตุผลว่า การที่กฎหมายอนุญาตให้หญิงเข้ารับการทำแท้งในช่วง 3 เดือนแรกเป็นการละเมิดสิทธิทางรัฐธรรมนูญของทารกในครรภ์ เนื่องด้วยกฎหมายมีพันธกิจในการปกป้องและให้ความคุ้มครองต่อมนุษย์ทุกชีวิตแม้ว่าเขาเหล่านั้นจะยังเป็นทารกก็ตาม กฎหมายไม่อาจปล่อยให้หญิงเป็นผู้มีอำนาจในการตัดสินใจได้เพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น ดู ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสตร์, "กฎหมาย : การลดอัตราเพิ่มประชากรกับการทำแท้ง," *วารสารนิติศาสตร์*, ฉบับที่ 3, ปีที่ 10, น.373-376 (ธันวาคม 2521).

⁵⁷⁰ คณิต ฅ นคร, *เพ็ญอ้าง*, น.358-362.

เมื่อกฎหมายให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของทารก ศาลประเทศเยอรมนีจึงวางแนวการพิจารณาพิพากษาคดีมาโดยตลอดว่า ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ⁵⁷¹

โดยปกติความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และผู้ป่วยในประเทศเยอรมนีเป็นความสัมพันธ์ในทางสัญญา การใช้สิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์จึงเป็นการใช้สิทธิตามกฎหมายลักษณะสัญญา ทำให้ไม่เกิดข้อยุ่งยากในการพิจารณาว่าการกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นการล่วงละเมิดสิทธิประเภทใดของชายและหรือหญิง โดยประเภทของค่าเสียหายที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ประกอบไปด้วย ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก ซึ่งยังเป็นที่ยกเถียงกันในชั้นศาลว่าค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กหมายความว่าเฉพาะค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กเพียงอย่างเดียวเท่านั้น หรือหมายความรวมถึงค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติด้วย⁵⁷² อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ความพิการของเด็กรุนแรงจนเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูเด็กไปตลอดชีวิต ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ไม่ได้จำกัดเฉพาะในช่วงก่อนที่เด็กจะบรรลุนิติภาวะเท่านั้น แต่รวมถึงค่าใช้จ่ายตลอดการมีชีวิตของเด็ก⁵⁷³

การฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการปรากฏขึ้นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1983 ศาลสูงของประเทศเยอรมนีเห็นว่าการยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องเรียกค่าเสียหาย ไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็ก เนื่องจากความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ไม่ได้หมายถึงการเกิดหรือการมีชีวิตของเด็ก อีกทั้งไม่ได้หมายถึงความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กแต่อย่างใด แต่ความเสียหายที่เกิดขึ้นคือภาระหน้าทางการเงินและผลกระทบทางเศรษฐกิจที่เป็นผลมาจากหน้าที่ที่ชายและหญิงต้องอุปการะเลี้ยงดูเด็กเท่านั้น

ตัวอย่างการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการซึ่งเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ภายหลังที่หญิงตั้งครรภ์

⁵⁷¹ BGH, 18th of January 1983, VI ZR 114/81, BGHZ 86, 240 ; BGH, 27 Nov 1984 JZ 1985, 331 ; BGH, 7 July 1987 (VIZR 193/86) NJW 1987, 2923 ; BGH, 13 Nov 1984 NJW 1985, 2197 ; BGH 16 November 1993, BGHZ 124, 128 = NKW 1994, 788

⁵⁷² Cees Van Dam, *supra note 314*, p.200.

⁵⁷³ Yael Hashiloni-Dolev, A Life (Un)Worthy of Living Reproductive Genetics in Israel and Germany, (The Netherlands : Springer, 2007), p.122.

คดี BGH, 18th of January 1983⁵⁷⁴ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า หญิงเข้ารับการตรวจสุขภาพระหว่างตั้งครรภ์ แต่แพทย์ตรวจสุขภาพของหญิงโดยประมาท ทำให้แพทย์ไม่ทราบว่าหญิงได้รับเชื้อหัดเยอรมันระหว่างตั้งครรภ์ อีกทั้งเป็นเหตุทำให้แพทย์ไม่สามารถแจ้งเตือนให้หญิงทราบถึงความเสี่ยงที่ทารกในครรภ์อาจพิการเพราะโรคหัดเยอรมัน โดยหญิงยืนยันว่าถ้าหญิงทราบว่าทารกพิการหรือมีโอกาสเสี่ยงที่จะพิการ หญิงย่อมเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งอย่างแน่นอน การกระทำโดยประมาทของแพทย์จึงทำให้หญิงเสียโอกาสที่จะหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการ หญิงและเด็กจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์⁵⁷⁵

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลอุทธรณ์ ศาลพิจารณาว่าเมื่อการเกิดของเด็กส่งผลกระทบต่อภาระทางการเงินและฐานะทางเศรษฐกิจของชายและหญิง เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกรฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่ไม่พึงประสงค์ (Wrongful Pregnancy) ศาลของประเทศเยอรมนีวางแนวพิจารณามาตลอดว่า ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์⁵⁷⁶ อย่างไรก็ดี ข้อเท็จจริงในคดีนี้แตกต่างจากความผิดพลาดในการผ่าตัดทำหมัน เนื่องจากการผิดพลาดของแพทย์ในคดีนี้คือ การที่แพทย์ทำให้หญิงเสียสิทธิที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้ง กล่าวคือ สิทธิที่จะป้องกันการได้เกิดของเด็ก แม้ว่ากฎหมายจะยินยอมให้หญิงทำแท้งได้โดยไม่เป็นความผิด แต่หาใช่ว่าการทำแท้งเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายหรือเป็นสิทธิตามกฎหมาย นอกจากนี้ ศาลพิจารณาว่า แพทย์มีหน้าที่ให้ข้อมูลและอธิบายความเสี่ยงเกี่ยวกับผลกระทบทางพันธุกรรมเฉพาะในกรณีที่มีความผิดปกติทางพันธุกรรมอาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพของหญิงที่ตั้งครรภ์เท่านั้น เมื่อสัญญาเข้ารับบริการทางการแพทย์ไม่ได้มีวัตถุประสงค์คุ้มครองสถานะทางเศรษฐกิจ หญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลสูง ศาลเห็นว่าเมื่อการกระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้หญิงเสียสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งและเป็นเหตุทำให้หญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการ การกระทำของแพทย์จึงทำให้หญิงได้รับความเสียหาย โดยความเสียหายดังกล่าวไม่ได้หมายถึงการเกิดหรือการมีชีวิตของเด็ก แต่หมายถึงผลกระทบทางเศรษฐกิจที่เป็นผลตามมาจากาการเกิดของเด็ก (Burden of economic maintenance) ซึ่งในกรณีที่ปราศจากการกระทำโดยประมาทโดยของแพทย์ ผลกระทบทางเศรษฐกิจดังกล่าวย่อมไม่เกิดขึ้น

⁵⁷⁴ VI ZR 114/81, BGHZ 86, 240.

⁵⁷⁵ B.S. Markesinis and H. Unberath, *supra note 5*, p.159.

⁵⁷⁶ BGH 18 March 1980.

ทั้งนี้ เมื่อหญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวกับสุขภาพของทารกโดยชอบด้วยกฎหมาย (ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 218) สัญญาเข้ารับบริการทางการแพทย์จึงเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ชอบด้วยกฎหมาย ศาลจึงพิพากษาว่าหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทั้งปวงที่เป็นผลมาจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ อนึ่ง แม้ตามปกติหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรของชายและหญิงเป็นหน้าที่อันเกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมและเป็นหน้าที่ที่ชายและหญิงต้องผูกพันตามกฎหมายลักษณะครอบครัว แต่เมื่อไม่มีบทบัญญัติมาตราใดห้ามมิให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก การที่ศาลยินยอมให้หญิงเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์จึงไม่เป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายลักษณะครอบครัว

ในคำพิพากษาคดีนี้ศาลเห็นว่าชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับปัญหาสุขภาพของเด็กเท่านั้น โดยชายและหญิงไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติ⁵⁷⁷

สำหรับปัญหาที่ว่าหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน อาทิ ค่าเสียหายจากความเจ็บปวดทุกข์ทรมาน หรือค่าเสียหายจากความไม่สะดวกสบายจากการตั้งครรภ์และคลอดบุตรหรือไม่นั้น ศาลพิจารณาว่าเมื่อวัตถุประสงค์ที่หญิงเข้ารับบริการทางการแพทย์ คือ การที่หญิงพยายามหลีกเลี่ยงหรือป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการ โดยหญิงหาได้มีวัตถุประสงค์ที่จะป้องกันการตั้งครรภ์หรือการคลอดบุตรแต่อย่างใด ซึ่งแตกต่างจากกรณีที่หญิงเข้ารับการผ่าตัดทำหมัน ด้วยเหตุดังกล่าว หญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินจากการตั้งครรภ์และการคลอดบุตร เพราะการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรเป็นไปตามความประสงค์ของหญิง

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่ความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กส่งผลกระทบต่อกระบวนการคลอด อาทิ ทำให้การคลอดเป็นไปด้วยความยากลำบาก ถ้าความยากลำบากดังกล่าวทำให้หญิงได้รับความเจ็บปวดทุกข์ทรมานจากการคลอดมากกว่าปกติ ศาลเห็นพิจารณา แม้หญิงไม่ประสงค์ที่จะหลีกเลี่ยงการตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตร แต่หญิงก็ไม่ต้องการให้ตนได้รับความเจ็บปวดทรมานดังกล่าว หญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจจากความเจ็บปวดและทุกข์ทรมานจากการตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตร โดยเรียกได้เฉพาะค่าเจ็บปวดที่มากกว่าปกติเท่านั้น⁵⁷⁸

มีปัญหาเกิดขึ้นว่า ในกรณีที่หญิงเพียงฝ่ายเดียวเป็นผู้เข้ารับการรักษากับแพทย์ ชายบุคคลภายนอกมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายด้วยหรือไม่ ศาลพิจารณาว่าแม้ชายจะเป็น

⁵⁷⁷ B.S. Markesinis and H. Unberath, *supra* note 5, p.159.

⁵⁷⁸ *Ibid.*, pp.159-160.

บุคคลภายนอกสัญญา แต่เมื่อวัตถุประสงค์ของสัญญาไม่ได้มุ่งหมายที่จะให้ความคุ้มครองต่อหญิงเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น แต่ยังให้ความคุ้มครองต่อชายสามีของหญิงด้วย ชายบุคคลภายนอกจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเช่นเดียวกับหญิงผู้เป็นคู่สัญญาโดยตรง⁵⁷⁹

อย่างไรก็ดี สำหรับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตของเด็ก (Wrongful Life) ศาลพิจารณาว่าแพทย์ไม่มีหน้าที่ป้องกันการเกิดของเด็ก อีกทั้งการยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดเท่ากับศาลยอมรับว่าการเกิดของเด็กเป็นความเสียหายตามกฎหมาย ซึ่งการกระทำเช่นนั้นย่อมขัดต่อคุณค่าและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ศาลจึงพิพากษายกฟ้องของเด็ก

คดี BGH, 27 Nov 1984⁵⁸⁰ แม้ศาลยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ แต่ศาลไม่เห็นด้วยกับแนวการพิพากษาพิพากษาคดีของศาลในคดีก่อนที่ไม่ยินยอมให้หญิงเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติ ศาลให้เหตุผลว่า ในกรณีที่ปราศจากความผิดพลาดทางการแพทย์ไม่ได้หมายความว่าชายและหญิงจะให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ แต่หมายความว่าชายและหญิงจะไม่ต้องให้กำเนิดบุตร และด้วยการที่ชายและหญิงไม่ต้องให้กำเนิดบุตรนี้เองทำให้ชายและหญิงหลุดพ้นจากภาระหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรทั้งปวง หากหลุดพ้นจากภาระหน้าที่ที่เพิ่มมากขึ้นจากปัญหาสุขภาพของเด็กเท่านั้น ด้วยเหตุดังกล่าว ศาลพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติและค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่เพิ่มมากขึ้นจากปัญหาสุขภาพของเด็ก

ตัวอย่างการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการซึ่งเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ก่อนที่หญิงตั้งครรภ์

คดี BGH, 6 November 1993⁵⁸¹ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า หญิงมีประวัติเคยให้กำเนิดบุตรที่มีปัญหาสุขภาพมาแล้วครั้งหนึ่งในปี ค.ศ. 1982 ชายและหญิงจึงกังวลว่าชายและหญิงอาจให้กำเนิดบุตรที่มีปัญหาสุขภาพอีกครั้งหนึ่ง ชายและหญิงจึงเข้ารับการตรวจสุขภาพก่อนตั้งครรภ์เพื่อคัดกรองว่าชายและหญิงยังคงมีความเสี่ยงที่จะให้กำเนิดบุตรที่มีปัญหาสุขภาพอยู่อีกหรือไม่

ภายหลังที่ชายและหญิงให้ข้อมูลเกี่ยวกับประวัติการให้กำเนิดบุตรที่มีปัญหาสุขภาพกับแพทย์แล้ว แพทย์ไม่ใช้ความระมัดระวังในการตรวจสุขภาพของชายและหญิงและไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในตรวจความเสี่ยงในการให้กำเนิดบุตรที่มีปัญหาสุขภาพ อีกทั้งแพทย์ยังให้

⁵⁷⁹ *Ibid.*, p.160.

⁵⁸⁰ JZ 1985, 331.

⁵⁸¹ BGHZ 124, 128 = NKW 1994, 788

คำยืนยันกับชายและหญิงด้วยว่า ในกรณีชายและหญิงยังประสงค์ที่จะให้กำเนิดบุตร เด็กที่จะเกิดขึ้นมาในอนาคตจะต้องมีสุขภาพแข็งแรงสมบูรณ์อย่างแน่นอน

ภายหลังที่ชายและหญิงเลือกที่จะให้กำเนิดบุตรคนที่สองตามคำแนะนำของแพทย์ เมื่อหญิงคลอดบุตรหญิงพบว่าเด็กมีปัญหาสุขภาพเช่นเดียวกับปัญหาสุขภาพของบุตรคนแรก ชายและหญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ โดยกล่าวว่าหากแพทย์บอกความจริงให้ชายและหญิงทราบว่าชายและหญิงไม่มีโอกาสที่จะให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ชายและหญิงจะไม่เลือกที่จะให้กำเนิดบุตรคนที่สองอย่างแน่นอน การกระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้ชายและหญิงไม่สามารถวางแผนครอบครัวและไม่สามารถป้องกันการให้กำเนิดบุตรได้

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ศาลเห็นว่าการกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นการชำระหนี้ตามสัญญาเข้ารับบริการตรวจสอบสุขภาพก่อนตั้งครรภ์ไม่ถูกต้อง เพราะหากแพทย์ชำระหนี้ด้วยความระมัดระวัง ชายและหญิงต้องทราบถึงโอกาสเสี่ยงที่จะต้องให้กำเนิดบุตรที่มีปัญหาสุขภาพ ด้วยข้อเท็จจริงเช่นนั้นชายและหญิงมีสิทธิหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการธรรมชาติ ภาระทางการเงินและผลกระทบทางเศรษฐกิจจึงเป็นความเสียหายที่เป็นผลมาจากการชำระหนี้ไม่ถูกต้อง

สำหรับปัญหาที่ว่าชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องเฉพาะค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่เกี่ยวข้องกับปัญหาสุขภาพของเด็ก หรือมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติด้วยนั้น ศาลพิจารณาว่า เมื่อวัตถุประสงค์ของสัญญาไม่ได้มุ่งคุ้มครองเฉพาะค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับปัญหาสุขภาพของเด็ก แต่ยังมีมุ่งคุ้มครองค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติ ชายและหญิงจึงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กทั้งปวงที่เป็นผลมาจากการเกิดของเด็ก

ส่วนปัญหาที่ว่าการยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการส่งผลกระทบต่อคุณค่าและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือไม่ ศาลพิจารณาและให้เหตุผลเหมือนกับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ว่าการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ เป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายจากภาระหน้าที่และผลกระทบทางเศรษฐกิจของชายและหญิงจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการเท่านั้น หาได้เป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดหรือการมีชีวิตของเด็กที่พิการ เมื่อการเกิดหรือการมีชีวิตของเด็กไม่ได้เป็นความเสียหาย การยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการจึงไม่เป็นการลดคุณค่าหรือทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม เมื่อองค์คณะตุลาการรัฐธรรมนูญคณะที่ 2 มีคำวินิจฉัย BVerfG, 28 May 1993 ว่าการทำแท้งที่ขอบด้วยกฎหมายต้องเป็นการทำแท้งที่เหตุผลอันสมควรเท่านั้น ด้วยผลของคำวินิจฉัยฉบับนี้ ทำให้ศาลยุติธรรมใช้ความระมัดระวังในการพิจารณาถึงสิทธิของ

ชายและหญิงที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการมากยิ่งขึ้น เพราะถ้าความผิดพลาดของแพทย์เกิดขึ้นในกระบวนการทำแท้งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หญิงและชายย่อมไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ โดยมีตัวอย่างดังนี้

คดี BGH, 28 March 1995⁵⁸² ข้อเท็จจริงปรากฏว่า หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายต่อเมื่อการตั้งครรภ์อาจเป็นอันตรายต่อชีวิตหรือส่งผลกระทบต่อสุขภาพของหญิงอย่างร้ายแรงเท่านั้น เมื่อหญิงประสงค์เข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวกับสุขภาพของเด็กซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การที่แพทย์ตรวจครรภ์โดยประมาทจนเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงไม่ทราบถึงปัญหาสุขภาพของทารกจึงไม่เป็นเหตุที่ทำให้หญิงได้รับความเสียหาย หญิงและชายจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

คดี BGH, 18 June 2002⁵⁸³ ในกรณีที่หญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเสียชีวิตที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้ง หญิงมีหน้าที่พิสูจน์ว่าหญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีที่หญิงจะเลือกเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของทารก หญิงต้องพิสูจน์ว่าการเกิดของเด็กที่มีร่างกายพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างรุนแรงจะส่งผลกระทบต่อสุขภาพของหญิง ในกรณีที่หญิงสามารถพิสูจน์ให้เห็นถึงข้อเท็จจริงดังกล่าว การกระทำโดยประมาทของแพทย์ที่เป็นเหตุทำให้หญิงเสียชีวิตเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งย่อมเป็นการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้อง อีกทั้งยังเป็นเหตุทำให้หญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงผลกระทบทางเศรษฐกิจและภาระหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรที่พิการ ดังนั้น เมื่อหญิงสามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงข้อเท็จจริงดังกล่าว หญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ซึ่งประกอบไปด้วย ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติและค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับปัญหาสุขภาพของเด็ก⁵⁸⁴

อย่างไรก็ดี ชายและหญิงจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการต่อเมื่อวัตถุประสงค์ของสัญญาเข้ารับบริการทางการแพทย์ไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย คือการหลีกเลี่ยงการตั้งครรภ์หรือการหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการเท่านั้น ถ้าสัญญามีวัตถุประสงค์เป็นประการอื่น ชายและหญิงย่อมไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

⁵⁸² NJW 1995, 1609.

⁵⁸³ NJW 2002.

⁵⁸⁴ VI ZR 136/01, NJW 2002 see Alain Verbeke, “Contracts and Torts in a Comparative Perspective,” retrieved on 30 October 2015, from <http://www.jurawelt.com/sunrise/media/mediafiles/14141/wrongful-life.pdf>

คดี BGH, 21 December 2004⁵⁸⁵ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า หญิงที่ตั้งครรภ์ พบฝิ่นคั้นที่ผิวหนัง หญิงจึงเข้ารับการรักษาพยาบาลกับแพทย์ผิวหนัง แม้อาการฝิ่นคั้นเป็นการอาการ เริ่มต้นของการได้รับเชื้อหัดเยอรมัน ซึ่งแพทย์ที่พบเห็นอาการดังกล่าวต้องแจ้งเตือนหรือแนะนำให้ หญิงเข้ารับการรักษาจากแพทย์ที่ดูแลครรภ์หรือแพทย์ผู้เชี่ยวชาญ แต่เมื่อการรักษาพยาบาลไม่ได้มี วัตถุประสงค์เพื่อตรวจสอบสุขภาพหรือวิเคราะห์ความเสี่ยงในการตั้งครรภ์ แพทย์จึงไม่ได้ให้คำแนะนำหรือ แจ้งเตือนหญิง

เมื่อหญิงคลอดบุตรหญิงพบว่าเด็กเกิดขึ้นมาพร้อมกับพิการ ซึ่งภายหลัง หญิงทราบว่าความพิการของเด็กเป็นผลมาจากโรคหัดเยอรมัน หญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจาก แพทย์ผิวหนังที่ไม่ได้ให้คำแนะนำว่าฝิ่นคั้นบนผิวหนังของหญิงคืออาการของโรคหัดเยอรมัน การกระทำดังกล่าวของแพทย์ทำให้หญิงไม่สามารถเข้ารับการรักษาจากแพทย์ผู้เชี่ยวชาญ อีกทั้งยังทำ ให้หญิงไม่มีโอกาสเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งอีกด้วย

ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลได้วิเคราะห์ถึงลักษณะและวัตถุประสงค์ ของสัญญา ศาลเห็นว่าสัญญาดังกล่าวเป็นเพียงสัญญาเข้ารับการรักษาพยาบาลเกี่ยวกับโรคผิวหนัง เท่านั้น ไม่รวมการตรวจสอบสุขภาพหรือให้คำแนะนำเกี่ยวกับการตั้งครรภ์ หญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้อง เรียกค่าเสียหายจากแพทย์⁵⁸⁶

นอกจากนี้ ในกรณีที่ความผิดพลาดของแพทย์เกิดขึ้นในกระบวนการช่วย การเจริญพันธุ์ มีปัญหาเกิดขึ้นอีกด้วยว่าในกรณีที่การกระทำโดยประมาทของแพทย์คือการเลือกหรือ ตรวจสอบคัดกรองเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนโดยประมาท ชายและหญิงจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย หรือไม่ เพราะเดิมกฎหมาย Embryo Protection Act (Embryonenschutzgesetz, Dec. 13, 1990, Bundesgesetzblatt I at 2746) กำหนดให้กระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เป็นไปเพื่อช่วยให้หญิงได้ตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรเท่านั้น การกระทำเพื่อวัตถุประสงค์ประการอื่น เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายและมีโทษทางอาญา (มาตรา 2 (1)) เมื่อการตรวจคัดกรองสุขภาพ ของตัวอ่อนที่อยู่ภายนอกครรภ์ (PGD) ไม่ได้เป็นไปเพื่อช่วยทำให้หญิงสามารถตั้งครรภ์ แต่เป็นไปเพื่อ

⁵⁸⁵ NJW 2005, 891.

⁵⁸⁶ Marc Stauch, *supra note 316*, p.21.

ทำลายเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนที่มีความผิดปกติ กระบวนการทางการแพทย์เช่นว่านั้นจึงไม่เป็นที่แน่ชัดว่าชอบด้วยกฎหมาย⁵⁸⁷

ในปี ค.ศ. 2010⁵⁸⁸ ศาลได้มีคำพิพากษาว่ากระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และการตรวจคัดกรองสุขภาพของตัวอ่อนที่อยู่ภายนอกครรภ์เพื่อป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการเป็นกระบวนการที่ชอบโดยกฎหมาย โดยศาลได้ให้เหตุผลว่า การที่กฎหมาย Embryo Protection Act ห้ามดำเนินการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ภายนอกครรภ์เพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกจากการช่วยทำให้หญิงได้ตั้งครรภ์นั้น หาได้หมายความว่ากฎหมายห้ามมิให้มีการตรวจคัดกรองสุขภาพของตัวอ่อนแต่อย่างใด นอกจากนี้ เมื่อขณะที่มีการร่างกฎหมาย วิทยาศาสตร์ทางการแพทย์ที่เกี่ยวกับกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ยังพัฒนาไม่มาก ผู้ร่างกฎหมายจึงไม่เข้าใจถึงกระบวนการและวัตถุประสงค์ของเทคนิคการตรวจคัดกรองสุขภาพของตัวอ่อน แต่ในปัจจุบันเมื่อเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เข้ามามีบทบาทอย่างมาก จึงไม่มีเหตุผลที่กฎหมายจะห้ามมิให้แพทย์ตรวจสอบและทำลายตัวอ่อนที่ไม่สามารถเกิดขึ้นมา มีสุขภาพร่างกายแข็งแรง อย่างไรก็ตาม กระบวนการตรวจคัดกรองสุขภาพตัวอ่อนจะต้องไม่เป็นเพื่อการเลือกเพศของมนุษย์ (มาตรา 3) เว้นแต่เป็นการเลือกเพศเพื่อป้องกันการถ่ายทอดโรคทางพันธุกรรม⁵⁸⁹

2.2.6 ประเทศฝรั่งเศส

ในประเทศฝรั่งเศส แม้ศาลสูงมีคำพิพากษาว่าชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ (Wrongful Pregnancy) เพราะศาลเห็นว่า การเกิดของเด็กที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ไม่เป็นความเสียหายตามกฎหมาย⁵⁹⁰ แต่ถ้าข้อเท็จจริงเปลี่ยนไปว่าชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการ ศาลเห็นภาระหน้าที่และความยากลำบาก

⁵⁸⁷ Edith Palmer, “Germany: Court Permits Embryo Screening,” (Retrieved on 1 March 2016), from <http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/germany-court-permits-embryo-screening/>

⁵⁸⁸ “(6 July 2010) Die Präimplantationsdiagnostik zur Entdeckung schwerer genetischer Schäden des extrakorporal erzeugten: Embryos ist nicht strafbar,” (Retrieved on 1 March 2016), from <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2010&Sort=3&nr=52539&pos=23&anz=160>

⁵⁸⁹ Edith Palmer, *supra note 587*.

⁵⁹⁰ Cass. Civ. 1 June, D.1991, Jur.p.566.

ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรที่พิการเป็นความเสียหายตามกฎหมาย ศาลจึงมีคำพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ปรากฏครั้งแรกในปี ค.ศ. 1991 คดี (Cour de Cassation, Corte di Cassazione) Cass. Civ. 1re 16 July 1991⁵⁹¹ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า หญิงเข้ารับการตรวจสุขภาพก่อนสมรสเพราะหญิงต้องการหลีกเลี่ยงโอกาสที่หญิงอาจให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือมีความผิดปกติทางพันธุกรรม แต่แพทย์ไม่ได้ตรวจประวัติการได้รับวัคซีนป้องกันโรคหัดเยอรมัน จนเป็นเหตุทำให้หญิงไม่ได้รับวัคซีนป้องกันโรคหัดเยอรมันก่อนตั้งครรภ์ ภายหลังที่หญิงเข้ารับการตรวจเป็นเวลา 4 ปี หญิงได้ตั้งครรภ์ ระหว่างตั้งครรภ์หญิงได้รับเชื้อหัดเยอรมันจนเป็นเหตุทำให้ทารกในครรภ์พิการ เมื่อหญิงคลอดบุตรที่พิการ หญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ โดยให้เหตุผลว่าการกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นเหตุทำให้หญิงเสียโอกาสให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ศาลพิจารณาโดยอาศัยหลักกฎหมายว่าด้วยความเสียหายจากการสูญเสียโอกาส (*Perte d'une chance* or Loss of Chances) โดยศาลให้เหตุผลว่า แม้ความพิการของเด็กไม่ได้เป็นผลมาจากการกระทำโดยตรงของแพทย์ แต่การกระทำโดยประมาทของแพทย์ส่งผลโดยตรงทำให้หญิงเสียโอกาสที่จะให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์⁵⁹² เพราะถ้าหญิงทราบว่าหญิงยังไม่ได้รับวัคซีนป้องกันโรคหัดเยอรมัน หญิงสามารถ

⁵⁹¹ Bull.civ. 1991.I.248 cited in Walter Van Gerven, Jeremy Lever and Pierre Larouche, *supra* note 240, pp.111-114.

⁵⁹² Rebecca Spitzmiller ให้ความเห็นว่า เมื่อพิจารณาแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศฝรั่งเศส เมื่อใดก็ตามที่มีปัญหาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเกิดขึ้น และผู้เสียหายไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายเป็นผลโดยตรงมาจากการทำละเมิดหรือการผิดสัญญาหรือไม่ ผู้เสียหายสามารถกล่าวอ้างได้ว่า การกระทำของผู้ทำละเมิดหรือลูกหนี้ทำให้ผู้เสียหายหรือเจ้าหนี้สูญเสียโอกาสที่ผู้เสียหายหรือเจ้าหนี้สามารถหลีกเลี่ยงความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต ซึ่งศาลประเทศฝรั่งเศสยอมรับหลักการว่าด้วยความเสียหายจากการเสียโอกาสมาโดยตลอด see Rebecca Spitzmiller, Selected Areas of Italian Tort Law : Case and Materials in a Comparative Perspective, (Fagnano Alto : Editrice il Sirente, 2011), pp.79-80, footnote 132.

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศออสเตรเลียจะพบว่า ความเสียหายจากการสูญเสียโอกาสจะต้องเป็นกรณีที่หากปราศจากการกระทำโดยจงใจหรือ

เข้ารับวัคซีนป้องกันโรคหัดเยอรมันก่อนที่จะตั้งครรภ์⁵⁹³ ด้วยการกระทำดังกล่าว ศาลพิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายให้กับหญิง

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการปรากฏขึ้นอีกครั้งในคดี Cass.civ. 1re, 26 March 1996⁵⁹⁴ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า หญิงเข้ารับการตรวจสุขภาพระหว่างตั้งครรภ์ แต่ห้องปฏิบัติการตรวจภูมิคุ้มกันของหญิงโดยประมาท ทำให้หญิงเข้าใจว่าหญิงได้รับวัคซีนป้องกันโรคหัดเยอรมันก่อนตั้งครรภ์แล้ว ภายหลังจากที่หญิงให้กำเนิดบุตรเป็นเวลา 1 ปี หญิงพบว่าเด็กที่คลอดออกมามีความบกพร่องเกี่ยวกับการทำงานของระบบประสาท แพทย์ยืนยันกับหญิงว่าความผิดปกติของเด็กเป็นผลมาจากโรคหัดเยอรมันที่หญิงได้รับเชื้อระหว่างตั้งครรภ์ หญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ผู้ดูแลครรภ์ และฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแทนเด็กจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต

ในระหว่างพิจารณาคดี ห้องปฏิบัติการยอมรับว่าได้ทำการตรวจโดยประมาท นอกจากนี้ศาลอุทธรณ์ยังพบว่า แพทย์ที่ดูแลครรภ์ไม่ได้ให้ข้อมูลและไม่ได้ให้คำแนะนำกับหญิงจนเป็นเหตุทำให้หญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการ เมื่อการกระทำของห้องปฏิบัติและแพทย์เกิดขึ้นด้วยความประมาท ศาลพิพากษาให้ห้องปฏิบัติการและแพทย์ร่วมกันชดใช้ค่าเสียหายให้กับหญิง อย่างไรก็ตาม ศาลพิพากษายกฟ้องของเด็กที่ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต โดยศาลให้เหตุผลว่าเมื่อความพิการของเด็กไม่ได้เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์แต่เป็นผลจากโรคหัดเยอรมัน เด็กจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

โดยประมาทเล็กน้อย ความเสียหายจะต้องไม่เกิดขึ้นหรือผู้เสียหายสามารถป้องกันไม่ให้ความเสียหายรุนแรงมากขึ้น แต่สำหรับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) เมื่อความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กเกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ อีกทั้งแพทย์ก็ไม่สามารถป้องกันไม่ให้เด็กต้องมีร่างกายพิการหรือมีปัญหาสุขภาพได้เว้นแต่แพทย์จะทำให้เด็กไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต ด้วยเหตุดังกล่าว ศาลจึงมีคำพิพากษาว่าการกระทำโดยประมาทของแพทย์ไม่เป็นเหตุทำให้เกิดความเสียหายต่อการสูญเสียโอกาส ชาย หญิงและเด็กจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ see Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Reinhard Zimmermann and Bernhard A. Koch, *Digest of European Tort Law : Essential Cases on Natural Causation*, (Berlin : De Gruyter, 2007), chapter 10 at para 10/29.

⁵⁹³ Rebecca Spitzmiller, *ibid*, pp.79-80.

⁵⁹⁴ Walter Van Gerven, Jeremy Lever and Pierre Larouche, *supra note 240*, p.116-118.

คดี French Cour de Cassation on 17th of November 2000 (Nicolas Perruche case) ศาลพิพากษาว่า หญิงที่เสียสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งและให้กำเนิดบุตรที่พิการมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ตามกฎหมายลักษณะละเมิดและกฎหมายลักษณะสัญญา โดยค่าเสียหายที่หญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ประกอบไปด้วย ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่พิการ ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์และค่าเสียหายทางจิตใจที่เป็นผลมาจากการที่หญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการ

อย่างไรก็ดี ในปี ค.ศ. 2002 ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมาย Law of 4 March 2002 ห้ามมิให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการอีกต่อไป⁵⁹⁵ แต่ในกรณีที่ความเสียหายเป็นผลมาจากการกระโดยจงใจหรือประมาทอย่างร้ายแรง⁵⁹⁶ ชายและหญิงยังคงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจเช่นเดิม⁵⁹⁷ ในขณะที่ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่พิการ กฎหมายกำหนดให้ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากกองทุนของรัฐบาลที่ได้ตั้งขึ้นมาเพื่อเยียวยาความเสียหายให้กับผู้ที่ต้องพิการจากความผิดพลาดทางการแพทย์⁵⁹⁸

2.2.7 ประเทศแอฟริกาใต้

ในประเทศแอฟริกาใต้ การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการปรากฏขึ้นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1996 ในคดี Friedman v Glicksman⁵⁹⁹ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า หญิงเข้ารับการตรวจสอบสุขภาพทารกในครรภ์ แพทย์ผู้ทำการตรวจได้ยืนยันกับหญิงว่าทารกในครรภ์ มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ แต่ภายหลังที่หญิงคลอดบุตร หญิงพบว่าเด็กมีร่างกายพิการและมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง หญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ เพราะการกระทำของแพทย์

⁵⁹⁵ Eva Steiner, *supra note 347*, p.357.

⁵⁹⁶ Brigitte Feuillet, "Perruche Case and French Medical Liability," *Drexel Law Review*, Volume 4. pp.139-140 (2011). ; เมธี วงศ์ศิริสุวรรณ, "ความเสียหายอันเนื่องมาจากการเกิด (Birth)," *Medical Focus*, ฉบับที่ 41, ปีที่ 4, น.16 (พฤษภาคม 2555) ; Maria Canellopoulou Bottis, "Wrongful Birth and Wrongful Life Actions," *European Journal of Health Law*, Volume 11, Issue 1, p.57 (2004)

⁵⁹⁷ Eva Steiner, *supra note 347*, p.357. ; Brigitte Feuillet, *ibid*, pp.146-147.

⁵⁹⁸ Julia Field Costich, "The Perruche Case and the Issue of Compensation for the Consequences of Medical Error," *Health Policy*, Issue 1. Volume 78, p.8 (22 August 2006). ; Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Reinhard Zimmermann and Bernhard A. Koch, *supra note 256*, p.911.

⁵⁹⁹ 1996 (1) SA 1134 (W)

ทำให้หญิงเสียสิทธิที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้ง โดยค่าเสียหายที่หญิงเรียกจากแพทย์ประกอบไปด้วย ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ ค่าจ้างพี่เลี้ยงเด็ก ค่าขาดรายได้และค่าเสียหายทางจิตใจจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ

ในชั้นพิจารณาพิพากษาคดี แพทย์ให้การว่าหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย เนื่องจากการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายดังกล่าวขัดต่อนโยบายสาธารณะ และถ้าศาลยินยอมให้หญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย เท่ากับศาลสนับสนุนให้มีการทำแท้งเพียงเพราะเหตุที่ทารกในครรภ์พิการ ซึ่งการกระทำดังกล่าวขัดต่อสิทธิที่มีชีวิตของทารก ตามมาตรา 9 แห่งรัฐธรรมนูญ

ภายหลังที่ศาลได้พิจารณาคำให้การของแพทย์ ศาลไม่เห็นด้วยกับข้อกล่าวอ้างของแพทย์ โดยศาลให้เหตุผลว่าเมื่อกฎหมาย The Abortion and Sterilization Act 1975 รับรองให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายเมื่อพบว่าทารกในครรภ์พิการหรือมีความเสี่ยงที่จะพิการ ด้วยผลของกฎหมายดังกล่าวศาลพิจารณาว่า การที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายให้สิทธิแก่หญิงที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย แสดงให้เห็นว่าฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าจะประโยชน์ต่อบิดามารดา ครอบครัวและสังคมที่จะยินยอมให้มีการยุติพัฒนาการของทารกในครรภ์ อีกทั้งยินยอมให้มีการกระทำอันเป็นการป้องกันการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตของเด็กที่มีความเสี่ยงว่าจะเกิดมาพิการ เพราะการเกิดของเด็กเช่นว่านั้นจะส่งผลกระทบต่อสถานะทางเศรษฐกิจ ภาระทางการเงิน ปัญหาสุขภาพทางจิต สวัสดิภาพของบิดามารดา หรือบุคคลที่มีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูเด็ก⁶⁰⁰

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากลักษณะและวัตถุประสงค์ของสัญญาเข้ารับบริการทางแพทย์จะเห็นได้ว่า การที่แพทย์เข้าทำสัญญากับหญิงเท่ากับว่าแพทย์ผูกพันว่าแพทย์จะตรวจสุขภาพของทารกด้วยความระมัดระวังตามมาตรฐานการประกอบวิชาชีพ และถ้าแพทย์พบว่าทารกในครรภ์พิการหรือเป็นโรคทางพันธุกรรม แพทย์มีหน้าที่ที่จะบอกกล่าวและแจ้งเตือนปัญหาสุขภาพของทารกเหล่านั้นให้ชายหรือหญิงทราบ โดยแพทย์จะให้ข้อมูลเกี่ยวกับระดับความพิการ ข้อดีข้อเสียระหว่างการเลือกที่จะให้กำเนิดบุตรหรือการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง ด้วยข้อมูลดังกล่าวจะช่วยทำให้หญิงสามารถตัดสินใจได้อย่างถูกต้องว่าหญิงต้องการเข้ารับการทำแท้งหรือไม่⁶⁰¹ การที่แพทย์ตรวจสอบสุขภาพของทารกในครรภ์โดยประมาทจนไม่สามารถให้ข้อมูลเกี่ยวกับปัญหาสุขภาพของทารกที่ถูกต้องได้ จึงเป็นกรณีที่แพทย์ชำระหนี้ไม่ถูกต้อง หญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทั้งปวงอันเป็นผลมาจากการผิดสัญญา

⁶⁰⁰ Sa Strauss, *supra* note 357, p.169.

⁶⁰¹ *Ibid.*

ส่วนข้ออ้างของแพทย์ที่ว่า เมื่อความพิการของเด็กไม่ได้เกิดขึ้นจากการกระทำของแพทย์แต่เกิดขึ้นจากความบกพร่องทางพันธุกรรมของเด็กตั้งแต่กำเนิด ศาลจึงไม่ควรยินยอมให้หญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ในปัญหาดังกล่าวศาลอธิบายว่า หญิงไม่ได้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพราะเหตุที่ความพิการเป็นผลมาจากการกระทำของแพทย์ แต่หญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเนื่องจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้หญิงเสียสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการรักษาด้วยเหตุดังกล่าว ศาลไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าความพิการของเด็กเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์หรือไม่⁶⁰²

นอกจากนี้ ศาลได้ให้เหตุผลอีกด้วยว่าการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ เป็นรูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้นพร้อมกับความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ แม้การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายดังกล่าวจะกระทบต่อความรู้สึกของคนในสังคม อีกทั้งกระทบต่อความเชื่อทางศาสนาและศีลธรรมอันดี แต่การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในลักษณะดังกล่าวก็หาได้ขัดต่อนโยบายสาธารณะแต่อย่างใด ดังนั้น ในทุกความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เป็นเหตุชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการ ชายและหญิงย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์⁶⁰³

2.2.8 ประเทศออสเตรเลีย

ในประเทศออสเตรเลีย ศาลได้วางแนวพิจารณาพิพากษาคดีไว้ว่า ในกรณีที่ความผิดพลาดทางการแพทย์ส่งผลทำให้ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ชายและหญิงย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์จากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ⁶⁰⁴ ซึ่งการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายดังกล่าวปรากฏขึ้นครั้งแรกในคดี OGH 25.5.1999⁶⁰⁵ ในการพิจารณาพิพากษาคดี ผู้พิพากษามีความเห็นแบ่งออกเป็นสองฝ่าย ฝ่ายที่ 1 เห็นว่า เมื่อความพิการของเด็กไม่ได้เป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ หญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย ฝ่ายที่ 2 เห็นว่า แม้ว่าความพิการไม่ได้เป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ แต่หากปราศจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ แพทย์ที่ทำการตรวจด้วยวิธีการอัลตราซาวนด์ย่อมพบความผิดปกติของเด็ก และเมื่อหญิงทราบถึงความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็ก หญิงมี

⁶⁰² *Ibid.*

⁶⁰³ Norton Rose Fulbright, *supra note 4*.

⁶⁰⁴ Attila Fenyves, Ernst Karner, Helmut Koziol and Elisabeth Steiner, *supra note 17*, p.276.

⁶⁰⁵ Ob 91/99k, SZ 72/91

สิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย การกระทำโดยประมาทของแพทย์จึงเป็นเหตุทำให้หญิงเสียสิทธิที่จะเข้ารับการทำแท้ง

ทั้งนี้ เมื่อกฎหมายที่ให้สิทธิกับหญิงที่จะเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของทารก เป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผลกระทบทางสังคมและสถานะทางเศรษฐกิจของชายและหญิง การที่ศาลยินยอมให้หญิงฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการจึงไม่ส่งผลกระทบต่อคุณค่าและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เพราะในการพิจารณาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายหรือไม่นั้น ศาลหาได้พิจารณาว่าการเกิดหรือชีวิตของเด็กเป็นความเสียหาย แต่ศาลพิจารณาจากผลกระทบต่อฐานะทางเศรษฐกิจของหญิงเท่านั้น⁶⁰⁶

อย่างไรก็ตาม ในการกำหนดค่าเสียหายที่หญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ ศาลเห็นว่า เมื่อวัตถุประสงค์ของหญิงที่จะหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการคือความต้องการที่จะหลีกเลี่ยงค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับปัญหาสุขภาพของเด็กเท่านั้น หญิงจึงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายที่เกี่ยวข้องกับความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็ก แต่ไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติ⁶⁰⁷

คดี OGH 7 March 2006⁶⁰⁸ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ภายหลังจากที่หญิงตั้งครรภ์ได้ 23 สัปดาห์ หญิงประสงค์เข้ารับการตรวจสุขภาพของทารกกับแพทย์ ด้วยความบกพร่องและการขาดแคลนเครื่องมือทางการแพทย์ ทำให้ผลการตรวจไม่เป็นที่แน่ชัดว่ามีความผิดปกติเกิดขึ้นกับทารกหรือไม่ เพื่อให้ผลการตรวจแม่นยำมากยิ่งขึ้น แพทย์ได้ทำเรื่องส่งตัวหญิงให้เข้ารับการตรวจกับแพทย์เฉพาะทาง แต่หญิงไม่เข้ารับการตรวจกับแพทย์เฉพาะทางตามที่แพทย์แนะนำ หลังจากที่หญิงเข้ารับการตรวจครั้งแรกเป็นเวลา 2 เดือน หญิงเข้ารับการตรวจอีกครั้ง ผลการตรวจปรากฏว่าทารกในครรภ์ป่วยเป็นโรคดาวน์ซินโดรม ในขณะที่แพทย์ตรวจพบความผิดปกติของทารก หญิงตั้งครรภ์ได้ 32 ถึง 33 สัปดาห์ ซึ่งล่วงเลยเวลาที่หญิงสามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย จากการตรวจสุขภาพของทารกในครรภ์ครั้งแรกโดยประมาท ทำให้หญิงไม่สามารถเข้ารับการทำแท้งภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด หญิงจึงฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่มีร่างกายพิการ

ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลให้เหตุผลว่าเมื่อแพทย์ทราบถึงความจำเป็นของกระบวนการตรวจสอบสุขภาพของทารกในครรภ์ อีกทั้งแพทย์ยังทราบดีว่าในกรณีที่ยังไม่เข้ารับการตรวจจากแพทย์ผู้เชี่ยวชาญจะเกิดผลเสียหายอย่างไร การที่แพทย์เพียงแต่ทำเรื่องส่งตัว

⁶⁰⁶ Bernhard A Koch, *supra note 45*, p.44.

⁶⁰⁷ *Ibid.*

⁶⁰⁸ 5 ob 165/05h ecolex 2006, 654.

หญิงให้เข้ารับการตรวจกับแพทย์ผู้เชี่ยวชาญ โดยไม่ได้อธิบายถึงความจำเป็นของกระบวนการดังกล่าว ทั้งยังไม่ได้บอกกล่าวถึงผลกระทบหากหญิงไม่ยอมเข้ารับการตรวจตามที่แพทย์ได้ทำเรื่องส่งตัว ทำให้หญิงไม่สามารถตระหนักถึงผลเสียที่จะเกิดขึ้นตามมา ศาลพิจารณาว่าการที่แพทย์ไม่ให้ข้อมูลเกี่ยวกับความจำเป็นที่หญิงต้องเข้ารับการตรวจโดยแพทย์ผู้เชี่ยวชาญ อีกทั้งไม่ได้อธิบายถึงผลกระทบและความร้ายแรง พร้อมทั้งโอกาสที่ทารกในครรภ์อาจเป็นโรคทางพันธุกรรม การรักษาพยาบาลของแพทย์จึงเป็นการรักษาพยาบาลที่ต่ำกว่ามาตรฐานในการประกอบวิชาชีพ ศาลจึงพิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่หญิง

อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาคดีนี้มีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นว่า ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่หญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์รวมถึงค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติด้วยหรือไม่ ในปัญหาดังกล่าว ศาลได้ศึกษาเปรียบเทียบกับคดี OGH 25.5.1999 โดยศาลให้เหตุผลว่า เมื่อวัตถุประสงค์ของสัญญาเข้ารับบริการทางการแพทย์นอกจากจะเป็นการป้องกันผลกระทบทางเศรษฐกิจจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการแล้ว ในกรณีที่แพทย์ชำระหนี้ด้วยความระมัดระวัง หญิงย่อมทราบถึงปัญหาสุขภาพของทารกในครรภ์ และสามารถหลีกเลี่ยงภาระหน้าที่และค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กได้เต็มจำนวน ด้วยเหตุดังกล่าว นอกจากค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับปัญหาสุขภาพของเด็กแล้ว หญิงยังมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติอีกด้วย⁶⁰⁹

จากคำพิพากษาคดี OGH 7 March 2006 Barbara C. Steininger ได้ตั้งข้อสังเกตว่า 2 ประการ กล่าวคือ⁶¹⁰

ประการที่ 1 ผลของคำพิพากษาอาจกระทบต่อหน้าที่ในการให้ข้อมูลของแพทย์ (Duty to Disclosure) เพราะในความเป็นจริงการตรวจสอบสุขภาพของทารกครั้งแรกไม่สามารถให้ผลที่ชัดเจนแน่นอน แพทย์จึงต้องทำเรื่องส่งตัวหญิงให้เข้ารับการตรวจจากแพทย์ผู้เชี่ยวชาญ ดังนั้นเฉพาะการตรวจครั้งที่ 2 เท่านั้น ที่แพทย์ผู้เชี่ยวชาญสามารถให้ข้อมูลที่ถูกต้องแม่นยำกับหญิงได้ การที่ศาลให้เหตุผลว่าแพทย์คนแรกไม่ให้ข้อมูลเกี่ยวกับผลกระทบหากหญิงไม่เข้ารับการตรวจโดยแพทย์ผู้เชี่ยวชาญ อาจทำให้เกิดภาระกับแพทย์ที่มีหน้าที่ต้องอธิบายขั้นตอนการรักษาพยาบาลและความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นทุกขั้นตอน และหากแพทย์ละเลยขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่ง อาจกลายเป็นว่าแพทย์ให้การรักษาพยาบาลด้วยความประมาทไปทั้งหมด ซึ่งเมื่อพิจารณาแนวการปรับใช้กฎหมายในคดีอื่นๆ ศาลต่างเห็นว่ากรณีที่แพทย์ได้ส่งต่อผู้ป่วยให้เข้ารับการรักษาพยาบาลจากแพทย์ผู้เชี่ยวชาญ

⁶⁰⁹ Barbara C Steininger, *supra* note 372, pp.70-71.

⁶¹⁰ *Ibid.*, pp.71-73.

เป็นการรักษาพยาบาลตามมาตรฐานการประกอบวิชาชีพแล้ว จึงเป็นสิทธิของผู้ป่วยเองที่จะเลือกเข้ารับการรักษาพยาบาลตามการส่งตัวหรือไม่

การที่ศาลกำหนดให้แพทย์มีหน้าที่บอกกล่าวและแจ้งเตือนความเสี่ยงที่อาจทำให้ทารกในครรภ์ผิดปกติ อาจเป็นการขยายหน้าที่ให้แพทย์ที่จะต้องบอกกล่าวและแจ้งเตือนทุกความเสี่ยงและความผิดปกติที่อาจเกิดขึ้นจากระหว่างตั้งครรภ์ แม้ว่าความเสี่ยงเหล่านั้นจะยังไม่เกิดขึ้นเลยก็ตาม โดยหน้าที่เช่นนี้อาจทำให้เกิดปัญหาอย่างน้อย 2 ประการ คือ ประการที่ 1 ทำให้หญิงวิตกกังวลถึงความผิดปกติที่อาจเกิดขึ้นกับทารก ประการที่ 2 แพทย์อาจประเมินความเสี่ยงเกินกว่าความเป็นจริง และชักจูงให้หญิงเข้ารับการทำแท้งเพื่อป้องกันการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย

ประการที่ 2 แนวทางการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลที่มีต่อการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์และการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการยังมีความขัดแย้งกันอย่างมาก โดยเฉพาะจำนวนค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ เพราะในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ศาลเห็นว่าการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ไม่เป็นการเสียหายตามกฎหมาย เว้นแต่การเกิดของเด็กส่งผลกระทบต่อสถานะทางเศรษฐกิจของครอบครัวอย่างร้ายแรงจนทำให้ชายและหญิงไม่สามารถดำเนินชีวิตได้ตามปกติเท่านั้นถึงจะทำให้การเกิดของเด็กเป็นความเสียหาย แต่ในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ศาลพิจารณาว่าการเกิดของเด็กที่พิการทุกกรณีเป็นความเสียหายตามกฎหมาย โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงผลกระทบต่อสถานะทางเศรษฐกิจแต่อย่างใด ดังนั้น แม้ชายและหญิงจะมีสถานะทางเศรษฐกิจที่ดีและมีความสามารถในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กก็ตาม ชายและหญิงก็มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติและค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวกับความพิการและปัญหาสุขภาพของเด็ก

จากแนวทางการพิจารณาพิพากษาคดีข้างต้นมีปัญหาเกิดขึ้นว่า เมื่อศาลเห็นว่าผลกระทบต่อสถานะทางเศรษฐกิจและค่าใช้จ่ายในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรตามปกติเป็นความเสียหายตามกฎหมายต่อชายและหญิงที่ให้กำเนิดบุตรที่พิการ เพราะเหตุใดผลกระทบต่อสถานะทางเศรษฐกิจดังกล่าวถึงไม่เป็นความเสียหายต่อชายและหญิงที่ให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์⁶¹¹

⁶¹¹ Barbara C. Steininger, *supra* note 373, p.152.; Barbara C. Steininger, "Austria." In *European Tort Law 2010*. eds. Helmut Koziol and Barbara C Steininger, (Germany : De Gruyter, 2011), pp.1-2.

ในปี ค.ศ. 2007 การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ปรากฏขึ้นในคดี OGH 11.12.2007⁶¹² ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ระหว่างที่หญิงตั้งครรภ์ หญิงเข้ารับการตรวจสุขภาพของทารกเป็นระยะๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อทารกอายุได้ 20 สัปดาห์ หญิงได้เข้ารับการตรวจด้วยคลื่นความถี่สูงเพื่อพัฒนาการและความสมบูรณ์ของอวัยวะต่างๆ ของทารก ผลการตรวจปรากฏว่าทารกในครรภ์มีภาวะสมองคั่งน้ำ ซึ่งเป็นข้อบ่งชี้เบื้องต้นที่มีความผิดปกติเกิดขึ้นกับทารก แต่แพทย์ไม่ยอมทำการตรวจสอบเพิ่มเติม อีกทั้งไม่ได้นัดหมายให้หญิงเข้ารับการตรวจสอบเป็นระยะๆ เมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรที่ป่วยเป็น Spina Bifida เด็กต้องเข้ารับการผ่าตัดหลายครั้ง และในท้ายที่สุดเด็กต้องกลายเป็นคนพิการตลอดชีวิต ชายและหญิงยืนยันว่าหากแพทย์บอกกล่าวความจริงว่ามีโอกาสที่เด็กจะต้องเกิดขึ้นมาพิการ หญิงเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งอย่างแน่นอน เมื่อการกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นเหตุทำให้หญิงเสียสิทธิที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้ง อีกทั้งยังเป็นเหตุที่ทำให้ชายและหญิงต้องให้กำเนิดบุตรที่พิการ ชายและหญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลสูง ศาลได้ศึกษาปัญหาข้อกฎหมายจากงานเขียนทางวิชาการ รวมถึงศึกษาเปรียบเทียบกับคำพิพากษาของศาลประเทศเยอรมนีและประเทศสวิสเซอร์แลนด์ ภายหลังจากการศึกษาศาลพบว่า ในกรณีที่หากปราศจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย และหากเด็กไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต ชายและหญิงย่อมไม่มีภาระหน้าที่และค่าใช้จ่ายในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรโดยสิ้นเชิง ไม่ใช่เฉพาะค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่เพิ่มมากขึ้นจากปัญหาสุขภาพของเด็กเท่านั้น ดังนั้น ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายซึ่งรวมถึงค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติและค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่เพิ่มมากขึ้นจากปัญหาสุขภาพของเด็ก เพราะศาลเชื่อว่าค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์นี้ จะช่วยทำให้เด็กมีคุณภาพในการดำเนินชีวิตที่ดี อีกทั้งยังช่วยทำให้ความสัมพันธ์ภายในครอบครัวของชาย หญิงและเด็กคงดีเหมือนเดิม

ระหว่างที่มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่ง ปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการเป็นประเด็นที่มีการกล่าวถึงเช่นกัน⁶¹³ โดยปรากฏว่ามีการเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 1325⁶¹⁴ และในปี ค.ศ. 2010

⁶¹² 5 Ob 148/07m, JBl 2008, 521. see Barbara C. Steininger, *supra note 373*, pp.150-151.

⁶¹³ Barbara C. Steininger, *supra note 372*, pp.136.

⁶¹⁴ Providing incorrect advice and misinformation

เพื่อแก้ปัญหาความไม่ชัดเจนแน่นอนในการปรับใช้กฎหมาย⁶¹⁵ กระทรวงยุติธรรมจึงเสนอให้มีการแก้ไขบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 1293 โดยร่างการแก้ไขดังกล่าวได้เพิ่มเติมข้อความในวรรคที่สองว่า “บุคคลใดๆ จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดของเด็กไม่ได้” ซึ่งถ้ากฎหมายดังกล่าวมีผลใช้บังคับย่อมทำให้ชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการอีกต่อไป โดยกระทรวงยุติธรรมได้เสนอความเห็นที่ควรเป็นหน้าที่ของภาครัฐและสังคมที่ต้องให้ความช่วยเหลือกับเด็กที่เกิดขึ้นมาพร้อมกับความพิการ⁶¹⁶

Barbara C Steininger ได้ตั้งข้อสังเกตว่า การแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายข้างต้นส่งผลกระทบต่อผู้เสียหายหลายประการ เพราะในกรณีที่การให้กำเนิดบุตรที่พิการส่งผลกระทบต่อสถานะทางการเศรษฐกิจและการดำเนินชีวิตของชายและหญิงอย่างร้ายแรง ย่อมไม่เป็นธรรมที่กฎหมายจะไม่ยินยอมให้ชายและหญิงได้รับการเยียวยาตามกฎหมาย นอกจากนี้ การแก้ไขกฎหมายดังกล่าวอาจเป็นการสนับสนุนให้แพทย์ไม่รักษามาตรฐานในการประกอบวิชาชีพ อย่างไรก็ตาม

§ 1325. (1) A person who in a contractual relationship or in pre-contractual contact culpably gives his partner incorrect advice or misinformation is also liable for pure pecuniary damage. The same applies to declarations on which the grantee is recognizably dependent and which are directed at arousing the trust of the grantee; furthermore when the person making the declaration is aware that the information provided is wrong.

(2) If incorrect advice or misinformation provided leads to an injury of personality rights, rights in rem or intellectual property rights, then the tortfeasor is liable regardless of whether a contractual relationship or pre-contractual contact exists, if it is discernible to him that the grantee trusts in the declaration and is thereby put at risk.

See Barbara C. Steininger, *supra note 373*, p.168.

⁶¹⁵ OGH 25.5.1999 , 1 Ob 91/99k ; OGH 14.9.2006, 6 Ob 101/06f ; OGH 30.11.2006, 2 Ob 172/06t ; OGH 7.8.2008, 6 Ob 148/08w.

⁶¹⁶ Barbara C. Steininger, *supra note 611*, pp.1-4. การแก้ไขกฎหมายในครั้งนี้ไม่กระทบต่อสิทธิของเด็กในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต (Wrongful Life) เพราะศาลวางแนวการพิจารณาพิพากษาคดีมาโดยตลอดว่าเด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในลักษณะดังกล่าว

ถ้าความพิการของเด็กไม่ได้เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติแต่เป็นผลโดยตรงมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ ไม่ว่าจะเป็ความผิดพลาดระหว่างที่หญิงตั้งครรภ์ หรือความผิดพลาดในกระบวนการคลอด ชาย หญิงและเด็กยังคงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์⁶¹⁷

2.2.9 ประเทศเนเธอร์แลนด์

ในประเทศเนเธอร์แลนด์ การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการปรากฏในคดี Hoge Raad 18 March 2005⁶¹⁸ ศาลพิเคราะห์ว่า การที่แพทย์ตรวจสุขภาพของทารกโดยประมาทเป็นการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้อง เพราะถ้าแพทย์ตรวจสุขภาพของทารกด้วยความระมัดระวัง แพทย์ย่อมพบว่าทารกในครรภ์มีปัญหาสุขภาพ และด้วยปัญหาสุขภาพของทารกที่ร้ายแรง ศาลเชื่อว่าหญิงที่ทราบถึงปัญหาสุขภาพของทารกย่อมเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง เมื่อการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้องของแพทย์ทำให้ชายและหญิงได้รับผลกระทบทางเศรษฐกิจ อีกทั้งยังทำให้ชายและหญิงมีหน้าที่ที่จะต้องให้การอุปการะเลี้ยงดูบุตรที่พิการ ศาลเห็นว่า ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทั้งปวงที่เป็นผลมาจากการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้อง

อย่างไรก็ดี มีปัญหาเกิดขึ้นว่าค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้องนี้ หมายความว่าเฉพาะแต่ค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวกับความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็ก หรือหมายความว่ารวมถึงค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติอีกด้วย ในปัญหาดังกล่าวศาลให้เหตุผลว่า แม้ชายและหญิงประสงค์ที่จะให้กำเนิดบุตร แต่ชายและหญิงประสงค์ที่จะให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์เท่านั้น ในกรณีที่ชายและหญิงทราบว่าทารกในครรภ์พิการหรือมีปัญหาสุขภาพ ชายและหญิงมีสิทธิเลือกที่จะยุติการตั้งครรภ์และไม่ให้กำเนิดบุตร ซึ่งผลจากการเลือกตั้งกล่าวจะทำให้ชายและหญิงพ้นจากหน้าที่ที่จะต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรทั้งปวง ไม่ได้หมายความว่าชายและหญิงจะไม่มีหน้าที่ที่จะต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรที่พิการเท่านั้น ดังนั้น เมื่อกฎหมายลักษณะสัญญามีวัตถุประสงค์ที่จะเยียวยาความเสียหายเพื่อให้เจ้าหนี้ได้กลับคืนสู่สถานะเสมือนว่าลูกหนี้ชำระหนี้ถูกต้อง ด้วยสถานะดังกล่าวศาลเห็นว่าชายและหญิงไม่ได้มีเพียงสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายที่เพิ่มมากขึ้นเท่านั้น แต่ยังมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติอีกด้วย

ส่วนปัญหาที่ว่าหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน ที่เป็นผลมาจากการที่หญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือไม่ ศาลเห็นว่า เมื่อสิทธิในการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเป็นสิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเอง การที่แพทย์ให้การรักษาพยาบาลโดย

⁶¹⁷ *Ibid.*, p.3.

⁶¹⁸ Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Reinhard Zimmermann and Bernhard A. Koch, *supra note* 256, pp.913-914.

ประมาทจนเป็นเหตุทำให้หญิงเสียสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งจึงเป็นการละเมิดต่อสิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเอง อีกทั้งยังเป็นการละเมิดต่อสิทธิตามรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้หญิงมีสิทธิเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินซึ่งเป็นการใช้สิทธิตามกฎหมายลักษณะสัญญาแล้ว หญิงยังมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินซึ่งเป็นการใช้สิทธิตามกฎหมายลักษณะละเมิดอีกด้วย

นอกจากนี้ แม้สัญญาเข้ารับบริการทางการแพทย์เป็นสัญญาระหว่างหญิงและแพทย์เท่านั้น แต่เมื่อการกระทำโดยประมาทของแพทย์ไม่ได้ส่งผลกระทบต่อหญิงเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น แต่ยังทำให้ชายได้รับความเสียหายจากแพทย์อีกด้วย ชายจึงเป็นบุคคลภายนอกที่ได้รับประโยชน์จากสัญญา และมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้เช่นเดียวกับหญิงผู้เป็นคู่สัญญาโดยตรงกับแพทย์

2.2.10 ประเทศเบลเยียม

ในประเทศเบลเยียม การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการปรากฏขึ้นในปี ค.ศ. 2002 โดยข้อเท็จจริงปรากฏว่าระหว่างที่หญิงตั้งครรภ์ แพทย์ได้ตรวจสอบสุขภาพของทารกมากกว่า 11 ครั้ง แต่ในการตรวจทุกครั้งแพทย์ยืนยันว่าทารกมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ เมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการ หญิงและชายจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการแพทย์ ศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาในวันที่ 7 มิถุนายน ค.ศ. 2002⁶¹⁹ พิจารณาว่า การที่แพทย์ตรวจไม่พบปัญหาสุขภาพของทารกเป็นผลมาจากการรักษาพยาบาลโดยประมาท ซึ่งการกระทำโดยประมาทดังกล่าวทำให้หญิงเสียสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง ในขณะที่ศาลอุทธรณ์มีคำพิพากษาในวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ. 2010⁶²⁰ พิพากษายืนตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้น โดยพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์⁶²¹

ในปี ค.ศ. 2004⁶²² มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการปรากฏขึ้นอีกครั้งหนึ่ง นอกจากชายและหญิงจะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์แล้ว เด็กที่

⁶¹⁹ Court of first instance of Brussels, 7 June 2002, RGDC/TBBR2002, 483.

⁶²⁰ Court of appeal of Brussels, 25 May 2010, RGAR2010, 14674.

⁶²¹ Isabelle C Durant, "Belgium," in *European Tort Law 2010*, eds. Helmut Koziol and Barbara C Steininger, (Germany : De Gruyter, 2011), p.51.

⁶²² Court of first instance of Brussels, 21 April 2004, RGDC/TBBR2006, 108.

ข้อเท็จจริงปรากฏว่าหญิงเข้ารับบริการตรวจสุขภาพของทารกด้วยวิธีการเจาะถุงน้ำคร่ำ แต่แพทย์ตรวจโดยประมาทและยืนยันกับหญิงว่าทารกในครรภ์มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ภายหลังจากที่หญิงให้กำเนิดบุตรที่มีปัญหาสุขภาพ หญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

เป็นโรค Sanfilippo B ได้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตอีกด้วย ซึ่งเป็นครั้งแรกที่พบว่าเด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในลักษณะดังกล่าว⁶²³

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลชั้นต้น ศาลเห็นว่าเมื่อกฎหมายอาญากำหนดให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย การกระทำโดยประมาทของแพทย์ที่ทำให้หญิงเสียสิทธิดังกล่าวจึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หญิงและชายสามีจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ โดยมีสิทธิเรียกร้องได้ทั้งค่าเสียหายที่เป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงิน อย่างไรก็ตาม ศาลพิพากษายกฟ้องของเด็กด้วยเหตุผลที่ว่า ความพิการของเด็กไม่ได้เป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาท แต่ความพิการของเด็กเกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ

ในวันที่ 21 กันยายน ค.ศ. 2010⁶²⁴ คดีความได้เข้าสู่การพิจารณาของศาลอุทธรณ์ ซึ่งมีปัญหาทางกฎหมายที่ต้องพิจารณาดังนี้⁶²⁵

ประการที่ 1 การที่แพทย์เลือกใช้ผลิตภัณฑ์ที่ไม่มีคุณสมบัติเพื่อใช้ตรวจความผิดปกติของทารก การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำโดยประมาท ซึ่งหากแพทย์ใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานการประกอบวิชาชีพ โดยเลือกใช้ผลิตภัณฑ์ที่เหมาะสมกับการรักษาพยาบาล ผลการตรวจย่อมพบว่าทารกในครรภ์ป่วยเป็นโรค Sanfilippo B และด้วยปัญหาสุขภาพของทารกเช่นนั้น หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

ในปัญหาที่ว่าหญิงมีสิทธิเข้ารับการทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ศาลได้พิจารณาดังนี้

ข้อพิจารณาที่ 1 เมื่อปัญหาสุขภาพของทารกจากการที่ป่วยเป็นโรค Sanfilippo B เป็นปัญหาสุขภาพที่ร้ายแรง เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 350 หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

ข้อพิจารณาที่ 2 หญิงสามารถพิสูจน์ได้อย่างไรว่าหากหญิงทราบว่าทารกในครรภ์ป่วยเป็นโรค Sanfilippo B หญิงจะเลือกเข้ารับการทำแท้งอย่างแน่นอน ในปัญหาข้อนี้ศาลพิจารณาโดยอาศัยข้อเท็จจริงที่ว่า เมื่อบุตรคนแรกของหญิงป่วยเป็นโรค Sanfilippo B ตลอดระยะเวลา 8 ปี ที่หญิงให้การอุปการะเลี้ยงดูบุตรคนแรกด้วยตนเอง หญิงย่อมทราบว่าบุตรคนแรกได้รับความเจ็บปวดทุกข์ทรมานจากโรค Sanfilippo B เพียงใด ด้วยข้อเท็จจริงดังกล่าว ศาลเชื่อว่าใน

⁶²³ Isabelle C Durant, *supra note 621*, pp.48-50. ; Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Reinhard Zimmermann and Bernhard A. Koch, *supra note 256*, pp.911-913.

⁶²⁴ Court of Appeal of Brussels, 21 September 2010; RGAR 2010, 14675.

⁶²⁵ Isabelle C Durant, *supra note 621*, pp.48-50.

กรณีที่หญิงทราบว่าบุตรคนที่สองที่กำลังจะเกิดขึ้นมาป่วยเป็นโรคเดียวกับบุตรคนแรก หญิงต้องเลือกเข้ารับการทำแท้งอย่างแน่นอน

ข้อพิจารณาที่ 3 การที่แพทย์ทำให้หญิงเสียสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งนั้น เป็นการละเมิดต่อสิทธิของหญิงตามประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 1382 และมาตรา 1384 ศาลจึงพิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายให้กับหญิงและชายสามี โดยประกอบไปด้วยค่าเสียหายทางจิตใจ จากการที่ชายและหญิงพบว่าเด็กป่วยเป็นโรค Sanfilippo B ตลอดจนค่าเสียหายทางจิตใจจากการที่ทนเห็นเด็กได้รับความทุกข์ทรมานและเจ็บปวดไปตลอดชีวิต นอกจากนี้ หญิงและชายมีสิทธิเรียกค่าเสียหายที่เป็นตัวเงินประกอบไปด้วย ค่าใช้จ่ายในการเดินทาง ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ที่จำเป็น ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่เพิ่มมากขึ้นจากปัญหาสุขภาพของเด็ก

ประการที่ 2 เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตหรือไม่ ศาลอุทธรณ์มีคำพิพากษากลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้น โดยศาลอุทธรณ์ให้เหตุผลว่า ในกรณีที่ปราศจากความผิดพลาดทางการแพทย์เด็กย่อมถูกทำแท้งและจะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต เมื่อการที่เด็กเสียโอกาสที่จะถูกทำแท้งและต้องเกิดขึ้นมาเป็นการเป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ เด็กควรมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 350 ศาลเชื่อว่าการที่กฎหมายยินยอมให้หญิงทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวข้องด้วยสุขภาพของทารก ฝ่ายนิติบัญญัติไม่เพียงแต่คำนึงถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับหญิงเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น แต่ฝ่ายนิติบัญญัติยังได้คำนึงสิทธิของทารกในครรภ์ด้วย กล่าวคือ ในกรณีที่เด็กต้องเกิดขึ้นมาพร้อมกับความผิดปกติอย่างร้ายแรง ฝ่ายนิติบัญญัติเชื่อว่าเด็กมีสิทธิที่จะไม่ได้เกิด

2.2.11 ประเทศสเปน

ในประเทศสเปน เมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลพบว่า ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1997 เป็นต้นมา ศาลพิพากษาให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการมาโดยตลอด ปรากฏในคดี STS 6.6.1997⁶²⁶ คดี STS 11.5.2001⁶²⁷ คดี STS 21.12.2005⁶²⁸ ซึ่งเป็นกรณีที่แพทย์ตรวจสุขภาพของทารกโดยประมาท เป็นเหตุทำให้แพทย์ไม่สามารถให้ข้อมูลและแจ้งเตือนถึงปัญหาสุขภาพของทารก การกระทำดังกล่าวทำให้หญิงเสียสิทธิ

⁶²⁶ RJ1997\46101.

⁶²⁷ RJ2001\61971

⁶²⁸ JUR 2006, 19844.

เลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง และเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการ⁶²⁹ นอกจากนี้ ในปี ค.ศ. 2010 ในคดี STS 4.11.2010⁶³⁰ ศาลมีคำพิพากษายืนยันว่า ตามกฎหมายสเปน ในกรณีที่การกระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้หญิงเสียสิทธิเลือกที่จะทำแท้ง หญิงและชายสามีมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย โดยค่าเสียหายที่หญิงและชายมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ประกอบไปด้วยค่าเสียหายที่เป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงิน อย่างไรก็ตาม ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์จำกัดเฉพาะค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวกับปัญหาสุขภาพและความพิการของเด็กเท่านั้น

มีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นว่า เมื่อสิทธิในการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเป็นสิทธิเฉพาะตัวของหญิง ชายสามีของหญิงจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายด้วยหรือไม่ ในปัญหาดังกล่าวศาลพิจารณาว่า แม้สิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเป็นสิทธิเฉพาะตัวของหญิง แต่โดยปกติเมื่อทารกเกิดขึ้นมาจากเซลล์สืบพันธุ์ของชายและหญิง อีกทั้งชายและหญิงยังมีหน้าที่ให้การอุปการะเลี้ยงดูบุตรร่วมกัน การที่หญิงจะเลือกเข้ารับการทำแท้งหรือไม่นั้น หญิงก็ต้องปรึกษากับชายสามีเสียก่อน ทั้งนี้ แม้ชายจะไม่ได้เป็นบุคคลที่มีสิทธิตัดสินใจแทนหญิงได้ว่าหญิงควรเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งหรือไม่ แต่เมื่อชายเป็นบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการตัดสินใจดังกล่าว ชายจึงเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายโดยข้างเคียง (*dommage par ricochet*) และมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้เช่นเดียวกัน

นอกจากนี้ มีปัญหาที่น่าพิจารณาอีกด้วยว่า ศาลไม่เพียงเห็นว่าชายสามีเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายโดยข้างเคียงเท่านั้น เพราะศาลยังเห็นว่าพี่น้องร่วมบิดามารดาของเด็กเป็นบุคคลที่ได้รับผลกระทบโดยข้างเคียงเช่นเดียวกัน เพราะพี่น้องร่วมบิดามารดาเป็นบุคคลที่ได้รับผลกระทบทางจิตใจจากการเกิดของเด็กและต้องใช้ชีวิตร่วมกับเด็กที่มีปัญหาสุขภาพหรือมีร่างกายที่พิการ ศาลจึงพิพากษาว่าพี่น้องร่วมบิดามารดาของเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการที่ต้องมีพี่น้องเป็นคนพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในลักษณะเช่นนี้ ทำให้นักวิชาการจำนวนหนึ่งตั้งข้อสังเกตว่า ในอนาคตถ้าหญิงทราบถึงปัญหาสุขภาพของทารก

⁶²⁹ Jordi Ribot and Albert Ruda, “Spain,” in *European Tort Law 2005*. eds. Helmut Koziol and Barbara C Steininger, (Austria : SpringerWienNewYork, 2006), pp.384-385.

⁶³⁰ RJ 2010, 7988. see Albert Ruda, “Spain,” in *European Tort Law 2010*. eds. Helmut Koziol and Barbara C Steininger, (Germany : De Gruyter, 2011), p.571, note 24.

แต่เลือกที่จะไม่เข้ารับการทำแท้ง พี่น้องร่วมบิดามารดาของเด็กจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากหญิงมารดาของตนหรือไม่⁶³¹

2.2.12 ประเทศโปแลนด์

ในประเทศโปแลนด์ การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการปรากฏขึ้นในปี ค.ศ. 2006 ในคดี SN 13 October 2005⁶³² มีข้อเท็จจริงว่า หญิงมีประวัติการให้กำเนิดบุตรที่ป่วยเป็นโรคทางพันธุกรรม หญิงต้องการป้องกันการให้กำเนิดบุตรคนถัดไปที่ป่วยเป็นโรคทางพันธุกรรม โดยเข้ารับการตรวจจากแพทย์ผู้เชี่ยวชาญ ภายหลังจากที่แพทย์ทำการตรวจ แพทย์ได้บันทึกในเวชระเบียนของหญิงว่ามีข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ว่าทารกในครรภ์มีความเสี่ยงอย่างมากที่จะเป็นโรคทางพันธุกรรม แต่แพทย์ไม่ได้บอกกล่าวความเสี่ยงเช่นนั้นให้หญิงทราบ

เมื่อหญิงคลอดบุตรหญิงพบว่าเด็กป่วยเป็นโรคพัฒนาการของกล้ามเนื้อบกพร่องเช่นเดียวกับบุตรคนแรกของหญิง หญิงและชายสามีจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแพทย์ โดยหญิงอ้างว่าถ้าหญิงทราบว่าทารกในครรภ์มีความผิดปกติเช่นเดียวกับบุตรคนแรกของหญิง หญิงย่อมเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง โดยค่าเสียหายที่หญิงและชายเรียกร้องจากแพทย์ประกอบไปด้วยค่าเสียหายที่เป็นตัวเงิน ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กรายเดือนเฉพาะที่เพิ่มมากขึ้นจากปัญหาสุขภาพของเด็ก ค่าขาดรายได้จากการที่หญิงต้องลาออกจากงานเพื่อออกมาเลี้ยงดูบุตรเป็นระยะเวลา 16 ปี ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์สำหรับการเข้ารับการฟื้นฟูสมรรถภาพของบุตร ค่าเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินซึ่งเป็นจากการที่หญิงและชายถูกละเมิดต่อสิทธิส่วนบุคคล

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลชั้นต้น ศาลพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ เนื่องจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นการละเมิดต่อสิทธิในการวางแผนครอบครัว (Right to plan a family) ซึ่งเป็นสิทธิที่ได้รับคุ้มครองตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 23 และรัฐธรรมนูญ มาตรา 47 นอกจากนี้ การที่แพทย์ไม่ได้บอกกล่าวและแจ้งเตือนความเสี่ยงที่ว่า บุตรคนที่สองอาจมีความผิดปกติทางพันธุกรรมเช่นเดียวกับบุตรคนแรก แม้ว่าความผิดปกติดังกล่าวมีโอกาสที่จะเกิดขึ้นเพียงร้อยละ 20 ถึง 50 ก็ตาม การละเลยต่อหน้าที่ดังกล่าวเป็นการละเมิดต่อสิทธิที่จะได้รับข้อมูลทางการแพทย์ที่ถูกต้อง อันเป็น

⁶³¹ Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Reinhard Zimmermann and Bernhard A. Koch, *supra note 256*, p.919.

⁶³² IV CK 161/05, OSP 6/2006 see Ewa Bagińska, "Poland," In *European Tort Law 2005*. eds. Helmut Koziol and Barbara C Steininger, (Austria : SpringerWienNewYork, 2006), pp.475-477. ; Ewa Bagińska, *supra note 417*, pp.384-385.

สิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติว่าด้วยสถาบันทางการแพทย์ มาตรา 19 ศาลพิพากษาว่า ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าชดเชยได้ ค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลทางจิตเวชจากผลกระทบทางจิตใจที่หญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการ และค่าเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินอื่นๆ ตามมาตรา 448 แต่พิจารณาว่าชายและหญิงเรียกไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กรายเดือน

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลอุทธรณ์ ภายหลังจากที่ศาลได้พิจารณาบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบในความเสียหายต่อบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งแล้ว ศาลเห็นว่าแม้หญิงจะทราบปัญหาสุขภาพของทารกในเวลาที่หญิงสามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อความพิการของเด็กไม่เกิดขึ้นจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ ชายและหญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลสูง ศาลเห็นว่าแพทย์มีหน้าที่รักษาพยาบาลโดยอาศัยความรู้ที่เล่าเรียนมาและต้องรักษาพยาบาลเต็มความสามารถ ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวทำให้แพทย์มีหน้าที่ในการศึกษาและพัฒนาตนเองให้ทันต่อความเปลี่ยนแปลงของวิทยาศาสตร์ นอกจากนี้ แพทย์ยังมีหน้าที่บอกกล่าวและให้ข้อมูลที่เพียงพอต่อผู้ป่วย เพื่อให้ผู้ป่วยมีอิสระในการเลือกและตัดสินใจเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล การที่แพทย์ไม่ได้บอกกล่าวและให้ข้อมูลที่เพียงพอต่อหญิง จนทำให้หญิงไม่สามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งหรือทำให้หญิงเสียโอกาสที่จะเข้ารับการตรวจจากแพทย์ผู้เชี่ยวชาญ การกระทำดังกล่าวของแพทย์จึงเป็นการละเมิดต่อสิทธิของผู้ป่วย อีกทั้งยังเป็นการละเมิดต่อสิทธิในการวางแผนครอบครัวและสิทธิทำแท้งของหญิงตามกฎหมาย Law on Family Planning and Abortion (1993) ศาลสูงจึงพิพากษายืนตามศาลชั้นต้นว่าหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินจากแพทย์

ส่วนปัญหาที่ว่าหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินหรือไม่ ศาลให้เหตุผลว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นกับชายและหญิงคือภาระหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรที่เพิ่มมากขึ้นจากปัญหาสุขภาพของเด็ก หากได้หมายความถึงการเกิดของเด็กแต่อย่างใด โดยภาระหน้าที่ดังกล่าวหญิงและชายสามารถป้องกันได้ด้วยการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเมื่อพยานหลักฐานแสดงให้เห็นได้ว่า ในกรณีที่ปราศจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ความผิดปกติของทารกควรถูกตรวจพบในระหว่างที่ทารกมีอายุ 20 ถึง 24 สัปดาห์ ในช่วงเวลาดังกล่าวหญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย แม้การกระทำโดยประมาทของแพทย์ไม่ได้ทำให้เด็กพิการ แต่เมื่อการกระทำดังกล่าวทำให้หญิงไม่สามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง อีกทั้งทำให้หญิงและชายไม่สามารถหลีกเลี่ยงภาระหน้าที่ในการให้การอุปการะเลี้ยงดูบุตรที่พิการ ภาระหน้าที่ในการให้การอุปการะเลี้ยงดูบุตรที่พิการจึงเป็นความเสียหายที่เป็นโดยตรงมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ ด้วยเหตุดังกล่าวศาลสูงจึงพิพากษากลับคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์

และพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงิน อันประกอบไปด้วย ค่าใช้จ่ายที่จำเป็นเกี่ยวกับการตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตร ค่าขาดรายได้ ภายหลังหญิงให้กำเนิดบุตร ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับปัญหาสุขภาพของเด็ก ซึ่งศาลเห็นว่าควรกำหนดให้แพทย์ชดใช้เป็นรายเดือนและต้องหักลบกับประโยชน์ที่ชายและหญิง ได้รับจากเงินช่วยเหลือของกองทุนประกันสังคมเสียก่อน

จากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีข้างต้น Ewa Bagińska ได้ตั้งข้อสังเกตว่า เพราะเหตุใดชายและหญิงจึงมีสิทธิเรียกร้องเฉพาะค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับปัญหาสุขภาพของเด็ก เท่านั้น เพราะในความเป็นจริงแล้วในกรณีที่ปราศจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ หญิงมีสิทธิ ในการวางแผนครอบครัวและสามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง ซึ่งถ้าหญิงเลือกที่จะเข้ารับการทำ แท้งย่อมหมายความว่าหญิงและชายจะไม่ต้องให้กำเนิดบุตรขึ้นมาเลย ด้วยเหตุดังกล่าววัตถุประสงค์ของ หญิงและชายคือการหลีกเลี่ยงภาระหน้าที่และค่าใช้จ่ายในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กทั้งหมด หาได้จำกัด เฉพาะค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่เพิ่มมากขึ้นจากปัญหาสุขภาพของเด็กเท่านั้น⁶³³

ในปี ค.ศ. 2008⁶³⁴ มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่ พิจารณาเกิดขึ้นอีกครั้ง ศาลอุทธรณ์มีคำพิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินให้กับหญิงเป็น เงิน 15,000 ยูโร เพราะเห็นว่ากรกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นการละเมิดต่อสิทธิของผู้ป่วยที่ จะได้รับรู้ข้อมูลที่แท้จริง อีกทั้งยังเป็นการละเมิดต่อโอกาสของหญิงที่จะเข้ารับการตรวจสุขภาพของ ทารก นอกจากนี้ ศาลยังได้พิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินให้กับชายสามีของหญิง เพราะเห็นว่ากรกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นการละเมิดต่อสิทธิในการวางแผนครอบครัวของ ชาย ทั้งยังเป็นเหตุทำให้ชายมีภาระหน้าที่ให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่พิการ ส่วนค่าเสียหายเพื่อความ เสียหายที่เป็นเงิน ศาลพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเฉพาะที่ เกี่ยวข้องกับปัญหาสุขภาพของเด็กเท่านั้น

ในปี ค.ศ. 2010 คดี 6 May 2010, II CSK 580/09⁶³⁵ ศาลสูงมีคำพิพากษาว่า แม้ความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กไม่ได้เป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำโดยประมาทของ

⁶³³ Ewa Bagińska, *supra note 417*, pp.385-386.

⁶³⁴ IACa278/08, PiM2/2009. see Ewa Bagińska, “Poland,” In European Tort Law 2009. eds. Helmut Koziol and Barbara C Steininger, (Germany : De Gruyter, 2010), pp.495-496.

⁶³⁵ Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Reinhard Zimmermann and Bernhard A. Koch, *supra note 256*, p.927.

แพทย์ แต่เมื่อการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการไม่ได้เป็นการกล่าวอ้างว่าการเกิดหรือความพิการของเด็กเป็นความเสียหาย แต่เป็นการกล่าวอ้างว่าภาระทางการเงินและผลกระทบทางเศรษฐกิจที่เป็นผลมาจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการเท่านั้นที่เป็นความเสียหาย เมื่อผลภาระหน้าที่ทางการเงินและผลกระทบทางเศรษฐกิจเป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ หญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทางเศรษฐกิจจากแพทย์

2.2.13 ประเทศอิตาลี

ในประเทศอิตาลี การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการเข้าสู่การพิจารณาพิพากษาคดีโดยศาลสูงครั้งแรกในปี ค.ศ. 2002⁶³⁶ ศาลเห็นว่ากรณีที่แพทย์ตรวจสุขภาพของทารกโดยประมาทเป็นการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้อง นอกจากนี้ ศาลได้พิจารณาว่าแม้ชายสามีจะไม่ได้เป็นคู่สัญญากับแพทย์ แต่ชายสามีก็เป็นบุคคลภายนอกที่ได้รับประโยชน์จากสัญญา หญิงและชายจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ โดยค่าเสียหายที่หญิงและชายมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ประกอบไปด้วยค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่เพิ่มมากขึ้นจากความพิการ และค่าเสียหายทางจิตใจ⁶³⁷

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการปรากฏขึ้นอีกครั้งในปี ค.ศ. 2010 มีข้อเท็จจริงว่า ในระหว่างที่หญิงตั้งครรภ์ หญิงเข้ารับการตรวจสุขภาพของทารกด้วยวิธีการตรวจด้วยคลื่นความถี่สูง แต่แพทย์ทำการตรวจด้วยความประมาททำให้ไม่พบความผิดปกติของทารก⁶³⁸ เมื่อหญิงเข้ารับการตรวจอีกครั้ง ผลการตรวจพบว่าทารกในครรภ์มีความผิดปกติอย่างร้ายแรง แต่ในช่วงดังกล่าวหญิงหญิงไม่สามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการ หญิงและชายสามีจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลสูง ศาลพิจารณาว่าตามกฎหมาย Statute 194/1978 หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายต่อเมื่อการทำแท้งเกิดขึ้นก่อนที่ทารกจะมีอายุ 90 วัน เมื่อการกระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้หญิงทราบปัญหา

⁶³⁶ Corte di Cassazione 10 May 2002, no 6735

⁶³⁷ Bénédict Winiger, Helmut Koziol, Reinhard Zimmermann and Bernhard A. Koch, *supra note 256*, pp.914-915.

⁶³⁸ Cassazione (Cass) 4 January 2010, DR2011, 697. see Elena Bargelli, “Italy,” In *European Tort Law 2010*. eds. Helmut Koziol and Barbara C Steininger, (Germany : De Gruyter, 2011), pp.311-313.

สุขภาพของทารก เมื่อทารกมีอายุเกินกว่า 90 วัน การกระทำดังกล่าวจึงเป็นเหตุทำให้หญิงเสียโอกาสที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้ง

ในปัญหาที่ว่าหญิงมีหน้าที่พิสูจน์ให้ศาลเห็นหรือไม่ว่า ในกรณีที่หญิงทราบถึงปัญหาสุขภาพของทารกหญิงจะเลือกเข้ารับการทำแท้งอย่างแน่นอน ซึ่งการพิสูจน์ข้อเท็จจริงดังกล่าวเกิดขึ้นได้ยากเพราะเป็นการพิสูจน์ในทางอ้อม มีหญิงเพียงคนเดียวเท่านั้นที่สามารถพิสูจน์ได้ อย่างไรก็ตาม ในปัญหาดังกล่าวศาลให้เหตุผลว่าไม่จำเป็นที่หญิงจะต้องพิสูจน์ว่าถ้าหญิงทราบว่าทารกในครรภ์มีปัญหาสุขภาพ หญิงย่อมเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง เพราะในการพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล หญิงมีหน้าที่พิสูจน์เพียงว่าหญิงมีสิทธิทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย และการกระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้หญิงเสียโอกาสที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้งเท่านั้น⁶³⁹ เมื่อหญิงสามารถพิสูจน์ได้ว่าการที่หญิงไม่สามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง เป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ ศาลจึงพิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายซึ่งประกอบไปด้วยค่าอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่พิการจนกว่าเด็กจะมีอายุครบ 30 ปี โดยศาลกำหนดให้แพทย์ชำระเป็นรายเดือนเดือนละ 200 ยูโร ค่าขาดรายได้ของหญิงเป็นเงิน 100,000 ยูโร

นอกจากสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายที่เป็นตัวเงินแล้ว ยังมีปัญหาว่าชายและหญิงมีสิทธิเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหรือไม่ ศาลเห็นว่าเมื่อการกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นการละเมิดต่อสิทธิในการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง สิทธิในการวางแผนครอบครัว และสิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเองของชายและหญิง เมื่อสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินจากแพทย์⁶⁴⁰ โดยศาลพิพากษาให้แพทย์ชดค่าเสียหายทางจิตใจจากความเจ็บปวด ทุกข์ทรมาน และเพื่อความเศร้าโศกเสียใจที่ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการ และต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรที่พิการจนกว่าเด็กถึงแก่ความตายเป็นเงิน 30,000 ยูโร

2.2.14 ประเทศนอร์เวย์

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการปรากฏในคดี Frostating Lagmannsrett 5 August 1997⁶⁴¹ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า หญิงเข้ารับการตรวจสุขภาพ

⁶³⁹ Cass 10 November 2010, no 22837.

⁶⁴⁰ Corte di Cassazione Sezioni Unite (Cassazione Plenary Session, Cass SS UU) 26972/2008.

⁶⁴¹ Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Reinhard Zimmermann and Bernhard A. Koch, *supra note 256*, pp.925-926.

ของทารกกับแพทย์ แม้มีข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ปรากฏว่าทารกในครรภ์มีปัญหาสุขภาพ แพทย์ก็ไม่ได้ดำเนินการตรวจสอบปัญหาสุขภาพของทารกแต่อย่างใด ในกรณีที่แพทย์ได้ทำการตรวจสุขภาพของทารก แพทย์ย่อมพบว่าทารกป่วยด้วยกลุ่มอาการ Morbus-Down-syndrome ซึ่งหญิงยืนยันว่า ถ้าผลการตรวจพบว่าทารกในครรภ์มีปัญหาสุขภาพจริง หญิงย่อมเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งอย่างแน่นอน เมื่อหญิงได้ให้กำเนิดบุตรที่พิการ ชายและหญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ศาลเห็นว่าเป็นเรื่องที่ยากในการพิจารณาว่าการกระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิประเภทใดของชายและหญิง อย่างไรก็ดี ศาลเห็นว่าการกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นการละเมิดต่อสิทธิที่จะหลีกเลี่ยงและป้องกันภาระหน้าที่และผลกระทบทางเศรษฐกิจจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ด้วยเหตุดังกล่าว ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์โดยประกอบไปด้วย ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กและค่าใช้จ่ายที่จำเป็นเฉพาะที่เกี่ยวกับปัญหาสุขภาพของเด็กเท่านั้น

ส่วนปัญหาที่ว่าการยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการจะส่งผลกระทบต่อจิตใจของเด็กภายหลังที่เด็กรู้ว่าการเกิดของเด็กเป็นผลมาจากการที่หญิงเสียโอกาสที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้งหรือไม่ ในปัญหาดังกล่าวศาลเห็นว่า แม้ศาลจะไม่ยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย แต่เด็กก็ยังคงทราบความจริงได้ว่าครั้งหนึ่งหญิงมารดาของตนเคยคิดที่จะเข้ารับการทำแท้งและไม่ต้องการให้ตนได้เกิด เมื่อไม่จำเป็นว่าเด็กสามารถรู้ความจริงเพียงเพราะเหตุที่ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ จึงไม่มีเหตุผลอันสมควรที่กฎหมายจะต้องห้ามมิให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพียงเพราะต้องการปกป้องผลกระทบทางจิตใจที่อาจเกิดขึ้นกับเด็ก

จากการแนวทางการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในประเทศต่างๆ สามารถแบ่งลักษณะการปรับใช้กฎหมายได้ดังนี้

กลุ่มที่ 1 ศาลมีคำพิพากษาว่าชายและหญิงฟ้องไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ซึ่งพบได้ในบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา นอกจากนี้ ในบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศฝรั่งเศส ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรห้ามมิให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

กลุ่มที่ 2 ประกอบไปด้วยบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศแอฟริกาใต้ ประเทศเบลเยียม ประเทศโปแลนด์และประเทศอิตาลี ศาลมีคำพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ แต่ค่าเสียหายที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์จำกัดเฉพาะค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเฉพาะส่วนเกี่ยวข้องกับ

ปัญหาสุขภาพหรือความพิการของเด็ก และค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน เท่านั้น ชายและหญิงไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติ

กลุ่มที่ 3 ประกอบไปด้วยประเทศเยอรมนี ประเทศออสเตรีย ประเทศเนเธอร์แลนด์ และประเทศนอร์เวย์ ศาลมีคำพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ โดยค่าเสียหายที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์คือค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทั้งปวงที่เป็นผลมาจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ประกอบไปด้วย ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติ ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่เพิ่มมากขึ้นจากปัญหาสุขภาพของเด็ก และค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน

3. การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต

ในบรรดาการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิด นักวิชาการทั่วโลกเห็นตรงกันว่าการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต (Wrongful Life)⁶⁴² เป็นรูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแปลกประหลาดและมีปัญหาทางกฎหมายมากที่สุด⁶⁴³ ตัวอย่างเช่น การที่มนุษย์ต้องเกิดขึ้นมามีชีวิตแทนที่จะไม่ถูกปฏิสนธิ ถูกฆ่า หรือ ถูกทำแท้ง เป็นความเสียหายตามกฎหมายหรือไม่ นอกจากนี้ เด็กที่มีโอกาสได้เกิดขึ้นมามีชีวิตสามารถกล่าวอ้างได้หรือไม่ว่า ในกรณีที่ปราศจากความผิดพลาดทางการแพทย์เด็กมีสิทธิที่จะไม่ได้เกิด และไม่ ต้องมายืนต่อหน้าศาลเพื่อกล่าวอ้างว่าการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตของตนเป็นเพียงผลที่เกิดขึ้นมาจากความ

⁶⁴² นักวิชาการจำนวนหนึ่งพยายามอธิบายว่า การเรียกรูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตว่า "Wrongful Life" เป็นการสร้างทัศนคติที่ไม่ดีตั้งแต่แรก ซึ่งศาสตราจารย์ Dean Stretton ได้แสดงความเห็นไว้ว่าคำว่า "Wrongful" ไม่ได้หมายถึงการปฏิสนธิ การตั้งครรภ์ การให้กำเนิดหรือการได้เกิดที่เป็นความเสียหาย แต่ความเสียหายหมายถึงการกระทำหรือการงดเว้นจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ เพราะในกรณีที่ปราศจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์เด็กย่อมไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต see Dean Stretton, *supra* note 4, p.322.

⁶⁴³ Ian Freckelton and Kerry Anne Petersen, *Disputes and Dilemmas in Health Law*, (Leichhardt : Federation Press, 2006), pp.436-437. ; Carel Stolker, *Rethinking the Law School : Education, Research, Outreach and Governance*, (United Kingdom : Cambridge University Press, 2014), p.201.

ผิดพลาดของแพทย์เท่านั้น⁶⁴⁴ การพิจารณาว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตหรือไม่นั้น ถ้าพิจารณาจากหลักกฎหมายพื้นฐานพบว่า เมื่อการเกิดของเด็กเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ จึงไม่มีเหตุผลอันสมควรอย่างใดที่จะห้ามมิให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ แต่ถ้าพิจารณาด้วยหลักปรัชญาหรือความเชื่อทางศาสนา ย่อมเป็นไปได้ยากที่จะบอกว่าเพราะเหตุใดมนุษย์ถึงมีสิทธิที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต ดังนั้น การพิจารณาว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดหรือไม่จึงต้องพิจารณาว่าผู้พิจารณาอาศัยหลักหรือองค์ความรู้ใดเป็นเครื่องมือที่ใช้ในการพิจารณา⁶⁴⁵

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตเกิดขึ้นครั้งแรกในประเทศสหรัฐอเมริกา แต่ในภายหลังได้แพร่กระจายไปยังกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลียและประเทศแคนาดา และในที่สุดการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตได้ปรากฏขึ้นในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยเริ่มต้นที่ประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส ในปัจจุบันการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตสามารถพบได้ในประเทศต่างๆ ทั่วสหภาพยุโรป ไม่ว่าจะเป็นประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศอิตาลี ประเทศสเปน และยังได้แพร่กระจายมายังกลุ่มประเทศในทวีปเอเชีย เช่น ประเทศสิงคโปร์ ประเทศฮ่องกง ประเทศญี่ปุ่นและประเทศจีน

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นรูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่มีปัญหามากที่สุดรูปแบบหนึ่ง⁶⁴⁶ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในปัญหาที่ว่าเด็กมี

⁶⁴⁴ European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law : Text and Commentary, (Austria : SpringerWienNewYork, 2005), p.29.

⁶⁴⁵ Helmut Koziol and Barbara C Steininger, European Tort Law 2001, (Germany : SpringerWienNewYork, 2002), p. 191. ; Helmut Koziol and Barbara C Steininger, European Tort Law 2002, (Germany : SpringerWienNewYork, 2003), p.179.

⁶⁴⁶ ดูตัวอย่างปัญหาทางกฎหมายใน Jane E.S. Fortin, “Is the ‘Wrongful Life’ Action Really Dead?” Journal of Social Welfare and Family Law, Issue 5, Volume 9, p.306-313 (1987) ; Robert G Lee, “To Be or Not to Be : Is that the Question? The Claim of Wrongful Life, in Birth-rights : Law and Ethics at the Beginnings of Life,” eds by Robert Lee and Derek Morgan (London : Routledge , 1989), p.172 ; Anne Morris and Severine Saintier, “To be or not to be: is that the question? Wrongful Life and Misconceptions,” Medical Law Review, Issue 2, Volume 11, pp. 167- 193 (Summer 2003) ; Kennetii Mck

สิทธิที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต (Right not to be born) หรือสิทธิที่จะต้องถูกทำแท้ง (Right to be terminated) หรือไม่ เมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศสามารถแบ่งลักษณะการพิจารณาคดีได้เป็น 2 กลุ่ม กล่าวคือ กลุ่มที่ 1 ศาลมีคำพิพากษาว่าเด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต เพราะเห็นว่าเด็กไม่มีสิทธิที่จะไม่ได้เกิดและไม่มีสิทธิที่จะถูกทำแท้ง อีกทั้งเห็นว่าการเกิดไม่เป็นความเสียหายตามกฎหมาย กลุ่มที่ 2 เห็นว่า แม้ในอดีตกฎหมายไม่อาจยอมรับได้ว่ามนุษย์มีสิทธิที่จะไม่ได้เกิด แต่ด้วยความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ที่สามารถช่วยให้มนุษย์เลือกที่จะเกิดต่อเมื่อมนุษย์มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ความเชื่อที่ว่ามนุษย์ไม่มีสิทธิที่จะไม่ได้เกิดจึงไม่เป็นจริงอีกต่อไป และเมื่อความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นผลโดยตรงทำให้เด็กเสียโอกาสที่จะไม่ได้เกิด เด็กจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้เช่นเดียวกัน⁶⁴⁷

3.1. ลักษณะทั่วไปของการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต

ก่อนที่จะทำการศึกษาดังแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศ ผู้เขียนได้ทำการศึกษาลักษณะทั่วไปของการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต โดยศึกษาถึงลักษณะของความผิดพลาดทางการแพทย์ และความเสียหายอันเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ ตลอดจนลักษณะการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1) ลักษณะความผิดพลาดทางการแพทย์และความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์

แม้ลักษณะความผิดพลาดทางการแพทย์ที่นำไปสู่การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตจะมีลักษณะคล้ายคลึงหรือบางครั้งเหมือนกับลักษณะความผิดพลาดทางการแพทย์ที่ปรากฏในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth)⁶⁴⁸

Norrie, "Wrongful Life in Scots Law : No Right, no Remedy," *Juridical Review*, Volume 35, pp. 205- 244 (1990) ; G Tedeschi, " On Tort Liability for "Wrongful Life," *Israel Law Reports*, Volume 1, p. 513 (1966) ; Bonnie Steinbock, " Wrongful Life and Procreative Decisions," in *Harming Future Persons : Ethics, Genetics and the Nonidentity Problem*, pp. 155- 178 eds Melinda A. Roberts and David T. Wasserman, (New York : Springer, 2009) ; Amos Shapira, " 'Wrongful Life' Lawsuits for Faulty Genetic Counselling : Should the Impaired Newborn be Entitled to Sue?" *Journal of Medical Ethics*. Volume 24, p.369 (1998)

⁶⁴⁷ Cathy J. Okrent, *supra note 448*, p.389.

⁶⁴⁸ Bryan A Garner, *supra note 433*, p.1752.

อย่างไรก็ดี บุคคลผู้ได้รับความเสียหายและมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายมีลักษณะที่แตกต่างกัน⁶⁴⁹ โดยผู้เขียนขอยกตัวอย่างความผิดพลาดทางการแพทย์ที่ปรากฏได้บ่อยครั้งในต่างประเทศดังนี้

(1) ความผิดพลาดทางการแพทย์ในขั้นตอนการให้คำแนะนำ⁶⁵⁰ หรือการแจ้งเตือนความเสี่ยงที่เด็กอาจเกิดขึ้นมาพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง⁶⁵¹ ตัวอย่างเช่น แพทย์ตรวจความเป็นพาหะของโรคพันธุกรรมของชายหรือหญิงโดยประมาท⁶⁵² หรือตรวจสุขภาพของทารกในครรภ์โดยประมาท⁶⁵³ อาทิ แพทย์ประมาทในกระบวนการคัดกรองโอกาสที่เด็กจะมีความบกพร่องทางพันธุกรรม⁶⁵⁴ แพทย์ตรวจและอ่านผลการเจาะถุงน้ำคร่ำโดยประมาท⁶⁵⁵ แพทย์ตรวจเลือดโดยประมาท⁶⁵⁶ แพทย์ไม่ได้บอกกล่าวว่าการตรวจแต่ละวิธีมีข้อจำกัดอย่างไร⁶⁵⁷ แพทย์ไม่แนะนำวิธีการ

⁶⁴⁹ บางครั้งนักวิชาการใช้คำว่า “Wrongful Life” ให้มีความหมายรวมถึงการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ (Wrongful Birth) โดยไม่แยกความแตกต่างระหว่างกรณีที่ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย หรือกรณีที่เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย see Philip Hersch, “Tort Liability For ‘Wrongful Life’,” University of New South Wales Law Journal, Issue 1, Volume 6, p.133 (1983)

⁶⁵⁰ Reed v Campagnolo, 630 A.2d 1145 (Md. 1993) ; Coggeshall v Reprod. Endocrine Assoc. of Charlotte, 655 S.E.2d 476, 478 (S.C.2007)

⁶⁵¹ Phillips v U.S., 508 F. Supp. 537 (D.S.C. 1980)

⁶⁵² Becker v Schwartz, 46 N.Y.2d 401, 413 N.Y.S.2d 895, 386 N.E.2d 807 (1978)

⁶⁵³ Foy v Greenblott, 141 Cal. App. 3d 1, 190 Cal. Rptr. 84 (1st Dist. 1983).

⁶⁵⁴ Provenzano v Integrated Genetics, 22 F. Supp. 2d 406 (D.N.J. 1998)

⁶⁵⁵ Gildiner v Thomas Jefferson University Hospital, 451 F. Supp. 692 (E.D. Pa. 1978)

⁶⁵⁶ DiNatale v Lieberman, 409 So. 2d 512 (Fla. Dist. Ct. App. 5th Dist. 1982)

⁶⁵⁷ Siemieniec v Lutheran Gen. Hosp., 117 Ill. 2d 230, 111 Ill. Dec. 302, 512 N.E.2d 691 (1987).

ตรวจและเครื่องมือที่ทันสมัยและสามารถให้ผลการตรวจที่แม่นยำ⁶⁵⁸ แพทย์ไม่ได้แนะนำให้หญิงเข้ารับการตรวจจากแพทย์เฉพาะทาง⁶⁵⁹

(2) แพทย์ไม่ได้แนะนำให้ชายและหญิงทราบถึงความร้ายแรงของโรคพันธุกรรมหรือความผิดปกติที่อาจเกิดขึ้นกับเด็ก ทั้งยังไม่ได้บอกกล่าวถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับเด็กภายหลังที่เด็กคลอดออกมามีชีวิต เช่น ความยากลำบากในการดำเนินชีวิต กระบวนการรักษาพยาบาลภายหลังที่เด็กเกิด ค่าใช้จ่ายที่จะเกิดขึ้นในอนาคต⁶⁶⁰ ซึ่งการละเลยต่อหน้าที่ในการให้ข้อมูลและการแจ้งเตือนเช่นว่านั้น ทำให้ชายและหญิงไม่สามารถตัดสินใจได้ว่าควรเลือกที่จะตั้งครรรภ์ต่อไป หรือควรเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง⁶⁶¹

(3) ความผิดพลาดในกระบวนการผ่าตัดทำหมันหรือกระบวนการทางการแพทย์อื่นๆ ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันหรือหลีกเลี่ยงการตั้งครรรภ์และการให้กำเนิดบุตรที่พิการ⁶⁶²

(4) ความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์⁶⁶³

⁶⁵⁸ Johnson v Yeshiva University, 42 N.Y.2d 818, 396 N.Y.S.2d 647, 364 N.E.2d 1340 (1977)

⁶⁵⁹ Gami v Mullikin Medical Center, 18 Cal. App. 4th 870, 22 Cal. Rptr. 2d 819 (2d Dist. 1993).

⁶⁶⁰ Provenzano v Integrated Genetics, 22 F. Supp. 2d 406 (D.N.J. 1998)

⁶⁶¹ Greco v U.S., 111 Nev. 405, 893 P.2d 345 (1995)

⁶⁶² บางครั้งการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ (Wrongful Pregnancy) อาจเกิดขึ้นทับซ้อนกับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต (Wrongful Life) ตัวอย่างเช่น คดี Schirmer v Mt. Auburn Obstetrics & Gynecologic Assoc., Inc., 108 Ohio St. 3d 494, 2006-Ohio-942, 844 N.E.2d 1160 (2006). ภายหลังที่แพทย์ผ่าตัดทำหมันโดยประมาทหญิงให้กำเนิดบุตรที่มีร่างกายพิการ นอกจากชายและหญิงจะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ เด็กได้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลพิพากษาว่าชาย หญิงและเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

⁶⁶³ ในปัจจุบันเพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดเพราะเหตุที่เด็กเกิดขึ้นมามีชีวิตหรือไม่ ในบางกรณีเด็กจึงเลือกที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยอาศัยหลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบจากสินค้า (Product Liability) ตัวอย่างเช่น คดี Donovan v Idant Laboratories, 625 F. Supp. 2d 256. ข้อเท็จจริงปรากฏว่า จำเลยคือ

ในกรณีที่ปราศจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ไม่ได้หมายความว่าเด็กจะเกิดขึ้นมาที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ แต่เด็กจะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเลยด้วยข้อเท็จจริงดังกล่าวเด็กเชื่อว่าถ้าชายและหญิงผู้เป็นบิดามารดาทราบอยู่ก่อนตั้งครรรภ์ว่าทารกที่กำลังจะได้รับการปฏิสนธิจะต้องเกิดขึ้นมาพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง ชายและหญิงจะพยายามหลีกเลี่ยงหรือป้องกันการปฏิสนธิหรือการเกิดของเด็ก⁶⁶⁴ หรือเลือกที่จะให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการช่วยการเจริญพันธุ์แทนการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการธรรมชาติ เพราะในกระบวนการดังกล่าว

สถานพยาบาลที่ให้บริการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และเป็นคนกลางที่มีหน้าที่ตรวจรับและคัดกรองเซลล์สืบพันธุ์บริจาค แต่ในขั้นตอนการรับเซลล์สืบพันธุ์บริจาคจำเลยไม่ได้ตรวจคัดกรองความเสี่ยงว่าเซลล์สืบพันธุ์เป็นพาหะของโรคทางพันธุกรรม ส่งผลทำให้แพทย์เลือกเซลล์สืบพันธุ์ที่มีโอกาสพัฒนาเป็นเด็กที่เป็นโรคทางพันธุกรรมเข้ารับการปฏิสนธิ เมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรที่เป็นโรคทางพันธุกรรม หญิงและเด็กจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากสถานพยาบาล ในการพิจารณาพิพากษาคดีศาลมีคำพิพากษาว่าไม่ว่าเด็กใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายใด กฎหมายก็ไม่อาจยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต

Francis Sohn ได้เสนอความเห็นไว้ในบทความที่มีชื่อว่า *Products Liability and the Fertility Industry: Overcoming Some Problems in Wrongful Life* แม้เด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตตามกฎหมายลักษณะละเมิด แต่ในกรณีที่ความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้นในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ไม่ว่าจะเป็นการเลือกหรือใช้เซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อน การตรวจคัดกรองสุขภาพของเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อน เด็กควรมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดจากสินค้า เพราะศาลมีหน้าที่พิจารณาเพียงว่ามีความผิดพลาดเกิดขึ้นในกระบวนการดังกล่าวหรือไม่ โดยศาลไม่มีหน้าที่ต้องพิจารณาระหว่างการที่เด็กเกิดขึ้นมามีชีวิตกับกรณีที่เด็กไม่ได้เกิดขึ้นกรณีใดมีคุณค่ามากกว่ากัน นอกจากนี้ การที่ศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต ยังเป็นการช่วยส่งเสริมให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์ (เซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อน) พยายามใช้ความระมัดระวังเพิ่มมากขึ้น see Francis Sohn, "Products Liability and the Fertility Industry : Overcoming Some Problems in Wrongful Life," *Cornell International Law Journal*, Volume 44, pp.174-176 (2011).

⁶⁶⁴ Seana Valentine Shiffrin, "Wrongful Life, Procreative Responsibility, and the Significance of Harm," *Legal Theory*, Volume 5, Issue 2, p.117 (1999)

เฉพาะเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนที่แข็งแรงเท่านั้นที่จะได้รับการเลือก⁶⁶⁵ ในกรณีที่ชายและหญิงทราบถึงความผิดปกติของทารกภายหลังที่หญิงตั้งครรภ์แล้ว เด็กเชื่อว่าชายและหญิงจะพยายามหลีกเลี่ยงการเกิดของเด็กด้วยการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง⁶⁶⁶ เพื่อไม่ให้เด็กต้องเกิดขึ้นมามีชีวิตที่ทรมาน⁶⁶⁷ ความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกิดขึ้นจึงเป็นเหตุทำให้เด็กได้เกิดขึ้นมามีชีวิตแทนที่จะไม่ได้เกิด (Physician's negligence causes the birth of disabled child)⁶⁶⁸ โดยการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดต่อสิทธิของเด็กดังนี้⁶⁶⁹

- (1) สิทธิจะไม่ถูกปฏิสนธิ (Right not to be conceived)
- (2) สิทธิที่จะไม่ถูกเลือก (Right not to be chosen) และสิทธิที่จะได้เกิดขึ้นมาต่อเมื่อมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ (Right to be born healthy)
- (3) สิทธิที่จะถูกทำลายหรือถูกทำแท้ง (Right to be terminated)
- (4) สิทธิที่จะไม่ได้เกิด⁶⁷⁰ (Right not to be born)

⁶⁶⁵ Kimberly D. Wilcoxon, "Statutory Remedies for Judicial Torts : The Need for Wrongful Birth Legislation," University of Cincinnati Law Review, Volume 69, Issue 3, p.1026 (2001)

⁶⁶⁶ Willis v Wu, 362 S.C. 146, 607 S.E.2d 63 (2004) ; Sheppard-Mobley ex rel. Mobley v King, 4 N.Y.3d 627, 797 N.Y.S.2d 403, 830 N.E.2d 301 (2005) ; Bader v Johnson, 732 N.E.2d 1212 (Ind. 2000)

⁶⁶⁷ Gami v Mullikin Medical Center, 18 Cal. App. 4th 870, 22 Cal. Rptr. 2d 819 (2d Dist. 1993).

⁶⁶⁸ Barragan v Lopez, 156 Cal. App. 4th 997, 68 Cal. Rptr. 3d 73 (4th Dist. 2007)

⁶⁶⁹ Norton Rose Fulbright, *supra note 4*.

⁶⁷⁰ BBC, "France Upholds 'Right Not to Be Born'," (Retrieved on 23 June 2015), from <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/1437335.stm> ; Jim Holt, "The Year in Ideas: A to Z.; the Right Not to Be Born," (Retrieved on 23 June 2015), from <http://www.nytimes.com/2001/12/09/magazine/the-year-in-ideas-a-to-z-the-right-not-to-be-born.html> ; J Savulescu, "Is There a "Right Not to Be Born"? Reproductive Decision Making, Options and the Right to Information," *Journal of Medical Ethics*, Volume 28, Issue 2, pp.65-67 (1 April 2002)

อย่างไรก็ดี เมื่อเด็กไม่ได้กล่าวอ้างความพิการของเด็กเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ แต่เด็กอ้างว่าความผิดพลาดทางการแพทย์ทำให้เด็กเสียโอกาสที่จะไม่ได้เกิด⁶⁷¹ ในการพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล เด็กจึงมีหน้าที่พิสูจน์เพียงว่าในกรณีที่ปราศจากความผิดพลาดทางการแพทย์ เด็กจะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตหรือไม่ หากเด็กสามารถพิสูจน์ได้ว่าในกรณีที่ปราศจากความผิดพลาดทางการแพทย์เด็กจะไม่ต้องเกิดขึ้นมามีชีวิต เท่ากับว่าเด็กสามารถพิสูจน์ได้ว่าการกระทำของแพทย์มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

2) ลักษณะการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต เป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของเด็กที่ถูกละเมิดต่อสิทธิที่จะไม่ได้เกิด สิทธิที่จะไม่ถูกเลือก สิทธิที่จะเกิดขึ้นมาต่อเมื่อเด็กมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ สิทธิที่จะถูกทำแท้ง การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตจึงมีลักษณะตรงกันข้ามกับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารก (Fetal Wrongful Death) ทั้งนี้ แม้ว่าชายและหญิงจะใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) แล้วก็ตาม แต่เมื่อค่าเสียหายที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์หาได้ครอบคลุมทุกความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเด็ก ศาลและนักวิชาการจำนวนหนึ่งจึงเห็นว่าเด็กก็มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตเช่นเดียวกัน ซึ่งโดยปกติค่าเสียหายที่เด็กเรียกร้องจากแพทย์ จะเป็นค่าเสียหายที่อยู่นอกเหนือจากภาระหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูของชายหญิงบิดามารดา หรือเป็นค่าเสียหายเพื่อความเฉพาะตัวของเด็ก ซึ่งประกอบไปด้วย ค่าเสียหายจากความเสียหายที่เป็นตัวเงิน อาทิ ค่าใช้จ่ายที่จำเป็นทางการแพทย์ ค่าใช้จ่ายที่เพิ่มมากขึ้นจากความพิการ ค่าใช้จ่ายที่เพิ่มมากขึ้นจากความยากลำบากในการดำเนินชีวิต⁶⁷² ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน ประกอบไปด้วย ค่าเสียหายจากความเจ็บปวดทุกข์ทรมานและความเศร้าโศกเสียใจที่ต้องเกิดขึ้นมาพิการ ค่าเสียหายจากการสูญเสียความรื่นรมย์ในการดำเนินชีวิต

3.2. กฎหมายต่างประเทศ

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตปรากฏขึ้นครั้งแรกในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยการปรากฏขึ้นในครั้งนั้นได้สร้างความประหลาดใจให้กับผู้พิพากษาที่ต้องพิจารณา

⁶⁷¹ Lininger By and Through Lininger v Eisenbaum, 764 P.2d 1202 (Colo. 1988) ; Bruggeman By and Through Bruggeman v Schimke, 239 Kan. 245, 718 P.2d 635 (1986) ; Harbeson v Parke-Davis, Inc., 98 Wash. 2d 460, 656 P.2d 483 (1983)

⁶⁷² McKay v Essex Area Health Authority [1982] QB 1166.

คดีอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในปัญหาที่ว่า กฎหมายยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตได้หรือไม่⁶⁷³

ในภายหลังการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตได้กลายเป็นรูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่แพร่กระจายไปยังมลรัฐต่างๆ ทั่วประเทศสหรัฐอเมริกา จนกระทั่งในปัจจุบันสามารถพบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตในประเทศต่างๆ ทั่วโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าทางด้านวิทยาศาสตร์และพันธุศาสตร์ เช่น ประเทศอังกฤษ⁶⁷⁴ ประเทศเยอรมนี⁶⁷⁵ ประเทศออสเตรเลีย โดยแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในประเทศดังกล่าว กฎหมายไม่ยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตโดยเหตุผลของศาลในแต่ละคดีแตกต่างกันออกไป มีตัวอย่างดังนี้สิทธิในการทำแท้งเป็นสิทธิเฉพาะตัวและเป็นประโยชน์ต่อหญิงเท่านั้น ทารกในครรภ์จึงไม่มีสิทธิถูกทำแท้งเพื่อที่ไม่ต้องเกิดขึ้นมามีชีวิต

(1) แม้เด็กจะต้องเกิดขึ้นมาพิการอย่างร้ายแรง เด็กก็ไม่มีสิทธิที่จะไม่ได้เกิด นอกจากนี้ แพทย์เองก็ไม่มีหน้าที่ป้องกันการเกิดของเด็ก เพราะแพทย์มีเพียงหน้าที่ดเว้นจากการกระทำใดๆ ที่อาจเป็นเหตุทำให้เด็กได้รับอันตรายเท่านั้น

(2) เมื่อความพิการไม่ได้เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ แต่ความพิการเกิดขึ้นเองตามธรรมชาติ หรือเป็นเพราะความผิดปกติทางพันธุกรรม เด็กจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมาพิการ

(3) ศาลไม่สามารถพิจารณาได้ว่าระหว่างการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต (Existence with severe disability) กับการไม่ได้เกิด (Non-existence) เหตุการณ์เป็นเรื่องที่ดีและทำให้เด็กได้รับประโยชน์มากกว่ากัน อีกทั้งศาลไม่สามารถประเมินได้ว่าเด็กได้รับความเสียหายเล็กน้อยเพียงใดจากการได้เกิด ตลอดจนศาลไม่สามารถเยียวยาความเสียหายให้เด็กเพื่อให้เด็กได้กลับสู่สถานะเสมือนว่าเด็กไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต⁶⁷⁶

อย่างไรก็ตาม แม้แนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในประเทศส่วนมากที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษา ศาลเห็นว่าเด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต

⁶⁷³ Gleitman v Cosgrove, 49 N.J. 22, 227 A.2d 689, 22 A.L.R.3d 1411 (1967)

⁶⁷⁴ McKay v Essex Area Health Authority and Another [1982] 2 All ER 711, QB 1166.

⁶⁷⁵ BGH, 18 Jan 1983, (VIZR 114/81) BGHZ 86, 240.

⁶⁷⁶ Carel Stolker, *supra note 643*, pp.200-201.

แต่ผู้เขียนพบว่าในบางประเทศประกอบไปด้วย ประเทศฝรั่งเศส⁶⁷⁷ ประเทศเนเธอร์แลนด์⁶⁷⁸ ประเทศอิสราเอล และอีก 3 มลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้แก่ มลรัฐแคลิฟอร์เนีย มลรัฐนิวเจอร์ซีย์ และมลรัฐวอชิงตัน เห็นว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต

เพื่อแสดงให้เห็นถึงสภาพปัญหาและแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศ ผู้เขียนได้ศึกษาปัญหาการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตในประเทศต่างๆ มีรายละเอียดดังนี้

3.2.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลในมลรัฐส่วนมากมีคำพิพากษาว่าเด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต⁶⁷⁹ เพราะเหตุที่ว่าความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กไม่ได้เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ และเมื่อเด็กไม่ได้กล่าวอ้างว่าความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นเหตุโดยตรงทำให้เด็กพิการ แต่เป็นเหตุทำให้เด็กเสียโอกาสที่จะไม่ได้เกิด ศาลเห็นว่าเมื่อแพทย์ไม่มีหน้าที่ป้องกันการเกิดของเด็ก แต่มีหน้าที่ช่วยเหลือชีวิตของเด็กและไม่ทำให้เกิดอันตรายต่อเด็ก ด้วยเหตุดังกล่าวเด็กจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต นอกจากนี้ ศาลในหลายมลรัฐเห็นว่าเมื่อกฎหมายยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) แล้ว ค่าเสียหายที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์จึงช่วยเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเด็ก กฎหมายจึงไม่ควรยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายด้วยตนเองอีก

อย่างไรก็ดี พบว่ามีศาลใน 3 มลรัฐ ไม่เห็นด้วยกับแนวการพิจารณาพิพากษาคดีข้างต้น โดยศาลให้เหตุผลว่าการที่ศาลพิพากษาว่าเด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์เท่ากับศาลกำลังสนับสนุนให้แพทย์ให้การรักษาพยาบาลต่ำกว่ามาตรฐานในการประกอบวิชาชีพ และเท่ากับกฎหมายกำลังให้ความคุ้มครองพิเศษเพื่อให้แพทย์ไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เป็นผลมาจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ด้วยเหตุดังกล่าวนอกจากจะทำให้เด็กไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายแล้ว ยังอาจเป็นเหตุทำให้สมาชิกในสังคมได้รับความเสียหายอีกด้วย เพราะทำ

⁶⁷⁷ Cour De Cassation, Assemblée Plénière Arrêt du 17 novembre 2000.

⁶⁷⁸ HR 29 maart 2005, NL : PHR : 2005 : AR5213, NJ 2006, 606.

⁶⁷⁹ การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต (Wrongful Life) เป็นหนึ่งในรูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่ได้รับความสนใจจากผู้พิพากษา นักกฎหมายและประชาชนอย่างมาก จนกระทั่งได้ถูกนำมาถ่ายทอดผ่านละครชุดเรื่อง Law & Order ในตอนที่มิชื่อว่าเป็น Criminal Intent : Wrongful Life ผ่านช่อง NBC เมื่อวันที่ 26 มีนาคม ค.ศ. 2006.

ให้สมาชิกไม่ได้รับการรักษาพยาบาลตามมาตรฐานที่ควรจะเป็น และไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมและความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ที่เปลี่ยนแปลงไป ด้วยเหตุดังกล่าวกฎหมายจึงพิพากษาว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต

ในช่วงต้นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตไม่ได้เป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการที่เด็กเกิดขึ้นมามีร่างกายพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง แต่เป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตที่ไม่พึงประสงค์ (Dissatisfied Life) ปรากฏในคดี *Zepeda v Zepeda*⁶⁸⁰ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ชายหลอกหลวงหญิงให้มีเพศสัมพันธ์กับตน โดยที่ชายได้ให้สัญญาว่าภายหลังที่หญิงยินยอมมีเพศสัมพันธ์กับชาย ชายจะสมรสกับหญิง แต่เมื่อหญิงตั้งครรภ์ชายกลับทอดทิ้งหญิงให้ตั้งครรรค์เพียงคนเดียว และไม่ยอมรับเด็กเป็นบุตรของตนอีกด้วย ตลอดจนปฏิเสธที่จะรับผิดชอบและไม่ให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็ก เด็กที่เกิดขึ้นมามีชีวิตจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากชาย เนื่องจากเด็กเศร้าโศกเสียใจที่เกิดขึ้นมาเป็นเด็กกำพร้าไม่มีบิดาเหมือนเด็กคนอื่นๆ และฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากเหตุที่เด็กเสื่อมเสียชื่อเสียงเพราะเหตุที่ชายปฏิเสธที่จะรับเด็กเป็นบุตร

ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลเห็นว่าการที่ชายไม่รับเด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย แม้เป็นเหตุทำให้เด็กได้รับความเศร้าโศกเสียใจและอาจเป็นเหตุทำให้เด็กเสื่อมเสียชื่อเสียงเพราะเด็กต้องกลายเป็นเด็กกำพร้าตั้งแต่กำเนิด อย่างไรก็ตาม เด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากชายเพราะถ้าศาลยินยอมให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการมีชีวิตที่ไม่พึงประสงค์ ศาลเชื่อว่าในอนาคตอาจเกิดรูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่แปลกประหลาด ซึ่งเป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยมนุษย์ที่เกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ แต่การมีชีวิตไม่เป็นไปตามความคาดหวัง ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ อีกทั้งได้ขอรับเซลล์สืบพันธุ์บริจาคของชายและหรือหญิงอื่น หากเซลล์สืบพันธุ์ที่ได้รับบริจาคเป็นเซลล์สืบพันธุ์ของคนผิวสี ในขณะที่ชายและหญิงเป็นคนผิวขาว เด็กที่ต้องเกิดขึ้นมามีผิวสี อาจฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากชายและหญิงด้วยเหตุที่ชายและหญิงยินยอมหรือเลือกที่จะรับเซลล์สืบพันธุ์บริจาคจากคนผิวสี นอกจากนี้ เด็กอาจฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากชายและหญิงเพราะเหตุที่เด็กไม่ได้เกิดขึ้นมาด้วยวิธีการร่วมประเวณีตามธรรมชาติ แต่การเกิดของเด็กเป็นผลมาจากวิธีการทางวิทยาศาสตร์เท่านั้น ซึ่งทำให้เด็กคิดว่าคุณค่าของเด็กมีน้อยกว่าคุณค่าของเด็กที่เกิดขึ้นมาด้วยวิธีการธรรมชาติ

ในท้ายที่สุดศาลได้พิพากษาว่า ถ้าศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย ในอนาคตอาจมีรูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่ศาลก็ไม่สามารถจินตนาการได้

⁶⁸⁰ (1963, 1st Dist) 41 Ill App 2d 240, 190 NE2d 849

ครบถ้วน อีกทั้งยังอาจนำไปสู่การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยฉ้อฉล เพื่อป้องกันปัญหาดังกล่าวศาลเห็นว่ากฎหมายไม่ควรยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการที่มีชีวิตโดยไม่พึงประสงค์

หลังจากคดี Zepeda v Zepeda พบว่ามีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในลักษณะคล้ายคลึงกันปรากฏในคดี Doe v Cronan⁶⁸¹ และคดี Williams v State⁶⁸² โดยศาลเห็นว่าเมื่อเด็กเกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ การเกิดของเด็กไม่เป็นความเสียหาย เด็กจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย

คดี Slawek v Stroh⁶⁸³ มีข้อเท็จจริงใกล้เคียงกับที่ปรากฏในคดี Zepeda v Zepeda กล่าวคือ ชายหลอกให้หญิงมีเพศสัมพันธ์กับตน แต่ชายไม่ยอมรับเด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากชายโดยอ้างว่า การกระทำของชายเป็นเหตุทำให้เด็กได้รับความเสียหายทางจิตใจ และทำให้เด็กเสื่อมเสียเกียรติ ภายหลังจากศาลได้ศึกษาเปรียบเทียบกับแนวการพิจารณาพิพากษาคดีอื่นๆ ศาลพิพากษาว่าเด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตที่ไม่พึงประสงค์ เพราะการฟ้องร้องในลักษณะดังกล่าวขัดต่อนโยบายสาธารณะ

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของเด็กจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตตามความเข้าใจในปัจจุบัน กล่าวคือ เป็นกรณีที่เด็กกล่าวอ้างว่าการกระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้เด็กเสียโอกาสที่จะไม่ได้เกิด ปรากฏครั้งแรกในคดี Gleitman v Cosgrove⁶⁸⁴ ในการพิจารณาพิพากษาคดีศาลได้อ้างอิงความเห็นของ Guido Tedesch⁶⁸⁵ นักวิชาการชาวอิสราเอลซึ่งได้ทำการศึกษาและให้ความเห็นเกี่ยวกับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นคนแรกๆ ภายหลังจากศาลได้ศึกษาความเห็นของ Guido Tedesch อย่างละเอียด ศาลเห็นว่ากฎหมายไม่ควรยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต นอกจากนี้ หากพิจารณาบริบทของสังคมในขณะที่ศาลพิจารณาพิพากษาคดีจะพบว่า ช่วงเวลาดังกล่าวเป็นช่วงเวลาก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำพิพากษาคดี Roe v Wade รับรองว่าหญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น

⁶⁸¹ (1986, La App 5th Cir) 487 So 2d 461

⁶⁸² 223 NE 2d 343.

⁶⁸³ (1974) 62 Wis 2d 295, 215 NW2d 9

⁶⁸⁴ 49 N.J. 22, 227 A.2d 689, 22 A.L.R.3d 1411 (1967)

⁶⁸⁵ Guido Tedeschi, "On Tort Liability for Wrongful Life," *Israel Law Review*, Volume 1, pp.513-538 (1966).

เมื่อหญิงไม่มีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เด็กจึงไม่อาจอ้างได้เลยว่า ความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นเหตุทำให้เด็กเสียโอกาสที่จะถูกทำแท้ง⁶⁸⁶

ภายหลังที่ศาลมีคำพิพากษาคดี Gleitman v Cosgrove ศาลในมลรัฐอื่นๆ ไม่ต่ำกว่า 32 มลรัฐ⁶⁸⁷ เห็นตรงกันว่า แม้ความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นเหตุที่ทำให้ชายและหญิงไม่สามารถป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่มีโอกาสว่าจะเกิดขึ้นมาพิการ หรือเป็นเหตุทำให้หญิงเสียสิทธิที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้ง เด็กที่ต้องเกิดขึ้นมาพิการแทนที่จะไม่ได้รับการปฏิสนธิหรือถูกทำแท้งก็ไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต นอกจากนี้ แม้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำพิพากษาคดี Roe v Wade รับรองให้สิทธิในการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งของหญิงเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญ แต่ศาลในมลรัฐส่วนมากยังคงเห็นว่าการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นการฟ้องเรียกค่าเสียหายที่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย⁶⁸⁸ โดยศาลในแต่ละมลรัฐมีเหตุผลที่เหมือนและแตกต่างกัน โดยมีตัวอย่างดังนี้

(1) เมื่อการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นรูปแบบการฟ้องเรียกค่าเสียหายที่มีปัญหาละเอียดอ่อน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ปัญหาว่าด้วยคุณค่างระหว่างการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตแต่ต้องพิการ (Existence with disability) กับการไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต (Non-existence) ซึ่งปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาอภิปราย และเกี่ยวข้องกับความเชื่อทางศาสนา

⁶⁸⁶ เหตุผลที่เกี่ยวข้องกับการทำแท้ง ไม่ว่าจะ เป็นกรณีที่หญิงไม่มีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายหรือกฎหมายไม่ต้องการสนับสนุนให้หญิงเข้ารับการทำแท้งสามารถใช้เป็นเหตุผลที่ส่งผลทำให้เด็กไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตได้ ต่อเมื่อความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้นภายหลังที่หญิงตั้งครรภ์แล้วเท่านั้น เพราะในกรณีที่ความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้นก่อนที่หญิงตั้งครรภ์ ความผิดพลาดทางการแพทย์จึงไม่เป็นการละเมิดต่อสิทธิของหญิงที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้งหรือสิทธิของเด็กที่ควรจะถูกทำแท้ง แต่เป็นการละเมิดต่อสิทธิของชายและหญิงที่จะหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการ และเป็นการละเมิดต่อสิทธิของเด็กที่จะไม่ได้เกิด

⁶⁸⁷ Penelope Watson, “Legal and Ethical Issues in Wrongful Life Actions,” *Melbourne University Law Review*, Volume 26, p.736 (2002)

⁶⁸⁸ Special Project, “Legal Right and Issues Surrounding conception, Pregnancy and Birth,” *Vanderbilt Law Review*, Volume 39, pp.752-755 (1986).

ศีลธรรมอันดีของสังคม เมื่อผู้พิพากษาและคณะลูกขุนไม่สามารถแก้ปัญหาดังกล่าวได้ ศาลจึงไม่ทราบได้เลยว่ากรณีที่เด็กต้องเกิดขึ้นมาพิการแทนที่จะไม่ได้เกิดนั้นเป็นความเสียหายตามกฎหมายหรือไม่⁶⁸⁹

(2) การที่มนุษย์ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตไม่ว่าจะมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์หรือไม่ก็ตามไม่เป็นความเสียหายทางกฎหมาย (Human existence is not compensable damage) เพราะมนุษย์ไม่สามารถกล่าวได้ว่าตนไม่สมควรได้เกิดขึ้นมามีชีวิต เพราะเหตุว่าการเกิดนำมาซึ่งความยากลำบาก ความทุกข์ทรมาน หรือทำให้เขาเหล่านั้นไม่สามารถมีความหวังที่จะมีชีวิตได้เหมือนคนปกติ⁶⁹⁰

(3) กฎหมายไม่เคยคุ้มครองสิทธิที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต (Right not to be born) แม้มนุษย์ทุกคนต่างมีสิทธิที่จะได้เกิดขึ้นพร้อมกับร่างกายที่แข็งแรงและสุขภาพที่สมบูรณ์ (Right to be born healthy) แต่สิทธิเช่นนี้ไม่ได้หมายความว่า ในกรณีที่มนุษย์ไม่มีโอกาสได้เกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ มนุษย์จะมีสิทธิที่จะไม่ได้เกิด เพราะสิทธิที่จะได้เกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์มีความหมายเพียงว่า กฎหมายจะคุ้มครองไม่ให้มีการกระทำการใดอันเป็นเหตุแทรกแซงพัฒนาการและกระบวนการเกิดของเด็ก กล่าวคือ กฎหมายป้องกันไม่ให้มีการทำลายเม็ดต่อทาร์กที่ยังไม่ได้คลอดออกมามีชีวิต⁶⁹¹ นอกจากนี้ การที่กฎหมายสนับสนุนให้มีการ

⁶⁸⁹ Becker v Schwartz, 386 N.E.2d 807, 812 (N.Y. 1978) ศาลให้เหตุผลว่า

...เป็นเรื่องยากที่จะพิจารณาว่าการที่เด็กไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นเรื่องที่ดีกว่าการที่เด็กเกิดขึ้นมาพร้อมกับร่างกายที่พิการ โดยการพิจารณาคุณค่าระหว่างการได้เกิดกับการไม่ได้เกิดควรเป็นหน้าที่ของปรัชญาและทฤษฎี นอกจากนี้ เมื่อไม่เคยปรากฏแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลหรือไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้สิทธิกับเด็กที่พึ่งร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต ตลอดจนเด็กไม่สามารถกล่าวอ้างได้ว่าแพทย์มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังเพื่อช่วยให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์เท่านั้น เด็กจึงไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต...

⁶⁹⁰ Turpin v Sortini (1982) 31 Cal 3d 220, 182 Cal Rptr 337, 643 P.2d 954 ศาลมีคำพิพากษาว่า ไม่ว่ามนุษย์จะเกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์หรือพิการ คุณค่าความเป็นมนุษย์ของบุคคลดังกล่าวต้องมีเท่าเทียมกัน ถ้าศาลพิพากษาว่ามนุษย์มีสิทธิที่จะตายแทนที่จะได้เกิดขึ้นมามีชีวิต คำพิพากษาของศาลย่อมขัดต่อหลักกฎหมายและเจตนารมณ์ของของกฎหมายที่ต้องการให้ความคุ้มครองสิทธิที่จะมีชีวิตของมนุษย์

⁶⁹¹ Arche v U.S. Dep't of Army, 798 P.2d 479.

รักษาพยาบาลในลักษณะที่เป็นการยื้อชีวิต⁶⁹² แต่ไม่รับรองสิทธิในการแสดงเจตจำนงของผู้ป่วยที่จะปฏิเสธการรักษาพยาบาลหรือให้แพทย์ช่วยทำให้ผู้ป่วยตายอย่างสงบ (Physician-assisted suicide)⁶⁹³ ย่อมเป็นที่แสดงให้เห็นได้ว่ากฎหมายไม่เคยเห็นว่าการตายเป็นเรื่องที่ดีกว่าการมีชีวิต

นอกจากนี้ หากกฎหมายยอมรับว่าเด็กมีสิทธิที่จะไม่ได้เกิด สิทธิเช่นว่านั้น อาจทำให้เกิดหน้าที่รูปแบบใหม่กล่าวคือ หน้าที่ป้องกันการเกิดของเด็ก (Duty to prevent the conception or the birth of the child) ตัวอย่างเช่น ชายและหญิงมีหน้าที่ป้องกันการตั้งครรภ์หรือหญิงมีหน้าที่ต้องทำแท้งหากพบว่าทารกในครรภ์พิการ หรือแพทย์ก็อาจมีหน้าที่แนะนำให้ชายและหญิงคุมกำเนิดหรือมีหน้าที่ต้องแนะนำให้หญิงเข้ารับการทำแท้ง ซึ่งศาลเห็นว่ากฎหมายไม่ควรยินยอมให้มีการหน้าเหล่านั้นเกิดขึ้น

(4) แม้กฎหมายรับรองว่าชายและหญิงมีสิทธิที่จะวางแผนครอบครัว (Right to family planning) สิทธิที่จะป้องกันการตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตร (Right not to conceive) สิทธิที่จะหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่มีโอกาสเกิดขึ้นมาพร้อมกับความพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างรุนแรง (Right to avoid having a disable child) สิทธิที่จะยุติการตั้งครรภ์เมื่อพบว่าทารกในครรภ์พิการ (Right to terminate the pregnancy) แต่สิทธิดังกล่าวล้วนแต่เป็นสิทธิเฉพาะตัวของชายและหญิงเท่านั้น หาได้เป็นสิทธิของทารกแต่อย่างใดไม่ ดังนั้น แม้การกระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้ชายและหญิงได้รับความเสียหายต่อสิทธิดังกล่าว คงมีเฉพาะชายและหญิงเท่านั้นที่เป็นผู้เสียหายและมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย⁶⁹⁴

นอกจากนี้ การที่กฎหมายยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการย่อมเป็นเหมาะสมกว่าการที่กฎหมายจะยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต⁶⁹⁵

(5) สิทธิของเด็กที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเริ่มต้นต่อเมื่อเด็กได้คลอดออกมามีชีวิตและมีสภาพบุคคลแล้วเท่านั้น ดังนั้น ในช่วงเวลาก่อนที่เด็กมีสภาพบุคคลตามกฎหมาย แพทย์จึงไม่มีหน้าที่จะต้องใช้ความระมัดระวังต่อทารก (Duty of care to unborn child) การกระทำโดยประมาทของแพทย์จึงเป็นเพียงการละเมิดต่อชายและหญิงเท่านั้น

⁶⁹² Cruzan v Dir., Mo. Dep't. of Health, 497 U.S. 261, 278 (1990)

⁶⁹³ Washington v Glucksberg, 521 U.S. 702, 734-36 (1997)

⁶⁹⁴ Walker by Pizano v Mart, 164 Ariz. 37, 790 P.2d 735 (1990).

⁶⁹⁵ Jacobs v Theimer (1975, Tex) 519 SW2d 846

(6) ในหลายมลรัฐเห็นว่าการยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตเท่ากับกฎหมายรับรองว่าเด็กที่พิการไม่สมควรได้เกิดขึ้นมามีชีวิต⁶⁹⁶ ด้วยการรับรองดังกล่าวย่อมกระทบต่อคุณค่าและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็ก เพราะทำให้คุณค่าและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กลดลงจนถึงขนาดที่ว่าคุณค่าของเด็กมีไม่เพียงที่จะได้เกิดขึ้นมามีชีวิต⁶⁹⁷

ในขณะที่อีกหลายมลรัฐเห็นว่าการยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายอาจเป็นการสนับสนุนให้มีการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุที่เกี่ยวกับสุขภาพของมนุษย์ อีกทั้งยังอาจเป็นการแสดงให้เห็นว่าคุณค่าของมนุษย์ที่พิการมีน้อยกว่าคุณค่าของมนุษย์ที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์⁶⁹⁸

(7) เมื่อพิจารณาจากจริยธรรมขั้นพื้นฐานของแพทย์ โดยปกติแพทย์มีหน้าที่ให้การรักษาพยาบาลและช่วยชีวิตของผู้ป่วย แต่เมื่อการยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต อาจเป็นเหตุทำให้เกิดหน้าที่ใหม่กับแพทย์กล่าวคือหน้าที่ทำลายชีวิตของเด็กหรือป้องกันการเกิดของเด็ก (Duty to prevent the disabled child) หน้าที่เช่นนี้นี้ย่อมขัดต่อจริยธรรมทางการแพทย์⁶⁹⁹ ซึ่งในบางครั้งศาลเห็นว่าหน้าที่ดังกล่าวอาจสร้างแรงกดดันและเป็นการบังคับให้แพทย์ต้องแนะนำหรือชักจูงให้หญิงเข้ารับการทำแท้ง (Inform and induce to terminate the pregnancy) เพื่อป้องกันโอกาสที่แพทย์อาจถูกฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายภายหลังที่เด็กคลอดออกมาพิการ

ในบางมลรัฐเห็นว่าถ้ากฎหมายยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์จากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต ในอนาคตเด็กอาจฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากชายหญิงบิดามารดาจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเช่นเดียวกัน และถ้ากฎหมายยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ กฎหมายก็ต้องยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากบิดามารดา

(8) เมื่อการพิจารณาว่าการเกิดของเด็กเป็นความเสียหายหรือไม่ ศาลต้องเปรียบเทียบคุณค่าระหว่างกรณีที่เด็กไม่ได้เกิดกับการที่เด็กต้องเกิดขึ้นมาพิการ แม้ศาลสามารถประเมินได้ว่าการที่เด็กเกิดขึ้นมาพิการเด็กต้องเจ็บปวดทรมาน และต้องเผชิญกับความยากลำบากใน

⁶⁹⁶ *Kassama v Magat*, 368 Md. 113, 792 A.2d 1102 (2002).

⁶⁹⁷ *Nieves v Montefiore Medical Center* 305 A.D.2d 161, 760 N.Y.S.2d 419 (1st Dep't 2003)

⁶⁹⁸ *Rich v Foye*, 21 Conn. Supp. 11, 51 Conn. Supp. 11, 976 A.2d 819, 44 Conn. L. Rptr. 184 (Super. Ct. 2007).

⁶⁹⁹ *Siemieniec v Lutheran Gen. Hosp.*, 512 N.E.2d 691, 703-705 (Ill. 1987)

การดำเนินชีวิตมากเพียงใด แต่สำหรับคุณค่าของการไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต ศาลไม่สามารถประเมินได้ว่าเด็กได้รับประโยชน์อย่างไรจากการไม่ได้เกิด เพราะสถานการณ์เหล่านั้นเต็มไปด้วยความว่างเปล่า เมื่อศาลไม่สามารถประเมินคุณค่าของการไม่ได้เกิดเพื่อนำมาเปรียบเทียบกับคุณค่าของการที่ต้องเกิดขึ้นมาพิการได้ ศาลจึงไม่สามารถพิจารณาได้ว่าการที่เด็กเกิดขึ้นมามีร่างกายพิการเป็นความเสียหายตามกฎหมาย⁷⁰⁰

(9) ในมลรัฐที่มีสมาชิกที่มีความคิดสนับสนุนกลุ่มต่อต้านการทำแท้งหรือ Anti-abortion/Pro-life movements ตัวแทนของกลุ่มดังกล่าวมักออกมารณรงค์ให้ศาลไม่รับรองการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต ในทางกลับกัน ตัวแทนกลุ่มดังกล่าวสนับสนุนให้แพทย์ทำการรักษาพยาบาลด้วยความประมาท เพราะการกระทำเช่นนั้นจะช่วยทำให้เด็กได้มีโอกาสเกิดขึ้นมามีชีวิต⁷⁰¹

(10) เมื่อความพิการและปัญหาสุขภาพของเด็กไม่ได้เป็นผลโดยตรงมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ แต่เกิดขึ้นได้เองตามธรรมชาติไม่ว่าจะเป็นผลมาจากโรคหัดเยอรมันหรือความผิดปกติทางพันธุกรรม ศาลในหลายมลรัฐเห็นว่าเด็กไม่มีสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพราะขาดองค์ประกอบเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล⁷⁰²

เมื่อศึกษาแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลแต่ละมลรัฐสามารถแบ่งกฎหมายได้เป็น 2 ลักษณะ⁷⁰³ กล่าวคือ ลักษณะที่ 1 ศาลเป็นผู้วางแนวบรรทัดฐานว่าเด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต สามารถพบได้ในมลรัฐแอลละแบมา⁷⁰⁴

⁷⁰⁰ Berman v Allen, 404 A.2d 8, 12 (N.J. 1979)

⁷⁰¹ William P Statsky, *supra note 144*, p.419.

⁷⁰² อย่างไรก็ดี คดี Phillips v United States, 508 F. Supp. 537, 542 (D.S.C. 1980) ศาลมีคำพิพากษาว่า เมื่อการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต (Wrongful Life) เด็กไม่ได้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพราะเหตุที่ความพิการเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ แต่เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพราะเหตุความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นเหตุทำให้เด็กเสียโอกาสที่จะไม่ได้เกิด ด้วยเหตุดังกล่าว ในการพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเด็กมีหน้าที่พิสูจน์ว่า ในกรณีที่ปราศจากความผิดพลาดทางการแพทย์เด็กจะเกิดขึ้นมามีชีวิตหรือไม่เท่านั้น

⁷⁰³ Denise M. Burke, *supra note 501*.

⁷⁰⁴ Elliot v Brown, 361 So2d 546 (Alabama, 1978).

มลรัฐแอริโซนา⁷⁰⁵ มลรัฐเซาท์แคโรไลนา⁷⁰⁶ มลรัฐโคโลราโด⁷⁰⁷ มลรัฐเดลาแวร์⁷⁰⁸ เขตปกครองพิเศษ
โคลัมเบีย⁷⁰⁹ มลรัฐฟลอริดา⁷¹⁰ มลรัฐจอร์เจีย⁷¹¹ มลรัฐอิลลินอยส์⁷¹² มลรัฐแคนซัส⁷¹³ มลรัฐลุยเซียนา⁷¹⁴
มลรัฐแมสซาชูเซตส์⁷¹⁵ มลรัฐมิชิแกน⁷¹⁶ มลรัฐนิวแฮมป์เชียร์⁷¹⁷ มลรัฐนิวยอร์ก⁷¹⁸ มลรัฐโอไฮโอ⁷¹⁹ มล
รัฐเทกซัส⁷²⁰ มลรัฐเวสต์เวอร์จิเนีย⁷²¹ มลรัฐวิสคอนซิน⁷²² และมลรัฐไวโอมิง⁷²³ และลักษณะที่ 2 ฝาย
นิติบัญญัติตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรห้ามมิให้เด็กฟ่องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามี
ชีวิต⁷²⁴ ซึ่งปรากฏในมลรัฐแอริโซนา มลรัฐไอดาโฮ มลรัฐอินดีแอนา มลรัฐมิชิแกน มลรัฐมินนิโซตา

⁷⁰⁵ Walker v Mart, 790 P2d 735 (Arizona, 1990).

⁷⁰⁶ Willis v Wu, 670 SE2d 63 (South Carolina, 2004)

⁷⁰⁷ Lininger v Eisenbaum, 764 P2d 1202 (Colorado, 1988).

⁷⁰⁸ Garrison v Medical Ctr. Of Del., Inc., 581 A2d 288 (Delaware, 1990).

⁷⁰⁹ Haymon v Wikerson, 535 A2d 880 (D.C., 1987).

⁷¹⁰ Kush v Lloyd, 616 So2d 415 (Florida, 1992).

⁷¹¹ Atlanta Obstetrics v Abelson, 398 SE2d 557 (Georgia, 1990).

⁷¹² Siemienicc v Lutheran Gen. Hosp., 512 NE2d 691 (Illinois, 1987).

⁷¹³ Bruggeman v Schimke, 718 P2d 635 (Kansas, 1986)

⁷¹⁴ Pitre v Opelousas Gen. Hosp., 530 So2d 1151 (Louisiana, 1988).

⁷¹⁵ Viccaro v Milunsky, 551 NE2d 8 (Massachusetts, 1990).

⁷¹⁶ Proffit v Bartolo, 412 NW2d 232 (Michigan, 1987).

⁷¹⁷ Smith v Cole, 513 A2d 341 (New Hampshire, 1986).

⁷¹⁸ Becker v Schwartz, 386 NE2d 807 (New York, 1978).

⁷¹⁹ Flanafan v Williams, 623 NE2d 185 (Ohio, 1993).

⁷²⁰ Nelson v Krusen, 678 SW2d 918 (Texas, 1984)

⁷²¹ James G. v Caserta, 332 SE2d 872 (West Virginia, 1985).

⁷²² Dumer v St. Michael's Hosp., 233 NW2d 372 (Wisconsin, 1975).

⁷²³ Beardsley v Weirdsma, 650 P2d 288 (Wyoming, 1982).

⁷²⁴ Michelle Mcentire, "Compensating Post-Conception Prenatal Medical Malpractice While Respecting Life: Recommendation to North Carolina Legislators," *Campbell Law Review*, Volume 29, Issue 3, pp.761, 770 at footnote 66, (Spring 2007) ; Julie F. Kowitz ให้ความเห็นว่า การที่ฝายนิติบัญญัติของมลรัฐต่างๆ ตรากฎหมายลายลักษณ์อักษร

มลรัฐมิสซูรี มลรัฐนอร์ทแคโรไลนา มลรัฐนอร์ทดาโคตา มลรัฐเพนซิลเวเนีย มลรัฐเซาท์ดาโคตา และ มลรัฐยูทาห์⁷²⁵ ทั้งนี้ มีเพียงมลรัฐเมนเพียงมลรัฐเดียวเท่านั้นที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรให้ชาย หญิงและเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ และการที่เด็กได้เกิดขึ้นมามีชีวิต⁷²⁶

แม้แนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลจำนวนมากจะมีคำพิพากษาว่า เด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต แต่มีศาลใน 4 มลรัฐ⁷²⁷ ประกอบไปด้วย มลรัฐแคลิฟอร์เนียปรากฏในคดี *Curlender v Bioscience Laboratories*⁷²⁸ และคดี *Turpin v Sortini*⁷²⁹ มลรัฐนิวยอร์กปรากฏในคดี *Procanik v Cillo*⁷³⁰ มลรัฐนิวยอร์ก ปรากฏในคดี *Park v. Chessin*⁷³¹ มลรัฐวอชิงตันปรากฏในคดี *Harbeson v Parke-Davis*⁷³² ที่ศาลมีคำพิพากษาว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต โดยศาลให้เหตุผลว่าเมื่อกรณีที่ปราศจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์เด็กจะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต การกระทำโดยประมาทของแพทย์จึงเป็นผลโดยตรง ทำให้เด็กเสียโอกาสที่จะไม่ได้เกิด การกระทำของแพทย์จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการที่เด็กเกิดขึ้นมามีชีวิตย่อมเป็นความเสียหายตามกฎหมาย⁷³³

ห้ามมิให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต เป็นผลมาจากการร่วมมือโดยทุจริตและการถูกกดดันจากฝ่ายต่อต้านการทำแท้ง see Julie F. Kowitz, "Not Your Garden Variety Tort Reform : Statutes Barring Claims for Wrongful Life and Wrongful Birth Are Unconstitutional under the Purpose Prong of *Planned Parenthood v Casey*," *Brooklyn Law Review*, Volume 61, Issue 1, p.255 (1995)

⁷²⁵ ดูภาคผนวก

⁷²⁶ See Kimberly D. Wilcoxon, *supra note 665*, p.1033.

⁷²⁷ Denise M. Burke, *supra note 501*.

⁷²⁸ 106 Cal App 3d 811 (1980)

⁷²⁹ 643 P 2d 954 (Cal 1982)

⁷³⁰ 478 A2d 755 (NJ 1984) 722.

⁷³¹ 60 AD2d 80, 400 NYS2d 110 (1977)

⁷³² 656 P 2d 483 (Wash 1983)

⁷³³ Christine E. Dinsdale, "Child v. Parent : A Viable New Tort of Wrongful Life," *Arizona Law Review*, Issue 2, Volume 24, p.391 (1982)

ในมลรัฐนิวยอร์ก หนึ่งปีภายหลังที่ศาลมีคำพิพากษาให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต ศาลสูงได้กลับแนวการพิจารณาพิพากษาคดี ปรากฏในคดี *Becker v Schwartz*⁷³⁴ โดยพิพากษาว่าเด็กไม่มีสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตได้อีกต่อไป นอกจากนี้ ปรากฏว่าศาลในอีก 3 มลรัฐ มีแนวโน้มที่จะยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในตอนต้น ได้แก่ มลรัฐโคโลราโด ปรากฏในคดี *Continental Casualty Co v Empire Casualty Co*⁷³⁵ มลรัฐอิลลินอยส์ ปรากฏในคดี *Sciemienic v Lutheran Gen Hosp*⁷³⁶ มลรัฐนอร์ทแคโรไลนา ปรากฏในคดี *Azzolino v Dingfelder*⁷³⁷ แต่เมื่อคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลสูง ศาลสูงมีคำพิพากษาว่าเด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิด

การยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต ปรากฏครั้งแรกในมลรัฐนิวยอร์กในคดี *Park v. Chessin*⁷³⁸ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า หญิงมีประวัติให้กำเนิดบุตรที่ป่วยเป็นโรคทางพันธุกรรมอย่างร้ายแรง โดยเด็กที่เกิดขึ้นมามีชีวิตถึงแก่ความตายภายหลังจากการเกิดเพียงไม่นาน ซึ่งโดยปกติแพทย์มีหน้าที่ตรวจถึงสาเหตุของการตายของเด็กคนดังกล่าว และถ้าแพทย์ตรวจสาเหตุการตายของเด็กแพทย์ย่อมพบว่าเด็กถึงแก่ความตายเพราะเหตุที่เกี่ยวข้องกับความผิดปกติทางพันธุกรรม ซึ่งโรคพันธุกรรมดังกล่าวมีโอกาสมากกว่าร้อยละ 25 ที่จะปรากฏในบุตรคนถัดๆ ไป

การที่หญิงไม่ทราบความถึงสาเหตุการตายของเด็ก และไม่ทราบโอกาสเสี่ยงที่หญิงอาจให้กำเนิดบุตรที่เป็นโรคทางพันธุกรรม ทำให้หญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการ เมื่อให้กำเนิดบุตรคนที่ 2 ที่เป็นโรคทางพันธุกรรมเช่นเดียวกับบุตรคนแรก หญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ซึ่งนอกจากหญิงจะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการแล้ว หญิงได้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแทนเด็กจากการที่เด็กได้เกิดขึ้นมามีชีวิตอีกด้วย

ในการพิจารณาว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตหรือไม่ ศาลให้เหตุผลว่าการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นเพียงการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการกระทำทุรเวชปฏิบัติรูปแบบหนึ่งเท่านั้น เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าการ

⁷³⁴ 413 NYS2d 895, 386 NE2d 807 (1978).

⁷³⁵ 713 P2d 384 (Colo App 1985).

⁷³⁶ 480 NE2d 1227 (Ill App 1985)

⁷³⁷ 322 SE2d 567 (NC App 1984)

⁷³⁸ 60 AD2d 80, 400 NYS2d 110 (1977).

กระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้เด็กเสียโอกาสที่จะไม่ได้เกิด และทำให้เด็กต้องเกิดขึ้นมาพิการ เด็กจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากนโยบายสาธารณะ ศาลเห็นว่าสิทธิของชาย และหญิงที่จะป้องกันและหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการหาได้เป็นสิทธิที่ทำให้เกิดประโยชน์ เฉพาะกับชายและหญิงเท่านั้น เพราะสิทธิดังกล่าวยังให้ความคุ้มครองต่อมนุษย์ที่จะได้รับการปฏิสนธิ ในอนาคตหรือทารกในครรภ์อีกด้วย โดยสิทธิดังกล่าวจะช่วยทำให้เด็กมีโอกาสได้เกิดขึ้นมามีชีวิต ต่อเมื่อเด็กสามารถเกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ พร้อมด้วยร่างกายและจิตใจที่สามารถ ทำงานเป็นปกติตามที่มนุษย์ควรจะเป็น ในกรณีที่เกิดไม่มีโอกาสที่จะเกิดขึ้นมาในสภาพเช่นนั้น เด็กย่อมมีสิทธิที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเลย เมื่อการกระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้เด็กต้องเกิด ขึ้นมามีชีวิตแทนที่จะไม่ได้เกิด เด็กจึงเป็นบุคคลที่ได้รับผลกระทบและได้รับความเสียหายโดยตรงจาก การกระทำโดยประมาทของแพทย์ โดยศาลได้ให้เหตุผลไว้ตอนหนึ่งว่า

...ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลจะยึดติดกับแนวการพิจารณาแบบดั้งเดิมโดย ไม่คำนึงถึงความเปลี่ยนแปลงของเทคโนโลยี สภาพสังคมและสภาพเศรษฐกิจไม่ได้ ... เมื่อพิจารณาจากสภาพสังคมในปัจจุบันที่กฎหมายยินยอมให้หญิงทำแท้งได้กว้างขวาง มากขึ้นกว่าในอดีต ย่อมเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นได้ว่านโยบายสาธารณะได้คำนึงและให้ ความสำคัญกับสิทธิในการกำหนดอนาคตการเจริญพันธุ์ของชายและหญิง อีกทั้งยังได้ รับรองให้ชายและหญิงมีสิทธิเลือกที่จะไม่ให้กำเนิดบุตรถ้าหากบุตรต้องเกิดขึ้นมามี ร่างกายพิการอย่างร้ายแรง สิทธิเหล่านี้ในวันมีแต่จะขยายตัวตามความเจริญก้าวหน้า ทางวิทยาศาสตร์ จนวันหนึ่งสังคมย่อมยอมรับว่าสังคมจะยอมให้ทารกได้เกิดขึ้นมามี ชีวิตต่อเมื่อทารกคนนั้นมีสุขภาพทั้งทางร่างกายและจิตใจที่แข็งแรงสมบูรณ์เท่านั้น ซึ่งแพทย์เองก็มีหน้าที่ต้องแจ้งเตือนให้ชายและหญิงทราบว่ากรณีใดที่ชายและหญิงมี ความเสี่ยงที่จะต้องให้การบุตรที่พิการหรือมีปัญหาสุขภาพ เพราะในกรณีที่ทารกใน ครรภ์มีปัญหาสุขภาพ หญิงย่อมมีสิทธิเลือกที่จะทำแท้งได้ ทั้งนี้ สิทธิดังกล่าวยังทำให้ เด็กมีสิทธิประเภทใหม่ที่เรียกว่า สิทธิที่จะไม่ได้เกิดหรือสิทธิที่จะถูกทำแท้ง การกระทำ ใดๆ อันเป็นเหตุทำให้เด็กไม่สามารถขึ้นมามีร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์หรือเป็นการ ขัดขวางสิทธิที่จะไม่ได้เกิดของเด็ก การกระทำเหล่านั้นย่อมเป็นการละเมิดต่อสิทธิขั้น พื้นฐานทั้งที่กฎหมายและนโยบายสาธารณะให้การรับรอง... ⁷³⁹

⁷³⁹ 60 AD2d 80, 400 NYS2d 110 (1977).

อย่างไรก็ตาม ศาลสูงของมลรัฐนิวยอร์กได้มีคำพิพากษาคดี *Becker v. Schwartz*⁷⁴⁰ ซึ่งมีผลเป็นการกลับคำพิพากษาคดี *Park v. Chessin* โดยศาลให้เหตุผลว่าการได้เกิดขึ้นมาชีวิตของมนุษย์แม้ต้องมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง ก็ไม่อาจถูกพิจารณาได้ว่าเป็นความเสียหายตามกฎหมาย อนึ่ง แม้การได้เกิดขึ้นมาชีวิตเป็นความเสียหาย ศาลก็ไม่สามารถประเมินได้ว่าเด็กได้รับความเสียหายมากน้อยเพียงใดจากการได้เกิดขึ้นมาชีวิต ซึ่งในปี ค.ศ. 2015 สูงของมลรัฐนิวยอร์กยังคงพิพากษาคดีตามบรรทัดฐานเดิมปรากฏในคดี *Ginsberg ex rel. Ginsberg v. Quest Diagnostics, Inc.*⁷⁴¹ โดยศาลให้เหตุผลว่า แม้ศาลของมลรัฐอื่นจะยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมาชีวิต แต่สำหรับมลรัฐนิวยอร์กแล้วศาลเห็นว่าการได้เกิดขึ้นมาชีวิตไม่อาจพิจารณาได้ว่าเป็นความเสียหายตามกฎหมาย เด็กจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

คดี *Curlender v Bio-Science Laboratories*⁷⁴² ภายหลังที่ศาลได้มีคำพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (*Wrongful Birth*) ศาลได้ทำการพิจารณาค่าฟ้องของเด็กที่ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมาชีวิตอย่างละเอียด ในท้ายที่สุดศาลพิจารณาว่า ในการรักษาพยาบาลที่เกิดขึ้น แพทย์ไม่ได้มีเพียงหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อชายและหญิงเท่านั้น แต่แพทย์ยังมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อทารกอีกด้วย ถึงแม้ว่าขณะที่มีการรักษาพยาบาลทารกจะยังไม่ได้รับการปฏิสนธิเลยก็ตาม ดังนั้น เมื่อการกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นเหตุทำให้ทารกเสียโอกาสที่จะไม่ได้รับการปฏิสนธิ การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการละเมิดต่อสิทธิที่จะไม่ได้เกิดของเด็ก นอกจากชายและหญิงจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแล้ว ตัวเด็กเองก็มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมาชีวิตเช่นเดียวกัน โดยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของเด็กเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมและสิทธิได้รับการเยียวยาความเสียหายจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในปัญหาที่ว่ากฎหมายควรรับรองว่าเด็กมีสิทธิที่จะไม่ได้เกิดหรือไม่ ศาลได้พิจารณาไว้ว่า

...แต่ที่จริงแล้วการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมาชีวิตนี้ เด็กไม่ได้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพียงเพราะเหตุที่เด็กได้เกิดขึ้นมาชีวิตเท่านั้น แต่เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพราะเหตุที่เด็กต้องเกิดขึ้นมาพร้อมกับความพิการหรือปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง ซึ่งถ้าปราศจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์เด็กก็มีโอกาสที่

⁷⁴⁰ 413 NYS2d 895, 386 NE2d 807 (1978).

⁷⁴¹ 441 N.J. Super. 198, 117 A.3d 200 (App. Div. 2015)

⁷⁴² (1980, 2nd Dist) 106 Cal App 3d 811, 165 Cal Rptr 477

จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเลย ซึ่งถ้าเด็กไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเด็กจะไม่ต้องได้รับความเจ็บปวดทุกข์ทรมาน และจะไม่ต้องเผชิญกับความยากลำบากในการดำเนินชีวิต ดังนั้นเมื่อการกระทำโดยประมาทของแพทย์ไม่เพียงแต่ทำให้เด็กได้เกิด แต่ยังทำให้เด็กต้องเผชิญกับความพิการพร้อมกับปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง เหตุใดกฎหมายจึงไม่ควรยินยอมให้เด็กได้รับการชดใช้เยียวยาจากแพทย์ ผู้ซึ่งให้การรักษาพยาบาลต่ำกว่ามาตรฐานการประกอบวิชาชีพ...⁷⁴³

ในคดีนี้มีข้อสังเกตอีกประการหนึ่งว่า ในปัญหาที่ว่าการยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตจะเป็นเหตุทำให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากชายหญิงบิดามารดาหรือไม่นั้น ศาลได้ทำการพิจารณาในปัญหาดังกล่าวและให้เหตุผลว่า หากปรากฏข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นว่าการที่หญิงและชายไม่หลีกเลี่ยงหรือป้องกันการเกิดของเด็กที่พิการเป็นการกระทำที่ไม่มีเหตุผลอันสมควร เด็กย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากหญิงและชายได้เช่นเดียวกับที่เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ เพราะไม่ปรากฏว่ามีเหตุผลอันสมควรอย่างใดที่กฎหมายควรห้ามมิให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากชายและหญิง เพียงเหตุผลที่ว่าบุคคลเหล่านั้นเป็นบิดามารดาของเด็ก⁷⁴⁴

อย่างไรก็ดี ภายหลังจากที่ศาลได้ให้ความเห็นว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากบิดามารดาเช่นเดียวกับที่เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์นี้ ทำให้เกิดข้อถกเถียงของนักวิชาการจำนวนมากว่า ในความเป็นจริงแล้วการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นรูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่มุ่งคุ้มครองและให้สิทธิกับเด็กที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์เท่านั้น กฎหมายไม่ควรยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากชายและหญิงบิดามารดา จนในท้ายที่สุดฝ่ายนิติบัญญัติของมลรัฐแคลิฟอร์เนียเห็นว่า ถ้ากฎหมายยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากชายหญิงบิดามารดา อาจทำให้เกิดผลกระทบต่อความสัมพันธ์ภายในครอบครัว ฝ่ายนิติบัญญัติจึงตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรห้ามมิให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากชายและหญิง⁷⁴⁵ แม้ว่าการกระทำของชายและหญิงเป็นเหตุทำให้เด็กเสียโอกาสที่จะไม่ได้เกิดก็ตาม ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งของมลรัฐแคลิฟอร์เนียมาตรา 43.6 ความว่า⁷⁴⁶

⁷⁴³ *Curlender v Bio-Science Laboratories App*, 165 Cal Rptr 477,488 (1980)

⁷⁴⁴ *Mary Z. Zelas, supra note 114*, p.981.

⁷⁴⁵ *Ibid.*, p.981-982.

⁷⁴⁶ California Civil Code § 43.6

“...(เอ) เด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากบิดามารดาของตน ด้วยข้อเท็จจริงที่ว่าเด็กไม่ควรได้รับการปฏิสนธิ หรือเด็กไม่ควรได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเลย...”

คดี Turpin v Sortini⁷⁴⁷ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ภายหลังจากที่หญิงให้กำเนิดบุตรคนแรกที่หูหนวกอย่างถาวร แพทย์ผู้ดูแลครรภ์ไม่ได้ตรวจว่าความพิการของบุตรคนแรกเป็นผลมาจากความผิดปกติทางพันธุกรรม และไม่ได้แจ้งเตือนให้ชายและหญิงทราบว่ามีโอกาสที่ชายและหญิงจะให้กำเนิดบุตรคนถัดไปที่เป็นโรคทางพันธุกรรมเช่นเดียวกัน ภายหลังจากที่ชายและหญิงตัดสินใจที่จะให้กำเนิดบุตรอีกคนหนึ่ง เด็กที่เกิดขึ้นมามีหูหนวกอย่างถาวรเช่นเดียวกับบุตรคนแรก ชายและหญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์โดยกล่าวว่าการกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นเหตุทำให้ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการ นอกจากนี้ ชายและหญิงได้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแทนเด็กจากการที่เด็กได้เกิดขึ้นมามีชีวิตอีกด้วย

ในการพิจารณาพิพากษาคดี ไม่ปรากฏปัญหาที่ว่าลำพังเพียงการที่เด็กหูหนวกอย่างถาวรเพียงพอที่จะทำให้การไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตของเด็กเป็นเรื่องที่ตีกว่าการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตและทำให้เด็กมีสิทธิที่จะไม่ได้เกิดหรือไม่ ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลได้ศึกษาเปรียบเทียบกับคดี Curlender v Bio-Science Laboratories โดยศาลพิจารณาว่า ในกรณีที่ชายและหญิงได้รับข้อมูลที่ถูกต้องกล่าวคือ ชายและหญิงทราบว่าชายและหญิงมีโอกาสให้กำเนิดบุตรมีโอกาสเสี่ยงว่าจะหูหนวก ศาลเชื่อว่าชายและหญิงจะเลือกหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตร การกระทำโดยประมาทของแพทย์จึงเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการ และเป็นเหตุทำให้เด็กเสียโอกาสที่จะไม่ได้เกิด ด้วยเหตุดังกล่าว ศาลเห็นว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาว่าเด็กมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายประเภทใดจากแพทย์ได้บ้างนั้น ศาลได้แยกการพิจารณาออก 2 ประการ กล่าวคือ ประการที่ 1 การเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงิน และประการที่ 2 การเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน

ปัญหาประการที่ 1 ว่าด้วยสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงิน ศาลเห็นว่าเด็กมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่าที่เพิ่มมากขึ้นจากความพิการของเด็ก เช่น ค่ารักษาพยาบาลในปัจจุบันและที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ค่าใช้จ่าในการดำเนินชีวิตภายหลังเด็กบรรลุนิติภาวะ

a) No cause of action arises against a parent of a child based upon the claim that the child should not have been conceived or, if conceived, should not have been allowed to have been born alive.

⁷⁴⁷ 31 Cal 3d 220, 643 P2d 954 (1982).

นิติภาวะ และค่าใช้จ่ายอื่นๆ เพื่อให้เด็กสามารถดำเนินชีวิตได้เหมือนเด็กที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์

ปัญหาประการที่ 2 ว่าด้วยสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน ในการพิจารณาปัญหาข้อนี้ศาลไม่เห็นด้วยกับแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในคดี *Curlender v Bio-Science Laboratories* ที่ยินยอมให้เด็กเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน โดยศาลให้เหตุผลว่า ในการพิจารณาว่าเด็กมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหรือไม่ ศาลต้องพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างการที่เด็กเกิดขึ้นมาพิการกับกรณีที่เกิดไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเพื่อดูว่า ในกรณีที่เด็กไม่ได้เกิดขึ้นมาเลยเด็กจะมีความสุขและได้รับประโยชน์จากการไม่ได้เกิดอย่างไร เพื่อนำมาเปรียบเทียบกับความเจ็บปวดทุกข์ทรมานจากการที่เด็กเกิดขึ้นมาพิการ ซึ่งศาลเห็นว่าการเปรียบเทียบดังกล่าวไม่สามารถเกิดขึ้นได้เพราะศาลไม่ทราบถึงประโยชน์และความสุขที่เด็กจะได้รับจากการไม่ได้เกิด และเมื่อศาลไม่สามารถเยียวยาให้เด็กกลับคืนสู่สถานะเสมือนว่าเด็กไม่ได้เกิด ศาลเห็นว่าเด็กคงมีเพียงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินเพียงเท่านั้น โดยศาลได้ให้เหตุผลตอนหนึ่งว่า

...ในเมื่อไม่มีวิธีการเยียวยาความเสียหายอย่างใดที่แพทย์สามารถช่วยให้เด็กได้กลับคืนสู่สถานะเสมือนว่าไม่ได้เกิด ซึ่งสถานะเช่นเด็กจะไม่ต้องเจ็บปวดและทรมานจากความพิการ อีกทั้ง ศาลก็ไม่ทราบวิธีการเยียวยาใดหรือจำนวนเงินมากเพียงสามารถช่วยให้เด็กได้กลับสู่สถานะดังกล่าว ศาลจึงเห็นว่า เด็กไม่มีสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินจากแพทย์...⁷⁴⁸

จากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในคดี *Turpin v Sortini* นี้เองทำให้ศาลในคดีอื่นๆ เห็นตรงกันว่าในกรณีที่เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต เด็กมีเพียงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินเท่านั้น⁷⁴⁹ โดยการคิดคำนวณค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินศาลสามารถทำได้โดยการพิจารณาว่าค่าเสียหายประเภทใดที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ เด็กย่อมมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเหล่านั้นจากแพทย์

คดี *Procanik v Cillo*⁷⁵⁰ ศาลมีคำพิพากษาว่าเด็กมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินเท่านั้น โดยผู้พิพากษา Justice Pollock แสดงความเห็น

⁷⁴⁸ *Turpin v Sortini* 31 Cal 3d 220, 643 P2d 954 (1982).

⁷⁴⁹ *Harbeson v Parke-Davis* 656 P2d 483 (Wash 1983)

⁷⁵⁰ 97 NJ 399 (New Jersey, 1984).

...สำหรับข้อโต้แย้งที่ว่าความเสียหายที่เป็นตัวเงินจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นความเสียหายที่ไม่ชัดเจนแน่นอนนั้น ศาลเห็นว่าเมื่อศาลสามารถคิดคำนวณได้ว่าค่าใช้จ่ายประเภทใดบ้างที่เป็นผลตามมาจากกาเกิดของเด็ก ค่าเสียหายที่เป็นตัวเงินจึงเป็นค่าเสียหายที่มีความแน่นอน นอกจากนี้ เมื่อหน้าที่ในการคิดคำนวณความเสียหายเป็นหน้าที่ตามปกติของศาลและคณะลูกขุน การคิดคำนวณความเสียหายจึงหาได้เป็นเรื่องที่ยากเกินกว่าความสามารถของศาลและคณะลูกขุนไม่...⁷⁵¹

ในขณะที่ผู้พิพากษา Justice Schreiber ได้แสดงความคิดเห็นไว้ว่า

...เมื่อมนุษย์ไม่สามารถทราบได้ว่าชีวิตที่ไม่ได้เกิดเป็นสิ่งที่ดีและมีคุณค่ามากกว่าชีวิตที่เกิดขึ้นมามีร่างกายพิการหรือปัญหาสุขภาพ ศาลเองจึงไม่สามารถคิดคำนวณและประเมินความเสียหายทางจิตใจของเด็กจากการที่เด็กต้องเกิดขึ้นมาพิการ อีกทั้งเมื่อเฉพาะแต่ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินเท่านั้นที่ศาลสามารถคิดคำนวณได้ เด็กจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินจากแพทย์...⁷⁵²

ในท้ายที่สุดศาลสูงของมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ได้พิจารณาว่า

...ศาลไม่จำเป็นที่จะต้องถ่วงดุลอยู่กับปัญหาที่เป็นอภิปรายว่าระหว่างการเกิดขึ้นมาพิการกับการไม่ได้เกิดอะไรเป็นเรื่องที่ดีกว่ากัน เพราะการที่ศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่เป็นตัวเงินนั้นไม่ได้หมายความว่าศาลเห็นว่าการไม่ได้เกิดเป็นเรื่องที่น่ายินดีมากกว่าการที่เด็กต้องเกิดขึ้นมาพิการ หากแต่ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินเป็นความเสียหายที่สามารถคาดเห็นได้อย่างแจ่มชัด และสามารถคิดคำนวณได้อย่างแน่นอน อีกทั้งค่าเสียหายดังกล่าวจะช่วยเยียวยาความยากลำบากในการดำเนินชีวิตของเด็ก...⁷⁵³

คดี Harbeson v Parke-Davis⁷⁵⁴ ศาลสูงของมลรัฐวอชิงตันพิจารณาว่า แพทย์มีหน้าที่ให้คำแนะนำให้ชายและหญิงทราบถึงโอกาสเสี่ยงที่ชายและหญิงอาจให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือมีปัญหาสุขภาพตั้งแต่กำเนิด ในกรณีที่เป็นการรักษาพยาบาลก่อนตั้งครรภ์ ถ้าแพทย์พบว่าชายและหญิงมีโอกาสให้กำเนิดบุตรที่พิการ แพทย์มีหน้าที่แนะนำให้ชายและหญิงหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตร ในกรณีที่เป็นการรักษาพยาบาลภายหลังตั้งครรภ์ แพทย์มีหน้าที่ให้ข้อมูล

⁷⁵¹ Procanik v Cillo 97 NJ 399 (New Jersey, 1984).

⁷⁵² *Ibid.*

⁷⁵³ *Ibid.*

⁷⁵⁴ 656 P2d 483 (Wash 1983)

เกี่ยวกับผลกระทบหากหญิงเลือกที่จะตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรที่พิการ ตลอดจนแพทย์มีหน้าที่ให้คำแนะนำเกี่ยวกับสิทธิของหญิงที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้ง ดังนั้น เมื่อการกระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตร การกระทำดังกล่าวไม่เพียงทำให้เกิดความเสียหายต่อชายและหญิง แต่ยังทำให้เกิดความเสียหายต่อเด็กที่เสียโอกาสที่จะไม่ได้เกิดอีกด้วย เด็กจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินจากแพทย์

ในคดีนี้มีปัญหาเกิดขึ้นมา เมื่อชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการแล้ว กฎหมายยังควรยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตด้วยหรือไม่ ในปัญหาดังกล่าวศาลให้เหตุผลไว้ตอนหนึ่งว่า

...แม้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่เป็นตัวเงิน อันประกอบไปด้วยค่าใช้จ่ายที่เพิ่มมากขึ้น (Extraordinary expenses) เพราะความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็ก โดยค่าใช้จ่ายส่วนนี้ครอบคลุมตลอดระยะเวลาที่เด็กมีชีวิต อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับคดี *Wooldridge v. Woolett* Wn2d 659, 666, 683 P2d 566 (1981) จะเห็นได้ว่าแพทย์มีหน้าที่ชดเชยค่าเสียหายส่วนนี้เพียงครั้งเดียวเท่านั้น ดังนั้น ในกรณีที่ได้ปรากฏว่าชายและหญิงได้ใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการแล้ว เมื่อค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ เป็นค่าเสียหายเฉพาะในช่วงเวลาก่อนที่เด็กบรรลุนิติภาวะเท่านั้น เด็กจึงยังมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินภายหลังที่เด็กบรรลุนิติภาวะเป็นต้นไป โดยค่าเสียหายที่เด็กมีสิทธิเรียกร้องนี้ชายและหญิงยังไม่ได้รับการเยียวยาแต่อย่างใด ...⁷⁵⁵

ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้น ศาลเห็นว่าการที่ศาลยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ และยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตไม่ทำให้ชาย หญิงและเด็กได้รับการเยียวยาเกินกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงและไม่เป็นเหตุทำให้แพทย์ต้องรับผิดชอบเกินกว่าสัดส่วนความผิด

ในบางคดีศาลเห็นว่าเหตุที่ศาลควรยินยอมให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต เนื่องจากสิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเอง สิทธิในการป้องกันการตั้งครรภ์ สิทธิในการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง ไม่ได้เป็นเพียงสิทธิที่ให้ความคุ้มครองต่อประโยชน์ของชายและหญิงเท่านั้น แต่ยังให้ความคุ้มครองต่อประโยชน์ของมนุษย์ที่กำลังจะได้รับการปฏิสนธิหรือทารกในครรภ์ แม้ในขณะที่แพทย์ให้การรักษาพยาบาล เด็กจะยังไม่ได้รับการปฏิสนธิ

⁷⁵⁵ 98 Wash 2d460 (Washington, 1983).

หรือทารกยังไม่สามารถแสดงเจตนาได้ด้วยตนเองเพราะยังอยู่ในครรภ์ของหญิง แต่ศาลเชื่อว่าชายและหญิงบิดามารดาเป็นตัวแทนทำหน้าที่แสดงเจตนาแทนเด็กกว่าจะเป็นประโยชน์สูงสุดต่อเด็กหรือไม่ หากเด็กจะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต เมื่อการกระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้ชายและหญิงไม่สามารถแสดงเจตนาเพื่อแสวงหาสิ่งที่จะเป็นประโยชน์สูงสุดต่อเด็กที่กำลังจะได้รับการปฏิสนธิหรือกำลังจะเกิด การกระทำดังกล่าวนอกจากเป็นการละเมิดต่อสิทธิของชายและหญิงแล้ว ยังเป็นการละเมิดต่อสิทธิของเด็กอีกด้วย แม้ว่าการกระทำเหล่านั้นจะเกิดขึ้นก่อนมีการปฏิสนธิหรือก่อนที่เด็กมีสภาพบุคคลตามกฎหมายก็ตาม⁷⁵⁶

คดี *Paretta v. Medical Offices for Human Reproduction*⁷⁵⁷ ศาลเห็นว่า การที่ศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต นอกจากจะไม่ขัดต่อนโยบายสาธารณะแล้ว การยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายยังเป็นการช่วยคุ้มครองสิทธิของประชาชนในสังคมอีกด้วย อีกทั้งยังเป็นการช่วยป้องปรามไม่ให้แพทย์ทำการรักษาพยาบาลต่ำกว่ามาตรฐานในการประกอบวิชาชีพ เพราะเมื่อวิทยาศาสตร์ความเจริญก้าวหน้า แต่แพทย์กลับละเลยไม่เรียนรู้หรือพัฒนาตนเองให้ทันต่อการเปลี่ยนแปลง อีกทั้งยังเลือกใช้วิธีการรักษาพยาบาลแบบดั้งเดิมจนเป็นเหตุทำให้ผู้ป่วยเสียสิทธิที่จะได้รับการรักษาพยาบาลที่ดีและให้ผลที่แม่นยำ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง วิทยาการทางการแพทย์ที่เกี่ยวกับการตรวจสุขภาพของทารกในครรภ์ เมื่อความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ช่วยเพิ่มโอกาสให้เด็กได้เกิดขึ้นมามีชีวิตต่อเมื่อเด็กสามารถเกิดขึ้นมา มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์เท่านั้น การกระทำอย่างใดของแพทย์ที่ทำให้เด็กไม่ได้รับโอกาสและประโยชน์จากความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ ย่อมเป็นการละเมิดต่อสิทธิของเด็ก โดยจะไม่มีเหตุผลและนโยบายสาธารณะใดที่จะทำให้เด็กต้องสูญเสียสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

บางครั้งศาลให้เหตุผลว่าการที่ศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการที่เด็กเกิดขึ้นมามีชีวิต ไม่ได้เป็นผลมาจากการที่ศาลพิจารณาว่าเด็กมีสิทธิที่จะไม่ได้เกิด หรือการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นความเสียหายตามกฎหมาย แต่ศาลเห็นว่าความยากลำบากในการดำเนินชีวิต และค่าใช้จ่ายจำนวนมากที่เกิดขึ้นเพราะเหตุที่เด็กเกิดขึ้นมา พิการเท่านั้นที่เป็นความเสียหายตามกฎหมาย ด้วยเหตุดังกล่าวการที่ศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจึงเป็นเพียงการช่วยเหลือความยากลำบากและผลกระทบทางเศรษฐกิจของเด็ก ซึ่งได้ปรากฏในคดี *Canesi ex rel.*

⁷⁵⁶ *Geler v Akawie* 358 N.J. Super. 437, 818 A.2d 402 (App. Div. 2003).

⁷⁵⁷ 195 Misc. 2d 568, 760 N.Y.S.2d 639 (Sup. Ct. 2003)

Canesi v. Wilson⁷⁵⁸ และคดี Ermoian v. Desert Hosp⁷⁵⁹ ศาลพิจารณาว่า ก่อนที่ศาลจะพิจารณาถึงปัญหาทางกฎหมายที่ว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตหรือไม่นั้น ศาลต้องแยกพิจารณาความแตกต่างระหว่างการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตกับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความยากลำบากในการดำเนินชีวิต กล่าวคือ ในความเป็นจริงแล้ว การที่เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต เด็กไม่ได้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพียงเพราะเหตุที่ได้เกิด หากแต่เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพราะเหตุที่เกิดของเด็กทำให้เกิดความยากลำบากในการดำเนินชีวิตและทำให้เด็กได้รับความเจ็บปวดทุกข์ทรมานอย่างมาก ซึ่งเป็นผลมาจากการที่เด็กมีร่างกายพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง ดังนั้น เมื่อเด็กไม่เคยกล่าวว่าการไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นเรื่องที่น่ายินดีหรือเป็นประโยชน์มากกว่าการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต เด็กเพียงแต่กล่าวอ้างว่าในกรณีที่ปราศจากความผิดพลาดทางการแพทย์จะไม่มี ความยากลำบากในการดำเนินชีวิตและไม่มี ความเจ็บปวดทรมานอย่างใดเกิดขึ้นกับเด็ก ด้วยเหตุดังกล่าว ย่อมไม่มีเหตุผลที่กฎหมายจะไม่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย

เมื่อพิจารณาแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในมลรัฐต่างๆ พบว่าในปัจจุบันมีเพียง 3 มลรัฐเท่านั้น ที่ศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตประกอบไปด้วย มลรัฐแคลิฟอร์เนีย⁷⁶⁰ มลรัฐนิวเจอร์ซีย์⁷⁶¹ และมลรัฐวอชิงตัน⁷⁶² โดยศาลของทั้ง 3 มลรัฐ ยินยอมให้เด็กเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินเท่านั้น อาทิ ค่าใช้จ่ายที่จำเป็นในการดำเนินชีวิตเพื่อส่งเสริมสนับสนุนและลดความยากลำบากในการดำเนินชีวิตอันเป็นผลมาจากความพิการหรือปัญหาสุขภาพ ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ ค่าใช้จ่ายในการเข้ารับการฟื้นฟูสมรรถภาพ ค่าใช้จ่ายสำหรับเครื่องมือทางการแพทย์ที่จำเป็นในการดำเนินชีวิต

⁷⁵⁸ 158 N.J. 490, 730 A.2d 805 (1999).

⁷⁵⁹ 152 Cal. App. 4th 475, 61 Cal. Rptr. 3d 754 (4th Dist. 2007)

⁷⁶⁰ Turpin v. Sortini, 643 P2d 954 (California, 1982) see Irwin Saltz, “Better Off Never Born?,” American Bar Association Journal, Issue 4, Volume 22, p. 46 (April 1986) and Kurtis J. Kearl, “Turpin v. Sortini: Recognizing the Unsupportable Cause of Action for Wrongful Life,” California Law Review, Issue 4, Volume 71, p1278 (July 1983).

⁷⁶¹ Procanik v Cillo, 97 NJ 399 (New Jersey, 1984).

⁷⁶² Harbeson v Parke-Davis, Inc., 98 Wash 2d460 (Washington, 1983).

3.2.2 ประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษ ในปี ค.ศ. 1982 การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตปรากฏขึ้นครั้งแรกและเพียงครั้งเดียวเท่านั้นปรากฏในคดี McKay v Essex Area Health Authority⁷⁶³ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ระหว่างที่หญิงมารดาของเด็ก (Mary Mckay) ตั้งครรภ์หญิงกังวลว่าหญิงอาจป่วยเป็นโรคหัดเยอรมัน หญิงได้แจ้งให้แพทย์ทราบข้อกังวลดังกล่าว ซึ่งแพทย์คนแรกผู้ทำหน้าที่ดูแลครรภ์ตรวจสอบสุขภาพของหญิงโดยประมาทเป็นเหตุทำให้แพทย์ไม่พบว่าหญิงได้รับเชื้อหัดเยอรมันระหว่างตั้งครรภ์ ส่วนแพทย์อีกรายหนึ่งอ่านผลการตรวจเลือดผิดพลาดเป็นเหตุทำให้หญิงไม่ทราบว่าตนเป็นโรคหัดเยอรมันเช่นเดียวกัน

ภายหลังที่เด็กคลอดออกมาพร้อมกับความพิการ เด็กได้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ โดยกล่าวอ้างว่าในระหว่างที่แพทย์ให้การรักษาพยาบาล แพทย์ไม่ได้มีเพียงหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อหญิงที่ตั้งครรภ์เท่านั้น แต่แพทย์ยังมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อทารกในครรภ์อีกด้วย โดยหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังของแพทย์ดังกล่าวก็คือหน้าที่ให้คำแนะนำกับหญิงมารดา เพื่อให้หญิงเข้ารับการทำแท้งภายหลังที่พบว่าหญิงได้รับเชื้อหัดเยอรมัน ตลอดจนแพทย์ยังมีหน้าที่ป้องกันไม่ให้เด็กได้เกิดขึ้นมามีชีวิตอีกด้วย⁷⁶⁴

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลอุทธรณ์ ศาลพิพากษายกฟ้องเด็กด้วยเหตุผลหลายประการ อาทิ แพทย์ไม่มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อทารกในครรภ์ เพราะแพทย์ไม่มีหน้าที่จะต้องทำแท้งหรือป้องกันการได้เกิดของเด็ก นอกจากนี้ ศาลเห็นว่าการที่มนุษย์ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตไม่ว่าจะมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์หรือไม่ ไม่เป็นความเสียหายตามกฎหมาย อีกทั้ง ศาลได้ให้เหตุผลอีกด้วยว่า หากศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ อาจเป็นการเปิดโอกาสและเป็นการรับรองให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากชายและหญิงบิดามารดาที่ไม่ยอมหลีกเลี่ยงการตั้งครรภ์หรือไม่ยอมเข้ารับการทำแท้ง ทั้งที่ทราบอยู่แล้วว่าเด็กอาจเกิดขึ้นมาพิการ⁷⁶⁵

นอกจากนี้ ศาลได้ให้เหตุผลด้วยว่า ถ้ากฎหมายยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต ย่อมเท่ากับว่ากฎหมายยอมรับว่าชีวิตของเด็กที่พิการเป็นความเสียหายและมีคุณค่าน้อยกว่าเด็กที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ โดยคุณค่าของเด็กที่พิการมีน้อย

⁷⁶³ [1982] 2 All E.R. 711 ; [1982] Q.B. 1160

⁷⁶⁴ Jean Vanessa Mchale, *supra note* 223, p.967.

⁷⁶⁵ Simon F. Deakin, Basil S. Markesinis and Angus Charles Johnston, *supra note* 232, pp.308-309.

ถึงขนาดที่ว่ากฎหมายไม่ควรให้ความคุ้มครองต่อสิทธิที่จะได้เกิดของเด็ก ซึ่งการรับรองเช่นนั้นย่อมขัดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็ก อีกทั้งยังเป็นการขัดต่อนโยบายสาธารณะอย่างชัดเจน⁷⁶⁶

เพื่อแสดงเหตุผลในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ผู้เขียนจึงนำความเห็นของผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีแต่ละคนมาทำการศึกษาดังนี้

ผู้พิพากษา Stephenson LJ ให้ความเห็นไว้ว่า

...ถ้าศาลกำหนดให้แพทย์มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อทารกในครรภ์ โดยหน้าที่เช่นนั้นคือหน้าที่ต้องกระทำการเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดที่พิการหรือมีปัญหาสุขภาพได้เกิดขึ้นมาในชีวิต ข้าพเจ้าเชื่อว่าหน้าที่ดังกล่าวย่อมเป็นหน้าที่อันขัดต่อหลักคุณค่าความเป็นมนุษย์ (Sanctity of human life) อีกทั้งยังขัดต่อนโยบายสาธารณะอีกด้วย ทั้งนี้หากศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายย่อมแสดงว่าศาลยอมรับว่าแท้ที่จริงแล้วเด็กที่พิการมีค่าน้อยกว่าเด็กที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรง และคุณค่าของเด็กที่พิการมีน้อยจนกระทั่งว่าการไม่ได้เกิดของเด็กเป็นเรื่องที่ดีกว่าการที่ให้เด็กได้เกิด หรืออาจกล่าวได้ว่า ในกรณีที่มนุษย์ไม่สามารถเกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ มนุษย์เหล่านั้นย่อมมีสิทธิโดยชอบธรรมที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมาในชีวิต ด้วยเหตุดังกล่าวย่อมขัดต่อหลักการพื้นฐานของกฎหมายที่มุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองการมีชีวิตของมนุษย์

เมื่อพิจารณาในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลพบว่า แท้ที่จริงแล้วความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กไม่ได้เป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ แต่ความพิการของเด็กเกิดขึ้นเองตามธรรมชาติและมีอยู่ก่อนที่แพทย์จะให้การรักษาพยาบาลกับหญิงมารดาของเด็ก หากศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย การยินยอมให้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเช่นนั้นหาได้มีฐานมาจากการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพราะความพิการหรือเพราะปัญหาสุขภาพของเด็ก แต่การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายมีฐานมาจากการได้เกิดขึ้นมาชีวิตพร้อมทั้งมีร่างกายพิการหรือมีปัญหาสุขภาพแทนที่เด็กจะไม่ได้เกิดขึ้นมาเลย การยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเท่ากับเป็นการรับรองให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการมีชีวิต นอกจากนี้ ในกรณีที่แพทย์หรือหญิงทราบถึงโอกาสที่เด็กจะต้องเกิดขึ้นมาพิการ การยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายอาจกลายเป็นเหตุทำให้แพทย์และหญิงมีหน้าที่กระทำการเพื่อป้องกันการได้เกิดของเด็ก แม้ว่าโอกาสเช่นนั้นจะยังไม่มีชัดเจนแน่นอนก็ตาม

⁷⁶⁶ Vivienne Harpwood, *supra note 231*, p.98. ; Simon F. Deakin, Basil S. Markesinis and Angus Charles Johnston, *supra note 232*, pp.308-309.

ทั้งนี้ การยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต อาจเป็นการเปิดโอกาสหรือเป็นการสร้างรูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายรูปแบบใหม่ โดยกฎหมายยินยอมให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากชายและหญิงบิดามารดา เพราะเหตุที่บิดามารดาไม่ยอมหลีกเลี่ยงหรือป้องกันการให้กำเนิดบุตร หรือเด็กอาจฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากมารดาเพราะเหตุที่มารดาไม่ยินยอมเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งซึ่งที่พบว่าทารกในครรภ์พิการ...⁷⁶⁷

ผู้พิพากษา Stephenson LJ ยังให้เหตุผลอีกด้วยว่า เหตุที่เด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต เป็นเพราะศาลไม่สามารถพิจารณาว่าเด็กได้รับความเสียหายอย่างไร เพราะศาลไม่อาจรู้ได้เลยว่าในกรณีที่ปราศจากความผิดพลาดทางการแพทย์ เด็กจะได้อยู่ในสถานะเช่นใด อีกทั้งการเยียวยาความเสียหายด้วยวิธีการใดถึงจะช่วยให้เด็กสามารถกลับคืนสู่สถานะเสมือนว่าไม่มีความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้น กล่าวคือ การกลับคืนสู่สถานะเสมือนว่าเด็กไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเลย ในทางกลับกัน ความผิดพลาดทางการแพทย์ต่างหากที่เป็นการให้โอกาสและให้ชีวิตกับเด็ก โดยผู้พิพากษา Stephenson LJ ให้ความเห็นดังนี้⁷⁶⁸

...การที่กฎหมายจะกำหนดให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อบุคคลอื่น หน้าที่ดังกล่าวจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อความเสียหายจากการทำละเมิดต้องเป็นความเสียหายที่ผู้ทำละเมิดสามารถเยียวยาความเสียหายให้กับผู้เสียหายได้ เช่น บุคคลมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังและไม่ทำให้เกิดความเสียหายต่อร่างกายหรืออนามัยของผู้อื่น และหากมีการละเมิดต่อหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้น บุคคลผู้ทำละเมิดมีหน้าที่เยียวยาความเสียหายให้กับผู้เสียหาย โดยชดใช้เงินให้กับผู้เสียหายเพื่อให้ผู้เสียหายได้กลับคืนสู่สถานะเสมือนว่าไม่มีการล่วงละเมิดต่อเนื้อตัวร่างกายหรืออนามัยเกิดขึ้น เพื่อให้ผู้เสียหายได้กลับคืนสู่สถานะเสมือนว่ามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ โดยการคิดคำนวณความเสียหายในกรณีเช่นนี้ ผู้พิพากษาสสามารถทำได้ด้วยการเปรียบเทียบสภาพร่างกายของผู้เสียหายก่อนที่มีการทำละเมิดเกิดขึ้นและภายหลังที่มีการทำละเมิด

ในกรณีที่มีการทำละเมิดต่อทารกในครรภ์ การคิดคำนวณค่าเสียหายสามารถทำได้ด้วยการเปรียบเทียบระหว่างกรณีที่เด็กเกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์

⁷⁶⁷ Marc Stauch, Kay Wheat and John Tingle, *supra note 212*, p. 427. ; Ian Kennedy and Andrew Grubb, *supra note 25*, pp.956-960.

⁷⁶⁸ Marc Stauch, Kay Wheat and John Tingle, *supra note 211*, p.456.

กับกรณีที่เกิดเกิดขึ้นพร้อมกับความพิการหรือปัญหาสุขภาพซึ่งเป็นผลโดยตรงมาจากการทำละเมิด

แต่สำหรับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต ความเสียหายที่เป็นผลมาจากการฝ่าฝืนหน้าที่ใช้ความระมัดระวังคือ การที่เด็กได้เกิดขึ้นมามีชีวิตพร้อมกับร่างกายที่พิการ (existence with severe handicap) แทนที่เด็กจะไม่ต้องเกิดขึ้นมาเลยถ้าปราศจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ ดังนั้น การเยียวยาความเสียหายให้กับเด็กสามารถทำได้โดยวิธีการเดียวกันก็คือ การทำให้เด็กได้กลับคืนสู่สถานะเสมือนว่าเด็กไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต

เมื่อศาลไม่สามารถทราบได้ว่าสถานะที่เด็กไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นอย่างไร กล่าวคือ ศาลไม่สามารถรู้ได้ว่าชีวิตก่อนได้เกิดหรือชีวิตหลังความตายเป็นอย่างไร อีกทั้งศาลไม่สามารถนำสถานะเช่นว่านั้นมาเปรียบเทียบกับสถานะของการที่เด็กต้องเกิดขึ้นมาพิการ ปัญหาเช่นนี้เป็นปัญหาในทางปรัชญา เพราะการพิจารณาถึงการสูญเสียความคาดหวังที่จะตายเป็นการวินิจฉัยเชิงคุณค่าที่ต้องอาศัยเครื่องมือและองค์ประกอบหลายด้านซึ่งล้วนแต่เกินกว่าความรู้เห็นของมนุษย์ที่สามารถทำได้ แม้ว่าความยากลำบาก (Difficulty) ในการประเมินความเสียหายไม่ใช่เหตุผลที่ดีที่ศาลจะใช้เพื่อจำกัดสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของผู้เสียหาย แต่สำหรับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตแล้ว เมื่อการประเมินความเสียหายไม่เพียงแต่เป็นเรื่องที่ยากลำบากแต่เป็นเรื่องที่ไม่สามารถเกิดขึ้นได้เลย (Impossibility) ดังนั้น หากศาลจะไม่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายด้วยเหตุผลที่ว่าศาลไม่สามารถประเมินได้ว่าเด็กได้รับความเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตอย่างไร ข้าพเจ้าเห็นว่าเหตุผลดังกล่าวเป็นทางออกที่ดีสำหรับปัญหานี้ ... ในท้ายที่สุดแล้ว เมื่อศาลไม่มีหน้าที่ในการประเมินคุณค่าระหว่างการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตแต่ต้องพิการเพื่อเปรียบเทียบกับคุณค่าของการไม่ได้เกิด ด้วยเหตุดังกล่าวจึงทำให้การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต เป็นรูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่ไม่สมควรเกิดขึ้นได้เลย...⁷⁶⁹

เหตุผลอีกประการหนึ่งที่ทำให้ผู้พิพากษา Stephenson LJ ไม่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นผลมาจากผลของกฎหมาย The Congenital Disability (Civil Liability) 1976 ที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดว่า เด็กจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลต่อเมื่อ การทำละเมิดเป็นผลโดยตรงทำให้เด็กได้รับความเสียหาย

⁷⁶⁹ Marc Stauch, Kay Wheat and John Tingle, *supra* note 212, p.427.

ต่อร่างกายหรืออนามัยเท่านั้น ซึ่งถ้าปราศจากการทำละเมิด เด็กจะต้องเกิดขึ้นมา มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์เท่านั้น หากใช้ว่าถ้าปราศจากการทำละเมิดเด็กจะไม่ได้เกิดขึ้นมา มีชีวิต ด้วยหลักกฎหมายดังกล่าวผู้พิพากษา Stephenson LJ เห็นว่าการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมา มีชีวิตเป็นรูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่ต้องห้ามโดยชัดแจ้งตามกฎหมาย ทั้งที่ความเป็นจริงแล้ว ไม่ปรากฏว่ามีมาตราใดกำหนดห้ามมิให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมา มีชีวิตเลย⁷⁷⁰

ทั้งนี้ ผู้พิพากษา Stephenson L.J. ได้อธิบายไว้ว่า⁷⁷¹

...เนื่องด้วยข้อเท็จจริงในคดีเกิดขึ้นก่อนที่ The Congenital Disability (Civil Liability) 1976 มีผลใช้บังคับ ซึ่งถ้าพิจารณาตามมาตรา 4 (5) กฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าเด็กที่เกิดมาพิการจะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ต่อเมื่อความพิการเป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำของแพทย์เท่านั้น กล่าวคือ ภายหลังจากที่หญิงตั้งครรภ์แพทย์และเจ้าหน้าที่ในท้องปฏิบัติการพร้อมด้วยเจ้าหน้าที่อื่นๆ ต่างมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังที่จะไม่ทำให้เกิดความเสียหายต่อทารกในครรภ์ (Duty not to injure the unborn child) หากมีการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ดังกล่าวจนเป็นเหตุทำให้เด็กคลอดออกมาพิการ เด็กมีสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากบุคคลเหล่านั้นได้ แม้ว่าการทำละเมิดจะเกิดขึ้นก่อนที่เด็กมีสภาพบุคคลก็ตาม

แต่สำหรับคดีนี้การกระทำโดยประมาทของแพทย์ไม่ได้ทำให้เด็กต้องพิการ เพราะการกระทำของแพทย์ คือ การที่แพทย์ตรวจไม่พบว่าเป็นโรคหัดเยอรมันระหว่างตั้งครรภ์และไม่ได้แนะนำให้หญิงทำแท้งจนเป็นเหตุทำให้เด็กต้องเกิดขึ้นมา พิการแทนที่จะถูกทำแท้ง เมื่อความพิการเกิดขึ้นจากโรคหัดเยอรมัน แพทย์และเจ้าหน้าที่ของโรงพยาบาลจึงไม่ได้ฝ่าฝืนต่อหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังที่จะไม่ทำให้เกิดความอันตรายต่อทารก สิทธิที่เด็กกล่าวอ้างว่าถูกล่วงละเมิดจากการกระทำของแพทย์ คงมีเพียง “สิทธิที่จะไม่ต้องเกิดขึ้นมาพร้อมกับความพิการหรือการเป็นบุคคล

⁷⁷⁰ Harvey Teff, *supra* note 25, p.426.

⁷⁷¹ คดี McKay v Essex Area Health Authority แม้การกระทำโดยประมาทจะเกิดขึ้นก่อนที่กฎหมาย Congenital Disability (Civil Liability) 1976 มีผลใช้บังคับ แต่ศาลอุทธรณ์พยายามให้ความเห็นว่า ในกรณีที่การกระทำโดยประมาทของแพทย์เกิดขึ้นภายหลังที่ Congenital Disability (Civil Liability) 1976 มีผลใช้บังคับ ผลในทางกฎหมายก็คงเป็นเช่นเดียวกัน เนื่องจากกฎหมายไม่สามารถรับรองได้ว่าเด็กมีสิทธิที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมา มีชีวิต see Nicholas J. McBride and Roderick Bagshaw, *Tort Law* Longman Law Series, (Harlow : Pearson Education, 2001), p.560.

ไร้ความสามารถ” “สิทธิที่จะต้องถูกทำแท้ง (Right to be aborted)” หรือ “สิทธิที่จะต้องถูกฆ่า (Right to be killed)” เท่านั้น ซึ่งข้าพเจ้าเห็นว่าหากทารกในครรภ์มีสิทธิเหล่านี้จริง ย่อมส่งผลกระทบต่อความรู้สึกของผู้คนในสังคมอย่างรุนแรง นอกจากนี้ ข้าพเจ้าเชื่อว่าหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังของแพทย์ควรมีเพียงหน้าที่ไม่กระทำการอย่างใดให้ทารกในครรภ์ได้รับอันตราย กล่าวคือ ไม่ทำละเมิดต่อทารกเท่านั้น แต่ไม่รวมถึงหน้าที่ต้องทำแท้งหรือต้องฆ่าเด็ก และแม้ว่าคดีนี้เป็นคดีแรกที่ปรากฏในประเทศอังกฤษ อีกทั้งยังเกิดขึ้นก่อน The Congenital Disability (Civil Liability) 1976 มีผลใช้บังคับ แต่ข้าพเจ้าก็เชื่อว่าถ้าพิจารณาตามหลักกฎหมายจารีตประเพณี กฎหมายก็ไม่มีทางยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต

นอกจากนี้ ในปัญหาเรื่องหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังในการทำแท้งนี้ แม้ว่าแพทย์มีหน้าที่ต้องบอกกล่าวและให้ข้อมูลกับหญิงว่าหญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายเมื่อพบว่าทารกในครรภ์มีความเสี่ยงที่จะพิการหรือมีปัญหาสุขภาพ ข้าพเจ้าเห็นว่าหน้าที่ดังกล่าวเป็นหน้าที่ที่แพทย์มีต่อหญิงเจ้าของสิทธิเท่านั้น แต่แพทย์หาได้มีหน้าที่ต่อทารกในครรภ์ เพราะในกรณีที่แพทย์ได้บอกกล่าวความจริงเกี่ยวกับปัญหาสุขภาพของทารกหรือแจ้งเตือนให้หญิงเข้ารับการทำแท้งเฉพาะแต่หญิงเท่านั้นที่มีอำนาจตัดสินใจว่าจะเข้ารับการทำแท้งหรือไม่ ในขณะที่ทารกไม่สามารถแสดงเจตนาได้ด้วยตนเองและสามารถตัดสินใจแทนหญิงได้ว่า หญิงควรต้องเข้ารับการทำแท้งหรือไม่

การที่แพทย์ตรวจสุขภาพของหญิงหรือทารกในครรภ์โดยประมาทจนเป็นเหตุทำให้แพทย์ไม่สามารถบอกผลการตรวจที่ถูกต้อง ไม่สามารถให้คำแนะนำหรือแจ้งเตือนความเสี่ยงที่หญิงอาจให้กำเนิดบุตรที่พิการ อีกทั้งไม่สามารถให้ข้อมูลกับหญิงได้ว่าหญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย การกระทำโดยประมาทของแพทย์ดังกล่าวคงเป็นเพียงการละเมิดต่อหญิง หาได้เป็นการละเมิดต่อทารกในครรภ์แต่อย่างใดไม่

นอกจากนี้ ข้าพเจ้าเห็นว่าเมื่อพิจารณาจากคำฟ้องของเด็ก มีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นหลายประการ อาทิ แพทย์มีหน้าที่ทำลายชีวิตของมนุษย์หรือไม่ (Duty to take away the life) เพราะในปัจจุบันกฎหมายกำหนดว่าการทำลายชีวิตของทารกในครรภ์หรือการฆ่าบุคคลอื่นเป็นความผิดตามกฎหมาย อย่างไรก็ตามก็ดี เหตุผลดังกล่าวอาจมีน้ำหนักลดลงภายหลังที่กฎหมาย The Abortion Act 1976 กำหนดให้หญิงมีสิทธิเลือก

ที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย และให้แพทย์มีอำนาจทำแท้งให้กับโดยไม่ผิดกฎหมาย

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายว่าด้วยการทำแท้งข้างต้น นอกจากกฎหมายจะคำนึงถึงประโยชน์ของหญิง โดยกฎหมายกำหนดให้หญิงที่ได้รับอันตรายจากการตั้งครรภ์มีสิทธิเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว กฎหมายได้คำนึงถึงประโยชน์ของทารกในครรภ์ ซึ่งปรากฏในมาตรา 1(1)(d)⁷⁷² โดยกฎหมายยินยอมให้หญิงที่พบว่าทารกในครรภ์มีความเสี่ยงอย่างร้ายแรงที่จะพิการไม่ว่าทางร่างกายหรือทางจิตใจ มีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน ... แม้ว่าอนุमतรานี้จะบัญญัติขึ้นเพื่อประโยชน์ของหญิงที่ตั้งครรภ์ ครอบครัวยุคและสังคมแล้ว ข้าพเจ้าเชื่อว่าอนุमतราดังกล่าวยังได้บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของเด็กที่อาจต้องเกิดขึ้นมาพิการด้วยเช่นกัน

แม้ปราศจากข้อสงสัยที่ว่าในกรณีที่ปราศจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์หญิงที่ทราบว่าทารกในครรภ์มีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรงย่อมเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง ซึ่งการเลือกของหญิงเช่นนี้นั้นจะทำให้เด็กถูกพรากไปเสียซึ่งชีวิตและไม่ต้องเกิดขึ้นมามีร่างกายที่พิการ อย่างไรก็ตาม การที่กฎหมายยินยอมให้หญิงที่พบว่าทารกในครรภ์มีปัญหาสุขภาพมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายกฎหมายดังกล่าวหาได้ทำให้ทารกมีสิทธิที่จะตาย (Right to die) หรือมีสิทธิที่จะไม่เกิด (Right not to be born) นอกจากนี้ แม้แพทย์จะมีอำนาจทำแท้งให้กับหญิงได้โดยไม่ผิดกฎหมาย กฎหมายเช่นนี้นั้นก็หาทำให้แพทย์มีหน้าที่จะต้องทำแท้งและป้องกันการได้เกิดของเด็ก⁷⁷³ การกระทำโดยประมาทของแพทย์จึงเป็นเพียงการทำละเมิดต่อ

⁷⁷² Abortion Act 1976

Subject to the provisions of this section, a person shall not be guilty of an offence under the law relating to abortion when a pregnancy is terminated by a registered medical practitioner if two registered medical practitioners are of the opinion, formed in good faith...

(d) that there is a substantial risk that if the child were born it would suffer from such physical or mental abnormalities as to be seriously handicapped.

⁷⁷³ Malcolm Khan and Michelle Robson, *supra note 209*, p.80.

สิทธิที่จะทำแท้งของหญิงเท่านั้น หาได้ละเมิดต่อสิทธิที่จะตายหรือสิทธิที่จะไม่ได้เกิดของเด็ก เนื่องจากสิทธิดังกล่าวไม่ใช่สิทธิตามกฎหมาย

หากได้พิจารณาเปรียบเทียบกับคำพิพากษาคดี Re B⁷⁷⁴ ซึ่งเป็นคดีที่ศาลเคยพิจารณาถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กที่ต้องเกิดขึ้นพร้อมกับการเป็นโรคดาวน์ซินโดรมว่าเมื่อความเจ็บปวดจากโรคดาวน์ซินโดรมเป็นสิ่งที่เลวร้ายและเหลือทน ศาลในคดีดังกล่าวเห็นว่าประโยชน์สูงสุดของเด็กคือ การที่เด็กไม่ต้องมีชีวิตอยู่ต่อไป ซึ่งเท่ากับศาลในคดีดังกล่าวได้พิจารณาว่าระหว่างการมีชีวิตอยู่แต่ต้องป่วยเป็นโรคดาวน์ซินโดรมกับการตาย ศาลเห็นว่าการตายเป็นประโยชน์ต่อเด็กมากกว่า อย่างไรก็ตาม ประเด็นเรื่องประโยชน์สูงสุดของเด็กไม่ได้กลายเป็นประเด็นที่ศาลต้องพิจารณาในคดีนี้ อีกทั้งไม่มีข้อมูลที่ชัดเจนแน่นอนเกี่ยวกับความพิการของเด็กเข้าสู่การพิจารณาของศาล ข้าพเจ้าทราบเพียงว่าเด็กสูญเสียความสามารถในการมองเห็นและการได้ยิน ด้วยเหตุที่ศาลไม่ทราบปัญหาสุขภาพของเด็กดังกล่าวทำให้ศาลไม่สามารถพิจารณาได้ว่าลำพังปัญหาสุขภาพของเด็กเพียงพอหรือไม่ที่จะทำให้การที่เด็กเกิดขึ้นมาพร้อมกับความพิการเป็นเรื่องที่มีคุณน้อยกว่าการไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต...⁷⁷⁵

ในขณะที่ผู้พิพากษา Ackner L.J. เห็นว่าภายหลังที่กฎหมาย Congenital Disability (Civil Liability) 1976 มีผลใช้บังคับ ไม่มีความจำเป็นอีกต่อไปที่ศาลจะต้องพิจารณาว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตหรือไม่ เพราะกฎหมายกำหนดว่าเด็กที่เกิดขึ้นมาพิการจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ต่อเมื่อความพิการเป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำของแพทย์เท่านั้น ดังนั้น เมื่อความพิการของเด็กไม่ได้เป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ เด็กจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ตามกฎหมาย⁷⁷⁶

⁷⁷⁴ [1981] 1 W.L.R. 1421

⁷⁷⁵ Ian Kennedy and Andrew Grubb, *supra note 25*, pp.956-960. ; Jean Vanessa Mchale and Marie Fox, *supra note 223*, pp.967-970.

⁷⁷⁶ Richard A. W. Kidner, *Casebook on Torts*. 11th ed., (Oxford: Oxford University Press, 2010), pp.182-183.

นอกจากนี้ ผู้พิพากษา Ackner LJ ให้ความเห็นไว้อีกด้วยว่า

...ความพิการของเด็กไม่ได้เป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์แต่เป็นผลมาจากเชื้อหัดเยอรมัน การกระทำโดยประมาทของแพทย์มีผลอย่างเดียวนคือทำให้เด็กเกิดขึ้นมาพิการแทนที่เด็กจะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต หากกฎหมายยอมรับว่าการเกิดของเด็กเป็นความเสียหายตามกฎหมาย ความเสียหายดังกล่าวคืออะไร อีกทั้งศาลจะคิดคำนวณความเสียหายดังกล่าวได้อย่างไร นอกจากนี้ ในการขั้นตอนการหาวิธีการเยียวยาความเสียหายให้กับเด็ก มีความจำเป็นที่ศาลจะต้องพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างกรณีที่ไม่มีการกระทำโดยประมาทเกิดขึ้นกับกรณีที่มีการกระทำโดยประมาทเกิดขึ้น โดยการเปรียบเทียบดังกล่าวทำให้ศาลต้องเปรียบเทียบระหว่างกรณีที่เกิดไม่ได้เกิดขึ้นมาใช้ชีวิตกับกรณีที่เด็กต้องเกิดขึ้นมาพร้อมกับความพิการ ซึ่งการเปรียบเทียบคุณค่าระหว่างสถานการณ์ทั้งสองทำให้เกิดปัญหาทางกฎหมายว่า ศาลจะเริ่มต้นการคิดคำนวณประโยชน์ของการไม่ได้เกิดขึ้นมาใช้ชีวิตได้อย่างไร เมื่อการเปรียบเทียบคุณค่าสถานการณ์ทั้งสองไม่สามารถเกิดขึ้นได้ ศาลจึงไม่สามารถพิจารณาได้ว่าแท้ที่จริงแล้วเด็กได้รับความเสียหายจากการที่เด็กได้เกิดขึ้นมาใช้ชีวิตหรือไม่ เมื่อสิ่งเหล่านี้ล้วนแต่ยังไม่มีคำตอบที่ชัดเจนแน่นอน กฎหมายจึงไม่ควรยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมาใช้ชีวิต...⁷⁷⁷

ผู้พิพากษา Ackner LJ ได้ให้ความเห็นเพิ่มเติมด้วยว่า

...แม้ตามกฎหมายจารีตประเพณี บุคคลมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อบุคคลอื่นซึ่งรวมถึงทารกในครรภ์ของหญิงด้วยก็ตาม แต่หน้าที่เช่นนั้นคงไม่รวมถึงหน้าที่จะต้องป้องกันไม่ให้ทารกได้เกิดหรือหน้าที่ต้องทำลายชีวิตของทารกที่พิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง เพราะหากกฎหมายกำหนดให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งมีหน้าที่เช่นนั้น หน้าที่ดังกล่าวย่อมขัดต่อหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์...⁷⁷⁸

ในขณะที่ผู้พิพากษา Griffiths LJ เห็นว่าเมื่อศาลไม่สามารถประเมินได้ว่าเด็กได้รับความเสียหายจากเกิดขึ้นมาใช้ชีวิตหรือไม่ กฎหมายจึงไม่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย⁷⁷⁹ โดยมีความเห็นตอนหนึ่งว่า

⁷⁷⁷ Ian Kennedy and Andrew Grubb, *supra note 25*, pp.955-956.

⁷⁷⁸ Malcolm Khan and Michelle Robson, *supra note 209*, p.80.

⁷⁷⁹ Ian Kennedy and Andrew Grubb, *supra note 25*, pp.955-956.

...ในความคิดของข้าพเจ้า เหตุผลหลักที่กฎหมายไม่ควรยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นเพราะความยากลำบากในการคิดคำนวณความเสียหาย เนื่องด้วยหลักการพื้นฐานของการคิดคำนวณค่าเสียหายให้กับผู้เสียหาย ศาลมีหน้าที่เปรียบเทียบคุณค่าระหว่างกรณีที่ปราศจากการทำละเมิดกับกรณีที่มีการทำละเมิดเกิดขึ้น ถ้าคุณค่าในกรณีที่มีการทำละเมิดเกิดขึ้นมีน้อยกว่าคุณค่าในกรณีปราศจากการทำละเมิด ศาลมีหน้าที่เยียวยาความเสียหายให้กับผู้เสียหายเพื่อทำให้ผู้เสียหายได้กลับคืนสู่กรณีที่เสมือนว่าไม่มีการทำละเมิดเกิดขึ้น

แต่ในกรณีที่เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต เด็กไม่ได้กล่าวอ้างว่าหากปราศจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์เด็กจะไม่ได้เกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ แต่เด็กอ้างว่าหากปราศจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์เด็กจะต้องถูกทำแท้งและไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเลย จากข้อกล่าวอ้างดังกล่าวทำให้ศาลต้องเปรียบเทียบระหว่างกรณีที่เด็กต้องถูกทำแท้งกับกรณีที่เด็กต้องเกิดมาพร้อมกับความพิการ แต่ในกรณีที่เด็กต้องถูกทำแท้งและไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตนั้น ศาลไม่สามารถที่จะรู้ได้เลยว่ากรณีที่เด็กถูกทำแท้งและไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตนั้นเป็นอย่างไร อีกทั้งศาลไม่สามารถเปรียบเทียบคุณค่าระหว่างกรณีที่เด็กไม่ได้เกิดกับการที่เด็กต้องเกิดขึ้นมาพิการว่ากรณีใดเป็นเรื่องที่ดีกว่ากัน จึงทำให้ศาลไม่สามารถสรุปได้ว่าแท้งที่จริงแล้วการที่เด็กเกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นความเสียหายหรือไม่ ด้วยเหตุดังกล่าวศาลจึงไม่ควรยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต...⁷⁸⁰

แม้ว่าศาลและนักวิชาการจำนวนมากเห็นว่ากฎหมายไม่ควรยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต ไม่ว่าจะโดยการอ้างอิงถึงกฎหมาย Congenital Disability (Civil Liability) 1976 หรือความเห็นของ The Law Commission Report on Injuries to Unborn Children ที่ว่าการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นรูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่ต้องห้ามชัดเจนโดยกฎหมาย⁷⁸¹ ทำให้ในปัจจุบันนักวิชาการจำนวนมากเชื่อ

⁷⁸⁰ Marc Stauch, Kay Wheat and John Tingle, *supra* note 212, pp.427-428. ; Ian Kennedy and Andrew Grubb, *ibid*, pp.960-961.

⁷⁸¹ The Law Commission Report on Injuries to Unborn Children No. 60, 1974 (Cmnd. 5709), para. 89.

ว่า เด็กที่ต้องเกิดขึ้นมาพิการจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ต่อเมื่อเด็กสามารถพิสูจน์ได้ว่าความพิการของเด็กเป็นผลมาจากการทำละเมิดเท่านั้น⁷⁸²

อย่างไรก็ตาม นักวิชาการอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า เมื่อพิจารณาจากคำฟ้องของเด็กจะพบได้ว่า เด็กไม่ได้กล่าวอ้างว่าการกระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้เด็กต้องพิการ แต่เด็กกล่าวอ้างว่าการกระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้เด็กต้องเกิดขึ้นมามีชีวิตแทนที่เด็กจะไม่ได้เกิดขึ้นมาเลย เมื่อการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของเด็กไม่ได้เป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความพิการ การฟ้องร้องดังกล่าวจึงไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย Congenital Disability (Civil Liability) 1976⁷⁸³ ศาลจึงไม่สามารถพิพากษายกฟ้องของเด็กด้วยเหตุผลที่ว่า การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของเด็กต้องห้ามตามกฎหมาย⁷⁸⁴

นักวิชาการบางฝ่ายอ้างอิงถึงถ้อยคำในต้วบทกฎหมายมาตรา 1 (2) (a) ที่ว่าเด็กที่พิการมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์แม้ว่าความพิการจะไม่ได้เป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำของแพทย์ที่มีต่อเด็ก แต่ความพิการเป็นผลมาจากการกระทำของแพทย์ที่มีต่อความสามารถในการให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ “...ability of parent to have a normal, healthy child...” ของชายหญิงบิดามารดา โดยนักวิชาการฝ่ายนี้เชื่อว่า “ความสามารถ (Ability)” ของชายและหญิงในการให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ นี้ มีความหมายรวมถึงความสามารถที่จะหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการด้วย ดังนั้นจากถ้อยคำในบทบัญญัติดังกล่าวทำให้สิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นสิทธิตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร

อย่างไรก็ตาม ทันทีที่มีการประกาศใช้กฎหมาย Human Fertilization and Embryology Act มาตรา 44⁷⁸⁵ ซึ่งมีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 1A ของกฎหมาย

⁷⁸² Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976 s. 1(2)(b) and s. 4(5)

⁷⁸³ J.K. Mason and R.A. McCall Smith, *Law and Medical Ethics*, 2nd (London : Butterworths, 1987), p.99.

⁷⁸⁴ Jane ES Fortin, “Is the “Wrongful Life” action really dead?” *The Journal of Social Welfare & Family Law*, Issue 5, Volume 9, p.306 (1987)

⁷⁸⁵ Section 44 Civil liability to child with disability.

After section 1 of the Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976 (civil liability to child born disabled) there is inserted—

“1A Extension of section 1 to cover infertility treatments.

Congenital Disability (Civil Liability) 1976 เหตุผลที่ว่า การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการเป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่ต้องห้ามตามกฎหมายเป็นเหตุผลที่ไม่ถูกต้องอีกต่อไป เนื่องด้วยกฎหมายฉบับดังกล่าวได้กำหนดหลักเกณฑ์และให้สิทธิเด็กที่ต้องเกิดขึ้นมาพิการ เพราะความผิดพลาดของแพทย์ไม่ว่าจากการกระทำหรืองดเว้นการกระทำในกระบวนการเลือก การเก็บ หรือการใช้เซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนที่ผิดพลาด มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการเหล่านั้นได้ แม้ว่าความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กไม่ได้ เป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ก็ตาม แต่ความพิการหรือปัญหาสุขภาพเป็น ผลมาจากการผิดพลาดของเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนที่เกิดขึ้นได้เองตามธรรมชาติ ซึ่งในกรณีที่ปราศจาก การกระทำโดยประมาทของแพทย์ไม่ได้หมายความว่าเด็กจะได้เกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ แต่หมายความว่าแพทย์ต้องเลือกเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนอื่นที่ไม่ใช่เด็ก และด้วยการเลือกดังกล่าว เด็กก็จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต แต่เซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนอื่นต่างหากที่มีโอกาสได้เกิดขึ้นมามีชีวิต

จากการที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย Congenital Disability (Civil Liability) 1976 นี้เอง ทำให้นักวิชาการจำนวนมากตั้งคำถามว่าแนวทางการพิจารณาพิพากษาคดีของ ศาลตามคดี McKay v Essex Area Health Authority ยังคงมีผลใช้บังคับได้หรือไม่ โดยนักวิชาการ เห็นว่าการที่ฝ่ายนิติบัญญัติยินยอมให้เด็กที่ต้องเกิดขึ้นมาพิการเพราะความผิดพลาดในกระบวนการ ช่วยการเจริญพันธุ์มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย ย่อมแสดงให้เห็นโดยแจ้งชัดว่าแท้ที่จริงแล้วฝ่ายนิติ บัญญัติต้องการที่จะยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต⁷⁸⁶ อย่างไรก็ดี

(1) In any case where—

(a) a child carried by a woman as the result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs or her artificial insemination is born disabled,

(b) the disability results from an act or omission in the course of the selection, or the keeping or use outside the body, of the embryo carried by her or of the gametes used to bring about the creation of the embryo, and

(c) a person is under this section answerable to the child in respect of the act or omission,

The child's disabilities are to be regarded as damage resulting from the wrongful act of that person and actionable accordingly at the suit of the child.

⁷⁸⁶ Ian Kennedy and Andrew Grubb, *Principles of Medical Law*, (Clarendon : Butterworths, 1998), pp.685-686. ; Jean Vanessa Mchale and Marie Fox, *supra note*

เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติต้องการที่ยอมรับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายรูปแบบดังกล่าวแล้ว จึงไม่มีเหตุผลที่กฎหมายจะยินยอมให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ต่อเมื่อการเกิดของเด็กเป็นผลจากความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์เท่านั้น⁷⁸⁷ เพราะในกรณีที่เกิดของเด็กเป็นผลมาจากความผิดพลาดในกระบวนการทางการแพทย์อื่นๆ จนเป็นเหตุทำให้เด็กเสียโอกาสที่จะไม่ได้รับการปฏิสนธิ เสียโอกาสที่จะถูกทำแท้ง เด็กที่เกิดขึ้นมาพิการก็ควรมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้เช่นเดียวกัน⁷⁸⁸

3.2.3 ประเทศออสเตรเลีย

ในประเทศออสเตรเลียนักวิชาการมีความเห็นว่า แม้กฎหมายกำหนดว่าบุคคลมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังที่จะไม่ทำให้เกิดอันตรายต่อทารกในครรภ์ (Duty not to injure the unborn child) แต่หน้าที่ดังกล่าวไม่รวมถึงหน้าที่ป้องกันการได้เกิดหรือการมีชีวิตของมนุษย์เมื่อการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต เด็กกล่าวว่าความผิดพลาดทางการแพทย์ทำให้เด็กเสียโอกาสที่จะไม่ได้เกิดหรือเสียโอกาสที่จะถูกทำแท้ง ซึ่งแม้ในกรณีที่ปราศจากความผิดพลาดทางการแพทย์เด็กจะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตตามที่เด็กกล่าวอ้างก็ตาม แต่เมื่อการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของเด็กด้วยเหตุดังกล่าวขัดต่อนโยบายสาธารณะและกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์กฎหมายจึงไม่อาจยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเช่นนั้นเกิดขึ้นได้⁷⁸⁹

223, pp. 855-856. ; Victoria Chico, "Saviour Siblings : Trauma and Tort law," Medical Law Review, Volume 14, pp.180-218 (2006)

⁷⁸⁷ G Douglas, Law, Fertility and Reproduction, (London : Sweet & Maxwell, 1991), pp.137-138. cited in Marc Stauch, Kay Wheat and John Tingle, *supra note 211*, pp.412-413.; MJ Howlett, Denise Avard and Bartha Maria Knoppers, "Physicians and Genetic Malpractice," Medicine and Law, Volume 21, pp.661, 671 (2002)

⁷⁸⁸ Ivo Giesen, "The Use and Influence of Comparative Law in 'Wrongful Life' Cases," Utrecht Law Review, Issue 2, Volume 8, pp.35, 39 (2012).

⁷⁸⁹ Mirko Bagaric and Penny Dimopoulos, "High Court and Wrongful Life Claims: How Should It Decide," High Court Quarterly Review, Volume 1, Issue 4, pp.173-198 (2005) ; Penelope Watson, "Wrongful Life Actions in Australia," Melbourne University Law Review, Volume 26, Issue 3, pp.736-749 (2002) and Alice Grey, "Harrington V Stephens: Life, Logic and Legal Fictions," Sydney Law Review, Volume 28, Issue 3, pp.545-560 (2006)

จากเหตุผลที่ได้กล่าวข้างต้น ทำให้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1995⁷⁹⁰ เป็นต้นมา ศาลได้วางแนวพิจารณาพิพากษาคดีมาโดยตลอดว่า เด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต⁷⁹¹

ในปี ค.ศ. 2002 การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตได้กลายมาเป็นที่สนใจของสังคมอีกครั้ง ซึ่งเป็นช่วงเวลาเดียวกับที่ศาลได้มีคำพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ (Wrongful Pregnancy) ทำให้นักวิชาการจำนวนมากเฝ้าสังเกตว่าแนวการพิจารณาคดีของศาลต่อการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตจะปรับเปลี่ยนตามแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลที่มีต่อการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์หรือไม่

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตปรากฏขึ้นในคดี Waller v James ; Waller v Hoolahan และคดี Harriton v Stephens โดยคดีทั้งสองเข้าสู่อการพิจารณาของศาลในเวลาใกล้เคียงกัน

คดี Waller v. James ; Waller v. Hoolahan, (2004)⁷⁹² ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ชายและหญิงเข้ารับบริการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ด้วยวิธีปฏิสนธิภายนอกครรรภ์ (IVF) แต่แพทย์ตรวจสุขภาพของชายและหญิงโดยประมาท ทำให้แพทย์ไม่ทราบว่าชายและหญิงมีโอกาสเสี่ยงที่จะให้กำเนิดบุตรที่มีความผิดปกติทางพันธุกรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกลุ่มอาการ Antithrombin 3 (AT3) ภายหลังจากที่แพทย์ได้ทำการปฏิสนธิเทียมแล้วนั้น แพทย์ยังประมาทในกระบวนการตรวจคัดกรองคุณภาพของตัวอ่อน (Pre-implantation genetic diagnosis) เพราะภายหลังจากที่แพทย์ตรวจพบว่าตัวอ่อนมีความเสี่ยงที่จะมีความผิดปกติทางพันธุกรรมในกลุ่ม Antithrombin 3 (AT3) แพทย์ไม่ได้บอกกล่าวความเสี่ยงให้ชายและหญิงทราบ อีกทั้งแพทย์ยังไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการติดตามผลอย่างใกล้ชิด จนเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่เป็นโรคทางพันธุกรรม⁷⁹³

เมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรที่เป็นโรคทางพันธุกรรม ชาย หญิงและเด็กจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ โดยชายและหญิงยืนยันว่าในกรณีแพทย์ให้ข้อมูลว่าชายและหญิงมีโอกาสเสี่ยงจะให้กำเนิดบุตรที่เป็นโรคทางพันธุกรรม หรือยังไม่เป็นที่แน่นอนว่าชายและหญิง

⁷⁹⁰ Hayne v Nyst [1995] QSC 260.

⁷⁹¹ Erin Nelson, *supra note* 7, p.210.

⁷⁹² [2004] NSWCA 93.

⁷⁹³ Anna Walsh and Carly Meagher, *supra note* 290, p.117.

สามารถให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ได้หรือไม่ ชายและหญิงยอมเลือกที่จะไม่ให้กำเนิดบุตรและให้แพทย์หยุดกระบวนการปฏิสนธิภายนอกครรภ์ไว้ก่อนชั่วคราวจนกว่าจะเป็นที่แน่ใจได้ว่าเด็กที่จะเกิดขึ้นจะมีร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ นอกจากนี้ หากแพทย์ให้ข้อมูลกับชายและหญิงว่าชายและหญิงไม่สามารถให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์อย่างแน่นอน ชายและหญิงจะขอรับเซลล์สืบพันธุ์บริจาคของชายอื่นแทนที่จะใช้เซลล์สืบพันธุ์ของตนเอง

นอกจากนี้ ชายและหญิงยังอ้างอีกด้วยว่า ภายหลังจากที่หญิงตั้งครรภ์แล้ว แพทย์ละเลยและไม่ยอมตรวจสอบสุขภาพของทารกในครรภ์ การกระทำดังกล่าวจึงเป็นเหตุทำให้หญิงไม่ทราบถึงปัญหาสุขภาพของทารก การกระทำของแพทย์จึงไม่เพียงแต่เป็นเหตุทำให้ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่มีความผิดปกติทางพันธุกรรม แต่เป็นเหตุทำให้หญิงเสียสิทธิที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้งอีกด้วย

ในขณะที่เด็กอ้างว่า การกระทำโดยประมาทที่ไม่ยอมชะลอการปฏิสนธิจนกว่าจะแน่ใจว่าทารกจะมีสุขภาพร่างกายแข็งแรง เป็นเหตุทำให้เด็กเสียสิทธิที่จะได้เกิดขึ้นมา มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ อีกทั้งการที่แพทย์ไม่ยอมตรวจสอบสุขภาพของทารกในครรภ์ ยังเป็นเหตุทำให้เด็กเสียโอกาสที่จะถูกทำแท้ง เมื่อการที่เด็กต้องเกิดขึ้นมาทนทุกข์ทรมานกับความพิการเป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ เด็กจึงควรมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

คดี *Harriton v Stephens*⁷⁹⁴ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า หญิงเข้ารับการตรวจสุขภาพของทารกแต่แพทย์ตรวจโดยประมาท ทำให้ไม่ทราบว่าหญิงได้รับเชื้อหัดเยอรมันระหว่างตั้งครรภ์ การตรวจโดยประมาทดังกล่าวทำให้แพทย์ไม่สามารถแจ้งให้หญิงทราบได้ว่า มีโอกาสอย่างมากที่ทารกในครรภ์จะพิการ ภายหลังจากที่หญิงคลอดบุตรหญิงพบว่าบุตรที่เกิดขึ้นมามีร่างกายพิการอย่างร้ายแรง นอกจากหญิงจะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการด้วยตนเองแล้ว หญิงได้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแทนเด็กจากการที่เด็กเกิดขึ้นมา มีชีวิตอีกด้วย⁷⁹⁵

ในปี ค.ศ. 2006 คดี *Harriton V Stephens* และ คดี *Waller v. James ; Waller v. Hoolahan* ได้เข้าสู่การพิจารณาพิพากษา โดยก่อนที่ศาลจะพิจารณาว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายหรือไม่ ศาลได้ศึกษาเปรียบเทียบกับแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล

⁷⁹⁴ [2004] NSWCA 93.

⁷⁹⁵ Anna Walsh and Carly Meagher, *supra note 290*, p.117.

ต่างประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา⁷⁹⁶ ประเทศอิสราเอล⁷⁹⁷ ประเทศเยอรมนี⁷⁹⁸ ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเนเธอร์แลนด์⁷⁹⁹ ในท้ายที่สุดผู้พิพากษาได้ลงคะแนนเสียง 6 เสียงต่อ 1 เสียง พิพากษาว่าเด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต โดยมีผู้พิพากษา Kirby J เพียงคนเดียวเท่านั้นที่พิพากษาว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย

เหตุผลของผู้พิพากษาเสียงข้างมากที่ไม่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมาชีวิตมีดังนี้⁸⁰⁰

(1) หน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังของแพทย์ที่มีต่อทารกคือหน้าที่ที่จะไม่ทำให้ทารกในครรภ์ได้รับอันตรายเท่านั้น แพทย์หาได้มีหน้าที่ต้องป้องกันหรือทำลายชีวิตของทารกตั้งนั้น เมื่อความพิการของเด็กไม่ได้เกิดขึ้นจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ แต่เป็นผลมาจากโรคหัดเยอรมัน หรือความผิดปกติทางพันธุกรรมซึ่งเกิดขึ้นได้เองตามธรรมชาติ การกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นเพียงเหตุทำให้เด็กได้เกิดขึ้นมาชีวิตแทนที่จะถูกทำแท้งเท่านั้น เมื่อการกระทำของแพทย์ไม่ได้เป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ที่แพทย์มีต่อทารก การกระทำของแพทย์จึงไม่ได้เป็นการทำละเมิดต่อทารก เด็กจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

(2) หากศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมาชีวิต อาจทำให้เกิดความขัดแย้งระหว่างสิทธิที่จะทำแท้งของหญิงกับสิทธิที่จะไม่ได้เกิดของเด็ก เพราะจากเดิมที่กฎหมายรับรองว่าหญิงมีเสรีภาพที่จะเลือกได้ว่าหญิงจะเข้ารับการทำแท้งหรือไม่ แต่หากศาล

⁷⁹⁶ Lacroix v Dominique 202 DLR (4th) 121 (2001)

⁷⁹⁷ Zeitsov v Katz 40(2X PD 85 (1986) see David Heyd, “Are Wrongful Life Claims Philosophically Valid - A Critical Analysis of a Recent Court Decision,” Israel Law Review, Issue 3 and 4, Volume 21, p.574 (Summer-Autumn 1986)

⁷⁹⁸ BGHZ 18 January 1983.

⁷⁹⁹ Leids Universitair Medisch Centrum v Kelly Molenaar, Hoga Road 18 Maart 2005, RvdW 2005, 42.

⁸⁰⁰ Health Law Central, “Harriton v Stephens (2006) 226 CLR 52 Waller v James; Waller v Hoolahan (2006) 226 CLR 136,” (Retrieved on 30 October 2015), from <http://www.healthlawcentral.com/cases/Harriton/#note-11892-1> ; Andrew Grubb, Judith Laing, Jean Mchale and Ian Kennedy, Principles of Medical Law. 3rd ed., (New York: Oxford University Press, 2010), p.287. ; Ivo Giesen, *supra note 788*, p.48. ; J.K. Mason, *supra note 253*, p.220.

ยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเสียชีวิตที่จะถูกทำแท้ง เท่ากับศาลยอมรับว่าเด็กมีสิทธิที่จะถูกทำแท้งและมีสิทธิที่จะไม่ได้เกิด การรับรองเช่นว่านี้ย่อมส่งผลกระทบต่อสิทธิทำแท้งของหญิง อีกทั้งอาจส่งผลทำให้ “สิทธิในการทำแท้ง” ของหญิงกลายมาเป็น “หน้าที่ในการทำแท้ง” ตามกฎหมาย และหญิงต้องมีหน้าที่ที่จะต้องทำแท้งเมื่อพบว่าทารกในครรภ์พิการ ในกรณีที่หญิงไม่ยินยอมเข้ารับการทำแท้ง ภายหลังจากที่เด็กคลอดออกมามีชีวิตเด็กย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากหญิงมารดาของตนได้เช่นกัน

(3) เด็กไม่สามารถแสดงให้ศาลเห็นว่าเด็กทั้งสองคนได้รับความเสียหายจากการเกิดอย่างไร เพราะเด็กทั้งสองคนไม่สามารถอธิบายให้ศาลทราบได้เลยว่า ในกรณีที่เด็กไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต คุณค่าของการไม่ได้เกิดคือเป็นอย่างไร อีกทั้งเด็กไม่สามารถแสดงให้ศาลเห็นว่าคุณค่าของเด็กที่ต้องลดน้อยลงเพราะการเกิดเป็นอย่างไรและคุณค่าที่น้อยลงนั้นสามารถคิดคำนวณเป็นตัวเงินได้อย่างไร ดังนั้น เมื่อศาลไม่สามารถพิจารณาได้ว่าเด็กได้รับความเสียหายอย่างใดจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต ด้วยเหตุดังกล่าวศาลเห็นว่าเด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย

(4) หากศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย เท่ากับศาลยอมรับว่าคุณค่าความเป็นมนุษย์ของคนพิการมีน้อยกว่าคุณค่าของคนที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ซึ่งการกระทำเช่นว่านั้นย่อมขัดต่อนโยบายสาธารณะที่มุ่งประสงค์คุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของทุกคน อีกทั้งยังต้องการการจัดการเลือกปฏิบัติระหว่างคนปกติและคนพิการ

(5) หากศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย อาจทำให้เกิดความขัดกันของกฎหมาย เพราะโดยปกติกฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองต่อสิทธิที่จะมีชีวิตของมนุษย์ แต่การที่ศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการที่เด็กได้เกิดขึ้นมามีชีวิต เท่ากับศาลยอมรับว่านอกจากสิทธิที่จะมีชีวิตแล้วกฎหมายยังคุ้มครองสิทธิที่จะตายของมนุษย์อีกด้วย

(6) ในปัจจุบันศาลไม่สามารถหาหลักเกณฑ์ที่ใช้ประกอบการพิจารณาได้ว่า ความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กในลักษณะเช่นใดที่ทำให้การไม่ได้เกิดขึ้นมาชีวิตมีคุณค่ามากกว่าการได้เกิด ดังนั้น เมื่อศาลยังไม่สามารถหาหลักเกณฑ์ที่ใช้เพื่อกำหนดระดับความร้ายแรงของความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กที่ทำให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมาชีวิตได้ กฎหมายจึงยังไม่ควรยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย เพราะไม่เช่นนั้นแล้วเด็กที่เกิดขึ้นมาพร้อมกับความพิการหรือปัญหาสุขภาพเพียงเล็กน้อยอาจมุ่งแสวงหาประโยชน์จากแพทย์ด้วยการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย

ในขณะที่ผู้พิพากษา Kirby J ซึ่งเป็นผู้พิพากษาเสียงข้างน้อยเพียงคนเดียว ได้ให้เหตุผลไว้ว่า

(1) หน้าที่ใช้ความระมัดระวังของแพทย์รวมถึงหน้าที่ต่อทารกในครรภ์ไม่ว่า ก่อนหรือหลังการปฏิสนธิ เมื่อการกระทำโดยประมาทของแพทย์แม้ว่าจะไม่ได้เป็นผลโดยตรงที่ทำให้ เด็กพิการหรือเป็นโรคทางพันธุกรรม แต่เมื่อการกระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้เด็กต้องเกิดขึ้นมาพร้อมกับความพิการ แพทย์ก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเด็กเช่นกัน

(2) เด็กได้รับความเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีร่างกายพิการ เพราะด้วยความพิการทำให้เด็กต้องดำเนินชีวิตด้วยความยากลำบาก เพราะในทุกกิจกรรมที่เด็กต้องทำล้วนเต็มไปด้วยค่าใช้จ่ายซึ่งมากกว่าค่าใช้จ่ายของเด็กที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ด้วยความยากลำบากในการดำเนินชีวิตของเด็กเช่นนี้ เพราะเหตุใดกฎหมายถึงปฏิเสธที่จะให้การช่วยเหลือและเยียวยา ความเสียหายให้กับเด็ก เพราะอย่างน้อยค่าเสียหายที่เด็กมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ก็จะช่วยทำให้เด็กสามารถดำเนินชีวิตได้เสมือนหรือใกล้เคียงกับเด็กที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ และช่วยทำให้เด็กมีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้น ด้วยเหตุดังกล่าว การที่ศาลยินยอมให้เด็กฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต นอกจากไม่เป็นทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กแล้ว ยังเป็นการส่งเสริมศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อีกด้วย⁸⁰¹

(3) ในปัญหาที่ว่าเด็กมีสิทธิที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตหรือไม่นั้น ผู้พิพากษา Kirby J เห็นว่าทันทีที่กฎหมายให้การรับรองว่าผู้ป่วยมีสิทธิที่จะปฏิเสธการรักษาพยาบาล ย่อมแสดงให้เห็นว่ากฎหมายยอมรับว่ามนุษย์มีสิทธิที่จะตาย (Right to die) เช่นเดียวกับมนุษย์ที่ยังไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต ถ้าการเกิดของเขาเหล่านั้นเต็มไปด้วยความยากลำบากหรือต้องอยู่ในสถานะไม่ต่างอะไรกับการรอที่จะตาย มนุษย์ย่อมมีสิทธิที่จะไม่ได้เกิด (Right not to be born at all)

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากทัศนะของนักกฎหมายที่มีต่อสิทธิของผู้ป่วยที่จะปฏิเสธการรักษาพยาบาล นักกฎหมายจำนวนมากต่างเห็นตรงกันว่าสิทธิในการปฏิเสธการรักษาพยาบาลไม่ได้ทำให้แพทย์มีหน้าที่ต้องฆ่าผู้ป่วย เพราะสิทธิดังกล่าวทำให้แพทย์มีเพียงหน้าที่ต้องเคารพสิทธิส่วนบุคคลและเจตจำนงของผู้ป่วยเท่านั้น เช่นเดียวกับการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต สิทธิที่จะไม่ได้เกิดของมนุษย์ไม่ทำให้แพทย์มีหน้าที่ต้องฆ่าทารกในครรภ์ แต่สิทธิดังกล่าวทำให้แพทย์มีหน้าที่ทำการตรวจด้วยความระมัดระวัง และมีหน้าที่ในการบอกกล่าวและให้ข้อมูลที่ถูกต้องกับชายและหญิงเท่านั้น เพราะชายและหญิงจะเป็นบุคคลที่ตัดสินใจแทนเด็กเองว่า

⁸⁰¹ Andrew Grubb, Judith Laing, Jean Mchale and Ian Kennedy, *ibid.*

ระหว่างการที่เด็กได้เกิดขึ้นมามีชีวิตแต่ต้องพิการกับการที่เด็กไม่ได้รับการปฏิสนธิหรือถูกทำแท้ง สิ่งใดจะเป็นประโยชน์สูงสุดกับเด็กมากกว่ากัน

(4) หากกฎหมายไม่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย ย่อมทำให้กฎหมายลักษณะละเมิดไม่สามารถป้องปรามไม่ให้แพทย์ทำการรักษาพยาบาลต่ำกว่ามาตรฐานในการประกอบวิชาชีพ ในทางกลับกัน การที่ศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจะช่วยทำให้แพทย์พยายามศึกษาหาความรู้และพยายามพัฒนาตนเองให้เท่าทันต่อการเปลี่ยนแปลงทางวิทยาศาสตร์

นอกจากนี้ การที่กฎหมายไม่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายไม่ต่างอะไรกับการที่กฎหมายให้ความคุ้มครองพิเศษกับแพทย์ กล่าวคือ กฎหมายยินยอมให้แพทย์กระทำการด้วยความประมาทในกระบวนการตรวจสุขภาพของชายและหญิงก่อนสมรส หรือตรวจสุขภาพของทารกในครรภ์ เพราะไม่ว่าแพทย์จะกระทำการด้วยความประมาทเพียงใดก็ตามเด็กก็จะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในทุกกรณี⁸⁰²

(5) ในปัญหาว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลที่ว่า เมื่อความพิการของเด็กไม่ได้เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ กฎหมายจึงไม่ควรยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายนั้น เมื่อพิจารณาให้ตีพบว่าในกรณีที่ปราศจากความผิดพลาดทางการแพทย์ เด็กย่อมมีโอกาสที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเลย ดังนั้นการที่เด็กต้องเกิดขึ้นมาพิการจึงเป็นผลโดยตรงมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ การที่กฎหมายยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายหาได้ขัดต่อหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลแต่อย่างใด

(6) ในปัญหาว่าด้วยความยากลำบากในการประเมินความเสียหายและความยากลำบากในการประเมินคุณค่าระหว่างการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตกับการไม่ได้เกิดขึ้นมาชีวิตนั้น แม้ปัญหาดังกล่าวสร้างความยุ่งยากให้กับศาล แต่ทันทีที่ศาลยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) ย่อมแสดงให้เห็นว่าการประเมินความเสียหายไม่ได้เป็นเรื่องที่ยากเกินกว่าความสามารถของศาลอีกต่อไป ศาลจึงควรที่จะยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตเช่นกัน

ในขณะที่ผู้พิพากษา Mason ได้แสดงความเห็นว่า เมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในประเทศออสเตรเลีย การพิจารณาคดีของศาลยังมีความขัดแย้งกันอยู่มาก เมื่อพิจารณาจากการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของชายและหญิงเป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดของเด็ก เมื่อศาลยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเท่ากับศาลได้พิจารณาแล้วว่า “การเกิดของเด็ก” เป็นความ

⁸⁰² Health Law Central, *supra* note 800.

เสียหายตามกฎหมาย เพราะเหตุดังกล่าวเมื่อเด็กเป็นบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมา มีชีวิตโดยตรง กฎหมายจึงควรยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเช่นกัน โดยมีความเห็นตอนหนึ่งว่า⁸⁰³

...ไม่ปรากฏว่ามีเหตุผลหรือหลักกฎหมายประการใดที่พิจารณาว่า การที่แพทย์ให้คำแนะนำต่อหญิงที่ตั้งครรภ์โดยประมาทจนเป็นเหตุทำให้เด็กเสียโอกาสที่จะไม่ได้เกิด และเป็นเหตุทำให้เด็กต้องเกิดขึ้นมาพิการจะไม่ใช่เป็นความเสียหายต่อตัวเด็ก เพราะการกระทำโดยประมาทของแพทย์ไม่เพียงแต่ทำให้เด็กได้เกิดขึ้นมามีชีวิต แต่ยังทำให้เด็กต้องทนทุกข์ทรมานจากความพิการอย่างแสนสาหัส ซึ่งหากปราศจากการกระทำดังกล่าวของแพทย์ ชายและหญิงสามารถช่วยหลีกเลี่ยงความทุกข์ทรมานที่จะเกิดขึ้นกับเด็กได้...⁸⁰⁴

ในประเทศออสเตรเลีย เมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลพบว่า ในปัจจุบันศาลยินยอมให้เฉพาะชายและหญิงเท่านั้นที่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) แต่ไม่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต⁸⁰⁵ จนนำไปสู่ปัญหาที่ว่า เป็นไปได้หรือไม่ที่การกระทำโดยประมาทของแพทย์ในครั้งเดียว และทำให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลหลายฝ่าย แต่กฎหมายกลับยอมรับให้บุคคลเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้นที่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย โดยปัญหาข้อนี้ผู้พิพากษา Kirby J ได้แสดงความเห็นไว้ว่าการปรับใช้กฎหมายของศาลไม่เป็นไปตามหลักกฎหมายพื้นฐาน เพราะการพิจารณาว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายหรือไม่นั้น ศาลมีหน้าที่พิจารณาจากหลักกฎหมายประกอบการตีความเท่านั้น ศาลจะนำหลักเกณฑ์อย่างอื่นมาใช้ในการพิจารณาคดีไม่ได้ การที่ศาลไม่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเป็นเพียงความพยายามของศาลที่ต้องการให้ความคุ้มครองไม่ให้แพทย์ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เป็นผลมาจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของแพทย์เท่านั้น⁸⁰⁶

⁸⁰³ David Hirsch, "Rights and Responsibilities In Wrongful Birth/Wrongful Life Cases," *University of New South Wales Law Journal*, Issue 2, Volume 29, p.238 (2006)

⁸⁰⁴ J.K. Mason, *supra note 253*, p.218.

⁸⁰⁵ David Hirsch, *supra note 803*, p.238.

⁸⁰⁶ *Ibid.*, p.238.

3.2.4 ประเทศแคนาดา

ในประเทศแคนาดา การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตปรากฏในคดี Arndt v Smith⁸⁰⁷ คดี Lacroix (Guardian of) v Dominique⁸⁰⁸ คดี Jones (Guardian ad litem of) v Rostvig⁸⁰⁹ คดี Mickle v Salvation Army Grace Hospital⁸¹⁰ คดี Engstrom c. Courteau⁸¹¹ ในคดีดังกล่าวศาลวางแนวพิจารณาพิพากษาคดีว่า เด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายด้วยเหตุผลที่ว่าเด็กไม่มีสิทธิที่จะไม่ได้เกิดและไม่มีสิทธิที่จะถูกทำแท้ง นอกจากนี้ การยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายส่งผลกระทบต่อคุณค่าและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

คดี Engstrom c. Courteau และ Cataford v Moreau (1978)⁸¹² ศาลไม่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพราะศาลเห็นว่า ศาลไม่สามารถประเมินได้ว่าระหว่างการไม่ได้เกิดขึ้นมาชีวิตกับการเกิดขึ้นมาพร้อมกับความพิการสิ่งใดมีคุณค่ามากกว่ากัน นอกจากนี้ ถ้าศาลพิจารณาว่าการไม่ได้เกิดมีคุณค่ามากกว่าได้เกิด การกระทำของศาลในลักษณะดังกล่าวย่อมการรับรองว่าสำหรับเด็กที่พิการ การที่เขาเหล่านั้นไม่ได้เกิดขึ้นมาชีวิตเลยเป็นเรื่องที่น่ายินดีมากกว่าที่ยินยอมให้เขาเหล่านั้นได้เกิด

อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. 1998 คดี Bartok v Shokeir⁸¹³ ศาลไม่เห็นด้วยกับแนวการพิจารณาพิพากษาของศาลในคดีอื่นๆ โดยศาลเห็นว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมาชีวิต ซึ่งเป็นเพียงคดีเดียวเท่านั้นที่ศาลเห็นว่าเด็กมีสิทธิที่ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิด

คดี Lacroix v. Dominique⁸¹⁴ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ภายหลังจากที่ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรคนแรกที่มีร่างกายพิการ ชายและหญิงได้เข้ารับการตรวจคัดกรองความเสี่ยงเพื่อหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการ แพทย์ไม่ได้บอกกล่าวและไม่ได้แจ้งเตือนให้ชายและหญิงทราบถึงโอกาสที่ชายและหญิงอาจให้กำเนิดบุตรคนถัดไปที่พิการซ้ำอีก ด้วยการกระทำของแพทย์นี้เองทำให้

⁸⁰⁷ (1994), 21 c.c.l.t. (2d) 66 (B.C.S.C) at 74, [1997] 2 S.C.R. 539.

⁸⁰⁸ 2001 MBCA 122.

⁸⁰⁹ [1999] 44 C.C.L.T. 312.

⁸¹⁰ [1998] 166 D.L.R. (4th) 743 (Ont. Gen. Div.).

⁸¹¹ [1986] R.J.Q. 3048 (C.S.).

⁸¹² 114 D.L.R (3d) 585 (Que. Sup. Ct.)

⁸¹³ [1998] S.J. No. 645 (C.A.).

⁸¹⁴ 2001 MBCA 122.

ชายและหญิงไม่สามารถเข้ารับการตรวจสุขภาพของทารกและไม่สามารถหาวิธีการรักษาพยาบาลให้กับทารกในครรภ์ ในกรณีที่ปัญหาสุขภาพของทารกไม่สามารถรักษาได้ การกระทำของแพทย์ยังเป็นเหตุทำให้หญิงไม่สามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง เมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการ นอกจากชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการแล้ว เด็กได้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตอีกด้วย

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ศาลได้ศึกษาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ แม้ศาลพบว่าในบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต แต่ศาลเลือกที่จะพิจารณาพิพากษาคดีตามแนวการปรับใช้กฎหมายของศาลประเทศอังกฤษที่ปรากฏในคดี *McKay v Essex Area Health Authority and Another* โดยศาลเน้นย้ำว่าการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต เป็นรูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่ขัดต่อกฎหมาย⁸¹⁵

3.2.5 ประเทศเยอรมนี

ในประเทศเยอรมนี การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตกลายเป็นประเด็นที่มีความซับซ้อนและมีความละเอียดอ่อนอย่างมาก เนื่องด้วยเหตุการณ์ทางประวัติศาสตร์ในยุคสมัยนาซี (Nazi) ที่ได้เคยเผชิญกับประสบการณ์และช่วงเวลาที่น่าเศร้าที่สุดครั้งหนึ่งจากโศกนาฏกรรมกรรมาล้างเผ่าพันธุ์และการไม่ปฏิบัติต่อบุคคลเยี่ยงมนุษย์ เมื่อการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของเด็กทำให้ศาลต้องพิจารณาว่าเด็กที่พิการหรือมีปัญหาทางสุขภาพสมควรได้เกิดหรือไม่สมควรได้เกิด⁸¹⁶ อีกทั้งการเกิดของเด็กเป็นความเสียหายตามกฎหมายหรือไม่ ปัญหาดังกล่าวจึงส่งผลกระทบต่อความรู้สึกของประชาชนที่ไม่ต้องการให้มีการคัดเลือกมนุษย์ที่ควรมีชีวิตหรือมนุษย์ที่ควรตายเกิดขึ้นอีกครั้งหนึ่ง ด้วยเหตุผลทางประวัติศาสตร์ดังกล่าวทำให้ศาลยุติธรรมเลือกที่จะพิพากษาให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์

⁸¹⁵ ในปี ค.ศ. 2006 และค.ศ. 2008 คดี *Paxton v Ramji* [2006] OJ No 1179 (Ont SCJ) affd 2008 ONCA 697, 299 DLR (4th) 614 และคดี *Bovingdon v Hergott* 2008 ONCA 2, 290 DLR (4th) 126 ศาลมีคำพิพากษายืนยันว่าเด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต

⁸¹⁶ Cees Van Dam, *supra note 314*, p.194.

(Wrongful Pregnancy) และมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) เท่านั้น แต่ไม่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต⁸¹⁷

นอกจากนี้ เหตุผลที่ศาลไม่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้เกิดขึ้นมามีชีวิตเพราะศาลเห็นว่าการมีชีวิตของมนุษย์ไม่ว่าจะมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์หรือไม่ก็ตาม เป็นสิ่งที่มีคุณค่าและไม่เป็นความเสียหาย⁸¹⁸ อีกทั้งเมื่อกฎหมายให้ความคุ้มครองเฉพาะสิทธิที่จะมีชีวิต โดยกฎหมายไม่เคยให้ความคุ้มครองสิทธิที่จะไม่ได้เกิดหรือสิทธิที่จะถูกทำแท้ง การกระทำโดยประมาทของแพทย์ที่เป็นเหตุทำให้เด็กเสียโอกาสที่จะถูกทำแท้งหรือเสียโอกาสที่จะไม่ได้เกิดจึงไม่เป็นการละเมิดต่อสิทธิของเด็ก⁸¹⁹ และเมื่อสัญญาเข้ารับบริการทางการแพทย์เป็นสัญญาที่มีผลผูกพันและคุ้มครองประโยชน์ระหว่างชายหญิงและแพทย์เท่านั้น เด็กจึงไม่ได้เป็นบุคคลภายนอกที่ได้รับประโยชน์จากสัญญา เด็กไม่อาจแสวงหาประโยชน์อย่างใดจากสัญญาระหว่างหญิงและแพทย์ได้⁸²⁰

ตัวอย่าง คดี BGH, 18 Jan 1983⁸²¹ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า หญิงได้รับเชื้อหัดเยอรมันในช่วงแรกของการตั้งครรภ์ แต่แพทย์ที่ดูแลครรภ์ตรวจและวิเคราะห์ครรภ์โดยประมาททำให้แพทย์ไม่สามารถให้ข้อมูลและแจ้งเตือนว่าหญิงมีโอกาสให้กำเนิดบุตรที่พิการ ด้วยการกระทำโดยประมาทของแพทย์ดังกล่าวทำให้หญิงไม่สามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง นอกจากหญิงจะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการแล้ว หญิงได้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแทนเด็กจากการที่เด็กเกิดขึ้นมามีชีวิตอีกด้วย โดยเป็นการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดและกฎหมายลักษณะสัญญา

ในการพิจารณาพิพากษาคดี แม้ศาลได้มีคำพิพากษาว่าหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) แต่สำหรับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของเด็ก ศาลเริ่มต้นการพิจารณาว่าแพทย์มีความรับผิดชอบในทางสัญญาต่อเด็กหรือไม่

⁸¹⁷ Bundesgerichtshof 18 January 1983 (VI ZR 114/81 – BGHZ 86, 240 ff)

⁸¹⁸ Stefanie Samland, *supra note 334*.

⁸¹⁹ Yael Hashiloni-Dolev, *supra note 573*, p.101.

⁸²⁰ Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Reinhard Zimmermann and Bernhard A. Koch, *supra note 256*, p.937. ; Penney Lewis, "The Necessary Implications of Wrongful Life Claims: Lessons from France," *European Journal of Health Law*, Volume 12, Issue 2, pp.135-152 (2005)

⁸²¹ (VIZR 114/81) BGHZ 86, 240 see B.S. Markesinis and H. Unberath, *supra note 5*, pp.160-163.

โดยศาลเห็นว่าในเมื่อแพทย์และทารกไม่มีความสัมพันธ์ในทางสัญญาต่อกัน เด็กจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญา ส่วนการใช้สิทธิฟ้องร้องตามกฎหมายลักษณะละเมิด ศาลพิพากษาว่าเด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดด้วยเหตุผลดังนี้⁸²²

(1) การได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นสิ่งที่มีความสำคัญค่าและได้รับการคุ้มครองในลำดับที่มีความสำคัญสูงสุด ด้วยเหตุดังกล่าวกฎหมายจึงไม่สามารถให้ความคุ้มครองต่อสิทธิที่จะไม่ได้เกิด

(2) การกระทำโดยประมาทของแพทย์ไม่ได้เป็นเหตุที่ทำให้เด็กต้องพิการในทางกลับกันการกระทำโดยประมาทของแพทย์ช่วยทำให้เด็กไม่ถูกทำแท้งและได้เกิดขึ้นมามีชีวิต ดังนั้น นอกจากเด็กจะไม่ได้ได้รับความเสียหายจากการกระทำของแพทย์ แพทย์ยังเป็นผู้มีพระคุณของเด็กอีกด้วย

(3) สิทธิที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้งหรือไม่นั้น เป็นสิทธิเฉพาะตัวของหญิง การกระทำโดยประมาทของแพทย์ที่เป็นเหตุทำให้หญิงไม่สามารถเลือกที่จะทำแท้งจึงเป็นการทำละเมิดต่อสิทธิของหญิงเท่านั้น

(4) ศาลไม่สามารถเปรียบเทียบได้ว่าระหว่างการที่เด็กถูกทำแท้งและไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตกับการที่เด็กต้องเกิดขึ้นมาพิการเพราะเด็กไม่ได้ถูกทำแท้ง กรณีที่นี้เป็น ประโยชน์ต่อเด็กมากกว่า ศาลจึงไม่สามารถพิจารณาได้ว่าการที่เด็กเกิดขึ้นมีชีวิตเป็นความเสียหายต่อเด็กหรือไม่

(5) ในกรณีที่ศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต เท่ากับศาลเห็นว่าคุณค่าความเป็นมนุษย์ของคนพิการมีน้อยกว่าคุณค่าความเป็นมนุษย์ของคนที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ด้วยเหตุดังกล่าวย่อมทำให้คำพิพากษาของศาลขัดต่อหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และทำให้คำพิพากษาของศาลไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(6) ในกรณีที่ชายและหญิงถึงแก่ความตายก่อนได้ใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ มีปัญหาเกิดขึ้นว่าถ้ากฎหมายไม่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย อาจเป็นเหตุทำให้เด็กไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายและอาจเป็นเหตุทำให้เด็กไม่สามารถดำเนินชีวิตต่อไป ในปัญหาดังกล่าวศาลให้เหตุผลว่า แม้จะเกิดเหตุการณ์นั้นขึ้นจริงก็คงเป็นความโชคร้ายของเด็ก แต่หาทำให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ด้วยตนเองไม่⁸²³

⁸²² Yael Hashiloni-Dolev, *supra note 573*, pp.121-122. ; Alain Verbeke, *supra note 584*.

⁸²³ ในประเทศสหรัฐอเมริกาศาลในหลายมลรัฐเห็นว่าหากกฎหมายยินยอมให้เฉพาะแต่ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ในกรณีที่ชายและหญิงตายก่อน

อย่างไรก็ตาม นักวิชาการจำนวนหนึ่งเห็นว่าการที่ศาลยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการแต่ไม่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต ทำให้แนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลขัดแย้งกันเอง เพราะการที่ศาลยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเท่ากับศาลยอมรับว่าการเกิดของเด็กที่พิการเป็นความเสียหายต่อชายและหญิง แล้วเพราะเหตุใดเมื่อเด็กที่ต้องเกิดขึ้นมาพิการเป็นผู้ได้รับความเสียหายโดยตรงจากการเกิดจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย⁸²⁴ เพื่อหลีกเลี่ยงความขัดแย้งดังกล่าว นักวิชาการเห็นว่าในกรณีที่ศาลยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย ศาลยังต้องยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเช่นกัน⁸²⁵

อนึ่ง ถ้าความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กเป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ ไม่ว่าจะการกระทำเหล่านั้นจะเกิดขึ้นก่อนที่มีการปฏิสนธิหรือเกิดขึ้นขณะที่ทารกอยู่ในครรภ์ของหญิง เด็กที่เกิดขึ้นมาพร้อมกับความพิการย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายค่าเสียหายจากแพทย์ตามประมวลกฎหมายแพ่ง ตามมาตรา 823 เพราะการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดต่อสิทธิที่จะได้เกิดขึ้นมา มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์และสิทธิที่จะมีอนามัยที่ดีของเด็ก

3.2.6 ประเทศฝรั่งเศส

ในประเทศฝรั่งเศสการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นรูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายหนึ่งที่ทำให้เกิดข้อถกเถียงและมีการวิพากษ์วิจารณ์มากที่สุดครั้งหนึ่งในประวัติศาสตร์⁸²⁶ ในปี ค.ศ. 1997 ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษาว่า ในกรณีที่การกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นเหตุทำให้ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการ เฉพาะแต่ชายและหญิงเท่านั้นที่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ในขณะที่เด็กไม่มี

เด็ก อาจเป็นเหตุทำให้เด็กไม่สามารถดำเนินชีวิตต่อไป เพื่อป้องกันปัญหาดังกล่าวกฎหมายควรยินยอมให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดต่างหากจากชายหญิงบิดามารดา

⁸²⁴ Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Reinhard Zimmermann and Bernhard A. Koch, *supra note 256*, pp.937-938.

⁸²⁵ *Ibid.*

⁸²⁶ M. Spriggs and J. Savulescu, "The Perruche Judgment and the "Right Not to Be Born," *Journal of Medical Ethics*, Volume 28, Issue 2, pp. 63-64 (2002) ; M. Therese Lysaught, "Wrongful Life? The Strange Case of Nicholas Perruche," *Commonweal*, Volume 129, pp.9-11 (March 2002)

สิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต⁸²⁷ โดยศาลให้เหตุผลว่า แม่เด็กได้รับความเจ็บปวดทุกข์ทรมานจากการที่เกิดขึ้นมามีร่างกายพิการ แต่ศาลก็ไม่ควรมีคำพิพากษาให้เด็กมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต เพราะถ้าศาลยินยอมให้เด็กฟ้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ย่อมเท่ากับว่าศาลได้พิจารณาแล้วว่า การเกิดของเด็กเป็นสิ่งที่ไม่น่ายินดี นอกจากนี้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาว่าเด็กมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิด อาจเป็นเหตุทำให้หญิงมีหน้าที่ที่จะต้องเข้ารับการรักษาแท้งเมื่อพบว่าทารกในครรภ์มีร่างกายพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง อีกทั้งอาจเป็นเหตุทำให้แพทย์มีหน้าที่ป้องกันการเกิดของเด็ก ซึ่งถ้าแพทย์มีหน้าที่เช่นนั้นจริง หน้าที่ดังกล่าวย่อมขัดต่อจริยธรรมขั้นพื้นฐานของแพทย์⁸²⁸ ในท้ายที่สุดศาลมีคำพิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กให้ชายและหญิงเป็นเงินรายเดือน เดือนละ 5000 ฟรังก์ โดยชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากแพทย์จนกว่าเด็กถึงแก่ความตาย⁸²⁹

ในปี ค.ศ. 2000 ภายหลังจากที่มีการฟ้องร้องดำเนินคดีในชั้นศาลมาเป็นเวลานานกว่า 13 ปี การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตเข้าสู่การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลสูงอีกครั้งปรากฏในคดี Cour de Cassation on 17th of November 2000 หรือที่รู้จักกันในชื่อว่า “คดี Perruche”⁸³⁰ โดยศาลสูงมีคำพิพากษาว่า นอกจากชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้อง

⁸²⁷ Julia Field Costich, *supra* note 598, p.10.

⁸²⁸ *Ibid.*

⁸²⁹ *Ibid.*

⁸³⁰ L 'arrit Perruche, Pourvoi, No. 9913701, (17 November 2000) , (Cour de Cassation) (Retrieved on 15 September 2015) from <http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/99-13701rap.htm>.

ข้อเท็จจริงปรากฏว่าระหว่างที่หญิงกำลังตั้งครรภ์ หญิงสงสัยว่าตนได้รับเชื้อหัดเยอรมัน หญิงจึงเข้ารับการรักษาจากแพทย์ โดยหญิงได้แสดงความจำนงให้แพทย์ทราบว่าในกรณีที่ผลการตรวจพบว่าหญิงเป็นโรคหัดเยอรมันหญิงเลือกที่จะเข้ารับการรักษาแท้งทันที แม้ผลการตรวจดังกล่าวจะยังไม่เป็นที่ชัดเจนแน่นอนก็ตาม อย่างไรก็ตาม ทางการแพทย์และเจ้าหน้าที่ในห้องปฏิบัติการทำให้ผลการตรวจไม่ตรงกับความเป็นจริง การกระทำโดยประมาทของแพทย์และเจ้าหน้าที่ห้องปฏิบัติการทำให้หญิงไม่สามารถใช้สิทธิเลือกที่จะเข้ารับการรักษาแท้ง และทำให้หญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการ หญิงและชายสามารถจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ นอกจากนี้ เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตเพราะเหตุที่เด็กเสียโอกาสที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต

เรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) แล้ว เด็กที่เสียโอกาสที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ได้เช่นกัน⁸³¹ ซึ่งก่อนที่จะคดีความจะเข้าสู่การพิจารณาพิพากษาโดยศาลสูง ได้มีการพิจารณาพิพากษาในศาลต่างๆ 5 ชั้นศาล มีรายละเอียดดังนี้⁸³²

(1) ศาลชั้นต้น มีคำพิพากษาให้ห้องปฏิบัติการของโรงพยาบาลและแพทย์รวมกันรับผิดชอบในความพิการของเด็ก และให้บริษัทประกันภัยความรับผิดทางแพ่งเยียวยาความเสียหายให้แก่ชาย หญิงและเด็ก

(2) ศาลอุทธรณ์มีคำพิพากษาแก้โดยให้ห้องปฏิบัติและแพทย์ร่วมกันจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้ชายและหญิงเท่านั้น แต่ไม่ให้จ่ายให้แก่บุตรเพราะเห็นว่าข้อกล่าวอ้างในส่วนของเด็กขาดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล เพราะความพิการของเด็กไม่ได้เป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์แต่เป็นผลจากโรคหัดเยอรมัน

(3) ศาลฎีกามีคำพิพากษากลับคำพิพากษาศาลอุทธรณ์และพิพากษาขึ้นตามคำพิพากษาศาลชั้นต้น โดยให้เหตุผลว่าการกระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้หญิงเชื่อว่าทารกในครรภ์มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ เพราะถ้าหญิงทราบว่าทารกในครรภ์พิการ หญิงย่อมมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง

(4) การอุทธรณ์คำพิพากษากลับคำพิพากษาศาลฎีกา ศาลมีคำพิพากษายกฟ้องทั้งหมด โดยให้เหตุผลว่าความพิการของเด็กไม่ได้เป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ แต่เป็นเพราะโรคหัดเยอรมัน หญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ

(5) ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ผู้พิพากษามีความเห็นว่าการที่เด็กต้องเกิดขึ้นมามีร่างกายพิการเป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ เพราะในกรณีที่แพทย์ทำการตรวจด้วยความระมัดระวังและวินิจฉัยถูกต้องว่าทารกในครรภ์พิการ เมื่อหญิงทราบว่าทารกพิการ ศาลเชื่อว่าหญิงต้องเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งอย่างแน่นอน ด้วยเหตุดังกล่าว การที่เด็กเกิดขึ้นมามีชีวิตจึงเป็นผลมาจากการที่แพทย์ทำให้หญิงเสียสิทธิที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้ง การกระทำโดยประมาทของแพทย์จึงทำให้หญิงและเด็กได้รับความเสียหาย โดยความเสียหายที่เกิดขึ้นกับหญิงคือ

⁸³¹ Thérèse Callus, " " Wrongful Life " a La Francaise," Medical Law International, Issue 2, Volume 5, pp.117-125 (March 2001).

⁸³² เมธี วงศ์ศิริสุวรรณ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 596*, น.15.

การที่หญิงเสียสิทธิที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้ง ในขณะที่ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเด็กคือการที่เด็กเสียสิทธิที่จะไม่ได้เกิด⁸³³

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลสูง ศาลเห็นว่าการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของเด็กเป็นการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการที่แพทย์ชำระหนี้ตามสัญญาให้บริการทางการแพทย์ที่ไม่ถูกต้อง ทั้งนี้ แม้การเข้าทำสัญญาระหว่างหญิงและแพทย์จะเกิดขึ้นก่อนที่ทารกจะมีสภาพบุคคล แต่สัญญาดังกล่าวนอกจากมุ่งประสงค์ให้ความคุ้มครองสิทธิของหญิงแล้วยังให้ความคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์อีกด้วย ด้วยเหตุดังกล่าวเด็กจึงมีสิทธิเรียกให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญา และจากการที่เด็กใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญานี้เอง ทำให้ศาลไม่ต้องพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างคุณค่าของการไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตกับการที่เด็กต้องเกิดขึ้นมามีร่างกายพิการ เพราะการพิจารณาว่าแพทย์ต้องรับผิดชอบต่อเด็กหรือไม่ ศาลมีหน้าที่พิจารณาเพียงว่าในกรณีที่แพทย์ใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้ แพทย์ย่อมพบว่าทารกในครรภ์ และด้วยข้อเท็จจริงดังกล่าวหญิงย่อมเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งและเด็กก็จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต เด็กจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทั้งปวงที่เป็นผลมาจากการผิดสัญญาของแพทย์ ซึ่งรวมถึงค่าใช้จ่ายในการดำเนินชีวิตและค่าเสียหายเพื่อความเสียหายจากการเจ็บปวดทุกข์ทรมานที่เกิดขึ้นมามีร่างกายพิการ⁸³⁴

ภายหลังที่ศาลได้มีคำพิพากษาคดี Perruche ปรากฏว่ามีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมาชีวิตเกิดขึ้นเป็นระยะๆ โดยศาลสูงยังคงมีคำพิพากษายืนยันว่าเด็กที่เสียโอกาสที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมาชีวิตมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิด เช่น คดี Cass.Ass.Plen., 13 July 2001, D.2001.2325 ข้อเท็จจริงในคดีทั้งสองปรากฏว่า กรณีที่1 หญิงและเด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์โดยอ้างว่าแพทย์ไม่ยอมทำการตรวจสุขภาพของทารกด้วยวิธีเจาะถุงน้ำคร่ำ เพราะถ้าแพทย์ตรวจด้วยวิธีดังกล่าวผลการตรวจย่อมพบว่าทารกในครรภ์เป็นโรค Trisomy 21 และหญิงย่อมมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย การที่แพทย์ไม่ยอมทำการตรวจสุขภาพของทารกจึงเป็นเหตุทำให้หญิงเสียสิทธิที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้งและทำให้เด็กเสียโอกาสที่

⁸³³ N Spriggs and J Savulescu, *supra note 826*, pp.63–64. ; A M Duguet, “Wrongful Life : The recent French Cour de Cassation Decisions,” *European Journal of Health Law*, Issue 2, Volume 9, pp.139-149 (2002)

⁸³⁴ Julia Field Costich, *supra note 598*, p.12. ; Christopher Falzon, “Wrongful Birth and Wrongful Life : Legal and Moral Issues,” (Masters in Bioethics Faculty of Theology University of Malta, 2014), pp.50-53.

จะถูกทำแท้งและไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต กรณีที่ 2 เมื่อผลการตรวจครรภ์ครั้งแรกให้ผลที่ไม่ชัดเจน แพทย์ไม่ยอมทำการตรวจเพิ่มเติมและทำเรื่องส่งตัวหญิงเพื่อให้เข้ารับการตรวจกับแพทย์ที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะทาง เช่น การตรวจด้วยวิธีการคลื่นความถี่สูงหรือการเข้ารับคำปรึกษากับผู้เชี่ยวชาญด้านพันธุศาสตร์⁸³⁵ การกระทำของแพทย์ดังกล่าวทำให้หญิงเสียสิทธิที่จะทราบถึงปัญหาสุขภาพของทารกและทำให้หญิงเสียสิทธิที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้ง ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ศาลมีคำพิพากษาว่า สิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นสิทธิเฉพาะตัวของเด็ก แม่ชายและหญิงได้ใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการแล้วก็ตาม เด็กยังคงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแยกต่างหากจากชายและหญิงบิดามารดา⁸³⁶

ด้วยเหตุที่ศาลสูงมีคำพิพากษายืนยันว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต ทำให้ปริมาณการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในลักษณะดังกล่าวมีจำนวนเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ ทำให้นักวิชาการ นักปรัชญา นักการเมือง ผู้แทนจากองค์กรคุ้มครองสิทธิของชนพิการ และสูตินรีแพทย์ออกมาประท้วงต่อต้านคำพิพากษาของศาล เพราะเห็นว่ากรณีที่ศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายไม่ต่างอะไรกับการที่ศาลกำลังกำหนดว่าคุณค่าของชีวิตเด็กที่พิการมีน้อยกว่าคุณค่าของชีวิตเด็กที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ซึ่งการกระทำดังกล่าวย่อมขัดต่อหลักศีลธรรมอันดีและอาจทำให้เกิดความเสียหายต่อสังคม⁸³⁷ นอกจากนี้ นักวิชาการจำนวนหนึ่งเห็นว่า ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ในอนาคตศาลอาจต้องพิพากษาให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากชายและหญิงบิดามารดาที่ไม่ขัดขวางการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตของเด็กที่พิการ⁸³⁸

นอกจากนี้ แพทย์ผู้เข้าชุมนุมได้แสดงความเห็นว่า การที่ศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตจะทำให้ปริมาณคดีความที่มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์มีปริมาณเพิ่มมากขึ้น เพราะในอนาคตชายและหญิงที่ให้กำเนิดบุตรที่พิการ และเด็กที่เกิดขึ้นมามีร่างกายพิการต่างก็มุ่งประสงค์ที่จะแสวงหาประโยชน์จากแพทย์ด้วยวิธีการฟ้องร้อง

⁸³⁵ Julia Field Costich, *supra note 598*, p.8-16.

⁸³⁶ *Ibid.*

⁸³⁷ Marlise Simons, “French Uproar Over Right to Death for Unborn,” (Retrieved on 10 September 2015), from <http://www.nytimes.com/2001/10/19/world/french-uproar-over-right-to-death-for-unborn.html>

⁸³⁸ Brigitte Feuillet, *supra note 596*. p.144.

เรียกค่าเสียหาย ดังนั้น เพื่อหลีกเลี่ยงโอกาสที่แพทย์อาจถูกฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย แพทย์สามารถเลือกวิธีป้องกันตนเองได้อย่างน้อย 2 วิธี กล่าวคือ

แนวทางที่ 1 แพทย์และโรงพยาบาลต้องบริหารความเสี่ยงภัยด้วยการทำประกันภัยความรับผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งความรับผิดที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการเกิด แต่ด้วยจำนวนค่าเสียหายที่แพทย์อาจต้องรับผิดและต่อชายหญิงและเด็กเป็นเงินจำนวนสูงมาก ทำให้บริษัทรับประกันภัยกำหนดอัตราเบี้ยประกันภัยราคาสูง ซึ่งค่าใช้จ่ายทั้งหมดที่แพทย์จ่ายให้บริษัทประกันภัยจะต้องตกเป็นภาระของผู้เข้ารับบริการทางการแพทย์ในอนาคต⁸³⁹

แนวทางที่ 2 เพื่อป้องกันข้อผิดพลาดและเป็นการแสดงให้เห็นว่าแพทย์ไม่ได้ทำการรักษาพยาบาลโดยประมาท แพทย์อาจเลือกที่จะทำการรักษาพยาบาลเพื่อปกป้องตนเอง (Defensive medicine) โดยที่แพทย์จะใช้วิธีการรักษาพยาบาลทั้งหมดเท่าที่มีเพื่อป้องกันความผิดพลาดที่อาจเกิดขึ้น โดยไม่คำนึงว่าวิธีการรักษาพยาบาลเหล่านั้นมีความจำเป็นหรือไม่ เพราะในท้ายที่สุดแล้วผู้ป่วยเป็นผู้มีหน้าที่ชำระค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลเหล่านั้น

นอกจากนี้ ผู้แทนฝ่ายแพทย์ได้แสดงความเห็นอีกด้วยว่า การที่ศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดอาจเป็นเหตุที่แพทย์ความกดดันให้แพทย์ อีกทั้งเป็นเหตุทำให้แพทย์เลือกที่จะแนะนำให้หญิงเข้ารับการทำแท้งเพื่อป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ทั้งที่ความจริงแล้วยังไม่เป็นที่แน่ชัดว่าทารกในครรภ์ของหญิงมีร่างกายพิการหรือมีปัญหาสุขภาพหรือไม่⁸⁴⁰

สุตินรีแพทย์ที่เข้าร่วมการชุมนุมแสดงความเห็นว่า ถ้าศาลไม่ปรับเปลี่ยนแนวการพิจารณาพิพากษาคดีและยังคงยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมาในชีวิต สุตินรีแพทย์จำนวนหนึ่งจะตกลงกันยุติการให้บริการตรวจสุขภาพของทารกในครรภ์ เพราะในความเป็นจริงแล้วมีข้อจำกัดจำนวนมากที่อาจเป็นเหตุทำให้แพทย์ตรวจไม่พบว่าคุณสมบัติของทารก หรืออาจทำให้ผลการตรวจไม่ถูกต้องตรงกับความเป็นจริง เมื่อการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของเด็กทำให้แพทย์ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ตามปกติ สุตินรีแพทย์จึงขอเลือกให้ชายและหญิงเป็นผู้แบก

⁸³⁹ *Ibid.*

⁸⁴⁰ “ Boy compensated for being born,” (Retrieved on 30 October 2015), from <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/1028648.stm>

รับความเสี่ยงที่จะให้กำเนิดบุตรที่พิการ กล่าวคือ ชายและหญิงจะรู้ว่าทารกในครรภ์มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์หรือมีร่างกายพิการต่อเมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรแล้วเท่านั้น⁸⁴¹

ตัวแทนกลุ่มต่อต้านการเลือกปฏิบัติต่อคนพิการได้แสดงความคิดเห็นว่า การที่ศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต ย่อมส่งผลกระทบต่อสถานะของคนพิการ เพราะเท่ากับว่าศาลกำลังสนับสนุนให้มีการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อคนพิการ เพราะเหตุที่คุณค่าความเป็นมนุษย์ของคนพิการมีน้อยกว่าคุณค่าความเป็นมนุษย์ของคนที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์⁸⁴²

Jacques Milliez ผู้อำนวยการแผนกสูตินรีแพทย์ของโรงพยาบาล Saint-Antoine ให้ความคิดเห็นว่า การที่ศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต เท่ากับศาลพิพากษาว่าแพทย์ต้องรับผิดชอบจากเหตุที่แพทย์ไม่ยอมฆ่าเด็กหรือไม่ยอมขัดขวางการได้เกิดของเด็ก นอกจากนี้ การที่ศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิด ยังมีผลกระทบต่อนิติสถานะของเด็กอีกด้วย เพราะคำพิพากษาของศาลมีผลเป็นการรับรองว่าทารกในครรภ์มีสิทธิตามกฎหมายอย่างบริบูรณ์ ซึ่งอาจเป็นเหตุทำให้ข้ออ้างของกลุ่มต่อต้านการทำแท้ง (Anti-abortion Movements) มีน้ำหนักมากยิ่งขึ้น ในอนาคตหญิงอาจไม่มีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เพราะสิทธิในลักษณะดังกล่าวขัดต่อสิทธิที่จะมีชีวิตของทารก⁸⁴³

ศาสตราจารย์ Israel Nisand ผู้เชี่ยวชาญด้านรีเวชวิทยาประจำมหาวิทยาลัย Strassbourg ได้แสดงความคิดเห็นว่าการที่ศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต เท่ากับว่าศาลต้องการให้สังคมมีเฉพาะมนุษย์ที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์เท่านั้น ทั้งที่ความเป็นจริงแล้วสังคมมีหน้าที่ช่วยกันหามาตรการที่เหมาะสมและไม่ควรยินยอมให้มีการคัดเลือกเผ่าพันธุ์ของมนุษย์ เพื่อให้สังคมมีมนุษย์ที่สมบูรณ์แบบเพียงอย่างเดียวเท่านั้น เพราะไม่เช่นนั้นแล้วในอนาคตแพทย์อาจมีหน้าที่ฆ่าคนพิการหรือมีหน้าที่ป้องกันไม่ให้ทารกที่พิการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต⁸⁴⁴

อย่างไรก็ดี นักวิชาการบางฝ่ายเห็นว่าการที่ศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นเพียงการพิจารณาพิพากษาคดีให้สอดคล้องกับความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และสภาพสังคมเท่านั้น เพราะในปัจจุบันพบได้ว่าสังคมยอมรับว่า

⁸⁴¹ Julie Ewing, "Case Note : The Perruche Case," *Journal of Law & Family Studies*, Issue Volume 317. p.319 (2002).

⁸⁴² *Ibid.*

⁸⁴³ Marlise Simons, *supra note 837*.

⁸⁴⁴ *Ibid.*

มนุษย์มีสิทธิและเสรีภาพในการเจริญพันธุ์ และกระบวนการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิด ตัวอย่างเช่น การตรวจวิเคราะห์สุขภาพก่อนตั้งครรภ์หรือตรวจวิเคราะห์สุขภาพของทารกในครรภ์ ด้วยวิธีการต่างๆ เช่น การตรวจด้วยคลื่นความถี่สูงหรือการเจาะถุงน้ำคร่ำ ทำให้ชายและหญิงมีสิทธิเลือกเพศของทารกเพื่อป้องกันให้กำเนิดบุตรที่เป็นโรคทางพันธุกรรม อีกทั้งชายและหญิงมีสิทธิหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการด้วยเข้ารับการทำแท้ง ในกรณีที่แพทย์ในกระบวนการดังกล่าวไม่ได้ใช้ความระมัดระวัง ชาย หญิงและเด็กย่อมต้องมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้น

ศาสตราจารย์ Genevieve Viney ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายเอกชนแสดงความเห็นว่า แนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลที่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิด ไม่ได้ทำให้เกิดผลที่แปลกประหลาดแต่อย่างใด เพราะถ้าพิจารณาจากสภาพสังคมจะเห็นว่ารัฐไม่เคยให้ความช่วยเหลือคนพิการ หรือในกรณีที่มีการให้ความเป็นช่วยเหลือก็เป็นเพียงการช่วยเหลือเพียงเล็กน้อยไม่เพียงพอต่อความต้องการในการดำเนินชีวิต เมื่อรัฐไม่สามารถช่วยทำให้คนพิการสามารถดำเนินชีวิตได้ตามปกติ ศาลย่อมก้าวล่วงการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐโดยอาศัยกฎหมายเป็นเครื่องช่วยให้ความยุติธรรมกับคนที่พิการที่เขาเหล่านั้นเสียโอกาสที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต⁸⁴⁵ และจากการที่ศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการมีชีวิตนี้เอง จะช่วยทำให้เด็กสามารถดำเนินชีวิตอยู่ในสังคมที่คนพิการมีฐานะไม่เท่าเทียมกับคนที่มีความสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ได้⁸⁴⁶

ในขณะที่ Walter Van Gerven ให้ความเห็นว่า เมื่อพิจารณาจากหลักความรับผิดชอบจากการเสียโอกาส (Loss of Chance) เด็กที่เสียโอกาสที่จะไม่ได้รับการปฏิสนธิหรือเสียโอกาสที่จะถูกทำแท้งย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ เพราะเมื่อเปรียบเทียบกับแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในคดี Cass. Civ. Ire, 16 July 1991 พบว่า ในกรณีที่แพทย์ตรวจประวัติการรับวัคซีนของหญิงโดยประมาทเป็นเหตุทำให้หญิงเสียโอกาสที่จะได้รับวัคซีนป้องกันโรคหัดเยอรมันก่อนตั้งครรภ์และทำให้เด็กเสียโอกาสที่จะได้เกิดขึ้นมามีความสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ แม้ความพิการของเด็กเป็นผลมาจากโรคหัดเยอรมันไม่ได้เป็นผลมาจากการกระทำของแพทย์ แต่ศาลก็มีคำพิพากษาว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมาพิการ⁸⁴⁷

⁸⁴⁵ Brigitte Feuillet, *supra note 596*. pp.148-149.

⁸⁴⁶ *Ibid.*

⁸⁴⁷ Walter Van Gerven, Jeremy Lever and Pierre Larouche, *supra note 240*, pp.117-118.

ภายหลังที่มีการประท้วงต่อต้านการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลและจากการที่สูตินารีแพทย์ชูว่าจะยุติการให้บริการตรวจสุขภาพของทารกในครรภ์ ฝ่ายนิติบัญญัติได้เสนอร่างกฎหมายโดยมีความประสงค์ที่จะไม่ยินยอมให้บุคคลใดมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต⁸⁴⁸ ในภายหลังร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมรัฐสภา⁸⁴⁹ และมีผลใช้บังคับในวันที่ 4 มีนาคม ค.ศ. 2002 โดยรู้จักกันในชื่อ “Loi Anti Perruche”⁸⁵⁰ ซึ่งมาตรา 1 ได้บัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนว่า “...จะไม่มีบุคคลใดมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพียงเพราะการที่ตนได้เกิดขึ้นมามีชีวิต (Nobody can claim to have been harmed simply by being born)...”

อย่างไรก็ดี แม้กฎหมายจะบัญญัติห้ามมิให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต แต่มีข้อยกเว้นว่าในกรณีที่การกระทำของแพทย์หรือการที่แพทย์ละเลยและไม่หามาตราการที่เหมาะสมเพื่อป้องกันความพิการของเด็กเป็นเหตุทำให้เด็กเกิดขึ้นมามีร่างกายพิการเด็กย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ซึ่งข้อยกเว้นดังกล่าวทำให้เกิดปัญหาว่าข้อความที่ว่า “มาตราการที่เหมาะสมเพื่อหลีกเลี่ยงความพิการ” รวมถึงการทำแท้งเพราะเหตุที่ทารกในครรภ์มีร่างกายพิการด้วยหรือไม่⁸⁵¹

แม้ฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายห้ามมิให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ แต่กฎหมายฉบับดังกล่าวได้จัดตั้งกองทุนประกันสังคม (Social Sodality) เพื่อให้เงินช่วยเหลือเด็กที่ต้องเกิดขึ้นมาพิการจากความประมาทในทางการแพทย์⁸⁵² อย่างไรก็ตาม เงินช่วยเหลือที่เด็กจะได้รับจากกองทุนนี้เป็นเพียงเงินช่วยเหลือเบื้องต้นซึ่งไม่เพียงพอตามความต้องการพื้นฐาน (Basic

⁸⁴⁸ M. Spriggs and J. Savulescu, *supra note* 826, pp.63-64.

⁸⁴⁹ BBC, “France rejects 'right not to be born',” (Retrieved on 10 September 2015), from <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/1752556.stm>

⁸⁵⁰ Law No. 2002-303, Act Relating to the Rights of the Patients and the Quality of the System of Health, J.O No. 54, 2002 ; National Consultative Ethics Committee, Congenital Handicaps and Prejudice. No. 68, 29 May 2001 from <http://www.comite-ethique.fr/english/start.htm>

⁸⁵¹ Stefanie Samland, *supra note* 334.

⁸⁵² Dominique Thouvenin, "French Medical Malpractice Compensation since the Act of March 4, 2002 : Liability Rules Combined with Indemnification Rules and Correlated with Several Kinds of Proceedings," *Drexel Law Review*, Volume 4, Issue 1, pp.192-193 (2011)

needs)⁸⁵³ ทำให้การจัดตั้งกองทุนไม่บรรลุวัตถุประสงค์ที่รัฐต้องการให้การช่วยเหลือเยยวยาเด็กที่ต้องเกิดขึ้นมาพร้อมความพิการอย่างร้ายแรง⁸⁵⁴ ซึ่งนักวิชาการบางฝ่ายกล่าวว่า การที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายห้ามมิให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเป็นเพียงผลที่เกิดจากการร่วมมือกันของแพทย์และฝ่ายนิติบัญญัติที่ต้องการโอนความรับผิดชอบทั้งหมดให้เป็นของกองทุนของรัฐ⁸⁵⁵

เมื่อกฎหมาย Law of 4 March 2002 มีผลใช้บังคับ ศาลยุติธรรม⁸⁵⁶ และศาลปกครอง⁸⁵⁷ ได้พิจารณาพิพากษาคดีโดยปรับใช้กฎหมายดังกล่าวกับความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกิดขึ้นก่อนวันที่กฎหมายมีผลใช้บังคับด้วย ส่งผลทำให้ชายและหญิงส่วนหนึ่งที่ไม่สามารถใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ดำเนินการฟ้องคดีต่อศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรป ซึ่งศาลสิทธิมนุษยชนได้มีคำพิพากษาในวันที่ 6 ตุลาคม ค.ศ. 2005 ปรากฏในคดี Maurice v France⁸⁵⁸ และ Draon v France (2005)⁸⁵⁹ โดยพิจารณาว่าการที่ศาลยุติธรรมประเทศฝรั่งเศสปรับใช้กฎหมายฉบับดังกล่าวกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นก่อนวันที่กฎหมายมีผลใช้บังคับเป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของชายและหญิงซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน ดังนั้น กฎหมายดังกล่าวจึงมีผลใช้บังคับกับคดีที่ความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้นภายหลังวันที่กฎหมายมีผลใช้บังคับเท่านั้น⁸⁶⁰

ภายหลังที่ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรปมีคำพิพากษา ศาลประเทศฝรั่งเศสได้ทำการพิจารณาคดีใหม่ปรากฏในคดี Cass. 1st Civ., 24 January 2006⁸⁶¹ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ในวันที่ 11 มกราคม ค.ศ. 1996 ระหว่างที่หญิงตั้งครรภ์ หญิงเข้ารับการตรวจสุขภาพของทารกด้วยวิธีการตรวจด้วยคลื่นความถี่สูง แต่แพทย์ทำการตรวจโดยประมาทเป็นเหตุทำให้หญิงไม่

⁸⁵³ Brigitte Feuillet, *supra note 596*, p.146 and footnote 31.

⁸⁵⁴ *Ibid.* p.146.

⁸⁵⁵ Cees Van Dam, *supra note 314*, p.202.

⁸⁵⁶ Cass. Civ. 24 January 2006, cases No. 02-13,775, 02-12.260 and 01-16.684, J.C.P. 2006.

⁸⁵⁷ C.E. 24 February 2006, J.C.P., 2006.

⁸⁵⁸ Maurice v France (no 11810/03) ECHR 6 October 2005.

⁸⁵⁹ Draon v France (App no 1513/03) ECHR 6 October 2005

⁸⁶⁰ Brigitte Feuillet, *supra note 596*, p.147.

⁸⁶¹ JCP 2006. II, 10062. see Olivier Moréteau, “France,” in Europe: A Comparison of Selected Jurisdictions, (Germany : De Gruyter, 2011), p.199.

ทราบปัญหาสุขภาพของทารก เมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการ หญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพราะเหตุที่การกระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้หญิงเสียสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลล่าง ศาลพิพากษาว่าเมื่อกฎหมาย Law of 4 March 2002 มีผลบังคับใช้ หญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ในขณะที่การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลสูงศาลมีคำพิพากษากลับคำพิพากษาศาลล่างโดยอ้างมาตรา 1 ของสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน โดยศาลให้เหตุผลว่าก่อนที่กฎหมาย Law of 4 March 2002 มีผลใช้บังคับ สิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของชาย หญิงและเด็กเป็นสิทธิในทรัพย์สินที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ในขณะที่เด็กก็มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต⁸⁶²

ในปี ค.ศ. 2010 มีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นว่าบทบัญญัติกฎหมายที่ห้ามมิให้ชาย หญิงและเด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์เป็นกฎหมายที่กระทบต่อสิทธิที่จะเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมและสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายซึ่งเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญหรือไม่⁸⁶³ ซึ่งภายหลังศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่ากฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมาย⁸⁶⁴

3.2.7 ประเทศแอฟริกาใต้

ในประเทศแอฟริกาใต้การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตปรากฏขึ้นครั้งแรกในคดี Friedman v Glicksman⁸⁶⁵ ในการพิจารณาพิพากษาคดีศาลได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบกับคำพิพากษาของศาลประเทศอังกฤษคดี McKay v Essex Area Health Authority แล้วมีคำพิพากษาว่า เมื่อความพิการของเด็กไม่ได้เป็นมาจากความผิดพลาดทางของแพทย์ อีกทั้งแพทย์ไม่มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อทารกในครรภ์ กล่าวคือ แพทย์ไม่มีหน้าที่ต้องให้ข้อมูลและแจ้งเตือนให้หญิงทราบว่าทารกในครรภ์พิการและต้องแนะนำให้หญิงเข้ารับการทำแท้ง⁸⁶⁶

⁸⁶² Cass. le civ., July 8, 2008 No. 07-12-159, JCP 2008 II 10166

⁸⁶³ Conseil constitutionnel decision No. 2010-2QPC, June 11, 2010, J.O. 10847 cited in Brigitte Feuillet, *supra note 596*, p.148, footnote 39.

⁸⁶⁴ *Ibid.*

⁸⁶⁵ 1996 (1) SA 1134 (w)

⁸⁶⁶ Bénédict Winiger, Helmut Koziol, Reinhard Zimmermann and Bernhard A. Koch, *supra note 256*, pp.937-938.

ทั้งนี้ ศาลให้เหตุผลว่าถ้าศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดเท่ากับศาลยอมรับว่าในความเป็นจริงแล้วเด็กที่ต้องเกิดขึ้นมามีร่างกายพิการไม่สมควรได้เกิดขึ้นมามีชีวิต โดยการพิจารณาเช่นนั้นย่อมส่งผลทำให้คำพิพากษาของศาลขัดต่อนโยบายสาธารณะ และการที่ศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดอาจทำให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากชายและหญิงผู้เป็นบิดามารดาที่ไม่ป้องกันการเกิดของเด็ก⁸⁶⁷

ในปี ค.ศ. 2008 เป็นครั้งแรกที่การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตเข้าสู่การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลสูง ปราบฎในคดี *Stewart v Botha*⁸⁶⁸ เมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการ บิดาของเด็กได้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแทนตัวเด็กโดยอ้างว่าในกรณีที่แพทย์ใช้ความระมัดระวังในการให้การรักษายาบาลหญิงมารดาของเด็กย่อมมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย โดยการที่หญิงเลือกเข้ารับการทำแท้งจะช่วยทำให้เด็กไม่ต้องเกิดขึ้นทุกข์ทรมานจากความพิการ ในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายชายเรียกค่าเสียหายเพื่อความเจ็บปวดทุกข์ทรมานและค่าเสียหายจากการที่เด็กไม่มีความสามารถในการประกอบกิจการในอนาคต⁸⁶⁹

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลสูง ผู้พิพากษา Synders ได้ศึกษาเปรียบเทียบกับคำพิพากษาศาลต่างประเทศแล้วจึงพิจารณาว่า เมื่อปัญหาสำคัญของการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตคือปัญหาที่ว่าแท้ที่จริงแล้วเด็กที่ต้องการขึ้นมามีร่างกายพิการสมควรได้เกิดขึ้นมามีชีวิตหรือไม่สมควรได้เกิดขึ้น อีกทั้งคุณค่าของการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตแต่มีร่างกายพิการมีน้อยหรือมากกว่าการไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต ซึ่งปัญหาดังกล่าวเกินกว่าความสามารถในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล และเป็นปัญหาที่ควรให้ผู้เชี่ยวชาญทางศาสนาและนักปรัชญาเป็นผู้หาคำตอบ⁸⁷⁰

⁸⁶⁷ Sa Strauss, *supra note 357*, pp.169-170. ; S.A. Strauss, “An Unusual Case Of Wrongful Pregnancy : Liability Of Doctor Resulting From Misrepresentation,” *Medical Law*, Volume 17, pp.7-11 (1998)

⁸⁶⁸ (2008) ZASCA 84.

⁸⁶⁹ Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Reinhard Zimmermann and Bernhard A. Koch, *supra note 256*, pp.937-938.

⁸⁷⁰ “Court rules on 'wrongful life' claim - South Africa,” (Retrieved on 15 August 2015), from <http://www.iol.co.za/news/south-africa/court-rules-on-wrongful-life-claim-1.403126#.Vc2tZPk2U1k>

เมื่อพิจารณาแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลพบว่า ในปัจจุบันศาลยินยอมให้ชายและหญิงที่เสียสิทธิที่จะหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการ หรือเสียสิทธิที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้งเท่านั้นที่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) แต่ศาลไม่ยินยอมให้เด็กที่เสียโอกาสที่จะไม่ได้เกิดหรือเสียโอกาสที่จะถูกทำแท้งฟ้องเรียกค่าเสียหายด้วยตนเอง

3.2.8 ประเทศออสเตรเลีย

การฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตปรากฏขึ้นในปี ค.ศ. 1999 ในคดี OGH25.5.1999⁸⁷¹ ด้วยการที่ประเทศออสเตรเลียเป็นประเทศเพื่อนบ้านของประเทศเยอรมนี ส่งผลทำให้กฎหมายเยอรมันมีอิทธิพลต่อกฎหมายออสเตรเลีย อีกทั้งเมื่อศาลและนักกฎหมายเชื่อว่ากฎหมายเยอรมันมีความก้าวหน้าและทันสมัยมากกว่า ในกรณีที่มีปัญหาทางกฎหมายประการใดที่ศาลหรือนักกฎหมายไม่สามารถแก้ปัญหาได้ด้วยกฎหมายภายใน ศาลและนักกฎหมายมักอ้างอิงหลักกฎหมายหรือคำพิพากษาของศาลประเทศเยอรมนี⁸⁷²

เมื่อศาลสูงได้พิจารณาในปัญหาที่ว่าเด็กมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตหรือไม่ ศาลเห็นด้วยกับแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศเยอรมัน⁸⁷³ ด้วยเหตุผลว่าความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กไม่ได้เป็นผลมาจากการกระทำของแพทย์ นอกจากนี้ แม้เด็กจะต้องเกิดขึ้นมามีร่างกายพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรงจนไม่สามารถดำเนินชีวิตหรือทำให้การดำเนินชีวิตของเด็กเป็นไปด้วยความยากลำบาก แต่หน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังของแพทย์ที่มีต่อทารกมีเพียงหน้าที่งดเว้นจากการกระทำอย่างใดๆ ที่อาจเป็นเหตุทำให้ทารกได้รับอันตราย แต่แพทย์ไม่มีหน้าที่ป้องกันการได้เกิดหรือป้องกันไม่ให้เด็กที่มีร่างกายพิการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต⁸⁷⁴

นอกจากนี้ ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาว่าเด็กมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต ย่อมทำให้เกิดหน้าที่ใหม่กับแพทย์ที่จะต้องทำแท้งหรือแนะนำให้หญิงเข้ารับการทำแท้งเมื่อพบว่าทารกในครรภ์พิการ และถ้าแพทย์แนะนำให้หญิงเข้ารับการทำแท้งแล้วแต่หญิง

⁸⁷¹ OGH25.5.1999, 1Ob91/99k, SZ72/91

⁸⁷² Ivo Giesen, *supra note 788*, p.50.

⁸⁷³ BGH 18 January 1983 ; see Michael Memmer, "The Decisions of the Supreme Court to 'Family Planning Harm,'" *Imago Hominis*, Volume 14, Issue 3, pp.195-211 (2007)

⁸⁷⁴ B.A. Koch, *supra note 45*, p.45.

ไม่ยอมเข้ารับการบำบัด เด็กอาจฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากหญิงเพราะเหตุที่หญิงไม่ยอมป้องกันการเกิดของเด็กได้เช่นเดียวกัน เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดกรณีฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากชายหญิงบิดามารดา ตลอดจนไม่ให้เกิดกรณีฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ศาลเห็นควรมีคำพิพากษาว่าเด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายด้วยเหตุเพียงว่าเด็กได้เกิดขึ้นมามีชีวิตแต่มีร่างกายพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง⁸⁷⁵

3.2.9 ประเทศเนเธอร์แลนด์

ในประเทศเนเธอร์แลนด์ การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตเข้าสู่การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลสูงภายหลังจากที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายห้ามมิให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต อย่างไรก็ตาม แม้ศาลสูงได้ศึกษาผลกระทบจากการที่ศาลสูงมีคำพิพากษาให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต ตลอดจนทราบถึงเหตุการณ์ความวุ่นวายที่เกิดขึ้นในประเทศฝรั่งเศส แต่ในท้ายที่สุดศาลสูงไม่เห็นด้วยกับวิธีการแก้ปัญหาของประเทศฝรั่งเศส⁸⁷⁶ แต่เลือกที่พิพากษาให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต ด้วยเหตุดังกล่าวทำให้ประเทศเนเธอร์แลนด์เป็นเพียงหนึ่งในประเทศส่วนน้อยที่ศาลสูงรับรองว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต⁸⁷⁷

ในวันที่ 18 มีนาคม ค.ศ. 2005 ในคดี HR 18 March 2005, 2006 หรือที่รู้จักกันในชื่อ “คดี Kelly”⁸⁷⁸ ภายหลังจากที่ศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาว่าเด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต ในขณะที่ศาลอุทธรณ์มีคำพิพากษากลับคำพิพากษาศาลชั้นต้นพิพากษาว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต คดีได้เข้าสู่การพิจารณาโดยศาลสูง (Hoga Raad) ซึ่งศาลสูงพิจารณาว่าการที่สูตินรีแพทย์ไม่ทำการตรวจสอบสุขภาพของทารกด้วยวิธีการเจาะถุงน้ำคร่ำเป็นการกระทำโดยประมาท เพราะถ้าสูตินรีแพทย์ใช้ความระมัดระวังในการ

⁸⁷⁵ *Ibid.*

⁸⁷⁶ J.K. Mason, *supra note 253*, p.234. ; Aart Hendriks, "Wrongful Suits - Suing in the Name of Terri Schiavo and Kelly Molenaar," European Journal of Health Law, Volume 12, Issue 2, pp.97-102 (2005)

⁸⁷⁷ Tony Sheldon, "Dutch Supreme Court Backs Damages for Child for Having Been Born," British Medical Journal, Issue 7494, Volume 330, p.747 (2005) ; H F L Nys and J C J Dute, "A Wrongful Existence in the Netherlands," Journal of Medical Ethics, Issue 4, Volume 30, pp.393-394 (August 2004).

⁸⁷⁸ HR 18 March 2005, 2006 *Nederlandse Jurisprudentie* 606 nt JBMV (Kelly)

ตรวจสุขภาพของทารก สูดินรีแพทย์ย่อมพบว่าทารกในครรภ์มีปัญหาสุขภาพตั้งแต่กำเนิดและเป็นปัญหาสุขภาพที่ไม่สามารถรักษาให้หายได้ ศาลเชื่อว่าถ้าชายและหญิงทราบถึงปัญหาสุขภาพของทารก เพื่อป้องกันไม่ให้เด็กได้รับความเจ็บปวดทุกข์ทรมานที่เกิดขึ้นมาในชีวิต หญิงย่อมเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งอย่างแน่นอน

ในการพิจารณาว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์หรือไม่ ศาลพิจารณาว่าในกรณีที่แพทย์ให้การรักษาพยาบาลด้วยความระมัดระวัง เด็กก็จะไม่ได้ เกิดขึ้นมาในชีวิต ความยากลำบากในการดำเนินชีวิตและความเจ็บปวดทุกข์ทรมานจึงเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเด็ก นอกจากนี้ ในปัญหาว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ศาลได้ให้เหตุผลว่า แม้ยังไม่เป็นที่แน่นอนว่าในกรณีที่หญิงทราบว่าทารกในครรภ์พิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง ชายและหญิงจะเลือกที่จะหลีกเลี่ยงหรือป้องกันการให้กำเนิดบุตร หรือหญิงจะเลือกเข้ารับการทำแท้งอย่างไรก็ดี เมื่อการกระทำของแพทย์เป็นการขัดขวางการได้รับข้อมูลที่ถูกต้องและทำให้ชายและหญิงไม่มีโอกาสที่จะตัดสินใจได้โดยที่ชายและหญิงควรเลือกที่จะหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรหรือไม่ ความเสียหายที่เกิดขึ้นจึงมีความใกล้ชิดกันระหว่างการกระทำและผล นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกรณีสองฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) จะเห็นได้ว่า แม้ความพิการของเด็กไม่ได้เป็นผลมาจากการกระทำของแพทย์ แต่ศาลก็มีคำพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ เพราะการกระทำของแพทย์ทำให้ชายและหญิงเสียสิทธิที่จะหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ด้วยเหตุดังกล่าว เมื่อเด็กเสียโอกาสที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมาในชีวิตและต้องเกิดขึ้นมาร่างกายพิการ เด็กจึงควรมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้เช่นกัน⁸⁷⁹ โดยค่าเสียหายที่เด็กมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ประกอบไปด้วย ค่าใช้จ่ายในการดำเนินชีวิตโดยไม่จำกัดเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กเท่านั้น และค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวแทนจากความเจ็บปวดทุกข์ทรมานที่ต้องเกิดขึ้นมาร่างกายพิการ⁸⁸⁰

ในปัญหาที่ว่าระหว่างทารกและแพทย์มีความผูกพันในทางสัญญาต่อกันหรือไม่ และหน้าที่ของแพทย์ในการใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้ตามสัญญารวมถึงหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังต่อทารกในครรภ์ด้วยหรือไม่นั้น ศาลให้เหตุผลว่าแม้สัญญาเข้ารับบริการทางการแพทย์เป็นสัญญาที่เกิดขึ้นจากความผูกพันระหว่างแพทย์และหญิง อย่างไรก็ตาม เมื่อทุกขั้นตอนที่แพทย์ทำการรักษาพยาบาลหญิงที่ตั้งครรภ์ แพทย์จะต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของทารกในครรภ์

⁸⁷⁹ J.K. Mason, *supra* note 253, p.234.

⁸⁸⁰ Ivo Giesen, *supra* note 788, p.39.

และไม่ทำให้ทารกในครรภ์ได้รับความเสียหาย ด้วยเหตุดังกล่าวแม้ทารกในครรภ์จะยังไม่มีสภาพบุคคลและไม่เคยแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสัญญา แต่ศาลเห็นว่าทารกในครรภ์ก็เป็นเสมือนหนึ่งคู่สัญญากับแพทย์⁸⁸¹ โดยทารกในครรภ์ได้รับความคุ้มครองและได้รับประโยชน์ตามสัญญาเช่นเดียวกับหญิงมารดาที่เป็นคู่สัญญาโดยตรงกับแพทย์ ดังนั้น เมื่อเด็กคลอดออกมามีชีวิตเด็กจึงมีสิทธิเรียกร้องให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้อง⁸⁸²

ในปัญหาที่ว่ากรณีที่ศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตจะส่งผลกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กหรือไม่ ในปัญหาดังกล่าวศาลเห็นว่าการที่ศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายไม่เป็นการทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กในทางตรงกันข้าม เมื่อสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่ผู้เสียหายทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาและมีสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากบุคคลที่กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากศาลไม่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเท่ากับศาลปฏิเสธที่จะให้การคุ้มครองต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็ก นอกจากนี้ การที่ศาลพิพากษาว่าเด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ทั้งที่การเกิดขึ้นมามีชีวิตของเด็กเป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ อาจทำให้สังคมเข้าใจว่าการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลเต็มได้อคติที่ไม่เป็นธรรมและเป็น การเลือกปฏิบัติต่อคนพิการ เพราะเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับคนที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ศาลไม่เคยพิพากษาว่าบุคคลดังกล่าวไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพราะเขาเหล่านั้นมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ดังนั้น การที่ศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจึงเป็นเพียงการช่วยส่งเสริมศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็ก เพราะค่าเสียหายที่เด็กมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ช่วยให้เด็กสามารถดำเนินชีวิตอยู่ในสังคมได้อย่างมีความสุขเช่นเดียวกับเด็กคนอื่นที่มีร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์⁸⁸³

ส่วนการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของชายและหญิงจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) ศาลมีคำพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติ โดยไม่จำกัดเฉพาะค่าใช้จ่ายเพิ่มมากขึ้นขึ้นจากปัญหาสุขภาพของเด็กเท่านั้น นอกจากนี้ชายและหญิงยังมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวแทนจากแพทย์อีกด้วย แม้การกระทำของแพทย์จะไม่ทำให้ชายและหญิงได้รับความเสียหายทางกายภาพ แต่การกระทำโดย

⁸⁸¹ Tony Sheldon, *supra note 877*, p.747.

⁸⁸² J.K. Mason, *supra note 253*, p.235.

⁸⁸³ Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Reinhard Zimmermann and Bernhard A. Koch, *supra note 256*, pp.945-946.

ประมาทของแพทย์ที่ทำให้ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการเป็นการละเมิดต่อสิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเองของชายและหญิงอย่างร้ายแรง⁸⁸⁴

นักวิชาการจำนวนหนึ่งแสดงความเห็นว่า การที่ศาลพิพากษาให้เด็กมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากแพทย์จากการที่เด็กเกิดขึ้นมามีชีวิต เป็นเหตุทำให้แพทย์ต้องรับผิดชอบโดยไม่ได้สัดส่วนกับความผิด นอกจากนี้ มีปัญหาอีกด้วยว่าในความเป็นจริงแล้วศาลไม่ควรยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ เพราะความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กไม่ได้เป็นผลมาจากการกระทำของแพทย์⁸⁸⁵

อย่างไรก็ตาม Michael G. Faure และ Ton Hartlief ตั้งข้อสังเกตว่า เพราะเหตุใดศาลสูงจึงพิพากษาให้ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กได้เต็มจำนวน ซึ่งแตกต่างจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศที่พิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องเฉพาะค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับความพิการของเด็ก ในขณะที่ Den Hartogh แสดงความเห็นว่ แนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลสูงเป็นไปตามหลักกฎหมายพื้นฐาน เพราะแม้ว่าความพิการของเด็กจะไม่ได้เป็นผลมาจากการกระทำของแพทย์ แต่ในกรณีที่ปราศจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ย่อมหมายความว่าเด็กจะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเลย เมื่อการได้เกิดของเด็กเป็นผลโดยตรงมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ เด็กจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทั้งปวงอันเป็นผลมาจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต ซึ่งรวมถึงค่าใช้จ่ายในการดำเนินชีวิตของเด็กด้วย⁸⁸⁶

3.2.10 ประเทศเบลเยียม

ในประเทศเบลเยียม การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตเข้าสู่การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลสูงในคดี Tribunal de première instance Brussels 7

⁸⁸⁴ Michael G. Faure and Ton Hartlief “The Netherlands,” In European Tort Law 2005, Eds. Helmut Koziol and Barbara C Steininger, (Austria : SpringerWienNewYork, 2006), pp.421-422.

⁸⁸⁵ Michael G. Faure and Ton Hartlief “The Netherlands,” In European Tort Law 2006, eds. Helmut Koziol and Barbara C Steininger, (Germany : SpringerWienNewYork, 2007), pp.355-356. ; Aart Hendriks, *supra note 876*, pp.97-102.

⁸⁸⁶ Michael G. Faure and Ton Hartlief, *supra note 884*, pp.421-422.

June 2002⁸⁸⁷ และคดี Tribunal de première instance Brussels 21 April 2004⁸⁸⁸ โดยศาลได้พิจารณาว่า เมื่อกฎหมายอาญากำหนดให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของทารกได้โดยชอบด้วยกฎหมาย กฎหมายดังกล่าวไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อจะช่วยป้องกันความเสียหายให้กับหญิงจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการเท่านั้น แต่กฎหมายดังกล่าวยังมีวัตถุประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองทารกที่จะไม่ต้องเกิดขึ้นมามีร่างกายพิการอีกด้วย กล่าวคือ ในกรณีที่เด็กไม่สามารถเกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ เด็กมีสิทธิที่จะไม่ต้องเกิดขึ้นมามีชีวิต (Right not to be born handicap) ด้วยเหตุดังกล่าว เมื่อการกระทำของแพทย์ทำให้เด็กเสียโอกาสที่จะถูกทำแท้งและทำให้เด็กเสียสิทธิที่จะไม่ได้เกิด เด็กจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์เพราะเหตุที่เด็กเกิดขึ้นมามีชีวิต ซึ่งแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลเบลเยียมได้รับการรับอิทธิพลมาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลสูงฝรั่งเศส

อย่างไรก็ดี ภายหลังจากที่ศาลสูงมีคำพิพากษาว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต นักวิชาการจำนวนตั้งข้อสังเกตต่อแนวการปรับใช้กฎหมายของศาลหลายประการ ตัวอย่างเช่น⁸⁸⁹

ประการที่ 1 เมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์ของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางแพ่งจะพบว่า กฎหมายพยายามเยียวยาความเสียหายเพื่อให้ผู้เสียหายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมือนว่าไม่มีการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้น แต่ในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต การกลับคืนสู่ฐานะเดิมของเด็กคือการกลับสู่ฐานะเสมือนหนึ่งว่าเด็กไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต ศาลจะคิดคำนวณค่าเสียหายให้กับเด็กเพื่อให้เด็กกลับสู่สถานะเช่นว่านั้นได้อย่างไร

ในปัญหาว่าด้วยการคิดคำนวณค่าเสียหาย ศาลให้เหตุผลว่าแม้โดยปกติกฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะเยียวยาความเสียหายเพื่อให้ผู้เสียหายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิม อย่างไรก็ตามการเยียวยาความเสียหายในบางครั้งก็ไม่จำเป็นต้องทำให้ผู้เสียหายได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมเสมอไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต แม้ศาลจะไม่สามารถทำให้เด็กกลับคืนสู่สถานะเสมือนหนึ่งว่าเด็กไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต แต่ศาลสามารถบรรเทาความ

⁸⁸⁷ RGDC/TBBR 2002, 483 see Bénédict Winiger, Helmut Koziol, Reinhard Zimmermann and Bernhard A. Koch, *supra note 256*, pp.942-943.

⁸⁸⁸ Rev Dr Santé/T Gez 2004–2005, 380; JT 2004, 716; RGDC/TBBR 2006, 108 see *ibid*, p.943.

⁸⁸⁹ Rev Dr Santé/T Gez 2004–2005, 380; JT 2004, 716; RGDC/TBBR 2006, 108 see *ibid*, pp.943-944.

เสียหายให้กับเด็ก โดยให้เด็กมีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากแพทย์เพื่อให้เด็กมีความหวังที่จะดำเนินชีวิตต่อไปได้ ในทางกลับกัน ถ้าศาลไม่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ แสดงว่าศาลเลือกที่จะยินยอมให้เด็กต้องเผชิญกับความเจ็บปวดทรมานและต้องดำเนินชีวิตด้วยความยากลำบากเพียงลำพัง ซึ่งในบางครั้งถ้าปราศจากการเยียวยาความเสียหายเด็กเหล่านั้นย่อมไม่อาจดำเนินชีวิตต่อไปได้⁸⁹⁰

ประการที่ 2 ในปัญหาที่ว่าเด็กมีสิทธิที่จะไม่ได้เกิดหรือไม่ ศาลให้เหตุผลว่า เมื่อพิจารณาจากหลักกฎหมายที่รับรองให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งจะพบว่า ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้มุ่งประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองต่อสิทธิที่จะหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการของหญิงเท่านั้น แต่ฝ่ายนิติบัญญัติได้พิจารณาแล้วว่าในกรณีที่เด็กไม่สามารถเกิดขึ้นมา มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ เด็กย่อมมีสิทธิที่จะไม่ได้เกิด การกระทำอย่างใดที่เป็นเหตุทำให้เด็กต้องเกิดขึ้นมา มีชีวิตแทนที่จะไม่ได้เกิด การกระทำเหล่านั้นจึงเป็นการละเมิดต่อสิทธิตามกฎหมายของเด็ก⁸⁹¹

ประการที่ 3 ในปัญหาว่าด้วยความเหมาะสมในการยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายด้วยตนเอง นักวิชาการจำนวนหนึ่งเห็นว่าเมื่อชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) ศาลก็ไม่ควรยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมา มีชีวิตด้วยตนเองได้อีก เพราะในกรณีที่ศาลเห็นว่าค่าเสียหายประเภทใดที่เด็กมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ ศาลก็ควรพิพากษาให้ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์แทนเด็ก เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงปัญหาที่ว่าเด็กมีสิทธิที่จะไม่ได้เกิดหรือไม่ และระหว่างการไม่ได้เกิดขึ้นมา มีชีวิตกับการที่เกิดขึ้นมา มีร่างกายพิการสิ่งใดมีคุณค่ามากกว่ากัน⁸⁹²

อย่างไรก็ตาม ภายหลังที่ศาลสูงมีคำพิพากษาว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมา มีชีวิต ฝ่ายนิติบัญญัติได้แสดงว่ากังวลว่าอาจเกิดเหตุความวุ่นวายเช่นที่เคยปรากฏในประเทศฝรั่งเศส ด้วยเหตุดังกล่าวฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้เสนอร่างกฎหมายที่บัญญัติห้ามมิให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมา มีชีวิตดังเช่นที่เคยปรากฏในประเทศฝรั่งเศส⁸⁹³ จนกระทั่งในปี ค.ศ. 2007 ฝ่ายนิติบัญญัติได้ประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบอันเกิดจากการกระทำทุเรเวชปฏิบัติ โดยกฎหมายดังกล่าวให้สิทธิกับชายและหญิงที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) และจัดให้มีกองทุนให้ความช่วยเหลือเด็กที่ต้องพิการจากความผิดพลาดทางการแพทย์

⁸⁹⁰ *Ibid.*

⁸⁹¹ *Ibid.*

⁸⁹² *Ibid.*

⁸⁹³ Ivo Giesen, *supra note 788*, p.51.

แม้ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติมาตราใดบัญญัติห้ามมิให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต แต่นักวิชาการจำนวนหนึ่งแสดงความเห็นว่าการที่กฎหมายจัดให้มีกองทุนเยียวยาความเสียหายให้เด็กเท่ากับกฎหมายห้ามมิให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ทั้งนี้เด็กจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมาพิจารณาได้ต่อเมื่อความพิการเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์เท่านั้น⁸⁹⁴ อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. 2010 ศาลอุทธรณ์มีคำพิพากษาว่าเด็กที่เสียสิทธิที่จะไม่ได้เกิดมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ แม้ความพิการของเด็กจะไม่ได้เป็นผลมาจากการกระทำของแพทย์ก็ตาม⁸⁹⁵ ทำให้ในปัจจุบันแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยังไม่เป็นที่แน่นอนว่าเด็กมีสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตหรือไม่

3.2.11 ประเทศสเปน

ในประเทศสเปน ถ้าพิจารณาแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลสูงจะพบว่ายังไม่เป็นที่แน่ชัดว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตหรือไม่ ในปี ค.ศ. 2006 ในคดี STS 18.5.2006⁸⁹⁶ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ด้วยเหตุที่หญิงมีประวัติแท้งลูกบ่อยครั้ง ประกอบกับพี่น้องร่วมสายโลหิตของหญิงมีประวัติป่วยเป็นโรคดาวน์ซินโดรม ระหว่างที่หญิงตั้งครรภ์หญิงจึงเข้ารับการตรวจความเสี่ยงที่หญิงอาจให้กำเนิดบุตรที่เป็นโรคดาวน์ซินโดรม เมื่อแพทย์ทราบประวัติความเจ็บป่วยและประวัติการเป็นโรคทางพันธุกรรมของญาติพี่น้องของหญิง แพทย์เลือกที่จะตรวจสุขภาพของทารกในครรภ์ด้วยการเจาะถุงน้ำคร่ำ แต่แพทย์เก็บเซลล์ตัวอย่างไม่เพียงพอต่อความต้องการในกระบวนการตรวจพัฒนาการของเซลล์ ทำให้ผลการตรวจไม่พบความผิดปกติของทารกในครรภ์ นอกจากนี้ เมื่อแนวทางปฏิบัติเวชปฏิบัติได้กำหนดว่าแพทย์มีหน้าที่นัดให้หญิงให้เข้ารับการตรวจเป็นครั้งที่สอง แต่ไม่ปรากฏว่าแพทย์ได้นัดหมายให้หญิงเข้ารับการตรวจสุขภาพของทารกภายในเวลาที่หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำให้แท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรที่ป่วยเป็นโรคดาวน์ซินโดรม หญิงและชายสามีใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด โดยเป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) และฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแทนเด็กเพราะเหตุที่เด็กได้เกิดขึ้นมามีชีวิต

⁸⁹⁴ Isabelle C Durant, *supra note 653*, p.52-53.

⁸⁹⁵ Cour d' Appel Bruxelles, 21 September 2010, R.G. 2009/AR/1392 (VU Brussel/Unal).

⁸⁹⁶ RJ 2006, 4724. see Albert Ruda, "Spain," In *European Tort Law 2006*, eds. Helmut Koziol and Barbara C Steininger, (Germany : SpringerWienNewYork, 2007), pp.441-443.

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลสูง ศาลเห็นว่าแพทย์ที่ดูแลกรณีมีหน้าที่ต้องให้ข้อมูลที่จำเป็นและต้องเพียงพอเพื่อให้หญิงสามารถตัดสินใจได้อย่างถูกต้อง นอกจากนี้ แพทย์ยังมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังในการตรวจสุขภาพของทารกเพื่อให้ผลการตรวจถูกต้องแม่นยำ และมีหน้าที่ให้ข้อมูลและแจ้งเตือนความเสี่ยงที่อาจทำให้เกิดความผิดปกติกับทารก อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากพยานหลักฐานที่ปรากฏในคดีพบว่า แพทย์ไม่ได้บันทึกถึงการให้ข้อมูลที่เพียงพอแก่หญิง อีกทั้งไม่ปรากฏว่าหญิงเป็นฝ่ายที่เลือกที่จะไม่เข้ารับการตรวจสุขภาพของทารกเพิ่มเติมจากแพทย์ผู้เชี่ยวชาญ ศาลเห็นว่ากรณีที่แพทย์ไม่ได้ตรวจสุขภาพของทารกเพิ่มเติมหรือไม่ได้ส่งตัวหญิงเข้ารับ การตรวจกับแพทย์ผู้เชี่ยวชาญเป็นการให้การรักษายาบาลต่ำกว่ามาตรฐานการประกอบวิชาชีพ ศาลจึง พิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายให้ชายและหญิงจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ และชดใช้ค่าเสียหายให้ เด็กจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต โดยศาลกำหนดให้แพทย์ชดใช้ค่าจ่ายให้กับชาย หญิงและเด็กเป็นเงินรายปี

นอกจากนี้ ศาลได้พิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายให้กับพี่สาวของเด็ก เป็นเงินประมาณ 30,050 ยูโร ซึ่งยังไม่เป็นที่แน่ชัดว่าการกระทำของแพทย์เป็นการละเมิดต่อสิทธิ ประเภทใดของพี่สาวของเด็ก โดย Albert Ruda ให้ความเห็นว่า การที่พี่สาวของเด็กมีสิทธิฟ้องร้อง เรียกค่าเสียหายเนื่องจากพี่สาวของเด็กเป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบโดยข้างเคียง (*Par Ricochet*) จากการ เกิดและปัญหาสุขภาพของเด็ก⁸⁹⁷

จากการที่ศาลสูงพิพากษาว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการ เกิดขึ้นมามีชีวิต นักวิชาการได้ตั้งข้อสังเกตอย่างน้อย 2 ประการ กล่าวคือ

ประการที่ 1 นักวิชาการเห็นว่าแม้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง ได้โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่สิทธิในการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเป็นสิทธิส่วนตัวของหญิง ซึ่งเด็ก ไม่มีใช้ผู้มีอำนาจในการตัดสินใจว่าหญิงควรจะเลือกเข้ารับการทำแท้งหรือไม่ ดังนั้น เมื่อสิทธิในการ เลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งไม่ใช่สิทธิของเด็ก การกระทำของแพทย์ที่เป็นเหตุทำให้หญิงไม่สามารถ เลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งจึงเป็นการละเมิดต่อสิทธิของเด็กแต่อย่างใด

ประการที่ 2 ในปัจจุบันยังไม่เป็นที่แน่นอนว่ากรณีที่เกิดเด็กไม่สามารถเกิด ขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ เด็กมีสิทธิที่จะไม่ได้เกิดหรือไม่ นอกจากนี้ สิทธิในการ เรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดไม่ควรรวมถึงสิทธิที่เด็กจะเรียกให้แพทย์ชดใช้ ค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต โดยนักวิชาการเห็นว่าหน้าที่ในการให้การช่วยเหลือและเยียวยา เด็กที่เกิดขึ้นมาพิการควรเป็นหน้าที่ของหน่วยงานภาครัฐมากกว่ากำหนดให้แพทย์หน้าที่ของแพทย์⁸⁹⁸

⁸⁹⁷ *Ibid.*

⁸⁹⁸ *Ibid.*

ภายหลังที่นักวิชาการได้วิพากษ์วิจารณ์แนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ทำให้ศาลสูงได้ปรับเปลี่ยนแนวการปรับใช้กฎหมาย⁸⁹⁹ ซึ่งเริ่มปรากฏในคดี STS 6.7.2007⁹⁰⁰ ศาลมีคำพิพากษาว่าชายและหญิงที่ให้กำเนิดบุตรที่เป็นโรคดาวน์ซินโดรมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ที่ทำการรักษาพยาบาลโดยประมาทจนทำให้หญิงเสียสิทธิที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้ง ส่วนสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของเด็ก ศาลพิจารณาว่าการที่เด็กได้เกิดขึ้นมามีชีวิตไม่เป็นความเสียหายตามกฎหมาย เด็กจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ นอกจากนี้ในคดี STS 23.11.2007⁹⁰¹ ศาลพิพากษาว่า การที่กฎหมายให้สิทธิกับหญิงที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองต่อหญิงเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น นอกจากนี้ เมื่อกฎหมายไม่เคยรับรองว่าเด็กมีสิทธิที่จะไม่ได้เกิดหรือมีสิทธิที่ควรจะถูกทำแท้ง แม้การกระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้หญิงไม่สามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง การกระทำโดยประมาทของแพทย์ก็เป็นเพียงการละเมิดต่อสิทธิของหญิงเท่านั้น หาได้เป็นการละเมิดต่อสิทธิของเด็กแต่อย่างใด⁹⁰²

3.2.12 ประเทศอังกฤษ

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตปรากฏขึ้นในปี ค.ศ. 2005 ในคดี EBH 2005 no. 1206 BH 2005⁹⁰³ ข้อเท็จจริงปรากฏว่าระหว่างตั้งครรภ์หญิงเข้ารับการตรวจวิเคราะห์สุขภาพของทารกกับแพทย์ แต่แพทย์ทำการตรวจโดยประมาททำให้ชายและหญิงไม่ทราบว่าทารกในครรภ์เป็นโรคดาวน์ซินโดรม อีกทั้งยังทำให้หญิงไม่สามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง เมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรที่เป็นโรคดาวน์ซินโดรม นอกจากชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ เด็กได้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์โดยอ้างว่า การกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นเหตุทำให้เด็กเกิดขึ้นมามีชีวิตแทนที่จะถูกทำแท้ง ในขณะที่แพทย์ให้การต่อสู้ว่าแม้การเกิดของเด็กเป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ แต่การเกิดของเด็กไม่ว่าจะมีสุขภาพ

⁸⁹⁹ Ivo Giesen, *supra note 788*, pp.41, 52.

⁹⁰⁰ RJ2007\3658

⁹⁰¹ RJ2008\24

⁹⁰² Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Reinhard Zimmermann and Bernhard A. Koch, *supra note 256*, pp.948-949.

⁹⁰³ Supreme Court, Legf. Bir. Pfv. III. 22.193/2004 see Attila Menyhárd, *supra note 485*, p.335.

ร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์หรือมีปัญหาสุขภาพตั้งแต่กำเนิดก็ไม่เป็นความเสียหายตามกฎหมาย เด็กจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ศาลเห็นว่าการที่แพทย์ตรวจวิเคราะห์สุขภาพของเด็กโดยประมาท และไม่ได้แจ้งเตือนให้ชายและหญิงทราบถึงปัญหาสุขภาพของทารก จนทำให้หญิงไม่สามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้นั้น นอกจากเป็นการละเมิดต่อสิทธิของชายและหญิงแล้ว ยังเป็นการละเมิดต่อสิทธิของเด็กอีกด้วย เด็กจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

อย่างไรก็ตาม นักวิชาการจำนวนมากเห็นว่าศาลไม่ควรยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต เพราะเป็นการฟ้องร้องที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน⁹⁰⁴ ในขณะที่ Attila Menyhárd ได้ตั้งข้อสังเกตว่า ภายหลังจากที่มีการถกเถียงมาเป็นเวลานาน ว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดหรือไม่ คำพิพากษาของศาลสูงคดีนี้เป็นการแสดงให้เห็นว่านับจากวันที่ศาลมีคำพิพากษา เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต⁹⁰⁵

ในปี ค.ศ. 2007 ศาลสูงเห็นว่าแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลที่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตไม่สอดคล้องกับแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในประเทศที่เป็นสมาชิกสหภาพยุโรปอื่นๆ ดังนั้น เพื่อให้แนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลยังการีสอดคล้องกับประเทศอื่น ศาลสูงจึงให้แผนกว่าด้วยการอุทธรณ์คำพิพากษาทำหน้าที่ศึกษาและทบทวนถึงความเหมาะสมว่าด้วยสิทธิของเด็กที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิด ซึ่งในท้ายที่สุดศาลได้ให้ความเห็นว่า เมื่อความพิการของเด็กเกิดขึ้นเองตามธรรมชาติไม่ได้เป็นผลมาจากการกระทำของแพทย์ เด็กจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงินจากแพทย์อีกต่อไป อย่างไรก็ตาม ชายและหญิงยังคงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) เช่นเดิม⁹⁰⁶

⁹⁰⁴ Attila Menyhárd, “Hungary,” In *European Tort Law 2006*, eds. Helmut Koziol and Barbara C Steininger, (Germany : SpringerWienNewYork, 2007), p.278.

⁹⁰⁵ Attila Menyhárd, *supra note 485*, pp.335-336.

⁹⁰⁶ Attila Menyhárd, “Hungary,” In *European Tort Law 2008*, eds. Helmut Koziol and Barbara C Steininger, (Germany : SpringerWienNewYork, 2009), pp.346-347. ; Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Reinhard Zimmermann and Bernhard A. Koch, *supra note 256*, pp.955-956.

3.2.13 ประเทศกรีซ

ในประเทศกรีซ การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นรูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่นักวิชาการให้ความสนใจอย่างมาก M Stathopoulos ให้ความเห็นว่า การพิจารณาว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดหรือไม่ ศาลไม่สามารถพิจารณาได้โดยอาศัยเพียงหลักกฎหมายเท่านั้น เพราะสิทธิของเด็กที่จะได้เกิดหรือไม่ได้เกิดเป็นเรื่องที่ละเอียดอ่อนและเกี่ยวข้องกับปัญหาว่าด้วยศีลธรรม และปรัชญา ถ้าศาลมีคำพิพากษาให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเท่ากับว่าศาลเห็นว่ากรณีที่มนุษย์ไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นเรื่องที่มีคุณค่าและน่ายินดีกว่าการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 59 และมาตรา 932 จะเห็นได้ว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงินจากการที่เด็กต้องเกิดขึ้นมาพิการ⁹⁰⁷

ในปี ค.ศ. 2005 การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตเข้าสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลสูงเป็นครั้งแรก ปรากฏในคดี Efeteio Thessalonikis 2384/2005⁹⁰⁸ ศาลพิจารณาว่า เมื่อการกระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้เด็กได้รับความเสียหายต่อสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 914 เด็กจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ซึ่งประกอบไปด้วยค่าเสียหายทางจิตใจจากความเจ็บปวดและทุกข์ทรมานที่ต้องเกิดและต้องดำเนินชีวิตในร่างกายที่พิการ และค่าเสียหายที่เป็นตัวเงิน อาทิ ค่าใช้จ่ายที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต

ในขณะที่ Eugenia Dacoronia ให้ความเห็นว่า การที่ศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 2 ที่ให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อีกทั้งขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 22 ที่รัฐมีพันธกิจต้องให้ความคุ้มครองสิทธิของคนพิการและไม่ต้องกระทำการที่เป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างคนที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์และคนที่มีร่างกายพิการ ทั้งนี้ ควรเป็นหน้าที่ของภาครัฐในการให้ความช่วยเหลือเด็กที่ต้องเกิดขึ้นมาพิการ แทนที่จะยินยอมให้เด็กมาฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจาก⁹⁰⁹

⁹⁰⁷ Eugenia Dacoronia, "Greece," in *European Tort Law 2009*, eds. Helmut Koziol and Barbara C Steininger, (Germany : De Gruyter, 2010), pp.289-290.

⁹⁰⁸ Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Reinhard Zimmermann and Bernhard A. Koch, *supra note 256*, pp.938-940.

⁹⁰⁹ Eugenia Dacoronia, "Greece," In *European Tort Law 2006*, eds. Helmut Koziol and Barbara C Steininger, (Germany : SpringerWienNewYork, 2007), p.262.

3.2.14 ประเทศอิสราเอล

ประเทศอิสราเอลเป็นประเทศส่วนน้อยที่ศาลพิพากษาว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต โดยการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของเด็กปรากฏขึ้นครั้งแรกในคดี Zaitsov v Katz⁹¹⁰ มีข้อเท็จจริงว่า ครอบครัวของหญิงมีประวัติมีพี่น้องร่วมบิดามารดาป่วยเป็นโรคทางพันธุกรรม เพื่อหลีกเลี่ยงโอกาสที่จะให้กำเนิดบุตรที่เป็นโรคทางพันธุกรรม หญิงจึงเข้ารับการตรวจสุขภาพก่อนตั้งครรภ์เพื่อคัดกรองว่าหญิงมีโอกาสให้กำเนิดบุตรที่เป็นโรคทางพันธุกรรมหรือไม่ แต่แพทย์ตรวจโดยประมาททำให้หญิงไม่ทราบว่าหญิงมีโอกาสให้กำเนิดบุตรที่เป็นโรคทางพันธุกรรมและทำให้หญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตร เมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรที่ป่วยเป็นโรคทางพันธุกรรม หญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) และฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแทนเด็กจากการที่เด็กเกิดขึ้นมามีชีวิต

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลชั้นต้น ศาลพิพากษาว่าเฉพาะหญิงเท่านั้นที่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) แต่ไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแทนเด็ก อย่างไรก็ตาม ศาลสูงมีคำพิพากษากลับคำพิพากษาศาลชั้นต้นโดยพิพากษาว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต โดยเหตุผลในการพิจารณาพิพากษาคดีมีดังนี้⁹¹¹

(1) เมื่อพิจารณาจากหลักความรับผิดชอบทางแพ่งที่มุ่งประสงค์ที่จะเยียวยาผู้เสียหายให้กลับไปสู่สถานะเสมือนว่าไม่มีความเสียหายเกิดขึ้น (*Status Quo Ante*) ศาลเห็นว่าเมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่ว่าในกรณีที่ปราศจากความผิดพลาดทางการแพทย์ เด็กจะต้องถูกทำแท้งและไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเด็กคือการที่เด็กต้องเกิดขึ้นมามีร่างกายพิการแทนที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต ดังนั้น ศาลจึงมีหน้าเยียวยาความเสียหายให้เด็กให้เพียงพอต่อการที่เด็กสามารถกลับคืนสู่สถานะเสมือนว่าไม่ได้เกิด แต่ในเมื่อไม่มีวิธีการเยียวยาความเสียหายใดที่ช่วยทำให้เด็กกลับสู่สถานะเช่นนั้นได้ การเยียวยาความเสียหายที่เหมาะสมก็คือการช่วยทำให้ความยากลำบากในการดำเนินชีวิตของเด็กลดลงและทำให้เด็กสามารถดำเนินชีวิตได้เสมือนหนึ่งว่าเด็กมีร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์

(2) ในปัญหาที่ว่าการที่ศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตจะเป็นเหตุที่ทำให้สังคมเข้าใจว่าศาลเห็นว่าการไม่ได้เกิดเป็นเรื่องที่น่ายินดีกว่าการได้เกิดหรือไม่ ผู้พิพากษา Justices Miriam Ben-Porat และผู้พิพากษา Dove Levin ให้ความเห็นว่า

⁹¹⁰ C.A.540/82, 40 P.D. (2) 85.

⁹¹¹ Yael Hashiloni-Dolev, *supra* note 573, pp.101, 122-124.

เมื่อพิจารณาจากความเห็นของวิญญูชนที่สามารถรู้ล่วงหน้าว่าตนต้องเกิดขึ้นมามีร่างกายพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรงจนถึงขนาดที่ว่าบุคคลเหล่านั้นไม่สามารถดำเนินชีวิตได้อย่างมีความสุขและไม่สามารถดำเนินชีวิตได้ด้วยความสามารถของตนเอง ศาลเชื่อว่าวิญญูชนเหล่านั้นย่อมเลือกที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเช่นเดียวกัน

จากข้อพิจารณาข้างต้น ศาลเห็นว่าเพราะเหตุใดวิญญูชนที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ถึงต้องไปตัดสินใจแทนเด็กที่พิการว่า เด็กสมควรที่จะได้เกิดขึ้นมามีร่างกายพิการ ทั้งที่เด็กเหล่านั้นไม่มีความสามารถที่จะมีชีวิตอยู่ได้ด้วยความสามารถของตนเอง เพราะในบางกรณีเด็กมีชีวิตอยู่ได้เพราะอาศัยเครื่องมือทางการแพทย์ หรือได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากบิดามารดาไปตลอดชีวิตเท่านั้น และในบางกรณีแม้เด็กสามารถมีชีวิตอยู่ได้ด้วยความสามารถของตนเอง แต่ด้วยความยากลำบากและความเจ็บปวดทุกข์ทรมานจากความพิการหรือปัญหาสุขภาพ เด็กคงมีเพียงความหวังที่จะรอวันที่เด็กถึงแก่ความตายเท่านั้น

เมื่อเด็กสามารถเรียนรู้ได้ว่าการที่เด็กได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นประโยชน์และมีคุณค่าต่อเด็กหรือไม่ จึงควรให้เด็กเป็นผู้ตัดสินใจว่าเด็กประสงค์ที่จะได้เกิดขึ้นมามีชีวิตหรือไม่ ประสงค์ที่จะได้เกิด ในกรณีที่เด็กเรียนรู้ว่าการเกิดขึ้นมามีชีวิตแต่มีร่างกายพิการทำให้เด็กดำเนินชีวิตด้วยความยากลำบากและเต็มไปด้วยความเจ็บปวดทรมาน เด็กย่อมไม่ได้รับประโยชน์จากการได้เกิดและมีสิทธิเรียกร้องให้บุคคลที่เป็นต้นเหตุทำให้เด็กได้เกิดเยียวยาความเสียหายให้กับเด็ก แต่ในกรณีที่เด็กเห็นว่าเด็กได้รับประโยชน์จากการเกิดและการเกิดเป็นสิ่งที่มีความสำคัญ เด็กก็จะไม่ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์เพราะเด็กไม่ต้องการอ้างว่าชีวิตของตนเป็นความเสียหาย

(3) ผู้พิพากษา Aharon Barak และ ผู้พิพากษา Shlomo Lewin ให้ความเห็นว่า ในปัจจุบันความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ช่วยให้ชายและหญิงสามารถป้องกันและหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการ อีกทั้งกฎหมายให้สิทธิกับหญิงที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้งเมื่อพบปัญหาสุขภาพของทารกในครรภ์ ด้วยพัฒนาการทางวิทยาศาสตร์ประกอบกับสิทธิในการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งตามกฎหมาย จึงเห็นได้ว่าสังคมได้ยอมรับแล้วว่ามนุษย์มีสิทธิที่จะได้เกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ และในกรณีที่มนุษย์ไม่สามารถเกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ มนุษย์ก็มีสิทธิที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต ดังนั้น ถ้ามีการกระทำอย่างใดเป็นเหตุทำให้เด็กต้องเสียสิทธิที่จะไม่ได้เกิดและทำให้เด็กต้องเกิดขึ้นมามีร่างกายพิการ การกระทำเหล่านี้อาจเป็นการละเมิดต่อสิทธิของเด็ก เด็กจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดของตน

จากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศต่อปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต สามารถแบ่งกลุ่มได้ดังนี้

กลุ่มที่ 1 ศาลมีคำพิพากษาว่าเด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต เพราะเด็กไม่มีสิทธิที่จะไม่ได้เกิดและการได้เกิดก็ไม่ใช่ความเสียหายตามกฎหมาย เช่น บางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศแคนาดา ประเทศเยอรมนี ประเทศแอฟริกาใต้ ประเทศสเปนและประเทศฮังการี ในขณะที่บางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศฝรั่งเศส เพื่อป้องกันความไม่ชัดเจนแน่นอนของกฎหมาย ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรห้ามมิให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต

กลุ่มที่ 2 ศาลมีคำพิพากษาว่าในกรณีที่เด็กไม่มีโอกาสเกิดขึ้นมา มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ เด็กมีสิทธิที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต การกระทำอย่างเด็กเป็นเหตุทำให้เด็กเสียโอกาสที่จะไม่ได้รับการปฏิสนธิ เสียโอกาสที่จะไม่ถูกเลือกหรือเสียโอกาสที่จะถูกทำแท้ง การกระทำเหล่านั้นจึงเป็นการละเมิดต่อสิทธิของเด็ก โดยบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศเบลเยียม ประเทศกรีซและประเทศอิสราเอล ศาลมีคำพิพากษาว่าเด็กมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงิน ในขณะที่บางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาศาลมีคำพิพากษาว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินเท่านั้น

4. การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล และการทำละเมิดจนเป็นเหตุทำให้ทารกถึงแก่ความตาย

ในหัวข้อที่ผ่านมา ผู้เขียนได้ศึกษาถึงการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต (Wrongful Life) โดยความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กจะต้องไม่ได้เกิดขึ้นจากความผิดพลาดทางการแพทย์ แต่ความพิการหรือปัญหาสุขภาพต้องเกิดขึ้นได้เองตามธรรมชาติเท่านั้น ซึ่งถ้าปราศจากความผิดพลาดทางการแพทย์ไม่ได้หมายความว่าเด็กจะเกิดขึ้นมา มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ แต่เด็กจะต้องไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตไม่ว่าจะเป็นเพราะไม่ได้รับการปฏิสนธิ ไม่ถูกเลือกหรือถูกทำแท้งก็ตาม

การศึกษาในหัวข้อนี้แตกต่างจากการศึกษาในหัวข้อที่ผ่านมา เพราะเป็นการศึกษาถึงสิทธิของเด็กที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล กล่าวคือความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นผลโดยตรงที่ทำให้เด็กต้องพิการหรือมีสุขภาพอย่างร้ายแรงซึ่งในกรณีที่ปราศจากความผิดพลาดทางการแพทย์ เด็กมีโอกาสดังเกิดขึ้นมาพร้อมกับสุขภาพร่างกายที่แข็งแรงสมบูรณ์ โดยความผิดพลาดทางการแพทย์สามารถเกิดขึ้นได้หลายช่วงเวลา กล่าวคือ (1) ก่อนการปฏิสนธิ (Pre-conception) (2) ในระหว่างกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

(Ex-utero) (3) ในขณะที่ทารกอยู่ในครรภ์ของหญิง (In utero/Prenatal) (4) ในกระบวนการคลอด (During birth) โดยช่วงเวลาดังกล่าวเด็กยังไม่มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย

แม้ตามหลักพื้นฐานว่าด้วยความรับผิดชอบจากการทำทิวเวชปฏิบัติ แพทย์มีหน้าที่รับผิดชอบในความเสียหายที่เป็นผลมาจากการรักษาพยาบาลที่ผิดพลาด อย่างไรก็ตาม ในประเทศที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาต่างมีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นเช่นเดียวกันว่า ในกรณีที่มีความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้นก่อนที่เด็กมีสภาพบุคคล เมื่อเด็กคลอดออกมามีชีวิตแล้วเด็กมีสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ตามกฎหมายหรือไม่ นอกจากนี้ ในกรณีที่ความผิดพลาดทางการแพทย์ส่งผลร้ายแรงถึงขนาดทำให้ทารกถึงแก่ความตายก่อนมีสภาพบุคคล ชายและหญิงผู้เป็นบิดามารดามีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดได้หรือไม่

4.1. ลักษณะทั่วไปของการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล (Pre-natal Injury) หรือการทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิ (Pre-conception Injury) เป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดรูปแบบหนึ่ง โดยที่การทำละเมิดจะเกิดขึ้นก่อนที่เด็กมีสภาพบุคคลตามกฎหมาย แต่ความเสียหายจะปรากฏภายหลังที่เด็กคลอดออกมามีสภาพบุคคลแล้วเท่านั้น โดยความเสียหายต่อสิทธิในร่างกายหรืออนามัยของเด็กต้องเป็นผลโดยตรงมาจากการทำละเมิด กล่าวคือ ในกรณีที่ปราศจากการทำละเมิดเด็กมีโอกาสที่จะได้เกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ โดยการทำละเมิดสามารถเกิดขึ้นได้หลายช่วงเวลา ดังนี้⁹¹²

(1) การทำละเมิดก่อนที่หญิงตั้งครรภ์และก่อนที่มีการปฏิสนธิ (preconception)⁹¹³ ซึ่งเป็นการกระทำต่อ “ความสามารถในการเจริญพันธุ์” ของชายและหรือหญิง จนเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงสูญเสียความสามารถในการเจริญพันธุ์ หรือทำให้ชายและหญิงไม่สามารถให้กำเนิดบุตรที่มี

⁹¹² Shaun D. Pattinson, *supra note 235*, p.321.

⁹¹³ Wells v Ortho Pharmaceutical Corp. (1986, CA11 Ga) 795 F2d 89. บริษัทผลิตยาทำลายเซลล์สืบพันธุ์ไม่ได้แจ้งเตือนให้ผู้บริโภคทราบว่า ยาทำลายเซลล์สืบพันธุ์ไม่สามารถให้ผลลัพธ์ที่แน่นอน อีกทั้งยังอาจส่งผลข้างเคียงจนเป็นเหตุทำให้ทารกในครรภ์ต้องพิการ ภายหลังที่หญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการ หญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแทนเด็ก ศาลพิพากษาให้บริษัทผลิตยาชดใช้ค่าเสียหายให้กับหญิงประกอบไปด้วย ค่าเสียหายจากการที่หญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการและค่าเสียหายทางจิตใจ ค่าใช้จ่ายที่จำเป็นสำหรับการรักษาพยาบาล ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่จะเกิดขึ้นในอนาคต โดยไม่จำกัดเฉพาะก่อนที่เด็กบรรลุนิติภาวะเท่านั้น นอกจากนี้ ศาลพิพากษาให้บริษัทผลิตยาชดใช้ค่าใช้จ่ายในการดำเนินชีวิตให้กับเด็ก

สุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์⁹¹⁴ ทั้งนี้ แม้การกระทำดังกล่าวจะไม่ได้ส่งผลกระทบต่อสุขภาพของทารกในครรภ์ทันที แต่การกระทำดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อสุขภาพของทารกเมื่อเมื่อมีการปฏิสนธิ⁹¹⁵ ตัวอย่างความผิดพลาดทางการแพทย์มีดังนี้

(ก) ความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกิดขึ้นในกระบวนการตรวจสุขภาพหรือความพร้อมของชายและหญิงก่อนตั้งครรภ์ โดยแพทย์ไม่ได้ตรวจว่าหญิงที่ประสงค์ตั้งครรภ์ยังไม่ได้รับวัคซีนป้องกันโรคอีสุกอีใส หรือวัคซีนป้องกันโรคหัดเยอรมันก่อนตั้งครรภ์⁹¹⁶ เมื่อหญิงได้รับเชื้อโรคอีสุกอีใสหรือเชื้อหัดเยอรมันในช่วง 3 เดือนแรกของการตั้งครรภ์ จึงเป็นเหตุทำให้ทารกในครรภ์พิการ ความผิดพลาดของแพทย์เช่นนี้เป็นเหตุที่ทำให้หญิงเสียโอกาสในการให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพ

⁹¹⁴ *Albala v City of New York NY*, 429 NE 2d 786, 787 (1981). แพทย์ทำแท้งให้แก่หญิงโดยประมาทเป็นเหตุทำให้มดลูกของหญิงบางและฉีกขาดได้ง่าย เมื่อหญิงตั้งครรภ์ขึ้นอีกครั้ง มดลูกของหญิงฉีกขาดและส่งผลกระทบต่อสุขภาพของทารกในครรภ์ เป็นเหตุทำให้ทารกได้รับความกระทบกระเทือนทางสมองและพิการอย่างถาวร ศาลพิพากษาว่าเมื่อแพทย์มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อทารกในครรภ์เท่านั้น ไม่รวมถึงทารกที่ยังไม่มีตัวตนในขณะที่มีการทำละเมิด กล่าวคือ ไม่รวมถึงบุคคลที่จะเกิดขึ้นในอนาคต แพทย์จึงไม่มีหน้าที่เยียวยาความเสียหายให้กับเด็ก ; *Bergstreser v Mitchell* 577 F.2d 22 (8th Cir.1978) ในการคลอดบุตรคนแรก แพทย์ผ่าตัดทำคลอดโดยประมาท และด้วยการกระทำโดยประมาทนี้เองส่งผลทำให้มดลูกของหญิงฉีกขาดระหว่างตั้งครรภ์บุตรคนที่สอง ทั้งเป็นเหตุทำให้ทารกขาดอากาศหายใจชั่วคราวและทำให้เกิดความกระทบกระเทือนต่อระบบประสาท ภายหลังที่เด็กคลอดออกมามีชีวิต หญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแทนเด็ก ศาลมลรัฐมิสซูรีพิจารณาว่า แม้การกระทำโดยประมาทของแพทย์เกิดขึ้นก่อนที่มีการปฏิสนธิ แต่เมื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นกับบุตรคนที่สองเป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำโดยประมาทในการผ่าตัดทำคลอดครั้งแรก ด้วยนโยบายสาธารณะของมลรัฐมิสซูรีที่ว่าทุกความเสียหายอันเป็นผลมาจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องได้รับการชดใช้และเยียวยา ศาลจึงพิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายให้กับบุตรคนที่สอง

⁹¹⁵ *Simon F. Deakin, Basil S. Markesinis and Angus Charles Johnston, supra note 232, p.303.*

⁹¹⁶ *Sylvia v Gobeille* 200 A 2d 22, RI 1966. หญิงตั้งครรภ์แจ้งให้แพทย์ทราบว่าหญิงได้สัมผัสกับผู้ที่เป็โรคหัดเยอรมัน แพทย์ไม่ยอมให้วัคซีน (Gamma Globulin) ป้องกันโรคหัดเยอรมันให้กับหญิง ภายหลังที่หญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการ หญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแทนเด็ก ศาลพิพากษาว่าการกระทำโดยประมาทเป็นการทำละเมิดต่อเด็ก

ร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ อีกทั้งยังเป็นการละเมิดต่อโอกาสของเด็กที่จะได้เกิดขึ้นมามีความสุขในร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์

ในกรณีที่ชายและหรือหญิงมีปัญหาสุขภาพก่อนตั้งครรภ์ ถ้าปัญหาสุขภาพดังกล่าวสามารถรักษาให้หายได้ อาทิ ชายหรือหญิงเป็นโรคซิฟิลิส แพทย์ต้องแนะนำให้ชายหรือหญิงหลีกเลี่ยงการมีเพศสัมพันธ์และเข้ารับการรักษาพยาบาลจนหายก่อนที่จะตั้งครรภ์⁹¹⁷ ถ้าแพทย์ตรวจโดยประมาทหรือไม่ได้ให้คำแนะนำกับชายและหรือหญิง ภายหลังที่เด็กคลอดออกมามีชีวิต เด็กย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์⁹¹⁸

(ข) แพทย์ให้การรักษาพยาบาลโดยประมาทจนทำให้ชายหรือหญิงไม่สามารถให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรง อาทิ แพทย์ใช้รังสีโดยประมาทจนเป็นเหตุทำให้เกิดความเปลี่ยนแปลง (Mutation) ในเซลล์สืบพันธุ์⁹¹⁹ แพทย์ใช้สารเคมีในการรักษาพยาบาลเกินกว่าปริมาณที่เหมาะสม หรือแพทย์ผ่าตัดโดยประมาทจนทำให้มดลูกของหญิงบางและฉีกขาดระหว่างตั้งครรภ์⁹²⁰

⁹¹⁷ Estate of Amos v Vanderbilt University 62 S.W.3d 133 (Tenn. 2001). หญิงเข้ารับการรักษาและรักษาพยาบาลกับแพทย์ ผลการตรวจพบว่าหญิงกำลังป่วยเป็นโรคเอดส์ แต่แพทย์ไม่ได้แนะนำวิธีการป้องกันการแพร่กระจายของโรคไปยังเด็กและชายสามี เมื่อเด็กและชายสามีได้รับเชื้อเอดส์ (HIV) เด็กและชายสามีจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

ในการพิจารณาพิพากษาคดี แม้ศาลปฏิเสธว่าแพทย์ไม่มีหน้าที่จะต้องบอกกล่าวหรือแจ้งเตือนให้ชายสามีทราบว่าหญิงเป็นโรคเอดส์ แต่แพทย์มีหน้าที่แนะนำให้หญิงหาวิธีป้องกันไม่ให้โรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์แพร่กระจายไปสู่คนอื่น ซึ่งหมายถึงตัวเด็กที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตและชายสามี แม้การตรวจสุขภาพของหญิงจะเกิดขึ้นก่อนที่หญิงสมรสกับชาย แต่แพทย์สามารถคาดเห็นได้ว่าเมื่อหญิงอยู่ในวัยเจริญพันธุ์ ในอนาคตหญิงอาจสมรสกับชายและอาจให้กำเนิดบุตร การที่ชายและเด็กได้รับเชื้อเอดส์จากหญิงจึงไม่เกินกว่าความคาดเห็นของแพทย์และไม่ไกลเกินกว่าเหตุ ศาลพิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายให้กับชายและเด็กที่ได้รับเชื้อเอดส์

⁹¹⁸ X and Y v Pal and Others [1991] 23NSWL 26, [1992] 3 Med L Rev 195. see Ian Kennedy and Andrew Grubb, *supra note 786*, p.661.

⁹¹⁹ Simon F. Deakin, Basil S. Markesinis and Angus Charles Johnston, *supra note 232*, p.303.

⁹²⁰ Andrew Grubb, Judith Laing, Jean Mchale and Ian Kennedy, *supra note 800*, p.273.

(ค) แพทย์ถ่ายเลือดหรือให้เลือดกับชายหรือหญิงโดยประมาท⁹²¹ เป็นเหตุทำให้ชายหรือหญิงเป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ เช่น โรคเอดส์หรือโรคซิฟิลิส ทั้งนี้ แม้ว่าการกระทำของแพทย์จะไม่ได้ส่งผลกระทบต่อสุขภาพของทารกในขณะที่มีความผิดพลาดเกิดขึ้น แต่ความผิดพลาดดังกล่าวส่งผลกระทบต่อสุขภาพของทารกเมื่อมีการปฏิสนธิ⁹²²

(2) การทำละเมิดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ เช่น แพทย์เลือกหรือใช้เซลล์สืบพันธุ์ที่มีความเสี่ยงต่อการมีปัญหาสุขภาพหรือเป็นโรคทางพันธุกรรมแทนที่จะใช้เซลล์สืบพันธุ์ที่สมบูรณ์ แพทย์ตรวจคัดกรองเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อน (Pre-implantation genetic diagnosis) โดยประมาท หรือความผิดพลาดทางการแพทย์ที่ทำให้เซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนได้รับความเสียหายจนไม่สามารถพัฒนาไปเป็นมนุษย์ที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์

(3) การทำละเมิดโดยตรงต่อทารกในครรภ์ (During Gestation/In Utero) เช่น การส่งจ่ายยาโดยประมาท การเลือกใช้วิธีการตรวจ⁹²³หรือการรักษาพยาบาลที่ไม่เหมาะสมกับหญิงตั้งครรภ์⁹²⁴ อาทิ การใช้วิธีการทางรังสีกับหญิงที่กำลังตั้งครรภ์ หรือการกระทำโดยประมาทของพยาบาลในกระบวนการตรวจคัดกรองผู้ป่วย โดยพยาบาลไม่ได้สอบถามประวัติการตั้งครรภ์หรือไม่ได้สังเกตอาการที่สามารถบ่งชี้ได้ว่าหญิงกำลังตั้งครรภ์ หรือไม่ได้จัดบันทึกข้อมูลเกี่ยวกับการตั้งครรภ์

⁹²¹ Renslow v Mennonite Hospital 367 NE 2d 1250 (1977), Bergstresser v Mitchell 577 F 2d 22 (1978) (8th Cir), Yeageer v Bloomington Obstetrics and Gynaecology Inc. 585 NE 2d 696 (1992) (Ind. CA.) cited in Simon F. Deakin, Basil S. Markesinis and Angus Charles Johnston, *supra* note 232, p.303.

⁹²² *Ibid.*

⁹²³ Hunter v City of Berkeley 8 Med Liab Rptr 827 (Cal Super 1985) ในขั้นตอนการตรวจสุขภาพของทารกในครรภ์ แพทย์เจาะถุงน้ำคร่ำโดยประมาทโดยแพทย์เจาะถุงน้ำคร่ำมากกว่า 7 ครั้ง ภายใน 1 สัปดาห์ การกระทำเช่นนั้นส่งผลทำให้ทารกคลอดก่อนกำหนดและเด็กมีความผิดปกติทางร่างกาย โดยเฉพาะความผิดปกติทางสายตาและความผิดปกติทางจิตใจ ศาลพิพากษาให้แพทย์ชดเชยค่าเสียหายให้กับเด็กเป็นเงิน 2.4 ล้านเหรียญสหรัฐ

⁹²⁴ กรณีที่แพทย์จำเป็นต้องตรวจสอบสุขภาพของทารกว่าเป็นโรคทางพันธุกรรมหรือไม่ แพทย์สามารถตรวจด้วยวิธีการเจาะถุงน้ำคร่ำ (Amniocentesis) แต่หากแพทย์เจาะถุงน้ำคร่ำโดยประมาท โดยเจาะเข้าไปที่สมองของทารกจนทำให้เด็กได้รับการกระทบกระเทือนทางสมอง เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ได้ see J Savulescu, *supra* note 670, p.65.

(4) การทำละเมิดในขั้นตอนการทำแท้ง โดยแพทย์ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการทำแท้งจนเป็นเหตุทำให้การทำแท้งไม่ประสบผลสำเร็จ และทำให้ทารกต้องพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง⁹²⁵ ซึ่งถ้าแพทย์ใช้ความระมัดระวังในการทำแท้ง เด็กจะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต

(5) การทำละเมิดระหว่างการทำคลอด (During birth) เช่น การทำคลอดโดยประมาท หรือการเลือกใช้เครื่องมือช่วยคลอดโดยประมาทจนส่งผลกระทบต่อสุขภาพของทารก⁹²⁶ ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่หญิงมีภาวะครรภ์ผิดปกติ อาทิ ทารกขาดอากาศหายใจหรืออัตราการเต้นของหัวใจของทารกเริ่มลดต่ำลง แพทย์ต้องเลือกใช้หัตถการพิเศษหรืออาจต้องใช้อุปกรณ์ช่วยคลอดเพื่อให้ทารกคลอดออกมาให้เร็วที่สุด โดยแพทย์อาจต้องเลือกใช้เข็มช่วยคลอดหรือเครื่องดูดสุญญากาศ ถ้าแพทย์เลือกหรือใช้อุปกรณ์ช่วยคลอดโดยประมาทอาจทำให้ทารกได้รับอันตราย เช่น ทำให้กะโหลกศีรษะของทารกแตกหรือผิดรูป ทำให้เกิดเลือดคั่งในสมอง ทำให้เกิดอันตรายต่อเส้นประสาทหรือทำให้เด็กที่เกิดมาได้รับการกระทบกระเทือนทางสมอง

ในกรณีที่ความผิดพลาดทางการแพทย์ที่ได้กล่าวข้างต้นเป็นเหตุทำให้ทารกถึงแก่ความตายก่อนมีสภาพบุคคล⁹²⁷ การตายของทารกย่อมทำให้เกิดความเสียหายต่อชายและหญิงบิดามารดาของทารก โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเสียหายทางจิตใจ ตลอดจนการเสียโอกาสที่จะได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากเด็ก อย่างไรก็ตาม แม้ความเสียหายจากการตายของทารกเป็นความเสียหายที่ชัดเจนแน่นอนและไม่ไกลกว่าเหตุ แต่เมื่อพิจารณาจากแนวการพิพากษาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศจะ

⁹²⁵ Sheppard-Mobley ex rel. Mobley v King 4 N.Y.3d 627, 797 N.Y.S.2d 403, 830 N.E.2d 301 (2005). แพทย์แนะนำให้หญิงเข้ารับการผ่าตัดโดยประมาท โดยใช้สารเคมีในการทำแท้ง นอกจากการทำแท้งจะไม่ประสบผลสำเร็จ สารเคมียังเป็นเหตุทำให้เด็กพิการ ศาลพิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายให้กับเด็ก

⁹²⁶ Brown v Shwarts, 968 S.W.2d 331 (Tex. 1998)

⁹²⁷ Lynch v Bay Ridge Obstetrical & Gynecological Assoc., P.C., 72 N.Y.2d 632, 532 N.E.2d 1239, 536 N.Y.S.2d 11 (1988) แพทย์แนะนำให้หญิงทำแท้งเพราะเหตุที่ทารกในครรภ์พิการ ภายหลังหญิงพบว่าแพทย์ตรวจสุขภาพของทารกโดยประมาท เพราะในความเป็นจริงทารกมีสุขภาพแข็งแรงสมบูรณ์ หญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ; Martinez v Long Island Jewish Hillside Medical Center, 70 N.Y.2d 697, 512 N.E.2d 538, 518 N.Y.S.2d 955 (1987) ศาลมีคำพิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายให้กับหญิงจากการแนะนำให้หญิงเข้ารับการผ่าตัดโดยประมาท

พบว่ามีเพียงประเทศอังกฤษและบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาเท่านั้นที่ศาลพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารก

4.2. กฎหมายต่างประเทศ

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล (Pre-conception/Pre-natal Injury) เป็นรูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่มีประเด็นปัญหาทางกฎหมายจำนวนมาก โดยปัญหาดังกล่าวปรากฏขึ้นในประเทศใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี⁹²⁸ เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา ประเทศออสเตรเลีย ประเทศแอฟริกาใต้⁹²⁹ ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร เช่น ประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส ในช่วงปลายคริสต์ศตวรรษที่ 18 จนถึงช่วงกลางคริสต์ศตวรรษที่ 19 ศาลและนักกฎหมายมีความเห็นว่า เด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนที่เด็กมีสภาพบุคคลได้ ด้วยเหตุผลที่ว่าขณะที่มีการทำละเมิดทารกยังไม่มีสภาพบุคคล สิทธิของทารกในครรภ์จึงยังไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอย่างใดก็ได้ เมื่อขณะที่มีการทำละเมิดเกิดขึ้น ทารกเป็นเพียงส่วนหนึ่งของร่างกายหญิง ทารกจึงยังไม่มีสถานะทางกฎหมายแยกต่างหากจากหญิง⁹³⁰ เฉพาะหญิงเท่านั้นจึงเป็นผู้เสียหายและมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายผู้ทำละเมิด⁹³¹ โดยค่าเสียหายที่หญิงมีสิทธิเรียกร้องจากผู้ทำละเมิดครอบคลุมถึงความเสียหายต่อทารกในครรภ์แล้ว จึงไม่มีความจำเป็นที่กฎหมายต้องยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดอีก

แนวทางการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลและความเห็นของนักวิชาการข้างต้นเกิดขึ้นในช่วงที่วิทยาศาสตร์ทางการแพทย์ยังไม่มีความสำเร็จก้าวหน้าเพียงพอที่จะทำให้มนุษย์เข้าใจ

⁹²⁸ J. Murphy, “The Tortious Liability of Obstetricians for Injuries Sustained in Childbirth,” *Professional Negligence*, Volume 10, p.94 (1994) ; Julie A Greenberg, “Reconceptualizing Preconception Torts,” *Tennessee Law Review*, Volume 64, p. 315 (1997) ; Matthew Browne, “Preconception Tort Law in an Era of Assisted Reproduction,” *Fordham Law Review*, Volume 69, p.2555 (2001) ; Matthew Browne, “PreconceptionTort as a Basis for Recovery Applying a Nexus Test for Duty,” *Washington University Law Quarterly*, Volume 60, p.275. (1982)

⁹²⁹ Ian Kennedy and Andrew Grubb, *supra note 786*, p.657.

⁹³⁰ “Unborn Child and the Constitutional Conception of Life,” *Iowa Law Review*, Issue 4, Volume 56, p.996 (April 1971)

⁹³¹ *Dietrich v Northampton*, 138 Mass. 14, 17 (1884).

ถึงพัฒนาการของทารกในครรภ์ จึงเป็นการยากที่ผู้เสียหายและศาลจะพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเด็กเป็นผลมาจากการทำละเมิดที่เกิดขึ้นก่อนที่เด็กมีสภาพบุคคล และด้วยความไม่แน่นอนและการขาดความชัดเจนทางวิทยาศาสตร์นี้เอง ทำให้ศาลไม่กล้าที่จะยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย เพราะศาลกลัวว่าอาจนำไปสู่การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยฉ้อฉล⁹³²

นักกฎหมายอีกส่วนหนึ่งได้แสดงให้เห็นว่า ถ้ากฎหมายยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนที่เด็กมีสภาพบุคคล อาจทำให้เกิดความขัดแย้งกันระหว่างสิทธิของหญิงในการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งกับสิทธิของทารกที่จะได้เกิดขึ้นมามีชีวิต อย่างไรก็ตาม เหตุผลดังกล่าวไม่มีน้ำหนักเพียงพอที่จะทำให้เด็กต้องเสียสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล เพราะในภายหลังศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศแคนาดา ประเทศออสเตรเลีย ประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศส ต่างมีคำพิพากษาว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลด้วยเหตุผลว่า เมื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเด็กเป็นผลโดยตรงมาจากการการทำละเมิด จึงไม่มีเหตุผลว่าเพราะเหตุใดเด็กถึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด อย่างไรก็ตาม กฎหมายกำหนดเงื่อนไขว่าเด็กจะใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ต่อเมื่อเด็กคลอดออกมามีชีวิตแล้วเท่านั้น (Born alive)⁹³³

ปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลเป็นปัญหาที่ได้รับความสนใจอย่างมากในช่วงปี ค.ศ. 1960 ซึ่งมีวิกฤติการณ์จากการใช้ยา Thalidomide⁹³⁴ ที่ส่งผลกระทบต่อความสามารถในการตั้งครรภ์ของหญิงและเป็นเหตุทำให้ทารกในครรภ์ต้องพิการจากผลข้างเคียงของยา ภายหลังที่พบว่ามียาที่มีฤทธิ์รับประทายดังกล่าวจำนวนมากให้กำเนิดบุตรที่พิการ ทำให้เกิดปัญหาทางกฎหมายว่าเด็กที่เกิดขึ้นมาพิการมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากบริษัทผู้ผลิตยาหรือไม่

⁹³² William Diller, “Unborn Child: Consistency in the Law,” *Suffolk University Law Review*, Issue 2, Volume 2, pp.228-229, 236 (Spring 1968).

⁹³³ Basil Markesinis and Hannes Unberath, *supra note 5*, p.48.

⁹³⁴ ช่วงปี ค.ศ. 1950-1969 มีการใช้ยา Thalidomide เพื่อช่วยรักษาอาการแพ้ท้อง (Morning Sickness) อย่างแพร่หลาย ภายหลังนักวิจัยพบว่า Thalidomide มีผลข้างเคียงต่อทารกในครรภ์เพราะทำให้การสร้างหลอดเลือดใหม่บกพร่องและเป็นสาเหตุของอาการแขนขาลีบ see “The curse of thalidomide limb defects is explained 50 years,” (Retrieved on 30 May 2015) from www.dailymail.co.uk/The-curse-thalidomide-limb-defect.

เมื่อหลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบเพื่อละเมิดไม่มีความชัดเจนแน่นอนว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดที่เกิดขึ้นก่อนที่เด็กมีสภาพบุคคลหรือไม่ ทำให้เด็กจำนวนหนึ่งที่ต้องพิการจากผลข้างเคียงของยาทาติโดไมด์ไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหาย ด้วยเหตุนี้เอง ทำให้แนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในประเทศต่างๆ เปลี่ยนแปลงไป โดยศาลเห็นว่าเด็กที่ได้รับ ความเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลควรมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดได้เช่นเดียวกันด้วยเหตุผลดังนี้

1. ทารกในครรภ์มีสิทธิที่จะเกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ (Right to be born healthy and free from foreseeable prenatal injuries) การกระทำใดเป็นเหตุทำให้เด็กไม่สามารถเกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ถึงแม้ว่าการกระทำเหล่านั้นจะเกิดขึ้นก่อนที่เด็กคลอดออกมามีชีวิต การกระทำดังกล่าวย่อมเป็นการละเมิดต่อสิทธิของเด็ก

2. ในขณะที่ทารกอยู่ในครรภ์มารดา แม้ทารกจะยังไม่มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย แต่บุคคลทั่วไปก็มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังและมีหน้าที่งดเว้นไม่กระทำการอย่างใดๆ อันอาจเป็นเหตุทำให้ทารกในครรภ์ได้รับความเสียหาย⁹³⁵ ถ้าการกระทำของบุคคลใดเป็นการล่วงละเมิดต่อหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังดังกล่าว การกระทำเหล่านั้นย่อมเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นการละเมิดต่อเด็กโดยตรง

3. ด้วยความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ การที่จะพิสูจน์ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเด็กเป็นผลมาจากการทำละเมิดก่อนที่เด็กมีสภาพบุคคลหรือไม่นั้น ไม่ใช่เรื่องที่เป็นไปไม่ได้หรือเป็นเรื่องที่ยากต่อการพิสูจน์อีกต่อไป เพราะฉะนั้นความกังวลที่ว่าการยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลอาจนำไปสู่การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยฉ้อฉลจึงเป็นความกังวลที่ไม่มีเหตุผลอีกต่อไป

ในปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลนี้ ผู้เขียนได้ทำการศึกษาแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศแคนาดา ประเทศออสเตรเลีย ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส ประเทศออสเตรเลียและประเทศอิตาลี ส่วนปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกก่อนมีสภาพบุคคล ผู้เขียนได้ทำการศึกษาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา เพราะศาลของประเทศอื่นๆ จะยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกต่อเมื่อทารกถึงแก่ความตายภายหลังที่มีสภาพบุคคลแล้วเท่านั้น

⁹³⁵ Alastair Mullis and Ken Oliphant, *supra* note 239, p.99. ; Richard A. W. Kidner, *supra* note 776, p.179.

4.2.1 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในช่วงปลายคริสต์ศตวรรษที่ 18 จนถึงกลางคริสต์ศตวรรษที่ 19 ศาลวางแนวการพิจารณาดีว่าการรักษาพยาบาลใดๆ ที่มีขึ้นด้วยวัตถุประสงค์เพื่อดูแลหรือให้การรักษาทารกในครรภ์ แม้หญิงที่ตั้งครรภ์จะเป็นบุคคลผู้เข้ารับการรักษาพยาบาลจากแพทย์ แต่ผู้ป่วยที่แท้จริงหาใช่หญิงหากแต่เป็นทารกในครรภ์ของหญิง แต่เมื่อทารกในครรภ์ยังไม่มีสภาพบุคคล แม้แพทย์ทราบว่าหญิงกำลังตั้งครรภ์ แพทย์ก็หาได้มีความสัมพันธ์อย่างใดต่อทารกในครรภ์ไม่ ดังนั้น แนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในมลรัฐต่างๆ เห็นว่าการที่แพทย์ไม่มีความสัมพันธ์กับทารกในครรภ์ทำให้แพทย์ไม่มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อทารก แม้การกระทำอย่างใดๆ ของแพทย์เป็นเหตุทำให้ทารกได้รับความเสียหาย ภายหลังที่เด็กคลอดออกมามีชีวิต เด็กก็ไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

อย่างไรก็ตาม แนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในมลรัฐต่างๆ เริ่มเปลี่ยนแปลงไป จนในท้ายที่สุด ศาลในทุกมลรัฐต่างเห็นตรงกันว่าแม้การทำละเมิดจะเกิดขึ้นก่อนที่เด็กมีสภาพบุคคลหรือเกิดขึ้นก่อนมีการปฏิสนธิ ภายหลังที่เด็กคลอดออกมามีชีวิต เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดเช่นเดียวกัน⁹³⁶ ถ้าพึงเพียงเหตุที่เด็กยังไม่มีสภาพบุคคลในขณะที่มีการทำละเมิดหาได้เป็นอุปสรรคและขัดขวางการได้รับการคุ้มครองและการเข้าถึงสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของเด็กแต่อย่างใด⁹³⁷ นอกจากนี้ ถ้าการทำละเมิดร้ายแรงถึงขนาดทำให้ทารกถึงแก่ความตาย แนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในหลายมลรัฐพิพากษาว่าชายและหญิงบิดามารดาของเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดเพื่อความเสียหายจากการที่ชายและหญิงต้องสูญเสียทารก

(1) การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล (Prenatal Tort)

สำหรับสิทธิของเด็กที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอันเป็นผลมาจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลนั้น แรกเริ่มเดิมทีศาลในทุกมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาเห็นว่าเด็กจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ต่อเมื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเด็กเป็นผลมาจากการทำละเมิดภายหลังที่เด็กมีสภาพบุคคลตามกฎหมายแล้วเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ในภายหลังศาลเห็นว่าแนวการพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าวสร้างความไม่เป็นธรรมให้กับเด็ก ศาลจึงพยายามสร้างหลักเกณฑ์ให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ต่อเมื่อการทำละเมิดเกิดขึ้นภายหลังที่เด็กมีความสามารถที่จะมีชีวิตแยกต่างหากจากหญิงมารดา (Viable Fetus) จนกระทั่งในปัจจุบันศาลเห็นว่าแม้การทำละเมิดจะเกิดขึ้นก่อนที่มีการปฏิสนธิ ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นเหตุโดยตรงทำให้เด็ก

⁹³⁶ Thomas Dewitt Rogers lii, *supra* note 25, p.731.

⁹³⁷ Dan B. Dobbs, *The Law of Torts*, (St.Paul, Minn : West Group, 2000), §288.

ได้รับความเสียหาย เด็กย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้เช่นเดียวกัน ซึ่งพัฒนาการในแต่ละช่วง มีรายละเอียดดังนี้

(ก) เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายต่อเมื่อการทำละเมิดเกิดขึ้น ภายหลังที่เด็กมีสภาพบุคคล

ในช่วงแรกศาลในมลรัฐต่างๆ เห็นตรงกันว่า หน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังที่บุคคลหนึ่งมีต่อบุคคลอื่นเริ่มต้นขึ้นเมื่ออีกบุคคลหนึ่งมีสภาพบุคคลตามกฎหมายแล้วเท่านั้น เมื่อทารกยังไม่มีสภาพบุคคล บุคคลจึงไม่มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อทารก แม้มีการกระทำอย่างใดเป็นเหตุทำให้ทารกได้รับความเสียหาย ภายหลังที่เด็กคลอดออกมามีชีวิต เด็กก็ไม่มีสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย

แนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลที่ไม่ยินยอมให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลปรากฏขึ้นในมลรัฐแมสซาชูเซตส์ในคดี *Dietrich v Inhabitants of Northampton*⁹³⁸ มีข้อเท็จจริงว่า ในขณะที่หญิงตั้งครรภ์ได้ 4 เดือนหญิงประสบอุบัติเหตุเพราะเหตุที่ทางเท้าชำรุดบกพร่อง จากอุบัติเหตุดังกล่าวส่งผลทำให้ทารกคลอดก่อนกำหนด ภายหลังที่เด็กคลอดออกมาประมาณ 10 ถึง 15 นาที เด็กก็ถึงแก่ความตาย ในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย นอกจากหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นกับตนแล้ว หญิงได้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแทนเด็กจากความเสียหายที่เป็นผลมาจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล อย่างไรก็ตาม ศาลได้วางแนวบรรทัดฐานว่าเด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล โดยผู้พิพากษา Oliver Wendell Holmes J. ให้เหตุผลไว้ 2 ประการ ดังนี้

ประการที่ 1 ตามกฎหมายจารีตประเพณีไม่เคยปรากฏว่ามีแนวบรรทัดฐานมาก่อนว่าศาลยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนที่เด็กมีสภาพบุคคล

ประการที่ 2 ทารกในครรภ์เป็นส่วนหนึ่งของหญิงที่ตั้งครรภ์ (Mother and the fetus were really one, that could not be separated) จนกว่าทารกจะคลอดออกมามีชีวิต เมื่อทารกยังไม่มีนิติสถานะแยกต่างหากจากหญิง จึงมีเพียงหญิงเท่านั้นที่ได้รับความเสียหายจากการทำละเมิดและเป็นผู้เสียหายที่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด

⁹³⁸ 138 Mass. 14 (1884).

นอกจากนี้ ผู้พิพากษา Justice Holmes ได้แสดงความเห็นเอาไว้อีกด้วยว่า เมื่อค่าเสียหายที่หญิงมีสิทธิเรียกร้องจากผู้ทำละเมิดครอบคลุมถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเด็กด้วยแล้ว จึงไม่มีความจำเป็นที่ศาลจะต้องยินยอมให้เด็กมาฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายด้วยตนเอง⁹³⁹

ด้วยเหตุผลทั้ง 2 ประการของผู้พิพากษา Justice Holmes ที่ได้กล่าวข้างต้น ทำให้ศาลในมลรัฐอื่นๆ มีแนวการพิจารณาพิพากษาคดีมาโดยตลอดว่าเด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล⁹⁴⁰

(ข) เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล ต่อเมื่อการทำละเมิดเกิดขึ้นภายหลังที่ทารกเป็น Viable fetus

จากการที่ศาลในมลรัฐต่างๆ มีแนวการพิจารณาพิพากษาคดีว่าเด็กจะไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย ถ้าความเสียหายเป็นผลมาจากการทำละเมิดก่อนที่เด็กมีสภาพบุคคล ทำให้นักวิชาการส่วนหนึ่งเห็นว่า บรรทัดฐานของคดี Dietrich v Inhabitants of Northampton ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อเด็ก⁹⁴¹ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่เด็กสามารถพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายเป็นผลมา

⁹³⁹ Wiersma v Maple Leaf Farms, 543 N.W. 2d 787, 795 (S.D. 1996) ศาลพิจารณาคดีว่าเป็นไปได้ยากที่การทำละเมิดต่อทารกในครรภ์จะไม่ใช่การทำละเมิดต่อหญิงที่ตั้งครรภ์ เพราะขณะที่มีการทำละเมิดทารกยังคงอาศัยอยู่ในครรภ์ของหญิง ค่าเสียหายที่หญิงมีสิทธิเรียกร้องจากผู้ทำละเมิดจึงเพียงพอและครอบคลุมถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นกับทารกในครรภ์แล้ว

⁹⁴⁰ Allaire v St. Luke's Hosp., 184 Ill. 369, 56 N.E. 638 (1900) ; Buel v United Ry. Co., 248 Mo. 126, 154 S.W. 71 (1913) ; Drobner v Peters, 232 N.Y. 220, 133 N.E. 567 (1921) ; Stanford v St. Louis-San Francisco Ry. Co., 214 Ala. 611, 108 So. 566 (1926) ; Magnolia Coca Cola Bottling Co. v Jordan, 134 Tex. 347, 78 S.W.2d 944 (1935).

⁹⁴¹ A. B. Frey, "Injuries to Infants En Ventre Se Mere," St. Louis Law Review, Issue 2, Volume 12, pp.85-95 (February 1927) ; L.S.M., "Personal Injuries: Recovery by Child for Prenatal Injuries Due to Negligence of Physician," California Law review, Issue 1, Volume 28, pp.107-109 (November 1939) ; William T. Gamble, "Tort Actions for Injuries to Unborn Infants," Vanderbilt Law Review, Issue 2, Volume 3, pp.282-297 (February 1949) ; Irving D. Gaines, "The Infant's Right of Action for Prenatal Injuries," Wisconsin Law Review, Issue 3, Volume 1951, pp.518-528 (1951) ; Richard W. Cleckner, "Torts - Negligence - Child En Ventre Sa Mere - Prenatal Injuries," Dickinson Law Review, Issue 2, Volume 56, pp.248-249 (1951).

จากการทำละเมิดก่อนที่เด็กมีสภาพบุคคล ผู้พิพากษาในหลายคดีจึงแสดงความเห็นว่าเหตุผลของผู้พิพากษา Justice Holmes ไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ตัวอย่างเช่น ในคดี *Allaire v. St. Luke's Hosp.*⁹⁴² ข้อเท็จจริงปรากฏว่า หญิงมีความจำเป็นต้องเข้ารับการรักษาพยาบาลระหว่างตั้งครรภ์ แต่แพทย์ทำการรักษาพยาบาลโดยประมาทจนเป็นเหตุทำให้เด็กพิการ แม้ผู้พิพากษาเสียงข้างมากจะพิจารณาพิพากษาคดีตามบรรทัดฐานของผู้พิพากษา Holmes โดยพิพากษาว่าเด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษา Boggs ให้ความเห็นแย้งว่าในการพิจารณาว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลหรือไม่ ศาลควรพิจารณาถึงพัฒนาการของทารกในครรภ์ว่าทารกพัฒนาจนเป็น *Viable Fetus* แล้วหรือยัง นอกจากนี้ การที่ศาลพิพากษาว่าเด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายด้วยเหตุผลเพียงว่าการทำละเมิดเกิดขึ้นก่อนที่เด็กมีสภาพบุคคล เหตุผลดังกล่าวย่อมขัดต่อหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติอย่างมาก

คดี *Stemmer v. Kline*⁹⁴³ ผู้พิพากษา Brogan (ผู้พิพากษาหัวหน้าองค์คณะ) ได้ให้ความเห็นว่า เมื่อพิจารณาจากกฎหมายว่าด้วยการทำแท้งและกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน จะเห็นได้ว่ากฎหมายให้ความคุ้มครองสิทธิของมนุษย์นับตั้งแต่เวลาที่มีการปฏิสนธิ อีกทั้งเมื่อพิจารณาจากพัฒนาการและความเจริญก้าวหน้าทางการแพทย์พบว่า วิทยาศาสตร์สามารถอธิบายถึงพัฒนาการของทารกในช่วงเวลาต่างๆ ได้อย่างละเอียด และสามารถพิสูจน์ได้ว่าทารกเป็น *Viable Fetus* แล้วหรือไม่ ด้วยความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์นี้เองทำให้การพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลไม่ได้เป็นเรื่องที่ยากเกินกว่าความสามารถของผู้เสียหายและผู้ทำละเมิดอีกต่อไป การที่ศาลจะมีคำพิพากษาว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลจึงไม่เป็นเหตุที่นำไปสู่การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยฉ้อฉล

ผู้พิพากษา Zappala J ได้ให้เหตุผลว่า

...แม้เดิมมีความเชื่อกันว่า ทารกในครรภ์มีความสัมพันธ์ต่อหญิงอย่างใกล้ชิดและไม่สามารถแยกออกจากกันได้ เสมือนหนึ่งว่าทารกเป็นอวัยวะส่วนหนึ่งของหญิง แต่ในปัจจุบันข้อพิจารณาดังกล่าวได้รับการพิสูจน์แล้วว่าไม่ถูกต้องอีกต่อไป ด้วยลักษณะทางชีววิทยาระหว่างทารกกับหญิงที่แตกต่างกัน แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า ทารกไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของหญิง แต่มีอัตลักษณ์แตกต่างหากจากหญิงโดยเด็ดขาด จึงเป็นไปไม่ได้เลยที่ว่า การทำละเมิดต่อทารกจะเป็นการทำละเมิดต่อหญิงที่ตั้งครรภ์ เพราะการทำละเมิด

⁹⁴² 184 Ill. 359, 56 N.E. 638 (1900)

⁹⁴³ 128 N.J.L. 455, 26 A.2d 684 (1942)

ต่อบุคคลใดก็มีเฉพาะบุคคลนั้นที่ เป็นผู้เสียหาย เว้นแต่การทำละเมิดเช่นว่านั้นเป็นการ ทำละเมิดต่อบุคคลทั้งสองพร้อมกัน ซึ่งบุคคลทั้งสองต่างก็มีสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียก ค่าเสียหายได้ด้วยตนเอง...⁹⁴⁴

จากเหตุผลของผู้พิพากษา Brogan และผู้พิพากษา Zappala J ทำให้ศาล ในคดี Stemmer v. Kline ปฏิเสธที่จะพิจารณาพิพากษาคดีตามบรรทัดฐานของคดี Dietrich v Inhabitants of Northampton อีกต่อไป

ในภายหลังศาลในมลรัฐต่างๆ เริ่มปรับเปลี่ยนแนวการพิจารณาพิพากษาคดี โดยเริ่มจากศาลของมลรัฐลุยเซียนา⁹⁴⁵ และมลรัฐแคลิฟอร์เนีย⁹⁴⁶ โดยศาลเห็นว่าแม้การทำละเมิดจะ เกิดขึ้นก่อนที่เด็กมีสภาพบุคคล แต่ลำพังเพียงการเยียวความเสียหายต่อหญิงที่ตั้งครรภ์ไม่เพียงพอ และไม่ครอบคลุมถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเด็ก เพราะเมื่อเด็กคลอดออกมามีชีวิต เด็กต่างหากที่ เป็นบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการทำละเมิด โดยความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเด็กก็เป็นความ เสียหายเฉพาะตัวของเด็กต่างหากจากหญิงที่ตั้งครรภ์⁹⁴⁷ เด็กจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจาก ผู้ทำละเมิดต่างหากจากหญิง

จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1946 ในเขตปกครองพิเศษ ดิสตริกต์ ออฟโคลัมเบีย ในคดี Bonbrest v Kotz⁹⁴⁸ เป็นครั้งแรกที่ศาลมีคำพิพากษาว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจาก การทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล โดยผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่พิจารณาคดีมีความเห็นสอดคล้องกับ ความเห็นของผู้พิพากษา Boggs ในคดี Allaire v St. Luke's Hosp. อีกทั้งมีความเห็นสอดคล้องกับ แนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศแคนาดาในคดี Montreal Tramways v Leveille⁹⁴⁹ ศาลให้เหตุผลว่าแม้การทำละเมิดจะเกิดขึ้นก่อนที่เด็กมีสภาพบุคคลตามกฎหมาย แต่ภายหลังที่เด็ก

⁹⁴⁴ Stemmer v Kline, 128 N.J.L. 455, 26 A.2d 684 (1942)

⁹⁴⁵ Cooper v Blanck, 39 So. 2d 352 (La. 1923)

⁹⁴⁶ Scott v McPheeters, 33 Cal. App. 2d 629, 92 P.2d 678 (1939)

⁹⁴⁷ Murphy S. Klasing, "Death of an Unborn Child : Jurisprudential Inconsistencies in Wrongful Death, Criminal Homicide, and Abortion Cases," Pepperdine Law Review, Volume 22, Issue 3, p.935 (1995) ; Daniel S. Meade, "Wrongful Death and the Unborn Child : Should Viability Be a Prerequisite for a Cause or Action," Journal of Contemporary Health Law and Policy, Volume 14, Issue 2, pp.430-431 (1998)

⁹⁴⁸ 65 F. Supp. 138 (D.D.C. 1946)

⁹⁴⁹ [1933] 4DLR 337.

คลอดออกมามีชีวิต กฎหมายให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กย้อนไปจนถึงเวลาที่มีการปฏิสนธิ⁹⁵⁰ และเมื่อขณะที่มีการทำละเมิดทารกมีพัฒนาการจนกลายเป็น Viable fetus แล้ว ทารกจึงไม่เป็นส่วนหนึ่งของหญิงอีกต่อไป⁹⁵¹ หากแต่เป็นอีกบุคคลหนึ่งที่กฎหมายให้ความคุ้มครองแตกต่างหากจากหญิง เด็กจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดได้ด้วยตนเอง

ศาลได้ให้เหตุผลไว้ตอนหนึ่งว่า

...แม้ทารกจะยังคงอยู่ในครรภ์ของหญิง แต่ขณะที่มีการทำละเมิด ทารกเป็น Viable Fetus แล้ว ไม่ว่าจะทารกจะมีความสามารถที่จะมีชีวิตด้วยตัวทารกเองหรือเพราะอาศัยเครื่องมือทางการแพทย์ก็ตาม นับตั้งแต่ช่วงเวลาดังกล่าวทารกจึงไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของหญิงอีกต่อไป แต่เป็นอีกบุคคลหนึ่งที่มีสิทธิและได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ...⁹⁵²

นอกจากนี้ ศาลได้ตั้งข้อสังเกตอีกด้วยว่า ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาว่าเด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด คำพิพากษาดังกล่าวย่อมแสดงให้เห็นว่าศาลต้องการให้ความคุ้มครองผู้ทำละเมิด กล่าวคือ ศาลยินยอมให้มีการทำละเมิดต่อทารกได้โดยผู้ทำละเมิดไม่มี

⁹⁵⁰ Amadio v Levin 501 A 2d 1085, 1087 (Pa, 1985). ศาลพิพากษาว่า แม้ทารกในครรภ์จะยังไม่มีสภาพบุคคล แต่ทารกก็มีสิทธิที่จะได้เกิดขึ้นมามีชีวิตพร้อมทั้งมีสิทธิที่จะได้เกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ แพทย์จึงไม่ได้มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อหญิงเท่านั้น แต่ยังมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อทารกในครรภ์อีกด้วย โดยหน้าที่ดังกล่าวคือหน้าที่งดเว้นจากการกระทำอย่างใดที่อาจเป็นเหตุที่ทำให้ทารกได้รับความเสียหาย

⁹⁵¹ Roe v Wade, 410 U.S. 113, 93 S. Ct. 705, 35 L. Ed. 2d 147 (1973) ; Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v Casey, 505 U.S. 833, 112 S. Ct. 2791, 120 L. Ed. 2d 674 (1992) ; Martin v St. John Hosp. and Medical Center Corp., 205 Mich. App. 486, 517 N.W.2d 787 (1994).

โดยปกติวิทยาศาสตร์เชื่อว่าทารกมีความสามารถที่จะมีชีวิตแตกต่างหากจากหญิงเมื่อมีอายุครรภ์มากกว่า 6 เดือนขึ้นไป ศาลจึงนำเวลา 6 เดือนเป็นเกณฑ์พิจารณาความเป็น “Viable Fetus” ดู Askew v Cruciani, 149 Pa. Commw. 397, 613 A.2d 147 (1992) ส่วนทารกที่มีอายุครรภ์ต่ำกว่านั้นต่างเป็น “Nonviable fetus” ดู Blackburn v Blue Mountain Women's Clinic, 286 Mont. 60, 951 P.2d 1 (1997) ; McCaskill v Philadelphia Housing Authority, 419 Pa. Super. 313, 615 A.2d 382 (1992).

⁹⁵² Bonbrest v Kotz, 65 F. Supp. 138 (D.D.C. 1946)

ความรับผิดชอบทางกฎหมาย ซึ่งการกระทำดังกล่าวเท่ากับศาลละเลยที่จะให้ความเยียวยาต่อเด็กและปล่อยให้เด็กต้องทนอยู่กับความเจ็บปวดและความทุกข์ทรมานที่เป็นผลมาจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ภายหลังจากคดี Bonbrest v. Kotz ศาลในมลรัฐต่างๆ เริ่มตระหนักว่านอกจากบุคคลมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อหญิงที่ตั้งครรภ์แล้ว บุคคลควรที่จะมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อ Viable fetus อีกด้วย⁹⁵³ ด้วยเหตุผลเช่นนี้เอง ทำให้ศาลในทุกมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา⁹⁵⁴ ยอมรับหลักการว่าด้วยพัฒนาการของทารก (Viability Rule) และกำหนดเงื่อนไขว่า ในกรณีที่มีการทำละเมิดเกิดขึ้นกับ Viable Fetus ภายหลังจากที่เด็กคลอดออกมามีชีวิตแม้เพียงชั่วขณะเด็กมีสิทธิตามกฎหมายที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด⁹⁵⁵

สำหรับปัญหาความยากลำบากในการพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลนั้น ศาลในมลรัฐต่างๆ มีความเห็นตรงกันว่า ด้วยความเจริญก้าวหน้าทางการแพทย์เด็กและศาลสามารถพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายเป็นผลมาจากการทำละเมิดหรือไม่⁹⁵⁶ นอกจากนี้ เมื่อหลัก

⁹⁵³ Renslow v Memonite Hosp, 367 NE2d 1250 (1977) ; A M Capron, "Tort Liability in Genetic Counselling," Columbia Law Review, Volume 79, pp.618-684 (1979) ; Jane ES Fortin, "Legal Protection for the Unborn Child," Modern Law Review, Volume 51, pp.54-83 (1988) ; A Grubb and D Pearl, "Protecting the Life of the Unborn Child," Law Quarterly Review, Volume 103, pp.340-346 (1987)

⁹⁵⁴ Woods v Lancet, 303 N.Y. 349, 102 N.E.2d 691 (1951) ; Damasiewicz v Gorsuch, 79 A.2d 550 (Md. 1951) ; Williams v Marion Rapid Transit, 152 Ohio St. 114, 87 N.E.2d 334 (1949) ; Tursi v New England Windsor Co., 19 Conn. Super. 242, 111 A.2d 14 (1955) ; Poliquin v Macdonald, 101 N.H. 104, 135 A.2d 249 (1957) ; Shousha v Matthews Drivurself Service, Inc., 210 Tenn. 384, 358 S.W.2d 471 (1962) ; Bonbrest v Kotz, 65 F. Supp. 138 (D.D.C. 1946)

⁹⁵⁵ Angela Roddey Holder, *supra note 112*, p.22.

⁹⁵⁶ Woods v Lancet, 303 N.Y. 349, 102 N.E.2d 691 (1951) ; Damasiewicz v Gorsuch, 197 Md. 417, 79 A.2d 550 (1951) ; Hogle v Hall By and Through Evans, 112 Nev. 599, 916 P.2d 814 (1996) ศาลพิพากษาว่า แม้ขณะที่มีการทำละเมิดทารกจะยังคงอยู่ในครรภ์ จึงไม่สามารถทราบได้ว่าการทำละเมิดทำให้ทารกได้รับความเสียหายหรือไม่ แต่ถ้าการทำ

กฎหมายที่ไม่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลเป็นหลักกฎหมายที่ถูกกำหนดขึ้นด้วยคำพิพากษาของศาล จึงเป็นหน้าที่ของศาลที่ต้องแก้ไขหลักกฎหมายดังกล่าว โดยไม่จำเป็นต้องรอให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรรับรองว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย⁹⁵⁷

(ค) เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล ต่อเมื่อการทำละเมิดเกิดขึ้นภายหลังที่ทารกเป็น Non-viable fetus

แม้คำพิพากษาคดี *Bonbrest v. Kotz* จะได้รับการยอมรับและได้กลายมาเป็นต้นแบบของการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในมลรัฐต่างๆ แต่นักกฎหมายส่วนหนึ่งตั้งข้อสังเกตว่า เพราะเหตุใดสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของเด็กถึงจำกัดเฉพาะเมื่อการทำละเมิดเกิดขึ้นต่อ Viable Fetus เท่านั้น เพราะเงื่อนไขดังกล่าวอาจนำไปสู่คำถามที่ว่าพัฒนาการของทารกที่แตกต่างกัน ควรเป็นเหตุที่ทำให้สิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของเด็กแตกต่างกันด้วยหรือไม่ กล่าวคือ ในกรณีเด็กได้รับความเสียหายจากการผลของการทำละเมิดที่เกิดขึ้นกับ Viable Fetus เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดได้เต็มจำนวน แต่ในทางตรงกันข้าม ถ้าการทำละเมิดเกิดขึ้นกับ Nonviable Fetus แม้ความเสียหายที่เกิดขึ้นจะมีผลร้ายแรงมากกว่าความเสียหายในกรณีที่มีการทำละเมิดต่อ Viable Fetus แต่เด็กก็จะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด

ด้วยความแตกต่างของสิทธิของเด็กที่ได้กล่าวข้างต้น นักวิชาการให้ความเห็นว่า ไม่ว่าจะเป็นการทำละเมิดต่อ Viable fetus หรือ Nonviable fetus⁹⁵⁸ เมื่อเด็กคลอดออกมามีชีวิต เด็กที่ได้รับความเสียหายจากการทำละเมิดต่างก็ได้รับความเสียหายเช่นเดียวกัน จึงไม่มีเหตุผลอันสมควรที่กฎหมายจะกำหนดให้เฉพาะเด็กที่ได้รับความเสียหายจากการทำละเมิดในขณะที่เป็น Viable fetus เท่านั้น ที่จะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย⁹⁵⁹ ศาลในหลายมลรัฐจึงมีคำพิพากษาให้เด็กที่ได้รับความเสียหายจากการทำละเมิดที่เกิดขึ้นกับ Nonviable fetus มีสิทธิฟ้องร้องเรียก

ละเมิดเป็นเหตุทำให้ทารกได้รับความเสียหาย ความเสียหายเหล่านั้นย่อมปรากฏให้เห็นภายหลังที่เด็กคลอดออกมามีชีวิต

⁹⁵⁷ *Williams v Marion Rapid Transit*, 152 Ohio St. 114, 87 N.E.2d 334 (1949)

⁹⁵⁸ *Wolfe v Isbell*, 291 Ala. 327, 280 So. 2d 758 (1973) ; *Miller v Kirk*, 120 N.M. 654, 905 P.2d 194 (1995)

⁹⁵⁹ *Smith v Brennan*, 31 N.J. 353, 367, 157 A.2d 497, 504 (1960)

ค่าเสียหายได้เช่นเดียวกัน⁹⁶⁰ โดยศาลในมลรัฐเหล่านั้นให้เหตุผลว่า ภายหลังจากที่เซลล์สืบพันธุ์ได้รับการปฏิสนธิจนกลายเป็นตัวอ่อน ตัวอ่อนที่เกิดขึ้นมานี้มีลักษณะทางชีวภาพและพันธุกรรมแตกต่างจากหญิงมารดา ดังนั้น การทำละเมิดต่อตัวอ่อนจึงไม่ใช่เป็นการทำละเมิดหญิงที่ตั้งครรภ์ แต่เป็นการทำละเมิดโดยตรงต่อตัวอ่อน กล่าวคือ การทำละเมิดต่อตัวอ่อนกับการทำละเมิดต่อหญิงเป็นการทำละเมิดต่อตัวบุคคลที่กฎหมายมุ่งให้ความคุ้มครองแตกต่างกัน ต่างฝ่ายจึงต่างมีสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ด้วยตนเอง อย่างไรก็ตาม กฏหมายกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขเพิ่มเติมว่า ตัวอ่อนสามารถใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ต่อเมื่อตัวอ่อนได้คลอดออกมามีชีวิตและมีสภาพบุคคลตามกฎหมายแล้วเท่านั้น⁹⁶¹

นอกจากนี้ นักวิชาการได้ให้ความเห็นเพิ่มเติมอีกว่า ในปัจจุบัน วิทยาศาสตร์ไม่สามารถบอกได้อย่างชัดเจนว่า ณ จุดเวลาใดที่ทารกเริ่มต้นเป็น Viable fetus⁹⁶² อีกทั้งความสามารถของทารกที่จะมีชีวิตแยกต่างหากจากหญิงย่อมแตกต่างกันออกไป ถ้าพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายอื่นๆ ที่ให้ความคุ้มครองสิทธิทางแพ่งของบุคคลจะเห็นได้ว่า กฎหมายเริ่มให้ความคุ้มครองสิทธิของบุคคลก่อนที่มีสภาพบุคคลโดยไม่คำนึงว่าทารกจะมีพัฒนาการอยู่ในช่วงระยะใด⁹⁶³ เช่น สิทธิของทารกที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดจนเป็นเหตุทำให้บิดา

⁹⁶⁰ Peter B. Babin, “Preconception Negligence: Reconciling an Emerging Tort,” *Georgetown Law Journal*, Issue 5, Volume 67, pp.1239,1257 (June 1979)

⁹⁶¹ *Hogle v Hall By and Through Evans*, 112 Nev. 599, 916 P.2d 814 (1996)

⁹⁶² *Magnolia Coca Cola Bottling Co. v Jordan*, 124 Tex. 347, 78 S.W.2d 944 (1935) ; *Smith v Brennan*, 31 N.J. 353, 157 A.2d 497 (1959) ; *Sylvia v Gobeille* 101 R.I. 76, 79, 220 A.2d 222-23 (1966) ศาลสูงแห่งมลรัฐโรดไอแลนด์เห็นว่า ปัจจุบันวิทยาศาสตร์ไม่สามารถหาจุดเวลาที่แน่นอนได้ว่าช่วงเวลาใดที่ทารกถึงจะเป็น “Viable fetus” เพราะความสามารถในการมีชีวิตของทารกย่อมแตกต่างกันออกไปแต่ละราย ด้วยเหตุดังกล่าวศาลจึงไม่อาจนำความสามารถในการมีชีวิต (Viability) มาเป็นเกณฑ์เพื่อกำหนดจุดแบ่งแยกสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของเด็กที่ถูกทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล แม้การทำละเมิดเกิดขึ้นทันทีภายหลังจากการปฏิสนธิ เด็กก็มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดได้เช่นเดียวกัน

⁹⁶³ Beverly I. Chernaik, “Recovery for Prenatal Injuries : The Right of a Child against Its Mother,” *Suffolk University Law Review*, Issue 3, Volume 10, pp.582, 587 (Spring 1976).

มารดาถึงแก่ความตายก่อนทารกมีสภาพบุคคล⁹⁶⁴ กฎหมายว่าด้วยการฟ้องเรียกค่าเสียหายทางแพ่ง (Civil Damage Act)⁹⁶⁵ กฎหมายแรงงานว่าด้วยเงินทดแทน⁹⁶⁶ กฎหมายควบคุมการค้าขายเครื่องตี้มแอลกอฮอล์⁹⁶⁷ โดยกฎหมายดังกล่าวให้ความคุ้มครองสิทธิของทารกทุกช่วงพัฒนาการอย่างเท่าเทียมกัน⁹⁶⁸ นอกจากนี้ ถ้าพิจารณาหลักกฎหมายอาญาเห็นได้ว่า กฎหมายให้ความคุ้มครองสิทธิของทารกทันทีภายหลังที่มีการปฏิสนธิเช่นกัน จนทำให้ศาลในหลายคดีตั้งคำถามว่า เหตุใดกฎหมายลักษณะละเมิดจึงต้องให้ความคุ้มครองสิทธิของทารกช้ากว่ากฎหมายประเภทอื่นๆ⁹⁶⁹

เพื่อแก้ปัญหาความไม่ชัดเจนแน่นอนเกี่ยวกับจุดเริ่มต้นที่เด็กจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ศาลในหลายมลรัฐจึงสร้างหลักเกณฑ์ใหม่โดยอาศัยข้อพิจารณาทางชีววิทยา (Biological Approach) แทนการใช้พัฒนาการของทารก⁹⁷⁰ และกำหนดให้ตัวอ่อนที่เกิดขึ้นจากการปฏิสนธิระหว่างเซลล์สืบพันธุ์ของเพศชายและหญิงเป็นสิ่งมีชีวิตหนึ่งที่ยกต่างหากจากหญิงมารดา⁹⁷¹

⁹⁶⁴ Nelson v G.H. & S.A. Ry. Co., 78 Tex. 621, 14 S.W. 1021 (1890) ; Herndon v St. Louis S.F.R. Co., 37 Okla. 256, 128 P.727 (1912) ; Bonnarens v Lead Belt Ry. Co., 309 Mo. 65, 273 S.W. 1043 (1925).

⁹⁶⁵ Quinlen v Welch, 69 Hun. 584, 23 N.Y.S. 963 (1893) ; State ex rel. Niece v Soale, 36 Ind. App. 73, 74 N.E. 1111 (1905).

⁹⁶⁶ Morgan v Susino Const. Co., 130 N.J.L. 418, 33 A.2d 607 (1943) (New Jersey Workmen's Compensation Act).

⁹⁶⁷ La Blue v Specker, 358 Mich. 558, 100 N.W.2d 445 (1960)

⁹⁶⁸ William Diller, *supra note 932*, pp.235-236.

⁹⁶⁹ Williams v Marion Rapid Transit, 152 Ohio St. 114, 87 N.E.2d 334 (1949) ; Bonbrest v Kotz, 65 F. Supp. 138 (D.D.C. 1946)

⁹⁷⁰ Day v Nationwide Mut. Ins. Co., 328 So. 2d 560 (Fla. Dist. Ct. App. 2d Dist. 1976) ; Renslow v Mennonite Hospital, 67 Ill. 2d 348, 10 Ill. Dec. 484, 367 N.E.2d 1250, 91 A.L.R.3d 291 (1977) ; Labree v Major, 111 R.I. 657, 306 A.2d 808 (1973)

⁹⁷¹ Kelly v Gregory, 283 A.D. 914, 129 N.Y.S.2d 914 (1954) ศาลพิพากษาว่า สถานะทางกฎหมายของทารกเริ่มต้นเมื่อทารกเป็นตัวอ่อนในครรภ์ เพราะทันทีที่เซลล์สืบพันธุ์ของหญิงและชายได้รับการปฏิสนธิ ตัวอ่อนที่เกิดขึ้นมาย่อมมีลักษณะทางชีววิทยาที่แตกต่างจากหญิง ด้วยเหตุผลดังกล่าว ทารกจึงไม่ใช่ส่วนหนึ่งของหญิงหากแต่มีสถานะทางกฎหมายเป็นของตนเองและได้รับ

กฎหมายจึงให้ความคุ้มครองสิทธิของตัวอ่อนแยกต่างหากจากสิทธิของหญิง⁹⁷² ดังนั้น ถ้ามีการทำละเมิดเกิดขึ้นกับ Non-viable fetus หลังจากที่มีการปฏิสนธิ เมื่อเด็กคลอดออกมามีชีวิต หากเด็กสามารถพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายเป็นผลมาจากการทำละเมิด⁹⁷³ เด็กย่อมมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด

(ง) การฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลตามคำอธิบายกฎหมาย Restatement of Torts

เมื่อแนวทางการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในแต่ละมลรัฐขาดความชัดเจนแน่นอน คำอธิบายกฎหมาย Restatement (Second) of Torts § 869 (1979) จึงได้กำหนดหลักเกณฑ์การฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลไว้ดังนี้⁹⁷⁴

การคุ้มครองแยกต่างหากจากหญิง ถ้ามีการทำละเมิดเกิดขึ้นกับ “Non-viable fetus” เมื่อเด็กคลอดออกมาชีวิต เด็กมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดเช่นเดียวกัน

⁹⁷² Renslow v Mennonite Hosp, 67 Ill. 2d 348, 355, 367 N.E.2d 1250, 1254 (1977) ศาลพิพากษาว่าด้วยความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ ทำให้พยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์สามารถพิสูจน์ได้ว่าตัวอ่อนมีโครงสร้างทางชีววิทยาแตกต่างจากหญิง โดยตัวอ่อนเป็นสิ่งมีชีวิตที่มีความสามารถในการมีชีวิตแยกต่างหากจากหญิง (Fetus is separate human entity) ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับทารกจึงไม่จำเป็นต้องเป็นความเสียหายต่อหญิงที่ตั้งครรภ์ ภายหลังจากที่เด็กคลอดออกมามีชีวิต เด็กมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดได้ด้วยตนเอง

⁹⁷³ Smith v Brennan, 31 N.J. 353, 157 A.2d 497 (1959) ; Bennett v Hymers, 101 N.H. 483, 147 A.2d 108 (1958) ความยากลำบากในการพิจารณาว่าเด็กมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายจากการถูกทำละเมิดในขณะที่เป็น “Non-viable fetus” หรือไม่นั้นมีเพียงประการเดียว กล่าวคือ เด็กต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้อย่างแน่ชัดว่าความเสียหายเป็นผลมาจากการทำละเมิดและไม่ได้เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติหรือเพราะเหตุแทรกแซงอย่างอื่น ๆ ที่อาจเกิดขึ้นได้ระหว่างที่หญิงตั้งครรภ์ หากเด็กสามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ไม่มีเหตุผลใดที่กฎหมายต้องห้ามมิให้เด็กฟ้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด

⁹⁷⁴ Restatement (Second) of Torts

§ 869 Harm to Unborn Child

(1) One who tortiously causes harm to an unborn child is subject to liability to the child for the harm if the child is born alive.

“ความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นกับทารกในครรภ์

(1) เมื่อทารกคลอดออกมามีชีวิต บุคคลต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการทำละเมิดต่อทารก

(2) หากทารกไม่ได้คลอดออกมามีชีวิต ผู้ทำละเมิดไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายจากการตายของทารก เว้นแต่กฎหมายลายลักษณ์ (Wrongful Death) ได้กำหนดเอาไว้เป็นอย่างอื่น”

จากคำอธิบายกฎหมายดังกล่าวจะเห็นได้ว่าผู้รวบรวมกฎหมายไม่ได้กำหนดว่าการทำละเมิดจะต้องเกิดขึ้นกับ Viable fetus เท่านั้น เพราะไม่ว่าการทำละเมิดจะเกิดขึ้นในช่วงเวลาใดภายหลังที่มีการปฏิสนธิ (Unborn Child) เมื่อเด็กคลอดออกมามีสภาพบุคคล เด็กย่อมมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด

อย่างไรก็ตาม แม้ศาลในมลรัฐต่างๆ จะยินยอมให้เด็กฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนที่มีสภาพบุคคล แต่กฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขไว้ว่าสิทธิในการฟ้องเรียกค่าเสียหายจะเกิดขึ้นต่อเมื่อเด็กคลอดออกมามีชีวิตและมีสภาพบุคคลตามกฎหมาย⁹⁷⁵ เพราะในกรณีที่ทารกตายตั้งแต่อยู่ในครรภ์หรือคลอดออกมาไม่มีชีวิต ปัญหาที่ว่าชายและหญิงจะมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกหรือไม่ ต้องเป็นไปตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรว่าด้วยการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการตาย (Wrongful Death) ซึ่งแตกต่างกันออกไปในแต่ละมลรัฐ

(จ) การฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิ (Preconception Tort)

นอกจากปัญหาที่ว่าเด็กมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลหรือไม่แล้ว ยังมีปัญหาเกิดขึ้นอีกด้วยว่าในกรณีที่มีการทำละเมิดเกิดขึ้นก่อนมีการปฏิสนธิ (Preconception Tort)⁹⁷⁶ ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่ยังไม่เคยมีมนุษย์เกิดขึ้นมาเลย ถ้าการกระทำ

(2) If the child is not born alive, there is no liability unless the applicable wrongful death statute so provides.

⁹⁷⁵ National Cas. Co. v Northern Trust Bank of Florida, N.A., 807 So. 2d 86 (Fla. Dist. Ct. App. 3d Dist. 2001).

⁹⁷⁶ Dawn R. Duven, “Torts Prior to Conception : A New Theory of Liability,” *Nebraska Law Review*, Issue 3, Volume 56, pp.706, 707 (1977)

ดังกล่าวทำให้ทารกในครรภ์ได้รับความเสียหาย ภายหลังจากที่เด็กคลอดออกมามีชีวิตเด็กจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดหรือไม่⁹⁷⁷

ปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิ ศาลในบางมลรัฐเห็นว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้เช่นเดียวกับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายภายหลังจากที่มีการปฏิสนธิเกิดขึ้นแล้ว⁹⁷⁸ แต่ในอีกหลายมลรัฐเห็นว่าเด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยมีข้อถกเถียงเกิดขึ้นดังนี้

1) ศาลและนักวิชาการเห็นว่าในช่วงก่อนที่มีการปฏิสนธิ กฎหมายไม่สามารถกำหนดได้ว่าบุคคลมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อมนุษย์ที่ยังไม่ได้เกิดแต่กำลังจะเกิดขึ้นมาในอนาคต (No duty of care to future child)⁹⁷⁹

2) ด้วยข้อจำกัดทางวิทยาศาสตร์เป็นเรื่องยากที่จะพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเด็กเป็นผลมาจากการทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิ⁹⁸⁰ เพราะความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเด็กอาจเป็นผลมาจากความผิดปกติตามธรรมชาติ ตัวอย่างเช่น ความบกพร่องของโครโมโซมหรือพันธุกรรม ด้วยเหตุที่การพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเกิดขึ้นได้ยากนี้เอง ศาลจึงไม่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย

อย่างไรก็ตาม เมื่อวิทยาศาสตร์เจริญก้าวหน้าจนทำให้แพทย์สามารถตรวจได้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเด็กเป็นผลมาจากการทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิหรือไม่ การพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลจึงไม่ได้เป็นเรื่องที่เกินกว่าความสามารถอีกต่อไป⁹⁸¹

3) ศาลในหลายมลรัฐเห็นว่าผู้ทำละเมิดไม่สามารถคาดเห็นได้ว่าการกระทำของตนจะเป็นเหตุทำให้มนุษย์ที่จะได้รับการปฏิสนธิในอนาคตได้รับความเสียหาย อีกทั้งเพื่อป้องกันการขยายขอบเขตความรับผิดชอบและไม่ให้บุคคลมีหน้าที่ต้องผูกพันตนว่าอาจต้องรับผิดชอบในความ

⁹⁷⁷ Angela Roddey Holder, *supra* note 112, p.23.

⁹⁷⁸ *Ibid*, p.23.

⁹⁷⁹ Taylor ex rel. Taylor v Cutler, 157 N.J. 525, 724 A.2d 793 (1999)

⁹⁸⁰ Day v Nationwide Mut. Ins. Co., 328 So. 2d 560 (Fla. Dist. Ct. App. 2d Dist. 1976) ; Presley v Newport Hospital, 117 R.I. 177, 365 A.2d 748, 84 A.L.R.3d 391 (1976).

⁹⁸¹ Yeager v Bloomington Obstetrics and Gynecology, Inc., 585 N.E.2d 696 (Ind. Ct. App. 1st Dist. 1992)

เสียหายที่เกิดขึ้นในอนาคต ศาลจึงไม่ยินยอมให้มีการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิ⁹⁸²

อย่างไรก็ดี แนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลอีกกลุ่มหนึ่งเห็นว่า เมื่อมนุษย์ทุกคนมีโอกาสให้กำเนิดบุตรโดยเฉพาอย่างยิ่งมนุษย์ในวัยเจริญพันธุ์ จึงไม่ได้เป็นเรื่องเกินกว่าความคาดหมายที่ว่า ถ้ามีการกระทำของบุคคลใดที่ส่งผลกระทบต่อความสามารถในการเจริญพันธุ์ของบุคคลอื่น การกระทำดังกล่าวอาจเป็นเหตุทำให้มนุษย์ที่จะได้รับการปฏิสนธิในอนาคตได้รับความเสียหายเช่นเดียวกัน เมื่อความเสียหายดังกล่าวไม่ได้เป็นความเสียหายที่ไกลกว่าเหตุ ภายหลังจากที่เด็กคลอดออกมามีชีวิต เด็กย่อมมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด

4) ในบางมลรัฐเห็นว่าสิทธิในการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เมื่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ให้ความคุ้มครองเฉพาะมนุษย์ที่เกิดขึ้นมามีชีวิตหรือได้รับการปฏิสนธิแล้วเท่านั้น แต่รัฐธรรมนูญยังให้ความคุ้มครองต่อมนุษย์ที่จะได้รับการปฏิสนธิในอนาคตด้วย การที่ศาลยินยอมให้เด็กที่ได้รับการเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดจึงเป็นการกระทำที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ⁹⁸³

5) เมื่อพิจารณาจากคำอธิบายกฎหมาย Restatement Second, Torts § 869 (1) เห็นได้ว่า แม้กฎหมายจะยินยอมให้เด็กฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล แต่ต้องเป็นการทำละเมิดต่อทารกภายหลังที่มีการปฏิสนธิ (unborn child) แล้วเท่านั้น ตามกฎหมายฉบับดังกล่าว เด็กจึงไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิ

ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลที่ยินยอมให้เด็กฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนที่มีการปฏิสนธิ

การฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนปฏิสนธิปรากฏขึ้นครั้งแรกในมลรัฐเพนซิลเวเนีย ในคดี Morgan v United States⁹⁸⁴ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ภายหลังจากแพทย์ถ่ายเลือดให้หญิงโดยประมาณเป็นเวลา 1 ปี หญิงได้ตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรที่พิการ หญิงจึงฟ้องเรียกค่าเสียหายแทนเด็กจากการทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิ แต่ศาลมลรัฐเพนซิลเวเนีย

⁹⁸² *Ibid.*

⁹⁸³ Johnson v William C. Ellis & Sons Iron Works, Inc., 609 F.2d 820, 64 A.L.R. Fed. 965 (5th Cir. 1980) ; Douglas v Town of Hartford, Conn., 542 F. Supp. 1267, 64 A.L.R. Fed. 879 (D. Conn. 1982).

⁹⁸⁴ 143 F. Supp. 580 (D.N.J. 1956)

พิพากษาว่าเด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายด้วยเหตุผลที่ว่ากฎหมายไม่ยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดที่เกิดขึ้นก่อนมีการปฏิสนธิ

อย่างไรก็ดี แนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลที่ยินยอมให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิปรากฏขึ้นครั้งแรกในมลรัฐโอคลาโฮมา ในคดี *Jorgensen v. Meade Johnson Laboratories*⁹⁸⁵ มีข้อเท็จจริงว่า หญิงได้รับประทานยาคุมกำเนิดอยู่หลายปีก่อนที่หญิงตัดสินใจให้กำเนิดบุตร ภายหลังที่หญิงหยุดรับประทานยาดังกล่าว หญิงตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรฝาแฝด แต่บุตรฝาแฝดทั้งสองคนต้องป่วยเป็นโรคดาวน์ซินโดรม โดยความผิดปกติที่เกิดขึ้นกับเด็กเป็นผลมาจากการใช้ยาคุมกำเนิด ชายและหญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแทนเด็ก

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลชั้นต้น ศาลเห็นว่ากฎหมายเริ่มให้ความคุ้มครองและรับรองสิทธิของบุคคลต่อเมื่อบุคคลมีสถานะทางกฎหมายแล้วเท่านั้น เมื่อช่วงเวลาก่อนมีการปฏิสนธิยังไม่มีคนมีมนุษย์เกิดขึ้น มนุษย์ในอนาคตจึงไม่มีสถานะทางกฎหมาย ในช่วงเวลาดังกล่าวมนุษย์จึงไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย อีกทั้งเมื่อไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิ ชายและหญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแทนเด็ก โดยศาลชั้นต้นให้ความเห็นว่าสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของเด็กจะมีขึ้นต่อเมื่อมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้เท่านั้น

อย่างไรก็ดี ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลสูง ศาลมีคำพิพากษากลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้นโดยให้เหตุผลว่า เมื่อปัญหาสุขภาพของเด็กเป็นผลโดยตรงมาจากการทำละเมิด กฎหมายจึงต้องรับรองว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย ประกอบกับเมื่อวิทยาศาสตร์เจริญก้าวหน้าจนทำให้ผู้เสียหายสามารถพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายเป็นผลมาจากการทำละเมิดหรือไม่ และเมื่อชายและหญิงสามารถพิสูจน์ได้ว่าความพิการของเด็กทั้งสองคนเป็นผลมาจากความผิดปกติของโครโมโซมอันเป็นผลข้างเคียงมาจากยาคุมกำเนิดซึ่งส่งผลกระทบต่อพัฒนาการของเด็ก จนทำให้เด็กไม่สามารถพัฒนาจนมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ได้ เด็กจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแม้ว่าการทำละเมิดจะเกิดขึ้นก่อนมีการปฏิสนธิก็ตาม โดยสิทธิของเด็กดังกล่าวหาจำเป็นต้องรอให้มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใด

คดี *Renslow v. Mennonite Hospital*⁹⁸⁶ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ในขณะที่หญิงอายุ 13 ปี หญิงได้รับการถ่ายเลือด Rh-positive ซึ่งไม่ตรงกับหมู่เลือดของหญิง โดยความ

⁹⁸⁵ 483 F 2d 237, CCA 10, 1973

⁹⁸⁶ 351 NE 2d 870, Ill 1976

ผิดพลาดดังกล่าวไม่ได้ถูกตรวจพบจนกระทั่ง 8 ปีผ่านไป หญิงได้ตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรที่มีความผิดปกติและมีความพิการทางสมอง หญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแทนเด็ก โดยกล่าวว่าเพราะการถ่ายเลือดโดยประมาทเป็นเหตุทำให้เด็กไม่สามารถเจริญเติบโตและมีพัฒนาการได้เหมือนเด็กปกติ อีกทั้งทำให้สมองและอวัยวะของเด็กได้รับความเสียหายอย่างถาวร

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลชั้นต้น ศาลพิพากษาว่าเด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิ แต่ในการพิจารณาคดีของศาลสูงศาลมีคำพิพากษากลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้น โดยให้เหตุผลว่าการที่เด็กไม่มีตัวตนในขณะที่มีการทำละเมิด (Not yet existence at the time of the tortious conduct) ไม่เป็นเหตุทำให้เด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย เพราะถ้าพิจารณาเปรียบเทียบกับกรณีสองฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล ศาลในหลายมลรัฐต่างเห็นว่าพัฒนาการของทารกที่แตกต่างกันไม่เป็นเหตุทำให้สิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของเด็กแตกต่างกันไปด้วย เมื่อกฎหมายไม่ควรนำพัฒนาการของทารกมาเป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายหรือไม่ ในกรณีที่ความเสียหายเป็นผลมาจากการทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิ กฎหมายก็ควรยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดได้เช่นเดียวกัน เพราะการที่กฎหมายยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิช่วยทำให้กฎหมายสอดคล้องกับสภาพสังคมและพัฒนาการทางวิทยาศาสตร์⁹⁸⁷

อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายของบางมลรัฐยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนที่มีการปฏิสนธิ แต่การทำละเมิดเหล่านั้นต้องเป็นการทำละเมิดต่อชายและหญิงผู้เป็นบิดามารดาเท่านั้น ถ้าเป็นการทำละเมิดต่อปู่ ย่า ตา ยาย กฎหมายจะไม่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย

ตัวอย่างเช่น คดี Enright by Enright v Eli Lilly & Co⁹⁸⁸ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากบริษัทผู้ผลิตยา DES โดยอ้างว่าความพิการของเด็กเป็นผลมาจากการที่ยายของเด็กรับประทานยา DES ระหว่างตั้งครรภ์ ด้วยการรับประทานยา DES นี้เองส่งผลทำให้อวัยวะที่เกี่ยวข้องกับระบบสืบพันธุ์ของมารดาของเด็กไม่สามารถพัฒนาได้อย่างปกติ และด้วยความผิดปกติของอวัยวะในระบบสืบพันธุ์ของมารดาทำให้เด็กคลอดก่อนกำหนดและมีร่างกายพิการ

⁹⁸⁷ Vik Ed Stoll, "Preconception Tort -- The Need for a Limitation," *Missouri Law Review*, Issue 1, Volume 44, pp.143, 145 (Winter 1979).

⁹⁸⁸ 570 NE 2d 198 (NY, 1991).

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล คະแนนเสียงข้างมากเห็นว่าเด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดที่เกิดขึ้นกับยายของเด็ก โดยศาลให้เหตุผลว่าแม้เป็นที่ทราบโดยทั่วกันถึงอันตรายของยา DES ที่สามารถทำให้เกิดความเสียหายต่อความสามารถในการเจริญพันธุ์ของบุคคลหลายช่วงอายุ (Generation) และการใช้ DES ของหญิงระหว่างตั้งครรภ์อาจทำให้บุตรของหญิงที่รับประทานยาต้องพิการ หรือหากความพิการไม่ได้ปรากฏในรุ่นลูกอาจปรากฏในรุ่นหลาน เหลน ต่อไปเรื่อยๆ แต่เมื่อศาลมีหน้าที่กำหนดขอบเขตความรับผิดชอบของผู้ทำละเมิดเพื่อไม่ให้ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดโดยไม่มีสิ้นสุด โดยขอบเขตที่เหมาะสมก็คือ ขอบเขตที่อยู่ในอำนาจบริหารจัดการได้ของผู้ทำละเมิด ผู้เสียหายและศาล ไม่ว่าจะเป็นการพิสูจน์ความเสียหาย ความเหมาะสมในการรับผิด โดยศาลเห็นว่าขอบเขตที่เหมาะสมคือความรับผิดเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นกับรุ่นลูกของผู้ถูกทำละเมิดโดยตรงเท่านั้น⁹⁸⁹

(2) การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดที่เป็นเหตุทำให้ทารกถึงแก่ความตาย

ในปัญหาว่าด้วยสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของบุคคลนี้ แรกเริ่มเดิมทีศาลในมลรัฐต่างๆ ถือตามหลักกฎหมายจารีตประเพณีที่ไม่ยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของบุคคล จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1846 ภายหลังจากที่สภานิติบัญญัติของประเทศอังกฤษได้ประกาศใช้กฎหมายที่มีชื่อว่า Lord Campbell's Act โดยยินยอมให้บุคคลที่มีความสัมพันธ์กับผู้ตายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด กฎหมายดังกล่าวได้กลายมาเป็นต้นแบบให้กับมลรัฐต่างๆ ของประเทศสหรัฐอเมริกา⁹⁹⁰ ซึ่งในท้ายที่สุด ฝ่ายนิติบัญญัติของแต่ละมลรัฐได้ตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรที่รู้จักกันในชื่อ Wrongful Death Statue เพื่อกำหนดเงื่อนไขในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่มีรายละเอียดและเงื่อนไขแตกต่างกันออกไปในแต่ละมลรัฐ

อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายในมลรัฐต่างๆ ยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของบุคคล แต่มีปัญหว่าบุคคลที่ถึงแก่ความตายรวมถึง “ทารกในครรภ์” ด้วย

⁹⁸⁹ Andrew Grubb, Judith Laing, Jean Mchale and Ian Kennedy, *supra note 800*, p.274.

⁹⁹⁰ Jonathan Dyer Stanley, "Fetal Surgery and Wrongful Death Actions on Behalf of the Unborn : An Argument for a Social Standard," *Vanderbilt Law Review*, Volume 56, p.1531 (October 2003).

หรือไม่ ซึ่งปัญหานี้ยังคงไม่เป็นที่แน่นอนและมีข้อถกเถียงที่จำเป็นต้องได้รับการพิจารณาหลายประการ⁹⁹¹ ตัวอย่างเช่น

(1) หน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังตามกฎหมายลักษณะละเมิด หมายความว่ารวมถึงหน้าที่ที่จะไม่ฆ่าทารกในครรภ์ด้วยหรือไม่

(2) เมื่อผู้เสียหายตัวจริง กล่าวคือ ทารก ถึงแก่ความตายไปแล้ว กฎหมายควรยินยอมให้ชายและหญิงผู้เป็นบิดาและมารดามีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายหรือไม่

(3) “บุคคล” ตาม Wrongful Death Statute ของมลรัฐต่างๆ รวมถึงมนุษย์ที่ยังไม่มีสภาพบุคคลหรือไม่ และกฎหมายควรยินยอมให้มีการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกก่อนมีสภาพบุคคลหรือไม่⁹⁹²

(4) การที่กฎหมายยินยอมให้มีการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของบุคคล กฎหมายดังกล่าวมีวัตถุประสงค์คุ้มครองการตายของทารกก่อนมีสภาพบุคคลหรือไม่⁹⁹³

(5) เมื่อเด็กยังไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตจึงไม่อาจกล่าวได้ว่ามีความเสียหายจากการเสียชีวิตของเด็ก และแม้ว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นจริง ความเสียหายเหล่านั้นก็เป็นความเสียหายที่ไม่แน่นอน เหตุผลเดียวที่กฎหมายจะยินยอมให้มีการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกก็คือ การป้องปรามไม่ให้มีการทำละเมิดจนเป็นเหตุทำให้ทารกถึงแก่ความตาย เมื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าวหาได้เป็นวัตถุประสงค์เพื่อเยียวยาความเสียหาย กฎหมายจึงไม่ควรยินยอมให้มีการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารก⁹⁹⁴

(6) เมื่อเด็กยังไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต ศาลจึงไม่สามารถคิดคำนวณและประเมินความเสียหายจากการตายของทารกได้ เพราะศาลไม่ทราบว่าจะถ้าเด็กได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเด็กสามารถสร้างประโยชน์ให้กับชายและหญิงมากน้อยเพียงใด เด็กจะมีหน้าที่การงานที่ดีหรือไม่

⁹⁹¹ M. Sterczewski, “Note : Wrongful Death of a Fetus : Does a Cause of Action Arise When There is no Live Birth?” *Villanova Law Review*, Volume 31, p. 683 (1986)

⁹⁹² *McBride v Brookdale Hospital Medical Center* 498 NYS 2d 256, 259 (Sup, 1986)

⁹⁹³ *Giardina v Bennett* 545 A 2d 139,147 (NJ, 1988).

⁹⁹⁴ *Carroll v Skloff* 202 A 2d 9,11 (1964).

ความสามารถในการแสวงหารายได้ของเด็กจะเป็นอย่างไร เมื่อสิ่งดังกล่าวไม่มีความแน่นอน กฎหมายไม่ควรยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของเด็ก⁹⁹⁵

นอกจากนี้ ยังไม่เป็นที่แน่นอนอีกด้วยว่า ในกรณีที่ปราศจากการทำละเมิด เด็กจะสามารถคลอดออกมามีชีวิตหรือไม่ อีกทั้งเด็กจะเกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์หรือไม่ เพราะในกรณีที่เด็กต้องเกิดขึ้นมาพิการ เด็กย่อมไม่มีความสามารถประกอบกิจการงานและไม่สามารถสร้างประโยชน์ให้กับชายและหญิง ในทางกลับกัน การเกิดของเด็กยังทำให้เกิดภาระทางการเงินและผลกระทบทางเศรษฐกิจต่อชายและหญิงอีกด้วย ดังนั้น อาจมองได้ว่าการตายของเด็กก็เป็นประโยชน์ต่อชายและหญิงที่ไม่ต้องให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กเช่นเดียวกัน⁹⁹⁶

ในหลายมลรัฐมีความเห็นตรงกันว่า เมื่อผลของการทำละเมิดรุนแรงถึงขนาดเป็นเหตุทำให้ทารกถึงแก่ความตาย เมื่อกฎหมายยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลหรือก่อนมีการปฏิสนธิ กฎหมายยังต้องรับรองให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของเด็ก⁹⁹⁷

อย่างไรก็ดี หลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่ศาลยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของเด็กแตกต่างกันออกไปตามแต่ละมลรัฐ โดยมีรายละเอียดดังนี้

⁹⁹⁵ Endresz v Friedberg 301 NYS 2d 65,69 (1969) ; State v Sherman 198 A 2d 71,74 (1964).

⁹⁹⁶ Jones v Karraker Ill App, 440 NE 2d 420, 426 (1982); affirmed on appeal: 457 NE 2d23 (Ill, 1983).

⁹⁹⁷ การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารก (Fetal Wrongful Death) เป็นรูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่มีลักษณะตรงกันข้ามกับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต (Wrongful Life) เมื่อพิจารณาแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาพบว่ามากกว่าครึ่งหนึ่งของมลรัฐที่ไม่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตมีคำพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากการตายของทารก เพราะเห็นว่าการยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายให้ผลสอดคล้องกับหลักกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสิทธิที่จะมีชีวิตของทารก

**(ก) กฎหมายไม่ยินยอมให้มีการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการตาย
ของทารก**

ในช่วงแรก ศาลในมลรัฐต่างๆ เห็นว่าเมื่อทารกไม่เคยเกิดขึ้นมา มีสภาพบุคคล⁹⁹⁸ กฎหมายจึงไม่อาจยินยอมให้มีการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารก⁹⁹⁹ โดยเหตุผลประการสำคัญก็คือ เมื่อทารกยังไม่มีสภาพบุคคลทารกจึงไม่เป็นบุคคล (Person) ที่ได้รับความคุ้มครองตาม Wrongful Death Statute¹⁰⁰⁰ เพราะกฎหมายไม่มีวัตถุประสงค์ให้การคุ้มครองชีวิตของทารก¹⁰⁰¹ ซึ่งเป็นชีวิตก่อนที่มีสภาพบุคคล¹⁰⁰²

การพิจารณาพิพากษาคดีข้างต้น ศาลมักพิจารณาร่วมกับความผิดฐานฆ่าบุคคลอื่น (Homicide) เพราะเมื่อพิจารณาจากกฎหมายของมลรัฐต่างๆ พบว่าไม่มีมลรัฐใดตีความคำว่า “บุคคล” ให้หมายความรวมถึงทารกในครรภ์ ดังที่ได้ปรากฏในคดี Commonwealth v Cass¹⁰⁰³ ศาลพิจารณาว่า ในกรณีที่มลรัฐใดเห็นว่ากฎหมายควรกำหนดบทลงโทษต่อบุคคลที่ฆ่าทารกฝ่ายนิติบัญญัติของมลรัฐเหล่านั้นจะต้องตรากฎหมายพิเศษ เช่น ความผิดฐานฆ่าทารก (feticide) แทนการตีความขยายความผิดฐานฆ่าบุคคลอื่น ด้วยเหตุนี้เองเมื่อบทนิยามใน Wrongful Death Statute ใช้ถ้อยคำว่า การทำละเมิดจนเป็นเหตุทำให้ “บุคคล” ถึงแก่ความตาย โดยไม่ได้กำหนดบทนิยามให้คำว่า “บุคคล” มีความหมายรวมถึงทารกหรือบุคคลใดๆ ที่ยังไม่มีสภาพบุคคล และเพื่อให้การตีความกฎหมายแห่งสอดคล้องกับกฎหมายอาญา ศาลเห็นว่าแม้การตายของ Viable fetus

⁹⁹⁸ Mace v Jung (1962, DC Alaska) 210 F Supp 706 ; Justus v Atchison (1977) 19 Cal 3d 564, 139 Cal Rptr 97, 565 P2d 122

⁹⁹⁹ Santana v Zilog, Inc., 95 F.3d 780 (9th Cir. 1996) ; Citron v Ghaffari, 246 Ga. App. 826, 542 S.E.2d 555 (2000) ; Crosby v Glasscock Trucking Co., Inc., 340 S.C. 626, 532 S.E.2d 856 (2000) ; LaDu v Oregon Clinic, P.C., 165 Or. App. 687, 998 P.2d 733 (2000)

¹⁰⁰⁰ Endresz v Friedberg (1969) 24 NY2d 478, 301 NYS2d 65, 248 NE2d 901 ; Britt v Sears (1971) 150 Ind App 487, 277 NE2d 20 ; Justus v Atchinson, (1977) 565 P.2d 122.

¹⁰⁰¹ Grav v Taggert (1964) 204 A.2d 140.

¹⁰⁰² Smith v Fox, [1923] 2 Dom.L.Rep. 786, 53 Ont.L.Rep. 54

¹⁰⁰³ (1984), 467 N.E. 2d 1324.

เป็นผลมาจากการทำละเมิด¹⁰⁰⁴ ชายและหญิงก็ไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารก¹⁰⁰⁵

ในคดี *Gay v Thompson*¹⁰⁰⁶ ศาลให้เหตุผลว่าตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรของมลรัฐแอริโซนา กฎหมายห้ามมิให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารก โดยศาลให้เหตุผลเพิ่มเติมว่า เป็นเรื่องยากที่ศาลจะประเมินได้ว่าการตายของทารกทำให้เกิดความเสียหายที่เป็นตัวเงินมากน้อยเพียงใด นอกจากนี้ ศาลได้พิจารณาอีกด้วยว่าเฉพาะหญิงที่ได้รับความเสียหายจากการทำละเมิดเท่านั้นที่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย โดยค่าเสียหายที่หญิงมีสิทธิเรียกร้องจากผู้ทำละเมิดครอบคลุมถึงความเสียหายจากการตายของทารกด้วยแล้ว ดังนั้น ถ้าศาลยังคงยินยอมให้หญิงและชายมีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกได้อีก อาจเป็นเหตุทำให้หญิงและชายได้รับการเยียวยาเกินกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง อีกทั้งยังอาจเป็นเหตุสนับสนุนให้มีการแสวงหาประโยชน์จากการตายของทารก

นักวิชาการบางฝ่ายให้ความเห็นว่า ถ้ากฎหมายยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารก อาจทำให้กฎหมายแย้งไม่สอดคล้องกับกฎหมายอาญาด้วยเหตุที่ในปัจจุบัน กฎหมายยินยอมให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นการแสดงให้เห็นว่าหญิงที่ตั้งครรภ์และแพทย์ผู้ทำแท้งต่างมีอำนาจโดยชอบธรรมที่จะฆ่าทารก¹⁰⁰⁷

¹⁰⁰⁴ *Marie v McGreevey*, 314 F.3d 136 (3d Cir. 2002).

¹⁰⁰⁵ B. Palmer, "State Protection of Future "Persons" : Commonwealth v Cass," *Connecticut Law Review*, Volume 18, p.429 (1986)

¹⁰⁰⁶ (1966), 146 SE 2d 425.

¹⁰⁰⁷ T.G. Youfan ตั้งคำถามว่าในกรณีที่กฎหมายยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารก หากการตายของทารกเป็นผลมาจากกระทำของหญิงหรือแพทย์ที่ทำแท้ง อัยการหรือกองทัพรหัสสินของทารกจะยังมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากหญิงและแพทย์อยู่หรือไม่ หากกฎหมายยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเช่นนั้นเกิดขึ้นจริง เท่ากับกฎหมายยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากตนเอง สุดท้ายแล้วประโยชน์ก็ต้องตกมาอยู่กับชายและหญิง ดังนั้น ถ้ากฎหมายต้องการเอาผิดและลงโทษหญิงหรือชายที่ทำให้เด็กถึงแก่ความตาย กฎหมายต้องกำหนดบทลงโทษที่ไม่ทำให้ชายและหญิงได้ประโยชน์ ตัวอย่างเช่น เปลี่ยนค่าเสียหายที่ชายและหญิงต้องจ่ายให้กองทัพรหัสสินเป็นค่าปรับและให้ตกเป็นทรัพย์สินของแผ่นดิน see T.G. Youfan, "Acquisition of property by killing," *Law Quarterly Review*, Volume 89, p.235 (1973)

แล้วเพราะเหตุใดถ้าการตายของทารกเป็นผลมาจากการทำละเมิดของบุคคลอื่น กฎหมายถึงยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกได้¹⁰⁰⁸

นอกจากนี้ ถ้ากฎหมายยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกเท่ากับกฎหมายรับรองว่าบุคคลมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังที่จะไม่ทำอันตรายต่อทารกในครรภ์ ด้วยการรับรองดังกล่าวย่อมส่งผลทำให้ชายและหญิงเองก็มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อทารกในครรภ์เช่นเดียวกัน อาทิ หน้าที่งดเว้นจากการกระทำการที่อาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพของทารกในครรภ์ที่ได้รับอันตราย หรือหน้าที่ที่จะต้องหลีกเลี่ยงกิจกรรมที่อาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพของทารก¹⁰⁰⁹ ซึ่งพบว่าในบางมลรัฐฝ่ายนิติบัญญัติได้เริ่มแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายเพื่อลงโทษชายและหญิงที่ตั้งใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้เด็กได้รับความเสียหาย เพื่อป้องปรามไม่ให้หญิงที่ตั้งครรภ์และชายสามีกระทำการ งดเว้นกระทำการ หรือประกอบกิจกรรมใดอันอาจส่งผลกระทบต่อทารกในครรภ์ กฎหมายไม่ควรให้ความคุ้มครองกับหญิงและชาย ด้วยเหตุผลเพียงว่าหญิงและชายเป็นบิดามารดาของเด็ก¹⁰¹⁰

ในบางครั้งศาลเห็นว่าการยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารก อาจทำให้เกิดความขัดแย้งกันระหว่างสิทธิที่จะมีชีวิตของเด็กและสิทธิในการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งของหญิง¹⁰¹¹ และเมื่อกฎหมายยินยอมให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย แสดงว่ากฎหมายไม่ได้ประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองสิทธิที่จะมีชีวิตของทารก อีกทั้งเมื่อบุคคลที่ได้รับประโยชน์จากการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกไม่ใช่ตัวทารก แต่เป็นชายและหญิงผู้เป็นบิดามารดา กฎหมายจึงไม่ควรยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด

¹⁰⁰⁸ Gelbman v Gelbman (1969), 245 NE 2d 192.

¹⁰⁰⁹ Douglas E. Carroll, “Parental Liability For Preconception Negligence : Do Parents Owe A Legal Duty To Their Potential Children?” California Western Law Review, Volume 22, Issue 2, p.289 (Spring 1986)

¹⁰¹⁰ S. S. Balisy, “ Maternal Substance Abuse : the Need to Provide Protection for the Fetus,” Southern California Law Review, Volume 60, p.1209 (1987)

¹⁰¹¹ D.E. Johnsen, “The Creation of Fetal Rights : Conflicts with Women’s Constitutional Rights to Liberty, Privacy, and Equal Protection,” Yale Law Journal, Volume 95, p.599 (1986)

นักวิชาการฝ่ายที่เห็นว่ากฎหมายไม่ควรยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกได้ให้เหตุผลเพิ่มเติมว่า เมื่อกฎหมายมีวัตถุประสงค์คุ้มครองผลกระทบและความเสียหายทางเศรษฐกิจที่เป็นผลมาจากการตายของบุคคล แต่เมื่อทารกยังไม่ได้คลอดออกมามีชีวิตและยังไม่มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย ทารกจึงไม่สามารถสร้างประโยชน์ให้กับชายและหญิง¹⁰¹² อีกทั้งการตายของทารกก็ไม่ได้ทำให้ชายและหญิงได้รับผลกระทบทางเศรษฐกิจด้วยเหตุดังกล่าว ศาลมลรัฐแมสซาชูเซตส์และมลรัฐโรดไอแลนด์¹⁰¹³ มีคำพิพากษาว่าชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารก

อย่างไรก็ตาม นักวิชาการอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าการที่กฎหมายยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของบุคคล กฎหมายไม่ได้ให้ความคุ้มครองเฉพาะประโยชน์ทางเศรษฐกิจเท่านั้น แต่กฎหมายยังให้ความคุ้มครองความสัมพันธ์ภายในครอบครัว ตลอดจนความคาดหวังของชายและหญิงที่ต้องการให้กำเนิดบุตรอีกด้วย ดังนั้น แม้ว่าทารกถึงแก่ความตายก่อนมีสภาพบุคคล ชายและหญิงก็ควรมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารก โดยเฉพาะอย่างยิ่งค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการจัดการศพของทารก¹⁰¹⁴

แนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลจะแตกต่างกันออกไป ถ้าเด็กตายภายหลังคลอดออกมามีชีวิตและมีสภาพบุคคลตามกฎหมาย¹⁰¹⁵ เพราะกฎหมายยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของเด็ก ซึ่งสอดคล้องกับ “หลักการคลอดมีชีวิต (Born Alive Rule)”¹⁰¹⁶ โดยการคลอดมีชีวิตนี้ไม่จำเป็นว่าเด็กจะต้องมีชีวิตรอดเป็นระยะเวลาเท่าใด และไม่

¹⁰¹² Gay v Thomson, (1966), 146 SE2d

¹⁰¹³ Mone v Greyhound Lines, Inc (1975), 331 NE 2d 916 ; Presley v Newport Hospital (1976), 365 A.2d 748.

¹⁰¹⁴ Bernard Dickens, *supra note 494*, p.101.

¹⁰¹⁵ William J. Maledon, "Law and the Unborn Child : The Legal and Logical Inconsistencies," *Notre Dame Lawyer*, Volume 46, Issue 2, p.358 (1971) and Richard E. Wood, "Wrongful Death and the Stillborn Fetus-a Common-Law Solution to a Statutory Dilemma.," *University of Pittsburgh Law Review*, Volume 43, Issue 3, pp.819-835 (1982)

¹⁰¹⁶ E. W. Keyserlingk, *The Unborn Child's Right to Prenatal Care : A Comparative Law Perspective*, McGill Legal Studies no.5, Montreal Quebec Research Centre of Private and Comparative Law (1984)

จำเป็นว่าการตายของเด็กจะเป็นผลมาจากการทำละเมิดที่เกิดกับ Viable fetus หรือ Non-viable fetus¹⁰¹⁷ เพราะชายและหญิงบิดามารดาของเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้เช่นเดียวกัน¹⁰¹⁸

อย่างไรก็ตาม มีปัญหาเกิดขึ้นว่าถ้าการตายของเด็กเป็นผลมาจากการทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิ ชายและหญิงยังคงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกหรือไม่ ในปัญหาดังกล่าว ศาลในหลายมลรัฐเห็นว่าเป็นเรื่องยากที่จะพิสูจน์ได้ว่าการตายของเด็กเป็นผลมาจากการทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิ ศาลจึงไม่ยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย แม้ว่าเด็กจะตายภายหลังที่มีสภาพบุคคลตามกฎหมายแล้วก็ตาม ทำให้บางมลรัฐมีเงื่อนไขเพิ่มเติมว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายต่อเมื่อการตายของเด็กเป็นผลมาจากการทำละเมิดภายหลังที่มีการปฏิสนธิแล้วเท่านั้น¹⁰¹⁹

(ข) กฎหมายยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของ Viable fetus

จากหัวข้อที่ผ่านมาผู้เขียนได้ทำการศึกษาไว้แล้วว่า ในหลายมลรัฐกฎหมายไม่ยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกก่อนมีสภาพบุคคล¹⁰²⁰ ด้วยผลทางกฎหมายดังกล่าวทำให้ศาลในหลายมลรัฐเห็นว่าเป็นเรื่องยากที่จะพิสูจน์ได้ว่าการตายจากการทำละเมิดไม่ได้รับความเป็นธรรม¹⁰²¹ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีทารกที่ถึงแก่ความตายคือ Viable Fetus ซึ่งพร้อมจะคลอดออกมามีชีวิต เพราะเมื่อพิจารณาลักษณะของเด็กแรกคลอดเปรียบเทียบกับ

¹⁰¹⁷ Cooper v Blanck, 39 So. 2d 352 (La. 1923) ; Jasinsky v Potts, 153 Ohio St. 529, 92 N.E.2d 809 (1950) ; Shousha v Matthews Drivurself Service, Inc., 210 Tenn. 384, 358 S.W.2d 471 (1962).

¹⁰¹⁸ Torigian v Watertown News Co. 225 N.E.2d 926 (1967).

¹⁰¹⁹ McAuley v Wills (1983) 251 Ga 3, 303 SE2d 258

¹⁰²⁰ Martin v St. John Hosp. & Medical Ctr. Corp (1994) 205 Mich App 486, 517 NW2d 787 ข้อเท็จจริงปรากฏว่า แพทย์ผ่าตัดทำคลอดโดยประมาททำให้ทารกตายคลอด หญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ศาลพิพากษาว่าเมื่อหญิงไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าการตายของทารกเป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ และในขณะที่ทารกถึงแก่ความตาย ทารกยังไม่มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย หญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารก

¹⁰²¹ Summerfield v Superior Court of County of Maricopa (1985) 144 Ariz 467, 698 P2d 712 ; Burnham v Miller, 193 Ariz. 312, 972 P.2d 645 (Ct. App. Div. 1 1998) ; Eich v Town of Gulf Shores, 293 Ala. 95, 300 So. 2d 354 (1974).

เด็กที่พร้อมจะคลอดออกมามีชีวิต เด็กทั้งสองคนต่างมีลักษณะทางกายภาพและความพร้อมที่จะมีสิทธิในทางกฎหมายไม่แตกต่างกัน¹⁰²² โดยความแตกต่างมีเพียงประการเดียวคือ เด็กคนหนึ่งยังคงอยู่ภายในครรภ์แต่เด็กอีกคนหนึ่งอยู่ภายนอกครรภ์แล้วเท่านั้น จึงเกิดปัญหาว่าเมื่อกฎหมายยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของเด็กภายหลังคลอด เพราะเหตุใดกฎหมายจึงไม่ยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกที่พร้อมจะคลอด¹⁰²³

ในหลายครั้งนักกฎหมายพยายามยกตัวอย่างสถานการณ์สมมติเพื่อแสดงให้เห็นว่า การที่กฎหมายไม่ยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของ Viable fetus เป็นกฎหมายที่ให้ผลที่ไม่เป็นธรรม¹⁰²⁴ โดยนักกฎหมายได้ยกตัวอย่างว่า ในกรณีที่หญิงตั้งครรภ์ผ่าคลอดและการกระทำของแพทย์ทำให้ทารกคนหนึ่งเสียชีวิตตั้งแต่อยู่ในครรภ์ ในขณะที่ทารกอีกคนหนึ่งเสียชีวิตทันทีภายหลังคลอด เมื่อพิจารณาตามหลักการการคลอดมีชีวิตเห็นได้ว่าหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของเด็กที่ถึงแก่ความตายภายหลังคลอดเท่านั้น แต่ไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกที่ตายก่อนคลอด ทั้งที่ความเสียหายจากการตายของทารกและเด็กไม่แตกต่างกัน¹⁰²⁵

ในขณะที่ศาลบางมลรัฐได้เปรียบเทียบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกกับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล เมื่อกฎหมายยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิด เพราะเหตุใดถ้าการทำละเมิดดังกล่าวเป็นเหตุทำให้เด็กถึงแก่ความตาย กฎหมายถึงไม่ยินยอมให้ชายและหญิงบิดามารดาของเด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของเด็ก ตัวอย่างเช่น คดี *Amadio v Levin*¹⁰²⁶ ศาลให้เหตุผลว่า

... เมื่อศาลจำนวนมากเลือกที่จะพิจารณาพิพากษาคดีตามคดี *Bonbrest v Kotz*. ด้วยเหตุผลที่ว่าทารกในครรภ์ไม่ใช่ส่วนหนึ่งของหญิง แต่มีสถานะทางกฎหมายแยกต่างหากจากหญิง โดยทารกมีสิทธิที่จะเกิดขึ้นมา มีสุขภาพร่างกายแข็งแรง ซึ่งบุคคล

¹⁰²² *Amadio v Levin* (1985) 501 A.2d 1085 (Pa.SC).

¹⁰²³ Bernard Dickens, *supra note 494*, p.107.

¹⁰²⁴ *Chrisafogeorgis v Brandenburg*, 55 Ill. 2d 368, 304 N.E.2d 88 (1973) ; *Mone v Greyhound Lines, Inc.*, 368 Mass. 354, 331 N.E.2d 916 (1975)

¹⁰²⁵ Bernard Dickens, *supra note 494*, p.99. ; Daniel S. Meade, *supra note 947*, p.431. ; *Eich v Gulf Shores* (1974) 293 Ala 95, 300 So 2d 354 ; *Stidam v Ashmore* (1959) 109 Ohio App 431, 11 Ohio Ops 2d 383, 167 NE2d 106.

¹⁰²⁶ 482 A 2d 394, 397 (DC App, 1984).

ใดจะรบกวนพัฒนาการหรือการเกิดของเด็กไม่ได้ หากมีการกระทำใดเป็นเหตุทำให้เด็กไม่สามารถเกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ เมื่อเด็กคลอดออกมามีชีวิตกฎหมายก็ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด ดังนั้น เมื่อกฎหมายยอมรับว่า “เด็ก” เป็น “บุคคล” ตามกฎหมายลักษณะละเมิด แล้วเพราะเหตุใดกฎหมายถึงไม่ยอมรับว่า “เด็ก” เป็น “บุคคล” ตามกฎหมายว่าด้วยการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตาย

เมื่อ “ทารก” เป็น “บุคคล” ตามกฎหมาย ถ้ามีการกระทำอย่างใดเป็นเหตุทำให้ทารกถึงแก่ความตายก่อนมีสภาพบุคคล หรือตายภายหลังคลอดออกมามีสภาพบุคคลผลทางกฎหมายจะต้องไม่แตกต่างกัน เพราะชายและหญิงบิดามารดาต้องมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการของเด็กได้เหมือนกัน...

เมื่อการที่กฎหมายไม่ยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกสร้างความไม่เป็นธรรมให้กับชายและหญิง ศาลในหลายมลรัฐ¹⁰²⁷ จึงเลือกที่จะไม่พิพากษาคดีตามแนวบรรทัดฐานดั้งเดิม แต่ยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด โดยศาลเห็นว่าแม้ Viable fetus ยังไม่มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย แต่ Viable fetus ถือว่าเป็นบุคคล (Person) ตามคำนิยามของกฎหมายแล้ว¹⁰²⁸ อีกทั้งเมื่อกฎหมายไม่ได้มีวัตถุประสงค์คุ้มครองเพียงบุคคลที่มีสภาพบุคคลตามกฎหมายแล้วเท่านั้นแต่ให้คุ้มครองมนุษย์ทุกชีวิต ในกรณีที่มนุษย์มีสภาพบุคคลตามกฎหมายแล้ว กฎหมายให้ความคุ้มครองไม่ให้บุคคลใดทำร้ายหรือทำให้เขาเหล่านั้นเสียชีวิต ในกรณีที่มนุษย์ยังไม่มีสภาพบุคคล กฎหมายให้ความคุ้มครองไม่ให้บุคคลอื่นใดขัดขวางการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตของมนุษย์¹⁰²⁹ เช่น ในมลรัฐแอริโซนา¹⁰³⁰ ภายหลังที่ศาลได้พิจารณาจากความผิดฐานฆ่าทารกและความผิดฐานทำแท้ง ศาลให้ความเห็นว่าจากความผิดทางอาญาทั้ง 2 ฐาน กฎหมายอาญาไม่ได้เพียงให้ความคุ้มครองมนุษย์ที่มีสภาพบุคคลแล้วเท่านั้น แต่กฎหมายอาญายังให้ความคุ้มครองมนุษย์ที่ยังไม่มีสภาพบุคคลอีกด้วย เมื่อพิจารณาความรับผิดชอบทางแพ่งไม่มีเหตุผลที่กฎหมายจะ

¹⁰²⁷ Santana v Zilog, Inc., 95 F.3d 780 (9th Cir. 1996) ; Thibert v Milka, 419 Mass. 693, 646 N.E.2d 1025 (1995) ; Baum v Burrington, 119 Wash. App. 36, 79 P.3d 456 (Div. 1 2003).

¹⁰²⁸ J I Stich, “Recovery for the Wrongful Death of a Viable Fetus : Werling v Sandy,” *Akron Law Review*, Volume 19, pp.127-139 (1985)

¹⁰²⁹ O'Neill v Morse, 385 Mich. 130, 188 N.W.2d 785 (1971)

¹⁰³⁰ Summerfield v Superior Court, 698 P2d 712 (Ariz 1985).

ให้ความคุ้มครองน้อยกว่ากฎหมายอาญา ในกรณีที่การทำละเมิดเป็นเหตุทำให้ทารกถึงแก่ความตาย กฎหมายก็ควรรับรองให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดเช่นกัน¹⁰³¹

ในมลรัฐเพนซิลเวเนีย คดี *Amadio v Levin*¹⁰³² ท่ามกลางการพิจารณาพิพากษาคดีที่ยังไม่มีความชัดเจนแน่นอน ศาลเลือกที่จะยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกต่อเมื่อทารกที่ตายคือ *Viable fetus* เท่านั้น โดยศาลให้เหตุผลว่า ถ้าศาลไม่ยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด เท่ากับว่ากฎหมายกำลังช่วยให้ผู้ทำละเมิดหลุดพ้นจากความรับผิด อีกทั้งเท่ากับว่ากฎหมายต้องการให้ความคุ้มครองพิเศษกับผู้ทำละเมิด โดยยินยอมให้ผู้ทำละเมิดฆ่าทารกได้โดยไม่ต้องรับผิด ด้วยผลทางกฎหมายดังกล่าวยอมเป็นเหตุชักจูงใจให้ผู้ทำละเมิดเลือกที่จะฆ่าทารกมากกว่าปล่อยให้ทารกคลอดออกมามีชีวิต¹⁰³³

คดี *Presley v Newport Hospital*¹⁰³⁴ ศาลให้เหตุผลว่า เมื่อความเสียหายจากการตายของ *Viable Fetus* ไม่แตกต่างจากความเสียหายจากการตายของเด็กแรกคลอด ย่อมเป็นเรื่องที่แปลกประหลาดอย่างมาก ถ้าศาลจะบอกว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายต่อเมื่อเด็กตายภายหลังคลอดเท่านั้น อีกทั้งศาลคงไม่สามารถอธิบายได้ว่าเพราะเหตุใดกฎหมายจึงมุ่งเอาผิดกับบุคคลที่ทำร้ายทารกแต่เลือกที่ปล่อยบุคคลที่ฆ่าทารก ด้วยเหตุดังกล่าว แม้ทารกถึงแก่ความตายก่อนมีสภาพบุคคล ชายและหญิงก็มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารก

คดี *Summerfield v Superior Court, Maricopa Cty*¹⁰³⁵ ศาลให้เหตุผลว่า เมื่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายคือการเยียวยาความเสียหายให้กับคนที่มีชีวิตอยู่หาได้เป็นการเยียวยาความเสียหายให้กับคนที่ตาย และเมื่อความเสียหายจากการตายของทารกก่อนมีสภาพบุคคลกับความเสียหายจากการตายของเด็กแรกคลอดมีลักษณะเหมือนกัน ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกก่อนคลอดเช่นเดียวกัน

คดี *O'Grady v Brown*¹⁰³⁶ ศาลให้เหตุผลว่า เมื่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายคือ การเยียวยาความเสียหายให้แก่ชายและหญิงที่ต้องสูญเสียบุตร อีกทั้งยังป้องปรามไม่ให้

¹⁰³¹ *Verkennes v Corniea*, 299 Minn. 365, 38 N.W.2d 838 (1949) ; *Rainey v Horn*, 221 Miss. 269, 72 So.2d 434 (1954)

¹⁰³² 501 A2d 1085 (Pa 1985)

¹⁰³³ *Kwaterski v State Farm Mutual Automobile Ins Co*, 148 NW 2d 107,110 (1967).

¹⁰³⁴ 365 A 2d 748,753 (1976).

¹⁰³⁵ 698 P 2d 712, 721 (Ariz, 1985)

¹⁰³⁶ 654 SW 2d 904,909 (Mo banc, 1983).

บุคคลใดฆ่าทารกในครรภ์ ด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายอย่างน้อยสองประการนี้เอง ย่อมมีผลใช้บังคับกับทั้งการตายของเด็กแรกคลอดและการตายของทารกก่อนคลอด อีกทั้งเมื่อการทำละเมิดที่เป็นเหตุทำให้เด็กหรือทารกถึงแก่ความตาย ต่างก็เป็นการละเมิดต่อ “สิทธิที่จะให้กำเนิดบุตร” ของชายและหญิง ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด

อย่างไรก็ตาม เพื่อไม่ให้ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบโดยไม่มีขอบเขต ศาลจึงกำหนดเงื่อนไขว่าสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกจะเกิดขึ้นต่อเมื่อทารกที่ถึงแก่ความตายต้องเป็น Viable fetus เท่านั้น¹⁰³⁷ อีกทั้งเพื่อป้องกันปัญหาความยากลำบากในการพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ศาลได้กำหนดเงื่อนไขอีกด้วยการตายของทารกต้องเป็นผลมาจากการทำละเมิดภายหลังที่ทารก Viable fetus โดยไม่จำกัดว่าความสามารถในการมีชีวิตของทารกเป็นความสามารถตามธรรมชาติหรือเป็นความสามารถที่เกิดขึ้นโดยอาศัยเครื่องมือทางการแพทย์¹⁰³⁸

(ค) กฎหมายยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของ Non-viable fetus

ในปัจจุบันมีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นว่าสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกไม่ควรจำกัดอยู่เฉพาะแต่การตายของ Viable fetus เท่านั้น แต่กฎหมายควรยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของ Non-viable fetus อีกด้วย นักกฎหมายจำนวนหนึ่งเชื่อว่าเมื่อวิทยาศาสตร์เองก็ไม่สามารถระบุได้ว่าทารกเริ่มมีความสามารถที่จะมีชีวิตเมื่อใด เพราะความสามารถในการชีวิตของทารกไม่ได้ขึ้นอยู่กับเวลาที่สามรถกำหนดได้ตายตัว แต่ขึ้นอยู่กับสุขภาพของหญิงและความพร้อมทางการแพทย์¹⁰³⁹ เมื่อจุดเริ่มต้นของการเป็น Viable Fetus ไม่มีความแน่นอน กฎหมายจึงไม่ควรใช้พัฒนาการของทารกเป็นเกณฑ์เพื่อกำหนดสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย

¹⁰³⁷ Summerfield v Superior Court In and For Maricopa County, 144 Ariz. 467, 698 P.2d 712 (1985).

¹⁰³⁸ William P Statsky, *supra* note 144, p.419.

¹⁰³⁹ Kelly v Gregory, 282 A.D. 542, 125 N.Y.S.2d 696 (1953) ศาลให้เหตุผลว่าหลักเกณฑ์ที่ใช้เพื่อแบ่งแยกสิทธิของทารกที่จะได้รับการคุ้มครองแยกต่างหากจากหญิง คือ หลักเกณฑ์ที่พิจารณาโดยอาศัยความแตกต่างทางชีววิทยา (Biological Separability) ซึ่งความแตกต่างเช่นนี้อาจจำเป็นต้องรอให้ทารกมีความสามารถที่จะมีชีวิตแยกต่างหากจากหญิงไม่ เพราะความแตกต่างทางชีววิทยาแสดงออกทันทีเมื่อมีการปฏิสนธิ

นอกจากนี้ นักวิชาการยังได้ให้เหตุผลอีกด้วยว่า พัฒนาการของทารกไม่มีความสัมพันธ์กับลักษณะของความเสียหาย เพราะไม่ว่าเป็นการตายของ Viable fetus หรือ Non-viable fetus การตายของทารกทำให้ชายและหญิงบิดามารดาได้รับความเสียหายเช่นเดียวกัน

ทั้งนี้ เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาความไม่แน่นอนที่ว่าความสามารถในการมีชีวิตเริ่มต้นเมื่อใด นักกฎหมายเห็นว่ากฎหมายควรยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกภายหลังที่มีการปฏิสนธิ¹⁰⁴⁰ อีกทั้งเพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาการพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ศาลของหลายมลรัฐได้กำหนดเงื่อนไขว่า ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายต่อเมื่อการตายของทารกเป็นผลมาจากการทำละเมิดภายหลังที่มีการปฏิสนธิแล้วเท่านั้น ถ้าการตายของทารกเป็นผลมาจากการทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิ ชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด¹⁰⁴¹

ในกรณีที่มีการทำละเมิดทำให้ชายหรือหญิงต้องสูญเสียความสามารถในการเจริญพันธุ์อย่างถาวร มีปัญหาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายหรือไม่ ปัญหาข้อนี้ นักกฎหมายจำนวนหนึ่งเห็นว่า เมื่อการทำละเมิดเป็นเหตุทำให้ชายหรือหญิงเสียความสามารถในการ

¹⁰⁴⁰ Wiersma v Maple Leaf Farms, 1996 SD 16, 543 N.W.2d 787 (S.D. 1996).

¹⁰⁴¹ Sullivan v Old C. S. R. Co. (1908) 197 Mass 512, 83 NE 1091 ข้อเท็จจริงปรากฏว่าก่อนตั้งครรภ์หญิงประสบอุบัติเหตุทางรถไฟ เมื่อหญิงเข้ารับการรักษาจนหายแล้วหญิงได้ตั้งครรภ์ แต่ด้วยผลกระทบจากอุบัติเหตุดังกล่าวทำให้หญิงคลอดบุตรก่อนกำหนดและเป็นเหตุทำให้ทารกถึงแก่ความตาย หญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยอ้างว่าการกระทำโดยประมาทของผู้ขับซีรไฟเป็นผลโดยตรงที่ทำให้ทารกถึงแก่ความตาย ในการพิจารณาพิพากษาคดีศาลเห็นว่า เมื่อพยานแพทย์ผู้เชี่ยวชาญได้ให้ความเห็นว่า สาเหตุที่ทารกถึงแก่ความตายไม่สามารถสรุปได้อย่างแน่ชัดว่าเป็นผลมาจากอุบัติเหตุ หญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารก ; Martin v St. John Hosp. & Medical Ctr. Corp (1994) 205 Mich App 486, 517 NW2d 787 ; Berg v New York Soc. for Relief of Ruptured & Crippled แพทย์ถ่ายเลือดไม่ตรงกับหมู่เลือดของหญิงโดยประมาทเมื่อหญิงตั้งครรภ์ความผิดพลาดดังกล่าวทำให้ทารกคลอดก่อนกำหนดและถึงแก่ความตาย หญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์โดยอ้างว่าเพราะการกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นเหตุทำให้ทารกต้องเสียชีวิต ในการพิจารณาคดีศาลเห็นว่า เป็นเรื่องยากที่จะพิสูจน์ได้ว่าการเสียชีวิตของทารกเป็นผลมาจากการถ่ายเลือดที่เกิดขึ้นก่อนการปฏิสนธิจริงหรือไม่ เมื่อหญิงไม่สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลว่าการตายของทารกเป็นผลโดยตรงมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ ศาลเห็นว่าไม่ควรยินยอมให้หญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย

เจริญพันธุ์ เช่น ทำให้ชายไม่สามารถให้กำเนิดบุตร หรือทำให้หญิงไม่สามารถตั้งครรภ์ ชายและหญิงควรมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด¹⁰⁴² โดยการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเสียความสามารถในการเจริญพันธุ์มีลักษณะคล้ายคลึงกับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของ Non-viable fetus โดยมีจุดแตกต่างคือ ในกรณีที่การทำละเมิดเป็นเหตุทำให้ Non-viable fetus ถึงแก่ความตาย ต้องเป็นกรณีที่มีชีวิตของมนุษย์เกิดขึ้นมาแล้วแต่ชายและหญิงสูญเสียความคาดหวังที่จะได้เป็นบิดามารดา ในขณะที่การสูญเสียความสามารถในการเจริญพันธุ์เป็นกรณีที่ไม่เคยมีชีวิตของมนุษย์เกิดขึ้นเลย แต่เป็นกรณีที่ชายและหญิงสูญเสียความคาดหวังที่จะได้เป็นบิดามารดาเช่นกัน

นอกจากนี้ มีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นอีกด้วยว่า ในกรณีที่มีการทำละเมิดต่อเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนจนทำให้เซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนไม่สามารถพัฒนาไปเป็นชีวิตมนุษย์ได้นั้น ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเสียโอกาสที่จะให้กำเนิดบุตรหรือไม่ ปัญหาดังกล่าวศาลในหลายมลรัฐเห็นว่า เมื่อเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนยังไม่มีสภาพบุคคล อีกทั้งยังไม่ได้ผ่านกระบวนการฝังตัวจนเป็นทารกในครรภ์ ชายและหญิงที่สูญเสียเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนจากการทำละเมิด ไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดตามกฎหมายว่าด้วยการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของบุคคล (Wrongful Death)

อย่างไรก็ตาม แม้ชายและหญิงจะไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายดังที่ได้กล่าวข้างต้น แต่ก็หาได้หมายความว่าชายและหญิงจะไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยสิ้นเชิง เพราะในกรณีที่ชายและหญิงต้องเสียเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนจากการทำละเมิด ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากค่าใช้จ่ายที่สูญเสียไปในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ก่อนที่เซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนถูกทำลาย แต่ค่าเสียหายที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากผู้ทำละเมิดมีน้อยกว่ากรณีที่ทารกถึงแก่ความตาย¹⁰⁴³

ตัวอย่างเช่น คดี Doe v Irvine Scientific Sales Co., Inc.¹⁰⁴⁴ ศาลพิพากษาว่า แม้การกระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้ชายและหญิงต้องสูญเสียตัวอ่อนและทำให้การตั้งครรภ์ของชายและหญิงไม่ประสบผลสำเร็จ อย่างไรก็ตาม ชายและหญิงไม่มีสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการสูญเสียตัวอ่อนก่อนที่ตัวอ่อนได้ฝังตัวในครรภ์ เพราะในช่วงเวลาดังกล่าวตัวอ่อนยัง

¹⁰⁴² Bernard Dickens, *supra note 494*, p.99. ; Valence v Louisiana Power & Light Co. (1951, La App) 50 So 2d 847

¹⁰⁴³ William P Statsky, *supra note 144*, p.419.

¹⁰⁴⁴ (1988) 7 F.Supp.2d 737

ไม่ได้ฝังตัวในโพรงมดลูกของหญิงและไม่ได้เป็นทารกในครรภ์ เช่นเดียวกับคดี Davis v. Davis¹⁰⁴⁵ ที่พิจารณาว่า เมื่อตัวอ่อนยังไม่ได้ฝังตัวในโพรงมดลูกของหญิง ตัวอ่อนจึงยังไม่เป็นบุคคลที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย แม้ว่าการกระทำโดยประมาทของแพทย์จะเป็นเหตุทำให้ตัวอ่อนถูกทำลาย ชายและหญิงก็ไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

คดี Bolin v. Wingert¹⁰⁴⁶ ศาลพิจารณาว่า แม้หญิงไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการสูญเสียตัวอ่อนก่อนที่จะมีการฝังตัวในโพรงมดลูก แต่หญิงมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจจากแพทย์ที่ทำการแท้ง

คดี Jeter v. Mayo Clinic Ariz¹⁰⁴⁷ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ชายและหญิงเข้ารับการปฏิสนธิเทียมกับแพทย์ ภายหลังที่แพทย์นำเซลล์สืบพันธุ์ทำการปฏิสนธิในห้องปฏิบัติการจนได้ตัวอ่อนจำนวน 5 ตัวอ่อน แพทย์ได้จัดเก็บตัวอ่อนดังกล่าวไว้ที่ห้องจัดเก็บตัวอ่อนเพื่อรอที่จะตรวจสอบและคัดกรองคุณภาพของตัวอ่อนก่อนนำไปฝังตัวในโพรงมดลูกของหญิง ในระหว่างการจัดเก็บตัวอ่อน แพทย์ดำเนินการด้วยความประมาทจนทำให้ตัวอ่อนทั้ง 5 ตัวอ่อน ได้รับความเสียหายและไม่สามารถนำมาฝังตัวในโพรงมดลูกของหญิง ชายและหญิงจึงฟ้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ด้วยข้ออ้างดังนี้

1) ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของตัวอ่อนก่อนมีสภาพบุคคลตาม Wrongful Death Statute

2) ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อหน้าที่อันเกิดจากความไว้นื้อเชื่อใจ

3) ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการสูญเสียทรัพย์สินที่ไม่อาจแทนที่ได้

4) ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการผิดสัญญาฝากทรัพย์สิน

ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลอุทธรณ์มลรัฐแอริโซนามีคำพิพากษาดังนี้

1) สำหรับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของตัวอ่อน ศาลเห็นว่าเมื่อตัวอ่อนไม่เป็น “บุคคล” ตามคำนิยามและวัตถุประสงค์ของ Wrongful death statute ชายและหญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของตัวอ่อน

2) สำหรับข้อกล่าวอ้างที่ว่า การกระทำของแพทย์เป็นการผิดหน้าที่อันเกิดจากความไว้นื้อเชื่อใจ ศาลเห็นว่าตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคดียังไม่เพียงพอที่จะทำให้ศาลเห็นว่าการ

¹⁰⁴⁵ 842 S.W.2d 588 (Tenn. 1992)

¹⁰⁴⁶ 764 N.E.2d 201 (Ind. 2002)

¹⁰⁴⁷ 211 Ariz. 386, 121 P.3d 1256 (2005)

กระทำของแพทย์เป็นไปตามคำกล่าวอ้างของชายและหญิง ชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการผิดหน้าอันเกิดจากความไว้นื้อเชื่อใจ

3) เมื่อการกระทำของแพทย์เป็นเหตุทำให้ตัวอ่อนได้รับความเสียหายจนไม่อาจนำมาใช้ในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์และไม่สามารถนำมาฝังตัวในโพรงมดลูกของหญิง ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ เนื่องจากการกระทำดังกล่าวทำให้ชายและหญิงสูญเสียตัวอ่อนที่เป็นทรัพย์สินที่ไม่อาจแทนที่ได้ด้วยทรัพย์สินอื่น (Irreplaceable property)

4) เมื่อพิจารณาจากหน้าที่ตามสัญญาระหว่างชายหญิงและแพทย์ มีข้อตกลงส่วนหนึ่งที่เข้าลักษณะของสัญญาฝากทรัพย์สิน กล่าวคือ การที่ชายและหญิงตกลงฝากตัวอ่อนไว้กับแพทย์จนกว่าที่จะทำการฝังตัวในโพรงมดลูกเสร็จสมบูรณ์ การที่แพทย์กระทำโดยประมาทจนเป็นเหตุที่ทำให้ตัวอ่อนได้รับความเสียหาย ย่อมเป็นการกระทำที่ผิดต่อหน้าที่ตามสัญญาฝากทรัพย์สิน ชายและหญิงจึงมีสิทธิที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายตามสัญญาฝากทรัพย์สิน

สำหรับปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิในการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกพบว่ายังคงไม่แน่นอนว่ากฎหมายยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกได้หรือไม่ ซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายของแต่ละมลรัฐ¹⁰⁴⁸ โดยสรุปได้ดังนี้

กลุ่มที่ 1 กฎหมายยินยอมให้มีการฟ้องเรียกค่าเสียหายต่อเมื่อเด็กถึงแก่ความตายภายหลังที่มีสภาพบุคคลตามกฎหมายแล้วเท่านั้น ปรากฏใน 10 มลรัฐ ประกอบด้วย (1) มลรัฐอะแลสกา (2) มลรัฐแคลิฟอร์เนีย (3) มลรัฐฟลอริดา (4) มลรัฐไอโอวา (5) มลรัฐเมน (6) มลรัฐนิวเจอร์ซีย์ (7) มลรัฐนิวยอร์ก (8) มลรัฐเทนเนสซี (9) มลรัฐยูทาห์ (10) มลรัฐไวโอมิง

กลุ่มที่ 2 กฎหมายยินยอมให้มีการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของ Viable fetus เท่านั้น ปรากฏใน 27 มลรัฐ และ 1 เขตปกครองพิเศษ¹⁰⁴⁹ (1) มลรัฐแอริโซนา (2) มลรัฐอาร์คันซอ (3) มลรัฐโคโลราโด (4) มลรัฐคอนเนตทิคัต (5) มลรัฐเดลาแวร์ (6) มลรัฐฮาวาย (7) มลรัฐไอดาโอ (8) มลรัฐอินเดียนา (9) มลรัฐแคนซัส (10) มลรัฐแคนซัส (11) มลรัฐเคนทักกี (12) มลรัฐแมริแลนด์ (13) มลรัฐแมสซาชูเซตส์ (14) มลรัฐมินิโซตา (15) มลรัฐมอนแทนา (16) มลรัฐเนวาดา (17) มลรัฐนิวแฮมป์เชียร์ (18) มลรัฐนอร์ทแคโรไลนา (19) มลรัฐนอร์ทดาโคตา (20) มลรัฐโอไฮโอ (21) มลรัฐออริกอน (22) มลรัฐเพนซิลเวเนีย (23) มลรัฐโรดไอแลนด์

¹⁰⁴⁸ Jill D. Washburn Helbling, "To Recover or Not to Recover: A State by State Survey of Fetal Wrongful Death Law," *West Virginia Law Review*, Volume 99, Issue 2, pp.367-371 (1997)

¹⁰⁴⁹ Denise M. Burke, *supra* note 501.

(24) มลรัฐเซาท์แคโรไลนา (25) มลรัฐเวอร์มอนต์ (26) มลรัฐเวสต์เวอร์จิเนีย (27) มลรัฐวิสคอนซิน (28) เขตปกครองพิเศษ โคลัมเบีย

กลุ่มที่ 3 กฎหมายยินยอมให้มีการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของ Non-viable fetus ซึ่งปรากฏใน 13 มลรัฐ¹⁰⁵⁰ ประกอบไปด้วย (1) มลรัฐแอลละแบมา (2) มลรัฐจอร์เจีย (3) มลรัฐอิลลินอยส์ (4) มลรัฐลุยเซียนา (5) มลรัฐมิชิแกน (6) มลรัฐมิสซิสซิปปี (7) มลรัฐมิสซูรี (8) มลรัฐเนแบรสกา (9) มลรัฐโอคลาโฮมา (10) มลรัฐเซาท์ดาโคตา (11) มลรัฐเท็กซัส (12) มลรัฐเวอร์จิเนีย (13) มลรัฐเวสต์เวอร์จิเนีย

4.2.2 ประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษ การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนที่เด็กมีสภาพบุคคลมีจำนวนไม่มากหากเปรียบเทียบกับประเทศสหรัฐอเมริกา โดยแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลได้รับอิทธิพลมาจากศาลต่างประเทศ อาทิ ประเทศแคนาดา และประเทศออสเตรเลีย ปัญหาที่ว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลหรือไม่เป็นปัญหาที่เริ่มมีการถกเถียงกันในช่วงปลายศตวรรษที่ 20 ในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับแล้วว่า แม้ความเสียหายจะเป็นผลมาจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล แต่ถ้าเด็กคลอดออกมามีชีวิต เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการผู้ทำละเมิดเช่นกัน โดยพัฒนาการในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายมีรายละเอียดดังนี้

(1) การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลตามกฎหมายจารีตประเพณี

ในช่วงต้นผู้พิพากษาและนักกฎหมายมีความคิดเห็นไม่ตรงกันว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลหรือไม่ เพราะนักกฎหมายเห็นว่าบุคคลมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อบุคคลอื่นที่มีสภาพบุคคลแล้วเท่านั้น เมื่อทารกยังไม่มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย ทารกจึงไม่มีสิทธิและไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย¹⁰⁵¹ นอกจากนี้ นักวิชาการอีกส่วนหนึ่งได้แสดงความเห็นว่า เมื่อทารกเป็นเพียงส่วนหนึ่งของหญิงที่ตั้งครรภ์ บุคคลจึงมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อหญิงที่ตั้งครรภ์เท่านั้น เฉพาะแต่หญิงที่ตั้งครรภ์ที่ เป็นผู้เสียหายที่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย

¹⁰⁵⁰ *Ibid.*

¹⁰⁵¹ A. Whitfield, “Common Law Duties to Unborn Children,” *Medical Law Review*, Volume 28, pp.28-52 (1993) ; J. Murphy, “The Tortious Liability of Physicians for Injuries Sustained in Childbirth,” *Professional Negligence*, Issue 2, Volume 10, p.82 (1995)

อย่างไรก็ดี การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลปรากฏขึ้นครั้งแรกในคดี *Burton v Islington Health Authority*¹⁰⁵² โดยมีข้อเท็จจริงว่าหญิงเข้ารับการรักษาพยาบาลกับแพทย์ ในระหว่างการรักษาพยาบาลมีความจำเป็นที่หญิงต้องเข้ารับการผ่าตัด แต่ก่อนทำการผ่าตัดแพทย์ไม่ได้ตรวจว่าหญิงกำลังตั้งครรภ์ การผ่าตัดดังกล่าวจึงทำให้เด็กพิการ ภายหลังจากที่เด็กคลอดออกมามีชีวิตเด็กได้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ แต่แพทย์ให้การว่าแม้การกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นเหตุทำให้เด็กพิการ แต่เมื่อขณะที่แพทย์ทำการผ่าตัดเด็กยังไม่มีสภาพบุคคล เด็กจึงยังไม่ได้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย อีกทั้งเมื่อแพทย์ไม่มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อทารก การผ่าตัดโดยประมาทจึงไม่เป็นการทำละเมิดต่อทารก

ในชั้นพิจารณาพิพากษาคดี ศาลได้ศึกษาเปรียบเทียบกับแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศ¹⁰⁵³ อาทิ คดี *Watt v Rama* (ประเทศออสเตรเลีย)¹⁰⁵⁴ และคดี *De Martell v Merton and Sutton Health Authority* (ประเทศแคนาดา)¹⁰⁵⁵ เมื่อศาลได้ศึกษาเหตุผลของคำพิพากษาทั้งสองคดีอย่างละเอียด ศาลพิจารณาว่าแม้ในขณะที่แพทย์ผ่าตัดโดยประมาททารกจะยังไม่มีสภาพบุคคลก็ตาม แต่เมื่อแพทย์สามารถคาดเห็นได้ว่าการกระทำโดยประมาทของตนอาจเป็นเหตุทำให้ทารกได้รับความเสียหาย แพทย์จึงไม่ได้มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อหญิงเท่านั้น แต่ยังมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อทารกอีกด้วย ซึ่งผู้พิพากษา Gillard J พิจารณาคดีโดยอ้างอิงเนื้อหาของกฎหมายลาตินที่ว่า “...เมื่อใดก็ตามที่กฎหมายพิจารณาถึงประโยชน์ของทารกให้ถือเสมือนว่าทารกได้คลอดออกมา มีสภาพบุคคลและมีสิทธิครบถ้วนตามกฎหมายแล้ว (*Nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur*)...”¹⁰⁵⁶ อีกทั้งเมื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากการทำละเมิดก่อนที่มีสภาพบุคคลมีลักษณะเหมือนกับความเสียหายที่เป็นผลมาจากการทำละเมิดภายหลังที่บุคคลมีสภาพบุคคลตามกฎหมายแล้ว ผู้พิพากษา Gillard J จึงพิพากษาว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้เสมือนว่าการทำละเมิดเกิดขึ้นภายหลังที่เด็กมีสภาพบุคคลตามกฎหมาย¹⁰⁵⁷

¹⁰⁵² [1993] QB 204.

¹⁰⁵³ P. R. Glazebrook, "What Care Must Be Taken of an Unborn Baby?," *The Cambridge Law Journal*, Volume 52, Issue 1, pp.20-22 (1993)

¹⁰⁵⁴ Shaun D. Pattinson, *supra note 235*, p.328.

¹⁰⁵⁵ Marc Stauch, Kay Wheat and John Tingle, *supra note 211*, pp.475-476.

¹⁰⁵⁶ *Watt v Rama* [1972] VR 353

¹⁰⁵⁷ Marc Stauch, Kay Wheat and John Tingle, *supra note 212*, pp.444-445.

นอกจากนี้ มีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นอีกด้วยว่า นอกจากบุคคลมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อทารกในครรภ์แล้ว บุคคลมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อมนุษย์ที่จะได้รับการปฏิสนธิในอนาคตด้วยหรือไม่ ปัญหาดังกล่าวปรากฏขึ้นในคดี *Reay v BNF plc, Hope v BNF plc*¹⁰⁵⁸ ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า การกระทำโดยประมาทส่งผลทำให้เซลล์สืบพันธุ์ของปู่กลายเป็นไข่ แต่การกลายเป็นไข่ได้ปรากฏผลในรุ่นหลานของปู่ ซึ่งก็คือตัวเด็ก โดยการกลายเป็นไข่ทำให้เด็กมีสุขภาพอย่างรุนแรง เด็กจึงต้องการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ที่ทำให้เซลล์สืบพันธุ์ของปู่เกิดการกลายเป็นไข่

ในชั้นพิจารณาพิพากษาคดี ศาลไม่ได้พิจารณาในประเด็นที่ว่าบุคคลมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อมนุษย์ที่จะได้รับการปฏิสนธิในอนาคตหรือไม่ แต่ศาลพิจารณาเพียงว่า เมื่อผู้ทำละเมิดไม่สามารถคาดหมายได้ว่าการกระทำของตนจะทำให้หลานของผู้ถูกทำละเมิดโดยตรงได้รับความเสียหาย ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับหลานของผู้ถูกทำละเมิดจึงเป็นความเสียหายที่ไกลกว่าเหตุ เด็กจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด¹⁰⁵⁹

แม้กฎหมายรับรองว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล แต่มีปัญหาเกิดขึ้นว่าจำเป็นหรือไม่ที่การทำละเมิดต้องเกิดขึ้นภายหลังที่ทารกเป็น Viable Fetus แล้วเท่านั้น ซึ่งปัญหานี้แม้ไม่พบว่ามีแนวการพิจารณาพิพากษาคดีที่ชัดเจน แต่นักกฎหมายพยายามอธิบายโดยเทียบเคียงจากคดี *C v S*¹⁰⁶⁰ ซึ่งมีข้อเท็จจริงปรากฏว่า ชายไม่ต้องการให้กำเนิดบุตรจึงพยายามทำร้ายร่างกายของหญิงเพื่อให้หญิงแท้งลูก แต่ในขณะนั้นทารกยังไม่เป็น Viable Fetus ศาลจึงพิพากษาว่าการกระทำของชายไม่เป็นความผิดฐานพยายามฆ่าทารกตามกฎหมาย Infant Life (Preservation) Act 1929 เพราะบุคคล (Person) ที่กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองตามที่ปรากฏในมาตรา 1¹⁰⁶¹ หมายถึง Viable Fetus หรือทารกที่มีความสามารถที่

¹⁰⁵⁸ 5 Med LR 1.

¹⁰⁵⁹ Malcolm Khan and Michelle Robson, *supra note 209*, p.78.

¹⁰⁶⁰ [1987] 1 All ER 1230

¹⁰⁶¹ Infant Life (Preservation) Act 1929

Punishment for child destruction.

(1) Subject as hereinafter in this subsection provided, any person who, with intent to destroy the life of a child capable of being born alive, by any wilful act causes a child to die before it has an existence independent of its mother, shall be guilty of

จะมีชีวิตแยกต่างหากจากหญิงเท่านั้น (Being born alive) เพื่อไม่ให้เกิดการตีความคำว่า “บุคคล” ตามกฎหมายแพ่งขัดแย้งกับกฎหมายอาญา นักวิชาการจึงเสนอว่าเด็กจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายต่อเมื่อการทำละเมิดเกิดขึ้นกับ Viable Fetus เท่านั้น¹⁰⁶²

อย่างไรก็ดี ปัญหาข้างต้นเป็นที่ยุติเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมาย The Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976 เพราะกฎหมายกำหนดให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย แม้การทำละเมิดจะเกิดขึ้นก่อนที่มีการปฏิสนธิก็ตาม¹⁰⁶³ ทั้งนี้ แม้มีการทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิเกิดขึ้นก่อนที่กฎหมาย The Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976 มีผลใช้บังคับ ในคดี Burton v Islington AHA¹⁰⁶⁴ ผู้พิพากษา Dillon L.J. ได้ให้ความเห็นว่า เมื่อกฎหมายจารีตประเพณีไม่ได้กำหนดว่า เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายต่อเมื่อการทำละเมิดเกิดขึ้นภายหลังที่มีการปฏิสนธิแล้วเท่านั้น แม้การทำละเมิดจะเกิดขึ้นก่อนมีการปฏิสนธิ เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายจารีตประเพณีได้เช่นเดียวกัน¹⁰⁶⁵

felony, to wit, of child destruction, and shall be liable on conviction thereof on indictment to penal servitude for life:

Provided that no person shall be found guilty of an offence under this section unless it is proved that the act which caused the death of the child was not done in good faith for the purpose only of preserving the life of the mother.

(2) For the purposes of this Act, evidence that a woman had at any material time been pregnant for a period of twenty-eight weeks or more shall be *prima facie* proof that she was at that time pregnant of a child capable of being born alive.

¹⁰⁶² “The Abortion of a Foetus Incapable of Being Born Alive,” Australian Law Journal, Volume 61, pp.326-328 (1987)

¹⁰⁶³ Ian Kennedy and Andrew Grubb, *supra note 25*, pp.939-940.

¹⁰⁶⁴ [1992] 3 All E.R. 832.

¹⁰⁶⁵ Jean Vanessa Mchale, *supra note 223*, p.962. ; David Kemp and Peter Mantle, Damages for Personal Injury and Death, 7th ed., (London : Sweet & Maxwell, 1999), p.138.

**(2) การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล
ตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร**

แม้ตามกฎหมายจารีตประเพณีเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการ
ทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล แต่เพื่อให้กฎหมายมีความชัดเจนแน่นอน ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมาย
ที่มีชื่อว่า The Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976 กำหนดหลักเกณฑ์ให้เด็กมีสิทธิ
ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล โดยมีผลใช้บังคับต่อการทำละเมิดที่
เกิดขึ้นภายหลังวันที่ 22 มิถุนายน ค.ศ. 1976 เป็นต้นไป¹⁰⁶⁶

เมื่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรมีผลใช้บังคับ สิทธิในการฟ้องร้องเรียก
ค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลได้เปลี่ยนจากสิทธิตามกฎหมายจารีตประเพณีมาเป็น
สิทธิตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร¹⁰⁶⁷ โดยเด็กสามารถใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ต่อเมื่อเด็ก
คลอดออกมามีชีวิต (Born alive)¹⁰⁶⁸ ในกรณีที่เด็กถึงแก่ความตายก่อนคลอดหรือคลอดออกมาไม่มี
ชีวิต ชายหญิงบิดามารดาไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแทนเด็ก ซึ่งสอดคล้องกับแนวการพิจารณา
พิพากษาคดีของศาลในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีอื่นๆ¹⁰⁶⁹

กฎหมาย The Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976 ได้
กำหนดลักษณะการทำละเมิดไว้ 3 กรณีดังนี้

(ก) การทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิ (Preconception Tort)

เมื่อพิจารณากฎหมาย The Congenital Disability (Civil Liability) Act
1976 section 1 (2) (a)¹⁰⁷⁰ พบว่า กฎหมายไม่เพียงแต่ให้สิทธิกับเด็กที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย

¹⁰⁶⁶ Marc Stauch, Kay Wheat and John Tingle, *supra note 212*, p.443.

¹⁰⁶⁷ Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976, s.1

¹⁰⁶⁸ Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976, s.4 (3)

¹⁰⁶⁹ C. Pace, “Civil Liability for Pre-Natal Injuries,” *Modern Law Review*,
Volume 40, p.141 (1977)

¹⁰⁷⁰ Section 1 Civil liability to child born disabled.

...

(2) An occurrence to which this section applies is one which

(a) affected either parent of the child in his or her ability to have a normal,
healthy child

...

จากการทำละเมิดภายหลังที่มีการปฏิสนธิเท่านั้น เพราะถ้ามีการทำละเมิดอย่างใดเกิดขึ้นกับชายและหญิงก่อนมีการปฏิสนธิ และการทำเช่นนั้นเป็นเหตุทำให้เด็กได้รับความเสียหาย เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด¹⁰⁷¹

อย่างไรก็ดี การทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธินี้ต้องเป็นการกระทำต่อ “ชาย” หรือ “หญิง” ผู้เป็น “บิดา” หรือ “มารดา” ของเด็กเท่านั้น ไม่รวมถึงการกระทำต่อปู่ ย่า ตา หรือยายของเด็ก¹⁰⁷² และการทำละเมิดดังกล่าวต้องกระทบต่อความสามารถในการเจริญพันธุ์ของชายหรือหญิง จนเป็นเหตุทำให้ชายหรือหญิงไม่สามารถให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ตัวอย่างเช่น แพทย์ไม่ได้ตรวจเลือดที่นำมาใช้ในการรักษาพยาบาล ทำให้ชายหรือหญิงได้รับเลือดไม่ตรงหมู่เลือดของตน หรือได้รับเลือดที่ปนเปื้อนโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ อาทิ โรคซิฟิลิสหรือโรคเอดส์ หรือแพทย์ให้การักษาพยาบาลชายหรือหญิงโดยประมาทจนทำให้โครโมโซมเกิดการกลายพันธุ์¹⁰⁷³ เมื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเด็กเป็นผลโดยตรงมาจากการทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิ เด็กที่ได้รับ ความเสียหายจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้เช่นเดียวกับเด็กที่ได้รับความเสียหายจากการทำละเมิดภายหลังที่มีการปฏิสนธิ¹⁰⁷⁴

มีนักวิชาการตั้งข้อสังเกตว่า “ความสามารถ (Ability)” ของชายและหญิง ในการให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์นี้ รวมถึงความสามารถที่จะหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการด้วยหรือไม่ เช่น ความสามารถจะหลีกเลี่ยงการตั้งครรภ์ที่มีความเสี่ยงต่อการให้กำเนิดบุตรที่พิการ หรือความสามารถที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้งเมื่อพบว่าทารกในครรภ์พิการ เพราะถ้าความสามารถดังกล่าวรวมถึงความสามารถในการหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการด้วยแล้ว เด็กย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต (Wrongful Life)¹⁰⁷⁵

¹⁰⁷¹ Ian Kennedy and Andrew Grubb, *supra note 25*, pp.948-950.

¹⁰⁷² Jean Vanessa Mchale and Marie Fox, *supra note 223*, p. 965. ; Ian Kennedy and Andrew Grubb, *supra note 25*, pp.943-947.; Andrew Grubb, Judith Laing, Jean Mchale and Ian Kennedy, *supra note 800*, p.281.

¹⁰⁷³ Simon F. Deakin, Basil S. Markesinis and Angus Charles Johnston, *supra note 232*, p.303.

¹⁰⁷⁴ Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976, s.1 (3)

¹⁰⁷⁵ Shaun D. Pattinson, *supra note 235*, p. 334. ; Andrew Grubb, Judith Laing, Jean Mchale and Ian Kennedy, *supra note 800*, pp.294-295.

(ข) การทำละเมิดต่อหญิงที่ตั้งครรภ์หรือทารกในครรภ์ (Prenatal Injury) หรือการทำละเมิดต่อทารกระหว่างคลอด (During Birth)

กฎหมาย The Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976 มาตรา 1 (2) (a)¹⁰⁷⁶ กำหนดว่า ในกรณีที่มีการทำละเมิดต่อหญิงที่ตั้งครรภ์ หรือมีการทำละเมิดโดยตรงต่อทารกในครรภ์ (In utero) ถ้ากระทำดังกล่าวทำให้เด็กได้รับความเสียหาย เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด¹⁰⁷⁷

จากบทบัญญัติข้างต้นต้องพิจารณาอย่างรอบคอบว่า เด็กจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ต่อเมื่อการทำละเมิดเป็นเหตุโดยตรงทำให้เด็กพิการเท่านั้น ซึ่งถ้าปราศจากการทำละเมิดเด็กจะต้องเกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ แต่ในกรณีที่ปราศจากการทำละเมิดแล้ว เด็กจะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต เด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรด้วยเหตุผลนี้เอง ศาลจึงอธิบายว่ากฎหมายของประเทศอังกฤษห้ามมิให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต¹⁰⁷⁸

(ค) การทำละเมิดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (Human Fertilization)

ในปี ค.ศ. 1990 ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมาย Human Fertilisation and Embryology Act ซึ่งมีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติ The Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976 section 1A¹⁰⁷⁹ โดยกำหนดให้เด็กที่ได้รับความเสียหายจากความผิดพลาดใน

¹⁰⁷⁶ Section 1 Civil liability to child born disabled.

(1) An occurrence to which this section applies is one which

...

(a) affected the mother during her pregnancy, or affected her or the child in the course of its birth, so that the child is born with disabilities which would not otherwise have been present.

...

¹⁰⁷⁷ Ian Kennedy and Andrew Grubb, *supra note 25*, pp.950-953.

¹⁰⁷⁸ Gwyn Tovey, *supra note 216*, p.216. ; Shaun D. Pattinson, *supra note 235*, p.333.

¹⁰⁷⁹ Section 1A Extension of section 1 to cover infertility treatments

(1) In any case where—

กระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด โดยความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์อาจเป็นการกระทำต่อเซลล์สืบพันธุ์ของชายหรือหญิง (Gametes) หรือเป็นการกระทำต่อตัวอ่อนที่ผ่านการปฏิสนธิแล้ว (Embryo) ไม่ว่าจะเป็นการละเมิดในขั้นตอนการเลือก การใช้ หรือการจัดเก็บ เช่น ในขั้นตอนการตรวจคัดกรองสุขภาพของตัวอ่อน (Pre-Implantation Diagnosis) แพทย์มีหน้าที่เลือกเฉพาะที่ตัวอ่อนที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ เพื่อนำกลับเข้าสู่โพรงมดลูกของหญิงเท่านั้น หากแพทย์ตรวจคัดกรองและเลือกตัวอ่อนโดยประมาท โดยเลือกเอาตัวอ่อนที่เป็นโรคทางพันธุกรรมกลับเข้าสู่โพรงมดลูกของหญิง ภายหลังที่เด็กเกิดขึ้นมาพิการหรือมีความผิดปกติทางพันธุกรรม แม้ความพิการหรือโรคพันธุกรรมของเด็กไม่ได้เป็นผลโดยตรงจากการกระทำโดยประมาท เด็กก็มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ตามกฎหมาย¹⁰⁸⁰

ในกรณีที่ชายหรือหญิงขอรับเซลล์สืบพันธุ์บริจาค แพทย์มีหน้าที่ตรวจคัดกรองเซลล์สืบพันธุ์บริจาคมานำมาใช้ในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ ถ้าแพทย์ไม่ได้ตรวจหรือตรวจโดยประมาทจนเป็นเหตุทำให้เด็กเกิดขึ้นมามีปัญหาสุขภาพ ชาย หญิงและเด็กต่างมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้เช่นเดียวกัน¹⁰⁸¹

ภายหลังที่มีการประกาศใช้กฎหมาย Human Fertilisation and Embryology Act ทำให้เกิดปัญหาว่า ฝ่ายนิติบัญญัติต้องการรับรองให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตหรือไม่ ซึ่งเห็นได้จากการที่กฎหมายกำหนดให้บุคคลต้องรับผิดชอบจากความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ เพราะถ้าปราศจากความผิดพลาดดังกล่าวไม่ได้หมายความว่าเด็กจะเกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ แต่เซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนที่ได้เกิดขึ้นมาเป็นมีชีวิตย่อม

(a) a child carried by a woman as the result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs or her artificial insemination is born disabled,

(b) the disability results from an act or omission in the course of the selection, or the keeping or use outside the body, of the embryo carried by her or of the gametes used to bring about the creation of the embryo, and

(c) a person is under this section answerable to the child in respect of the act or omission, the child's disabilities are to be regarded as damage resulting from the wrongful act of that person and actionable accordingly at the suit of the child.

¹⁰⁸⁰ John Cooke, *supra* note 232, p.20.

¹⁰⁸¹ K. Stern, "Strict Liability and the Supply of Donated Gemetes," Medical Law Review, Volume 2, p.261 (1994)

ไม่ถูกเลือก กล่าวคือ ถ้าปราศจากการกระทำโดยประมาทเด็กย่อมไม่มีโอกาสได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเลย¹⁰⁸² ซึ่งข้อกล่าวอ้างดังกล่าวคล้ายกับการกล่าวอ้างว่า ถ้าปราศจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์เด็กมีโอกาที่จะไม่ได้รับการปฏิสนธิหรือมีโอกาสดูถูกทำแท้ง ซึ่งศาลของประเทศอังกฤษเคยวางแนวการพิจารณาว่าเด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายด้วยเหตุดังกล่าว¹⁰⁸³

จากการที่กฎหมายยินยอมให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเสียชีวิตที่ไม่ถูกเลือก ทำให้นักวิชาการจำนวนหนึ่งเชื่อว่า สิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นสิทธิตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร อย่างไรก็ตาม นักวิชาการตั้งข้อสังเกตว่า เพราะเหตุใดกฎหมายถึงรับรองให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเสียชีวิตที่ไม่ถูกเลือกเท่านั้น เพราะในกรณีที่มีความผิดพลาดเกิดขึ้นในกระบวนการอื่นๆ ตัวอย่างเช่น กระบวนการตรวจสอบสุขภาพก่อนตั้งครรภ์ การตรวจสอบสุขภาพของหญิงและทารกในครรภ์ เมื่อความผิดพลาดดังกล่าวเป็นผลโดยตรงทำให้เด็กได้เกิดขึ้นมามีชีวิตแทนที่จะไม่ได้เกิด เด็กก็ควรมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้¹⁰⁸⁴

ในปัจจุบันเห็นได้ว่าสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล นอกจากเป็นสิทธิตามกฎหมายจารีตประเพณีแล้ว ยังเป็นสิทธิตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรอีกด้วย¹⁰⁸⁵ ซึ่งหลักกฎหมายทั้งสองได้กำหนดเงื่อนไขเหมือนกันว่าเด็กสามารถฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ต่อเมื่อเด็กคลอดออกมามีชีวิตเท่านั้น¹⁰⁸⁶ ในกรณีที่การทำละเมิดเป็นเหตุทำให้ทารกถึงแก่ความตาย หรือทำให้ทารกคลอดออกมาไม่มีชีวิต ชายหญิงบิดามารดาหรือ

¹⁰⁸² Ian Kennedy and Andrew Grubb, *supra note 25*, pp.953-954.

¹⁰⁸³ Marc Stauch, Kay Wheat and John Tingle, *supra note 212*, pp.387-388.

¹⁰⁸⁴ Marc Stauch, Kay Wheat and John Tingle, *supra note 211*, pp.412-413.

; Andrew Grubb, Judith Laing, Jean Mchale and Ian Kennedy, *supra note 800*, p.295.

¹⁰⁸⁵ A Grubb, “Prenatal Injury,” *Medical Law Review*, Volume 1, p.103 (1993)

¹⁰⁸⁶ Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976

Section 4 Interpretation and other supplementary provisions.

...

(2) In this Act—

(a) “born” means born alive (the moment of a child’s birth being when it first has a life separate from its mother), and “birth” has a corresponding meaning ; and

...

กองทรัพย์สินไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดซึ่งแตกต่างจากในประเทศสหรัฐอเมริกา¹⁰⁸⁷

นอกจากนี้ ถ้าการทำละเมิดต่อเด็กเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงบิดามารดาได้รับผลกระทบทางจิตใจ ซึ่งเป็นบุคคลผู้ที่คาดหวังว่าเด็กจะต้องเกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ทำให้เกิดปัญหาทางกฎหมายว่า ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจจากการได้พบเห็นความพิการและต้องเลี้ยงดูเด็กพิการไปตลอดชีวิตหรือไม่¹⁰⁸⁸

ในปัญหาข้างต้น ศาลของประเทศอังกฤษและประเทศแคนาดามีความเห็นตรงกันว่า เมื่อความพิการของเด็กส่งผลกระทบทางจิตใจของชายและหญิงอย่างร้ายแรง อีกทั้งเมื่อความเสียหายทางจิตใจเป็นความเสียหายที่ไม่ไกลเกินกว่าเหตุ ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากจิตใจจากผู้ทำละเมิด เช่นที่ปรากฏขึ้นในคดี *S v Distillers Co (Biochemical) Ltd*¹⁰⁸⁹ ด้วยผลข้างเคียงจากการใช้ยา Thalidomide ระหว่างตั้งครรภ์ หญิงให้กำเนิดบุตรที่มีร่างกายพิการอย่างร้ายแรง จากการที่หญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการนี้เองทำให้หญิงได้รับผลกระทบทางจิตใจ โดยหญิงตกใจและเศร้าโศกเสียใจที่ได้พบว่าบุตรของตนพิการ ศาลพิพากษาให้บริษัทผู้ผลิตยาชดใช้ค่าเสียหายทางจิตใจให้กับหญิง

ในประเทศแคนาดา คดี *Cherry v Borsman*¹⁰⁹⁰ ข้อเท็จจริงปรากฏว่าการทำแท้งโดยประมาทเป็นเหตุทำให้หญิงให้กำเนิดบุตรที่มีร่างกายพิการ ด้วยเหตุดังกล่าวทำให้หญิงมีอาการป่วยทางจิตและเศร้าโศกเสียใจอย่างมากที่ได้พบเห็นบุตรที่พิการ อีกทั้งทำให้หญิงต้องเผชิญกับความยากลำบากในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่พิการ ศาลพิพากษาว่าหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจพร้อมด้วยค่าเสียหายจากความยากลำบากในการดำเนินชีวิต

¹⁰⁸⁷ Simon F. Deakin, Basil S. Markesinis and Angus Charles Johnston, *supra* note 232, p.303. ; D. Meade, “Wrongful Death and Unborn Child : Should Viability Be a Prerequisite for a cause of Action?” Journal of Contemporary Health Law&Policy, Volume 14, pp.421-450 (1998)

¹⁰⁸⁸ John Seymour, Childbirth and the Law, (Oxford Scholarship Online), p.104.

¹⁰⁸⁹ [1970] 1 WLR 114,119.

¹⁰⁹⁰ (1991) 75 DLR (4th) 668,719

(3) การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดต่อความสามารถในการเจริญพันธุ์ หรือการทำละเมิดต่อเซลล์สืบพันธุ์

ในกรณีที่ความผิดพลาดทางการแพทย์ไม่เพียงแต่ทำให้ชายหรือหญิงไม่สามารถให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ได้เท่านั้น แต่ทำให้ชายหรือหญิงหมดความสามารถในการเจริญพันธุ์อย่างถาวร มีปัญหาที่ควรพิจารณาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์หรือไม่

ในคดี *Briody v St Helens and Knowsley Area Health Authority*¹⁰⁹¹ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า แพทย์ให้การรักษายาบาลโดยประมาทจนเป็นเหตุทำให้หญิงไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ด้วยตนเอง แต่เมื่อชายและหญิงยังคงประสงค์ที่จะให้กำเนิดบุตร ชายและหญิงจึงต้องให้กำเนิดบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน อย่างไรก็ตาม เมื่อการตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มีค่าใช้จ่ายจำนวนมาก ชายและหญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่าวดังกล่าวจากแพทย์ผู้ทำละเมิด เป็นเงินกว่า 100,000 ปอนด์

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลชั้นต้น ศาลพิพากษายกฟ้องชายและหญิงด้วยเหตุผลว่า สัญญาจ้างให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่ไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย นอกจากนี้ ศาลยังให้เหตุผลอีกด้วยว่าเมื่อการตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มีโอกาสที่จะประสบผลสำเร็จน้อยมาก¹⁰⁹² อีกทั้งต้องใช้ระยะเวลายาวนาน ย่อมไม่เป็นการยุติธรรมที่จะกำหนดให้แพทย์รับผิดชอบในค่าใช้จ่าวดังกล่าว

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลอุทธรณ์ ศาลเห็นว่าเมื่อการตั้งครรภ์ด้วยวิธีการปฏิสนธิเทียมมีโอกาสที่จะประสบผลสำเร็จเพียงร้อยละ 1 เท่านั้น จึงไม่เหมาะสมที่จะกำหนดให้แพทย์รับผิดชอบในค่าใช้จ่าวดังกล่าวที่เกิดขึ้นในกระบวนการที่ไม่มีความแน่นอนว่าจะประสบผลสำเร็จหรือไม่ ศาลจึงพิพากษายกฟ้องชายและหญิง

นอกจากนี้ ศาลได้ให้ความเห็นเพิ่มเติมด้วยว่า ชายและหญิงจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่าวดังกล่าวได้ต่อเมื่อชายและหญิงสามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงโอกาสที่กระบวนการตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์จะประสบผลสำเร็จ อีกทั้งยังต้องพิสูจน์

¹⁰⁹¹ [2002] 2 WLR 394 (CA)

¹⁰⁹² ในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ด้วยวิธีการปฏิสนธิภายนอก ร่างกาย การตั้งครรภ์โอกาสสำเร็จโดยเฉลี่ยมีเพียงร้อยละ 15 ถึง 20 เท่านั้น ดู เอกสารแนบท้ายฉบับที่ 1 หนังสือแสดงความยินยอมเพื่อรับการรับด้วยเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ ในมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ แนบท้ายประกาศแพทยสภาที่ 1/2540 ลงวันที่ 22 ตุลาคม 2540

อีกด้วยว่าการตั้งครรภ์แทนไม่ได้มีวัตถุประสงค์เชิงพาณิชย์ หากชายและหญิงสามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริงดังกล่าว ชายและหญิงย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์¹⁰⁹³

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลสูง ศาลให้เหตุผลว่าเหตุที่ชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายดังกล่าวไม่ได้เป็นผลมาจากการที่การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มีโอกาสประสบความสำเร็จได้น้อย หากแต่การยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายขัดต่อนโยบายสาธารณะ¹⁰⁹⁴

บางครั้งความผิดพลาดทางการแพทย์อาจเป็นเหตุทำให้ชายหรือหญิงต้องสูญเสียเซลล์สืบพันธุ์ แม้ในปัจจุบันกฎหมายยังไม่สามารถอธิบายนิติสถานะของเซลล์สืบพันธุ์ได้ว่าเป็นสิ่งมีชีวิต เป็นส่วนหนึ่งของร่างกาย หรือเป็นทรัพย์สิน แต่กฎหมายก็มีหน้าที่ให้การเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับชายและหญิง

คดี *Yearworth v North Bristol NHS Trust*¹⁰⁹⁵ ข้อเท็จจริงปรากฏว่าชายเข้ารับการตรวจสุขภาพกับแพทย์ ผลการตรวจแสดงให้เห็นว่าชายกำลังป่วยเป็นโรคมะเร็ง และเมื่อแพทย์จำเป็นต้องใช้สารเคมีในการให้การรักษาพยาบาล ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อความสามารถในการเจริญพันธุ์ของชาย แพทย์จึงแนะนำให้ชายเข้ารับบริการฝากเซลล์สืบพันธุ์ แต่ภายหลังที่แพทย์ได้เก็บเซลล์สืบพันธุ์ของชาย มีความผิดพลาดเกิดขึ้นในกระบวนการจัดเก็บและรักษาเซลล์สืบพันธุ์จนทำให้เซลล์สืบพันธุ์ได้รับความเสียหายทั้งหมด ชายจึงมาฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์โดยอ้างว่าการกระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้ชายได้รับอันตรายต่อเนื้อตัวร่างกาย เพราะเหตุที่เซลล์สืบพันธุ์เป็นส่วนหนึ่งของร่างกายของชาย

¹⁰⁹³ Michael A. Jones, *supra note 216*, pp.1054-1055.

¹⁰⁹⁴ Andrew Grubb, *supra note 247*, p.123.

¹⁰⁹⁵ [2009] 3 WLR 118 (CA) and see Elspeth Christie Reid, Delictual Liability and the Loss of Opportunity of Fatherhood: Holdich v Lothian Health Board University of Edinburgh School of Law Research Paper Series No 2015/30, 2016. ; Nicolette Priaulx, "Managing Novel Reproductive Injuries in the Law of Tort: The Curious Case of Destroyed Sperm," European Journal of Health Law, Volume 17, Issue 1, pp.81-96 (2010) ; Shawn H. E. Harmon and Graeme T. Laurie, "Yearworth v North Bristol Nhs Trust: Property, Principles, Precedents and Paradigms," Cambridge Law Journal, Volume 69, Issue 3, pp.476-494 (2010) ; Kenneth Reid, Body Parts and Property Edinburgh School of Law Research Paper No. 2015/25, 2015.

ในชั้นพิจารณาพิพากษาคดี ศาลเห็นว่าเป็นเรื่องแปลกประหลาดอย่างมาก หากจะบอกว่าเซลล์สืบพันธุ์ของชายเปรียบเสมือนอวัยวะหรือเป็นส่วนหนึ่งของร่างกายของชาย เพราะในกรณีที่ชายถึงแก่ความตายก่อนที่มีการใช้เซลล์สืบพันธุ์ เซลล์สืบพันธุ์ของชายก็ไม่ได้ตายตามชายไปในทันที อีกทั้งแพทย์ที่เก็บรักษาเซลล์สืบพันธุ์ของชายก็ไม่มีอำนาจทำลายเซลล์สืบพันธุ์ จึงเป็นไปได้ที่อวัยวะของผู้ตายจะยังคงมีชีวิตอยู่ได้ภายหลังที่เจ้าของอวัยวะถึงแก่ความตาย จากเหตุผลดังกล่าว ศาลเห็นว่าเซลล์สืบพันธุ์ไม่ใช่ส่วนหนึ่งของอวัยวะมนุษย์¹⁰⁹⁶ ชายจึงไม่สามารถอ้างได้ว่าความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นการละเมิดต่อสิทธิในร่างกายของชาย

อย่างไรก็ตาม แม้ชายจะไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมาย ลักษณะละเมิด แต่การที่ชายฝากเซลล์สืบพันธุ์ไว้ในความดูแลของแพทย์ ทำให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างชายและแพทย์ซึ่งเป็นสัญญาฝากทรัพย์ประเภทหนึ่ง (Actionable breach of bailment) โดยชายเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์เป็นเจ้าของทรัพย์¹⁰⁹⁷ การที่แพทย์ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการจัดเก็บและรักษาทรัพย์ตามมาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพจนเป็นเหตุทำให้ทรัพย์ต้องเสียหายไปทั้งหมด การกระทำดังกล่าวเป็นการผิดสัญญาฝากทรัพย์ ชายจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ เพราะเหตุที่ต้องสูญเสียทรัพย์ประเภทที่ไม่สามารถหาสิ่งอื่นแทนที่ได้¹⁰⁹⁸

¹⁰⁹⁶ BGHZ, 124, 52 (9 November 1993) ศาลสูงประเทศเยอรมนีพิพากษาว่าเซลล์สืบพันธุ์ถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของร่างกาย การกระทำโดยประมาทอย่างใดๆ ต่อเซลล์สืบพันธุ์ที่ถูกจัดเก็บเอาไว้จึงเป็นการทำละเมิดต่อเนื้อตัวร่างกายของเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 823 (1) cited in Elspeth Christie Reid, *ibid*, p.6. ; Friedrich Heubel. "Defining the Functional Body and Its Parts: A Review of German Law." in Ownership of the Human Body: Philosophical Considerations on the Use of the Human Body and Its Parts in Healthcare, eds H.A. Ten Have and Jozef Welie, (London : Kluwer Academic Publishers, 2013), pp.27-37.

¹⁰⁹⁷ ในประเทศออสเตรเลียคดี Bazley v Wesley Monash IVF Pty Ltd [2010] QSC 118 and Re Edwards [2011] NSWSC 478. ศาลมีคำพิพากษาว่าเซลล์สืบพันธุ์เป็นทรัพย์ประเภทหนึ่ง โดยเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์

¹⁰⁹⁸ Andrew Grubb, Judith Laing, Jean Mchale and Ian Kennedy, *supra note* 800, pp.322-323. ; Cynthia Hawes, "Property Interests in Body Parts : Yearworth v North Bristol NHS Trust," Modern Law Review, Issue 1, Volume 73, pp.130-140 (2010) ; Simon Deakin, Angus Charles Johnston and Basil Markesinis, *supra note* 254, p.123.

คดี *Holdich v Lothian Health Board*¹⁰⁹⁹ ก่อนที่ชายเข้ารับการรักษาโรคมะเร็ง แพทย์ได้แนะนำให้ชายทราบว่ากระบวนการรักษาพยาบาลอาจเป็นเหตุทำให้ชายเสียความสามารถในการเจริญพันธุ์ หากชายยังต้องการให้กำเนิดบุตร ชายต้องเข้ารับบริการฝากเซลล์สืบพันธุ์ ภายหลังจากชายตกลงเข้ารับบริการฝากเซลล์สืบพันธุ์ตามคำแนะนำของแพทย์ ชายและหญิงภรรยาประสงค์เข้ารับบริการตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ แต่ชายและหญิงได้พบความจริงว่าเซลล์สืบพันธุ์ของชายถูกทำลายทั้งหมดเพราะความผิดพลาดที่เกิดขึ้นในกระบวนการเก็บรักษา ชายจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์และผู้ให้บริการซึ่งประกอบไปด้วย ค่าเสียหายทางจิตใจ ค่าเสียหายจากการสูญเสียโอกาสที่จะได้เป็นบิดา (Loss of chance of fatherhood) โดยชายกล่าวอ้างว่า การกระทำของแพทย์เป็นการละเมิดต่อสิทธิส่วนบุคคล (Personality Right) และสิทธิในการกำหนดอนาคตในการเจริญพันธุ์ (Reproductive Autonomy) ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ภายหลังจากศาลศึกษาเปรียบเทียบกับคดี *Yearworth v North Bristol NHS Trust* ศาลพิพากษาว่าชายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทั้งที่เป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงินจากแพทย์

(4) การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารก

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายจารีตประเพณี ในกรณีที่มีการทำละเมิดเป็นเหตุให้บุคคลอื่นถึงแก่ความตาย ทั้งผู้ตายและทายาทต่างไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด¹¹⁰⁰ เนื่องจากสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้ตาย เมื่อผู้ตายถึงแก่ความตายสิทธิดังกล่าวจึงตายตามไปด้วย ส่วนสาเหตุที่ทายาทของผู้ตายไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด เนื่องจากกฎหมายไม่ต้องการให้บุคคลใดแสวงหาประโยชน์เหนือชีวิตของบุคคลอื่น แม้ว่าบุคคลเหล่านั้นจะมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ตายอย่างมาก¹¹⁰¹ อีกทั้งเมื่อชีวิตมนุษย์มีคุณค่ามากเสียจนไม่สามารถประเมินมูลค่าได้ว่าชีวิตของมนุษย์แต่ละคนมีคุณค่าทางเศรษฐกิจเท่าใด กฎหมายจึงไม่อาจยินยอมให้มีการเรียกร้องค่าเสียหายจากการตายของมนุษย์

อย่างไรก็ตาม การที่กฎหมายจารีตประเพณีดั้งเดิมไม่ยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของบุคคล ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมหลายประการ ตัวอย่างเช่น

ประการที่ 1 การที่กฎหมายไม่ยินยอมให้กองทรัพย์สินของผู้ตายฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแทนผู้ตาย ทั้งที่ความเป็นจริงแล้วหากผู้ตายไม่ถึงแก่ความตาย ผู้ตายมีสิทธิฟ้องร้อง

¹⁰⁹⁹ 2014 SLT 495

¹¹⁰⁰ David Kemp and Peter Mantle, *supra note 1065*, p.69.

¹¹⁰¹ Cathy J. Okrent, *supra note 448*, p.383.

เรียกค่าเสียหายส่วนนี้ได้ และหากผู้ตายได้ใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายไว้ก่อนตาย สิทธิที่จะได้รับค่าเสียหายย่อมตกไปยังกองทรัพย์สินของผู้ตายและจะตกทอดเป็นมรดกสู่ทายาทของผู้ตายต่อไป การที่กฎหมายห้ามมิให้กองทรัพย์สินของผู้ตายฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพียงเพราะเหตุที่ผู้ตายถึงแก่ความตายก่อนที่จะได้ใช้สิทธิ จึงทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อกองทรัพย์สินของผู้ตายและทายาทที่ควรจะได้รับประโยชน์ นอกจากนี้ การที่กฎหมายไม่ยินยอมให้กองทรัพย์สินของผู้ตายฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด ยังเป็นเหตุที่จูงใจให้ผู้ทำละเมิดเลือกฆ่าผู้ตายแทนที่จะทำร้ายผู้ตายเท่านั้น ในกรณีเช่นนี้จะเป็นเรื่องที่แปลกประหลาดอย่างมากที่กฎหมายยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการกระทำที่มีความรุนแรงน้อยกว่า ในขณะที่ไม่ยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการกระทำที่มีความรุนแรงมากกว่า

ประการที่ 2 การที่กฎหมายไม่ยินยอมให้ทายาทหรือผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ตายฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด ทำให้เกิดความเสียหายและส่งผลกระทบต่อ การดำเนินชีวิตของบุคคลเหล่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ทายาทหรือผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ตายจะดำรงชีวิตอยู่ได้ต่อเมื่อได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากผู้ตายเท่านั้น เช่น ทารกที่ต้องสูญเสียบิดามารดาจากการทำละเมิด ภรรยาที่ทุพพลภาพและไม่สามารถประกอบกิจการงานได้ตามปกติที่ต้องสูญเสียชายสามี

จากความไม่เป็นธรรมอย่างน้อย 2 ประการที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายลายลักษณ์อักษร 2 ฉบับ เพื่อให้กองทรัพย์สินของผู้ตาย (Deceased's estate) สามารถใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดแทนผู้ตาย เสมือนว่าผู้ตายยังไม่ถึงแก่ความตาย (Surviving cause of action) และเพื่อให้ทายาท (Deceased's dependents) ของผู้ตายที่ได้รับผลกระทบทางเศรษฐกิจและทางจิตใจมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด โดยกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้ง 2 ฉบับ คือ

(ก) The Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934 และ

(ข) The Fatal Accident Act 1976

กฎหมายทั้งสองฉบับข้างต้นให้ผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันเพราะ The Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934 เป็นกฎหมายที่กำหนดให้กองทรัพย์สินของผู้ตายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด โดยกองทรัพย์สินต้องอาศัยสิทธิของผู้ตายทั้งหมดที่มีอยู่ก่อนที่ผู้ตายจะถึงแก่ความตาย และการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยกองทรัพย์สินนี้เป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเสมือนหนึ่งว่าผู้ตายยังไม่ถึงแก่ความตาย โดยผู้ตายเป็นโจทก์ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายด้วยตนเอง

ส่วน The Fatal Accident Act 1976 เป็นกฎหมายที่กำหนดให้ทายาทหรือผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ตาย มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทั้งจากความเสียหายที่เป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงินอันเป็นผลกระทบบนจากการตายของผู้ตาย โดยความเสียหายที่เป็นตัวเงินที่กฎหมายยินยอมให้ทายาทฟ้องจากผู้ทำละเมิด ประกอบไปด้วย ค่าขาดไร้อุปการะ ค่าปลงศพ และค่าประกอบพิธีกรรมทางศาสนา ซึ่งทายาทมีสิทธิเรียกร้องได้ทั้งหมดเท่าที่สามารถพิสูจน์ได้ ส่วนค่าเสียหายทางจิตใจกฎหมายกำหนดจำนวนเงินไว้คงที่และกำหนดตัวบุคคลที่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายไว้แคบกว่าบุคคลที่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่เป็นตัวเงิน โดยมีรายละเอียดดังนี้

(ก) การใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตาม The Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934

จากที่ได้กล่าวมาในตอนต้นแล้วว่า แรกเริ่มเดิมทีถ้าพิจารณาจากหลักกฎหมายจารีตประเพณีพบว่าเมื่อผู้ตายถึงแก่ความตาย สิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของผู้ตายย่อมตายตามตัวผู้ตายไปด้วย และหากผู้ตายไม่ได้ใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายไว้ก่อนตาย ทายาทหรือกองทรัสต์สินของผู้ตายก็ไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแทนผู้ตาย จนกระทั่งฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรา The Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934 ให้กองทรัสต์สินของผู้ตายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแทนผู้ตายเสมือนหนึ่งว่าผู้ตายเป็นผู้ใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายด้วยตนเอง¹¹⁰²

ค่าเสียหายที่กองทรัสต์สินของผู้ตายมีสิทธิเรียกร้องจากผู้ทำละเมิดก็คือค่าเสียหายจากความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้ตายก่อนที่ผู้ตายจะถึงแก่ความตาย และค่าเสียหายเหล่านี้กองทรัสต์สินจะเรียกได้มากหรือน้อยก็ขึ้นอยู่กับระยะเวลาที่ผู้ตายได้รับความเสียหายก่อนตาย ตัวอย่างเช่น หากผู้ตายได้รับอันตรายเป็นระยะเวลายาวนานก่อนตาย กองมรดกของผู้ตายก็มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดมากกว่ากรณีที่ผู้ตายได้รับอันตรายเป็นระยะเวลาช่วงสั้นๆ ก่อนที่จะถึงแก่ความ โดยประเภทของค่าเสียหายที่กองทรัสต์สินมีสิทธิฟ้องร้องจากผู้ทำละเมิดประกอบไปด้วย

- 1) ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินที่เกิดขึ้นก่อนที่ผู้ตายถึงแก่ความตาย อาทิ ค่ารักษาพยาบาลตลอดระยะเวลาที่ผู้ตายเข้ารับการรักษาจนถึงแก่ความตาย
- 2) ค่าขาดรายได้จากการที่ผู้ตายไม่สามารถประกอบกิจการงานได้ตามปกติ แต่เรียกได้เฉพาะในช่วงเวลาก่อนที่ผู้ตายถึงแก่ความตายเท่านั้น โดยกองทรัสต์สินไม่มีสิทธิที่จะ

¹¹⁰² Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934 Section 1(1)

ฟ้องร้องเรียกค่าขาดรายได้ที่คาดว่าผู้ตายมีความสามารถหรือมีโอกาสที่จะได้รับในอนาคต (Loss of future earning)¹¹⁰³

3) ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน อาทิ ค่าเสียหายจากความเจ็บปวดทรมาน ค่าเสียหายจากการสูญเสียความรื่นรมย์ในชีวิตของผู้ตาย

สำหรับค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินนี้ ศาลในประเทศอังกฤษได้วางแนวบรรทัดฐานไว้ว่า กองทรัพย์สินจะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ต่อเมื่อผู้ตายต้องรู้สึกตัวและต้องเผชิญกับความเจ็บปวดทรมานก่อนตาย เพราะถ้าผู้ตายอยู่ในสภาพที่ไร้ความรู้สึก ศาลไม่ยินยอมให้กองทรัพย์สินฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด¹¹⁰⁴ แต่หากผู้ตายอยู่ในสภาพที่ไร้ความรู้สึกเป็นระยะเวลานาน ศาลวางแนวบรรทัดฐานว่ากองทรัพย์สินของผู้ตายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความเจ็บปวดทรมานที่ผู้ตายได้รับก่อนตาย เช่น คดี *Simpkins v Bre* ผู้ตายอยู่ในสภาพไร้ความรู้สึกมากกว่า 20 เดือน ศาลพิพากษาให้ผู้ทำละเมิดชดใช้ค่าเสียหายทางจิตใจให้แก่กองทรัพย์สินเป็นเงิน 32,000 ปอนด์ เช่นเดียวกับคดี *Stratford v Bre* ศาลพิพากษาให้ผู้ทำละเมิดชดใช้ค่าเสียหายทางจิตใจให้แก่กองทรัพย์สินของผู้ตายที่ต้องอยู่ในสภาพที่ไร้ความรู้สึกมากกว่าหนึ่งปี เป็นเงิน 18,000 ปอนด์¹¹⁰⁵

ในขณะที่ค่าเสียหายจากการสูญเสียโอกาสที่จะมีชีวิต (Loss of expectation of life) และค่าเสียหายจากการสูญเสียโอกาสในการแสวงหารายได้ในอนาคต (The lost year) เดิมทีก่อนที่มีการแก้ไขเพิ่มเติม Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934 กฎหมายยินยอมให้กองทรัพย์สินของผู้ตายฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายดังกล่าวจากผู้ทำละเมิด อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1982 เป็นต้นมา กองทรัพย์สินของผู้ตายไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายดังกล่าวได้อีกต่อไป¹¹⁰⁶

นอกจากนี้ กองทรัพย์สินของผู้ตายไม่มีสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเชิงลงโทษจากผู้ทำละเมิด¹¹⁰⁷ ส่วนประโยชน์อย่างใดๆ ที่กองทรัพย์สินได้รับจากการตายของผู้ตายก็ไม่กระทบต่อสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของกองทรัพย์สิน¹¹⁰⁸

¹¹⁰³ Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934 Section 1(2)(a)(ii)

¹¹⁰⁴ David Kemp and Peter Mantle, *supra note 1065*, p.124.

¹¹⁰⁵ *Ibid.*

¹¹⁰⁶ *Ibid.*, p.123.

¹¹⁰⁷ Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934 Section 1(2)(a)(i)

¹¹⁰⁸ Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934 Section 1 (2)(c)

(ข) การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามพระราชบัญญัติ Fatal Accident

Act 1976

นอกจากที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะตรากฎหมายให้กองทรัพย์สินของผู้ตายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแทนผู้ตายแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติยังได้ตรากฎหมายลายลักษณ์อักษร The Fatal Accident Act 1976 ให้สิทธิแก่ทายาทหรือบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ตายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงิน เช่น ค่าขาดไร้อุปการะ¹¹⁰⁹ และความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินอันเป็นผลมาจากการความเศร้าโศกเสียใจที่ต้องสูญเสียผู้ตายอีกด้วย โดยมาตรา 1 (1) ของกฎหมายฉบับนี้ กำหนดไว้ว่า “..ในกรณีที่ผู้ตายยังมีชีวิตและต้องให้การอุปการะเลี้ยงดูหรือมีความรับผิดชอบต่อบุคคลใด เมื่อบุคคลใดทำละเมิดจนเป็นเหตุทำให้ผู้ตายถึงแก่ความตาย ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบต่อบุคคลที่อยู่ภายใต้การดูแลของผู้ตายด้วย...”¹¹¹⁰

เพื่อให้เกิดความชัดเจนแน่นอนว่าบุคคลใดเป็นผู้ได้รับผลกระทบจากการตายของผู้ตายและเป็นผู้มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย กฎหมายจึงกำหนดบุคคลไว้ 2 กลุ่ม คือ กลุ่มที่ 1 เป็นกลุ่มบุคคลที่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผลกระทบทางการเงินที่เป็นผลมาจากการตายของผู้ตาย และ กลุ่มที่ 2 กลุ่มบุคคลที่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความเศร้าโศกเสียใจ

¹¹⁰⁹ ในขั้นตอนการประเมินความเสียหาย ศาลอาศัยปัจจัยหลายประการเป็นเกณฑ์พิจารณา อาทิ (1) ระยะเวลาที่อยู่ใต้การอุปการะเลี้ยงดูจะต้องพึงพาอาศัยผู้ตาย โดยระยะเวลาเช่นว่านั้นต้องอยู่ภายใต้ความคาดหมายได้ด้วย (2) อายุหรือวัยของผู้ที่อยู่ภายใต้การอุปการะเลี้ยงดู (Age) (3) ความคาดหวังในการดำรงชีวิต (Expectation of Life) (4) โอกาสของชายหรือหญิงที่จะได้สมรสใหม่ ดู สุธีรา ประชุมรัตน์, "ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับค่าสินไหมทดแทนเพื่อการขาดไร้อุปการะในคดีละเมิด," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2551)

¹¹¹⁰ Fatal Accident Act 1976 section 1 Right of action for wrongful act causing death

(1) If death is caused by any wrongful act, neglect or default which is such as would (if death had not ensued) have entitled the person injured to maintain an action and recover damages in respect thereof, the person who would have been liable if death had not ensued shall be liable to an action for damages, notwithstanding the death of the person injured.

ที่ต้องสูญเสียผู้ตาย โดยบุคคลในกลุ่มที่ 2 นี้ ต้องเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ตายอย่างแท้จริง กฎหมายจึงกำหนดไว้แคบกว่ากลุ่มที่ 1 โดยบุคคลทั้ง 2 กลุ่มมีดังนี้

กลุ่มที่ 1 บุคคลที่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผลกระทบทางการเงินจากการตายของผู้ตาย¹¹¹¹ ประกอบไปด้วย

1. ภรรยาหรือสามีของผู้ตาย และรวมถึงอดีตภรรยาหรือสามีของผู้ตายด้วย
2. คู่ชีวิตหรืออดีตคู่ชีวิตที่ไม่มีการจดทะเบียนสมรส
3. บุคคลใดๆ ผู้ซึ่ง
 - 3.1. อยู่อาศัยในบ้านหลังเดียวกับผู้ตายก่อนที่ผู้ตายถึงแก่ความตาย และ
 - 3.2. อยู่อาศัยกับผู้ตายอย่างน้อย 2 ปี ก่อนที่ผู้ตายถึงแก่ความตาย และ
 - 3.3. มีการแสดงออกกว่าเป็นการอยู่อาศัยในลักษณะที่เป็นสามี ภรรยา หรือคู่ชีวิตของผู้ตาย
4. บิดา มารดา ปู่ ย่า ตา ยาย ของผู้ตาย
5. บุคคลที่ได้รับการเลี้ยงดูจากผู้ตายเสมือนหนึ่งว่าเป็นบุตรของผู้ตาย
6. บุตรหรือหลานของผู้ตาย
7. บุตรที่ติดมากับคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง โดยที่ผู้ตายรับเข้ามาอยู่ในครอบครัวเสมือนหนึ่งว่าเป็นบุตรของตน
8. บุตรที่ติดมากับคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่ง โดยที่ผู้ตายรับเข้ามาอยู่ในครอบครัวเสมือนหนึ่งว่าเป็นบุตรของตน
9. พี่ น้อง ลุง ป้า น้า อา ของผู้ตาย

ค่าเสียหายที่บุคคลในกลุ่มที่ 1 มีสิทธิเรียกร้องจากผู้ทำละเมิด คือ ค่าเสียหายอันเป็นผลกระทบทางการเงินจากการตายของผู้ตาย อีกทั้งยังต้องเป็นเป็นค่าเสียหายที่เหมาะสมและได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของการทำละเมิด¹¹¹² เช่น ค่าขาดไร้อุปกรณ์ ค่าปลงศพและค่าใช้จ่ายในการประกอบพิธีกรรมทางศาสนา¹¹¹³

กลุ่มที่ 2 บุคคลที่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความเศร้าโศกเสียใจจากการตายของผู้ตาย

¹¹¹¹ Fatal Accident Act 1976 section 1 (3)

¹¹¹² Fatal Accident Act 1976 section 3

¹¹¹³ Fatal Accident Act 1976 section 3 (5)

นอกจากทายาทหรือบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ตายจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผลกระทบทางการเงินที่เกิดขึ้นจากการตายของผู้ตายแล้ว กฎหมายยังกำหนดให้ทายาทบางคนมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจจากการต้องสูญเสียบุคคลอันเป็นที่รักอีกด้วย¹¹¹⁴ ประกอบไปด้วย¹¹¹⁵

1. สามีหรือภรรยา หรือคู่ชีวิตของผู้ตาย
2. ในกรณีที่ผู้ตายไม่ได้สมรสหรือไม่มีคู่ชีวิต
 - 2.1. บิดามารดาของผู้ตาย ถ้าบิดามารดาได้จดทะเบียนสมรสกัน
 - 2.2. เฉพาะมารดาของผู้ตาย ถ้าบิดามารดาไม่ได้จดทะเบียนสมรสกัน

จะเห็นได้ว่ากฎหมายกำหนดให้เฉพาะสามีภรรยา คู่ชีวิต หรือบิดามารดาของผู้ตายเท่านั้นที่สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของผู้ตาย และไม่ว่ากรณีจะเป็นเช่นใด บุตรของผู้ตายไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจจากการตายของบิดามารดา นอกจากนี้กฎหมายยังได้กำหนดอัตราค่าเสียหายที่สามี ภรรยา คู่ชีวิต หรือบิดามารดามีสิทธิฟ้องร้องจากผู้ทำละเมิดไว้ในอัตราคงที่ คือ 12,980 ปอนด์¹¹¹⁶

มีข้อสังเกตว่า แม้กฎหมายไม่ได้กำหนดว่าสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของบุคคล มีเฉพาะเพื่อการตายของบุคคลที่มีสภาพบุคคลแล้วเท่านั้น แต่เมื่อพิจารณาจากแนวทางการปรับใช้และการตีความกฎหมาย นักกฎหมายทั่วไปเห็นว่าสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายฉบับนี้มีได้เฉพาะจากการตายของบุคคลที่มีสภาพบุคคลแล้วเท่านั้น ซึ่งเป็นการตีความโดยเทียบเคียงจากมาตรา 4 (2) (a) ของ The Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976 ที่กำหนดเงื่อนไขว่าสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อเด็กได้คลอดออกมามีชีวิตเท่านั้น

จากการตีความกฎหมายข้างต้นนี้เอง ทำให้ศาลตีความว่าการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตาม The Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934 และ The Fatal Accident Act 1976 เกิดขึ้นได้ต่อเมื่อเด็กถึงแก่ความตายภายหลังที่มีสภาพบุคคลตามกฎหมายแล้วเท่านั้น เพราะเมื่อทารกยังไม่ได้คลอดออกมามีชีวิต กองทรัพย์สินของทารกก็ยังไม่เริ่มต้นขึ้น จึงไม่มีกองทรัพย์สินที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแทนทารก และเมื่อทารกยังไม่ได้คลอดออกมามีชีวิต บิดา

¹¹¹⁴ Fatal Accident Act 1976 section 1 (A)(1)

¹¹¹⁵ Fatal Accident Act 1976 section 1 (A)(2)

¹¹¹⁶ Fatal Accident Act 1976 section 1A (3)

มารดาที่ยังไม่มีสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการขาดไร้อุปการะและค่าเสียหายทางจิตใจที่ต้องสูญเสียทารก¹¹¹⁷

ตัวอย่าง คดี Kerby v Redbridge Health Authority¹¹¹⁸ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า แพทย์ทำการรักษาพยาบาลโดยประมาทเป็นเหตุทำให้เด็กคลอดออกมาพร้อมกับความพิการอย่างรุนแรง โดยเด็กถึงแก่ความตายเมื่อมีอายุได้ 3 วัน หญิงมารดาฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจจากแพทย์ผู้ทำละเมิด ศาลพิพากษาว่าเมื่อการตายของเด็กเป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ หญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามพระราชบัญญัติ The Fatal Accidents Act 1976

อย่างไรก็ดี แม้ชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกได้ตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่นักวิชาการมีความเห็นว่าชายและหญิงยังคงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ตามกฎหมายจารีตประเพณี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ค่าเสียหายทางจิตใจจากความเศร้าโศกเสียใจที่ต้องสูญเสียทารก¹¹¹⁹

ตัวอย่าง คดี Bagley v North Herts Health Authority มีข้อเท็จจริงว่า หญิงมีความจำเป็นต้องรับการถ่ายเลือดระหว่างตั้งครรภ์ แต่แพทย์ไม่ได้ตรวจสอบเลือดที่นำมาใช้ว่าไม่เหมาะสมกับหมู่เลือดของหญิง ภายหลังที่แพทย์พบว่าเลือดที่หญิงได้รับเป็นเลือดผิดประเภท แพทย์ไม่รีบผ่าตัดช่วยเหลืองทารกในครรภ์ จนในท้ายที่สุดทารกในครรภ์ถึงแก่ความตาย หญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแพทย์ ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลให้เหตุผลว่าเมื่อการตายของทารกเป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ อีกทั้งเมื่อพบว่าในกรณีที่ปราศจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ โอกาสที่เด็กจะถึงแก่ความตายก่อนคลอดออกมามีชีวิตมีเพียงร้อยละ 5 เท่านั้น ศาลจึงพิพากษาว่าหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ซึ่งประกอบไปด้วย¹¹²⁰

¹¹¹⁷ Jean Vanessa Mchale, *supra note 223*, p.962. ; Ian Kennedy and Andrew Grubb, *supra note 25*, pp.938-939. ; Andrew Grubb, Judith Laing, Jean Mchale and Ian Kennedy, *supra note 800*, p.322. ; M. Starczewski, “Note : Wrongful Death of a Fetus : Does a Cause of Action Arise When There is no Live Birth,” *Villanova Law Review*, Volume 31, p.683 (1986) ; John Seymour, “Negligent Treatment in Obstetrics and Midwifery,” in *Childbirth and the Law*, (Oxford Scholarship Online), p.104.

¹¹¹⁸ [1993] 4 Med LR 178.

¹¹¹⁹ David Kemp and Peter Mantle, *supra note 1065*, p.74.

¹¹²⁰ (1986) NLJ 1014. , Bernard Dickens, *supra note 494*, p.106. ; Malcolm Khan and Michelle Robson, *supra note 209*, p.186. ; ในคดี Hotson v East Berkshire AHA

1. ค่าเสียหายจากการที่หญิงต้องสูญเสียบุตร
2. ค่าเสียหายทางจิตใจจากการที่หญิงไม่สามารถตั้งครรภ์จนครบกำหนดและไม่สามารถให้กำเนิดบุตรที่มีชีวิต
3. ค่าเสียหายจากการสูญเสียความคาดหวังที่จะได้เป็นมารดา
4. ค่าเสียหายจากความผิดหวังที่มีสมาชิกเพิ่มมากขึ้นและมีความครอบครัวที่สมบูรณ์

ในคดี *Grieve v Salford Health Authority*¹¹²¹ ศาลพิจารณาว่า แม้กฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่ให้สิทธิกับชายและหญิงที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจจากการตายของทารกก่อนมีสภาพบุคคล แต่กฎหมายดังกล่าวก็ไม่ได้บัญญัติห้ามมิให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการที่ต้องสูญเสียบุตร ด้วยเหตุที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามนี้เอง ศาลได้พิจารณาว่า แม้ทารกจะตายก่อนมีสภาพบุคคล เมื่อการตายของทารกส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจของชายและหญิง ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจจากผู้ทำละเมิด อีกทั้ง ยังมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการสูญเสียความคาดหวังว่าจะได้ให้กำเนิดบุตรอีกด้วย

สำหรับปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกนี้ *JK Mason* แสดงความคิดเห็นว่า เมื่อพิจารณาจากกฎหมายของประเทศอังกฤษพบว่ายังไม่เป็นที่แน่นอนว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดหรือไม่ ซึ่งต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงและความร้ายแรงของการทำละเมิดเป็นรายกรณี¹¹²² เพราะในบางกรณี แม้ว่าแพทย์จะกระทำโดยประมาทจนเป็นเหตุทำให้ทารกถึงแก่ความตาย ชายและหญิงอาจไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารก ซึ่งแตกต่างจากแนวทางการพิจารณาพิพากษาคดีของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีความชัดเจนแน่นอนมากกว่าว่ากรณีใดบ้างที่ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด

หากพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศสกอตแลนด์¹¹²³ ในกรณีที่มีการทำละเมิดจนเป็นเหตุทำให้ทารกถึงแก่ความตาย กฎหมายกำหนดว่าการตายของทารกเป็น

[1987] 2 All ER 909, HL ศาลพิพากษาว่าหญิงที่ต้องสูญเสียบุตรจากการทำละเมิดมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้เช่นเดียวกัน

¹¹²¹ [1991] 2 Med LR 295.

¹¹²² *J.K. Mason, supra note 253, p.41.*

¹¹²³ *David Kemp and Peter Mantle, supra note 1065, p.71.*

ความเสียหายที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกจากผู้ทำละเมิดดังที่เคยปรากฏในคดี *Bourhill v Young*¹¹²⁴

4.2.3 ประเทศแคนาดา

ในประเทศแคนาดา การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของเด็กจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล ปรากฏขึ้นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1933 ในคดี *Montreal Tramways v Leveille*¹¹²⁵ โดยมีข้อเท็จจริงว่า ระหว่างที่หญิงกำลังตั้งครรภ์ หญิงได้ประสบอุบัติเหตุทางรถยนต์จากการกระทำโดยประมาทของผู้ขับขี่ ด้วยอุบัติเหตุในครั้งนั้นไม่เพียงแต่ส่งผลกระทบต่อร่างกายของหญิง แต่ยังทำให้ทารกในครรภ์ได้รับความเสียหายอีกด้วย ภายหลังที่เด็กคลอดออกมามีชีวิต มีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นว่า นอกจากหญิงที่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแล้ว ตัวเด็กที่ได้รับความเสียหายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายด้วยหรือไม่ เพราะในช่วงเวลาที่มีการละเมิดเด็กยังไม่มีสภาพบุคคลแต่อย่างใด ซึ่งถ้าพิจารณาจากหลักกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี ศาลเชื่อว่าโดยตลอดว่าสิทธิและการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายของเด็กจะเริ่มต้นเมื่อเด็กคลอดออกมามีสภาพบุคคลแล้วเท่านั้น จากหลักกฎหมายดังกล่าวผู้ขับขี่รถยนต์จึงมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อหญิงที่ตั้งครรภ์ไม่รวมถึงทารกในครรภ์

อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ศาลได้พิจารณาว่า ค่าเสียหายที่หญิงมีสิทธิเรียกร้องจากผู้ทำละเมิดเพียงพอต่อการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อเด็กหรือไม่ โดยท้ายที่สุด ศาลพิพากษาว่า แม้ในขณะที่มีการทำละเมิดเด็กจะยังไม่มีสภาพบุคคลและยังไม่สามารถมีสิทธิได้ตามกฎหมาย แต่บุคคลก็มีหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังและมีหน้าที่งดเว้นจากการกระทำที่อาจเป็นเหตุทำให้ทารกได้รับความเสียหาย โดยผู้พิพากษา *Lamont J* ได้ให้ความเห็นว่า

...หากเด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพียงเพราะเหตุที่การทำละเมิดเกิดขึ้นก่อนที่เด็กมีสภาพบุคคล คงเป็นเรื่องผิดปกตอย่างมากต่อหลักความยุติธรรมตามกฎหมาย ที่ละทิ้งและไม่ให้การเยียวยาต่อเด็กซึ่งเป็นผู้เสียหายและเป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบโดยตรงจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ตามความเห็นของข้าพเจ้า กฎหมายควรให้ความยุติธรรมต่อเด็กที่ว่า ถ้ามีการทำละเมิดเกิดขึ้นต่อทารกในครรภ์ และภายหลังเด็กได้คลอดออกมามีชีวิต เด็กก็ต้องมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดได้เช่นเดียวกัน...¹¹²⁶

¹¹²⁴ 1941 SC 395.

¹¹²⁵ [1933] 4 DLR 337.

¹¹²⁶ [1933] 4 DLR 337, 345.

เมื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเด็กเป็นผลมาจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล ศาลจึงพิพากษาให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด¹¹²⁷

ตัวอย่างคำพิพากษาที่ศาลพิพากษาว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล

คดี Wipfli v Britten¹¹²⁸ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า แพทย์ตรวจสอบการตั้งครรภ์ของหญิงโดยประมาท ทำให้ไม่ทราบว่าทารกในครรภ์ของหญิงเป็นทารกฝาแฝด จากการที่แพทย์ไม่ทราบข้อเท็จจริงเช่นนั้น แพทย์จึงไม่ได้เตรียมความพร้อมในการทำคลอดหญิงที่ตั้งครรภ์ฝาแฝด เมื่อถึงกำหนดคลอด การทำคลอดเป็นไปด้วยความยากลำบาก ทารกทั้งสองคนได้รับความกระทบกระเทือนอย่างมากจากการพยายามทำคลอด จนเป็นเหตุทำให้เด็กต้องพิการไปตลอดชีวิต หญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแทนเด็ก ศาลพิพากษาว่า เด็กทั้งสองคนมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด แม้การกระทำโดยประมาทเกิดขึ้นระหว่างกระบวนการทำคลอด ซึ่งเป็นเวลาก่อนที่เด็กมีสภาพบุคคลตามกฎหมาย

คดี Duval v Seguin¹¹²⁹ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ก่อนที่เด็กคลอดออกมามีชีวิต ผู้ทำละเมิดขับขีจักรยานยนต์ด้วยความประมาทเป็นเหตุทำให้ทารกในครรภ์ได้รับความเสียหาย ศาลสูงของมลรัฐออนตาริโอพิจารณาว่า แม้ผู้ทำละเมิดจะไม่เคยทราบมาก่อนว่าขณะที่มีการทำละเมิดหญิงที่ได้รับความเสียหายกำลังตั้งครรภ์ แต่ศาลเห็นว่าผู้ทำละเมิดสามารถคาดเห็นได้ว่า หากผู้ทำละเมิดขับรถจักรยานยนต์โดยประมาทอาจเป็นเหตุทำให้เกิดอุบัติเหตุและอาจส่งผลกระทบต่อหญิงที่กำลังตั้งครรภ์ อีกทั้งวิญญูชนเองก็สามารถคาดหมายได้ว่าเพศหญิงเป็นเพศที่สามารถตั้งครรภ์ได้ ดังนั้น ผู้ขับขีจักรยานยนต์จึงไม่ได้มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อหญิงเท่านั้น แต่ยังมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อทารกในครรภ์ของหญิงอีกด้วย การที่ทารกในครรภ์ได้รับความเสียหายจากการกระทำโดยประมาทจึงไม่ได้เป็นความเสียหายที่ไกลกว่าเหตุ และเมื่อเด็กคลอดออกมามีชีวิต เด็กจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ขับขีจักรยานยนต์ที่ทำการละเมิดต่อเด็ก

คดี Cherry v Borsman¹¹³⁰ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า แพทย์ทำแท้งให้แก่หญิงโดยประมาท ซึ่งไม่เพียงแต่การทำแท้งจะไม่ประสบผลสำเร็จ แต่ทารกในครรภ์ยังได้รับผลกระทบจากการพยายามทำแท้งจนเป็นเหตุทำให้ทารกที่คลอดออกมามีร่างกายที่พิการ หญิงจึงฟ้องร้องเรียก

¹¹²⁷ John Seymour, *supra* note 1088, p.57.

¹¹²⁸ (1984) 13 DLR (4th) 169.

¹¹²⁹ (1972) 26 DLR (3d) 418, 433.

¹¹³⁰ (1991) 75 DLR (4th) 668, 676.

ค่าเสียหายแทนเด็ก ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ศาลได้ให้เหตุผลว่าแพทย์สามารถคาดเห็นได้ว่า หากแพทย์ทำแท้งให้หญิงโดยประมาท การทำแท้งย่อมไม่ประสบผลสำเร็จ นอกจากนี้ ด้วยผลของการพยายามทำแท้งนี้เองย่อมเป็นเหตุทำให้ทารกได้รับความเสียหายและอาจเป็นเหตุทำให้เด็กต้องพิการ

ในการพิจารณาคดีนี้มีความยุ่งยากตรงที่ว่า หากการทำแท้งไม่ได้เกิดขึ้นโดยประมาท ไม่ใช่คิดว่าเด็กจะเกิดขึ้นมา มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ แต่เด็กจะไม่ได้เกิดขึ้นมา มีชีวิต ทำให้เกิดข้อพิจารณาว่า ศาลควรยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายหรือไม่ อีกทั้งถ้าศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย เหตุผลในการพิจารณาคดีของศาลต้องไม่ใช่เหตุผลที่ว่า แพทย์มีหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังต่อทารก เพราะไม่เช่นนั้นแล้วอาจเป็นเหตุที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิในการทำแท้งของหญิงและอำนาจในการทำแท้งของแพทย์ เพราะหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังดังกล่าวทำให้หญิงไม่มีสิทธิเข้ารับการกระทำแท้งตามกฎหมายและทำให้แพทย์ไม่มีอำนาจทำแท้งให้กับหญิงอีกต่อไป

นอกจากนี้ เหตุผลของศาลก็ต้องไม่ใช่เหตุผลที่ว่าแพทย์มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังในการฆ่าทารก เพราะหน้าที่ดังกล่าวไม่สามารถเกิดขึ้นได้เนื่องจากขัดต่อนโยบายสาธารณะ¹¹³¹ โดยศาลได้ให้ความเห็นว่า แท้ที่จริงแล้วเหตุที่แพทย์มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อทารก เป็นผลมาจากทารกในครรภ์เป็นบุคคลตามกฎหมาย แม้กฎหมายไม่สามารถกำหนดได้ว่าแพทย์มีหน้าที่จะต้องใช้ความระมัดระวังต่อหญิงที่จะต้องทำแท้งให้ประสบผลสำเร็จ กล่าวคือ ต้องทำลายชีวิตเด็กให้สมบูรณ์ พร้อมทั้งมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อทารกที่จะไม่ทำให้ทารกได้รับอันตราย เพราะนั่นหมายความว่าถ้าการทำแท้งประสบผลสำเร็จ เด็กก็จะไม่ได้เกิดขึ้นมา มีชีวิต เด็กจึงไม่มีโอกาสที่จะใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย

อย่างไรก็ตาม ศาลเห็นว่าหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังในการทำแท้งที่แพทย์มีต่อหญิงกับหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังที่จะไม่ทำให้ทารกได้รับอันตรายเป็นหน้าที่คนละประเภทกัน เมื่อแพทย์ยังคงมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังที่จะไม่ทำให้ทารกได้รับอันตราย และเมื่อการทำแท้งโดยประมาทเป็นเหตุทำให้ทารกได้รับความเสียหาย การทำแท้งโดยประมาทจึงเป็นการทำละเมิดต่อทารก เมื่อเด็กคลอดออกมา มีชีวิต เด็กจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ โดยไม่มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่า ถ้าปราศจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ ย่อมหมายความว่าเด็กจะไม่ได้เกิดขึ้นมา มีชีวิตเลย¹¹³²

¹¹³¹ J.K. Mason, *supra* note 253, p.40.

¹¹³² *Ibid.*

4.2.4 ประเทศออสเตรเลีย

ในประเทศออสเตรเลีย การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อน มีสภาพบุคคลปรากฏขึ้นครั้งแรกในคดี Watt v Rama¹¹³³ ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า ระหว่างที่หญิงตั้งครรภ์ หญิงได้รับอุบัติเหตุทางรถยนต์จนเป็นเหตุทำให้ทารกได้รับการกระทบกระเทือนทางสมองอย่างรุนแรง และทำให้เด็กคลอดออกมาพิการ เมื่อเด็กคลอดออกมามีชีวิต หญิงได้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแทน เด็ก มีปัญหาที่ศาลต้องพิจารณาว่า เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายหรือไม่ เมื่อศาลได้ศึกษาจาก แนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศ ศาลเห็นว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ช้รถยนต์ โดยศาลให้เหตุผลว่า เมื่อใดก็ตามที่มีเรื่องเกี่ยวข้องกับประโยชน์ของทารกในครรภ์ให้ถือเสมือนว่าทารกได้คลอดออกมามีชีวิต (*Nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur*)

นอกจากนี้ ศาลได้พิจารณาถึงองค์ประกอบของความรับผิดทางละเมิดด้วย ว่า การกระทำใดจะเป็นการทำละเมิดต่อเมื่อการกระทำดังกล่าวทำให้เกิดความเสียหาย แต่เมื่อใดที่มีเพียงการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่ปรากฏความเสียหาย การกระทำเช่นนั้นก็หาได้เป็นการทำละเมิด ในกรณีที่มีการทำละเมิดต่อทารกในครรภ์ แม้ขณะทำละเมิดทารกจะยังอยู่ในครรภ์ จึงทำให้ไม่มีผู้ใดทราบว่าทารกได้รับความเสียหายจากการทำละเมิดหรือไม่ แต่ทันทีที่ทารกคลอดออกมามีชีวิต ถ้าการทำละเมิดทำให้เด็กได้รับความเสียหาย ความเสียหายย่อมปรากฏให้เห็นได้ในเวลาที่เด็กคลอด และเมื่อมีความเสียหายปรากฏขึ้นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ครบองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิด เด็กย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย¹¹³⁴ โดยศาลให้เหตุผลว่า

...สิทธิในการฟ้องร้องของเด็กไม่ได้เกิดขึ้นในขณะที่มีการทำละเมิด แต่เกิดขึ้นทันทีที่มีความเสียหายปรากฏขึ้น ดังนั้น สิทธิของเด็กที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจึงเกิดได้ภายหลังที่เด็กคลอดออกมามีชีวิต อันเป็นช่วงเวลา que แสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่าเด็กได้รับความเสียหายจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่...¹¹³⁵

สำหรับคำพิพากษาข้างต้นมีข้อสังเกตว่า ศาลอาศัยการพิจารณาจาก องค์ประกอบความรับผิดเพื่อละเมิด เพราะปกติปัญหาสำคัญที่ว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดหรือไม่ก็คือ ปัญหาที่ว่า การทำละเมิดเป็นผลทำให้เด็กได้รับความเสียหายหรือไม่

¹¹³³ [1972] VR 353.

¹¹³⁴ Andrew Grubb, Judith Laing, Jean Mchale and Ian Kennedy, *supra note* 800, pp.270-271.

¹¹³⁵ *Ibid.*, p.270.

ดังนั้น ถ้าความเสียหายปรากฏในเวลาที่ได้คลอดออกมามีชีวิต โดยเด็กสามารถพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายเป็นผลมาจากการทำละเมิด ไม่มีเหตุผลที่กฎหมายจะไม่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย โดยแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในคดีนี้ได้กลายเป็นต้นแบบในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในประเทศอังกฤษ ดังที่ปรากฏในคดี *Burton v. Islington Health Authority*¹¹³⁶

คดี *Attorney-General for the State of Queensland v T*¹¹³⁷ ศาลมีคำพิพากษาว่า กฎหมายเริ่มให้ความคุ้มครองสิทธิของมนุษย์ต่อเมื่อมนุษย์คลอดออกมามีสภาพบุคคลเท่านั้น เพราะฉะนั้นตราบดที่เด็กยังไม่ได้คลอดออกมามีสภาพบุคคล เด็กย่อมไม่สามารถใช้สิทธิตามกฎหมายได้ อย่างไรก็ตาม เมื่อเด็กคลอดออกมามีชีวิต ความคุ้มครองตามกฎหมายก็ได้เริ่มต้นเฉพาะวันที่เด็กคลอดเท่านั้น กฎหมายได้ให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กย้อนไปถึงวันที่ทารกเริ่มต้นความเป็นมนุษย์ กล่าวคือ วันที่มีการปฏิสนธิ โดยสิทธิดังกล่าวรวมถึงสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดที่เกิดขึ้นก่อนวันที่เด็กมีสภาพบุคคลด้วย¹¹³⁸

นอกจากปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลแล้ว ยังมีปัญหาเกิดขึ้นอีกด้วยว่า เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิหรือไม่ โดยปัญหานี้ได้ปรากฏในคดี *Korsky v The Trustees of the Sisters of Charity*¹¹³⁹ มีข้อเท็จจริงว่า ก่อนที่หญิงตั้งครรภ์ หญิงได้เข้ารับการถ่ายเลือดจากแพทย์ แต่แพทย์ไม่ได้ตรวจสอบว่าเลือดที่จะนำมาใช้กับหญิงนั้นเหมาะสมกับหมู่เลือดของหญิงหรือไม่ เมื่อหญิงตั้งครรภ์ ด้วยการที่หญิงได้รับเลือดไม่ตรงกับหมู่เลือดของตนจึงส่งผลกระทบต่อสุขภาพและพัฒนาการของทารก และเป็นเหตุทำให้ทารกต้องพิการ

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ศาลให้เหตุผลว่า หน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังของแพทย์ต่อทารกในครรภ์นี้ มีความหมายรวมถึงหน้าที่ที่จะไม่กระทำการอย่างใดๆ

¹¹³⁶ เมื่อพิจารณาพัฒนาการของกฎหมายในประเทศอังกฤษพบว่า คณะกรรมการร่างกฎหมายได้อ้างอิงคำพิพากษาและแนวทางการปรับใช้กฎหมายของประเทศออสเตรเลียเป็นต้นแบบการร่างกฎหมาย *The Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976*

¹¹³⁷ (1983) 46 ALR 275

¹¹³⁸ *Marriage of F v F* (1989) FLC 92-031, *Re F (In Utero)* [1988] 2 WLR 1288 และ *C v S* (1987) 1 All ER 1230 ศาลมีคำพิพากษาว่ากฎหมายให้ความคุ้มครองสิทธิของทารกย้อนไปถึงเวลาที่มีการปฏิสนธิ

¹¹³⁹ [1982] VR 961.

อันอาจเป็นเหตุทำให้ทารกภายหลังที่ได้รับการปฏิสนธิได้รับอันตรายด้วย กล่าวคือ แพทย์มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อมนุษย์ที่จะได้รับการปฏิสนธิในอนาคต ดังนั้น เมื่อการกระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้ทารกไม่ได้รับการปฏิสนธิในสภาพแวดล้อมที่เหมาะสม ภายหลังที่เด็กคลอดออกมามีชีวิตเด็กจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

นอกจากนี้ การทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิอาจเป็นการทำละเมิดต่อโอกาสที่เด็กจะได้เกิดขึ้นมา มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ตัวอย่างเช่น คดี X and Y v Pal¹¹⁴⁰ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า หญิงเข้ารับการตรวจสุขภาพกับแพทย์ก่อนตั้งครรภ์ แต่แพทย์ตรวจสุขภาพของหญิงโดยประมาท ทำให้แพทย์ไม่ทราบว่าหญิงป่วยเป็นโรคซิฟิลิสอยู่แล้วก่อนตั้งครรภ์ ด้วยการกระทำโดยประมาทเช่นนี้เองทำให้แพทย์ไม่สามารถให้คำแนะนำกับหญิงได้ว่า หากหญิงตั้งครรภ์ก่อนได้รับการรักษาพยาบาลและก่อนที่หญิงจะหายจากโรคซิฟิลิส การตั้งครรภ์เช่นนั้นอาจเป็นเหตุทำให้ทารกในครรภ์ต้องเกิดขึ้นมาพร้อมกับความพิการ

ภายหลังที่เด็กเกิดขึ้นมาพร้อมกับความพิการ เด็กจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ โดยกล่าวอ้างว่า ในกรณีที่ปราศจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์หญิงย่อมได้รับการรักษาพยาบาลจนหายจากโรคซิฟิลิสก่อนที่หญิงตั้งครรภ์ อีกทั้งช่วงเวลาดังกล่าวหญิงสามารถหลีกเลี่ยงการตั้งครรภ์ที่มีโอกาสให้กำเนิดบุตรที่พิการ¹¹⁴¹ การกระทำโดยประมาทของแพทย์จึงเป็นการละเลยจากหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังต่อทารกในครรภ์ อันเป็นการละเมิดต่อสิทธิของเด็กที่จะได้เกิดขึ้นมา มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ แม้ความพิการของเด็กเป็นผลมาจากโรคซิฟิลิสและไม่ได้เป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำโดยประมาทแพทย์ เด็กก็มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ได้เช่นเดียวกัน¹¹⁴²

4.2.5 ประเทศเยอรมนี

กฎหมายเยอรมันกำหนดว่าการเป็นบุคคลตามกฎหมาย (*Rechtsfähig*) หมายถึง การมีความสามารถที่จะมีสิทธิตามกฎหมาย¹¹⁴³ นอกจากนี้ กฎหมายได้แบ่งประเภทความสามารถออกเป็น 3 ประเภท คือ ประเภทที่ 1 ความสามารถในการมีสิทธิและได้รับการคุ้มครอง

¹¹⁴⁰ (1991) 23 NSWLR 26.

¹¹⁴¹ Anita Stuhmcke, *Essential Tort Law*, 2nd ed, (New South Wales : Cavendish Publishing, 2001), p.27.

¹¹⁴² *Ibid.*

¹¹⁴³ Ernest Joseph Cohn, *Manual of German Law*, (Dobbs Ferry : Oceana, 1968), p.63.

ตามกฎหมาย (*Rechtsfähigkeit*) ประเภทที่ 2 ความสามารถในการกระทำการทางกฎหมาย (*Handlungsfähigkeit*) ประเภทที่ 3 ความสามารถในทางสัญญา (*Geschäftsfähigkeit*)¹¹⁴⁴

สำหรับปัญหาทางกฎหมายที่ว่า เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิ (Pre-conception injury) หรือก่อนมีสภาพบุคคล (Prenatal Injury) หรือไม่นั้น จำเป็นต้องพิจารณาว่ากฎหมายเริ่มให้ความคุ้มครองความสามารถในการมีสิทธิตามกฎหมายตั้งแต่เมื่อใด ซึ่งมาตรา 1 ของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (*Bürgerliches Gesetzbuch* : BGB) ได้บัญญัติหลักกฎหมายเกี่ยวกับความสามารถของบุคคล (*Rechtsfähigkeit*) ในการมีสิทธิและได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายไว้ว่า “ความสามารถของบุคคลที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเริ่มต้นเมื่อคลอด”¹¹⁴⁵ หากพิจารณาจากถ้อยคำที่ปรากฏในกฎหมาย เด็กที่ได้รับการคุ้มครองจากการทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิหรือก่อนมีสภาพบุคคลอาจไม่ได้รับการคุ้มครองและไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ตามกฎหมาย

เมื่อพิจารณาทบทวนคดีว่าด้วยความรับผิดเพื่อละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 823¹¹⁴⁶ กฎหมายได้บัญญัติไว้ว่า

“ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นๆ ของบุคคลซึ่งขัดต่อกฎหมาย จะต้องผูกพันในการชดเชยค่าเสียหายแก่เขา สำหรับความเสียหายใดๆ ที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้น”¹¹⁴⁷

จากบทบัญญัติดังกล่าว นักกฎหมายเยอรมันเห็นว่ายังไม่เป็นที่แน่ชัดว่า “บุคคลอื่น (Another person)” มีความหมายรวมถึงทารกในครรภ์หรือมนุษย์ที่จะได้รับการปฏิสนธิ

¹¹⁴⁴ Nigel G. Foster and Satish Sule, *supra note* 333, p.419.

¹¹⁴⁵ BGB §1 The legal capacity of a human being begins on the completion of birth

¹¹⁴⁶ BGB §823

(1) A person who, intentionally or negligently, unlawfully injures the life, body, health, freedom, property or another right of another person is liable to make compensation to the other party for the damage arising from this.

¹¹⁴⁷ จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, "ความรับผิดฐานละเมิดตามกฎหมายเยอรมันเปรียบเทียบกับคอมมอนลอว์ : มาตรา 823 BGB," *วารสารนิติศาสตร์*, ฉบับที่ 1, ปีที่ 25, น.87-88 (2538)

ในอนาคตหรือไม่¹¹⁴⁸ ซึ่งปัญหาดังกล่าวได้กลายมาเป็นคดีความและเข้าสู่การพิจารณาพิพากษาคดีของศาล โดยศาลสูงแห่งสหพันธรัฐเยอรมนี (*Bundesgerichtshof*) ได้ตีความขอบเขตของความคุ้มครองตามมาตรา 823 และได้วางบรรทัดฐานเอาไว้ว่า การกระทำที่เป็นเหตุทำให้เกิดความเสียหายต่อ “บุคคลอื่น” หมายรวมถึง การทำละเมิดต่อทารกในครรภ์ด้วย¹¹⁴⁹ ภายหลังจากที่เด็กคลอดออกมามีชีวิต เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดได้ต่างหากจากหญิงมารดา¹¹⁵⁰

นอกจากกฎหมายให้ความคุ้มครองต่อทารกในครรภ์ (*In utero*) แล้ว ศาลยุติธรรมประเทศเยอรมนีได้ตีความคำว่า “บุคคล” ให้มีความหมายรวมถึง “มนุษย์ที่จะได้รับการปฏิสนธิในอนาคต” อีกด้วย โดยพิพากษาให้เด็กที่ได้รับความเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีการ

¹¹⁴⁸ มีปัญหาทางกฎหมายว่าสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองนั้น ทารกในครรภ์ที่ยังไม่ได้คลอดออกมามีสภาพบุคคลได้รับความคุ้มครองด้วยหรือไม่ โดยปัญหาดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนีมีคำวินิจฉัยว่า กฎหมายให้ความคุ้มครองต่อทารกในครรภ์ของหญิงโดยอาศัยมาตรา 2 วรรค 2 ว่าด้วยการคุ้มครองเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของมนุษย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิที่จะมีชีวิต ดู อุตม รัฐอมฤต, นพนิธิ สุริยะ และ บรรเจิด สิงหนัด, การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด นานาสิ่งพิมพ์, 2544), น.101-102.

นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนียังมีคำวินิจฉัย (*BVerfGE 39,1*) ในปัญหาที่ว่า การทำแท้งที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายหรือการที่รัฐไม่เข้าช่วยเหลือหรือปกป้องชีวิตของทารกในครรภ์เป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 1 เนื่องจากทารกในครรภ์ก็เป็นอีกชีวิตหนึ่งที่ได้รับการคุ้มครองแยกต่างหากจากหญิงที่ตั้งครรภ์ ซึ่งตามมาตรา 2 อนุมาตรา 2 กำหนดว่าทุกคนมีสิทธิในชีวิตและร่างกาย ดังนั้นการที่กฎหมายยินยอมให้มีการพรากไปเสียซึ่งชีวิตของทารกในครรภ์จึงเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อสิทธิในชีวิตและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของทารก กฎหมายอาญาที่ยินยอมให้มีการทำแท้งจึงมีผลเป็นโมฆะ ดู บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), น.92.

¹¹⁴⁹ BGHZ 58, 48

¹¹⁵⁰ Nigel G. Foster and Satish Sule, *supra note 333*, p.419.

ปฏิสนธิมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้เช่นเดียวกับเด็กที่ได้รับความเสียหายจากการทำละเมิด ภายหลังที่มีการปฏิสนธิแล้ว¹¹⁵¹ โดยมีรายละเอียดดังนี้

(1) การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิ (Nodum Coneptus)

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนการปฏิสนธิปรากฏขึ้น ในคดี BGH, 20 December 1952¹¹⁵² ข้อเท็จจริงปรากฏว่า หญิงเข้ารับการถ่ายเลือดกับแพทย์ แต่แพทย์ไม่ได้ตรวจสอบเลือดที่นำมาใช้ว่าเป็นเลือดที่ปนเปื้อนไปด้วยเชื้อซิฟิลิส¹¹⁵³ ภายหลังที่หญิง

¹¹⁵¹ Basil Markesinis and Hannes Unberath, *supra note 5*, p.48. ; Marc Stauch, *supra note 316*, p. 18. ; Raymond Youngs, *English, French & German Comparative Law*. 3rd ed., (New York : Routledge, 2014), p.401.

¹¹⁵² คณิต ฌ นคร, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์*, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), น.212, 214. และดู กิตติศักดิ์ ปรกติ, *หลักกฎหมายบุคคล*, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), น.26 เจริญธรรมที่ 15.

¹¹⁵³ หากข้อเท็จจริงเปลี่ยนไปว่าชายและหรือหญิงเป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์อยู่แล้ว ก่อนตั้งครรภ์ แม้ชายและหญิงจะทราบว่าทารกในครรภ์อาจได้รับผลกระทบจากโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์แต่ไม่หลีกเลี่ยงและป้องกันการเกิดของเด็ก ภายหลังที่เด็กต้องเกิดขึ้นมาพิการเด็กอาจฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากชายและหญิงได้เช่นกัน อาทิ ในประเทศอิตาลีศาลแห่งเมืองปิอาเซนซ่า (The court of Piacenza) มีคำพิพากษาในวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 1950 (Foro it, 1951, 1, 981) ชายและหญิงที่แพร่โรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ (โรคซิฟิลิส) ไปยังเด็ก ต้องรับผิดชอบในความเสียหายจากการได้เกิดและความพิการของเด็ก เช่นเดียวกับประเทศเยอรมนี ศาล Schleswig Oberlandesgericht มีคำพิพากษาในวันที่ 18 ตุลาคม ค.ศ. 1949 (Neue jur. Woch., 1950, 388) ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ชายเป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ก่อนที่จะมีเพศสัมพันธ์กับหญิง แต่ชายไม่ยอมเข้ารับการรักษาพยาบาลและยังฝืนมีเพศสัมพันธ์ในระหว่างที่เป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ การมีเพศสัมพันธ์ดังกล่าวเป็นเหตุทำให้หญิงได้รับเชื้อโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์และทำให้เด็กต้องเกิดขึ้นมาพิการ ศาลพิพากษาว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากชายเพราะเหตุที่ตนได้เกิดและต้องพิการ แต่ในศาลสูง (German Bundesgericht) ของอิตาลีหนึ่งปรากฏเมื่อวันที่ 14 มิถุนายน ค.ศ. 1951 (juristenzeitung, 1951, 758) ศาลพิพากษาว่าเด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากชายผู้เป็นบิดา แม้ว่าการมีเพศสัมพันธ์ในขณะที่เป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์เป็นเหตุทำให้เด็กต้องพิการ เพราะหากปราศจากการมีเพศสัมพันธ์เด็กก็จะไม่มีทางได้เกิดขึ้นมาพิการ เด็กจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้อง

ตั้งครรภ์ ทารกในครรภ์ได้รับผลกระทบจากเชื้อซิฟิลิสและเป็นเหตุทำให้ทารกต้องพิการตั้งแต่อยู่ในครรภ์ เมื่อเด็กคลอดออกมามีชีวิต ทั้งหญิงและเด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ โดยหญิงฟ้องร้องตามกฎหมายลักษณะสัญญา ส่วนเด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด โดยกล่าวอ้างว่าการกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นการละเมิดต่ออนามัยของเด็กก่อนมีการปฏิสนธิ

ในชั้นพิจารณาพิพากษาคดี แพทย์ให้การต่อสู้ว่าในขณะที่แพทย์ทำละเมิดทารกยังไม่มีตัวตนและยังไม่เคยมีตัวอ่อนที่ได้รับการปฏิสนธิเกิดขึ้นเลย ดังนั้น จึงไม่มีอนามัยของเด็กที่จะถูกทำละเมิดโดยแพทย์ นอกจากนี้ ในขณะที่หญิงตั้งครรภ์หญิงก็ป่วยเป็นโรคซิฟิลิสอยู่แล้ว เมื่อไม่มีการกระทำการใดของแพทย์เกิดขึ้นอีกภายหลังจากที่มีการปฏิสนธิ การที่ทารกต้องพิการหรือมีปัญหาสุขภาพจึงไม่ได้เป็นผลมาจากการกระทำของแพทย์ แต่เป็นเพราะทารกได้รับเชื้อซิฟิลิสมาจากหญิงที่ตั้งครรภ์เอง ดังนั้น การกระทำของแพทย์ไม่สามารถเป็นการทำละเมิดต่อทารกในครรภ์ได้ จะเป็นได้อย่างมากที่สุดคือการทำละเมิดต่ออนามัยของหญิงหญิงเพียงฝ่ายเดียว

ผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีไม่เห็นด้วยกับคำให้การของแพทย์ โดยเห็นว่าการที่แพทย์ถ่ายเลือดที่ปนเปื้อนเชื้อซิฟิลิสให้แก่หญิง เป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิที่จะได้รับการปฏิสนธิในสภาพแวดล้อมที่เหมาะสมของเด็ก แม้ว่าการกระทำของแพทย์จะไม่ได้เกิดขึ้นภายหลังที่มีการปฏิสนธิ แต่การกระทำดังกล่าวได้รับกวนความสามารถในการเจริญพันธุ์ของหญิง และทำให้ทารกไม่สามารถเจริญเติบโตและมีพัฒนาการได้ตามปกติดังที่ควรจะเป็น ทั้งนี้ ในกรณีที่ปราศจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ หญิงก็จะเป็นโรคซิฟิลิส ทารกในครรภ์ก็จะเจริญเติบโตและมีพัฒนาการได้ตามปกติ อีกทั้งเด็กก็จะได้เกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ดังนั้น จากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ที่ไม่ได้ตรวจสอบเลือดก่อนที่จะนำมาใช้กับหญิง จึงเป็นการกระทำโดยประมาทและเป็นการละเมิดต่ออนามัยของทารกโดยตรง¹¹⁵⁴

นอกจากนี้ ผู้พิพากษายังได้อธิบายถึงความแตกต่างของสิทธิตามมาตรา 823 ว่า การทำละเมิดต่อสิทธิตามมาตรา 823 สามารถแบ่งได้ 2 กรณี คือ กรณีที่ 1 การทำละเมิดต่อสิทธิในทรัพย์สินหรือความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ ซึ่งในขณะที่มีการละเมิดผู้ถูกทำละเมิดจะต้องมีสิทธิเหล่านั้นอยู่ก่อนแล้ว หากบุคคลเหล่านั้นยังไม่มีสิทธิเหนือทรัพย์สิน บุคคลเหล่านั้นก็ยังไม่สิทธิอย่างที่จะถูกทำละเมิดได้ กรณีที่ 2 สิทธิในร่างกายและอนามัย แม้ว่าในขณะที่มีการละเมิดผู้เสียหายจะยังไม่มีสิทธิเหล่านั้น (เพราะผู้เสียหายยังไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต) แต่หากการทำละเมิดส่งผลกระทบต่อสิทธิใน

เรียกค่าเสียหายจากชายผู้มีส่วนให้กำเนิดชีวิตเด็กได้ see Guido Tedeschi, *supra note 685*, pp.513-514, footnote 1.

¹¹⁵⁴ Cees Van Dam, *supra note 314*, p.199.

ร่างกายและอนามัยในภายหลัง บุคคลที่ได้รับความเสียหายก็เป็นผู้เสียหายจากการถูกทำละเมิดได้ เช่นเดียวกัน เช่นเดียวกับข้อเท็จจริงในคดีนี้ แม้ในขณะที่มีการทำละเมิดจะยังไม่มีทารกหรือยังไม่มีอนามัยที่จะถูกทำละเมิดได้ แต่ทันทีที่มีการปฏิสนธิจนกลายเป็นตัวอ่อน การกระทำของแพทย์ที่เกิดขึ้นก่อนที่มีการปฏิสนธิย่อมเป็นการละเมิดต่ออนามัยของทารกภายหลังที่มีการปฏิสนธิ ทารกในครรภ์จึงเป็นผู้เสียหายจากการทำละเมิด

จากเหตุผลข้างต้นนี้เอง เมื่อความพิการของทารกเป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ ศาลจึงพิพากษาว่า เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ตามกฎหมายลักษณะละเมิด โดยศาลได้พิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่เด็ก ประกอบไปด้วยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นแล้วในปัจจุบันและที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ทั้งนี้ เมื่อเด็กต้องเกิดขึ้นมามีร่างกายพิการ สภาพร่างกายที่พิการส่งผลทำให้เด็กได้รับความเจ็บปวดทรมานอย่างมาก เด็กจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจจากแพทย์ได้อีกด้วย

นอกจากนี้ ก่อนหน้าที่เด็กจะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ หญิงมารดาที่ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์เช่นเดียวกัน แต่เป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญา โดยศาลได้พิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่หญิงเนื่องจากการที่หญิงต้องป่วยเป็นโรคซิฟิลิส และให้กำเนิดบุตรที่พิการ

อย่างไรก็ตาม หากผลของการทำละเมิดรุนแรงถึงขนาดเป็นเหตุทำให้ทารกในครรภ์ถึงแก่ความตายก่อนที่จะได้เกิดขึ้นมามีชีวิต หลักกฎหมายเยอรมันไม่ยินยอมให้บิดามารดาฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารก เพราะการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อทารกได้คลอดออกมามีชีวิตเสียก่อน¹¹⁵⁵

(2) การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของเด็กจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลปรากฏขึ้นในคดี BGH 11 January 1972¹¹⁵⁶ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ระหว่างที่หญิงตั้งครรภ์ได้ 6 เดือนหญิงประสบอุบัติเหตุและด้วยอุบัติเหตุดังกล่าวทำให้ทารกได้รับการกระทบกระเทือนทางสมองและระบบประสาท จนท้ายที่สุดเด็กคลอดออกมาพิการ เด็กจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ศาลได้อ้างอิงถึงคำพิพากษาคดี BGH, 20 December 1952 โดยให้เหตุผลว่า เมื่อศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิ จึงไม่มีเหตุผลที่ศาลจะไม่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำ

¹¹⁵⁵ B.S. Markesinis and H. Unberath, *supra* note 5, p.150.

¹¹⁵⁶ BGHZ 58,48

ละเมิดภายหลังที่มีการปฏิสนธิ ศาลจึงพิพากษาว่าเด็กที่ได้รับความเสียหายจากการทำละเมิดภายหลังที่มีการปฏิสนธิมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเช่นกัน

นอกจากนี้ ศาลได้พิจารณาอีกด้วยว่า มาตรา 823 ให้ความคุ้มครองสิทธิทารกในครรภ์ เสมือนหนึ่งว่าทารกเป็น “บุคคล” ที่สามารถถูกทำละเมิดได้ โดยสิทธิของทารกที่ได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 823 ก็คือ สิทธิของทารกที่จะได้มีพัฒนาการจนกระทั่งได้คลอดออกมามีชีวิต และสิทธิที่จะได้เกิดขึ้นมา มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ บุคคลใดจะทำอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของทารกในครรภ์ไม่ได้ เพราะหากมีการกระทำอย่างใดอันเป็นเหตุทำให้ทารกไม่สามารถเกิดขึ้นมา มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ภายหลังที่เด็กคลอดออกมามีชีวิต เด็กมีสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากบุคคลเหล่านั้น

ท้ายที่สุดศาลพิพากษาว่าการกระทำโดยประมาทของผู้ขับขี่รถยนต์เป็นการทำละเมิดต่อทารกในครรภ์โดยตรง โดยสิทธิของทารกที่ถูกละเมิดคือสิทธิในอนามัยซึ่งเป็นสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 823 นอกจากหญิงมารดาจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแล้ว เด็กก็มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายด้วยตนเองได้เช่นกัน¹¹⁵⁷

ภายหลังที่ศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล นักวิชาการหลายฝ่ายได้แสดงความเห็นสนับสนุนแนวการพิพากษาคดีของศาล ด้วยเหตุผลดังนี้

ประการที่ 1 หากพิจารณาจากกฎหมายฉบับอื่นๆ อาทิ มาตรา 25 ของกฎหมาย Nuclear Energy Act of 23 December 1959 เห็นได้ว่า กฎหมายได้ให้ความคุ้มครองสิทธิของมนุษย์ก่อนมีสภาพบุคคลเช่นเดียวกัน ดังนั้น การที่กฎหมายลักษณะละเมิดให้ความคุ้มครองสิทธิของทารกก่อนมีสภาพบุคคลจึงไม่ได้เป็นเรื่องใหม่ที่ไม่เคยเกิดขึ้นในระบบกฎหมายมาก่อน¹¹⁵⁸

ประการที่ 2 ปัญหาสำคัญของการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลคือ ความเสียหายไม่ได้เกิดขึ้นทันทีที่มีการทำละเมิด กล่าวคือ ในขณะที่มีการทำละเมิด ยังไม่มีบุคคลใดสามารถรู้ได้ว่าทารกในครรภ์จะได้รับความเสียหายจากการทำละเมิดหรือไม่อย่างไรก็ตาม หากการทำละเมิดส่งผลกระทบต่อทารกในครรภ์จริง ความเสียหายย่อมปรากฏเมื่อเด็กได้

¹¹⁵⁷ Bundesgerichtshof (Sixth Civil Senate) 11 January 1972 BGHZ 58,48 = NJW 1972, 1126 = JZ 1972, 363 ; Cees Van Dam, *supra note* 314, p.199.

¹¹⁵⁸ Basil Markesinis and Hannes Unberath, *supra note* 5, p.145.

คลอดออกมามีชีวิต ดังนั้น การที่ความเสียหายไม่ได้เกิดขึ้นทันทีที่มีการทำละเมิด แต่ปรากฏขึ้นภายหลังที่เด็กคลอดออกมามีชีวิต ไม่เป็นเหตุทำให้เด็กเสียสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแต่อย่างใด¹¹⁵⁹

ประการที่ 3 เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในกฎหมายอาญาจะพบว่ากฎหมายได้ให้ความคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์เช่นเดียวกัน อาทิ บทบัญญัติห้ามมิให้มีการทำแท้งหรือกฎหมายที่กำหนดให้การทำลายทารกในครรภ์เป็นความผิด โดยวัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าว มีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิที่จะมีชีวิตของทารก ทั้งนี้ หากมีการกระทำใดๆ ที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อทารก แม้ว่าทารกจะไม่ตายและผู้กระทำจะไม่มี ความผิดตามกฎหมายอาญา แต่ก็เป็นหน้าที่ของกฎหมายเอกชนที่จะต้องเยียวยาความเสียหายให้แก่เด็กที่คลอดออกมามีชีวิต¹¹⁶⁰

ประการที่ 4 ทารกในครรภ์ไม่ได้เป็นเพียงส่วนหนึ่งของหญิงมารดา อีกทั้ง ความเสียหายของทารกไม่ได้เป็นผลกระทบมาจากความเสียหายที่เกิดขึ้นกับหญิง แต่เพราะการทำการละเมิดต่างหากที่ส่งผลกระทบต่อสุขภาพของทารกในครรภ์¹¹⁶¹

ประการที่ 5 ในการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล เด็กไม่ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า ผู้ทำละเมิดทราบหรือไม่ว่าหญิงกำลังตั้งครรภ์ เด็กเพียงแต่พิสูจน์ว่าความเสียหายเป็นผลมาจากการทำละเมิดเท่านั้น¹¹⁶²

ทั้งนี้ นอกจากเด็กจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดด้วยตนเองแล้ว หากชายและหญิงได้รับผลกระทบทางจิตใจจากการที่บุตรของตนถูกทำละเมิดจนต้องพิการ ชายและหญิงเองก็มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดได้เช่นเดียวกัน ดังที่ได้ปรากฏในคดี BGHZ 5 February 1985¹¹⁶³ ศาลมีคำพิพากษาว่า นอกจากตัวเด็กจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนที่เด็กมีสภาพบุคคลแล้ว หญิงที่ได้รับการกระทบกระเทือนทางจิตใจอย่างหนัก (Nervous Shock) เมื่อได้พบว่าทารกในครรภ์ได้รับผลกระทบทางประสาทและต้องเกิดขึ้นพร้อมกับปัญหาสุขภาพอย่างรุนแรง มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจได้เช่นเดียวกัน

¹¹⁵⁹ *Ibid*, p.145-146.

¹¹⁶⁰ *Ibid*, p.146.

¹¹⁶¹ *Ibid*.

¹¹⁶² *Ibid*, p.146-147.

¹¹⁶³ 93, 351

4.2.6 ประเทศฝรั่งเศส

ในประเทศฝรั่งเศส ศาลได้วางแนวการพิจารณาพิพากษาคดีว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล ไม่ว่าจะการทำละเมิดเกิดขึ้นก่อนหรือภายหลังที่มีการปฏิสนธิแล้วก็ตาม ยิ่งไปกว่านั้น แม้ว่าการทำละเมิดจะไม่ได้เป็นผลโดยตรงทำให้เด็กได้รับความเสียหาย แต่หากการทำละเมิดเป็นเหตุที่ทำให้เด็กสูญเสียโอกาสที่จะได้เกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้เช่นเดียวกัน มีรายละเอียดดังนี้

(1) การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล ปรากฏขึ้นในคดี CE, 27 September 1989¹¹⁶⁴ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า แพทย์ผ่าตัดทำแท้งโดยประมาท โดยแพทย์ไม่ได้ตรวจสอบผลการทำแท้งว่าประสบผลสำเร็จหรือไม่ นอกจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้การทำแท้งไม่ประสบผลสำเร็จแล้ว การพยายามทำแท้งของแพทย์ยังส่งผลกระทบต่อสุขภาพของทารกในครรภ์จนเป็นเหตุทำให้เด็กต้องเกิดขึ้นมาพิการอีกด้วย

ในชั้นพิจารณาพิพากษาคดี ศาลเห็นว่าเมื่อแพทย์ทำแท้งในช่วงที่ไม่เหมาะสมและส่งผลกระทบต่อสุขภาพของทารกในครรภ์ การทำแท้งโดยประมาทของแพทย์จึงเป็นการละเมิดต่อสิทธิของเด็ก ศาลจึงมีคำพิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินให้แก่เด็กจากการที่เด็กได้รับความเจ็บปวดทรมานจากความพิการเป็นเงิน 600,000 ฟรังก์ นอกจากนี้ศาลได้พิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายทางจิตใจให้กับหญิงที่ได้รับผลกระทบต่อคุณภาพในการดำเนินชีวิตจากการให้กำเนิดบุตรที่มีร่างกายพิการ เป็นเงิน 50,000 ฟรังก์ และค่าเสียหายเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ที่จำเป็นให้กับเด็กเป็นเงิน 400,000 ฟรังก์¹¹⁶⁵

(2) การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิ

นอกจากปัญหาที่ว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลหรือไม่ ยังมีปัญหาอีกว่า หากมีการทำละเมิดเกิดขึ้นก่อนมีการปฏิสนธิจนเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงไม่สามารถให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ และเป็นเหตุทำให้เด็กเสียโอกาสที่จะได้เกิดมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ เมื่อเด็กคลอดออกมามีชีวิตแล้ว เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายหรือไม่

¹¹⁶⁴ Walter Van Gerven, Jeremy Lever and Pierre Larouche, *supra note 240*, p.115-116.

¹¹⁶⁵ Cees Van Dam, *supra note 314*, p.199.

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนการปฏิสนธิปรากฏขึ้น ในคดี Cass. Civ. Ire, 16 July 1991¹¹⁶⁶ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า หญิงเข้ารับการตรวจสุขภาพก่อนสมรส แต่แพทย์ประมาทไม่ได้ตรวจเลือดให้กับหญิงเพื่อคัดกรองว่าหญิงมีภูมิคุ้มกันโรคหัดเยอรมัน ก่อนตั้งครรภ์หรือไม่ ภายหลังจากที่หญิงได้เข้ารับการตรวจเป็นเวลา 4 ปี หญิงได้ตั้งครรภ์ และในช่วงต้นของการตั้งครรภ์หญิงได้รับเชื้อหัดเยอรมัน จากการที่หญิงเป็นโรคหัดเยอรมันนี้เอง ทำให้ทารกในครรภ์ต้องพิการ เมื่อเด็กคลอดออกมามีชีวิตพร้อมกับความพิการ เด็กจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ แต่มีปัญหาว่าเมื่อความพิการของเด็กเป็นผลมาจากโรคหัดเยอรมันไม่ได้เป็นผลโดยตรงมาจากการรักษาพยาบาล เด็กจะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ได้หรือไม่

ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลให้เหตุผลว่าแม้การกระทำโดยประมาทของแพทย์ไม่ได้เป็นผลโดยตรงที่ทำให้เด็กพิการ แต่เมื่อพิจารณาตามหลักความเสียหายเนื่องจากการเสียโอกาส (*Perte d'une chance* /Loss of chance) ที่นำมาใช้เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ศาลได้อธิบายว่า แม้การตรวจสุขภาพของหญิงก่อนสมรสโดยประมาทไม่ได้เป็นผลโดยตรงทำให้หญิงเป็นโรคหัดเยอรมัน และไม่ได้เป็นเหตุทำให้เด็กต้องพิการ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ปราศจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ หญิงสามารถดำเนินการอย่างใดๆ เพื่อให้ตนมีภูมิคุ้มกันโรคหัดเยอรมันก่อนที่จะตั้งครรภ์ ซึ่งการกระทำเช่นนั้นจะช่วยทำให้เด็กมีโอกาสได้เกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ด้วยหลักความเสียหายจากการเสียโอกาสนี้เอง ศาลพิพากษาว่า การกระทำของแพทย์ทำให้หญิงเสียโอกาสที่จะหลีกเลี่ยงหรือป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการ และเป็นเหตุทำให้เด็กเสียโอกาสที่จะเกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ การกระทำของแพทย์จึงเป็นการทำละเมิดต่อเด็ก เด็กจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

4.2.7 ประเทศออสเตรีย

ในประเทศออสเตรีย ปัญหาที่ว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลหรือไม่นั้น Bernhard A Koch ได้อธิบายว่า ในกรณีที่มีการทำละเมิดเกิดขึ้นก่อนที่เด็กมีสภาพบุคคล หากเด็กคลอดออกมามีสภาพบุคคลตามกฎหมาย เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ได้ทั้งตามกฎหมายลักษณะละเมิดและกฎหมายลักษณะสัญญา อาทิ ในกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นในขั้นตอนการรักษาพยาบาลหญิงที่กำลังตั้งครรภ์ แม้สัญญาเข้ารับบริการทางการแพทย์จะเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นจากการตกลงกันระหว่างหญิงและแพทย์ซึ่งเป็นคู่สัญญาโดยตรงก็ตาม แต่ในระหว่างที่แพทย์ให้การรักษาพยาบาล นอกจากแพทย์ต้องคำนึงถึงประโยชน์และ

¹¹⁶⁶ Walter Van Gerven, Jeremy Lever and Pierre Larouche, *supra* note 240, pp.111-114.

มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานการประกอบวิชาชีพเวชกรรมต่อหญิงที่ตั้งครรภ์ แพทย์ยังมีหน้าที่ดังกล่าวต่อทารกในครรภ์ด้วย ดังนั้น ทารกในครรภ์จึงได้รับประโยชน์และได้รับการคุ้มครองจากสัญญา แม้จะไม่ได้เป็นคู่สัญญาโดยตรงกับแพทย์ก็ตาม¹¹⁶⁷

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลนี้ เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทั้งที่เป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงิน ซึ่งตามกฎหมายของประเทศออสเตรีย ค่าเสียหายที่เป็นตัวเงินที่เด็กมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ครอบคลุมถึงค่าใช้จ่ายทุกประเภทที่จะไม่เกิดขึ้นหากปราศจากความผิดของแพทย์ ตัวอย่างเช่น ค่าใช้จ่ายในการเปลี่ยนแปลงบ้านเพื่อให้เหมาะสมกับลักษณะความพิการ ค่าอุปกรณ์และเครื่องมือทางการแพทย์ที่จำเป็นสำหรับความพิการของเด็ก เช่น รถเข็น ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์สำหรับการเข้ารับการรักษาพยาบาลหรือการฟื้นฟูร่างกายของเด็ก อีกทั้งเด็กยังมีสิทธิเรียกค่าใช้จ่ายสำหรับการจ้างพยาบาลผู้เชี่ยวชาญมาดูแลตนได้อีกด้วย และแม้ในความเป็นจริงเด็กสามารถหลีกเลี่ยงค่าใช้จ่ายบางส่วนหรือช่วยทำให้ค่าใช้จ่ายลดน้อยลงด้วยการย้ายไปอยู่สถานรับเลี้ยงดูคนพิการ แต่เด็กไม่มีหน้าที่ต้องเยียวยาความเสียหายด้วยการย้ายจากบ้านของตนไปยังสถานที่ดังกล่าว¹¹⁶⁸ การที่เด็กไม่ยอมย้ายไปอยู่ในสถานรับเลี้ยงดูคนพิการไม่กระทบต่อสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของเด็ก

ส่วนค่าเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินนั้น เมื่อพิจารณาจากกฎหมายและแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการที่ต้องมีร่างกายที่พิการประมาณ 30,000 ยูโร และค่าเสียหายจากความเจ็บปวดและทุกข์ทรมานจากความพิการประมาณ 200,000 ยูโร¹¹⁶⁹ ขึ้นอยู่กับลักษณะความร้ายแรงของความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็ก¹¹⁷⁰

นอกจากเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด บิดามารดาของเด็กก็เป็นผู้เสียหายจากการทำละเมิดเช่นเดียวกัน บิดามารดาจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแยกต่างหากจากเด็ก โดยค่าเสียหายที่บิดามารดามีสิทธิฟ้องร้องจากผู้ทำละเมิดประกอบไปด้วยค่าเสียหายจากภาระหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรที่เพิ่มมากขึ้น กล่าวคือ ค่าใช้จ่ายที่เพิ่มมากขึ้นจากความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กนั่นเอง อย่างไรก็ตาม ค่าเสียหายที่บิดามารดามีสิทธิเรียกร้องจากผู้ทำละเมิดจะต้องไม่ซ้ำซ้อนกับค่าเสียหายที่เด็กได้ใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายไว้แล้ว เช่น ค่าใช้จ่ายในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรนั้นจะต้องเป็นค่าใช้จ่ายที่อยู่นอกเหนือหน้าที่ในการดูแลของ

¹¹⁶⁷ Bernhard A Koch, *supra* note 45, p.41.

¹¹⁶⁸ OGH 10.12.1999, 2Ob338/99s, ecolex 2000, 282.

¹¹⁶⁹ OGH 19.5.2009, 3Ob283/08a, AnwBl 2009, 368.

¹¹⁷⁰ Bernhard A Koch, *supra* note 45, p.41-42.

พยาบาล ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่พยาบาลมีหน้าที่ดูแลเด็กช่วงเวลากลางวัน ในขณะที่บิดามารดามีหน้าที่ดูแลเด็กในช่วงกลางคืน บิดามารดามีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรในเวลากลางคืนเท่านั้น นอกจากนี้ ในกรณีที่บิดามารดาจำเป็นต้องลาออกจากงานหรือลดเวลาทำงานเพื่อออกมาดูแลเด็ก บิดามารดามีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าชดเชยได้ และหากการลาออกจากงานหรือการลดเวลาทำงานส่งผลกระทบต่อสิทธิประโยชน์ที่บิดามารดาควรได้รับจากการทำงาน เช่น ทำให้ประโยชน์ที่จะได้รับหลังเกษียณลดน้อยลง บิดามารดามีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความเสียหายเหล่านี้ด้วยเช่นกัน อย่างไรก็ตาม บิดามารดาไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินจากความเศร้าโศกเสียใจที่บุตรของตนต้องพิการ¹¹⁷¹

ในกรณีที่การทำละเมิดเป็นเหตุทำให้ทารกถึงแก่ความตายก่อนมีสภาพบุคคล บิดามารดาไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารก เนื่องจากหลักเกณฑ์การให้ความคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์ (Nasciturus) ตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 23 นั้น กฎหมายเริ่มให้ความคุ้มครองทารกเมื่อทารกคลอดออกมามีชีวิตและมีสภาพบุคคลตามกฎหมายเท่านั้น หากทารกตายก่อนคลอดหรือคลอดออกมาไม่มีชีวิต กฎหมายจะถือว่าทารกไม่เคยได้เกิดและยังไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย¹¹⁷² แต่หากการตายเกิดขึ้นจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง บิดามารดาของเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายความเศร้าโศกเสียใจที่ต้องสูญเสียบุตรได้ โดยศาลเคยพิพากษาให้ผู้ทำละเมิดชดเชยค่าเสียหายให้แก่บิดามารดาของเด็กเป็นเงิน 20,000 ยูโร¹¹⁷³

4.2.8 ประเทศอิตาลี

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดต่อทารกก่อนมีสภาพบุคคลปรากฏขึ้นในปี ค.ศ. 2009 ในคดี Cass 11 May 2009, no 10741¹¹⁷⁴ โดยข้อเท็จจริงปรากฏว่าหญิงประสบปัญหาภาวะมีบุตรยากจึงเข้ารับการรักษาพยาบาลจากแพทย์ แพทย์ได้สั่งจ่ายยากระตุ้นให้ไข่ตก ซึ่งยาชนิดนี้มีหลักฐานยืนยันว่ามีความเสี่ยงสูงที่จะกระทบต่อความสามารถในการเจริญพันธุ์ของหญิง อีกทั้งอาจเป็นเหตุทำให้ทารกในครรภ์ต้องพิการ แต่แพทย์ไม่ได้แจ้งเตือนความเสี่ยงดังกล่าว

¹¹⁷¹ *Ibid*, p.42.

¹¹⁷² *Ibid*, p.41, footnote 216.

¹¹⁷³ *Ibid*, p.42, footnote 227.

¹¹⁷⁴ Elena Bargelli, "Italy," in *European Tort Law 2009*, eds. Helmut Koziol and Barbara C Steininger, (Germany: De Gruyter, 2010), pp.351-353.

ให้หญิงและชายสามีทราบบ จนเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงไม่สามารถตัดสินใจได้อย่างรอบคอบว่า หากมีความเสี่ยงเช่นนั้นเกิดขึ้นจริงหญิงจะยินดียินดีรับประทานยาประเภทนั้นหรือไม่

ภายหลังที่หญิงคลอดบุตร หญิงพบว่าเด็กที่เกิดขึ้นมาไม่มีร่างกายพิการ ชายและหญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ด้วยเหตุที่การกระทำของแพทย์เป็นการละเมิดต่อสิทธิในการเจริญพันธุ์ของทั้งชายและหญิง ในขณะที่เดียวกันชายและหญิงได้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแทนเด็ก เพราะเหตุที่การกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นเหตุที่ทำให้เด็กต้องพิการ ศาลชั้นต้นพิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายให้กับทั้งชาย หญิงและเด็ก แพทย์ได้อุทธรณ์คำพิพากษาไปยังศาลสูง

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลสูง ศาลพิพากษายืนตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้น โดยศาลได้ให้เหตุผลว่า เมื่อพยานหลักฐานแสดงชัดว่ายาที่แพทย์นำมาใช้มีความเสี่ยงสูงที่อาจเป็นเหตุทำให้ทารกต้องพิการ แต่แพทย์กลับละเลยไม่ยอมบอกกล่าวและแจ้งเตือนให้ชายและหญิงทราบจนทำให้ชายและหญิงไม่สามารถตัดสินใจได้ว่าควรจะใช้ยาประเภทดังกล่าวหรือไม่

สำหรับปัญหาที่ว่าหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังของแพทย์รวมถึงหน้าที่ต่อทารกในครรภ์ด้วยหรือไม่ ศาลได้พิจารณาปัญหาดังกล่าวและให้เหตุผลดังนี้

ประการที่ 1 เมื่อพิจารณาจากกฎหมายหลายฉบับพบว่ากฎหมายเริ่มให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิของมนุษย์ก่อนที่จะมีสภาพบุคคล อาทิ กฎหมายเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (art 1 L 40/2004) ซึ่งบัญญัติว่า ทุกคนที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ย่อมได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย, กฎหมายว่าด้วยการทำแท้ง (Art 1 L 194/1978) ที่บัญญัติว่ากฎหมายให้ความสำคัญคุ้มครองมนุษย์นับแต่มีการปฏิสนธิ, กฎหมายรัฐธรรมนูญ (Art 32 It Constitution) ที่ให้ความสำคัญคุ้มครองสุขภาพของประชากรทุกคน, ประกาศสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ข้อ 3 และสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของสหภาพยุโรป ข้อ 2 ที่รับรองว่า มนุษย์ทุกคนมีสิทธิที่จะมีชีวิต, สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1959 ที่ให้ความสำคัญคุ้มครองทารกก่อนที่มีสภาพบุคคล ทั้งนี้ แม้ประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 1 บัญญัติว่า ความสามารถของบุคคลเริ่มต้นเมื่อคลอด ศาลเห็นว่าการพิจารณาค่าในประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 1 ต้องตีความประกอบกับกฎหมายที่ได้กล่าวมาข้างต้น โดยศาลเห็นว่ากฎหมายแพ่งประสงค์ที่จะให้ความสำคัญคุ้มครองทารกในครรภ์เช่นเดียวกับมนุษย์ที่มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย

ประการที่ 2 ในการพิจารณาปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ศาลเห็นว่าความพิการของเด็กเป็นผลโดยตรงมาจากการที่แพทย์เลือกใช้ยาโดยประมาท นอกจากนี้ เพื่อป้องกันความสับสนระหว่างการทำแท้งเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต (Wrongful Life) กับการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล ศาลได้อธิบายว่าข้อเท็จจริงในคดีนี้เด็กไม่ได้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต แต่เป็นการฟ้องร้อง

เรียกค่าเสียหายจากการเสียชีวิตที่จะได้เกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของเด็กจึงไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย¹¹⁷⁵

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของสูง ศาลเห็นว่ารัฐธรรมนูญ มาตรา 2 และมาตรา 32 ให้ความคุ้มครองว่าเด็กทุกคนมีสิทธิที่จะเกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ การที่แพทย์รักษาพยาบาลโดยประมาทจึงเป็นการละเมิดต่อสิทธิที่จะได้เกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ของเด็ก ด้วยเหตุผลดังกล่าวศาลพิพากษาว่า นอกจากชายหญิงบิดามารดามีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดแล้ว ตัวเด็กเองมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ได้เช่นเดียวกัน แม้ว่าการทำละเมิดจะเกิดขึ้นก่อนที่เด็กมีสภาพบุคคลก็ตาม

นอกจากการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดแล้ว เมื่อสัญญาเข้ารับบริการทางการแพทย์ระหว่างหญิงและแพทย์ มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิและประโยชน์ของทารกในครรภ์เช่นกัน เด็กจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ตามกฎหมายลักษณะสัญญา

จากแนวทางการปรับใช้กฎหมายและการพิจารณาพิพากษาคดีข้างต้นเห็นได้ว่า แม้ในช่วงต้นนักกฎหมายจะยังไม่แน่ใจว่ากฎหมายควรยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลหรือไม่ แต่ในประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาเมื่อพิจารณาตามกฎหมายจารีตประเพณี ศาลเห็นว่าบุคคลมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อทารกในครรภ์และมนุษย์ที่จะเกิดขึ้นในอนาคตด้วย แต่เพื่อป้องกันความไม่ชัดเจนแน่นอนในการปรับใช้กฎหมาย ฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศอังกฤษได้ตรา The Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976 และประเทศสหรัฐอเมริกาสถาบันกฎหมายแห่งประเทศสหรัฐอเมริกาได้รวบรวมแนวการพิจารณาพิพากษาคดีและแนวคำอธิบายของนักวิชาการไว้ใน Restatement (Second) of Torts § 869 กำหนดหลักเกณฑ์การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล ในขณะที่ประเทศแคนาดา ประเทศออสเตรเลีย ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส ประเทศออสเตรเลียและประเทศอิตาลี ศาลและนักกฎหมายอาศัยการตีความกฎหมาย โดยเห็นว่ากฎหมายให้ความคุ้มครองต่อสิทธิของเด็กก่อนที่มีการปฏิสนธิและก่อนมีสภาพบุคคล เด็กจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด นอกจากนี้เมื่อพิจารณาในประเทศออสเตรเลียและประเทศฝรั่งเศส ในกรณีที่แม้การทำละเมิดไม่ได้เป็นผลโดยตรงทำให้เด็กต้องพิการ แต่หากการกระทำดังกล่าวทำให้เด็กเสียโอกาสที่จะได้เกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ศาลเห็นว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดได้เช่นเดียวกัน

¹¹⁷⁵ *Ibid.*

ส่วนการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกก่อนมีสภาพบุคคลนั้น ในประเทศอังกฤษ แม้จะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษร The Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934 และ The Fatal Accident Act 1976 ที่กำหนดให้บุคคลมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของผู้ตาย แต่กฎหมายทั้ง 2 ฉบับ มีผลใช้บังคับเฉพาะกับการตายของบุคคลที่มีสภาพบุคคลตามกฎหมายแล้วเท่านั้น¹¹⁷⁶ อย่างไรก็ตาม ศาลเห็นว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกได้ตามกฎหมายจารีตประเพณี¹¹⁷⁷ ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นเพียงประเทศเดียวที่ศาลในหลายมลรัฐวางแนวทางปรับใช้กฎหมายมาโดยตลอดว่า ชายหญิงบิดามารดามีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกก่อนมีสภาพบุคคล อย่างไรก็ตาม แนวทางการปรับใช้กฎหมายของศาลในแต่ละมลรัฐมีความแตกต่างกัน เพราะศาลได้กำหนดสิทธิในการฟ้องเรียกค่าเสียหายโดยอาศัยพัฒนาการของทารกเป็นเกณฑ์การพิจารณา โดยบางมลรัฐยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ต่อเมื่อเด็กตายภายหลังคลอด ในขณะที่อีกหลายมลรัฐยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องเรียกค่าเสียหายเมื่อทารกที่ตายเป็น Viable fetus หรือ Non-viable fetus

5. ความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และการส่งมอบเด็กผิดตัว

ความผิดพลาดทางการแพทย์รูปแบบสุดท้ายที่ผู้เขียนได้ศึกษา คือ ความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และความผิดพลาดในการส่งมอบเด็กผิดตัว โดยผู้เขียนได้แยกลักษณะความผิดพลาดได้ดังนี้

(1) ความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกิดขึ้นก่อนมีการปฏิสนธิ

ความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกิดขึ้นก่อนการปฏิสนธิ คือ ความผิดพลาดทางการแพทย์ในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ โดยแบ่งลักษณะความผิดพลาดออกเป็น 2 กรณี ดังนี้

(ก) ความผิดพลาดในกระบวนการผสมเทียม โดยชายและหญิงประสงค์เข้ารับการผสมเทียมโดยใช้เซลล์สืบพันธุ์ของชายผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตรเท่านั้น แต่ในกระบวนการเก็บหรือเลือกเซลล์สืบพันธุ์ แพทย์เลือกหรือใช้เซลล์สืบพันธุ์ด้วยความประมาท ทำให้เซลล์สืบพันธุ์ที่ถูกนำมาใช้เป็นเซลล์สืบพันธุ์ของชายอื่น และเป็นเหตุทำให้เด็กที่เกิดขึ้นมามีชีวิตไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับชายผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตร

¹¹⁷⁶ Shaun D. Pattinson, *supra note 235*, p.322. ; Ian Kennedy and Andrew Grubb, *supra note 25*, pp.938-939.

¹¹⁷⁷ Jean Vanessa Mchale and Marie Fox, *supra note 223*, p. 962. ; Emily Jackson, *supra note 240*, p.721.

(ข) ความผิดพลาดในกระบวนการปฏิสนธิภายนอกร่างกาย (IVF) โดยชายและหญิง ประสงค์ให้กำหนดบุตรโดยใช้เซลล์สุจิและเซลล์ไข่ของชายและหญิงผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตรเท่านั้น ทั้งนี้ ชายและหญิงไม่เคยแสดงความประสงค์ขอรับเซลล์สืบพันธุ์บริจาค อีกทั้งตัวหญิงเองก็ไม่เคยยินยอมที่จะตั้งครรภ์แทนคู่สมรสอื่น ดังนั้น ความผิดพลาดทางการแพทย์จึงเป็นเหตุทำให้หญิงต้องตั้งครรภ์ทารกที่เกิดขึ้นจากการปฏิสนธิของเซลล์สืบพันธุ์ของชายและหรือหญิงอื่น อีกทั้งทำให้ชายและหญิงต้องกลายเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับตน

(2) ความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกิดขึ้นกับตัวอ่อนภายนอกครรภ์

ความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกิดขึ้นกับตัวอ่อนภายนอกครรภ์ คือ ความผิดพลาดในขั้นตอนการตรวจคัดกรองความถูกต้องของตัวอ่อนก่อนนำตัวอ่อนกลับเข้าสู่โพรงมดลูกของหญิง ในกรณีที่ชายและหญิงไม่ได้แสดงความประสงค์ที่จะขอรับเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนบริจาค อีกทั้งไม่ใช่กรณีที่หญิงยินยอมตั้งครรภ์แทนชายและหญิงอื่น แพทย์ต้องตรวจสอบความถูกต้องของตัวอ่อนโดยตัวอ่อนที่จะถูกนำกลับเข้าสู่โพรงมดลูกของหญิงต้องเป็นตัวอ่อนที่เกิดขึ้นจากการปฏิสนธิระหว่างเซลล์สืบพันธุ์ของชายและหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรเท่านั้น

ในกรณีที่มีการปฏิสนธิโดยผิดพลาดเกิดขึ้นจนทำให้ตัวอ่อนไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับชายและหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตร แพทย์จะต้องไม่นำตัวอ่อนที่เกิดจากการปฏิสนธิที่ผิดพลาดกลับเข้าสู่โพรงมดลูกของหญิง อีกทั้ง แพทย์มีหน้าที่ทำลายตัวอ่อนที่เกิดจากการปฏิสนธิผิดพลาดเพื่อป้องกันข้อพิพาทและข้อเรียกร้องเกี่ยวกับความเป็นเจ้าของตัวอ่อนในภายหลัง ดังนั้น การที่แพทย์ตรวจคัดกรองตัวอ่อนโดยประมาท จึงทำให้ทารกในครรภ์มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมเฉพาะกับชายหรือหญิงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับทั้งชายและหญิง ความผิดพลาดดังกล่าวย่อมทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิตามกฎหมายลักษณะครอบครัวและมรดก เพราะทำให้ชายและหญิงต้องกลายเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายและมีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับตน อีกทั้งทำให้ชายและหญิงเสียสิทธิที่จะได้รับมรดกของเด็กที่เป็นบุตรที่แท้จริงของตนด้วย

(3) ความผิดพลาดทางการแพทย์ระหว่างที่หญิงตั้งครรภ์

ความผิดพลาดทางการแพทย์ในระหว่างที่หญิงตั้งครรภ์ อาจเกิดขึ้นจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ในขั้นตรวจสอบความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมของทารกในครรภ์ เนื่องด้วยความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ในปัจจุบัน แพทย์สามารถตรวจสอบความเป็นบิดามารดาและบุตรของ

ทารกในครรภ์ โดยวิธีการเก็บเนื้อรกส่งตรวจ (Chorionic Villi Sampling) หรือการเจาะถุงน้ำคร่ำ¹¹⁷⁸ เมื่อแพทย์ตรวจสอบความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมระหว่างชายหญิงและทารกในครรภ์โดยประมาณ ทำให้ชายและหญิงไม่ทราบว่าทารกในครรภ์ไม่ใช่ทารกที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับตน และเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงไม่สามารถเลือกที่จะทำแท้ง จนท้ายที่สุดชายและหรือหญิงต้องกลายเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก

(4) ความผิดพลาดทางการแพทย์ภายหลังที่หญิงคลอด

ความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกิดขึ้นภายหลังที่หญิงคลอด คือ ความผิดพลาดทางการแพทย์ในการตรวจสอบอัตลักษณ์ของเด็กแรกคลอดก่อนส่งมอบให้กับชายและหญิงผู้เป็นบิดามารดา หรือความผิดพลาดทางการแพทย์ในการตรวจสอบความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม ดังนี้

(ก) ความผิดพลาดทางการแพทย์ในการตรวจสอบอัตลักษณ์ของเด็กแรกคลอด อาจเกิดขึ้นจากการกระทำโดยประมาทของพยาบาลในแผนกดูแลเด็กแรกคลอด ซึ่งโดยปกติการส่งมอบเด็กผิดตัวอาจเกิดขึ้นได้ในโรงพยาบาลขนาดใหญ่ซึ่งมีปริมาณผู้ป่วยจำนวนมาก แต่ปริมาณเจ้าหน้าที่ผู้ให้บริการไม่เพียงพอต่อความต้องการของผู้ป่วย ทำให้เจ้าหน้าที่ไม่สามารถใช้ความระมัดระวังที่จะดูแลเด็กแรกคลอดได้อย่างเต็มที่ โดยการสลับตัวเด็กอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่พยาบาลหรือเจ้าหน้าที่พยาบาลมากกว่า 2 คนหลุดออกในเวลาเดียวกันและเจ้าหน้าที่ประมาทไม่ได้ตรวจสอบตัวเด็กก่อนติดป้ายคิน เป็นเหตุทำให้เกิดการสลับตัวของเด็ก¹¹⁷⁹ หรืออาจเกิดขึ้นจากการที่พยาบาลประจำแผนกรับเด็กแรกคลอดไม่มีมาตรการป้องกันไม่ให้นักศึกษาที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องเข้าไปในแผนกรับเด็กแรกคลอด เป็นเหตุทำให้บุคคลภายนอกสามารถเข้าไปสลับตัวหรือลักพาตัวเด็ก

(ข) ความผิดพลาดทางการแพทย์ในกระบวนการตรวจความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม อาจเกิดขึ้นในขั้นตอนการตรวจเพื่อพิสูจน์ความเป็นบิดา พิสูจน์ความเป็นมารดา พิสูจน์ความเป็นบุตรของทารกในครรภ์ พิสูจน์ความเป็นฝาแฝด พิสูจน์ความเป็นลุง ป้า น้า อา พิสูจน์ความเป็นปู่ ย่า ตา ยาย¹¹⁸⁰ ทั้งนี้ การเข้ารับการตรวจสอบความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมอาจเกิดขึ้นด้วยวัตถุประสงค์หลายประการ ตัวอย่างเช่น

¹¹⁷⁸ DNA Testing Laboratory, "บริการตรวจพิสูจน์ทารกในครรภ์," (สืบค้นเมื่อวันที่ 23 มิถุนายน 2558), จาก <http://www.dnathailand.com/th/service/prenatal-dna-test.html>

¹¹⁷⁹ ทรงฉัตร โทษยานนท์ และ ณรงค์ สิงห์ประเสริฐ, นิติเวชศาสตร์, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2519), น.445.

¹¹⁸⁰ DNA Testing Laboratory, อ้างแล้ว *เชิงอรรถที่ 1178*.

1) การตรวจสอบความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมระหว่างชายและเด็ก เนื่องจากชาย ประสงค์ที่จะฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรของตน¹¹⁸¹

2) การตรวจสอบความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมโดยบุคคลผู้มีสิทธิได้รับมรดกร่วมกับเด็ก หรืออาจต้องเสียสิทธิได้รับมรดกเพราะการเกิดของเด็ก¹¹⁸² เพื่อป้องกันสิทธิและส่วนได้เสียของตนที่จะได้รับมรดกของผู้ตาย

3) การตรวจสอบความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมระหว่างชายและเด็ก เนื่องจากเด็ก ประสงค์ที่จะร้องขอให้ย้ายการฟ้องปฏิเสธความเป็นบุตรของชาย¹¹⁸³

4) แม้กฎหมายจะกำหนดให้บุตรที่เกิดจากหญิงที่ไม่ได้ทำการสมรสเป็นบุตรโดยชอบ ด้วยกฎหมายของหญิง¹¹⁸⁴ แต่ด้วยความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ ทำให้ทารกในครรภ์ของหญิงอาจไม่ใช่บุตรที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับหญิงที่ตั้งครรภ์¹¹⁸⁵ โดยเฉพาะยิ่งใน กรณีที่หญิงยินยอมตั้งครรภ์แทนหญิงอื่น หากการตั้งครรภ์แทนเป็นไปตามเจตนาของกฎหมาย อีกทั้ง ยังเป็นไปตามความตั้งใจของชายและหญิงที่ประสงค์จะมีบุตร และหญิงที่ตั้งครรภ์ให้ความยินยอมที่จะตั้งครรภ์แทน แม้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนจะเป็นผู้คลอดบุตร แต่บุตรที่เกิดขึ้นมามีความสัมพันธ์ทาง พันธุกรรมกับชายและหญิงที่ประสงค์จะมีบุตร หากได้มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับหญิงที่ตั้งครรภ์ แทน เด็กจึงเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายและหญิงที่ประสงค์จะมีบุตร¹¹⁸⁶ ในกรณีที่ชายและ หญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรปฏิเสธไม่รับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรโดยชอบด้วย กฎหมายของตน¹¹⁸⁷ หญิงที่ตั้งครรภ์แทนจึงมีสิทธิที่จะตรวจสอบความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม และ

¹¹⁸¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1539, 1542

¹¹⁸² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1543, 1544

¹¹⁸³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1545

¹¹⁸⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1546

¹¹⁸⁵ ต้องไม่ใช่กรณีที่หญิงตั้งครรภ์แทนโดยใช้เซลล์สืบพันธุ์ของหญิงผู้ตั้งครรภ์ เนื่องจากด้วย มาตรา 22 (2) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง การแพทย์ พ.ศ. 2558 ห้ามมิให้ใช้ไข่ของหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทน

¹¹⁸⁶ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง การแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 29

¹¹⁸⁷ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง การแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 33

ปฏิเสธว่าตนเป็นเพียงหญิงที่ตั้งครรภ์แทนไม่ได้เป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก และไม่ได้เป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก

ในกรณีที่มีความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้นในขั้นตอนการตรวจสอบความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม ความผิดพลาดดังกล่าวย่อมเป็นเหตุทำให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมต่อกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเสียหายต่อสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย ลักษณะครอบครัวและกฎหมายลักษณะมรดก เช่น ทำให้ชายและหรือหญิงที่ไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กต้องกลายเป็นบิดาหรือมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก อีกทั้ง ยังเป็นเหตุทำให้ชาย หญิงและเด็กที่เป็นบิดามารดาและบุตรที่แท้จริงเสียสิทธิที่จะได้รับการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน ตลอดจนทำให้บิดา มารดาและบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายเสียสิทธิที่จะรับมรดกของกันและกัน หรือทำให้ทายาทบางคนเสียสิทธิที่จะได้รับมรดกหรือได้รับมรดกในสัดส่วนที่น้อยลง

แม้ความผิดพลาดทางการแพทย์ที่ผู้เขียนได้กล่าวมาข้างต้น มีโอกาสเกิดขึ้นได้น้อย เพราะโรงพยาบาล แพทย์ พยาบาล และเจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้องทุกคนพยายามหามาตรการป้องกันรวมทั้งใช้ความระมัดระวังเพื่อไม่ให้เกิดความผิดพลาดเกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม ทุกครั้งที่ปรากฏความผิดพลาดทางการแพทย์ในลักษณะเช่นนี้เกิดขึ้น ย่อมนำมาซึ่งความปวดร้าวและความเศร้าโศกเสียใจของบุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย¹¹⁸⁸ โดยชายและหญิงที่รู้ว่าเด็กที่ตนเลี้ยงดูมาแต่กำเนิดไม่ใช่บุตรที่แท้จริงของตน ย่อมเศร้าโศกเสียใจและวิตกกังวลว่าเด็กที่เป็นบุตรที่แท้จริงของตนจะมีชีวิตและดำเนินชีวิตอย่างไร จะได้รับการเลี้ยงดูที่ดีหรือไม่ อีกทั้งยังปฏิเสธไม่ได้ว่า เมื่อความจริงปรากฏว่าบุตรที่แท้จริงของตนได้รับการอุปการะเลี้ยงดูอยู่กับบุคคลแปลกหน้า ชายและหญิงย่อมประสงค์ที่จะพบเด็กและต้องการนำเด็กกลับมาเลี้ยงดูด้วยตนเอง

ในขณะเดียวกัน แม้เด็กที่ได้รับการเลี้ยงดูมาตั้งแต่กำเนิดจะไม่ใช่บุตรที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับชายและหญิงผู้เลี้ยงดู แต่ด้วยความสัมพันธ์ตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากความใกล้ชิด ทำให้ชายและหญิงที่เลี้ยงดูเด็กมาตั้งแต่กำเนิดมีความประสงค์ที่จะเลี้ยงดูเด็กคนนั้นต่อไป ดังนั้นเมื่อชายและหญิงต้องการที่จะเลี้ยงดูทั้งบุตรที่แท้จริงและบุตรที่ตนได้เลี้ยงดูมาตั้งแต่กำเนิด อาจเป็นเหตุนำไปสู่ข้อพิพาทในการแย่งชิงตัวเด็กระหว่างชายและหญิงที่เป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายกับชายและหญิงที่เป็นบิดามารดาที่เลี้ยงดูบุตรมาแต่กำเนิด

นอกจากนี้ เมื่อความผิดพลาดทางการแพทย์ในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ หรือการส่งมอบเด็กผิดตัว เป็นความผิดพลาดที่อาศัยระยะเวลาในการปรากฏให้เห็นถึงความเสียหาย จึงอาจเป็น

¹¹⁸⁸ John DiPasquale Davis, “Pregnancy anxieties and Natural Recognition in Baby-Switching,” *British Journal of Nursing*, Issue 11, Volume 10, pp.718-726 (2001)

เหตุทำให้ผู้เสียหายเสียไม่สามารถใช้สิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหาย เนื่องจากสิทธิเรียกร้องขาดอายุความ¹¹⁸⁹

ความผิดพลาดทางการแพทย์ในรูปแบบสุดท้าย เป็นความผิดพลาดที่เกิดขึ้นน้อยมาก จึงทำให้เกิดข้อจำกัดในทางวิชาการและแนวทางการปรับใช้กฎหมายของศาล ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจึงได้ศึกษาบทความทางวิชาการและตัวอย่างข้อเท็จจริงที่ปรากฏขึ้นในต่างประเทศ เพื่อพิจารณาถึงปัญหาทางกฎหมายเบื้องต้นที่อาจเกิดขึ้น โดยแยกการศึกษาออกเป็น 2 ปัญหา คือ ความผิดพลาดทางการแพทย์ในการส่งมอบเด็กผิดตัว และความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

5.1. ความผิดพลาดทางการแพทย์ในการส่งมอบเด็กผิดตัว

แม้ว่าความผิดพลาดทางการแพทย์ในการส่งมอบเด็กผิดตัวจะเกิดขึ้นได้ยาก แต่จากงานวิจัยในประเทศสหรัฐอเมริกาฉบับหนึ่งได้รายงานไว้ว่า ในจำนวนเด็กแรกเกิด 1000 คน มีเด็กอย่างน้อย 1 คนที่ถูกส่งมอบผิดตัว¹¹⁹⁰ หรืออาจกล่าวได้ว่า ทุกๆ ปีมีการส่งมอบเด็กผิดตัวเกิดขึ้นมากกว่า 20,000 ครั้ง¹¹⁹¹ โดยความผิดพลาดดังกล่าวมักถูกตรวจพบภายหลังที่มีความผิดพลาดเกิดขึ้นเป็นเวลานาน และส่วนมากพยาบาลหรือเจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้องสามารถนำตัวเด็กส่งกลับคืนให้กับบิดามารดาที่แท้จริงก่อนที่เด็กเหล่านั้นจะถูกนำไปเลี้ยงดูโดยชายและหญิงที่ไม่ได้เป็นบิดามารดาของเด็ก

¹¹⁸⁹ ประเทศไทยเคยเกิดเหตุการณ์ที่โรงพยาบาลประมาทเลินเล่อในกระบวนการตรวจสอบอัตลักษณ์และความถูกต้องของเด็กก่อนส่งมอบให้กับชายและหญิง โดยความจริงเปิดเผยภายหลังที่มีการส่งมอบเด็กไปแล้วเป็นเวลานานกว่า 10 ปี เมื่อพิจารณาสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือกฎหมายลักษณะสัญญา สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายของชายหญิงและเด็กย่อมขาดอายุความแล้ว ดู "ยิ่งกว่าละคร! ลูกสลับกันโดยไม่รู้มานานนับ 10 ปี," (สืบค้นเมื่อวันที่ 23 พฤษภาคม 2558), จาก <http://highlight.kapook.com/view/56231>

¹¹⁹⁰ Jennifer L. Foote, "What's Best for Babies Switched at Birth - The Role of the Court, Rights of Non-Biological Parents, and Mandatory Mediation of the Custodial Agreements," *Whittier Law Review*, Issue 1, Volume 21, p.315 (1999-2000)

¹¹⁹¹ RR Rusting, "Baby Switching: an Underreported Problem that Needs to be Recognized," *Journal of Healthcare Protection Management*, Issue 1, Volume 17, pp.89-100 (2001)

อย่างไรก็ดี ความจริงที่เด็กถูกส่งมอบผิดตัวอาจปรากฏขึ้นภายหลังที่มีความผิดพลาดเกิดขึ้นเป็นเวลานาน ตัวอย่างเช่น คดี Larsen v Banner Health System ความจริงที่ว่าเด็กถูกส่งมอบผิดตัวปรากฏขึ้นภายหลังที่มีความผิดพลาดเกิดขึ้นนานกว่า 43 ปี¹¹⁹² หรือคดี Twigg v Hospital Dist. of Hardee County ความจริงปรากฏภายหลังที่มีความผิดพลาดเป็นเวลา 10 ปี ภายหลังที่ความจริงปรากฏทำให้ชาย หญิงและเด็กได้รับผลกระทบทางจิตใจอย่างร้ายแรง โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับเด็กที่ต้องสูญเสียโอกาสที่จะได้รับการเลี้ยงดูจากชายและหญิงที่เป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

ความผิดพลาดทางการแพทย์ในการส่งมอบทารกผิดตัว ผู้เขียนได้ศึกษาตัวอย่างข้อเท็จจริงที่ปรากฏในต่างประเทศ ดังนี้

(1) ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับส่งมอบเด็กผิดตัวแบ่งออกเป็น 2 ปัญหาดังนี้ ปัญหาที่ 1 การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจภายหลังชายหญิงและเด็กพบความจริงเกี่ยวกับการส่งมอบเด็กผิดตัว ประการที่ 2 ปัญหาความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย และสิทธิในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กระหว่างครอบครัวที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมและครอบครัวที่เลี้ยงดูเด็กมาตั้งแต่กำเนิด โดยมีรายละเอียดดังนี้

(ก) การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจที่เป็นผลมาจากการส่งมอบเด็กผิดตัว

โดยปกติความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการส่งมอบเด็กผิดตัวมักเป็นเพียงความเสียหายทางจิตใจ ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นส่วนมากจึงเป็นกรณีที่ชาย หญิงและเด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจจากผู้ทำละเมิด เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายว่าด้วยการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจจากการกระทำโดยประมาท (Negligent Infliction on Emotional Distress : NIED) เพื่อป้องกันการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยฉ้อฉล กฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขว่าผู้เสียหายที่ได้รับผลกระทบทางจิตใจจากการกระทำโดยประมาท จะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ต่อเมื่อผู้เสียหายได้รับอันตรายต่อเนื้อตัวร่างกาย หรือความเสียหายทางจิตใจร้ายแรงจนทำให้ผู้เสียหายมีปัญหาสุขภาพทางจิต ไม่ใช่เพียงเป็นความเสียหายจากความเศร้าโศกเสียใจเพียงอย่างเดียวเท่านั้น

จากหลักเกณฑ์ข้างต้น ทำให้แนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลไม่ยินยอมให้สมาชิกภายในครอบครัวฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจจากแพทย์ ด้วยเหตุเพียงว่าแพทย์ทำการ

¹¹⁹² Marc D.Ginsberg, “How Much Anguish is Enough - Baby Switching and Negligent Infliction of Emotional Distress,” *DePaul Journal of Health Care Law*, Issue 2, Volume 13, p.265 (2010)

รักษาพยาบาลให้แก่สมาชิกคนอื่นๆ โดยประมาท¹¹⁹³ อย่างไรก็ตาม แม้ผู้เสียหายจะไม่ได้ได้รับความเสียหายต่อเนื้อตัวร่างกาย แต่ผู้เสียหายอาจมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตหากปรากฏข้อเท็จจริงดังนี้¹¹⁹⁴

(1) ผู้เสียหายมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดอย่างมากกับผู้เสียหายลำดับต้นที่ได้รับความเสียหายจากการรักษาพยาบาล

(2) ผู้เสียหายต้องอยู่ในสถานที่และเวลาเดียวกับที่ผู้เสียหายลำดับต้นได้รับความเสียหาย และผู้เสียหายได้รับผลกระทบทางจิตใจจากการรับรู้ถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหายลำดับต้น

(3) ผลกระทบทางจิตใจจะต้องแน่นอนและมีความรุนแรงจนทำให้เกิดปัญหาสุขภาพทางจิต

ทั้งนี้ การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจจากการส่งมอบเด็กผิวดำ ได้เกิดเป็นคดีความหลายครั้ง โดยศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีเห็นตรงกันว่า เมื่อการส่งมอบเด็กผิวดำไม่ทำให้เกิดความเสียหายต่อเนื้อตัวร่างกาย ชาย หญิง และเด็กจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจ มีตัวอย่างคำพิพากษาดังนี้

คดี *Wishard Memorial Hospital v. Logwood*¹¹⁹⁵ แม้ความผิดพลาดในการส่งมอบเด็กผิวดำปรากฏภายหลังที่มีการส่งมอบเด็กผิวดำเพียงไม่กี่ชั่วโมง และโรงพยาบาลสามารถส่งมอบเด็กคืนให้กับครอบครัวทั้งสองฝ่าย อย่างไรก็ตาม ครอบครัว Logwood กล่าวว่า ครอบครัว Logwood ได้รับผลกระทบทางจิตใจอย่างมากกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น ถึงแม้ว่าโรงพยาบาลจะยืนยันว่าเด็กที่ถูกส่งมอบในภายหลังเป็นบุตรที่แท้จริง แต่ด้วยเหตุการณ์ดังกล่าวทำให้ครอบครัวของ Logwood ยังคงวิตกกังวลและไม่แน่ใจว่าเด็กคนปัจจุบันเป็นบุตรที่แท้จริงหรือไม่ ครอบครัวของ Logwood จึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจจากการกระทำโดยประมาทของโรงพยาบาล

ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลชั้นต้นของมลรัฐอินเดียนาเห็นว่า ตามกฎหมายว่าด้วยการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจจากการกระทำโดยประมาท (NIED) ผู้เสียหายที่ได้รับผลกระทบทางจิตใจจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ต่อเมื่อ ผู้เสียหายสามารถแสดงให้เห็นว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้เสียหายด้วย ดังนั้น เมื่อการส่งมอบทารกผิวดำไม่ได้

¹¹⁹³ *White v Diamond*, 390 F. Supp. 867, 873 (D. Md. 1974) ;

¹¹⁹⁴ *Schwarz v Regents of Univ. of Cal.*, 276 Cal. Rptr. 470, 476 (Cal. App. 1990)

¹¹⁹⁵ 512 N.E.2d 1126 (Ind. 1987).

ก่อให้เกิดความเสียหายต่อเนื้อตัวร่างกาย ครอบครัว Logwood จึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจจากโรงพยาบาล

คดี *Larsen v Banner Health System*¹¹⁹⁶ การส่งมอบทารกที่ผิดปกติเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1958 และความจริงมาปรากฏในปี 2001 หญิงมารดาที่แท้จริงและบุตรที่ถูกส่งมอบผิดปกติได้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากโรงพยาบาล โดยเป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจที่เกิดขึ้นจากการกระทำโดยประมาทเพียงอย่างเดียวเท่านั้น

ศาลสูงของมลรัฐไวโอมิงเห็นว่าปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นตามคำฟ้องของหญิงและบุตรก็คือ การที่โรงพยาบาลส่งมอบเด็กผิดปกติจนทำให้หญิงมารดาที่แท้จริงและบุตรไม่ได้อยู่ด้วยกันเป็นเวลานานกว่า 43 ปี ผลกระทบทางจิตใจที่เกิดขึ้นร้ายแรงเพียงพอที่จะทำให้หญิงและบุตรมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจหรือไม่

ในการพิจารณาพิพากษาคดี ศาลสูงได้แสดงความเห็นว่า การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเกี่ยวกับการส่งมอบเด็กผิดปกติไม่เคยปรากฏในมลรัฐไวโอมิงมาก่อน ถึงแม้ศาลเชื่อว่าการสูญเสียความสัมพันธ์ที่หญิงและบุตรควรได้รับและเป็นสิทธิติดตัวมาตั้งแต่นาทีแรก ส่งผลกระทบต่อจิตใจของทั้งหญิงและบุตรอย่างมาก แต่ภายหลังจากที่ได้พิจารณาจากกฎหมายของมลรัฐไวโอมิงเห็นว่ากฎหมายว่าด้วยการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจจากการกระทำโดยประมาทกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า ผู้เสียหายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจได้ต่อเมื่อผลกระทบทางจิตใจต้องเป็นผลมาจากความเสียหายต่อเนื้อตัวร่างกาย เมื่อการส่งมอบเด็กผิดปกติไม่ได้ทำให้เกิดอันตรายต่อร่างกาย หญิงและบุตรจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย

คดี *Espinosa v. Beverly Hospital*¹¹⁹⁷ ภายหลังจากที่ครอบครัว Espinosa พบว่าโรงพยาบาลได้ส่งเด็กผิดปกติ ครอบครัว Espinosa ได้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจจากโรงพยาบาล ในการพิจารณาคดี ศาลของมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้เน้นย้ำว่า ผู้เสียหายจะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจได้ต่อเมื่อผู้เสียหายต้องพิสูจน์ให้เห็นข้อเท็จจริง ดังต่อไปนี้

- (1) ผู้เสียหายได้รับอันตรายต่อเนื้อตัวร่างกายจากการกระทำโดยประมาท
- (2) ผลกระทบทางจิตใจที่เกิดขึ้นรุนแรงและรบกวนการทำงานของระบบประสาทหรือก่อให้เกิดผลกระทบต่อสุขภาพทางจิต

เมื่อการส่งมอบเด็กผิดปกติ ไม่ทำให้สมาชิกของครอบครัว Espinosa ได้รับอันตรายต่อร่างกาย ครอบครัว Espinosa ก็ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงองค์ประกอบข้อที่ (2) ที่ว่าการส่งมอบเด็ก

¹¹⁹⁶ 81 P.3d 196 (Wyo. 2003)

¹¹⁹⁷ 249 P.2d 843 (Cal Dist. Ct. App. 1952)

ผิดตัวทำให้ครอบครัว Espinosa ได้รับผลกระทบทางจิตใจอย่างมาก ซึ่งหากครอบครัว Espinosa พิสูจน์ให้เห็นข้อเท็จจริงเช่นนั้นได้ ครอบครัว Espinosa ก็มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจจากโรงพยาบาล

ในชั้นพิจารณาพิพากษาคดีการที่ครอบครัว Espinosa ไม่ได้นำพยานผู้เชี่ยวชาญหรือไม่ได้นำเอกสารทางการแพทย์เข้าสืบว่า ผลกระทบทางจิตใจที่เกิดขึ้นรุนแรงถึงขนาดทำให้ครอบครัว Espinosa ได้รับผลกระทบต่อการทำงานของระบบประสาทหรือทำให้เกิดปัญหาต่อสุขภาพทางจิต ศาลจึงพิพากษาว่าครอบครัวของ Espinosa ไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจจากโรงพยาบาล

คดี *Filson v. Seton Corp*¹¹⁹⁸ ศาลได้ให้เหตุผลว่า เมื่อการส่งมอบเด็กผิดตัวไม่ได้ทำให้เกิดอันตรายต่อร่างกายของชาย หญิงและเด็ก อีกทั้งผลกระทบทางจิตใจที่เกิดขึ้นไม่ได้รุนแรงถึงขนาดรบกวนการทำงานของระบบประสาทหรือทำให้เกิดปัญหาสุขภาพทางจิต ชาย หญิงและเด็กจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจ¹¹⁹⁹

คดี *Twigg v. Hospital District of Hardee County*¹²⁰⁰ ภายหลังจากที่ครอบครัว Twigg พบว่าเด็กที่ตนเลี้ยงดูมาตั้งแต่กำเนิดไม่ใช่บุตรที่แท้จริงของตน ครอบครัว Twigg ได้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากโรงพยาบาล โดยอ้างว่าการกระทำโดยประมาทของโรงพยาบาลอันเป็นเหตุทำให้ชายหญิงและเด็กต้องพลัดพรากกันกว่า 10 ปี ส่งผลกระทบทางจิตใจต่อชายและหญิงอย่างมาก

ในชั้นพิจารณาพิพากษาคดี โรงพยาบาลให้การต่อสู้ว่าครอบครัว Twigg ไม่ได้รับอันตรายต่อเนื้อตัวร่างกาย ดังนั้น ครอบครัว Twigg จึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจ ภายหลังจากที่ศาลพิจารณาคำให้การของโรงพยาบาล ศาลไม่ได้พิพากษายกฟ้องครอบครัว Twigg แต่ศาลให้ครอบครัว Twigg นำพยานผู้เชี่ยวชาญมาพิสูจน์เพิ่มเติมว่าชายและหญิงได้รับผลกระทบทางจิตใจอย่างแท้จริงหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ในระหว่างที่รอการพิสูจน์ความร้ายแรงของผลกระทบทางจิตใจ ครอบครัว Twigg และโรงพยาบาลได้เข้าสู่กระบวนการเจรจาต่อรองกันนอกศาล ท้ายที่สุดโรงพยาบาลยินดียใจให้เงินให้แก่ครอบครัว Twigg เป็นจำนวน 7 ล้านเหรียญสหรัฐ¹²⁰¹

¹¹⁹⁸ 2009 WL 196048 (Tenn. App., January 27, 2009).

¹¹⁹⁹ Marc D Ginsberg, *supra note 1192*, pp.260-265, 270.

¹²⁰⁰ 731 F. Supp. 469 (M.D. Fla. 1990).

¹²⁰¹ Tara R. Crane, "Mistaken Baby Switches An Analysis Of Hospital Liability And Resulting Custody Issues," *Journal of Legal Medicine*, Volume 21, p.116 (2010)

(ข) ปัญหาว่าด้วยความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย และอำนาจปกครองเด็กที่ถูส่งมอบผิตัว

ปัญหาประการที่ 2 นี้ ผู้เขียนได้ศึกษาจากตัวอย่างข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยศาลมีคำพิพากษาว่าความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายยังคงเป็นของชายและหญิงที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก อย่างไรก็ตาม บางครั้งเพื่อประโยชน์สูงสุดสำหรับเด็ก (Child's best interest) ศาลเห็นว่าชายและหญิงที่เลี้ยงดูเด็กมาตั้งแต่กำเนิดเป็นผู้มีอำนาจปกครองและเป็นผู้มีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูเด็ก ในขณะที่ชายและหญิงที่เป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายมีเพียงสิทธิที่จะได้เยี่ยมบุตรของตนเท่านั้น มีตัวอย่างคำพิพากษาดังนี้

คดี *Twigg v Hospital Dist. of Hardee County*¹²⁰² ข้อเท็จจริงปรากฏว่าพยาบาลส่งมอบเด็กผิตัวตั้งแต่กำเนิด โดยส่งมอบ Kimberly ซึ่งเป็นบุตรที่แท้จริงของครอบครัว Twigg ไปอยู่กับครอบครัว Mays ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการส่งมอบเด็กผิตัวปรากฏขึ้นภายหลังที่บุตรที่แท้จริงของครอบครัว Mays ที่ครอบครัว Twigg ได้เลี้ยงดูมาตั้งแต่กำเนิดถึงแก่ความตาย โดยครอบครัว Twigg พบว่าเด็กที่ตายไม่ใช่บุตรที่แท้จริงของตน ครอบครัว Twigg จึงได้ตรวจสอบจากประวัติคนที่เข้ารับการผ่าตัดทำคลอดวันเดียวกับตน ในท้ายที่สุดพบว่า บุตรที่แท้จริงของตนคือ Kimberly ได้อยู่อาศัยอยู่กับครอบครัว Mays

ครอบครัวของ Twigg จึงมาฟ้องร้องเรียกเด็กซึ่งเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตนคืนจากครอบครัว Mays โดยอ้างว่าตนเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายและเป็นผู้มีสิทธิในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรอย่างสมบูรณ์¹²⁰³ อีกทั้งยังให้เหตุผลว่าจะเป็นผู้ประโยชน์อย่างสูงสุดแก่เด็กหากว่าเด็กได้กลับมาอยู่กับพ่อแม่ที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม แม้ว่าครอบครัว Mays ที่เลี้ยงดูเด็กมาตั้งแต่กำเนิดจะให้ความรักและให้การอุปการะเลี้ยงดูอย่างดีก็ตาม

ในการพิจารณาคดี ศาลได้พิจารณาเปรียบเทียบประโยชน์ระหว่างกรณีที่เด็กจะได้กลับไปอยู่กับชายและหญิงที่เป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายกับกรณีที่เด็กจะได้รับการเลี้ยงดูกับชายและหญิงที่เลี้ยงดูเด็กมาตั้งแต่กำเนิด โดยศาลเห็นว่าเมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าครอบครัว Twigg มีประวัติเคยมีพฤติกรรมหลายอย่างไม่เหมาะสมต่อการเลี้ยงดูเด็ก ซึ่งหากเด็กต้องกลับไปอยู่กับครอบครัว Twigg อาจทำให้เด็กได้รับผลกระทบทางร่างกาย จิตใจ และส่งผลกระทบต่อพัฒนาการที่ดี

¹²⁰² 731 F. Supp. 469, 470 (M.D. Fla. 1990)

¹²⁰³ Alice M. Noble-Allgire, "Switched at the Fertility Clinic : Determining Maternal Rights When a Child is Born from Stolen or Misdelivered Genetic Material," *Missouri Law Review*, Issue 3, Volume 64, p.519 (Summer 1999)

ของเด็ก¹²⁰⁴ อีกทั้ง ครอบครัว Twigg ไม่สามารถแสดงให้ศาลเห็นได้ว่า การที่เด็กจะได้กลับไปอยู่กับ ครอบครัวตน เด็กจะได้รับการเลี้ยงดูและจะมีสวัสดิภาพดีกว่าการได้อยู่กับครอบครัว Mays อย่างไร ศาลจึงพิพากษาว่า การที่เด็กได้อยู่กับครอบครัวที่เลี้ยงดูเด็กมาตั้งแต่กำเนิดทำให้เด็กได้รับประโยชน์ สูงสุด¹²⁰⁵

นอกจากนี้ ศาลได้มีคำสั่งห้ามครอบครัว Twigg เข้าพบและเยี่ยม Kimberly เพราะศาลเห็นว่าการที่ครอบครัว Twigg ยังคงติดต่อกับ Kimberly อาจเป็นเหตุขัดขวางความ เจริญของ Kimberly แม้ว่า Twigg จะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของ Kimberly ก็ตาม ทั้งนี้ ศาลได้ยืนยันอีกด้วยว่า ในปัจจุบันเฉพาะครอบครัว Mays เท่านั้นที่เป็นบิดามารดาผู้มีอำนาจ ปกครอง Kimberly การที่ศาลยินยอมให้ครอบครัว Twigg มีสิทธิที่จะพบและได้เยี่ยมบุตรของตน อาจเป็นการทำลายความสัมพันธ์ภายในครอบครัวและอาจทำให้เกิดความไม่มั่นคงระหว่าง Kimberly และ Mays¹²⁰⁶

ในภายหลังศาลอุทธรณ์มีคำพิพากษายืนตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้น โดยศาล อุทธรณ์ให้เหตุผลว่า แม้บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิที่จะให้การอุปการะเลี้ยงดูและมี อำนาจปกครองบุตรแต่สิทธิเช่นนี้ก็ไม่ใช่สิทธิเด็ดขาด โดยศาลให้เหตุผลดังนี้

...เด็กหาใช่ทรัพย์สิน แต่เป็นมนุษย์ที่มีร่างกายและจิตใจที่ได้รับการคุ้มครองตาม กฎหมาย ข้อพิพาทในคดีนี้เป็นการต่อสู้กันวาระหว่างชายและหญิงที่เลี้ยงดูเด็กมาตั้งแต่ กำเนิดกับชายและหญิงผู้มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม ใครเป็นผู้มีอำนาจในการ อุปการะเลี้ยงดูเด็ก แต่เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าการที่เด็กได้อยู่กับชายและหญิงที่เลี้ยงดู ตนมาตั้งแต่กำเนิดจะนำมาซึ่งประโยชน์สูงสุดมากกว่าการที่เด็กจะกลับไปอยู่กับชาย และหญิงผู้เป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ศาลเห็นว่าลำพังเพียงที่ชายและหญิง เป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย หากทำให้ชายและหญิงมีสิทธิเด็ดขาดในตัวของ เด็กและไม่อาจทำลายประโยชน์สูงสุดของเด็กที่ควรจะได้รับจากชายและหญิงที่เลี้ยงดู เด็กมาตั้งแต่กำเนิด...¹²⁰⁷

¹²⁰⁴ Tara R. Crane, *supra note 1201*, p.122.

¹²⁰⁵ Katheryn D. Katz, “Ghost Mothers : Human Egg Donation And The Legacy Of The Past,” *Albany Law Review*, Volume 57, pp.750-751 (1994)

¹²⁰⁶ Tara R. Crane, *supra note 1201*, p.122.

¹²⁰⁷ Alice M. Noble-Allgire, *supra note 1203*, p.588.

ในท้ายที่สุดศาลอุทธรณ์พิพากษาให้ครอบครัว Mays เป็นบิดามารดาบุญธรรมของเด็กและมีอำนาจอุปการะเลี้ยงดูบุตรตามกฎหมายอย่างสมบูรณ์ แม้ว่าครอบครัวของ Twigg จะไม่ยินยอมยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของครอบครัว Mays ก็ตาม

ภายหลังที่ศาลมีคำพิพากษามีปัญหาเกิดขึ้นหลายประการ เพราะในความเป็นจริงแล้วการที่ครอบครัว Mays เลี้ยงดูเด็กมาตั้งแต่กำเนิดทำให้ครอบครัว Mays กลายเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก อีกทั้งการที่ศาลพิพากษาให้เด็กเป็นบุตรบุญธรรมของชายและหญิงที่เลี้ยงดูเด็กมาตั้งแต่กำเนิดโดยไม่เคยปรากฏข้อเท็จจริงว่าครอบครัว Twigg ให้ความยินยอมหรือแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือปริยายยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของครอบครัว Mays แต่อย่างใด การบังคับให้บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายยกเด็กเป็นบุตรบุญธรรมเช่นนี้ขัดต่อกฎหมายหรือไม่ เพราะไม่เช่นนั้นแล้ว อำนาจในการปกครองบุตรก็ยังคงเป็นของครอบครัว Twigg โดยครอบครัว Twigg มีสิทธิที่จะเรียกให้ครอบครัว Mays ส่งมอบเด็กกลับคืนมาอยู่กับตนได้

นอกจากนี้ ยังมีปัญหาเกิดขึ้นอีกด้วยว่าการที่ศาลตัดสิทธิของชายและหญิงผู้เป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายทั้งหมดรวมทั้งสิทธิที่จะได้พบและได้เยี่ยมบุตรด้วยนั้น เป็นการกระทำที่ขัดต่อสิทธิความเป็นบิดามารดาที่ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญหรือไม่¹²⁰⁸ อีกทั้ง ศาลจะมั่นใจได้อย่างไรว่าครอบครัวอื่นที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมจะเป็นครอบครัวที่เลี้ยงดูเด็กได้ดีกว่าครอบครัวที่มีสัมพันธ์ทางพันธุกรรมอย่างแท้จริง¹²⁰⁹ และครอบครัวดังกล่าวจะยังให้การเลี้ยงดูและให้ความรักเช่นเดิมเมื่อทราบว่าเป็นเด็กไม่ใช่บุตรที่แท้จริงของตน

อย่างไรก็ตาม จากคำพิพากษาดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า ศาลได้ใช้ข้อพิจารณาเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นเหตุในการจำกัดสิทธิของบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือแม้บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจะมีสิทธิโดยชอบธรรมด้วยเหตุที่ตนมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก แต่เมื่อมีพฤติการณ์บางอย่างที่แสดงให้ศาลเห็นว่า การที่เด็กจะได้รับการอุปการะเลี้ยงดูโดยชายและหญิงอื่นที่ได้เลี้ยงดูเด็กมาตั้งแต่กำเนิดช่วยให้เด็กได้รับประโยชน์สูงสุดอย่างแท้จริง ประโยชน์สูงสุดเช่นนี้นี้อาจมีค่าบังคับเหนือความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมระหว่างชาย หญิงและเด็ก

¹²⁰⁸ Christi Gill Baunach, “The Role of Equitable Adoption in a Mistaken Baby Switch,” *University of Louisville Journal of Family Law*, Volume 31, pp.501, 509 (1992-1993)

¹²⁰⁹ Katheryn D. Katz, *supra note 1205*, pp.750-751.

ในปีเดียวกัน ปัญหาเกี่ยวกับการส่งมอบเด็กผิดตัวได้ปรากฏขึ้นในคดี Moore v. Pope¹²¹⁰ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ภายหลังจากที่ Jodie Pope หย่าร้างกับชายสามี ชายสามีได้ทอดทิ้งและไม่ให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็ก (Cameron) หญิงจึงฟ้องร้องต่อศาลเพื่อเรียกให้ชายสามีชดใช้ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กให้กับตน ชายสามีต่อสู้ว่าเด็กไม่ใช่บุตรของตน ศาลจึงสั่งให้ทั้งชาย หญิงและเด็กเข้ารับการตรวจพันธุกรรมเพื่อยืนยันความเป็นบิดามารดา ผลการตรวจได้สร้างความตกใจให้กับทั้ง Jodie Pope และชายสามี เพราะไม่เพียงว่าชายสามีไม่ใช่บิดาของเด็กเท่านั้น แต่ Jodie Pope ก็ไม่ใช่มารดาและไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก

หลังจากเข้ารับการตรวจสอบพันธุกรรม Jodie Pope พบว่าบุตรที่แท้จริงของตนคือ Melvin ได้ถูกส่งมอบให้กับชายและหญิงที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสคู่หนึ่ง เมื่อชายและหญิงดังกล่าวไม่มีความสามารถเลี้ยงดูเด็ก ชายและหญิงจึงได้ยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของครอบครัว Moores

ภายหลังจากที่ Jodie Pope ได้ทราบความจริง Jodie Pope จึงร้องขอต่อศาลเพื่อขอรับ Cameron เป็นบุตรบุญธรรมของตน โดยศาลมีคำสั่งให้ Jodie Pope เป็นมารดาบุญธรรมของ Cameron ในขณะเดียวกัน Jodie Pope ได้ยื่นคำร้องขอให้ครอบครัว Moores ส่งมอบ Melvin ซึ่งเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายกลับคืนตน โดย Jodie Pope อ้างว่า เมื่อตนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของ Melvin ตนจึงมีสิทธิอย่างเด็ดขาดตามกฎหมายที่จะเป็นบุคคลผู้มีสิทธิที่จะให้การอุปการะเลี้ยงดู Melvin

นอกจากนี้ Jodie Pope ยังให้การต่อสู้อีกด้วยว่า เมื่อ Moores เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตน สัญญายกเด็กเป็นบุตรบุญธรรมที่ไม่ได้รับความยินยอมจากตนผู้เป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ได้รับการยินยอมจากชายและหญิงอื่นจึงไม่มีผลทางกฎหมาย

ในการพิจารณาคำร้องศาลได้ศึกษาเปรียบเทียบกับคดี Twigg v. Hospital Dist. of Hardee County โดยศาลเห็นว่า การพิจารณาว่า Melvis ควรอยู่ภายใต้การดูแลของใคร ศาลจะต้องพิจารณาว่าการเลี้ยงดูของครอบครัวใดจะทำให้เด็กได้รับประโยชน์สูงสุดมากกว่ากัน¹²¹¹ เมื่อศาลเห็นว่าครอบครัวของ Moores เป็นผู้ที่เลี้ยงดู Melvis มาตั้งแต่กำเนิด และเลี้ยงดู Melvis ด้วยความรักและทำให้ Melvis มีสวัสดิภาพในการดำเนินชีวิตที่ดี ศาลเห็นว่าจะเป็นประโยชน์สูงสุดต่อ Melvis มากกว่า ถ้ายังคงให้ Melvis ได้รับการเลี้ยงดูจากครอบครัวของ Moores ต่อไป อยากรู้ก็ตาม

¹²¹⁰ 396 S. E. 2d 243 (Ga. Ct. App. 1990) see Janet Leach Richards, “Redefining Parenthood : Parental Rights Versus Child Rights,” *The Wayne Law Review*, Volume 40, pp.1230-1232 (1994)

¹²¹¹ Jennifer L. Foote, *supra note 1190*, p.323.

เมื่อ Jodie Pope ยังคงเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ศาลจึงอนุญาตให้ Jodie Pope มีสิทธิที่จะได้เยี่ยม Melvin บุตรของตน

ภายหลังที่ศาลมีคำสั่งให้ Melvin อยู่ภายใต้การอุปการะเลี้ยงดูของ Moores ผู้ที่เลี้ยงดู Melvin มาตั้งแต่กำเนิด Jodie Pope ได้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจาก Department of Human Resources ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐที่ทำหน้าที่เป็นคนกลางจัดหาครอบครัวที่จะมารับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม เป็นคดี Pope v. Dep't of Human Resources¹²¹² โดย Jodie Pope อ้างว่าหน่วยงานรัฐประมาทโดยไม่ตรวจสอบว่าชายหญิงที่ยก Melvin ให้เป็นบุตรบุญธรรมของ Moores ไม่ได้เป็นบิดามารดาที่แท้จริง ศาลพิพากษายกฟ้อง Jodie Pope เพราะคำฟ้องขาดอายุความ¹²¹³

จากคดีข้างต้นเห็นได้ว่า ศาลได้นำความสัมพันธ์ทางข้อเท็จจริงขึ้นพิจารณาเพื่อหาว่าระหว่างความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับความสัมพันธ์ตามข้อเท็จจริง การที่เด็กได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากครอบครัวใดจะทำให้เด็กมีสวัสดิภาพในการดำเนินชีวิตที่ดีมากกว่ากัน ทั้งนี้ แม้ความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมจะเป็นความสัมพันธ์ที่ไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้และเป็นนิรันดร์ แต่หากความสัมพันธ์ตามข้อเท็จจริงมีความมั่นคงและเข้มแข็งเพียงพอ อาทิ ความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นจากความรัก การอยู่อาศัยรวมกันเป็นเวลานาน ดังที่ปรากฏตามคดีข้างต้น ชายและหญิงที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมอาจต้องสูญเสียสิทธิที่จะได้อุปการะเลี้ยงดูหรือสูญเสียสิทธิที่จะเยี่ยมเด็กเพื่อยินยอมให้เด็กได้รับประโยชน์สูงสุด และการสูญเสียสิทธิเช่นว่านี้ ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาเห็นว่าไม่เป็นการขัดแย้งต่อสิทธิตามรัฐธรรมนูญของชายและหญิง เพราะในขณะที่ชายและหญิงอ้างสิทธิความเป็นบิดามารดา เด็กเองก็มีสิทธิที่จะได้รับการเลี้ยงดูที่ดีด้วยเช่นเดียวกัน และเมื่อครอบครัวที่เลี้ยงดูเด็กมาตั้งแต่กำเนิดแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ตามข้อเท็จจริงที่พัฒนาขึ้นมาเรื่อยๆ จนทำให้ความสัมพันธ์เช่นว่านั้นก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดของเด็ก เด็กย่อมมีสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่จะได้รับการเลี้ยงดูจากครอบครัวที่เลี้ยงดูตนมาตั้งแต่กำเนิดต่อไป

¹²¹² 434 S.E.2d 731 (Ga. App.1993)

¹²¹³ Tara R. Crane, *supra* note 1201, p.110.

(2) ประเทศญี่ปุ่น

ในประเทศญี่ปุ่นมีตัวอย่างข้อเท็จจริงเกิดขึ้นดังนี้ ชายวัย 60 ปี มีฐานะยากจน ได้ทราบความจริงภายหลังว่าโรงพยาบาลส่งมอบตนให้กับครอบครัวที่ไม่ใช่บิดามารดาที่แท้จริง โดยครอบครัวที่เลี้ยงดูตนมาตั้งแต่กำเนิดเป็นครอบครัวที่มีฐานะยากจน ในขณะที่ครอบครัวที่แท้จริงเป็นครอบครัวที่มีฐานะทางการเงินที่ดี ชายจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากโรงพยาบาลจากการสูญเสียสิทธิที่จะได้รับการอุปการะเลี้ยงดูโดยบิดามารดาที่แท้จริง

ด้วยข้อเท็จจริงดังกล่าว ศาลเห็นว่าการกระทำโดยประมาทของโรงพยาบาลทำให้ชายสูญเสียโอกาสที่จะได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากครอบครัวที่แท้จริง อีกทั้งสูญเสียโอกาสที่จะได้เจริญเติบโตในครอบครัวที่มีสวัสดิภาพและความเป็นอยู่ที่ดีกว่า โดยสิทธิที่จะได้รับการอุปการะเลี้ยงดูในครอบครัวที่แท้จริงเป็นสิทธิของชายที่ติดตัวมาตั้งแต่กำเนิด และจากการส่งมอบผิดตัวนี้เองทำให้ตลอดระยะเวลา 60 ปี ที่ผ่านมา ชายต้องดำเนินชีวิตด้วยความยากลำบาก ไม่ได้รับความสะดวกสบายดังที่ควรจะได้รับเช่นพี่น้องคนอื่น ๆ ไม่ได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐานเพราะต้องออกจากโรงเรียนเพื่อมาช่วยพ่อแม่ทำงาน

ชายจึงฟ้องเรียกค่าเสียหายจากโรงพยาบาลเป็นเงิน 250 ล้านเยน (คิดเป็นเงินไทย 78,000,000 บาท) ศาลแขวงกรุงโตเกียวมีคำพิพากษาให้โรงพยาบาลที่ส่งมอบเด็กผิดตัวชดใช้ค่าเสียหายเป็นเงิน 38 ล้านเยน (คิดเป็นเงินไทย 12,000,000 บาท) โดยเป็นค่าเสียหายสำหรับความเสียหายทางจิตใจและการที่ชายเสียโอกาสในการได้รับการศึกษาที่สูงขึ้น¹²¹⁴

¹²¹⁴ "ละครชีวิต! "พ่อเฒ่าญี่ปุ่น" ฟ้อง รพ.ซุ่ย "สลับลูก" ทำตนเองพลัด "พ่อแม่เศรษฐี" กลายเป็นยากจนมา 60 ปี," (สืบค้นเมื่อวันที่ 23 พฤษภาคม 2558), จาก <http://www.manager.co.th/Around/ViewNews.aspx?NewsID=9560000147773> ; "Japanese Man Born to Wealthy Parents Is Accidentally Switched at Birth and Endures Life of Poverty," (Retrieved on 2 March 2015), from <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/asia/japan/10481091/Japanese-man-born-to-wealthy-parents-is-accidentally-switched-at-birth-and-endures-life-of-poverty.html> ; Krishnadev Calamur, "Japanese 'Prince' Switched at Birth Was Raised a Pauper," (Retrieved on 22 June 2015), from <http://www.npr.org/sections/thetwo-way/2013/11/29/247807768/japanese-prince-switched-at-birth-was-raised-a-pauper> ; Arata Yamamoto And Alexander Smith, "Switched at birth: Son born to rich parents sues hospital after life of poverty," (Retrieved on 22 June 2015), from

(3) ประเทศฝรั่งเศส

ในประเทศฝรั่งเศสมีตัวอย่างข้อเท็จจริงเกิดขึ้นดังนี้ ภายหลังจากที่หญิงสองคนได้ให้กำเนิดบุตรในเวลาเดียวกัน เมื่อเด็กที่คลอดออกมามีปัญหาสุขภาพ แพทย์มีความจำเป็นจะต้องให้เด็กแรกคลอดอยู่ในตู้อบ แต่ด้วยจำนวนตู้อบในโรงพยาบาลมีไม่เพียงพอ ทำให้แพทย์ต้องให้เด็กสองคนอยู่ในตู้อบเดียวกันจนทำให้เกิดการสลับตัว ก่อนที่ครอบครัวทั้งสองจะออกจากโรงพยาบาล พยาบาลได้ส่งมอบเด็กคืนให้แก่ครอบครัวทั้งสอง ครอบครัวทั้งสองได้ทักท้วงว่าเด็กที่ได้รับมาไม่เหมือนเด็กที่เห็นแรกคลอด และขอให้โรงพยาบาลตรวจสอบความเป็นสัมพันธ์ทางพันธุกรรม แต่โรงพยาบาลยืนยันว่าโรงพยาบาลได้ดำเนินการตามมาตรฐานและแนวทางการระบุตัวตนของเด็ก โดยเด็กทั้งสองเป็นบุตรที่แท้จริงของชายและหญิงของแต่ละครอบครัว

ความจริงเกี่ยวกับการส่งมอบเด็กผิดตัวได้เปิดเผยขึ้นภายหลังจากการส่งมอบเด็กผิดตัวผ่านไปกว่า 20 ปี ทั้งสองครอบครัวที่ได้รับเด็กผิดตัวได้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากโรงพยาบาล โดยฟ้องร้องดำเนินคดีทางอาญาและฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางแพ่ง สำหรับการฟ้องร้องทางอาญาศาลพิพากษายกฟ้องเนื่องจากการส่งมอบทารกผิดตัวไม่ได้เกิดขึ้นจากการกระทำโดยเจตนา ในขณะที่การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางแพ่ง ครอบครัวทั้งสองเรียกร้องค่าเสียหายเป็นจำนวนเงิน 12 ล้านยูโร ภายหลังจากที่ศาลพิจารณาพิพากษาคดี ศาลพบว่า การส่งมอบเด็กผิดตัวเป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทของโรงพยาบาลที่ไม่ได้ดำเนินการตามมาตรฐานการระบุตัวเด็กแรกเกิด ศาลพิพากษาให้ครอบครัวทั้งสองได้รับเงินชดเชยรวม 2 ล้านยูโร โดยแบ่งเป็นเงินค่าเสียหายสำหรับตัวเด็กที่ถูกสลับตัวคนละ 4 แสนยูโร (คิดเป็นเงินไทยประมาณ 15 ล้านบาท) ครอบครัวทั้งสองครอบครัวละ 3 แสนยูโร (คิดเป็นเงินไทย 11 ล้านบาท) และพี่น้องของเด็กทั้งสองคนละ 6 แสนยูโร (คิดเป็นเงินไทย 2 ล้าน 2 แสนบาท)¹²¹⁵

<http://www.nbcnews.com/news/other/switched-birth-son-born-rich-parents-sues-hospital-after-life-f2D11673222>

¹²¹⁵ "Families Win €1.8m Compensation after Babies Switched at Birth," (Retrieved on 2 March), from <http://www.theguardian.com/world/2015/feb/10/families-win-2m-euros-compensation-babies-switched-at-birth> ; "ครอบครัวฝรั่งเศสได้เงินชดเชยหลังถูกสลับลูก," (สืบค้นเมื่อวันที่ 23 พฤษภาคม 2015), จาก <http://news.voicetv.co.th/world/165666.html>

(4) ประเทศแอฟริกาใต้

การส่งมอบเด็กผิดตัวเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1989 ภายหลังจากที่ครอบครัวทั้งสองทราบความจริงเกี่ยวกับส่งมอบทารกผิดตัว ครอบครัวทั้งสองตกลงที่จะให้เด็กได้อาศัยอยู่ในครอบครัวที่เลี้ยงดูเด็กมาตั้งแต่กำเนิด อย่างไรก็ตาม เมื่อการส่งมอบทารกผิดตัวส่งผลกระทบต่อครอบครัวทั้งสองอย่างมาก ครอบครัวทั้งสองจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจจากโรงพยาบาล

นอกจากนี้ เมื่อเด็กชายหนึ่งเป็นเด็กที่มีปัญหาสุขภาพมาตั้งแต่กำเนิด ทำให้ชายและหญิงที่เลี้ยงดูเด็กมีภาระหน้าที่และค่าใช้จ่ายในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรเพิ่มมากขึ้น ชายและหญิงที่ให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่มีปัญหาสุขภาพจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากโรงพยาบาลเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ที่ได้เสียไปและที่กำลังจะเกิดขึ้นในอนาคต ทั้งนี้ เมื่อทั้งสองครอบครัวยังคงประสงค์ที่จะเลี้ยงดูเด็กที่ตนได้เลี้ยงดูมาตั้งแต่กำเนิด แต่ต้องการเดินทางไปเยี่ยมบุตรที่แท้จริงของตน ทั้งสองครอบครัวจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อเป็นค่าเดินทางในการไปเยี่ยมบุตรที่แท้จริง

ในการพิจารณาคดี ศาลสูงประเทศแอฟริกาใต้พิพากษาให้โรงพยาบาลชดใช้ค่าเสียหายให้แก่มารดาของเด็กทั้งสองฝ่ายที่ได้รับมอบเด็กผิดตัว เป็นเงิน 50,000 เหรียญสหรัฐ และ 43,000 เหรียญสหรัฐ โดยค่าเสียหายที่ศาลพิพากษานี้เป็นค่าเสียหายเพื่อค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต ค่าใช้จ่ายที่เป็นค่าเดินทางเพื่อไปเยี่ยมบุตร และค่าเสียหายทางจิตใจ¹²¹⁶

5.2. ความผิดพลาดทางการแพทย์ในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์

ในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ไม่ว่าจะเป็นการคัดเลือก การเก็บ การใช้เซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อน แพทย์และเจ้าหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังเป็นพิเศษ เพราะ

¹²¹⁶ "Damages Awarded after Babies Switched," (Retrieved on 23 June 2015), from http://nl.newsbank.com/nl-search/we/Archives?p_product=KC&p_theme=kc&p_action=search&p_maxdocs=200&p_topdoc=1&p_text_direct-0=0EAF4234676AD331&p_field_direct-0=document_id&p_perpage=10&p_sort=YMD_date:D&s_trackval=GooglePM; "2 Moms Suing over Sons Switched at Birth," (Retrieved on 23 June 2015), from http://nl.newsbank.com/nl-search/we/Archives?p_product=NewsLibrary&p_multi=DSNB&d_place=DSNB&p_theme=newslibrary2&p_action=search&p_maxdocs=200&p_topdoc=1&p_text_direct-0=0F360DC14A813699&p_field_direct-0=document_id&p_perpage=10&p_sort=YMD_date:D&s_trackval=GooglePM

หากมีความผิดพลาดเกิดขึ้นในขั้นตอนใด อาจส่งผลทำให้เกิดความเสียหายต่อชายหญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์และเด็กที่กำลังจะเกิดขึ้นมาในอนาคต¹²¹⁷

ผู้เขียนเชื่อว่าหลายคนคงมีความเข้าใจว่าในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เป็นไปได้หรือไม่ที่แพทย์หรือเจ้าหน้าที่จะนำเซลล์สืบพันธุ์ของผู้อื่นมาปฏิสนธิกับเซลล์สืบพันธุ์ของชายหรือหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตร จนเป็นเหตุทำให้ทารกไม่ได้เป็นบุตรที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับทั้งชายและหญิง หรือในบางกรณีแพทย์ประมาณนำตัวอ่อนที่เกิดจากการปฏิสนธิระหว่างเซลล์สืบพันธุ์ของชายและหญิงอื่นมาฝังตัวในโพรงมดลูกของหญิงที่ไม่ได้เป็นเจ้าของตัวอ่อนและไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมอย่างใดกับตัวอ่อน โดยที่ชายและหญิงผู้เป็นเจ้าของตัวอ่อนกับชายและหญิงผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตร ไม่เคยให้ความยินยอมกับแพทย์เพื่อดำเนินการดังกล่าว เพราะหากมีความผิดพลาดดังกล่าวเกิดขึ้นจริง ย่อมนำมาซึ่งปัญหาทางกฎหมายหลายประการ เช่น เด็กที่เกิดขึ้นมาจากกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่ผิดพลาดเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของใคร หรือชายและหญิงที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการทางการแพทย์ที่ผิดพลาดจะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย อาทิ ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก จากแพทย์เพราะเหตุที่ต้องกลายมาเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่ไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับตนได้หรือไม่

เหตุการณ์ดังกล่าวไม่ได้เป็นเพียงข้อเท็จจริงที่อยู่ในความคิดอีกต่อไป เพราะได้เกิดขึ้นจริงแล้วในต่างประเทศ เช่น ประเทศสิงคโปร์ ประเทศอิตาลี ประเทศโปแลนด์¹²¹⁸ ประเทศสหรัฐอเมริกา ภายหลังที่มีการเสนอข่าวเกี่ยวกับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ ส่งผลทำให้ชายและหญิงที่เข้ารับบริการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ต่างวิตกกังวลว่า เด็กที่เกิดขึ้นจากกระบวนการดังกล่าวเป็นเด็กที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมอย่างแท้จริงกับตนหรือไม่ โดยชายและหญิงที่เข้ารับบริการพยายามร้องขอให้แพทย์ทำการตรวจสอบความถูกต้องและความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมเป็นระยะ ขอให้แพทย์ตรวจสอบความถูกต้องของตัวอ่อนก่อนนำกลับเข้าสู่โพรงมดลูกของหญิง (Pre-implantation Diagnosis) ตรวจสอบความถูกต้องภายหลังที่ตัวอ่อนฝังตัวในโพรงมดลูกแล้ว ซึ่งในขั้นตอนเหล่านี้หากผลการตรวจแสดงให้เห็นว่าทารกในครรภ์ไม่ใช่ทารกที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับชายและหญิง หญิงมีสิทธิเลือก

¹²¹⁷ M. Ford and D. Morgan, “Misconceived Conceptions,” *Journal of Medical Ethics*, Volume 30, pp.478-479 (2004)

¹²¹⁸ “IVF mother gives birth to another woman's child in mix-up,” (Retrieved on 5 August 2015), from <http://www.thenews.pl/1/9/Artykul/195727,IVF-mother-gives-birth-to-another-womans-child-in-mixup>

ยุติการตั้งครรภ์ด้วยการทำแท้ง ส่วนขั้นตอนสุดท้ายคือการตรวจสอบความถูกต้องภายหลังที่เด็กคลอดออกมามีชีวิตแล้ว ชายและหญิงไม่สามารถแก้ไขปัญหาใดๆ ได้แล้ว ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างชาย หญิงและเด็กต้องเป็นไปตามบัญญัติกฎหมายทั่วไปหรือบทบัญญัติพิเศษที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ อย่างไรก็ตาม ไม่ใช่เพียงแต่ชายและหญิงจะวิตกกังวลต่อเหตุการณ์ดังกล่าว เพราะผู้ให้บริการทางการแพทย์เองก็พยายามหามาตรการป้องกันไม่ให้ความผิดพลาดดังกล่าวเกิดขึ้น¹²¹⁹

ความผิดพลาดทางการแพทย์ในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ ผู้เขียนได้ศึกษาจากตัวอย่างข้อเท็จจริงที่ปรากฏในต่างประเทศดังนี้

(1) ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้เขียนได้ศึกษาจากตัวอย่างข้อเท็จจริงดังนี้

ตัวอย่างข้อเท็จจริงที่ 1

ในปี ค.ศ. 2000 Susan Buchweitz หญิงวัย 52 ปี เข้ารับบริการช่วยการเจริญพันธุ์จาก San Francisco fertility Clinic แต่ในขั้นตอนการนำตัวอ่อนกลับเข้าสู่โพรงมดลูก แพทย์ได้นำเอาตัวอ่อนของคู่สมรสอื่นมาฝังตัวในโพรงมดลูกของหญิง เมื่อแพทย์ทราบถึงความผิดพลาดที่เกิดขึ้น แพทย์ละเลยและไม่ยอมบอกกล่าวความจริงให้หญิงทราบ

ภายหลังที่ความจริงปรากฏ Susan Buchweitz ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากคลินิกและแพทย์จากการที่หญิงต้องตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับตน โดยหญิงกล่าวว่า ในกรณีที่หญิงทราบแต่แรกว่าทารกในครรภ์ไม่ใช่บุตรที่แท้จริงของตน หญิงสามารถตัดสินใจที่จะตั้งครรภ์ต่อไปหรือเลือกที่จะทำแท้งได้ แต่เพราะการกระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้หญิงเสียสิทธิเช่นนั้น อย่างไรก็ตาม ในชั้นใกล้เคียงข้อพิพาทแพทย์ยินดีชดใช้ค่าเสียหายให้กับหญิงเป็นเงิน 1 ล้านดอลลาร์สหรัฐ¹²²⁰

นอกเหนือจากการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแล้ว ศาลต้องพิจารณาคำร้องของชายและหญิงผู้เป็นเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์และเป็นบิดามารดาทางพันธุกรรมซึ่งต้องการเป็นผู้ปกครองและเป็นผู้ให้การอุปการะเลี้ยงดูบุตรแม้จะไม่ได้เป็นผู้ให้กำเนิดบุตรด้วยตนเองก็ตาม ภายหลังที่ศาลได้

¹²¹⁹ M Spriggs, "IVF Mixup: White Couple Have Black Babies," Journal of Medical Ethics, Volume 29, Issue 2, p.65 (2003)

¹²²⁰ "Mom awarded \$1 million over embryo mix-up," (Retrieved on 5 August 2015), <http://www.sfgate.com/bayarea/article/BAY-AREA-Mom-awarded-1-million-over-embryo-2736123.php>

พิจารณาคำร้องของชายและหญิง ศาลมีคำสั่งให้ชายและหญิงผู้ให้กำเนิดบุตร และชายและหญิงผู้เป็นเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์มีอำนาจปกครองเด็กร่วมกัน โดยให้ชายและหญิงที่ให้กำเนิดบุตรมีอำนาจปกครองเด็ก 5 วันต่อสัปดาห์ ในขณะที่ชายและหญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์มีอำนาจปกครองเด็ก 2 วันต่อสัปดาห์ โดยทั้งสองครอบครัวสามารถตกลงวันกันเองได้¹²²¹

ตัวอย่างข้อเท็จจริงที่ 2

ในมลรัฐโอไฮโอ (Ohio) หญิงประสงค์จะให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการปฏิสนธิภายนอก ครรภ์ หญิงได้ทำสัญญาขอรับเซลล์สืบพันธุ์ของชายบริจาคจากศูนย์เก็บเซลล์สืบพันธุ์ (Midwest Sperm Bank) การทำสัญญาในครั้งนี้ หญิงได้แสดงความจำนงว่าหญิงต้องการเซลล์สืบพันธุ์บริจาคของคนผิวขาวเท่านั้น เนื่องจากหญิงอาศัยอยู่ในเมืองที่มีแต่คนผิวขาวถึงร้อยละ 98 ภายหลังจากหญิงตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตร หญิงพบว่าเด็กที่เกิดมาไม่ได้มีผิวสีขาวและได้ทราบความจริงจากศูนย์เก็บเซลล์สืบพันธุ์ว่าเซลล์สืบพันธุ์ที่หญิงได้รับไปนั้นเป็นเซลล์สืบพันธุ์ที่ไม่ได้ถูกตรวจสอบความถูกต้อง

หญิงจึงฟ้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดและกฎหมายลักษณะสัญญาเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายที่เป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงิน¹²²² รวมทั้งค่าเสียหายจากเหตุที่หญิงอาจต้องย้ายที่อยู่อาศัยไปยังสถานที่อื่นๆ ที่เหมาะสมกับพัฒนาการของเด็กมากกว่าเมืองที่หญิงอาศัยในปัจจุบัน¹²²³ โดยหญิงกล่าวว่า “...หญิงมีความสุขที่ได้ให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ และหญิงจะไม่ปฏิเสธหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กคนนี้...”¹²²⁴ อย่างไรก็ตาม จากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้หญิงได้รับผลกระทบทางจิตใจอย่างมาก เพราะเมื่อคิดถึงอนาคตของเด็กที่จะต้องเข้าเรียนในโรงเรียนที่เต็มไปด้วยเพื่อนที่เป็นคนผิวขาว การที่เด็กมีผิวสียอมทำให้เด็กไม่เป็นที่ยอมรับของเพื่อนๆ และไม่เป็นที่ยอมรับจากคนอื่นๆ ในสังคม โดยหญิงได้กล่าวว่า “...หญิงมีประสงค์ที่จะให้เด็กได้เจริญเติบโตในสังคมที่คนรอบข้างมีลักษณะเช่นเดียวกับเด็ก อีกทั้งยังต้องการให้

¹²²¹ J.K. Mason, G.T. Laurie and M. Aziz, Mason and Mccall Smith's Law and Medical Ethics. 8th ed., (New York: Oxford University Press, 2011), p.269 at footnote 109.

¹²²² “White mother sues sperm bank after racial mixup,” (Retrieved on 5 August 2015) from <http://kdvr.com/2014/10/02/ohio-white-mother-sues-sperm-bank-after-giving-birth-to-mixed-race-baby/>

¹²²³ Mayra Cuevas, “Woman sues sperm bank after racial mix-up,” (Retrieved on 5 August 2015) from <http://edition.cnn.com/2014/10/02/us/sperm-bank-race-lawsuit/>

¹²²⁴ *Ibid.*

เด็กรู้สึกว่าคุณเองเป็นที่ยอมรับและสามารถใช้ชีวิตได้แบบที่ตัวเองต้องการ ซึ่งไม่มีทางเป็นไปได้ได้อย่างแน่นอนสำหรับเมืองยูเนี่ยนทาวน์ มลรัฐโอไฮโอ แห่งนี้...”¹²²⁵

นอกจากนี้ สาเหตุที่หญิงต้องการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย เนื่องจากหญิงกลัวว่าตนต้องประสบความยากลำบากที่จะต้องให้การเลี้ยงดูเด็กในสังคมที่เต็มไปด้วยคนผิวขาว และเป็นคนที่มึนลักษณะนิสัยรังเกียจและเลือกปฏิบัติต่อคนผิวสี โดยหญิงได้ยกตัวอย่างความยากลำบากที่เกิดขึ้นว่า “...ในทุกครั้งที่หญิงต้องพาเด็กไปตัดผม หญิงไม่สามารถพาเด็กไปตัดผมในเมืองได้ แต่หญิงต้องเดินทางไปบริเวณนอกเมืองซึ่งเป็นบริเวณที่มีคนผิวสีอาศัยอยู่...”¹²²⁶

จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏข้างต้น แม้ว่าหญิงจะยินดีที่ได้ให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์และยอมรับที่จะเลี้ยงดูบุตรด้วยความสมัครใจ แต่ด้วยภาระหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูในพฤติกรรมเช่นนี้สร้างความยากลำบากให้กับหญิงมากกว่าปกติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งทำให้หญิงมีภาระค่าใช้จ่ายที่เพิ่มมากขึ้น และความยากลำบากที่จะต้องปกป้องเด็กไม่ให้ได้รับผลกระทบทางจิตใจจากบุคคลที่อาศัยอยู่ในชุมชน¹²²⁷

แม้คดีนี้ยังคงอยู่ระหว่างการพิจารณา แต่นักวิชาการได้แสดงความเห็นว่านอกจากประเด็นที่ต้องพิจารณาโดยอาศัยหลักกฎหมายพื้นฐานแล้ว คดีนี้ยังต้องเผชิญกับความยากลำบากในประเด็นเรื่องคุณธรรมและศีลธรรม อีกทั้งประเด็นเรื่องการเหยียดสีผิวและการเลือกปฏิบัติเพราะความต่างทางด้านสีผิวอีกด้วย ซึ่งเป็นประเด็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติเพราะความแตกต่างเกี่ยวกับสีผิวนี้เป็นประเด็นที่มีความละเอียดอ่อนมากในสังคมของประเทศสหรัฐอเมริกา นอกจากนี้ศาลยังต้องเผชิญกับประเด็นเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เพราะถ้าศาลบอกว่าการที่เด็กเกิดมามีผิวสีเป็นความเสียหาย อาจส่งผลกระทบต่อคุณค่าการมีชีวิตของเด็กและอาจส่งผลกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของคนผิวสีอีกด้วย¹²²⁸

¹²²⁵ *Ibid.*

¹²²⁶ Chee Hoe Low, “Ohio woman sues fertility clinic after daughter born from 'wrong sperm',” (Retrieved on 5 August 2015) from http://www.bionews.org.uk/page_458434.asp

¹²²⁷ Mayra Cuevas, *supra note 1223*.

¹²²⁸ Antony Blackburn-Starza, “The Ohio sperm-mix up : What's the harm in giving birth to a healthy, beautiful baby girl?,” (Retrieved on 5 August 2015) http://www.bionews.org.uk/page_476147.asp

(2) ประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษ ผู้เขียนได้ทำการศึกษาจากตัวอย่างข้อเท็จจริง ดังนี้

กรณีที่ 1 ปัญหาว่าด้วยความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดขึ้นมาจากการปฏิสนธิโดยผิดพลาด โดยเด็กเกิดจากการปฏิสนธิระหว่างเซลล์สืบพันธุ์ของหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรกับเซลล์สืบพันธุ์ของชายอื่น ทำให้เด็กมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับหญิงผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตรเพียงฝ่ายเดียว ซึ่งพบปัญหาว่าเมื่อชายไม่ได้ขอรับบริการเซลล์สืบพันธุ์ของชายอื่น อีกทั้งยังไม่ยินยอมให้แพทย์ใช้เซลล์สืบพันธุ์ของชายอื่นทำการปฏิสนธิ ชายที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรต้องเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กหรือไม่

คดี The Leeds Teaching Hospitals NHS Trust v Mr A, Mrs A et al¹²²⁹ ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ชายและหญิงเข้ารับบริการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยเลือกให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการปฏิสนธิภายในครรภ์ ทั้งนี้ ชายและหญิงประสงค์ให้แพทย์ใช้เซลล์สืบพันธุ์ของชายและหญิงเท่านั้น โดยไม่ได้แสดงความจำนงหรือให้ยินยอมให้ใช้เซลล์สืบพันธุ์ของชายหรือหญิงอื่น หรือใช้เซลล์สืบพันธุ์ที่ได้รับบริจาค แต่ในขั้นตอนการปฏิสนธิในห้องปฏิบัติการ แพทย์นำเซลล์สืบพันธุ์ของชายอื่นมาทำการปฏิสนธิ ซึ่งความผิดพลาดดังกล่าวแพทย์ยอมรับว่าเกิดขึ้นโดยประมาท ทำให้ตัวอ่อนมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับหญิงเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น เมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรฝาแฝด มีประเด็นพิพาทเกิดขึ้นในชั้นศาลว่าระหว่างชายสามีกับชายอื่นผู้เป็นเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ ใครจะเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก

ภายหลังที่ศาลได้พิจารณาจาก มาตรา 28 (2) แห่ง Human Fertilization and Embryology Act 1990 ศาลเห็นว่า เมื่อชายสามีไม่เคยยินยอมให้แพทย์ใช้เซลล์สืบพันธุ์ของบุคคล

¹²²⁹ [2003] EWHC QB 259.

อื่น¹²³⁰ อีกทั้งชายอื่นก็ไม่ได้บริจาคเซลล์สืบพันธุ์และไม่ได้ยินยอมให้แพทย์ใช้เซลล์สืบพันธุ์ของตน¹²³¹ การพิจารณาว่าชายคนใดจะเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย จึงต้องพิจารณาจากความสัมพันธ์ทาง พันธุกรรม เมื่อชายเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์เป็นผู้มีความสัมพันธ์กับเด็กฝาแฝด ชายเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ จึงเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก หาใช่ชายสามีของหญิงแต่อย่างใด¹²³²

¹²³⁰ Human Fertilisation and Embryology Act 1990

Section 28 Meaning of “father”

...

(2) If—

(a) at the time of the placing in her of the embryo or the sperm and eggs or of her insemination, the woman was a party to a marriage, and

(b) the creation of the embryo carried by her was not brought about with the sperm of the other party to the marriage,

then, subject to subsection (5) below, the other party to the marriage shall be treated as the father of the child unless it is shown that he did not consent to the placing in her of the embryo or the sperm and eggs or to her insemination (as the case may be).

¹²³¹ Human Fertilisation and Embryology Act 1990

Section 28 Meaning of “father”

...

(6) Where—

(a) the sperm of a man who had given such consent as is required by paragraph 5 of Schedule 3 to this Act was used for a purpose for which such consent was required, or

(b) the sperm of a man, or any embryo the creation of which was brought about with his sperm, was used after his death, he is not, subject to subsections (5A) and (5B) above, to be treated as the father of the child.

...

¹²³² Marc Stauch, Kay Wheat and John Tingle, *supra note 212*, p.379. ; Jean Vanessa Mchale and Marie Fox, *supra note 223*, pp.824-826. ; S. Sheldon, “Fragmenting

จากหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในมาตรา 28 (2) ชายสามีจะเป็นบิดาของเด็กที่เกิดขึ้นจากเซลล์สืบพันธุ์บริจาค ต่อเมื่อชายสามีได้ให้ความยินยอมให้หญิงตั้งครรภ์ด้วยเซลล์สืบพันธุ์ของชายอื่นเท่านั้น ชายสามีจึงไม่สามารถอ้างว่าตนเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายเด็กที่ไม่ได้เกิดจากเซลล์สืบพันธุ์ของตน¹²³³

แม้ไม่ปรากฏว่ามีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทั้งจากชายและหญิงผู้มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม หรือจากชายและหญิงผู้ให้กำเนิด อย่างไรก็ตาม M Ford และ D Morgan ตั้งข้อสังเกตว่า หากชายและหญิงที่ให้กำเนิดบุตรประสงค์ที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายและไม่ประสงค์ที่จะรับเด็กไว้ในครอบครอง การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในลักษณะเช่นนี้อาจเป็นลักษณะหนึ่งของการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย “Wrongful Birth”¹²³⁴ เพราะในกรณีที่หญิงทราบความจริงว่าทารกในครรภ์ไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับตน หญิงและชายสามีมีสิทธิเลือกที่จะทำแท้งได้ตามกฎหมาย การกระทำโดยประมาทของแพทย์จึงทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่ไม่พึงประสงค์ อีกทั้งยังทำให้หญิงเสียสิทธิเข้ารับการทำแท้งอีกด้วย

กรณีที่ 2 เมื่อแพทย์นำตัวอ่อนของคู่สมรสอื่นมาฝังตัวในโพรงมดลูกของหญิงที่ไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับตัวอ่อน ภายหลังจากที่หญิงทราบความจริงดังกล่าว หญิงมีสิทธิที่จะทำแท้งได้หรือไม่ และหากหญิงเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่ตัวอ่อนไม่ใช่ทารกที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับหญิง ชายและหญิงเจ้าของตัวอ่อนจะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ที่ประมาทได้หรือไม่

ข้อเท็จจริงปรากฏว่า แพทย์และเจ้าหน้าที่ของ Cardiff fertility Clinic ผู้ให้บริการกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ ประมาทในขั้นตอนการตรวจสอบความถูกต้องของตัวอ่อนก่อนทำการฝังตัวอ่อนในโพรงมดลูกของหญิง โดยแพทย์ได้นำตัวอ่อนของคู่สามีภรรยาอื่นมาฝังในโพรงมดลูกของหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตร ภายหลังจากที่แพทย์และเจ้าหน้าที่ตรวจพบความผิดพลาด แพทย์และเจ้าหน้าที่ได้แจ้งความผิดพลาดให้หญิงที่ตั้งครรภ์ทราบ เมื่อหญิงทราบความจริงหญิงไม่ประสงค์ที่จะ

Fatherhood : The Regulation of Reproductive Technologies,” *Modern Law Review*, Volume 68, p.544 (2005) ; J.K. Mason, G.T. Laurie and M. Aziz, *supra note 1221*, pp.268-269.

¹²³³ Emily Jackson, *supra note 240*, p.797-798.

¹²³⁴ M Ford and D Morgan, “ Lee Teaching Hospital NHS Trust v A – Addressing a misconception,” *Child and Family Law Quarterly*, Issue 2, Volume 15, pp.199-204 (2003)

ตั้งครรภ์ต่อไปเพราะไม่ต้องการมีความผูกพันทางกฎหมายกับเด็กที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับตน หญิงจึงเลือกที่จะยุติการตั้งครรภ์ด้วยการทำแท้ง

เมื่อชายและหญิงผู้มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับตัวอ่อนทราบความจริงดังกล่าว ชายและหญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์และเจ้าหน้าที่ที่ดำเนินการโดยปราศศาลได้พิจารณาว่า เมื่อชายเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์มีอายุกว่า 40 ปี และหญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์มีอายุกว่า 38 ปี ชายและหญิงจึงไม่สามารถให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการธรรมชาติ การที่ชายและหญิงเข้ารับบริการช่วยการเจริญพันธุ์ ชายและหญิงต่างเต็มไปด้วยความหวังที่ว่าแพทย์สามารถช่วยทำให้หญิงตั้งครรภ์ได้ตามความประสงค์ เมื่อการกระทำโดยปราศของแพทย์ทำให้ชายและหญิงหมดโอกาสที่จะให้กำเนิดบุตร และเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงต้องสูญเสียตัวอ่อนที่เกิดจากการปฏิสนธิระหว่างเซลล์สืบพันธุ์ของชายและหญิง ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์และเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องได้¹²³⁵

กรณีที่ 3 ข้อเท็จจริงปรากฏว่า หญิงต้องการตั้งครรภ์ด้วยวิธีการปฏิสนธิภายนอกครรภ์ โดยหญิงได้แสดงความจำนงกับแพทย์ว่าหญิงต้องการเซลล์สืบพันธุ์บริจาคจากคนผิวขาวเท่านั้น แต่ในกระบวนการคัดเลือกเซลล์สืบพันธุ์ แพทย์เลือกเซลล์สืบพันธุ์โดยปราศโดยเลือกเซลล์สืบพันธุ์ของชายชาวแอฟริกาใต้ (South Africa) ทำให้เด็กที่เกิดขึ้นมามีสีผิวที่แตกต่างจากพี่น้องและสมาชิกคนอื่น ๆ ในครอบครัว เป็นเหตุทำให้เด็กได้รับการปฏิบัติที่ไม่ดีจากคนรอบข้างและส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจของเด็กอย่างมาก เด็กจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์จากการที่ต้องเกิดขึ้นมามีสีผิว

ศาลมีคำพิพากษาในวันที่ 10 ตุลาคม 2553 ชั้นพิจารณาพิพากษาคดี ศาลพิพากษายกฟ้องเด็ก โดยให้เหตุผลว่า “...ในขณะที่มีการกระทำโดยปราศ แพทย์ยังไม่มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อทารก เนื่องจากทารกยังไม่เกิดและยังไม่มีสภาพบุคคล ... นอกจากนี้จะเป็นการไม่เหมาะสมที่ศาลจะขยายหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังของแพทย์ ให้รวมถึงหน้าที่ต่อเซลล์สืบพันธุ์ที่ยังไม่ได้รับการปฏิสนธิ และยังไม่ได้เริ่มต้นการมีชีวิต...” ทั้งนี้ “...การที่เด็กเกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ เด็กจึงไม่ได้รับความเสียหายตามกฎหมายแต่อย่างใด ยิ่งไปกว่านั้น หากศาลพิพากษาว่าการที่เด็กไม่ได้เกิดขึ้นมามีสีผิวขาวเป็นความเสียหายตามกฎหมาย คำพิพากษาของศาลย่อมขัดต่อ

¹²³⁵ “ Wrong embryo implanted in woman at Cardiff fertility clinic ,” (Retrieved on 5 August 2015) from http://www.bionews.org.uk/page_46158.asp

หลักการพื้นฐานที่ว่าสังคมต้องไม่เลือกปฏิบัติและต้องยอมรับในความหลากหลาย ไม่ว่าจะ เป็นในเรื่องของวัฒนธรรม เชื้อชาติ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งสีผิว...”¹²³⁶

ในขณะที่ทนายความของเด็กเห็นว่า การที่ศาลพิพากษายกฟ้องเป็นการกระทำที่ขัดแย้งต่อหลักการพื้นฐานของกฎหมาย เพราะเท่ากับศาลปล่อยให้แพทย์ที่กระทำการโดยประมาทพ้นจากความรับผิดชอบและพ้นจากหน้าที่ที่ต้องเยียวยาความเสียหาย อย่างไรก็ตาม ศาลได้ตอบปัญหาดังกล่าวว่า ลำพังการที่เด็กไม่ได้เกิดขึ้นมามีผิวขาวหาได้ส่งผลกระทบต่อการดำเนินชีวิตถึงขนาดที่จะเป็นความเสียหายตามกฎหมาย เด็กจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายได้¹²³⁷

ผู้พิพากษา Justice Gillen ให้ความเห็นว่า “...ไม่ใช่หน้าที่ของศาลที่จะกำหนดว่า คำพิพากษาของศาลได้สร้างนโยบายที่เหมาะสมถูกต้องหรือไม่ ศาลต้องพิจารณาโดยอาศัยหลักกฎหมาย ... ส่วนนโยบายทางกฎหมายที่ว่ากฎหมายควรให้ความคุ้มครองสิทธิของเซลล์สืบพันธุ์ในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการถูกเลือกโดยประมาทหรือไม่นั้น เป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งต้องพิจารณาจากความคิดเห็นของประชาชนในสังคม โดยพิจารณาด้านคุณธรรมจริยธรรม และความรู้ทางการแพทย์...”¹²³⁸

จากข้อพิพาทในคดีนี้เห็นได้ว่า เป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายลักษณะเดียวกับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต (Wrongful Life) เพียงแต่ว่าเด็กไม่ได้เกิดขึ้นมาพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างรุนแรง เพราะเมื่อพิจารณาจากลักษณะข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาพบว่า ในกรณีนี้ปราศจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ ย่อมหมายความว่าเซลล์สืบพันธุ์ของคนผิวสีย่อมไม่ได้รับการเลือกและเด็กก็จะไม่ได้เกิด แต่เซลล์สืบพันธุ์ของคนผิวขาวต่างหากที่จะได้รับการเลือกและได้รับการปฏิสนธิต่อไป

¹²³⁶ Antony Blackburn-Starza, “ Northern Ireland judge dismisses claim brought by children after IVF 'mix- up',” (Retrieved on 5 August 2015) from http://www.bionews.org.uk/page_83626.asp ; Sally Sheldon, “ Only Skin Deep? The Harm of Being Born a Different Colour to One’s Parents,” *Medical Law Review*, Volume 19, p.657 (2011)

¹²³⁷ Christopher Falzon, *supra note 834*, p.56.

¹²³⁸ Antony Blackburn-Starza, *supra note 1236*. ; Sally Sheldon, *supra note 1236*, p.657.

(3) ประเทศสิงคโปร์¹²³⁹

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ปรากฏขึ้นในปี ค.ศ. 2015 ในคดี *ACB v Thomson Medical Pte Ltd and others*¹²⁴⁰ โดยมีข้อเท็จจริงว่า ชายและหญิงเข้ารับบริการช่วยการเจริญพันธุ์กับคลินิกพิเศษของโรงพยาบาลเอกชนแห่งหนึ่ง โดยมีความประสงค์ที่จะให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีปฏิสนธิภายนอกครรภ์

แม้การปฏิสนธิภายนอกครรภ์จะประสบความสำเร็จ โดยเป็นผลทำให้หญิงตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ แต่ภายหลังที่เด็กคลอดออกมามีชีวิต ชายและหญิงสังเกตเห็นว่ามีสีผิวและสีผมแตกต่างจากชายสามี ในภายหลังหญิงและชายทราบความจริงว่าแพทย์นำเซลล์สืบพันธุ์ของหญิงปฏิสนธิกับเซลล์สืบพันธุ์ของชายอื่นซึ่งไม่ใช่สามีของตน¹²⁴¹ ทำให้เด็กมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับหญิงเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น และทำให้ชายสามีไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กและไม่ได้เป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

หญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากโรงพยาบาลและแพทย์ที่การกระทำโดยประมาทในขั้นตอนการเลือก เก็บ และการตรวจสอบความถูกต้องของเซลล์สืบพันธุ์ของชายสามีและหญิงก่อนทำการปฏิสนธิ นอกจากนี้ หญิงได้ฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการผิดสัญญาให้บริการช่วยการเจริญพันธุ์อีกด้วย หนายความฝ่ายหญิงกล่าวว่า หญิงควรได้รับการเยียวยาตามกฎหมายเพราะหากแพทย์ไม่ประมาทชายและหญิงยอมให้กำเนิดบุตรที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับตน นอกจากนี้ หากแพทย์ได้ตรวจสอบความผิดพลาดภายในเวลาที่หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย หญิงสามารถหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับชายสามีด้วยการเข้ารับการทำแท้ง อนึ่ง หากศาลไม่ยินยอมให้หญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย เท่ากับศาลให้ความ

¹²³⁹ Margaret Fordham, *supra note 256*, pp.1-9.

¹²⁴⁰ [2015] SGHC 9 ; Shaun Pereira, *supra note 288*. ; Today Online, “Judge rules woman in IVF mix-up can sue for expenses to raise child ,” (Retrieved on 5 August 2015), from <http://www.todayonline.com/singapore/judge-rules-woman-ivf-mix-can-sue-expenses-raise-child>

¹²⁴¹ “ IVF Mix- up Case : Children's rights and parental responsibility,” (Retrieved on 6 August 2015) from <http://ionsg.blogspot.com/2015/01/ivf-mix-up-case-childrens-rights-and.html>

คุ้มครองกับแพทย์เพื่อให้แพทย์หลุดพ้นจากความผิดทั้งปวง อีกทั้งยังทำให้แพทย์กล้าที่จะไม่ใช้ความระมัดระวังในขั้นตอนการปฏิสนธิภายนอกครรภ์¹²⁴²

ค่าเสียหายที่หญิงเรียกร้องจากแพทย์ประกอบไปด้วย ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก ซึ่งรวมถึงค่าอาหาร ค่าเสื้อผ้าและเครื่องแต่งกาย ค่าใช้จ่ายทางการศึกษาทั้งในระดับการศึกษาขั้นต้น และระดับมหาวิทยาลัย ค่าใช้จ่ายสำหรับการท่องเที่ยวในวันหยุด ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์และค่าเบี้ยประกันภัยของเด็ก

ในชั้นพิจารณาพิพากษาคดีของศาลชั้นต้น แพทย์ยอมรับว่าความผิดพลาดเป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาท อย่างไรก็ตาม แพทย์ให้การว่าหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในการเลี้ยงดูเด็ก เพราะแม้ว่าเด็กจะเกิดจากการปฏิสนธิที่ผิดพลาด แต่การเกิดของเด็กที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ไม่เป็นความเสียหายตามกฎหมาย อีกทั้งถ้าศาลยินยอมให้หญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย ย่อมเป็นการกระทำที่ขัดต่อนโยบายสาธารณะ

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลสูง (The High Court) ศาลเห็นว่าปัญหาสำคัญที่จำเป็นต้องพิจารณาคือ หญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในการเลี้ยงดูเด็กหรือไม่ ก่อนพิจารณาปัญหาดังกล่าว ผู้พิพากษา Choo J (Justice Choo Han Teck) ได้ศึกษาเปรียบเทียบกับแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศอังกฤษในคดี *McFarlane and another v Tayside Health Board*¹²⁴³ ซึ่งศาลสูงของประเทศอังกฤษพิจารณาว่าชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในการเลี้ยงดูเด็ก ถ้าเด็กเกิดขึ้นมา มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ และประเทศออสเตรเลียในคดี *Cattanach v Melchior*¹²⁴⁴ ซึ่งศาลสูงของประเทศออสเตรเลียพิจารณาว่า ตามหลักกฎหมายพื้นฐาน ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในการเลี้ยงดูเด็ก แม้เด็กจะเกิดขึ้นมา มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ และการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในการเลี้ยงดูเด็กนี้ทำได้ขัดต่อนโยบายสาธารณะแต่อย่างไร

ภายหลังทำการศึกษาแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศ ผู้พิพากษา Choo J เห็นว่าลักษณะการกระทำโดยประมาทของแพทย์ในคดีนี้แตกต่างจากที่เคยปรากฏในประเทศอังกฤษและประเทศออสเตรเลีย เพราะไม่ใช่กรณีที่ชายและหญิงไม่ต้องการให้

¹²⁴² K. C. Vijayan, “Court says 'no' to upkeep claim for IVF mix-up baby ,” (Retrieved on 5 August 2015), From <http://www.straitstimes.com/singapore/courts-crime/court-says-no-to-upkeep-claim-for-ivf-mix-up-baby>

¹²⁴³ [2000] 2 AC 59

¹²⁴⁴ [2003] 215 CLR 1

กำเนิดบุตร แต่เป็นกรณีที่ชายและหญิงต้องการให้กำเนิดบุตรแต่บุตรต้องเกิดจากเซลล์สืบพันธุ์ของชายและหญิงเท่านั้น เมื่อชายและหญิงต้องการให้กำเนิดบุตรตั้งแต่ต้น ชายและหญิงย่อมทราบดีว่าการให้กำเนิดบุตรย่อมทำให้ชายและหญิงมีภาระหน้าที่ในการให้การอุปการะเลี้ยงดูบุตร ภาระหน้าที่ดังกล่าวจึงไม่ได้เป็นความเสียหายต่อชายและหญิงแต่อย่างใด

เมื่อพิจารณาถึงนโยบายสาธารณะผู้พิพากษา Choo J ให้ความเห็นว่า

...แม้สิ่งที่ข้าพเจ้ากำลังพิจารณาจะไม่ใช่หลักกฎหมายพื้นฐาน แต่เป็นการพิจารณาถึงคุณค่าและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ข้าพเจ้าเชื่อว่าไม่มีบิดามารดาคนใดต้องการให้เด็กเจริญเติบโตขึ้นมาพร้อมกับความรู้สึกที่ว่า เด็กเกิดขึ้นมาจากความผิดพลาด และการเกิดของเด็กนี้เองที่เป็นความเสียหายตามกฎหมาย ดังนั้น ถ้าศาลยินยอมให้หญิงเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก ย่อมส่งผลเป็นการย่ำแย่เกินกว่าเด็กสามารถมีชีวิตและเจริญเติบโตได้ด้วยเงินของบุคคลอื่น เหตุดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจของเด็ก อีกทั้งยังทำให้เด็กคิดว่าเด็กไม่เป็นที่ต้องการของบิดามารดา...¹²⁴⁵

สำหรับข้ออ้างของหญิงที่ว่า การที่แพทย์ไม่ได้ตรวจและไม่ได้แจ้งเตือนให้หญิงทราบว่าทารกในครรภ์ไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับชายสามี จนเป็นเหตุทำให้หญิงเสียสิทธิที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้งนั้น¹²⁴⁶ ผู้พิพากษา Choo J เห็นว่าความต้องการของหญิงที่จะเข้ารับการทำแท้งเกิดขึ้นภายหลังที่หญิงคลอดบุตรและได้ทราบว่าเด็กไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับชายสามี นอกจากนี้ หญิงเองก็ไม่ได้กล่าวถึงปัญหาดังกล่าวมาตั้งแต่ต้น ตลอดจนหญิงก็ไม่เคยนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ว่า ในกรณีที่หญิงทราบว่าทารกในครรภ์เกิดจากการปฏิสนธิที่ผิดพลาด หญิงจะมีสิทธิเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งผู้พิพากษา Choo J แสดงความเห็นว่าคุณกฎหมายก็ไม่ควรยินยอมให้หญิงมีสิทธิเข้ารับการทำแท้งเพียงเพราะทารกในครรภ์เกิดจากการปฏิสนธิที่ผิดพลาดเท่านั้น

อย่างไรก็ดี ผู้พิพากษา Choo J เห็นว่าหญิงมีเพียงสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทางจิตใจที่ต้องให้กำเนิดและเป็นมารดาของเด็กที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับชายสามีของหญิงเท่านั้น

¹²⁴⁵ Today Online, *supra* note 1240.

¹²⁴⁶ *Supra* note 1241.

(4) ประเทศอิตาลี

ในประเทศอิตาลีเคยปรากฏข้อเท็จจริงว่า แพทย์ตรวจสอบความถูกต้องของตัวอ่อนโดยประมาณ โดยแพทย์นำตัวอ่อนที่ไม่ได้เกิดจากการปฏิสนธิระหว่างเซลล์สืบพันธุ์ของชายและหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรกลับเข้าสู่โพรงมดลูกของหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตร ทำให้หญิงและชายไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก ความจริงถูกเปิดเผยเมื่อหญิงเข้ารับการตรวจความผิดปกติของทารกในครรภ์ (Prenatal Diagnosis) ภายหลังการตรวจแพทย์พบว่าทารกในครรภ์มีรหัสทางพันธุกรรมไม่ตรงกับหญิงและชาย หญิงและชายปฏิเสธที่จะยุติการตั้งครรภ์ด้วยการทำแท้ง¹²⁴⁷

เมื่อหญิงคลอดบุตร ชายและหญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้ศาลสั่งให้ตนเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ศาลอ่านคำวินิจฉัยในวันที่ 8 สิงหาคม 2558 โดยผู้พิพากษา Silvia Albano ยกคำร้องของชายและหญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์และพิจารณาว่า “...ตามกฎหมายเด็กจะต้องอยู่กับมารดาผู้ให้กำเนิดเท่านั้น และมารดาผู้ให้กำเนิดยอมเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย เมื่อเด็กเจริญเติบโต เด็กจะเป็นคนเลือกเองว่าใครจะบิดามารดาของตน...”¹²⁴⁸

จากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการเกิดทั้ง 5 รูปแบบที่ได้ศึกษามาข้างต้น สามารถสรุปได้ดังนี้

รูปแบบที่ 1 การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ หรือ “Wrongful Pregnancy” เป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดในการผ่าตัดทำหมัน การทำแท้ง หรือการตรวจการตั้งครรภ์ ฯลฯ โดยความผิดพลาดดังกล่าวเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ แนวทางการพิจารณาพิพากษาคดีในประเทศที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษา ยังคงมีความแตกต่างกัน โดยแบ่งออกได้เป็น 2 กลุ่ม ดังนี้

¹²⁴⁷ “คดีอิตาลีชิงลูกแฝดเด็กหลอดแก้ว,” (สืบค้นเมื่อวันที่ 4 สิงหาคม 2558), จาก <http://www.dailynews.co.th/foreign/258182> ; “Italy : Custody battle over IVF mix-up babies.” (Retrieved on 5 August 2015), from <http://www.bbc.com/news/blogs-news-from-elsewhere-28707895>

¹²⁴⁸ Antony Blackburn-Starza, “Judge awards birth mother custody of twins after Italian IVF mix-up,” (Retrieved on 8 August 2015) from http://www.bionews.org.uk/page_446215.asp ; “Embryo mix-up: twins must stay with birth mum,” (Retrieved on 5 August 2015) from <http://www.thelocal.it/20140811/embryo-mix-up-twins-must-stay-with-birth-mother>

กลุ่มที่ 1 อาทิ ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศฝรั่งเศส บางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาและบางมลรัฐของประเทศออสเตรเลีย ศาลพิจารณาว่าในกรณีที่ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ถ้าเด็กเกิดขึ้นมา มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ การเกิดของเด็กไม่มีความเสียหาย แต่เป็นเรื่องที่น่ายินดีและเป็นประโยชน์ต่อชายและหญิง ชายและหญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์

อย่างไรก็ตาม เมื่อการตั้งครรภ์ของหญิงเป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ หญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์ โดยแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ ประเภทที่ 1 ค่าเสียหายที่เป็นตัวเงิน ประกอบไปด้วย ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ที่เกิดขึ้นระหว่างตั้งครรภ์ อาทิ ค่าฝากครรภ์ ค่าดูแลครรภ์ ค่าทำคลอด ค่าใช้จ่ายในการดูแลและฟื้นฟูสุขภาพหลังคลอด ค่าขาดรายได้ระหว่างตั้งครรภ์และภายหลังคลอด ค่าใช้จ่ายในการผ่าตัดทำหมันเป็นครั้งที่สอง หรือค่าใช้จ่ายในการเข้ารับการทำแท้ง ประเภทที่ 2 ค่าเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน ประกอบไปด้วยค่าเสียหายจากความเจ็บปวดทุกข์ทรมานระหว่างตั้งครรภ์และระหว่างคลอด ค่าเสียหายทางจิตใจจากการให้กำเนิดและเลี้ยงดูบุตร ค่าเสียหายจากการสูญเสียความสัมพันธ์และบริการระหว่างคู่สมรส

แนวทางการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลจะเปลี่ยนไป ถ้าเด็กคลอดออกมาพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง เพราะศาลในประเทศอังกฤษ บางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาและบางมลรัฐของประเทศออสเตรเลีย เห็นว่าการเกิดของเด็กที่พิการไม่เป็นเรื่องน่ายินดีและไม่เป็นประโยชน์อีกต่อไป ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์

กลุ่มที่ 2 อาทิ ประเทศแคนาดา ประเทศเยอรมนี ประเทศแอฟริกาใต้ ประเทศเบลเยียม ประเทศสเปน ประเทศนิวซีแลนด์ ประเทศเนเธอร์แลนด์ และประเทศสวิสเซอร์แลนด์ เห็นว่า เมื่อการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายตามกฎหมาย การพิจารณาถึงสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจึงเป็นไปตามหลักความรับผิดชอบทางแพ่ง ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทั้งปวงที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์

รูปแบบที่ 2 การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ หรือ “Wrongful Birth” ซึ่งเป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการที่ชายและหญิงเสียสิทธิที่จะหลีกเลี่ยงการปฏิสนธิที่มีความเสี่ยงที่จะให้กำเนิดบุตรที่พิการ เสียสิทธิที่จะเข้ารับการช่วยการเจริญพันธุ์แทนการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการธรรมชาติ เสียสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งหากพบว่าทารกในครรภ์มีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง หรือเสียสิทธิให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์

เมื่อพิจารณาจากแนวทางการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศ ศาลของประเทศอังกฤษ บางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส

ประเทศแอฟริกาใต้ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศโปแลนด์ ประเทศสเปน ประเทศอิตาลี ประเทศเบลเยียม ประเทศนอร์เวย์และประเทศเนเธอร์แลนด์มีคำพิพากษาว่าชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ

อย่างไรก็ดี แม้ศาลของประเทศข้างต้นจะพิพากษาให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย แต่จำนวนค่าเสียหายที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์แตกต่างกัน เพราะในประเทศอังกฤษ บางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลพิพากษาให้ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องได้ เฉพาะค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่เพิ่มมากขึ้นจากปัญหาสุขภาพของเด็กเท่านั้น แต่ในประเทศเยอรมนีและประเทศเนเธอร์แลนด์ศาลพิพากษาให้ชายและหญิงเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กได้เต็มจำนวน และเรียกได้จนกว่าเด็กถึงแก่ความตาย

อย่างไรก็ดี พบว่าบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศฝรั่งเศส ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรห้ามมิให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ

รูปแบบที่ 3 การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต หรือ “Wrongful Life” โดยเป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการที่เด็กเสียโอกาสที่จะไม่ได้รับการปฏิสนธิ เสียโอกาสที่จะไม่ถูกเลือกในขณะที่เป็นเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อน เสียโอกาสที่จะถูกทำแท้ง เมื่อเด็กคลอดออกมามีชีวิตแต่ต้องพิการ เด็กประสงค์ที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ชายและหญิงยังไม่ได้รับการเยียวยาจากแพทย์ ซึ่งประกอบไปด้วย ประเภทที่ 1 ค่าเสียหายที่เป็นตัวเงิน อาทิ ค่าใช้จ่ายในการดำเนินชีวิต ค่ารักษาพยาบาลทางการแพทย์ ประเภทที่ 2 ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน อาทิ ค่าเสียหายทางจิตใจจากความเจ็บปวดทุกข์ทรมานจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต หรือค่าเสียหายจากความยากลำบากและการสูญเสียความคาดหวังในการมีชีวิต

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต เป็นรูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่มีปัญหาทางกฎหมายมากที่สุดรูปแบบหนึ่ง ศาลในประเทศต่างๆ ทั่วโลก จึงไม่กล้ายินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย อย่างไรก็ตาม ศาลของประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศอิสราเอล และอีก 3 มลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาเห็นตรงกันว่า ด้วยความเจริญก้าวหน้าของวิทยาศาสตร์และพัฒนาการของเทคโนโลยีโดยเฉพาะอย่างยิ่งทางด้านพันธุศาสตร์ ช่วยทำให้มนุษย์มีสิทธิที่จะได้เกิดขึ้นมามีชีวิตต่อเมื่อมีมนุษย์สามารถเกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์เท่านั้น เมื่อความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นเหตุทำให้เด็กเสียสิทธิดังกล่าว จึงไม่มีเหตุผลที่กฎหมายจะห้ามมิให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ อีกทั้งเมื่อการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของเด็กเป็นเพียงการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำทรมานหรือปฏิบัติรูปแบบหนึ่งเท่านั้น การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายดังกล่าวจึงไม่ขัดต่อนโยบายสาธารณะ และไม่เป็นการลดคุณค่าและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แต่อย่างใด

รูปแบบที่ 4 การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล เมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศพบว่าศาลประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย ประเทศแคนาดา ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส ประเทศออสเตรียและประเทศอิตาลี เห็นว่าบุคคลไม่ได้มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อบุคคลอื่นที่มีสภาพบุคคลแล้วเท่านั้น แต่ยังมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อทารกในครรภ์หรือมนุษย์ที่จะได้รับการปฏิสนธิในอนาคตอีกด้วย ด้วยเหตุดังกล่าว ถ้ามีการกระทำอย่างใดไม่ว่าจะเกิดขึ้นก่อนหรือภายหลังที่มีการปฏิสนธิ หากการกระทำดังกล่าวเป็นเหตุทำให้เด็กได้รับความเสียหาย เมื่อเด็กคลอดออกมามีชีวิตเด็กย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด

อย่างไรก็ดี ถ้าการทำละเมิดส่งผลกระทบต่อทารกถึงแก่ความตายก่อนมีสภาพบุคคลตามกฎหมาย เฉพาะประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาเท่านั้นที่พิพากษาให้ชายและหญิงบิดามารดาของทารกมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด ในประเทศอังกฤษ ศาลเห็นว่าสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิตามกฎหมายจารีตประเพณี โดยชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องได้ เฉพาะค่าเสียหายทางจิตใจเท่านั้น ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลเห็นว่านอกจากชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายทางจิตใจ ตัวอย่างเช่น ค่าเสียหายเพื่อความตกใจ ค่าเสียหายเพื่อความเศร้าโศกเสียใจ และค่าเสียหายจากการสูญเสียความคาดหวังที่จะได้เป็นบิดามารดา ชายและหญิงยังมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงิน ตัวอย่างเช่น ค่าใช้จ่ายในการปลงศพของทารกตลอดจนค่าขาดไร้อุปการะเลี้ยงดูที่ชายและหญิงคาดว่าจะได้รับในอนาคต ส่วนประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนีเห็นว่าชายและหญิงจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายต่อเมื่อเด็กตายภายหลังคลอดเท่านั้น

รูปแบบที่ 5 ความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์หรือการส่งมอบเด็กผิดตัว ซึ่งเป็นรูปแบบความเสียหายที่ยังพบไม่มากในปัจจุบัน ทำให้ปัญหาและแนวทางการปรับใช้กฎหมายของศาลในแต่ละประเทศยังไม่ปรากฏให้เห็นเด่นชัด อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในประเทศต่างๆ พบว่าประเด็นปัญหาที่สามารถพบได้บ่อยครั้งประกอบไปด้วย ปัญหาข้อพิจารณาความเป็นบิดามารดาและบุตรของเด็กที่เกิดขึ้นจากความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ และปัญหาการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายจากความผิดพลาดดังกล่าว อาทิ ค่าเสียหายจากการสูญเสียสิทธิและโอกาสที่จะได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากครอบครัวที่แท้จริง ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน ตลอดจนการฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อแย่งชิงอำนาจปกครองเด็ก

ในบทถัดไป ผู้เขียนได้ศึกษาประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในความผิดพลาดทางการแพทย์แต่ละรูปแบบ โดยนำบทบัญญัติกฎหมายและแนวทางการปรับใช้กฎหมายของศาลต่างประเทศ มาพิจารณาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติกฎหมาย แนวทางการปรับใช้กฎหมาย และ

คำอธิบายของนักกฎหมายไทย ตลอดจนเสนอแนะแนวทางการตีความและการปรับใช้กฎหมาย เพื่อให้เกิดความเหมาะสมและเป็นธรรมต่อผู้ที่ได้รับความเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการเกิดต่อไป



บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาความรับผิดทางแพ่งของแพทย์ ในความผิดพลาดทางการแพทย์เกี่ยวกับการเกิด

ทุกความเสียหายที่เป็นผลมาจากการรักษาพยาบาลที่ผิดพลาด หากความเสียหายเหล่านั้นไม่ได้เกิดขึ้นโดยเหตุสุดวิสัยหรือเป็นเหตุที่แพทย์ไม่สามารถป้องกันได้ แต่เกิดขึ้นจากความบกพร่องของแพทย์ ไม่ว่าจะความเสียหายเหล่านั้นจะเกิดขึ้นเพราะการกระทำโดยจงใจ หรือการกระทำด้วยความประมาทเลินเล่อ ผู้ป่วยที่ได้รับความเสียหายหรือญาติของผู้ป่วย ย่อมมีสิทธิตามกฎหมายที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์หรือโรงพยาบาลให้รับผิดตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายลักษณะละเมิดหรือกฎหมายลักษณะสัญญา โดยการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเช่นนี้รู้จักกันในชื่อ “ความรับผิดทางแพ่งจากการกระทำทุเวชปฏิบัติ (Medical Malpractice Civil Liability)”

อย่างไรก็ดี ในปัญหาว่าด้วยความรับผิดทางแพ่งของแพทย์จากความผิดพลาดที่เกี่ยวกับกระบวนการเกิด (Birth-related Medical Malpractice) เมื่อพิจารณาจากแนวการปรับใช้กฎหมายและการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศจะพบว่าเป็นรูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายประเภทหนึ่งที่มีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นจำนวนมาก ซึ่งในบางคั้งนั้นกฎหมายหรือผู้พิพากษามีความเห็นว่าเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นเป็นปัญหาที่อยู่นอกขอบเขตของกฎหมายและนอกขอบเขตของศาลที่จะพิจารณาได้ว่าความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นความเสียหายที่กฎหมายรับรองให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายกันได้หรือไม่ ด้วยเหตุดังกล่าวบ่อยครั้งศาลจึงพยายามวางแนวการพิจารณาคดีว่าชาย หญิงและเด็กที่ได้รับความเสียหายไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย เพราะเหตุที่ความเสียหายที่เกี่ยวกับการเกิดไม่เป็นความเสียหายต่อสิทธิตามกฎหมาย นอกจากนี้ เพื่อป้องกันปัญหาความไม่แน่นอนในการปรับใช้กฎหมายหรือการพิจารณาคดี ฝ่ายนิติบัญญัติจึงตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรยกเว้นหลักกฎหมายทั่วไปห้ามมิให้ผู้เสียหายฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ที่ให้การรักษาพยาบาลที่ผิดพลาด ในขณะที่นักวิชาการอีกจำนวนหนึ่งมีความเห็นว่า ถ้าพิจารณาตามหลักกฎหมายพื้นฐานแล้ว การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวกับการเกิดเป็นเพียงหนึ่งในรูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่เป็นผลมาจากการทำทุเวชปฏิบัติของแพทย์เท่านั้น ในกรณีที่ผู้เสียหายสามารถพิสูจน์องค์ประกอบความรับผิดของแพทย์ และสามารถพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากความผิดพลาดของแพทย์ ผู้เสียหายย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ เพราะไม่เช่นนั้นแล้ว การที่กฎหมายไม่ยินยอมให้ผู้เสียหายฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเท่ากับกฎหมายต้องการให้ภูมิกันกับแพทย์ เพื่อไม่ให้แพทย์ที่ทำการรักษาพยาบาลต่ำกว่ามาตรฐานทางการแพทย์ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้น อีกทั้งยังอาจเป็น

เหตุสนับสนุนให้แพทย์ที่ปฏิบัติหน้าที่ในกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการเกิดกล้าที่จะทำการรักษาพยาบาลด้วยความประมาท นอกจากนี้ ยังมีคำถามเกิดขึ้นตามมาอีกด้วยว่า เพราะเหตุใดเฉพาะแต่ความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการเกิดเท่านั้นที่กฎหมายไม่ยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย

ด้วยเหตุที่ทฤษฎีของนักกฎหมายและแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศยังไม่มีค่านอนว่าผู้ที่ได้รับความเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิดมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายได้หรือไม่ จึงนำมาสู่ปัญหาที่ว่าในกรณีที่มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิดเกิดขึ้นในประเทศไทย เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติกฎหมาย คำอธิบายทางวิชาและความเห็นของนักกฎหมายผู้ที่ได้รับความเสียหายจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายหรือไม่ อีกทั้งแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศไทยจะมีลักษณะที่เหมือนหรือแตกต่างจากการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศ โดยผู้เขียนได้ทำการศึกษาและวิเคราะห์ประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในแต่ละรูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1. การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์

ในกรณีที่มีความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้นในกระบวนการคุมกำเนิด การผ่าตัดทำหมัน การตรวจสอบการตั้งครรภ์ หรือการทำแท้ง โดยความผิดพลาดดังกล่าวเป็นเหตุทำให้หญิงตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ย่อมทำให้เกิดปัญหาทางกฎหมายว่าความเสียหายที่เป็นผลมาจากการตั้งครรภ์ ผลกระทบทางเศรษฐกิจและภาระทางการเงินที่เพิ่มมากขึ้น ภาระหน้าที่ในการให้การอุปการะเลี้ยงดูบุตรและค่าใช้จ่ายเพื่อการศึกษาบุตร เป็นความเสียหายที่กฎหมายยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากแพทย์ได้หรือไม่ เพราะในความเป็นจริง กระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรเป็นกระบวนการธรรมชาติที่สามารถขึ้นได้กับหญิงทุกคนที่มีความสามารถในการเจริญพันธุ์ นอกจากนี้ เมื่อการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรของหญิงไม่ได้เป็นผลโดยตรงมาจากการความผิดพลาดทางการแพทย์ หากแต่เป็นผลมาจากการปฏิสนธิของเซลล์อสุจิของชายและเซลล์ไข่ของหญิงภายหลังที่ชายและหญิงมีเพศสัมพันธ์ ความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นเพียงเหตุที่ทำให้ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ หรือเป็นเหตุทำให้หญิงเสียสิทธิในการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งในกรณีที่หญิงมีเหตุที่สามารถเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

นอกจากนี้ เมื่อภาระหน้าที่ในการให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กเป็นภาระหน้าที่ที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย อีกทั้งค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเป็นภาระทางการเงินจำนวนมากและเป็นภาระ

ที่มีผลผูกพันระยะยาว กล่าวคือ ในกรณีที่เด็กมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ภาระหน้าที่ของชายและหญิงในการให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กก็มีจนกว่าเด็กจะบรรลุนิติภาวะ แต่ในกรณีที่เด็กมีร่างกายพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรงจนไม่สามารถประกอบกิจการงานและไม่สามารถหาเลี้ยงตนเองได้ ภาระหน้าที่ของชายและหญิงในการให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กก็มีจนกว่าเด็กจะถึงแก่ความตาย ถ้ากฎหมายรับรองให้ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์ อาจแสดงให้เห็นได้ว่ากฎหมายยินยอมให้มีการโอนภาระหน้าที่ของชายและหญิงตามกฎหมายลักษณะครอบครัวไปสู่แพทย์ซึ่งเป็นบุคคลภายนอก และในกรณีที่การกระทำโดยประมาทของแพทย์คือการที่แพทย์ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการผ่าตัดทำหมัน การที่แพทย์ละเลยต่อหน้าที่ในการให้ข้อมูลหรือแจ้งเตือนความเสี่ยงที่การผ่าตัดทำหมันอาจไม่ประสบความสำเร็จ หากใช้การที่แพทย์ให้คำรับรองผลการผ่าตัดทำหมันหรือการทำแท้ง หรือไม่ใช่กรณีที่แพทย์ลืมผ่าตัดทำหมันหรือลืมทำแท้งให้กับหญิง ถ้ากฎหมายยินยอมให้ชายและหญิงเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์ อาจเป็นเหตุทำให้ความรับผิดชอบของแพทย์ไม่ได้สัดส่วนกับความผิดหรือไม่เหมาะสมกับเหตุที่น่าดำเนิน

ในกรณีที่พิจารณาได้ความว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ มีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นด้วยอีกว่า ในกรณีที่เฉพาะแต่ชายหรือหญิงเพียงฝ่ายเดียวเป็นคู่สัญญา กับแพทย์ในการเข้ารับการผ่าตัดทำหมัน หรือในกรณีที่หญิงเพียงฝ่ายเดียวเป็นคู่สัญญาเข้ารับการ ทำแท้ง ชายหรือหญิงซึ่งเป็นบุคคลภายนอกและไม่มีนิติสัมพันธ์กับแพทย์ แต่เป็นบุคคลที่ได้รับประโยชน์และอาจได้รับความเสียหายจากการกระทำของแพทย์ มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายแยกต่างหากจากชายหรือหญิงที่มีนิติสัมพันธ์กับแพทย์หรือไม่

เมื่อพิจารณาความเห็นทางวิชาการและแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศพบว่า ในหลายประเทศศาลมีคำพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ โดยศาลให้เหตุผลว่าเมื่อสังคมและกฎหมายยอมรับว่าชายและหญิงมีสิทธิในการป้องกันและหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรด้วยการผ่าตัดทำหมันหรือการใช้อุปกรณ์คุมกำเนิด และเมื่อกฎหมายให้สิทธิกับหญิงในการเลือกที่จะเข้ารับการ ทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายภายใต้หลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด¹ ด้วยเหตุดังกล่าวไม่สามารถกล่าวได้อีกต่อไปว่าสังคมยังคงมีความเห็นว่าการให้กำเนิดบุตรเป็นเรื่องที่น่ายินดีหรือเป็นประโยชน์ไปเสียทุกกรณี เพราะถ้าการให้กำเนิดบุตรเป็นเรื่องที่น่ายินดีและเป็นประโยชน์ทุกกรณี กฎหมายย่อมกำหนดห้ามมิให้ชายและหญิงคุมกำเนิด และกำหนดห้ามมิให้หญิงเข้ารับการ ทำแท้งโดยเด็ดขาด อีกทั้งต้อง

¹ C. James O'Neill, "Damages and the Unwanted Child," Auckland University Law Review, Issue 2, Volume 5, p.206 (August 1985).

กำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเหตุที่เป็นกรกระทำที่ขัดขวางการได้ปรากฏขึ้นของเรื่องที่น่ายินดีและขัดขวางประโยชน์ที่กำลังจะเกิดขึ้นกับสังคม²

อย่างไรก็ดี ความเห็นของนักวิชาการและแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในหลายประเทศมีความเห็นว่า ชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ เพราะเห็นว่าการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในลักษณะดังกล่าวขัดต่อนโยบายสาธารณะและเป็นการทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในขณะที่บางประเทศศาลได้สร้างหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่ทำให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ตัวอย่างเช่น ในประเทศอังกฤษ ชายและหญิงจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ต่อเมื่อเด็กที่เกิดขึ้นมามีชีวิตต้องมีร่างกายพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรงเท่านั้น และค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์จำกัดอยู่เฉพาะค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวกับความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็ก ไม่รวมค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติ ส่วนประเทศออสเตรเลียและประเทศสเปนศาลพิจารณาว่าชายและหญิงจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายต่อเมื่อการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นเหตุทำให้ชายและหญิงไม่สามารถดำเนินชีวิตได้ตามปกติ หรือทำให้การดำเนินชีวิตเป็นไปด้วยความยากลำบาก ในประเทศเยอรมนีศาลพิจารณาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายต่อเมื่อวัตถุประสงค์ของการผ่าตัดทำหมันหรือการทำแท้งมีขึ้นเพื่อป้องกันปัญหาทางเศรษฐกิจเท่านั้น และการเกิดของเด็กต้องส่งผลกระทบต่อสถานะทางเศรษฐกิจของครอบครัว ถ้าภายหลังที่ชายและหญิงให้กำเนิดบุตร ปัญหาทางเศรษฐกิจได้รับการแก้ไขหรือหมดสิ้นไปแล้ว ชายและหญิงย่อมไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ โดยการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของศาลแต่ละประเทศมีวัตถุประสงค์เพื่อให้แพทย์มีหน้าที่รับผิดชอบในขอบเขตที่เหมาะสมและได้สัดส่วนกับความผิดของแพทย์

ประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ผู้เขียนได้ทำการศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาดังนี้

(1) ปัญหาว่าด้วยความเสียหายจากการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์

สำหรับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ผู้เขียนได้กล่าวไว้ในบทที่ 3 แล้วว่า ค่าเสียหายที่ชายและหญิงเรียกร้องจากแพทย์แยกได้เป็น 2 ประเภท กล่าวคือ ประเภทที่ 1 ค่าเสียหายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ เช่น ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ อาทิ ค่าฝากครรภ์ ค่ารักษาพยาบาลหญิงหรือทารก ค่าทำ

² Julie M. Cheslik, "Wrongful Conception," Federation of Insurance & Corporate Counsel Quarterly, Volume 35, p.289 (Spring 1985)

คลอด ค่าใช้จ่ายเพื่อการฟื้นฟูร่างกายของหญิงภายหลังคลอด ค่าเสียหายเพื่อความเจ็บปวดทุกข์ทรมานจากการตั้งครรภ์และการคลอดบุตร และประเภทที่ 2 ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก ซึ่งการพิจารณาว่าหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายจากการตั้งครรภ์และการคลอดบุตร โดยไม่พึงประสงค์หรือไม่ ต้องพิจารณาเสียก่อนว่าการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรเป็นความเสียหายต่อสิทธิอย่างใดของหญิงหรือไม่

โดยปกติเพศหญิงทุกคนมีความฝันว่าจะได้ตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตร เพราะกระบวนการตั้งครรภ์ตลอดระยะเวลา 9 เดือน เป็นช่วงที่เต็มไปด้วยความสุข โดยหญิงสามารถเรียนรู้พัฒนาการของทารกตั้งแต่อยู่ในครรภ์ ซึ่งธรรมชาติสร้างกระบวนการดังกล่าวไว้ให้กับเพศหญิงเท่านั้น³ โดยก่อนที่หญิงจะได้รับรู้ถึงความสุขจากการตั้งครรภ์และการคลอดบุตร หญิงต้องเสียสละร่างกายเพื่อให้ทารกได้อยู่อาศัยและได้เจริญเติบโตในครรภ์ของหญิง ซึ่งแม้ว่ากระบวนการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรจะทำให้เกิดความเจ็บปวดทุกข์ทรมาน ความไม่สะดวกสบายตลอด ทำให้หญิงไม่สามารถประกอบกิจวัตรประจำวันและไม่สามารถประกอบกิจการงานได้ตามปกติ อีกทั้งทำให้อวัยวะภายในร่างกายไม่สามารถทำงานได้ตามปกติโดยอาจจะเป็นเพียงเวลาชั่วคราวระหว่างที่หญิงตั้งครรภ์หรืออาจทำให้อวัยวะบางอย่างของหญิงสูญเสียการทำงานอย่างถาวร อย่างไรก็ตาม เมื่อความเจ็บปวดที่เป็นผลมาจากการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรเป็นความเจ็บปวดที่ช่วยเสริมสายใยความผูกพันระหว่างหญิงและเด็ก อีกทั้งช่วยให้หญิงสามารถเรียนรู้ความเป็นมารดาซึ่งเป็นคุณค่าสูงสุดประการหนึ่งของชีวิตมนุษย์ ด้วยเหตุดังกล่าวจึงสามารถกล่าวได้ว่าความเจ็บปวดที่เป็นผลมาจากการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรเป็นความเจ็บปวดที่สวยงามที่สุดรูปแบบหนึ่งเท่าที่มนุษย์สามารถที่จะเรียนรู้ได้

แม้หญิงจำนวนมากมีความเห็นว่าความเจ็บปวดของกระบวนการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรเป็นความเจ็บปวดที่สวยงามและเป็นกระบวนการที่ทำให้หญิงได้รับประโยชน์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประโยชน์ทางจิตใจที่ไม่สามารถคิดคำนวณเป็นตัวเงินได้ อย่างไรก็ตาม ยังไม่อาจสรุปได้ในทันทีว่าการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรจะต้องเป็นเรื่องที่น่ายินดีและเป็นประโยชน์ในทุกกรณี โดยเห็นได้จากการที่หญิงจำนวนมากในปัจจุบันแสดงเจตจำนงว่าไม่ประสงค์ที่จะตั้งครรภ์ ซึ่งการแสดงเจตจำนงดังกล่าวนี้บ่งชี้ให้เห็นว่าจะมีปริมาณเพิ่มมากขึ้น โดยเหตุผลของหญิงแต่ละคนที่ไม่ประสงค์ที่จะตั้งครรภ์เป็นเรื่องทางอัตวิสัย ตัวอย่างเช่น หญิงบางรายไม่ประสงค์ที่จะตั้งครรภ์เนื่องมาจากหญิงกำลังประสบปัญหาทางเศรษฐกิจอย่างร้ายแรงจนทำให้หญิงไม่มีความสามารถที่จะให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่อาจจะเกิดขึ้นมาในชีวิตในอนาคต หญิงบางรายวิตกกังวลว่ากระบวนการตั้งครรภ์และการคลอด

³ Christian Witting, "Physical Damage in Negligence," *Cambridge Law Journal*, Issue 1, Volume 61, pp.192-193 (2002)

บุตรอาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพหรืออาจเป็นเหตุทำให้อวัยวะภายในร่างกายของหญิงไม่สามารถทำงานได้ตามปกติ หญิงบางรายกลัวว่าการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรอาจเป็นเหตุทำให้สตรีระเกิดการเปลี่ยนแปลง ดังนั้น ไม่ว่าหญิงจะไม่ประสงค์ที่จะตั้งครรภ์ด้วยเหตุผลประการใดก็ตาม สำหรับหญิงเหล่านั้นการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรย่อมไม่ใช่เรื่องที่น่ายินดีและไม่เป็นประโยชน์ หากเป็นเหตุที่นำหญิงไปสู่สถานการณ์ที่น่าใจ⁴ ประกอบกับในปัจจุบันวิญญูชนมีความเห็นว่าการคุมกำเนิดเป็นสิทธิโดยชอบธรรมของชายและหญิงและไม่เป็นการกระทำที่ขัดต่อความเชื่อทางศาสนา นอกจากนี้ การที่นโยบายสาธารณะรณรงค์ให้มีการลดปริมาณการเพิ่มมากขึ้นของจำนวนประชากร และสนับสนุนให้ชายและหญิงเรียนรู้วิธีการคุมกำเนิดและเรียนรู้วิธีการในการวางแผนครอบครัว ด้วยข้อเท็จจริงดังกล่าวจึงไม่อาจกล่าวได้อีกต่อไปว่าการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรเป็นเรื่องที่น่ายินดีไปเสียทุกกรณี ดังนั้น เมื่อการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ไม่เป็นเรื่องที่น่ายินดีต่อหญิงที่ไม่ประสงค์ตั้งครรภ์ กฎหมายจึงไม่สามารถบังคับให้หญิงต้องยินยอมที่จะรับประโยชน์ที่หญิงพยายามหลีกเลี่ยงด้วยการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งหรือเลือกที่จะป้องกันการให้กำเนิดบุตรให้เป็นประโยชน์ของหญิง เพราะกฎหมายในลักษณะดังกล่าวเป็นกฎหมายที่ขัดต่อสิทธิที่จะเลือกและสิทธิส่วนบุคคลของหญิง ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ

ปัญหาที่ว่ากรณีที่หญิงตั้งครรภ์และคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายตามกฎหมายหรือไม่ ทำให้เกิดประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่สำคัญซึ่งอาจกระทบต่อสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของชายและหญิงหลายกรณี กล่าวคือ ในกรณีที่กฎหมายยังคงเห็นว่าการตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นเพียงแต่ความเสียหายทางข้อเท็จจริง และเป็นความเสียหายในทางอัตวิสัยแต่ไม่เป็นความเสียหายตามกฎหมาย ชายและหญิงย่อมไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายอันเป็นผลโดยตรงมาจากการตั้งครรภ์และการคลอดบุตร เช่น ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในกระบวนการตั้งครรภ์หรือค่าเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน อาทิ ค่าเสียหายทางจิตใจจากความเจ็บปวดและทุกข์ทรมานหรือความไม่สะดวกสบายระหว่างตั้งครรภ์และคลอดบุตร หรือค่าเสียหายจากความเหน็ดเหนื่อยหรือการสูญเสียความคาดหวังที่จะได้มีชีวิตอย่างที่ดีตนได้ประสงค์ เมื่อพิจารณาตามกฎหมายไทย หากการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ไม่เป็นความเสียหายต่อสิทธิตามกฎหมาย (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420) กล่าวคือ ไม่เป็นความเสียหายต่อสิทธิในร่างกายหรือนามัยของหญิง ชายและหญิงย่อมไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่ได้ใช้จ่ายไปหรือค่าเสียหายจากการสูญเสียความสามารถในการประกอบกิจการงานทั้งในเวลาปัจจุบันและอนาคต

⁴ Donal Nolan, "New Forms of Damage in Negligence," *Modern Law Review*, Issue 1, Volume 70, pp.59, 73-75 (2007)

(ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 444) อีกทั้งไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446)

เมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศต่อปัญหาว่า ด้วยความเสียหายจากการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์สามารถแบ่งกลุ่มได้ดังนี้

กลุ่มที่ 1 อาทิ บางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา⁵ ประเทศออสเตรเลีย⁶ มีความเห็นว่า การตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตรเป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นได้ตามธรรมชาติ ซึ่งหญิงทุกคนต่างมีความคาดหวังว่าครั้งหนึ่งของชีวิตจะได้เรียนรู้ถึงความเป็นมารดา (Motherhood) แม้ว่ากระบวนการตั้งครรภ์จะนำมาซึ่งความเจ็บปวดและทุกข์ทรมาน และทำให้เกิดความไม่สะดวกสบายตลอดระยะเวลาการตั้งครรภ์ แต่ความเจ็บปวดดังกล่าวช่วยสร้างความสัมพันธ์ระหว่างหญิงและทารกในครรภ์ จนไม่สามารถแยกความเจ็บปวดออกจากความรู้สึกปลื้มปิติยินดีและความภูมิใจ เมื่อการตั้งครรภ์เต็มไปด้วยสุขและความน่ายินดีจึงไม่อาจพิจารณาได้ว่าการตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายตามกฎหมาย⁷

⁵ Christensen v Thornby 255 NW 2d 620 (1934) ; Jean-Charles v Planned Parenthood Ass'n of Mohawk Valley, Inc. , 99 A.D. 2d 542, 471 N.Y.S.2d 622 (2d Dep't 1984) ศาลมีคำพิพากษาว่าเมื่อกระบวนการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรเป็นกระบวนการที่สามารถเกิดขึ้นได้ตามธรรมชาติ จึงไม่สามารถกล่าวได้ว่ากระบวนการดังกล่าวเป็นความเสียหายต่อสิทธิในร่างกายและอนามัยของหญิง see Christian Witting, *supra* note 3, pp.192-193.

อย่างไรก็ดี ในคดี White v U.S., 510 F. Supp. 146 (D. Kan. 1981) ศาลมีคำพิพากษาว่าในกรณีที่แพทย์จงใจไม่ผ่าตัดทำหมันหรือไม่ทำแท้งให้กับหญิงจนเป็นเหตุทำให้หญิงตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์ แม้กระบวนการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรเป็นกระบวนการธรรมชาติ แต่เมื่อแพทย์มีส่วนผิดที่ไม่ช่วยป้องกันการตั้งครรภ์หรือไม่ช่วยทำให้การตั้งครรภ์ของหญิงยุติลง หญิงย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

⁶ OGH 14 September 2006 6 Ob 101/ 061 see Barbara C Steininger, "Austria." In European Tort Law 2006. eds. Helmut Koziol and Barbara C Steininger, (Germany : SpringerWienNewYork, 2007), pp.74-75.

⁷ Judy S Loitherstein, "Toward Full Recovery-the Future of Damage Awards in Wrongful Pregnancy Cases," Suffolk University Law Review, Issue 3, Volume 25, pp.745-749 (Fall 1991).

กลุ่มที่ 2 อาทิจากบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ⁸ ประเทศเยอรมนี⁹ ประเทศสเปนและประเทศเนเธอร์แลนด์เห็นว่า แม้กระบวนการตั้งครุฑและให้กำเนิดบุตร

⁸ คดี *McFarlane and Another v Tayside Health Board* [1999] 4 All ER 970 แม้ศาลจะมีคำพิพากษาว่าชายและหญิงไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก แต่ผู้พิพากษาเสียงข้างมาก (Lord Slynn, Lord Steyn, Lord Hope, Lord Clyde) พิจารณาว่า เมื่อการตั้งครุฑของหญิงเป็นผลมาจากการที่แพทย์ผ่าตัดทำหมันให้กับชายสามีของหญิงโดยประมาท การตั้งครุฑดังกล่าวจึงเป็นการตั้งครุฑที่ฝ่าฝืนต่อความประสงค์ที่แท้จริงของหญิง นอกจากนี้ เมื่อการตั้งครุฑโดยไม่พึงประสงค์ทำให้เกิดความเจ็บปวด ทุกข์ทรมาน ความเครียด ความวิตกกังวลและความไม่สะดวกสบายต่อหญิง การตั้งครุฑโดยไม่ประสงค์จึงเป็นความเสียหายต่อสิทธิในร่างกายและอนามัยของหญิง หญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายดังกล่าว เช่น ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครุฑ ค่าเครื่องแต่งกายระหว่างตั้งครุฑและค่าอุปกรณ์ที่จำเป็นสำหรับเด็กแรกคลอด และค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน เช่น ค่าเสียหายจากความเจ็บปวดทรมานและความไม่สะดวกสบายที่เกิดขึ้นระหว่างตั้งครุฑ see Simon Deakin, Angus Charles Johnston and Basil Markesinis, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, 7th ed., (Oxford : Clarendon Press, 2013), pp.122-123. ; Emily Jackson, *Medical Law : Text, Cases, and Materials*. 2nd ed., (Oxford : Oxford University Press, 2010), pp.730-731.

อย่างไรก็ดี ผู้พิพากษา Lord Millet ซึ่งเป็นเสียงข้างน้อยเพียงคนเดียวพิจารณาว่า กระบวนการตั้งครุฑและการคลอดบุตรเป็นกระบวนการธรรมชาติที่ให้ความสุขและเป็นเรื่องที่น่ายินดี ไม่มีวิญญูชนคนใดที่จะเห็นว่ากระบวนการตั้งครุฑและการคลอดบุตรเป็นความเสียหายต่อร่างกายและอนามัยของหญิง อนึ่ง เมื่อการผ่าตัดทำหมันโดยประมาทของแพทย์เป็นการล่วงละเมิดต่อสิทธิส่วนบุคคล (Privacy Right) และสิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเอง (Self-determination) ศาลจึงควรกำหนดค่าเสียหายจำนวนหนึ่ง (Nominal Sum) เพื่อเป็นสัญลักษณ์แสดงว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้งยังเป็นการแสดงให้เห็นอีกด้วยว่ากฎหมายไม่ได้ต้องการให้ความคุ้มกันพิเศษกับแพทย์เพื่อให้แพทย์หลุดพ้นจากความผิด see Andrew Grubb, Judith Laing, Jean Mchale and Ian Kennedy, *Principles of Medical Law*. 3rd ed., (New York : Oxford University Press, 2010), p.297.

⁹ ศาลประเทศเยอรมนีวางแนวการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ว่า ในกรณีที่มีการตั้งครุฑของหญิงเป็นผลมาจากการผ่าตัดทำหมันหรือการทำแท้งที่ผิดพลาด การตั้งครุฑเป็นความเสียหายต่อสิทธิในร่างกายและอนามัยของหญิง see Mathias Reimann and Joachim Zekoll, *Introduction to*

เป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นได้ตามธรรมชาติ แต่กระบวนการดังกล่าวจะเป็นเรื่องที่น่ายินดีและไม่เป็นความเสียหายต่อเมื่อหญิงประสงค์ที่จะตั้งครรภ์เท่านั้น เพราะหญิงมีสิทธิส่วนบุคคล (Privacy Right) ซึ่งเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญ พร้อมกับมีสิทธิในเนื้อตัวร่างกาย (Right in body and health) หญิงจึงมีสิทธิกำหนดอนาคตของตนเองได้อย่างอิสระ (Right to self-determination) ว่าหญิงต้องการตั้งครรภ์หรือไม่ กฎหมายไม่สามารถบังคับให้หญิงต้องยินดีกับการกระทำของแพทย์ที่ละเมิดต่อสิทธิตามรัฐธรรมนูญของหญิง¹⁰ การที่หญิงต้องตั้งครรรค์จากความผิดพลาดทางการแพทย์จึงเป็นความเสียหายต่อสิทธิในร่างกายและอนามัยของหญิง¹¹ หญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความ

German Law, (Hague, Netherland : Kluwer Law International, 2005), p. 209. อ้างถึงใน พงศกร สุขขึ้น, "ความเสียหายในกฎหมายลักษณะละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.97.

คดี BGH 18 March 1980 (VI ZR 105/78), BGHZ 76, 249. ศาลมีคำพิพากษาว่า สิทธิของหญิงในการเลือกที่จะไม่ตั้งครรภ์เป็นสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้นถ้า แพทย์ให้การรักษาพยาบาลโดยประมาทจนเป็นเหตุทำให้หญิงตั้งครรภ์ และทำให้เกิดความเจ็บปวดทุกข์ทรมาน ความไม่สะดวกสบาย หญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินจากแพทย์ เช่นเดียวกับคดี BGH, 27 Nov 1984 NJW 1985, 331, คดี BGH, 25 June 1985 NJW 1985, 2749 และคดี BGH, 27th of June 1995 VI ZR 32/94, NJW 1995, 2407. ศาลพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน (*Schmerzensgeld*) จากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ไม่ว่าจะเป็นการใช้สิทธิเรียกร้องตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือกฎหมายลักษณะสัญญาก็ตาม

¹⁰ Boone v Mullendore (1982, Ala) 416 So 2d 718 ; Custodio v Bauer (1967, 1st Dist) 251 Cal App 2d 303, 59 Cal Rptr 463, 27 ALR3d 884 ; Bushman v Burns Clinic Medical Center (1978) 83 Mich App 453, 268 NW2d 683 ; Rinard v Biczak (1989) 177 Mich App 287, 441 NW2d 441 ; Hitzemann v Adam (1994) 246 Neb 201, 518 NW2d 102 ; Weintraub v Brown (1983, 2d Dept) 98 App Div 2d 339, 470 NYS2d 634 ; Smith v Gore (1987, Tenn) 728 SW2d 738 ; Flax v McNew (1995, Tex App Waco) 896 SW2d 839 ; C. S. v Nielson (1988, Utah) 767 P2d 504, 98 Utah Adv Rep 4

¹¹ Ada F Most, "By What Measure : The Issue of Damages for Wrongful Pregnancy," *North Carolina Central Law Journal*, Issue 1, Volume 16, pp.73-80 (1986).

เสียหายทุกประเภทที่เป็นผลมาจากการตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์¹² อาทิ ค่าฝากครรภ์ ค่าดูแลครรภ์ ค่าทำคลอด ค่าขาดรายได้ระหว่างตั้งครรภ์และภายหลังคลอด และค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน¹³

เมื่อพิจารณาจากแนวทางการปรับใช้กฎหมายของประเทศเยอรมนี ประเทศสเปน และประเทศเนเธอร์แลนด์ ศาลพิจารณานอกจากการกระทำของแพทย์เป็นการล่วงละเมิดต่อสิทธิในร่างกายและอนามัยของหญิง การกระทำของแพทย์ที่เป็นเหตุทำให้หญิงตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์ ยังเป็นการละเมิดต่อสิทธิที่จะกำหนดอนาคตของตนเองอีกด้วย (Freedom of Procreation and Free Development of Personality) ซึ่งเป็นสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินแล้ว กฎหมายมีหน้าที่รับรองให้ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน¹⁴ เพื่อเป็นการยืนยันว่าสิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเองเป็นสิทธิที่มีอยู่จริงและได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย¹⁵

สำหรับประเด็นปัญหาที่ว่า การตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายตามกฎหมายหรือไม่ ผู้เขียนมีความเห็นว่าต้องพิจารณาจากฐานแห่งสิทธิของชายและหญิงเป็นสำคัญ โดยสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญที่สุดประเภทหนึ่งก็คือ “สิทธิในร่างกาย” และ “สิทธิในสุขภาพและอนามัย” ซึ่งเป็นสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองอย่างเข้มงวดที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ซึ่งบุคคลใดจะล่วงละเมิดต่อสิทธิในร่างกายหรืออนามัยของบุคคลอื่นไม่ได้

ในทุกครั้งที่แพทย์ผ่าตัดตัดทำหมันให้ชายหรือหญิง แพทย์สามารถคาดเห็นได้ว่าในกรณีที่แพทย์ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการผ่าตัดทำหมัน การกระทำดังกล่าวอาจเป็นเหตุทำให้หญิงตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์ แม้ว่ากระบวนการตั้งครรภ์และกระบวนการคลอดบุตรเป็นกระบวนการ

¹² Liza F Cohen, "Recovery of Limited Damages in Wrongful Pregnancy Action : Johnson v University Hospitals of Cleveland," *Journal of Law And Health*, Issue 1, Volume 4, pp.85-86 (1989).

¹³ Martin Hogg, "Damages for Pecuniary Loss in Cases of Wrongful Birth," *Journal of European Tort Law*, Volume 1, Issue 2, pp.156-170 (2010)

¹⁴ Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Reinhard Zimmermann and Bernhard A. Koch, *Essential Cases on Damage Digest of European Tort Law*, (Berlin : De Gruyter, 2011), pp.887-889.

¹⁵ Barbara C Steininger, "Wrongful Birth and Wrongful Life : Basic Questions," *Journal of European Tort Law*, Issue 2, Volume 1, pp.148-149 (2010).

ธรรมชาติ แต่เมื่อกระบวนการดังกล่าวรบกวนสมรรถภาพการทำงานของร่างกายและระบบอวัยวะของหญิง อีกทั้งยังทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในสรีระและร่างกายของหญิง ตลอดจนก่อให้เกิดความเจ็บปวด ความไม่สะดวกสบาย การเปลี่ยนแปลงทางอารมณ์ และสร้างความทุกข์ใจให้กับหญิง¹⁶ การตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์จึงเป็นผลโดยตรงที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อร่างกายและอนามัยของหญิง แม้บางฝ่ายเห็นว่าการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรเป็นเรื่องน่ายินดีและไม่เป็นความเสียหาย ความเห็นดังกล่าวจะมีเหตุผลต่อเมื่อหญิงประสงค์ที่จะตั้งครรภ์เท่านั้น เพราะเมื่อใดก็ตามที่หญิงพยายามกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อป้องกันการตั้งครรภ์หรือเพื่อป้องกันการคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ย่อมแสดงให้เห็นได้ว่าหญิงไม่ต้องการได้รับความเจ็บปวดและทุกข์ทรมานจากการตั้งครรภ์และการคลอดบุตร เมื่อการกระทำของแพทย์เป็นเหตุทำให้หญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือป้องกันการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ การกระทำของแพทย์จึงเป็นการละเมิดต่อสิทธิในร่างกาย สุขภาพ และอนามัยของหญิงอย่างร้ายแรง¹⁷

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายลักษณะละเมิด หญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ทั้งนี้เมื่อการกระทำของแพทย์เป็นการละเมิดต่อสิทธิในร่างกายและอนามัยของหญิง หญิงมีสิทธิเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงิน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 444 อาทิ ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจริงจากการตั้งครรภ์ ค่ารักษาพยาบาลระหว่างตั้งครรภ์ ค่าฝากครรภ์ ค่าทำคลอด¹⁸ ในกรณีที่การคลอดบุตรเป็นไปด้วยความยากลำบากหรือทำให้เกิดผลกระทบต่อสุขภาพของหญิง หญิงมีสิทธิเรียกค่าเสียหายที่เพิ่มมากขึ้นกว่าการทำคลอดตามปกติ¹⁹ ค่าใช้จ่ายในการเข้ารับการทำหัตถการที่ผิดพลาดหรือสอง²⁰ ค่าใช้จ่ายในการเข้ารับการทำแท้งภายหลังที่หญิงตั้งครรภ์จากการผ่าตัดทำหัตถการที่ผิดพลาดหรือ

¹⁶ Walkin v South Manchester Health Authority [1995] WLR 1543 see Emily Jackson, *supra note 8*, p.730.

¹⁷ Emily Jackson, *ibid*, pp.738-739.

¹⁸ Troppi v Scarf (1971) 31 Mich App 240, 187 NW2d 511 ; Bishop v Byrne (1967, DC W Va) 265 F Supp 460.

¹⁹ Stills v Gratton (1976) 55 Cal App 3d 698, 127 Cal Rptr 652. ; Custodio v Bauer (1967) 251 Cal App 2d 303, 59 Cal Rptr 463, 27 ALR3d 884.

²⁰ Girdley v Coats 825 S.W.2d 295 (Mo. 1992) ; Hitzemann v Adam (1994) 246 Neb 201, 518 NW2d 102 ; James G. v Caserta (1985, W Va) 332 SE2d 872 ; Johnston v Elkins (1987) 241 Kan 407, 736 P2d 935

ค่าใช้จ่ายในการเข้ารับการทำแท้งเป็นครั้งที่สอง²¹ ค่าฟื้นฟูสมรรถภาพภายหลังคลอด ค่าขาดรายได้จากการที่หญิงไม่สามารถประกอบกิจการงานได้ระหว่างตั้งครรภ์และภายหลังจากคลอดบุตร²² โดยค่าเสียหายดังกล่าวเป็นผลมาจากความเสียหายที่แพทย์สามารถคาดเห็นได้อยู่แล้วตั้งแต่ต้น²³

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่าในกรณีที่ความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นความผิดพลาดในกระบวนการตรวจสอบการตั้งครรภ์หรือความผิดพลาดในกระบวนการทำแท้ง ซึ่งเป็นความผิดพลาดที่เกิดขึ้นภายหลังที่หญิงตั้งครรภ์ หญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นภายหลังที่มีความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้นเท่านั้น ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่แพทย์ทำแท้งให้กับหญิงโดยประมาท หญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายทางการแพทย์หรือค่าขาดรายได้เฉพาะที่เกิดขึ้นภายหลังที่หญิงเข้ารับการทำแท้ง โดยหญิงไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นก่อนที่หญิงตั้งครรภ์ ระหว่างตั้งครรภ์จนกระทั่งถึงเวลาที่มีความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้น แตกต่างจากสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดในกระบวนการผ่าตัดทำหมัน เพราะหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายทั้งปวงนับตั้งแต่หญิงเริ่มตั้งครรภ์

นอกจากนี้ มีปัญหาเกิดขึ้นอีกด้วยว่า ในกรณีที่กฎหมายให้ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์ ชายและหญิงที่ต้องลาออกจากงานจะยังมีสิทธิเรียกร้องค่าขาดรายได้จากการที่ไม่สามารถประกอบกิจการงานตามปกติได้อีกหรือไม่ เพราะในระหว่างที่หญิงหรือชายลาออกจากงาน ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเป็นเงินที่ชายและหญิงได้รับมาจากแพทย์แล้วส่วนหนึ่ง กล่าวคือ แม่ชายหรือหญิงจะไม่ได้ทำงานและไม่มีรายได้เช่นเดิม แต่ชายหรือหญิงก็ไม่มีรายจ่ายเพื่อใช้ในการเลี้ยงดูเด็ก²⁴ ปัญหาดังกล่าวปรากฏในคดี *Fish v Wilcox and Gwent Health*

ในกรณีที่แพทย์ผ่าตัดทำหมันชายโดยประมาท ชายมีสิทธิเรียกร้องค่าผ่าตัดทำหมันเป็นครั้งที่ 2 รวมทั้งค่าเสียหายทางจิตใจที่เกิดขึ้นจากการผ่าตัดทำหมัน see Malcolm Khan and Michelle Robson, *Medical Negligence*, (Great Britain : Cavendish Publishing, 1997), p.211.

²¹ *Coleman v Garrison* (1974, Del) 327 A2d 757.

²² *Tropi v Scarf* (1971) 31 Mich App 240, 187 NW2d 511 ; *Ziamba v Sternberg* (1974) 45 App Div 2d 230, 357 NYS2d 265.

²³ *Green v Sudakin* (1978) 81 Mich App 545, 265 NW2d 411

²⁴ ประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลในหลายมลรัฐได้วางแนวพิจารณาพิพากษาคดีว่าในกรณีที่ความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นเหตุทำให้หญิงตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์ นอกจากหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กแล้ว หญิงยังมีสิทธิเรียกร้องค่าขาดรายได้จากการที่หญิงไม่สามารถประกอบกิจการงานได้ตามปกติอีกด้วย ตัวอย่าง *Fulton-DeKalb Hosp. Authority v*

Authority²⁵ ศาลพิจารณาว่า แม่หญิงจะมีสิทธิเรียกร้องค่าขาดรายได้ระหว่างตั้งครรภ์และภายหลังคลอดบุตร และมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก²⁶ อย่างไรก็ตาม หึงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายได้เพียงประเภทเดียวเท่านั้น เพราะถ้ากฎหมายยินยอมให้หญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าขาดรายได้และค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กพร้อมกันแล้ว ค่าเสียหายที่หญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ย่อมมีมากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง อีกทั้งเป็นการให้การเยียวยาความเสียหายที่ทับซ้อนกัน²⁷ เพราะนอกจากหญิงไม่ต้องทำงานและมีรายได้เสมือนว่าได้ทำงานตามปกติ หญิงยังไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายเพื่อทำการอุปการะเลี้ยงดูบุตรอีกด้วย²⁸ เพื่อหลีกเลี่ยงความไม่เป็นธรรมกับแพทย์ที่จะต้องรับผิดชอบเกินกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง ศาลจึงกำหนดให้หญิงเรียกค่าเสียหายได้เพียงอย่างเดียวเท่านั้น

Graves, 252 Ga. 441, 314 S.E.2d 653 (1984) ; Clay v Brodsky, 148 Ill. App. 3d 63, 101 Ill. Dec. 701, 499 N.E.2d 68 (4th Dist. 1986) ; Johnston v Elkins, 241 Kan. 407, 736 P.2d 935 (1987) ; Maggard v McKelvey, 627 S.W.2d 44 (Ky. Ct. App. 1981) ; Hitzemann v Adam, 246 Neb. 201, 518 N.W.2d 102 (1994) ; Kingsbury v Smith, 122 N.H. 237, 442 A.2d 1003 (1982) เช่นเดียวกับประเทศเยอรมนีนอกจากศาลพิพากษาว่าหญิงมีสิทธิเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก ศาลยังพิพากษาว่าหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าขาดรายได้จากการที่หญิงไม่สามารถประกอบกิจการงานได้ตามปกติภายหลังคลอด see Stefanie Samland, “Rights of parents and child in cases of “wrongful conception/life/birth” in Germany and France,” retrieved on 30 October 2015 from <http://www.jurawelt.com/sunrise/media/mediafiles/14143/wrongful-life-presentation.pdf>

²⁵ [1994] 5 Med.LR.230 (แพทย์ผ่าตัดทำหมันให้กับหญิงโดยประมาท)

²⁶ คดี Udale v Bloomsbury Area Health ผู้พิพากษา Jupp J พิจารณาว่า “ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก” เป็นค่าเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ (Pure Economic Loss) หญิงจึงไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายดังกล่าวได้ตามกฎหมายลักษณะละเมิด

²⁷ Brendan Greene, Understand Medical Law, (New York : Cavendish Publishing, 2005), p.150. ; B. S. Markesinis, Michael Coester, Guido Alpa and Augustus Ullstein, Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law : A Comparative Outline, (New York : Cambridge University Press, 2005), p.101. ; Vivienne Harpwood, Modern Tort Law, 7th ed., (New York : Routledge-Cavendish, 2009), pp.427-428. ; Malcolm Khan and Michelle Robson, *supra note 20*, p.221.

²⁸ Malcolm Khan and Michelle Robson, *Ibid.*

คดี Greenfield v. Irwin²⁹ ศาลให้เหตุผลว่า เมื่อค่าขาดรายได้ไม่ใช่ความเสียหายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์หรือการคลอดบุตร ค่าขาดรายได้จึงเป็นค่าเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ นอกจากนี้ การที่หญิงสมัครใจลาออกจากงานเพื่อมาเลี้ยงดูบุตร ค่าขาดรายได้จึงไม่เป็นความเสียหายที่เป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำของแพทย์ หญิงจึงมีสิทธิเรียกร้องค่าขาดรายได้เฉพาะในช่วงเวลา ก่อนที่หญิงคลอดบุตรเท่านั้น³⁰

สำหรับปัญหาที่ว่าหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าขาดรายได้หรือไม่ ผู้เขียนมีความเห็นว่า แม้กฎหมายให้สิทธิกับหญิงที่จะเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก แต่ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กก็ไม่ได้ครอบคลุมถึงรายได้ทั้งหมดที่หญิงต้องสูญเสียไปจากการที่ไม่สามารถประกอบกิจการงานได้ตามปกติ นอกจากนี้ เมื่อการขาดรายได้ของหญิงก่อนและภายหลังคลอดต่างเป็นผลมาจากการที่หญิงตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ค่าขาดรายได้จึงเป็นความเสียหายที่เป็นผลมาจากความเสียหายทางกายภาพ (Consequential damage) ค่าขาดรายได้จึงเป็นค่าเสียหายทางเศรษฐกิจ (Economic loss) หาใช่ความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ (Pure economic loss) ในกรณีที่มีการตั้งครรภ์เป็นอุปสรรคต่อการประกอบกิจการงาน³¹ การที่หญิงต้องลาออกจากงานย่อมเป็นการกระทำ

²⁹ [2001] 1 WLR 1279

³⁰ Michael A. Jones, Medical Negligence. 4th ed., (London : Sweet & Maxwell, 2008), p.390.

³¹ การตั้งครรภ์อาจเป็นอุปสรรคต่อการประกอบกิจการงานบางประเภท โดยเฉพาะอย่างยิ่งงานที่หญิงจำเป็นต้องใช้แรงงานหรืองานที่อาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพของทารกในครรภ์ (พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 39) นอกจากนี้การตั้งครรภ์อาจทำให้หญิงไม่สามารถทำงานล่วงเวลาและไม่สามารถทำงานในวันหยุดได้ (พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 39/1) การตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์จึงส่งผลกระทบต่อความสามารถในการแสวงหารายได้ของหญิง

อนึ่ง แม้นายจ้างไม่สามารถเลิกจ้างหญิงเพราะเหตุที่หญิงตั้งครรภ์ (พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 43) และหญิงมีสิทธิลาคลอดได้เป็นระยะเวลา 90 วัน (พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 41) แต่กรณีที่ล่วงพ้นระยะเวลา 90 วัน หากชายและหญิงไม่สามารถหาบุคคลมาดูแลเด็กแทนหญิง การที่หญิงไม่สามารถกลับไปทำงานให้นายจ้างจึงเป็นกรณีที่หญิงเป็นฝ่ายผิดสัญญาจ้างแรงงาน นายจ้างจึงมีสิทธิบอกเลิกสัญญาจ้างแรงงานได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

ที่มีเหตุผลอันสมควร หญิงจึงยังมีสิทธิเรียกร้องค่าขาดรายได้จากแพทย์ โดยการคิดคำนวณค่าขาดรายได้ที่หญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ ศาลมีหน้าที่คิดคำนวณจากระยะเวลาที่เหมาะสมและต้องเป็นระยะเวลาที่หญิงไม่สามารถประกอบกิจการงานได้อย่างแท้จริง³² อย่างไรก็ตาม ค่าขาดรายได้ภายหลังที่หญิงคลอดบุตร หญิงมีสิทธิเรียกร้องได้ต่อเมื่อหญิงมีความจำเป็นต้องลดชั่วโมงการทำงานหรือละทิ้งงานเพื่อออกมาดูแลบุตร เช่น หญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง³³

นอกจากสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว หญิงยังมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินประเภทอื่นๆ ได้อีก เช่น ในกรณีที่ชายและหญิงต้องปรับเปลี่ยนหรือย้ายที่อยู่อาศัย ต้องซ่อมแซมบ้านเพื่อให้เหมาะสมกับจำนวนสมาชิกที่เพิ่มมากขึ้น ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในส่วนต่างของค่าเช่าบ้านที่เพิ่มมากขึ้นหรือค่าใช้จ่ายที่ได้จ่ายไปจริงในการซ่อมแซมหรือปรับปรุงที่พักอาศัย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ประกอบมาตรา 438 โดยศาลจะเป็นผู้ที่วินิจฉัยว่าค่าเสียหายประเภทใดบ้างที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากผู้ทำละเมิด โดยพิจารณาตามพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

อย่างไรก็ดี มีปัญหาเกิดขึ้นว่าในกรณีที่นักกฎหมายและผู้พิพากษาเห็นว่า การตั้งครรภ์เป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นได้ตามธรรมชาติและไม่เป็นความเสียหายต่อสิทธิในร่างกายหรืออนามัยของหญิง หญิงจะยังคงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์หรือไม่ ในปัญหาดังกล่าว ผู้เขียนมีความเห็นว่า แม้การที่หญิงตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์จะไม่เป็นความเสียหายต่อสิทธิในร่างกายหรืออนามัยของหญิง แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าหญิงจะไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมาย เพราะนอกจากการตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์จะเป็นความเสียหายต่อสิทธิในร่างกายและอนามัยของหญิงแล้ว การตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์ยังเป็นความเสียหายต่อ “สิทธิในการกำหนด

ส่วนกรณีที่หญิงไม่ได้ทำงานประจำและไม่ได้อยู่ภายใต้การคุ้มครองตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน เช่น หญิงรับจ้างทำงานตามสัญญาจ้างทำของ การตั้งครรภ์ย่อมส่งผลกระทบต่อความสามารถในการประกอบกิจการงานของหญิง อีกทั้งเป็นเหตุทำให้หญิงต้องขาดรายได้หรือมีรายได้ลดลงในระหว่างตั้งครรภ์และภายหลังตั้งครรภ์

³² Emeh v Kensington and Chelsea and Westminster Area Health Authority [1985] 1 QB 1012; [1984] 3 All ER 1044 (CA). ศาลพิพากษาว่าแม้หญิงจะมีสิทธิเรียกร้องค่าขาดรายได้จากการที่หญิงไม่สามารถประกอบกิจการงานได้ตามปกติ แต่เมื่อหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กอยู่ส่วนหนึ่งแล้ว ค่าขาดรายได้ที่หญิงจะมีสิทธิเรียกร้องได้นั้น ศาลจึงต้องคิดคำนวณตามระยะเวลาที่หญิงไม่สามารถประกอบกิจการงานได้อย่างแท้จริงและต้องเป็นอัตราที่เหมาะสมเท่านั้น

³³ Smith v Cote, 128 N.H. 231, 513 A.2d 341 (1986).

อนาคตของตนเอง” และ “สิทธิในการวางแผนและจำกัดขนาดครอบครัว” ของหญิงอีกด้วย โดยสิทธิดังกล่าวเป็น “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ซึ่งได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลักษณะละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 แม้หญิงจะไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ประกอบมาตรา 444 แต่หญิงยังคงมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ประกอบ มาตรา 438

นอกจากค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินแล้ว การตั้งครรรภ์โดยไม่พึงประสงค์ยังได้ก่อให้เกิดผลกระทบทางจิตใจ โดยเฉพาะความเจ็บปวดทุกข์ทรมานและความไม่สะดวกสบายจากการตั้งครรรภ์ (Pain and suffering)³⁴ ความเครียด (Emotional distress) การสูญเสียความรื่นรมย์ในการดำเนินชีวิต (Loss of amenities) รวมทั้งการสูญเสียความคาดหวังที่จะได้มีชีวิตตามแนวทางที่ประสงค์ (Loss of expectation of life) อาทิ ความกังวลเกี่ยวกับสถานะทางการเงินของครอบครัวและสวัสดิภาพของเด็กในอนาคต³⁵ ความวิตกกังวลและความเครียดจากการที่ชายและหญิงไม่มีเวลาเพียงพอที่จะเลี้ยงดูบุตรด้วยตนเอง สูญเสียเวลาพักผ่อนระหว่างที่เด็กยังไม่สามารถช่วยเหลือตนเองได้ และเมื่อการตั้งครรรภ์โดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายต่อสิทธิในร่างกายและอนามัยของหญิง หญิงจึงมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ประกอบ มาตรา 446

อนึ่ง ในกรณีที่นักกฎหมายและผู้พิพากษาเห็นว่า การตั้งครรรภ์โดยไม่พึงประสงค์ไม่ เป็นความเสียหายต่อสิทธิในร่างกายหรืออนามัย แนวทางการปรับใช้กฎหมายดังกล่าวอาจเป็นเหตุที่ทำให้หญิงไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน เพราะถ้อยคำที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 อาจทำให้เข้าใจได้ว่า ผู้เสียหายมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินต่อเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นต่อสิทธิในร่างกาย อนามัย หรือเสรีภาพเท่านั้น

³⁴ Coleman v Garrison (1974, Del) 327 A2d 757 ; Troppi v Scarf (1971) 31 Mich App 240, 187 NW2d 511 ; Bowman v Davis (1976) 48 Ohio St 2d 41, 2 Ohio Ops 3d 133, 356 NE2d 496 ; Ziemba v Sternberg (1974) 45 App Div 2d 230, 357 NYS2d 265 ; Dendaas v Yackei (1980) 12 CCLT 147 (BC SC)

³⁵ Miller v Rivard (1992, 3d Dept) 180 App Div 2d 331, 585 NYS2d 523. ; Goldstein v Ob-Gyn Assoc., P.C. (1991, 1st Dept) 170 App Div 2d 374, 566 NYS2d 266 ; Johnston v Elkins (1987) 241 Kan 407, 736 P2d 935.

นอกจากนี้ แม้กระบวนการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรเป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นเฉพาะกับหญิงเพียงฝ่ายเดียว แต่ไม่จำเป็นว่าความเสียหายทางจิตใจจะต้องเกิดขึ้นกับหญิงเท่านั้น เพราะในบางครั้งการที่หญิงตั้งครรภ์และคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นเหตุที่ทำให้ชายได้รับผลกระทบทางจิตใจ ตัวอย่างเช่น ชายมีอาการเครียดและวิตกกังวลเกี่ยวกับการเกิดหรือสุขภาพของทารกในครรภ์ ชายวิตกกังวลในผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับสุขภาพของหญิง การสูญเสียความสัมพันธ์ในครอบครัวและความสัมพันธ์ทางเพศ (Loss of consortium) ความเหน็ดเหนื่อยจากภาระหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตร จึงมีปัญหาเกิดขึ้นว่า ในกรณีที่กฎหมายเห็นว่าการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ไม่เป็นการเสียหายต่อสิทธิในร่างกายหรืออนามัยของหญิง ตลอดจนเมื่อชายไม่ได้รับอันตรายต่อเนื้อตัวร่างกายหรืออนามัยจากการตั้งครรภ์ของหญิง ชายและหญิงจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินหรือไม่

สำหรับปัญหาข้างต้นผู้เขียนมีความเห็นว่า เพื่อให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินจึงเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาดังนี้

แนวทางที่ 1 การแก้ปัญหาโดยอาศัยการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ผู้เขียนมีความเห็นว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 เป็นกฎหมายที่ให้สิทธิแก่ผู้เสียหายหาได้เป็นกฎหมายจำกัดสิทธิ กล่าวคือ ในกรณีที่มีการทำละเมิดต่อสิทธิในร่างกาย อนามัย หรือเสรีภาพ ผู้เสียหายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินได้อย่างแน่นอน เพราะสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่กฎหมายรับรองไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องไปพิสูจน์ในชั้นศาลอีกต่อไปว่าผู้เสียหายมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายดังกล่าวจากผู้ทำละเมิดได้หรือไม่ อีกทั้งศาลมีหน้าที่รับรองสิทธิดังกล่าวของผู้เสียหายโดยมีหน้าที่พิพากษาให้ผู้ทำละเมิดชดเชยค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินให้กับผู้เสียหาย ศาลจะใช้ดุลพินิจไม่กำหนดค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินให้กับผู้เสียหายไม่ได้ เพราะศาลมีเพียงดุลพินิจในการกำหนดจำนวนค่าเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินให้เหมาะสมตามพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิดเท่านั้น

เมื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 ไม่ได้บัญญัติห้ามมิให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน³⁶ ในกรณีที่มีการทำละเมิดต่อสิทธิอย่างอื่นที่ไม่ใช่สิทธิในร่างกาย อนามัย หรือเสรีภาพ ตามที่ได้ปรากฏในมาตรา 446 ผู้เสียหายจึงยังคง

³⁶ วารี นาสกุล, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ล่ามมิควรรู้ได้, พิมพ์ครั้งที่ 3, แก้ไขเพิ่มเติมโดย จริญญา รักดีธนากุล, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท กรุงเทพมหานคร พับลิชชิ่ง จำกัด, 2557), น.323.

มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน ได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ 420 ประกอบมาตรา 438³⁷

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับประเทศสเปน ประเทศเนเธอร์แลนด์และประเทศออสเตรียแล้ว แม้การตั้งครุฑโดยไม่ประสงค์ของหญิงจะไม่เป็นความเสียหายต่อสิทธิในร่างกายหรืออนามัยของหญิง หรือชายจะไม่ได้ได้รับความเสียหายต่อสิทธิในร่างกายหรืออนามัย เนื่องจากไม่ได้เป็นผู้ตั้งครุฑก็ตาม แต่เมื่อความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เป็นเหตุทำให้หญิงตั้งครุฑโดยไม่พึงประสงค์และเป็นเหตุทำให้ชายให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ เป็นการละเมิดและทำให้เกิดความเสียหายต่อ “สิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเอง” ของชายและหญิง ศาลจึงพิพากษาว่า นอกจากค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินแล้ว ให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินให้กับชายและหญิงอีกด้วย เพราะหากศาลไม่ยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายดังกล่าวเท่ากับศาลไม่ยอมรับว่าสิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเองเป็นสิทธิที่มีอยู่จริง

จากแนวการปรับใช้กฎหมายข้างต้นผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า สิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเองของชายและหญิงเป็น “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 เช่นกัน ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ประกอบมาตรา 438

แนวทางที่ 2 เมื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นผลมาจากการทำละเมิดที่เกิดขึ้นต่อสิทธิในร่างกาย อนามัย หรือเสรีภาพเท่านั้น เพราะในกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นต่อสิทธิอย่างอื่น อาทิ สิทธิในทรัพย์สิน หรือสิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเอง ความเสียหายต่อสิทธิดังกล่าวอาจเป็นผลทำให้เกิดความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินได้เช่นเดียวกัน ดังนั้น เพื่อให้บทบัญญัติกฎหมายมีความชัดเจนและเพื่อให้แนวทางการปรับใช้กฎหมาย

³⁷ พจน ุชปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายนิติบัณฑิตยสภา, 2530), น.205. ; จิตติ ดิงศภัทย์ , บันทึกท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 2816/2528 จัดพิมพ์โดยนิติบัณฑิตยสภา, น.2390-2394 อ้างถึงใน ไพจิตร ุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 และหลักกฎหมายลักษณะละเมิด ข้อเสนอพื้นฐานความผิดทางกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 12, (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2551), น.217.

มีความแน่นอน³⁸ ผู้เขียนจึงเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 วรรค 1 ดังนี้

มาตรา 446 ในกรณีทำให้เขาเสียหายต่อสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย ผู้ต้องเสียหายจะเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงิน ด้วยอีกก็ได้ สิทธิเรียกร้องอันนี้ไม่สามารถโอนกันได้ เว้นแต่สิทธินั้นจะได้รับสภาพกันไว้ โดยสัญญาหรือได้เริ่มฟ้องคดีตามสิทธินั้นแล้ว

³⁸ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศเยอรมนีพบว่า ในอดีตสิทธิของผู้เสียหายที่จะเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินต้องเป็นไปตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 253 ซึ่งมีหลักว่า ห้ามมิให้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน เว้นแต่ที่กฎหมายได้บัญญัติเอาไว้เท่านั้น ส่งผลทำให้ในช่วงเวลา ก่อน ปี ค.ศ. 2002 ผู้เสียหายจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินต่อเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นกับร่างกายหรืออนามัยเท่านั้น แต่เมื่อมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งในปี ค.ศ. 2002 หลักเกณฑ์ดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลงไปเพราะกฎหมายได้เพิ่มคำว่า เสรีภาพ (Freedom) และ สิทธิในการแสดงเจตจำนงอย่างอิสระทางเพศ (Sexual Self-Determination) ไว้ในบทบัญญัติดังกล่าวด้วย ดู พิเศษน้อยวังคลัง, "สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด," (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), น.154.

จากการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายข้างต้นจะเห็นได้ว่า กรณีที่ความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นเหตุทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ความผิดพลาดดังกล่าวย่อมทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิในการแสดงเจตจำนงอย่างอิสระทางเพศ ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินจากแพทย์ โดยไม่ต้องคำนึงว่าการตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายต่อร่างกายหรืออนามัยหรือไม่

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของกระทรวงยุติธรรม ในมาตรา 452/1 คณะอนุกรรมการพิจารณาการแก้ไขกฎหมายได้เสนอให้ขยายขอบเขตแห่งสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินให้สอดคล้องกับความเสียหายตามมาตรา 420 โดยกำหนดให้ผู้ได้รับความเสียหายต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิในการประกอบอาชีพการงาน สิทธิในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัว มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินได้เช่นเดียวกัน ดู ภาคผนวก ค ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่) (ปรับปรุงกฎหมายละเมิดของกระทรวงยุติธรรม)

นอกจากผู้เสียหายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ได้ตามกฎหมาย ลักษณะละเมิดแล้ว ในกรณีที่ชายหรือหญิงและแพทย์มีความสัมพันธ์ทางสัญญาทางแพ่งต่อกัน เมื่อการให้การรักษาพยาบาลของแพทย์เป็นการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้อง ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญาอีกด้วย และเมื่อสัญญาเข้ารับการผ่าตัดทำหมันหรือเข้ารับการทำแท้ง (ในกรณีที่หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย) เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ชอบด้วยกฎหมาย หากมีความเสียหายอย่างใดที่ย่อมเกิดขึ้นได้ตามปกติจากการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้องปรากฏขึ้น ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายเหล่านั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 215 ประกอบมาตรา 222

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของสัญญาเข้ารับการผ่าตัดทำหมันหรือทำแท้ง ชายและหญิงไม่ได้ต้องการที่จะหลีกเลี่ยงผลกระทบทางเศรษฐกิจและภาระหน้าที่ทางการเงินเพียงอย่างเดียวเท่านั้น เพราะหญิงยังต้องการหลีกเลี่ยงความเจ็บปวดทุกข์ทรมานและความไม่สะดวกสบายระหว่างตั้งครรภ์และภายหลังคลอด ในขณะที่ชายก็ต้องการหลีกเลี่ยงความเหน็ดเหนื่อยที่จะต้องมีการหน้าที่ให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดขึ้นมาโดยไม่พึงประสงค์ จึงทำให้เกิดปัญหาว่าในกรณีที่ชายและหญิงเลือกที่จะใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญา ชายและหญิงจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินด้วยหรือไม่

ผู้เขียนได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 ครั้งหนึ่งแล้วว่า เมื่อพิจารณาถ้อยคำในตัวบทกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222 พบว่าเจ้านี้ผู้ได้รับความเสียหายจากการไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องของลูกหนี้ มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นจากการไม่ชำระหนี้ ตลอดจนเพื่อความเสียหายอันเกิดจากพฤติการณ์พิเศษที่ลูกหนี้สามารถคาดเห็นได้ อย่างไรก็ตาม ยังไม่เป็นที่แน่ชัดว่าค่าเสียหายเพื่อความเสียหายตามปกติหรือเพื่อความเสียหายในพฤติการณ์พิเศษนั้นรวมถึงความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินด้วยหรือไม่ นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพที่ 2 หมวดที่ 2 ส่วนที่ 1 ว่าด้วยผลแห่งหนี้อันเกิดจากการไม่ชำระหนี้ ไม่พบว่ามีมาตราใดกำหนดให้เจ้านี้มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินดังเช่นที่ได้ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446

สำหรับปัญหาข้างต้นเมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลและแนวการปรับใช้กฎหมายของนักวิชาการยังคงเห็นว่า ความผูกพันทางสัญญาคุ้มครองเฉพาะประโยชน์ในทางทรัพย์สิน แต่ไม่คุ้มครองประโยชน์อย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินและไม่ได้อยู่ในกองทรัพย์สิน อย่างไรก็ตามหากการไม่ชำระหนี้หรือการชำระหนี้ไม่ถูกต้องทำให้เจ้านี้ได้รับความเสียหายต่อร่างกายหรืออนามัย พบว่ามีแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 431/2509) ที่มีคำพิพากษาว่า

เจ้าหนี้มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินได้เช่นกัน ซึ่งมีลักษณะสอดคล้องกับหลักกฎหมายละเมิดที่ผู้เสียหายจะมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 ต่อเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นต่อสิทธิในร่างกายและอนามัยของผู้เสียหาย

จากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีข้างต้น ในกรณีที่ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์โดยใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญา ผลทางกฎหมายย่อมมีลักษณะสอดคล้องกับการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด กล่าวคือ ในกรณีที่ศาลพิจารณาว่าการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ไม่มีความเสียหายต่อสิทธิในร่างกายหรืออนามัยของหญิง และเมื่อชายไม่ได้รับความเสียหายต่อสิทธิในร่างกายและอนามัย ชายและหญิงย่อมไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน ในทางกลับกัน ถ้าศาลพิจารณาว่าการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายต่อสิทธิในร่างกายและอนามัยของหญิง เฉพาะแต่หญิงเท่านั้นอาจมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินจากแพทย์ แม้จะเป็นการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญา นอกจากนี้ หากศาลเห็นว่าความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ตามปกติจากการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้อง และเป็นความเสียหายที่อยู่ในความคาดเห็นของแพทย์ลูกหนี้ นอกจากหญิงที่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินแล้ว ชายสามีของหญิงย่อมมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินได้เช่นเดียวกัน

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศพบว่า ในประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศออสเตรีย และบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา แม้หลักและบทบัญญัติกฎหมายของประเทศดังกล่าวมีลักษณะคล้ายคลึงกับประเทศไทย กล่าวคือ กฎหมายลักษณะสัญญาไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรงว่าเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ศาลในประเทศดังกล่าวได้วางแนวการปรับใช้กฎหมายและแนวการพิจารณาพิพากษาคดีมาโดยตลอดว่า วัตถุประสงค์ของสัญญาไม่ได้มีขึ้นเพื่อคุ้มครองประโยชน์ในทางทรัพย์สินเท่านั้น แต่ยังคงคุ้มครองผลกระทบทางจิตใจของเจ้าหนี้ ซึ่งเป็นประโยชน์ที่ไม่สามารถคิดคำนวณเป็นตัวเงินได้อีกด้วย ด้วยเหตุดังกล่าวในกรณีที่ผู้เสียหายเลือกที่จะใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญาเพื่อฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิด เพื่อให้ชายและหญิงได้อยู่ในสถานะเสมือนว่าแพทย์ได้ให้การรักษาพยาบาลด้วยความระมัดระวัง ศาลจึงมีคำพิพากษาว่านอกจากแพทย์มีหน้าที่ต้องชดใช้ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินแล้ว แพทย์ยังมีหน้าที่ชดใช้ค่าเสียหายเพื่อความ

เสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินอีกด้วย เพราะความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินก็เป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ตามปกติจากการที่แพทย์ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการรักษาพยาบาล³⁹

เมื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการเกิด เป็นความเสียหายที่แท้จริง ชัดเจนแน่นอนและไม่ไกลกว่าเหตุ อีกทั้งแพทย์สามารถคาดเห็นได้ว่าในกรณีที่แพทย์ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการรักษาพยาบาลย่อมเป็นเหตุที่ทำให้เกิดความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินขึ้นกับหญิงที่ตั้งครรภ์และคลอดบุตร ตลอดจนชายสามีของหญิง อย่างไรก็ตาม ด้วยข้อจำกัดของถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมาย แนวทางการปรับใช้กฎหมายของนักกฎหมายและแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ทำให้ยังไม่เป็นที่แน่ชัดว่าในกรณีที่การชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้องไม่ได้ทำให้เจ้าหนี้ได้รับความเสียหายทางกายภาพ แต่การชำระหนี้ดังกล่าวทำให้เจ้าหนี้ได้รับความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน เจ้าหนี้จะมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินได้หรือไม่ ด้วยเหตุดังกล่าว ทำให้เจ้าหนี้ที่ได้รับความเสียหายไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายจนทำให้เจ้าหนี้สามารถไปสู่สถานะเสมือนว่าลูกหนี้ได้ทำการชำระหนี้ถูกต้องครบถ้วน ส่งผลทำให้กฎหมายลักษณะสัญญาไม่มีประสิทธิภาพและไม่บรรลุวัตถุประสงค์ในการเยียวยาความเสียหายได้อย่างแท้จริง เพื่อให้เจ้าหนี้มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน ผู้เขียนจึงเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222/1 โดยมีเนื้อหาดังนี้

มาตรา 222/1 นอกเหนือจากค่าเสียหายตามมาตรา 222 หากการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้องของลูกหนี้เป็นผลทำให้เกิดความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน เจ้าหนี้มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายเหล่านั้น

³⁹ Custodio v Bauer (1967, 1st Dist) 251 Cal App 2d 303, 59 Cal Rptr 463, 27 ALR3d 884.

(2) ปัญหาว่าด้วยความเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์

เนื่องจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ แบ่งออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ๆ กล่าวคือ ประเภทที่ 1 คือ ความเสียหายจากการตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์ซึ่งเป็นการสูญเสียที่เป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงินเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรดังที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อที่ผ่านมา และประเภทที่ 2 คือ ความเสียหายที่เกี่ยวข้องกับการให้กำเนิดบุตร กล่าวคือ ความเสียหายทุกประเภทที่เป็นผลตามมาจากการเกิดของเด็ก โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลกระทบทางเศรษฐกิจและภาระหน้าที่ทางการเงินที่ชายและหญิงถูกผูกพันโดยกฎหมายว่าต้องมีหน้าที่ให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กจนกว่าเด็กจะบรรลุนิติภาวะหรือตลอดชีวิตของเด็ก โดยความเสียหายประเภทที่ 2 นี้ เป็นปัญหาทางกฎหมายที่สำคัญที่สุดประการหนึ่ง ที่ปรากฏในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ เพราะในกรณีที่กฎหมายพิจารณาว่าการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ไม่เป็นความเสียหายตามกฎหมาย ชายและหญิงย่อมไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทั้งปวงที่เกี่ยวข้องกับการเกิดของเด็ก โดยเฉพาะอย่างยิ่งค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก

ในการพิจารณาว่าการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายตามกฎหมายหรือไม่ ปัญหาดังกล่าวมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับปัญหาด้านคุณธรรมจริยธรรม ปัญหาด้านปรัชญา ปัญหาด้านความเชื่อทางศาสนา ปัญหาว่าคุณค่าของการได้มีชีวิต ปัญหาว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และเมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาและพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศต่อปัญหาที่ว่าชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์หรือไม่ สามารถแบ่งลักษณะแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลได้ดังนี้

กลุ่มที่ 1 อาทิ ประเทศอังกฤษ และบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา มีความเห็นว่า แม้การให้กำเนิดบุตรจะไม่ใช่ไปตามความประสงค์ของชายและหญิง แต่ในกรณีที่เด็กคลอดออกมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ การเกิดของเด็กก็ย่อมไม่เป็นความเสียหายตามกฎหมายอย่างไรก็ดี เหตุผลของศาลแต่ละประเทศแตกต่างกันไปซึ่งมีตัวอย่างดังนี้

กรณีที่ 1 ศาลให้เหตุผลว่า การที่ชายและหญิงได้ให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์เป็นเรื่องที่น่ายินดี ทั้งชายและหญิงต่างได้ประโยชน์จากการเกิดของเด็ก โดยเฉพาะอย่างยิ่งประโยชน์ทางจิตใจ เช่น ความสุขของการได้เรียนรู้ความเป็นบิดามารดา ความปลื้มปิติยินดี ความภาคภูมิใจ เมื่อการเกิดของมนุษย์ที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์เป็นเรื่องที่น่ายินดีเสมอ วิญญูชนจึงควรแสดงความยินดีกับการที่มนุษย์ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต พร้อมทั้งต้อนรับมนุษย์เหล่านั้นเข้ามาเป็นสมาชิกใหม่ของสังคม ไม่ใช่กล่าวหาว่าการเกิดของมนุษย์เป็นความเสียหายตามกฎหมาย ซึ่งการกล่าวหาเช่นนั้นไม่ต่างอะไรกับการอ้างว่าบุคคลเหล่านั้นไม่ควรได้เกิดขึ้นมีชีวิต หรือการได้เกิดขึ้นมา

มีชีวิตของบุคคลเหล่านั้นเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ เมื่อวิญญูชนต่างเห็นตรงกันว่า การได้ขึ้นมาใช้ชีวิตของมนุษย์เป็นเรื่องที่ยินดี กฎหมายจึงไม่อาจพิจารณาได้ว่าการเกิดของมนุษย์เป็นความเสียหายตามกฎหมาย (The birth of a healthy child is not an injury) แม้ว่าการเกิดของมนุษย์เหล่านี้จะมาพร้อมกับผลกระทบทางเศรษฐกิจหรือภาระทางการเงินจำนวนมาก จนทำให้การดำเนินชีวิตของทั้งหญิง ชาย และเด็กเป็นไปด้วยความยากลำบากเพียงใดก็ตาม แต่เหตุการณ์เหล่านี้ก็คงเป็นเพียงความเสียหายทางข้อเท็จจริง ไม่เป็นความเสียหายที่กฎหมายยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายกันได้

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ไม่ได้เป็นเรื่องที่น่ายินดีไปเสียทุกกรณี ทั้งนี้เมื่อพิจารณาจากความเห็นของผู้พิพากษา Peter Pain J⁴⁰ พบว่า แม้เป็นเรื่องปกติที่คนในสังคมย่อมสงสัยว่าการที่เด็กได้เกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์จะเป็นความเสียหายต่อชายและหญิงได้อย่างไร อย่างไรก็ตาม ต้องไม่ลืมข้อเท็จจริงที่ว่าเด็กทุกคนที่เกิดขึ้นมามีชีวิตมีความต้องการพื้นฐานเพื่อดำรงชีวิต เช่น อาหาร เครื่องนุ่งห่ม ที่อยู่อาศัย ยารักษาโรค ในกรณีที่ชายและหญิงไม่มีความสามารถที่จะจัดหาปัจจัยพื้นฐานเหล่านี้ให้กับเด็ก ปัจจัยและความต้องการพื้นฐานของเด็กเหล่านี้ย่อมส่งผลกระทบต่อสถานะทางเศรษฐกิจและภาระหน้าที่ของชายและหญิงอย่างแน่นอน เมื่อผลกระทบทางเศรษฐกิจและภาระทางการเงินเป็นผลโดยตรงมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ จึงเป็นหน้าที่ของกฎหมายที่ต้องช่วยเหลือเยียวยาเพื่อให้หญิง ชาย และเด็กสามารถดำเนินชีวิตต่อไปได้

อนึ่ง แม้วิญญูชนเคยมีความเห็นตรงกันว่า การได้เกิดขึ้นมามีชีวิตของมนุษย์ควรเป็นเรื่องที่น่ายินดีเสมอ แต่ความเชื่อและสมมติฐานดังกล่าวไม่สอดคล้องและไม่สามารถบังคับใช้กับสภาพสังคมในปัจจุบันอีกต่อไป เพราะนับตั้งแต่ที่กฎหมายยินยอมให้ชายและหญิงสามารถคุมกำเนิดหรือเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ตลอดจนนโยบายสาธารณะของรัฐยังผลักดันให้ชายและหญิงวางแผนครอบครัวและลดปริมาณการเพิ่มจำนวนของประชากร ข้อเท็จจริงและนโยบายสาธารณะดังกล่าว แสดงให้เห็นอย่างแจ่มชัดว่า กฎหมายไม่ได้เห็นว่าการเกิดของมนุษย์เป็นเรื่องที่น่ายินดีไปเสียทุกกรณี เพราะไม่เช่นนั้นแล้วกฎหมายคงไม่ยินยอมให้มีการป้องกันการได้เกิดของเด็กหรือทำลายโอกาสที่เด็กจะเกิดขึ้นมามีชีวิต⁴¹

⁴⁰ Thake v Maurice [1986] QB 644, 666.

⁴¹ ในปัญหาที่ว่า การตั้งครรภ์และการคลอดบุตรเป็นเรื่องที่น่ายินดีทุกกรณีหรือไม่นั้น Diana Brahams แสดงความเห็นว่าเป็นที่สงสัยว่า เมื่อสังคมยินยอมให้ชายและหญิงเข้าถึงยาคุมกำเนิดหรืออุปกรณ์คุมกำเนิดได้อย่างสะดวก ย่อมเป็นการสะท้อนให้เห็นว่าในความเป็นจริงแล้วสังคมหาได้ให้คุณค่าของการเกิดของมนุษย์ว่าจะต้องเป็นเรื่องที่น่ายินดีเป็นเสียทุกกรณี see Diana Brahams, “Damages

นอกจากนี้ ถ้าพิจารณาจากความเห็นของ J.E. Bickenbach จะพบได้ว่า ในกรณีที่กฎหมายเห็นว่าการเกิดของเด็กเป็นเรื่องที่น่ายินดีทุกกรณี อาจเป็นเหตุทำให้ชายสามีของหญิงผู้ซึ่งเป็นบิดาของเด็กสามารถอ้างได้ว่า แม่หน้าที่ในการให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กเป็นหน้าที่ที่ชายมีส่วนร่วมกับหญิง แต่เมื่อชายเป็นผู้ที่ทำให้หญิงตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตร ชายจึงได้มอบสิ่งที่มีคุณค่าและเป็นประโยชน์สูงสุดให้กับหญิงแล้ว เมื่อหญิงได้รับประโยชน์จากชายกล่าวคือได้ให้กำเนิดบุตรและได้เลี้ยงดูเด็ก หญิงจึงไม่ควรจะมีสิทธิเรียกร้องให้ชายช่วยจ่ายค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กให้กับหญิงได้อีก⁴²

ดังนั้น การเกิดของเด็กจะเป็นเรื่องที่น่ายินดีและเป็นประโยชน์ต่อชายและหญิงหรือไม่ ต้องพิจารณาเสียก่อนว่าการเกิดของเด็กเป็นไปตามความประสงค์ของชายและหญิงหรือเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ ทั้งนี้ แม้เด็กจะเกิดตามมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ แต่กฎหมายจะสรุปว่าการเกิดของเด็กเป็นเรื่องที่น่ายินดีไปเสียทุกกรณีไม่ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่การเกิดของเด็กก่อให้เกิดผลกระทบทางเศรษฐกิจและภาระหน้าที่ทางการเงินอย่างมาก จนทำให้การดำเนินชีวิตของครอบครัวเป็นไปด้วยความยากลำบาก⁴³ หรือในกรณีที่การเกิดของเด็กเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงไม่มีความสามารถในการให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็ก อีกทั้งไม่สามารถดำเนินชีวิตได้ตามปกติ ย่อมไม่มีทางกล่าวได้เลยว่า การเกิดของเด็กจะยังเป็นเรื่องที่น่ายินดีของชายและหญิงอีกต่อไป

กรณีที่ 2 อาทิ บางมลรัฐของประเทศออสเตรเลียและประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลเห็นว่า แม้การให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์จะเป็นความเสียหายตามกฎหมาย แต่ในขณะเดียวกัน

for Unplanned Babies – A Trend to be Discouraged!” New Law Journal, Volume 133, pp.643-645 (1983) and C. R. Symmons, "Policy Factors in Actions for Wrongful Birth," Modern Law Review, Volume 50, Issue 3, p.282 (1987)

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ตุลาการคดี Sherlock v Stillwater Clinic 260 NW 2d 169. และคดี Troppi v Scarf (1971), 187 NW 2d 511 (Mich. CA) ศาลพิพากษาว่า เมื่อสังคมสนับสนุนให้ประชาชนมีสิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเองเกี่ยวกับการเจริญพันธุ์ อีกทั้งสังคมยังสนับสนุนให้มีการคิดค้นวิธีการคุมกำเนิดที่ทันสมัย มีประสิทธิภาพและให้ผลลัพธ์ที่แน่นอน ตลอดจนสนับสนุนให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ด้วยเหตุดังกล่าวนี้เองจึงไม่สามารถกล่าวได้ว่าการให้กำเนิดบุตรของชายและหญิงต้องเป็นเรื่องที่น่ายินดีไปเสียทุกกรณี

⁴² J.E. Bickenbach, “ Damages for Wrongful Conception : Doiron v Orr’ ,” University of Western Ontario Law Review, Volume 18, p.493 (1980).

⁴³ Lexa Hilliard, "Wrongful Birth : Some Growing Pains," The Modern Law Review, Volume 48, Issue 2, pp.224-229 (1985)

ชายและหญิงก็ได้รับประโยชน์จากการเกิดของเด็ก โดยประโยชน์เช่นนี้ได้เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับชายและหญิงแล้ว เมื่อประโยชน์มีมากกว่าความเสียหาย จึงไม่มีความจำเป็นที่ชายและหญิงต้องได้รับการเยียวยาความเสียหายจากแพทย์อีก⁴⁴

กรณีที่ 3 อาทิ ประเทศฝรั่งเศส⁴⁵ บางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา⁴⁶ เห็นว่าการเกิดของมนุษย์ไม่เป็นความเสียหายตามกฎหมาย โดยศาลไม่อธิบายว่าเพราะเหตุใดการที่ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์จึงไม่เป็นความเสียหายตามกฎหมาย นอกจากนี้ ศาลยังไม่ได้พิจารณาอีกด้วยว่าการที่ศาลจะยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์จะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือไม่ ด้วยเหตุดังกล่าวแม้ชายและหญิงสามารถพิสูจน์ได้ว่าแพทย์กระทำโดยความประมาท และการให้กำเนิดบุตรของชายและหญิงเป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำของแพทย์ ชายและหญิงก็ไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย

กลุ่มที่ 2 เห็นว่าการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายต่อชายและหญิง ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทั้งปวงที่เป็นผลมาจากการเกิดของเด็ก

เมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศเยอรมนี⁴⁷ ประเทศเนเธอร์แลนด์⁴⁸ และบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา⁴⁹ ผู้เขียนมีความเห็นว่า การพิจารณาว่าการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายตามกฎหมายต่อชายและหญิงหรือไม่ แท้ที่จริงแล้วไม่ได้เป็นการพิจารณาว่า “การเกิด” หรือ “การได้มีชีวิตของเด็ก” เป็นความเสียหายตามกฎหมาย เพราะหากพิจารณาจากข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาของชายและหญิงพบว่า ชายและหญิงไม่ได้กล่าวอ้างว่าการเกิดของเด็กเป็นความเสียหาย หากแต่ชายและหญิงกำลังกล่าวอ้างว่าผลกระทบทางเศรษฐกิจและภาระหน้าที่ทางการเงินที่เกี่ยวข้องกับการเกิดของเด็ก (Parents’ obligation and

⁴⁴ ประเทศออสเตรเลียในคดี Terrell v Garcia 496 SW 2d 124 (1973), F v R (1983) 33 SASR 189, Battersby v Tottman (1985) 37 SASR 524 ; ประเทศสหรัฐอเมริกาในคดี Nanke v Napier, 346 N.W.2d 520, 524 (Iowa 1984) ; McKernan v Aasheim, 102 Wash. 2d 411, 418, 687 P.2d 850, 854 (1984)

⁴⁵ ดู บทที่ 3 หัวข้อที่ 1.4.6

⁴⁶ Wofford v Davis (1988, Okla) 764 P2d 161

⁴⁷ ดู บทที่ 3 หัวข้อที่ 1.2.5

⁴⁸ ดู บทที่ 3 หัวข้อที่ 1.2.9

⁴⁹ ดู บทที่ 3 หัวข้อที่ 1.2.1

duty to maintain the child) ต่างหากที่เป็นความเสียหาย⁵⁰ เมื่อความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นผลทำให้สถานะทางเศรษฐกิจหรือกองทัพสินของชายและหญิงต้องลดน้อยถอยลงภายหลังที่ให้กำเนิดบุตร เฉพาะแต่ผลกระทบทางเศรษฐกิจและภาระหน้าที่ทางการเงินที่ชายและหญิงต้องอุปการะเลี้ยงดูเด็กเท่านั้นที่เป็นความเสียหายตามกฎหมาย⁵¹ เมื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นเพียงความเสียหายทางเศรษฐกิจ (Economic loss) ประเภทหนึ่ง ในกรณีที่ชายและหญิงสามารถพิสูจน์ได้ว่าในกรณีที่ปราศจากการกระทำของแพทย์ความเสียหายทางเศรษฐกิจจะไม่มีทางปรากฏขึ้นได้เลย การกระทำและความเสียหายที่เป็นผลมาจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ย่อมมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ชายและหญิงย่อมต้องมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายที่เป็นผลมาจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ซึ่งเป็นเพียงการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำทิวเวชปฏิบัติรูปแบบหนึ่งเท่านั้น

เมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศอังกฤษบางคดี หรือแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาพบว่า⁵² ในกรณีที่มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ขณะที่ศาลมีคำพิพากษาว่าชายและหญิงไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก ศาลกลับมีคำพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ตัวอย่างเช่น ค่าเสียหายทางจิตใจจากการตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์ ค่ารักษาพยาบาล ค่าขาดรายได้ ค่าทำคลอดทำให้เกิดข้อสังเกตว่า ถ้าศาลเห็นว่าการตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ไม่เป็นความเสียหายตามกฎหมายแล้ว เพราะเหตุใดศาลถึงยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องได้เฉพาะ

⁵⁰ Bernard Dickens, “Wrongful Birth and Life, Wrongful Death Before Birth and Wrongful Law,” in *Legal Issues in Human Reproduction*, eds. Sheila McLean and Bernard Dickens, (England : Brookfield, 1989), p.84-85.

ประเทศสหรัฐอเมริกาในคดี *Sala v Tomlinson* (1979, 3d Dept) 73 App Div 2d 724, 422 NYS2d 506 ศาลพิพากษาว่า ไม่ว่าชายและหญิงจะอ้างว่า “การเกิดของเด็ก” หรือ “ภาระทางการเงินและผลกระทบทางเศรษฐกิจ” เป็นความเสียหายตามกฎหมาย สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายของชายและหญิงก็ไม่เปลี่ยนแปลงไป เพราะถึงอย่างไรก็ตามชายและหญิงไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก

⁵¹ *Custodio v Bauer*, 251 Cal. App. 2d 303, 59 Cal. Rptr. 463, 27 A.L.R.3d 884 (1st Dist. 1967)

⁵² *Macomber v Dillman* 585 A.2d 810 (Me. 1986)

ค่าเสียหายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรเท่านั้น ด้วยเหตุดังกล่าวผู้เขียนมีความเห็นว่าการที่ศาลยอมรับว่าชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายทุกประเภทที่เป็นผลมาจากการตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ แต่ไม่ยินยอมให้มีการเรียกร้องเฉพาะค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กแสดงให้เห็นได้ว่า ในความเป็นจริงแล้วศาลเองก็ยังไม่มั่นใจว่าการที่เด็กเกิดขึ้นมาในระหว่างที่ชายและหญิงไม่พร้อมที่จะมีบุตรเป็นความเสียหายต่อชายและหญิงหรือไม่ อย่างไรก็ตาม เพื่อป้องกันไม่ให้คำพิพากษาของศาลกระทบต่อความรู้สึกของประชาชนในสังคม และเพื่อป้องกันไม่ให้คำพิพากษาของศาลขัดต่อนโยบายสาธารณะและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ศาลจึงไม่ควรยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก

นอกจากนี้ ในกรณีที่ศาลเห็นว่าการตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายตามกฎหมาย อีกทั้งยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายดังกล่าว จึงเป็นเรื่องยากที่จะกล่าวได้ว่าเฉพาะแต่ภาระหน้าที่ทางการเงินของชายและหญิงในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กเพียงอย่างเดียวเท่านั้นที่จะไม่เป็นความเสียหายตามกฎหมาย ด้วยเหตุดังกล่าวในกรณีที่กฎหมายยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์และการคลอดบุตร กฎหมายก็ควรยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เกี่ยวข้องกับการให้กำเนิดบุตรด้วยเช่นเดียวกัน เพราะไม่เช่นนั้นแล้วอาจทำให้เหตุผลทางกฎหมายขัดแย้งกันเอง

เมื่อวัตถุประสงค์ของการเข้ารับการผ่าตัดทำหมันหรือการเข้ารับการทำแท้งสามารถเกิดขึ้นได้ด้วยหลายสาเหตุ ตัวอย่างเช่น เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาสุขภาพของหญิงระหว่างตั้งครรภ์ (Therapeutic Reasons) เพื่อหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือมีความผิดปกติทางพันธุกรรม (Eugenic Ground) และเพื่อหลีกเลี่ยงการตั้งครรภ์หรือการให้กำเนิดบุตรที่ส่งผลกระทบต่อสถานะทางเศรษฐกิจหรือสังคมของชายและหญิง (Socio-economic Reasons) ในการพิจารณาว่าการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นเหตุทำให้เกิดความเสียหายทางเศรษฐกิจกับชายหรือหญิงหรือไม่ จำเป็นที่จะต้องพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการเข้ารับการผ่าตัดทำหมันหรือการเข้ารับการทำแท้ง⁵³ เพราะในกรณีที่หญิงหรือชายเข้ารับการผ่าตัดทำหมันเพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาสุขภาพของหญิง

⁵³ A C Reichman, "Damages in Tort for Wrongful Conception – Who Bears the Cost of Raising the Child," *Sydney Law Review*, Volume 10, pp. 568- 590 (1985) ; Ralph R. Frasca, "Negligence Beginnings : Damages in Wrongful Conception, Wrongful Birth and Wrongful Life," *Journal of Forensic Economics*, Volume 19, Issue 2, p. 187 (Spring 2006)

แม้มีความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้นจนเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์และหญิงไม่ได้รับอันตรายจากการตั้งครรภ์และการคลอดบุตร การให้กำเนิดบุตรของชายและหญิงจึงไม่ใช่การให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ในทางกลับกันการให้กำเนิดบุตรของชายและหญิงเป็นเรื่องที่น่ายินดีและไม่เป็นความเสียหาย⁵⁴ แต่ในกรณีที่หญิงหรือชายเข้ารับการผ่าตัดทำหมันเพื่อหลีกเลี่ยงหรือป้องกันผลกระทบทางเศรษฐกิจ การให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ย่อมไม่ใช่เรื่องที่น่ายินดีอีกต่อไป ทั้งนี้ไม่ว่าเด็กที่เกิดขึ้นมาจะมีชีวิตจะมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์หรือไม่ก็ตาม เมื่อการเกิดของเด็กส่งผลกระทบต่อสถานะทางเศรษฐกิจของชายและหญิง ผลกระทบทางเศรษฐกิจดังกล่าวจึงเป็นความเสียหายตามกฎหมาย⁵⁵ อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่หญิงหรือชายเข้ารับการผ่าตัดทำหมันเพื่อป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือเป็นโรคทางพันธุกรรม หากหญิงให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ การให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ย่อมไม่ใช่การให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์และไม่เป็นความเสียหายตามกฎหมาย ชายและหญิงจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ต่อเมื่อเด็กคลอดออกมาพิการหรือเป็นโรคทางพันธุกรรมเท่านั้น⁵⁶

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายไทยผู้เขียนมีความเห็นว่า การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นรูปแบบหนึ่งของการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการกระทำทุเรเวชปฏิบัติ (Medical Malpractice) เมื่อกฎหมายไม่ได้กำหนดหลักความรับผิดทางแพ่งของแพทย์ไว้เป็นการเฉพาะ การพิจารณาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์หรือไม่ย่อมเป็นไปตามหลักความรับผิดตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือกฎหมายลักษณะสัญญาแล้วแต่กรณี ทั้งนี้ ผู้เขียนได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 ครั้งหนึ่งแล้วว่า ในทุกความเสียหายที่เป็นผลมาจากการรักษาพยาบาลที่ผิดพลาด ผู้ป่วยหรือญาติมีสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ เพราะอย่างน้อยที่สุดในกรณีที่แพทย์ให้การรักษาดำกว่ามาตรฐานในการประกอบวิชาชีพ การกระทำดังกล่าวย่อมเป็นการล่วงละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ป่วย กล่าวคือ สิทธิที่จะได้รับการรักษาพยาบาลในระดับที่ดีที่สุด ดังที่ได้ปรากฏในข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพ พ.ศ. 2526 หมวด 3 ข้อ 1

⁵⁴ Christensen v Thornby (1934) 192 Minn 133, 255 NW 620, 93 ALR 570 ; Burke v Rivo (1990) 406 Mass 764, 551 NE2d 1, 89 ALR4th 619.

⁵⁵ Troppi v Scarf (1971) 31 Mich App 240, 187 NW2d 511. ; Gleitman v Cosgrove (1967) 49 NJ 22, 227 A2d 689, 22 ALR3d 1411.

⁵⁶ University of Arizona Health Sciences Center v Superior Court of County of Maricopa (1983) 136 Ariz 579, 667 P2d 1294 ; Flowers v District of Columbia 478 A.2d 1073, 1078-83 (D.C. 1984)

ที่ว่า “ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องรักษามาตรฐานของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมในระดับที่ดีที่สุด และพยายามให้ผู้ป่วยพ้นจากอาการทรมานจากโรค และความพิการต่าง ๆ โดยไม่เรียกร้องสินจ้าง รางวัลพิเศษนอกเหนือจากค่าบริการที่ควรได้รับตามปกติ” และ “ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 ข้อ 15 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องรักษามาตรฐานของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมในระดับที่ดีที่สุด สถานการณ์นั้นๆ ภายใต้ความสามารถ และข้อจำกัดตามภาวะ วิสัย และพฤติการณ์ที่มีอยู่” อีกทั้งยังเป็นการฝ่าฝืนคำสาบาน ฮิปโปเครติส (Hippocratic oath) “ข้าฯ จะทำการรักษาเพื่อประโยชน์แห่งคนไข้ของข้าฯ ด้วยความสามารถและสติปัญญาของข้าฯ และจะไม่ก่ออันตรายและความบกพร่องต่อผู้ใด (I will carry out that regimen, which according to my power and discernment, shall be for the benefit of the sick and will keep them from harm and wrong) ซึ่งสิทธิของผู้ป่วยที่จะได้รับการรักษาพยาบาลในระดับที่ดีที่สุดนี้เป็น “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายลักษณะละเมิด ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ดังนั้น ถ้าผู้เสียหายสามารถพิสูจน์ได้ว่าแพทย์ไม่ได้ให้การรักษาพยาบาลในระดับที่ดีที่สุดและความเสียหายเป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำดังกล่าว ย่อมไม่มีเงื่อนไขหรือข้อจำกัดใดที่จะขัดขวางการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของผู้เสียหาย⁵⁷

ในกรณีที่ผู้เสียหายใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด ผู้เขียนมีความเห็นว่า ความผิดพลาดทางการแพทย์ไม่ว่าจะเป็นการผ่าตัดทำหมันโดยประมาท การตรวจสอบการตั้งครรภ์โดยประมาท การทำแท้งโดยประมาท การละลายต่อหน้าทีในการให้ข้อมูลและการแจ้งเตือนถึงโอกาสที่การผ่าตัดทำหมันหรือการทำแท้งอาจไม่ประสบผลสำเร็จ ถ้าความผิดพลาดดังกล่าวเป็นผลโดยตรงทำให้ชายและหญิงต้องให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ การกระทำของแพทย์ดังกล่าวย่อมเป็นการละเมิดต่อสิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเองเกี่ยวกับการเจริญพันธุ์ (Right to Self-determination) สิทธิส่วนบุคคล (Privacy Right) สิทธิในการวางแผนครอบครัว (Right to Family Planning) สิทธิในการจำกัดขนาดครอบครัว (Right to limit size of the family) สิทธิที่จะไม่ตั้งครรภ์ของหญิง (Right not to pregnancy) สิทธิที่จะไม่ให้กำเนิดบุตร (Right not to have a child) สิทธิในการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งในกรณีที่มีเหตุทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย (Right

⁵⁷ James Jr. Bopp, Barry A. Bostrom and Donald A. Mckinney, "Rights and Wrongs of Wrongful Birth and Wrongful Life : a Jurisprudential Analysis of Birth Related Torts," Duquesne Law Review, Volume 27, Issue 3, p.466 (1988-1989)

to abortion)⁵⁸ โดยสิทธิเหล่านี้เกิดขึ้นพร้อมกับความเป็นพลวัตรของสังคม อีกทั้งยังเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ สิทธิเหล่านี้จึงเป็น “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายลักษณะละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420

เมื่อชายและหญิงสามารถพิสูจน์ได้ว่าความผิดพลาดของแพทย์กับการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทั้งปวงที่เป็นผลมาจากการทำละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ประกอบมาตรา 438 โดยค่าเสียหายที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์คือ ค่าเสียหายที่ทำให้ชายและหญิงได้กลับคืนสู่สถานะเสมือนว่าไม่มีความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้น⁵⁹ กล่าวคือ ค่าเสียหายที่ช่วยทำให้ชายและหญิงได้กลับคืนสู่สถานะเสมือนว่าชายและหญิงไม่ต้องให้กำเนิดบุตร ดังนั้น สิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของชายและหญิงจึงไม่ได้จำกัดเฉพาะเพื่อความเสียหายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการตั้งครรภ์และคลอดบุตรเท่านั้น แต่ชายและหญิงยังมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่เกี่ยวข้องกับการเกิดของเด็กโดยรวมถึงค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กซึ่งจะไม่ปรากฏขึ้นหากปราศจากความผิดพลาดของแพทย์

อนึ่ง ในกรณีที่ศาลไม่ยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลอาจเป็นการกระทำที่ขัดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของชายและหญิงที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เป็นผลจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁶⁰ อีกทั้งแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลอาจเป็นการสร้างความคุ้มกันให้กับแพทย์ เพื่อที่แพทย์จะไม่ต้องรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากความผิดพลาดในกระบวนการผ่าตัดทำหมัน การตรวจสอบการตั้งครรภ์หรือการทำแท้งโดยประมาท อีกทั้งยังอาจเป็นเหตุจูงใจและสนับสนุนให้แพทย์ไม่พยายาม

⁵⁸ Emeh v Kensington AHA [1984] 3 All ER 1044 ; Robak v United States, 658 F2d 471 (Cir 1981) ; Gallagher v Duke Univ, 638 F Supp 979 (MD NC 1986) ; Bruggeman v Schimke, 718 P2d 635 (Kan 1986) ; Speck v Finegold, 439 A2d 110 (Pa 1981) ; Griswold v Connecticut 381 US 479 (1965) ; BGH 18 Mar 1980 (VI ZR 247/78) BGHZ 76, 259 ; BGH 22 Nov 1983 BGHZ 89, 95

⁵⁹ Sherlock v Stillwater Clinic 260 NW 6d 169 (1977)

⁶⁰ Flowers v Districts of Columbia 478, A2d 1073 (DC 1984) ศาลพิจารณาว่า ในกรณีที่ชายและหญิงสามารถพิสูจน์ได้ว่าแพทย์ให้การรักษาพยาบาลโดยประมาท หากศาลไม่พิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากแพทย์ คำพิพากษาของศาลย่อมขัดต่อกฎหมาย

รักษามาตรฐานในการประกอบวิชาชีพ และกล้าที่จะให้การรักษายาบาลด้วยความประมาทด้วยเหตุที่ว่าแม้จะมีความเสียหายอย่างไรก็ตามเกิดขึ้นแพทย์ก็ไม่มีหน้าที่ต้องชดใช้เยียวยาความเสียหายเหล่านั้น⁶¹

ในกรณีที่ชายและหญิงใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญา เมื่อสัญญาเข้ารับการผ่าตัดทำหมัน สัญญาตรวจการตั้งครรภ์ สัญญาเข้ารับการทำแท้งในกรณีที่มีเหตุที่ทำให้หญิงสามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำให้แท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย สัญญาเข้ารับบริการทางการแพทย์ดังกล่าวเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์หลักอย่างน้อย 2 ประการ กล่าวคือ ประการที่ 1 เพื่อป้องกันไม่ให้หญิงตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์ และประการที่ 2 เพื่อป้องกันไม่ให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ เมื่อวัตถุประสงค์ทั้งสองประการเป็นวัตถุประสงค์ที่ไม่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย ไม่พันวิสัย และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน สิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเอง สิทธิที่จะหลีกเลี่ยงและป้องกันการตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์จึงเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นและได้รับการคุ้มครองตามสัญญา การที่แพทย์ให้การรักษายาบาลต่ำกว่ามาตรฐานในการประกอบวิชาชีพหรือดเว้นจากหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังในการรักษายาบาลจึงเป็นการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้องตามวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของสัญญา ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทั้งปวงที่สามารถเกิดขึ้นได้ตามปกติจากการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้องของแพทย์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 215 ประกอบมาตรา 222 โดยค่าเสียหายที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์คือค่าเสียหายที่จะช่วยทำให้ชายและหญิงได้ไปสู่สถานะเสมือนหนึ่งว่าแพทย์ได้ใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้และเสมือนหนึ่งว่ามีการชำระหนี้ตามสัญญาถูกต้องครบถ้วน กล่าวคือ ค่าเสียหายที่ช่วยทำให้หญิงได้กลับคืนสู่สถานะเสมือนหนึ่งว่าหญิงไม่ต้องตั้งครรภ์ และค่าเสียหายที่ช่วยทำให้ชายและหญิงได้กลับคืนสู่สถานะเสมือนหนึ่งว่าชายและหญิงไม่ได้ให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ เมื่อค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจประเภทหนึ่งที่สามารถเกิดขึ้นได้ตามปกติจากการที่แพทย์ชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้อง อีกทั้งเป็นความเสียหายที่แพทย์สามารถคาดเห็นได้ตั้งแต่เวลาที่แพทย์ได้ตกลงรับชายหรือหญิงไว้ในการรักษาพยาบาลและการดูแลของตน ชายและหญิงย่อมมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์

นอกจากนี้ ในกรณีที่แพทย์ให้คำรับรองผลสำเร็จของการผ่าตัดทำหมันหรือการทำแท้ง ไม่ว่าจะได้ทำไว้เป็นลายลักษณ์อักษรหรือมีพฤติการณ์ของแพทย์ที่ทำให้ชายและหญิงเข้าใจว่าแพทย์ให้คำรับรองว่าการผ่าตัดทำหมันหรือการทำแท้งต้องประสบผลสำเร็จอย่างแน่นอน อันเป็นการ

⁶¹ Green v Sudakin (1978) 81 Mich App 545, 265 NW2d 411 ; Guilty v Jewish Hospital of Brooklyn Med Liability Reporter, Volume 7, p.631 (NY Sup Ct.1985)

รับรองผลโดยปริยาย⁶² ถ้าปรากฏว่าผลการผ่าตัดทำหมันหรือผลการทำแท้งไม่เป็นไปตามคำรับรอง ชายและหญิงย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามคำรับรอง โดยที่ชายและหญิงไม่จำเป็นต้องพิสูจน์เลยว่าการที่หญิงตั้งครรภ์ และการที่ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นผลมาจากความผิดของแพทย์หรือไม่ เพราะในกรณีที่แม้ว่าแพทย์จะใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานการประกอบวิชาชีพแล้วก็ตาม ความรับผิดชอบของแพทย์ก็ยังคงต้องเป็นไปตามคำรับรองผล⁶³ เว้นเสียแต่ว่าการตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นเหตุสุดวิสัยที่แพทย์ไม่สามารถป้องกันได้หรือเป็นผลมาจากความผิดของชายและหญิง

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าไม่ว่าจะเป็นความรับผิดชอบตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือกฎหมายลักษณะสัญญา แพทย์จะต้องรับผิดชอบเมื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ด้วยเหตุดังกล่าวในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ชายและหญิงย่อมมีหน้าที่ในการพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ แม้การตั้งครรภ์ของหญิงจะไม่ได้เป็นผลโดยตรงมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ แต่เป็นผลมาจากการปฏิสนธิของเซลล์อสุจิและเซลล์ไข่ภายหลังจากที่ชายและหญิงมีความสัมพันธ์ทางเพศระหว่างกัน แต่เมื่อพิจารณาจากลักษณะคำฟ้องของชายและหญิง ชายและหญิงไม่ได้กล่าวอ้างว่าการกระทำของแพทย์เป็นเหตุทำให้หญิงตั้งครรภ์ แต่ชายและหญิงกล่าวอ้างว่าการกระทำของแพทย์ทำให้หญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงการตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์ และทำให้ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์⁶⁴ ด้วยเหตุดังกล่าวหน้าที่ในการพิสูจน์ความสัมพันธ์

⁶² Mason v Western Pennsylvania Hospital (1982) 499 Pa 484, 453 A2d 974.

⁶³ Jackson v Anderson (1970, Fla App) 230 So 2d 503.

⁶⁴ คดี BGHZ 27 June 1995 NJW 1995,2407 ศาลประเทศเยอรมนีมีคำพิพากษาว่า แม้การตั้งครรภ์ของหญิงเป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ แต่การที่ชายและหญิงมีเพศสัมพันธ์จนตั้งครรภ์หาได้เป็นเหตุแทรกแซงที่ทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลขาดตอนลง เพราะหากแพทย์ไม่ได้ตรวจสอบการผ่าตัดทำหมันโดยประมาท หรือในกรณีที่แพทย์ให้ข้อมูลถึงอัตราความเสี่ยงที่การผ่าตัดทำหมันอาจไม่ประสบผลสำเร็จ อีกทั้งแพทย์แนะนำวิธีการป้องกันการตั้งครรภ์ ภายหลังจากการผ่าตัดทำหมัน ชายและหญิงสามารถเลือกที่จะหลีกเลี่ยงที่มีเพศสัมพันธ์ในช่วงเวลาที่ไม่ปลอดภัย และสามารถป้องกันการตั้งครรภ์โดยเลือกใช้อุปกรณ์คุมกำเนิดอื่นๆ ภายหลังจากผ่าตัดทำหมัน

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่ชายและหญิงทราบอยู่แล้วว่าการผ่าตัดทำหมันมีโอกาที่จะไม่ประสบผลสำเร็จ หากชายและหญิงเลือกที่จะมีเพศสัมพันธ์โดยไม่ป้องกัน การกระทำของชายและหญิงถือได้ว่าเป็นการสมควรใจเข้าเสี่ยงภัยโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร ส่งผลทำให้ความสัมพันธ์

ระหว่างการกระทำและผลของชายและหญิงก็คือ หน้าที่ในการพิสูจน์ว่าการกระทำของแพทย์ทำให้ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงการตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เท่านั้น⁶⁵ โดยแยกพิจารณาได้ดังนี้

กรณีที่ 1 ในกรณีที่มีความผิดพลาดเกิดขึ้นในกระบวนการผ่าตัดทำหมันหรือกระบวนการทำแท้ง ตัวอย่างเช่น แพทย์ลืมผ่าตัดทำหมันให้ชายหรือหญิง แพทย์ลืมทำแท้งให้กับหญิง แพทย์ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการผ่าตัดทำหมันหรือทำแท้ง แพทย์ไม่ได้ตรวจสอบผลสำเร็จของการผ่าตัดทำหมันหรือการทำแท้ง ในการพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ชายและหญิงมีหน้าที่พิสูจน์ว่าในกรณีที่ปราศจากความผิดพลาดของแพทย์ ชายและหญิงมีโอกาสที่จะหลีกเลี่ยงและป้องกันการตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตร อีกทั้งการทำแท้งย่อมต้องประสบผลสำเร็จ กล่าวคือทารกต้องถึงแก่ความตาย ถ้าชายและหญิงสามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริงดังกล่าวได้ ความผิดพลาดของแพทย์ย่อมเป็นผลโดยตรงที่ทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์⁶⁶

กรณีที่ 2 ในกรณีที่แพทย์ใช้ความระมัดระวังในการผ่าตัดทำหมันหรือทำแท้งแล้ว แต่แพทย์ละเลยต่อหน้าที่ในการให้ข้อมูลและแจ้งเตือนให้ชายและหญิงทราบว่ามีโอกาสที่การผ่าตัดทำหมันและการทำแท้งอาจไม่ประสบผลสำเร็จ นอกจากนี้ แพทย์ยังละเลยต่อหน้าที่ในการให้คำแนะนำถึงวิธีการที่เหมาะสมในการมีเพศสัมพันธ์ภายหลังเข้ารับการผ่าตัดทำหมัน เช่น แพทย์ไม่ได้แจ้งเตือนให้ชายหลีกเลี่ยงการมีเพศสัมพันธ์ทันทีภายหลังเข้ารับการผ่าตัดทำหมัน หรือหลีกเลี่ยงการมีเพศสัมพันธ์ภายหลังที่ผลการตรวจปริมาณเซลล์สืบพันธุ์ยืนยันแล้วว่าชายเข้าสู่ภาวะของการเป็นหมัน⁶⁷ แม้ทุกการผ่าตัดทำหมัน⁶⁸หรือการทำแท้ง⁶⁹ล้วนแต่มีโอกาสที่จะไม่ประสบผลสำเร็จซึ่งเป็นโอกาสที่สามารถเกิดขึ้นได้ตามธรรมชาติ แต่แพทย์ก็มีหน้าที่บอกถึงโอกาสเสี่ยงเหล่านั้นให้ชายและ

ระหว่างการกระทำและผลขาดตอนลง (Sabri-Tabrizi v Lothian Health Board [1998] BMLR 190.) see Emily Jackson, *supra note 8*, p.729. ; Michael A. Jones, *supra note 30*, p.531. ; Grubb, Andrew, *Principles of Medical Law : Fourth Cumulative Supplement*, (New York : Oxford University Press, 2001), pp.71-72.

⁶⁵ John Seymour, “Negligent Treatment in Obstetrics and Midwifery,” in *Childbirth and The Law*, (Oxford Scholarship Online), pp.79-80.

⁶⁶ Ball v Mudge (1964) 64 Wash 2d 247, 391 P2d 201

⁶⁷ Michael A. Jones, *supra note 30*, pp.390-391.

⁶⁸ Hartke v McKelway 707 F 2d 1544 (1983).

⁶⁹ Fredette v Wiebe [1986] 5 W.W.R. 222, BCSC.

หญิงทราบ เพราะข้อมูลดังกล่าวมีผลต่อการตัดสินใจของชายและหญิงที่จะเลือกวิธีการคุมกำเนิดที่ให้ประสิทธิภาพสูงสุด⁷⁰ ดังนั้น ในกรณีชายและหญิงสามารถพิสูจน์ได้ว่าการที่แพทย์ละเลยต่อหน้าที่ในการให้ข้อมูลและการแจ้งเตือนโอกาสที่การให้การรักษาพยาบาลอาจไม่ประสบผลสำเร็จเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงไม่สามารถเลือกวิธีการคุมกำเนิดที่มีประสิทธิภาพสูงสุด ไม่สามารถหลีกเลี่ยงการมีเพศสัมพันธ์ภายหลังเข้ารับการผ่าตัดทำหมัน ไม่สามารถเลือกที่จะใช้อุปกรณ์ป้องกันการตั้งครรภ์อื่นๆ ภายหลังเข้ารับการผ่าตัดทำหมัน ไม่สามารถใช้ความระมัดระวังในการตรวจสอบตรวจการตั้งครรภ์จนเป็นเหตุที่ทำให้หญิงเสียโอกาสที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้ง⁷¹ ในกรณีดังกล่าวแม้ว่าแพทย์ได้ใช้ความระมัดระวังในการผ่าตัดทำหมันหรือการทำแท้งตามมาตรฐานการประกอบวิชาชีพแล้วก็ตาม แต่การที่แพทย์ละเลยต่อหน้าที่ในการให้ข้อมูลและแจ้งเตือนความเสี่ยงเป็นการกระทำที่ส่งผลทำให้ชายและหญิงสูญเสียโอกาสที่จะหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ อีกทั้งยังเป็นการละเมิดต่อสิทธิที่จะได้รับรู้ข้อมูลของผู้ป่วย⁷² ชายและหญิงย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์⁷³

เมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศ ตัวอย่างเช่น ประเทศเยอรมนี⁷⁴ ประเทศเนเธอร์แลนด์และบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา มีข้อสังเกตประการ

⁷⁰ Battersby v Tottman (1985) 37 SASR 524.

⁷¹ Dieter Giesen, *International Medical Malpractice Law : A Comparative Law Study of Civil Liability Arising from Medical Care*, (Boston : Martinus Nijhoff Publishers, 1988), p.157.

⁷² A. Grubb, "Failed Sterilization : Duty to Provide Adequate Warning," *Medical Law Review*, Volume 3, p.297 (1995) ; John Seymour, *supra note 66*, pp.87-88.

⁷³ Michael A. Jones, *supra note 30*, pp.368, 736-743.

⁷⁴ เมื่อพิจารณาแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศเยอรมนีจะพบว่า ในกรณีที่ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ (Wrongful Pregnancy) หรือฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) ศาลยังไม่แน่ใจว่าการรักษาพยาบาลโดยประมาทของแพทย์เป็นการละเมิดต่อสิทธิประเภทใดของชายและหญิง ด้วยเหตุดังกล่าวศาลเห็นว่าการพิจารณาความรับผิดของแพทย์ตามกฎหมายลักษณะสัญญาจะง่ายกว่าการพิจารณาความรับผิดตามกฎหมายลักษณะละเมิด ภายหลังจากที่ศาลพิจารณาความรับผิดของแพทย์ตามกฎหมายลักษณะสัญญาศาลเห็นว่า เมื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงินจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์หรือการให้กำเนิดบุตรที่พิการ เป็นความเสียหายที่สามารถเกิดขึ้นได้ตามปกติจากการชำระหนี้ไม่ถูกต้อง ศาลจึงวางแนวพิจารณาพิพากษาคดีมาโดยตลอดว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

หนึ่งว่า ในกรณีที่ชายและหญิงเลือกที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญา แนวโน้มที่ศาลจะพิพากษาให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์มีมากกว่ากรณีที่ชายและหญิงใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด⁷⁵ เนื่องด้วยการพิจารณาความรับผิดชอบตามกฎหมายลักษณะสัญญา ศาลไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าการกระทำของแพทย์เป็นการล่วงละเมิดต่อสิทธิตามกฎหมายประเภทใดของชายและหญิง หากชายและหญิงสามารถพิสูจน์ได้ว่าระหว่างชายและหญิงกับแพทย์มีความสัมพันธ์ทางสัญญาทางแพ่งต่อกัน และพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลตามปกติที่ย่อมเกิดขึ้นจากการชำระหนี้ไม่ถูกต้อง แพทย์ย่อมมีหน้าที่เยียวยาความเสียหายเหล่านั้นให้ชายและหญิง แม้ว่าความเสียหายเหล่านั้นจะเป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ (Pure economic Loss) ก็ตาม⁷⁶

⁷⁵ See Simon F. Deakin, Basil S. Markesinis and Angus Charles Johnston, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, (Oxford : Clarendon Press, 2003), p. 305. ; Andrew Grubb, Judith Laing, Jean Mchale and Ian Kennedy, *supra note 8*, pp.311-313. ; A Grubb, "Infertility Treatment : Multiple Birth and Damages for the Birth of a Healthy Baby—Thompson v Sheffield Fertility Clinic," *Medical Law Review*, Volume 9, p.170. (2001)

⁷⁶ ในประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศออสเตรเลียมีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นว่าค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่เป็นผลมาจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจ (Consequential Economic Loss) หรือความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ (Pure Economic Loss) เพราะในกรณีที่พิจารณาได้ความว่าค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ ชายและหญิงจะมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายดังกล่าวได้ต่อเมื่อชายและหญิงใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญาเท่านั้น (Hedley Byrne & Co Ltd v Heller & Partners Ltd [1964] AC 465.)

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาแนวการพิพากษาคดีของศาลประเทศอังกฤษ (บางคดี) ประเทศออสเตรเลียและศาลในบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาพบว่า ศาลมีคำพิพากษาว่าค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเป็นความเสียหายที่เป็นผลมาจากความเสียหายทางกายภาพ (Consequential Economic Loss) กล่าวคือ เป็นความเสียหายที่เป็นผลมาจากการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจึงเป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจหาใช่ความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ ด้วยเหตุดังกล่าว แม้ชายและหญิงจะใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด ชายและหญิงย่อมมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กได้เช่นเดียวกับการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญา see Marc Ramsay, "Wrongful Pregnancy and the Offset/Benefits Approach," *Canadian Journal of Law &*

นอกจากนี้ ในกรณีที่การตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นผลมาจากความชำรุดบกพร่องของอุปกรณ์หรือเครื่องมือที่ใช้ในการคุมกำเนิด อาทิ ถุงยางอนามัยชำรุดบกพร่องหรือฉีกขาดก่อนมีการใช้ ชายและหญิงที่ได้รับความเสียหายมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายตามพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 โดยผู้ที่ได้รับความเสียหายจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยมีสิทธิเรียกค่าเสียหายทั้งที่เป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงินจากผู้ประกอบการ ได้แก่ ผู้ผลิต หรือผู้ว่าจ้างให้ผลิต ผู้นำเข้า ผู้ขายสินค้าที่ไม่สามารถระบุตัวผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิต หรือผู้นำเข้าให้ผลิต หรือผู้นำเข้าได้ นอกจากนี้ยังรวมถึงผู้ใช้ชื่อ ชื่อทางการค้า เครื่องหมายการค้า เครื่องหมาย ข้อความหรือแสดงด้วยวิธีใดๆ อันมีลักษณะที่จะทำให้เกิดความเข้าใจได้ว่าเป็นผู้ผลิต ผู้ว่าจ้างให้ผลิตหรือผู้นำเข้า ทั้งนี้ ไม่ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นจะเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบการหรือไม่ก็ตาม กล่าวคือ ผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงความผิดของผู้ประกอบการ เนื่องจากความรับผิดของผู้ประกอบการเป็นไปตามหลักความรับผิดโดยเคร่งครัด

แม้ชายและหญิงจะมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์ได้ตามกฎหมายลักษณะละเมิดและกฎหมายลักษณะสัญญา แต่จำนวนค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่ชายและ

Jurisprudence, Volume 28, Issue 1, p.132 (2015) ; Christian Witting, *supra note 3*, pp189-208. ; Christian Witting, "Tort Law, Policy and the High Court of Australia," *Melbourne University Law Review*, Volume 31, Issue 2, pp.569-590 (2007) ; Peter Cane, "Another Failed Sterilisation," *Law Quarterly Review*, Volume 120, pp.189-193 (2004) ; Jean Vanessa Mchale and Marie Fox, *Health Care Law : Text and Materials*. 2nd ed., (London : Sweet & Maxwell, 2007), p.281. ; Angus Stewart, "Damages for the Birth of a Child," *Journal of Law and Social Sciences*, Volume 40, pp.298, 300 (1995) ; Laura Ch Hoyano, "Misconceptions About Wrongful Conception," *The Modern Law Review*, Volume 65, Issue 6, pp.883-884 (2002)

อย่างไรก็ดี เมื่อการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ไม่ทำให้ชายได้รับความเสียหายทางกายภาพ สำหรับชายแล้วค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจึงเป็นความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ (Pure Economic Loss) เพื่อแก้ปัญหาที่ว่าชายจะมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กได้หรือไม่ ศาสตราจารย์ Dean Stretton เสนอว่าชายควรใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายร่วมกับหญิง see Dean Stretton, "Birth Torts : Damages for Wrongful Birth and Wrongful Life," *Deakin Law Review*, Volume 10, Issue 1, pp.330-331 (2005)

หญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงแวดล้อมที่เกี่ยวกับสถานะทางครอบครัวของชายและหญิง อาทิ อายุ สถานะทางกฎหมายและทางเศรษฐกิจของชายและหญิง จำนวนบุตรที่ชายและหญิงมีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยง อาชีพ หน้าที่การงาน รายได้ ระยะเวลาที่ชายและหญิงมีหน้าที่ตามกฎหมายในการอุปการะเลี้ยงบุตร⁷⁷ โดยศาลควรกำหนดให้แพทย์มีหน้าที่จ่ายค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กให้ชายและหญิงเป็นเงินรายเดือน นอกจากนี้ ศาลควรกำหนดเงื่อนไขในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำพิพากษาหากพบข้อเท็จจริงว่าผลกระทบทางเศรษฐกิจหรือภาระหน้าที่การเงินของชายและหญิงเปลี่ยนแปลงหรือหมดสิ้นไป หรือพบข้อเท็จจริงว่าชายและหญิงได้ยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่น เพราะเมื่อหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรของชายและหญิงย่อมยุติลง แพทย์ย่อมไม่มีหน้าที่เยียวยาความเสียหายอีกต่อไป

ในกรณีที่เฉพาะหญิงหรือชายเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้นเป็นผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมันหรือทำแท้ง มีปัญหาเกิดขึ้นว่าถ้าความผิดพลาดของแพทย์ทำให้เกิดความเสียหายต่อชายหรือหญิงคู่สมรสที่เป็นบุคคลภายนอก หรือทำให้เกิดความเสียหายต่อสมาชิกในครอบครัวคนอื่นๆ อาทิ พี่น้องร่วมบิดามารดาของเด็กที่เกิดขึ้นมาจากความผิดพลาดของแพทย์ ชาย หญิงหรือสมาชิกคนอื่นๆ ที่เป็นบุคคลภายนอกมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ด้วยหรือไม่ ซึ่งการพิจารณาความรับผิดชอบของแพทย์ที่มีต่อบุคคลภายนอกนั้น ในกรณีที่เป็นการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด ต้องพิจารณาว่าแพทย์มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อบุคคลภายนอกที่ไม่ได้เป็นผู้เข้ารับการรักษาพยาบาลด้วยหรือไม่ ส่วนกรณีที่เป็นการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญา ต้องพิจารณาว่าสัญญาเข้ารับบริการทางการแพทย์มีวัตถุประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองแก่สิทธิประโยชน์ของบุคคลภายนอก กล่าวคือ เป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกหรือไม่

เมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศอังกฤษ ปัญหาเรื่องสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของบุคคลภายนอกปรากฏขึ้นในคดี *Goodwill v British Pregnancy Advisory*⁷⁸ โดยศาลพิจารณาว่า ในการกระบวนกรให้การรักษาพยาบาลแพทย์ไม่ได้มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อผู้เข้ารับการรักษาพยาบาลเพียงคนเดียวเท่านั้น แต่แพทย์ยังมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อบุคคลภายนอกที่ได้รับประโยชน์จากการที่แพทย์ชำระหนี้ตามสัญญา และอาจได้รับความเสียหายหากมีการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้องปรากฏขึ้น อย่างไรก็ตาม หน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังของแพทย์ที่มีต่อบุคคลภายนอกนั้น บุคคลภายนอกจะต้องเป็นบุคคลที่แพทย์สามารถคาดเห็นได้เท่านั้น เมื่อแพทย์ไม่อาจมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อชายหรือหญิงอื่นทุกคนผู้ซึ่งมีโอกาสที่จะ

⁷⁷ *Smith v Gore* (1987, Tenn) 728 SW2d 738.

⁷⁸ [1996] 1 ELR 1397

เข้ามามีความสัมพันธ์ทางเพศกับผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมัน หน้าที่ใช้ความระมัดระวังของแพทย์จึงมีเฉพาะกับชายหรือหญิงผู้ที่เป็นคู่สมรสอยู่ก่อนมีการผ่าตัดทำหมัน ชายและหญิงที่กำลังจะเป็นคู่สมรสของผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมัน หรือชายหรือหญิงผู้ซึ่งเข้าร่วมในกระบวนการผ่าตัดทำหมันเท่านั้น เมื่อข้อเท็จจริงในคดีปรากฏว่าหญิงที่ให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์คือหญิงที่มีความสัมพันธ์ทางเพศกับชาย ภายหลังจากที่ชายเข้ารับการผ่าตัดทำหมันกับแพทย์แล้วเป็นเวลากว่า 4 ปี หญิงจึงไม่ใช่บุคคลภายนอกที่แพทย์สามารถคาดเห็นได้ว่าอาจได้รับความเสียหายจากความผิดพลาดของแพทย์ด้วยเหตุดังกล่าวแพทย์จึงไม่มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อหญิง แม้แพทย์จะผ่าตัดทำหมันชายโดยประมาทการกระทำของแพทย์จึงเป็นการผิดหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังต่อชายและเป็นการทำละเมิดต่อชายเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น หญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์⁷⁹ สอดคล้องกับคดี *Thake v Maurice* ที่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าชายเป็นผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมัน เมื่อการผ่าตัดทำหมันมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการตั้งครรภ์ของหญิงและป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่ไม่พึงประสงค์ซึ่งเป็นประโยชน์ร่วมกันของทั้งชายและหญิง หน้าที่ของแพทย์ที่ต้องใช้ความระมัดระวังจึงไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะต่อชายผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมัน แต่แพทย์ยังมีหน้าที่จะต้องใช้ความระมัดระวังต่อหญิงอีกด้วย เมื่อการผ่าตัดทำหมันเกิดขึ้นโดยประมาท ศาลจึงพิพากษาว่าเมื่อหญิงเป็นคู่สมรสของชายอยู่แล้ว ก่อนที่ชายเข้ารับการผ่าตัดทำหมัน แพทย์จึงสามารถคาดเห็นได้ว่าหากแพทย์ผ่าตัดทำหมันโดยประมาท การกระทำดังกล่าวย่อมทำให้หญิงได้รับความเสียหาย หญิงจึงเป็นผู้เสียหายและมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายได้ตามกฎหมายลักษณะละเมิดเช่นเดียวกับชาย⁸⁰

ประเทศสหรัฐอเมริกา ในปัญหาที่ว่าบุคคลภายนอกมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์หรือไม่ สามารถพิจารณาจากแนวการพิพากษาคดีได้ดังนี้

แนวทางที่ 1 ศาลมีความเห็นว่าเฉพาะชายหรือหญิงที่เป็นผู้เข้ารับการรักษาพยาบาล และมีความสัมพันธ์กับแพทย์เท่านั้น จึงจะเป็นผู้เสียหายที่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหาย ส่วนคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งจะฟ้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ได้ก็ต่อเมื่อคู่สมรสได้เข้าเป็นโจทก์ร่วมและเป็นการ

⁷⁹ Brendan Greene, *supra note 27*, p.64. ; Malcolm Khan and Michelle Robson, *supra note 20*, p. 73. ; Rachael Mulheron, Medical Negligence : Non-Patient and Third Party Claims, (England : Ashgate Publishing, 2010), p.242. ; Simon F. Deakin, Basil S. Markesinis and Angus Charles Johnston, *supra note 75*, pp.310-311. ; Michael A. Jones, *supra note 30*, pp.173-175.

⁸⁰ Alasdair Maclean, Briefcase on Medical Law, (United Kingdom : Cavendish Publishing, 2001), p.193.

ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยอาศัยสิทธิของฝ่ายที่มีสัมพันธ์กับแพทย์เท่านั้น⁸¹ ดังนั้น หากความเสียหายที่เกิดขึ้นคู่สมรสฝ่ายที่เข้ารับการรักษายาบาลมีส่วนผิด คู่สมรสซึ่งเป็นบุคคลภายนอกย่อมไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายดังกล่าว⁸²

แนวทางที่ 2 ศาลมีความเห็นว่า แม่ชายหรือหญิงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียวจะเป็นผู้เข้ารับการรักษายาบาลหรือมีความสัมพันธ์กับแพทย์ แต่ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ไม่ได้ส่งผลกระทบต่อผู้เข้ารับการรักษายาบาลเพียงฝ่ายเดียว แต่ยังส่งผลกระทบต่อและก่อให้เกิดความเสียหายต่ออีกฝ่ายหนึ่งผู้ซึ่งมีหน้าที่ทั้งตามกฎหมายและศีลธรรมที่ต้องให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กร่วมกับผู้ที่มีความสัมพันธ์กับแพทย์⁸³ แม้คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งไม่ได้มีความสัมพันธ์โดยตรงกับแพทย์ แต่ก็ไม่ใช่เหตุทำให้เขาเหล่านั้นหมดสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย เพราะแพทย์คาดเห็นได้อยู่แล้วว่าการกระทำของตนย่อมส่งผลกระทบต่อชายหรือหญิงที่เป็นบุคคลภายนอก ดังนั้น แนวทางที่ 2 นี้เห็นว่าชายและหรือหญิงที่ไม่ได้มีความสัมพันธ์โดยตรงกับ

⁸¹ *Fruiterman v Granata* 276 Va. 629, 668 S.E.2d 127 (2008) ศาลมีคำพิพากษาว่า ในกรณีที่เฉพาะแต่หญิงเท่านั้นที่มีความสัมพันธ์กับแพทย์ แพทย์ย่อมไม่มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อชายซึ่งเป็นบุคคลภายนอก การที่แพทย์ไม่ได้ให้ข้อมูลกับชายและไม่ได้แจ้งเตือนว่ามีความเสี่ยงที่อาจเกิดความผิดปกติขึ้นกับโครโมโซมของเด็กจึงหาใช่กรณีที่แพทย์ละเลยต่อหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังต่อชาย ดังนั้นจึงมีแต่หญิงเท่านั้นที่เป็นผู้เสียหายและมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย

Molloy v Meier 660 N.W.2d 444 (Minn. Ct. App. 2003) ศาลมีคำพิพากษาว่า เมื่อชายไม่ใช่บิดาทางพันธุกรรมของเด็ก อีกทั้งชายไม่เคยเข้าร่วมกระบวนการตรวจสุขภาพของทารก และไม่เคยเข้าพบแพทย์แม้แต่ครั้งเดียว แม่ชายจะมีหน้าที่ทางศีลธรรมที่ต้องช่วยหญิงภรรยาให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็ก แต่เมื่อชายไม่มีความสัมพันธ์กับแพทย์ (No-Physician-Patient Relationship) แพทย์จึงไม่สามารถคาดเห็นได้ว่าชายจะได้รับความเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ แพทย์จึงไม่มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อชาย และชายก็ไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

⁸² *Dehn v Edgecombe* 152 Md. App. 657, 834 A.2d 146 (2003), cert. granted, 379 Md. 224, 841 A.2d 339 (2004) ข้อเท็จจริงปรากฏว่าแพทย์แจ้งเตือนให้ชายงดเว้นจากการมีเพศสัมพันธ์จนกว่าผลการตรวจปริมาณเซลล์สืบพันธุ์จะยืนยันว่าการผ่าตัดทำหมันประสบความสำเร็จ การที่ชายไม่ปฏิบัติตามคำเตือนของแพทย์และมีเพศสัมพันธ์ทันทีภายหลังเข้ารับการผ่าตัดทำหมันจึงเท่ากับว่าชายเองมีส่วนผิด ด้วยเหตุดังกล่าวเมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการจากโรคทางพันธุกรรมโดยไม่พึงประสงค์ หญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความเสียหายจากแพทย์

⁸³ *DiNatale v Lieberman*, 409 So. 2d 512 (Fla. Dist. Ct. App. 5th Dist. 1982).

แพทย์ก็มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเช่นเดียวกัน⁸⁴ เพราะสิทธิเหล่านั้นเป็นสิทธิเฉพาะของชายและหญิง แม่หญิงหรือชายที่มีความสัมพันธ์โดยตรงกับแพทย์ไม่ใช่สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย คู่สมรสบุคคลภายนอกก็ยังคงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ด้วยตนเอง⁸⁵

⁸⁴ Doerr v Villate (1966) 74 Ill App 2d 332, 220 NE2d 767 ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ก่อนที่แพทย์ได้ทำการผ่าตัดทำหมันให้กับชาย แพทย์ได้เรียกให้ชายและหญิงเข้ามาทำความเข้าใจเกี่ยวกับกระบวนการผ่าตัดทำหมัน โดยแพทย์ให้ข้อมูลและขอความยินยอมจากหญิงว่าการผ่าตัดทำหมันจะทำให้ชายสูญเสียความสามารถในการเจริญพันธุ์อย่างถาวร และไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้อีกต่อไป เมื่อหญิงทราบข้อมูลดังกล่าว หญิงได้ลงลายมือชื่อให้ความยินยอมในหนังสือสัญญาเข้ารับการผ่าตัดทำหมัน ด้วยเหตุดังกล่าวศาลเห็นว่า แม่หญิงจะไม่ได้เป็นคู่สัญญาโดยตรงแต่เป็นบุคคลภายนอกที่แพทย์สามารถคาดเห็นได้ว่าเป็นบุคคลที่อาจได้รับความเสียหายหากแพทย์ชำระหนี้ไม่ถูกต้อง เมื่อแพทย์ผ่าตัดทำหมันชายโดยประมาทจนทำให้การผ่าตัดทำหมันไม่ประสบผลสำเร็จ อีกทั้งเป็นเหตุทำให้หญิงตั้งครรภ์และคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ หญิงจึงเป็นอีกหนึ่งผู้เสียหายที่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์เพราะเหตุที่แพทย์ชำระหนี้ไม่ถูกต้องเช่นเดียวกัน

Custodio v Bauer (1967, 1st Dist) 251 Cal App 2d 303, 59 Cal Rptr 463, 27 ALR3d 884 ศาลมีคำพิพากษาว่า เมื่อสัญญาเข้ารับการผ่าตัดทำหมันไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองเฉพาะผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมัน (หญิง) เท่านั้น แต่ยังมีวัตถุประสงค์คุ้มครองบุคคลภายนอก (ชายสามี) อีกด้วย ดังนั้น แพทย์จึงไม่ได้มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อหญิงผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมันเท่านั้น แต่ยังมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อชายบุคคลภายนอก โดยหน้าที่ดังกล่าวเกิดขึ้นจากข้อสัญญาระหว่างหญิงกับแพทย์ เมื่อแพทย์ผ่าตัดทำหมันโดยประมาทจนเป็นเหตุทำให้หญิงตั้งครรภ์และคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ อีกทั้งเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ทั้งชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญาจากแพทย์

Laboratory Corp. of America v Hood 395 Md. 608, 911 A.2d 841 (Md. 2006), Rich v Foye 21 Conn. Supp. 11, 44 Conn. L. Rptr. 184, 2007 WL 6369831 (Super. Ct. 2007) and Khadim v Laboratory Corp. of America 838 F. Supp. 2d 448 (W.D. Va. 2011) ศาลมีคำพิพากษาว่า แพทย์ผู้ให้คำปรึกษาทางด้านพันธุศาสตร์หาได้มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อหญิงผู้เข้ารับคำปรึกษาเท่านั้น เพราะในกระบวนการให้คำแนะนำทางพันธุศาสตร์ แพทย์มีหน้าที่เก็บตัวอย่างพันธุกรรมของชายและหญิงเพื่อนำมาตรวจวิเคราะห์ นอกจากนี้ เมื่อชายเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในกระบวนการทางการแพทย์ทั้งหมด อีกทั้งแพทย์สามารถคาดเห็นได้ว่าการตัดสินใจเกี่ยวกับการกำหนดอนาคตในการเจริญพันธุ์ ชายและหญิงต้องตัดสินใจร่วมกัน แพทย์จึงมีหน้าที่ใช้

ในประเทศเยอรมนี ปัญหาที่ว่าชายหรือหญิงบุคคลภายนอกมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์หรือไม่ปรากฏในคดี BGH 18 March 1980⁸⁶ ศาลพิจารณาว่า สัญญาเข้ารับการผ่าตัดทำหมันหรือเข้ารับการทำแท้งไม่ได้มีวัตถุประสงค์คุ้มครองเฉพาะหญิงหรือชายที่เข้ารับการรักษายาบาลเท่านั้น แต่ยังมีวัตถุประสงค์ให้ความคุ้มครองสิทธิและประโยชน์ของหญิงหรือชายซึ่งเป็นบุคคลภายนอกอีกด้วย ดังนั้น ในกรณีที่ความผิดพลาดทางการแพทย์ทำให้บุคคลภายนอกได้รับความเสียหาย บุคคลภายนอกย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้เช่นเดียวกับหญิงหรือชายที่เป็นคู่สัญญากับแพทย์⁸⁷ ซึ่งการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลใน

ความระมัดระวังต่อชายสามีผู้ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกสัญญาเข้ารับเข้าปรึกษาทางพันธุศาสตร์ด้วย ดังนั้น ชายบุคคลภายนอกจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ได้ตามกฎหมายลักษณะสัญญา

⁸⁵ Geler v Akawie, 358 N.J. Super. 437, 818 A.2d 402 (App. Div. 2003) ; Paretta v Medical Offices for Human Reproduction, 195 Misc. 2d 568, 760 N.Y.S.2d 639 (Sup. Ct. 2003) ; Estate of Amos v Vanderbilt University, 62 S.W.3d 133 (Tenn. 2001) ; Gallagher v Duke University (1988, CA4 NC) 852 F2d 773

⁸⁶ (VI ZR 105/78), BGHZ 76, 249. see Bénédict Winiger, Helmut Koziol, Reinhard Zimmermann and Bernhard A. Koch, *supra note 14*, pp.875-877.

⁸⁷ คดี BGH, 24 Nov 1983 VersR 1984, 393 ข้อเท็จจริงปรากฏว่า หญิงเข้ารับการผ่าตัดทำหมันจากแพทย์ แต่แพทย์ผ่าตัดทำหมันโดยประมาททำให้การผ่าตัดทำหมันไม่ประสบความสำเร็จ หญิงและชายบุคคลภายนอกจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ศาลมีคำพิพากษาว่าการผ่าตัดทำหมันโดยประมาทของแพทย์นอกจากเป็นเหตุที่ทำให้หญิงได้รับความเสียหายแล้ว ยังเป็นเหตุทำให้ชายบุคคลภายนอกได้รับความเสียหายอีกด้วย เนื่องจากชายเป็นบุคคลที่มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กร่วมกับหญิงจนกว่าเด็กจะบรรลุนิติภาวะ ดังนั้น สัญญาเข้ารับการผ่าตัดทำหมันจึงเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก ซึ่งมีชายสามีของหญิงเป็นผู้รับประโยชน์จากสัญญา ชายจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพราะเหตุที่แพทย์ชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้องได้เช่นเดียวกัน ; ในปี ค.ศ. 2007 ในคดี BGH 14 November 2006 IZR 48/06 VersR 2007,109 ศาลมีคำพิพากษาว่า แม้ชายจะไม่ได้เป็นสามีที่จดทะเบียนสมรสกับหญิง แต่ชายก็ถือได้ว่าเป็นบุคคลภายนอกผู้ได้รับประโยชน์จากสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก ชายจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้เช่นเดียวกับชายที่จดทะเบียนสมรสกับหญิง see Franz Michael Petry, “Medical Liability in Germany,” in Medical Liability in Europe : A Comparison of Selected Jurisdictions., ed. Bernhard A Koch, (Germany : De Gruyter, 2011), p.279. ; BGH

ลักษณะดังกล่าวเป็นไปตามหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกที่ว่า ในกรณีที่บุคคลภายนอกสามารถพิสูจน์ได้ว่าสัญญามีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิและประโยชน์ของตนด้วยแล้ว สัญญาดังกล่าวจึงเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก ดังนั้น ผู้ที่ได้รับความเสียหายแม้ว่าจะเป็นบุคคลภายนอกก็มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายได้เช่นเดียวกัน⁸⁸

จากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีข้างต้นต่อปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของบุคคลภายนอก เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายไทยสามารถแยกพิจารณาระหว่างกรณีที่ชายและหญิงใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดและกรณีที่ชายและหญิงใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญาได้ดังนี้

กรณีที่ชายและหญิงใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด เมื่อการตั้งครุฑและการให้กำเนิดบุตรเป็นเรื่องที่ทั้งชายและหญิงมีสิทธิแสดงเจตจำนงกำหนดอนาคตเกี่ยวกับการเจริญพันธุ์ร่วมกัน เพราะชายและหญิงเป็นบุคคลที่ถูกผูกพันว่าต้องมีภาระหน้าที่ตามกฎหมายและศีลธรรมที่จะต้องให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กจนกว่าเด็กจะบรรลุนิติภาวะหรือจนกว่าเด็กจะถึงแก่ความตาย (กรณีที่เกิดพิการ) ดังนั้น เมื่อมีความผิดพลาดทางการแพทย์อย่างใดเกิดขึ้นกับชายหรือหญิงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ความผิดพลาดดังกล่าวจึงไม่เป็นเพียงเหตุที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อชายหรือหญิงที่เข้ารับการรักษาพยาบาลจากแพทย์เท่านั้น แต่ชายหรือหญิงบุคคลภายนอกยังได้รับความเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์อีกด้วย ดังนั้น การกระทำของแพทย์นอกจากเป็นการทำละเมิดโดยตรงต่อชายหรือหญิงที่เป็นผู้เข้ารับการรักษาพยาบาล การกระทำของแพทย์ยังเป็นงดเว้นจากหน้าที่ที่จะไม่ทำให้ชายหรือหญิงบุคคลภายนอกได้รับความเสียหาย โดยหน้าที่ของแพทย์ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังต่อชายหรือหญิงบุคคลภายนอกนี้เป็นหน้าที่ที่เกิดขึ้นจากความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และชายหรือหญิงผู้เข้ารับการรักษาพยาบาล การกระทำของแพทย์จึงเป็นการละเมิดต่อสิทธิของบุคคลภายนอกอีกด้วย อย่างไรก็ตาม บุคคลภายนอกที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนี้ ต้องเป็น

8 July 2008 NJW 2008, 2846. see Florian Wagner-von Papp and Jörg Fedtke, "Germany," in *European Tort Law 2008*. eds. Helmut Koziol and Barbara C Steininger, (Germany : SpringerWienNewYork, 2009), pp.306-308.

⁸⁸ ตุคตี Bundesgerichtshof (Sixth civil division) 12 February 1979, WM 1979,548=NJW 1979, 1595158 และคดี Bundesgerichtshof (Sixth Civil Division) 19 January 1977 , NJW 1977,2073=VersR 1977, 638 ใน ปวรา โพรพิพิช, "ความรับผิดชอบละเมิดในการให้คำแนะนำโดยประมาท," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556), น. 135-137, 178.

บุคคลที่แพทย์สามารถคาดเห็นได้ว่าจะได้รับความเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ เช่น ต้องเป็นชายหรือหญิงสามีหรือภรรยาของผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมันหรือการทำแท้ง ชายหรือหญิงที่แพทย์ทราบว่าเป็นคู่ชีวิตของชายหรือหญิงที่เข้ารับการผ่าตัดทำหมันหรือการทำแท้ง ชายหรือหญิงที่เข้าร่วมในกระบวนการให้คำปรึกษาทางการแพทย์หรือให้ความยินยอมให้กับแพทย์เพื่อให้แพทย์ผ่าตัดทำหมันให้ชายหรือหญิงสามีภรรยาของตน หรือทำแท้งให้กับภรรยาของตน โดยชายหรือหญิงดังกล่าวต้องเป็นบุคคลที่เป็นเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์และมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก อีกทั้งต้องเป็นชายและหญิงผู้มีหน้าที่ให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กตามกฎหมายหรือตามหน้าที่ทางศีลธรรม (กรณีที่ชายและหญิงไม่ได้จดทะเบียนสมรส) เมื่อการกระทำของแพทย์เป็นการละเมิดต่อสิทธิของชายและหญิง ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420

กรณีที่ชายและหญิงเลือกใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญา ชายและหญิงจะได้รับประโยชน์มากกว่าการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดหลายประการ ตัวอย่างเช่น เมื่อพิจารณาตามกฎหมายลักษณะละเมิดยังไม่เป็นที่แน่ชัดว่าผู้เสียหายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้หรือไม่ แต่เมื่อพิจารณาตามกฎหมายลักษณะสัญญาพบว่าความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้เป็นความเสียหายที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ในกรณีที่การชำระหนี้ไม่ถูกต้องทำให้เจ้าหนี้ได้รับความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ ถ้าความเสียหายดังกล่าวเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ตามปกติจากการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้อง เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้จากลูกหนี้ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 215 ประกอบมาตรา 222) นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาอายุความสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญาเปรียบเทียบกับกฎหมายลักษณะละเมิดพบว่าสัญญาเข้ารับบริการทางการแพทย์เป็นสัญญาจ้างทำของประเภทหนึ่งซึ่งกฎหมายไม่ได้กำหนดอายุความการใช้สิทธิเรียกร้องเอาไว้เป็นการเฉพาะ เจ้าหนี้จึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ภายใน 10 ปี (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/30) นับจากวันที่เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องเหนือลูกหนี้ กล่าวคือ วันที่มีการชำระหนี้ไม่ถูกต้องเกิดขึ้น แต่ในกรณีที่ชายและหญิงเลือกที่จะใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด ชายและหญิงจะต้องใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายภายใน 1 ปี นับจากวันที่ชายหรือหญิงรู้ถึงการทำละเมิดและรู้ตัวบุคคลที่ต้องชดใช้ค่าเสียหาย แต่ต้องไม่เกิน 10 ปี นับจากวันที่มีการทำละเมิด (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 448) ด้วยเหตุดังกล่าว ในกรณีที่ชายหรือหญิงรู้ถึงการทำละเมิดและรู้ถึงตัวบุคคลที่ต้องชดใช้ค่าเสียหายแต่ชายและหญิงยังไม่ได้ใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด หากชายและหญิงมีความสัมพันธ์ทางสัญญาทางแพ่งกับแพทย์ด้วยแล้ว ชายและหญิงย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญาได้อีกด้วย

อย่างไรก็ดี แม้การใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญาจะเป็นประโยชน์มากกว่าการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด แต่ในกรณีที่เฉพาะชายหรือหญิงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเท่านั้นที่มีความสัมพันธ์ทางสัญญาอยู่กับแพทย์ ย่อมมีปัญหาเกิดขึ้นว่าชายหรือหญิงบุคคลภายนอกมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ตามกฎหมายลักษณะสัญญาด้วยหรือไม่ ซึ่งการพิจารณาถึงสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของชายหรือหญิงบุคคลภายนอกตามกฎหมายลักษณะสัญญามีข้อยุ่งยากมากกว่ากรณีที่ชายหรือหญิงบุคคลภายนอกใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด เพราะโดยปกติลูกหนี้จะมีหน้าที่ชดใช้ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้องต่อบุคคลที่เป็นเจ้าหนี้ของตนเท่านั้น ลูกหนี้จะมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้ต่อบุคคลภายนอกต่อเมื่อสัญญาเหล่านั้นเป็นสัญญาตัวการตัวแทนหรือเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก ด้วยเหตุดังกล่าวจึงนำมาสู่ประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่ว่า สัญญาที่ชายหรือหญิงเข้ารับการผ่าตัดทำหมัน หรือสัญญาที่หญิงเข้ารับการทำแท้งเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกด้วยหรือไม่

เมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศเยอรมนีและประเทศเนเธอร์แลนด์ ศาลพิจารณาว่าสัญญาเข้ารับการผ่าตัดทำหมันหรือสัญญาเข้ารับการทำแท้งเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกประเภทหนึ่ง โดยมีชายหรือหญิงผู้เป็นสามีหรือภรรยาของผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมันหรือของหญิงผู้เข้ารับการทำแท้งเป็นบุคคลภายนอกที่ได้รับประโยชน์จากสัญญา แม้ชายหรือหญิงจะไม่ได้เป็นคู่สัญญาโดยตรงกับแพทย์ ชายหรือหญิงบุคคลภายนอกก็มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ตามกฎหมายลักษณะสัญญา

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายไทยหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 374 ถึงมาตรา 376 ซึ่งจะพบว่ากฎหมายไม่ได้กำหนดคำนิยามและลักษณะเฉพาะของสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกเอาไว้ ดังนั้น สัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกจึงเป็นสัญญาประเภทใดก็ได้ โดยไม่จำเป็นต้องเป็นเอกเทศสัญญา เช่น สัญญาประกันภัย เพราะในกรณีที่สัญญาใดเจ้าหนี้ได้ทำข้อตกลงกับลูกหนี้เพื่อให้ลูกหนี้ชำระหนี้ให้กับบุคคลภายนอกแล้วไซ้ สัญญาดังกล่าวย่อมเข้าลักษณะของสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกทั้งสิ้น

อย่างไรก็ดี เมื่อความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เป็นเหตุนำไปสู่การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ เป็นความผิดพลาดในกระบวนการผ่าตัดทำหมันหรือการทำแท้ง จึงทำให้เกิดปัญหาที่ว่าในขั้นตอนการเข้าทำสัญญาผ่าตัดทำหมันของชายหรือหญิงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือในกรณีของการเข้าทำสัญญาทำแท้งของหญิง เมื่อน้ำที่ของแพทย์ในการใช้ความระมัดระวังในการผ่าตัดทำหมันหรือการทำแท้ง เป็นหน้าที่ของแพทย์ที่มีต่อชายหรือหญิงผู้เข้า

รับการผ่าตัดทำหมันหรือเข้ารับการทำแท้งเท่านั้น แพทย์หาได้มีหน้าที่ต้องชำระหนี้โดยตรงต่อชายหรือหญิงที่ไม่ได้เป็นผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมันหรือเข้ารับการทำแท้ง เพียงแต่การชำระหนี้ของแพทย์ทำให้ชายหรือหญิงคู่สมรสหรือคู่ชีวิตของชายหรือหญิงที่เข้ารับการผ่าตัดทำหมันได้ประโยชน์ กล่าวคือ ในกรณีที่ชายเป็นฝ่ายเข้ารับการผ่าตัดทำหมัน ประโยชน์ของหญิงที่เป็นคู่สมรสหรือคู่ชีวิตของชายก็คือประโยชน์ที่จะไม่ต้องตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ส่วนกรณีที่หญิงเป็นฝ่ายเข้ารับการผ่าตัดทำหมันหรือเป็นฝ่ายเข้ารับการทำแท้ง ประโยชน์ของชายที่เป็นคู่สมรสหรือคู่ชีวิตก็คือประโยชน์ที่จะไม่ให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ด้วยเหตุดังกล่าวสามารถอาศัยการตีความข้อสัญญาได้หรือไม่ว่า ในสัญญาเข้ารับการผ่าตัดทำหมันหรือสัญญาเข้ารับการทำแท้ง นอกจากแพทย์จะตกลงที่จะใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้ให้กับชายหรือหญิงผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมันหรือเข้ารับการทำแท้งแล้ว แพทย์ยังตกลงที่จะใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้ต่อชายหรือหญิงคู่สมรสหรือคู่ชีวิตของผู้เข้ารับการรักษาพยาบาลโดยตรงซึ่งเป็นบุคคลภายนอกของสัญญาหรือไม่

ในปัญหาว่าด้วยสิทธิของบุคคลภายนอกที่จะเรียกร้องเอาประโยชน์จากสัญญาหรือฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากลูกหนี้ ผู้เขียนได้ทำการศึกษาจากหลักกฎหมายประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส และประเทศอังกฤษดังนี้

เมื่อพิจารณาตามหลักกฎหมายเยอรมันว่าด้วยความรับผิดชอบในสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกพบว่า นอกจากสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกประเภทที่เจ้าหน้าที่และลูกหนี้ได้ตกลงกันให้ฝ่ายหนึ่งชำระหนี้ให้กับบุคคลภายนอกแล้ว ในกรณีที่สัญญาประเภทใดที่นอกจากมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิและประโยชน์ระหว่างคู่สัญญาแล้ว แต่ยังมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิและประโยชน์ของบุคคลภายนอกอีกด้วยไซ้ สัญญาดังกล่าวย่อมเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกอีกประเภทหนึ่ง เมื่อบุคคลภายนอกมีสิทธิที่จะได้รับประโยชน์หรืออาจได้รับความเสียหายจากสัญญาดังกล่าว (*Drittschandensliquidation.*) กฎหมายจึงให้ความคุ้มครองสิทธิและประโยชน์ของบุคคลภายนอกโดยกำหนดให้บุคคลภายนอกมีสิทธิเรียกเอาประโยชน์และเรียกให้คู่สัญญาชำระหนี้ให้กับตน และในกรณีที่มีความเสียหายอย่างใดเกิดขึ้นบุคคลภายนอกยังมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากคู่สัญญาได้อีกด้วย⁸⁹

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายฝรั่งเศส แรกเริ่มเดิมทีกฎหมายได้กำหนดว่าสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกจะต้องเป็นสัญญาที่ประกอบไปด้วยเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่ง กล่าวคือ ประการที่ 1 ลูกหนี้ตกลงว่าจะชำระหนี้ให้กับบุคคลภายนอกเพื่อประโยชน์ของเจ้าหน้าที่ หรือ ประการที่ 2

⁸⁹ ปวรา โพธิพิพิธ, *เพ็ญอ้วง*, น.133. and Raymond Youngs, *English, French & German Comparative Law*, (London : Routledge-Cavendish, 2007), pp.587-588.

เป็นสัญญาที่เจ้าหน้าที่ได้ตกลงกับลูกหนี้เพื่อให้ลูกหนี้ชำระหนี้กับบุคคลภายนอกโดยเสนาหา อย่างไรก็ตาม ศาลได้ตีความขยายเงื่อนไขทั้งสองประการข้างต้น โดยศาลเห็นว่าแม้ลูกหนี้ไม่ได้ตกลงที่จะชำระหนี้ให้กับบุคคลภายนอก แต่ถ้าสัญญามุ่งคุ้มครองประโยชน์บุคคลภายนอกด้วยแล้ว บุคคลภายนอกย่อมมีสิทธิแสวงหาประโยชน์จากสัญญาและมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเมื่อมีความเสียหายอย่างใดเกิดขึ้นกับตน ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่หญิงประสบอุบัติเหตุจากการโดยสารรถไฟจนเป็นเหตุทำให้หญิงถึงแก่ความตาย แม้เฉพาะแต่หญิงเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้นที่เป็นผู้โดยสารและเป็นคู่สัญญารับบริการจากบริษัทขนส่ง แต่ศาลเห็นว่าทายาทของหญิงเป็นบุคคลภายนอกที่ได้รับประโยชน์จากสัญญาและมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากบริษัทรถไฟได้เช่นเดียวกัน โดยการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายดังกล่าวเป็นการใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายของเด็กซึ่งเป็นบุคคลภายนอกหาได้เป็นการใช้สิทธิของหญิงคู่สัญญาหรือในกรณีที่โรงพยาบาลที่ให้การรักษายาบาลผู้ป่วยได้ติดต่อขอรับเลือดจากธนาคารเลือดหรือสถานพยาบาลแห่งอื่น ในกรณีที่ธนาคารเลือดหรือสถานพยาบาลไม่ได้ตรวจสอบเลือดก่อนที่จะส่งมอบให้โรงพยาบาลที่แสดงความจำนงว่าเลือดดังกล่าวปนเปื้อนไปด้วยเชื้อโรค การที่โรงพยาบาลที่ให้การรักษายาบาลผู้ป่วยนำเลือดดังกล่าวมาใช้ในการรักษายาบาลย่อมส่งผลกระทบต่อสุขภาพของผู้ป่วย จึงทำให้เกิดปัญหาว่าผู้ป่วยที่เป็นบุคคลภายนอกสัญญามีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากธนาคารเลือดหรือสถานพยาบาลที่ส่งมอบเลือดที่ปนเปื้อนเชื้อโรคได้หรือไม่ ในปัญหาดังกล่าวศาลได้พิพากษาว่า แม้สัญญาขอรับเลือดเป็นสัญญาระหว่างโรงพยาบาลกับธนาคารเลือดเท่านั้น แต่เมื่อการผิดสัญญาดังกล่าวทำให้หญิงได้รับความเสียหาย หญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในฐานะที่หญิงเป็นบุคคลภายนอกผู้ได้รับประโยชน์ในสัญญาเช่นกัน⁹⁰

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายอังกฤษ เดิมนักกฎหมายต่างเห็นว่าเมื่อสัญญามีผลผูกพันเฉพาะคู่สัญญาตามหลัก “Privity of Contract” บุคคลที่จะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญาจะต้องเป็นบุคคลผู้เป็นคู่สัญญาโดยตรงเท่านั้น บุคคลภายนอกที่ไม่ได้เป็นคู่สัญญาย่อมไม่มีสิทธิที่จะแสวงหาประโยชน์จากสัญญาของบุคคลอื่น อย่างไรก็ตาม เมื่อหลักกฎหมายดังกล่าวทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อบุคคลภายนอกที่อาจเสียประโยชน์หรือได้รับความเสียหายจากสัญญาบางประเภท ฝ่ายนิติบัญญัติจึงตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีชื่อว่า Contracts (Right of Third Parties) Act 1999 กำหนดหลักเกณฑ์สำคัญไว้ว่า ในกรณีที่สัญญาประเภทใดมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ประโยชน์ต่อบุคคลภายนอกด้วยแล้ว แม้ในขณะที่มีการทำสัญญาจะยังไม่มีหรือยังไม่สามารถระบุตัวบุคคลภายนอกได้ก็ตาม สัญญาดังกล่าวย่อมเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก

⁹⁰ Raymond Youngs, *Ibid*, pp.586-587.

บุคคลภายนอกจึงมีสิทธิเรียกให้คู่สัญญาชำระหนี้ให้กับตน รวมทั้งมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเมื่อมีความเสียหายอย่างไร้เกิดขึ้น⁹¹

เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกตามกฎหมายไทย ดังที่ได้ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 374 วรรคหนึ่งที่ว่า “ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งทำสัญญาตกลงว่าจะชำระหนี้แก่บุคคลภายนอกไซ้ ท่านว่าบุคคลภายนอกมีสิทธิจะเรียกชำระหนี้จากลูกหนี้โดยตรงได้” จะเห็นได้ว่า แม้ถ้อยคำในกฎหมายจะบัญญัติสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกต้องเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง “ตกลงว่าจะชำระหนี้ให้แก่บุคคลภายนอก” แต่เมื่อกฎหมายไม่ได้กำหนดว่าการตกลงที่จะชำระหนี้ให้กับบุคคลภายนอกต้องเป็นการตกลงโดยชัดแจ้ง การตกลงดังกล่าวจึงอาจเกิดขึ้นได้จากการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง การแสดงเจตนาโดยปริยาย หรือการแสดงเจตนาโดยการนิ่ง อีกทั้งประโยชน์ที่บุคคลภายนอกจะได้รับจากสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกนี้ ไม่จำเป็นต้องเกิดจากหนี้กระทำการเท่านั้น เพราะประโยชน์ที่บุคคลภายนอกได้รับอาจเกิดขึ้นจากหนี้ประเภทดเว้นกระทำการหรือหนี้ส่งมอบทรัพย์สิน⁹² นอกจากนี้ ในกรณีที่เป็นการแสดงเจตนาโดยปริยายหรือโดยการนิ่ง การพิจารณาว่าสัญญาประเภทใดเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก และการพิจารณาว่าบุคคลภายนอกจะเป็นบุคคลผู้ได้รับประโยชน์จากสัญญาหรือไม่ ต้องอาศัยการตีความจากสัญญา ไม่ว่าจะเป็นการตีความจากพฤติการณ์แวดล้อม ลักษณะและสภาพแห่งสัญญา วัตถุประสงค์ของสัญญา ข้อเท็จจริงที่ฝ่ายเจ้าหนี้และลูกหนี้ต่างรู้กันอยู่แล้วก่อนตกลงเข้าทำสัญญา ภายหลังจากที่ใช้ทักษะในการตีความข้อสัญญาแล้ว หากได้ความว่าวัตถุประสงค์ของสัญญามุ่งคุ้มครองประโยชน์ของบุคคลภายนอกด้วยแล้ว แม้จะไม่เคยปรากฏให้เห็นถึงการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งว่าคู่สัญญาตกลงที่จะชำระหนี้ให้บุคคลภายนอก แต่เพื่อให้เกิดความยุติธรรมและเพื่อให้บุคคลภายนอกได้รับประโยชน์หรือได้รับการเยียวยาความเสียหาย กฎหมายย่อมมีหน้าที่รับรองสิทธิของบุคคลภายนอกเหล่านั้น

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น แม้ว่าหน้าที่ของแพทย์ตามสัญญาผ่าตัดทำหมันหรือสัญญาทำแท้งคือหน้าที่ที่แพทย์จะต้องใช้ความระมัดระวังต่อชายหรือหญิงที่เข้ารับการทำหมันหรือเข้ารับการทำแท้ง อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นว่านอกจากแพทย์จะมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อชายและหญิงผู้เข้ารับการทำหมันโดยตรงแล้ว เมื่อการชำระหนี้ของแพทย์มีผลทำให้ชายหรือหญิงบุคคลภายนอกได้รับประโยชน์และอาจทำให้บุคคลภายนอกได้รับความเสียหายหากแพทย์ไม่ได้

⁹¹ *Ibid*, pp584-586.

⁹² อุษา จิระชาติ, "สัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), น.61, 127.

ใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้ แพทย์จะมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อชายหรือหญิงผู้เป็นคู่สมรส หรือคู่ชีวิตของผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมันหรือเข้ารับการทำแท้งอีกด้วย อีกทั้งมีหน้าที่ต้องงดเว้นจากการกระทำใดๆ ที่อาจเป็นเหตุทำให้บุคคลภายนอกได้รับความเสียหาย ซึ่งการกระทำดังกล่าวทำให้แพทย์มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังในการผ่าตัดทำหมันหรือการทำแท้ง เพื่อไม่ให้มีความเสียหายอย่างใด ๆ เกิดขึ้นกับชายหรือหญิงซึ่งเป็นบุคคลภายนอก ด้วยเหตุกล่าว เมื่อสัญญาเข้ารับการผ่าตัดทำหมันหรือสัญญาเข้ารับการทำแท้งมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของชายหรือหญิงบุคคลภายนอกด้วยแล้ว สัญญาเข้ารับการผ่าตัดทำหมันหรือเข้ารับการทำแท้งจึงเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกประเภทหนึ่ง แม้ชายหรือหญิงจะไม่ได้ระบุตัวบุคคลภายนอกผู้รับประโยชน์จากสัญญาไว้ก็ตาม⁹³ ดังนั้น ในกรณีที่แพทย์ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้ต่อชายหรือหญิงผู้เข้ารับการผ่าตัดทำหมันหรือเข้ารับการทำแท้ง นอกจากชายหรือหญิงคนดังกล่าวจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ได้ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 215 ประกอบมาตรา 222 ชายหรือหญิงซึ่งเป็นบุคคลที่แพทย์สามารถคาดเห็นได้ว่าจะได้รับประโยชน์หรือได้รับความเสียหายจากการชำระหนี้ของตน ย่อมเป็นบุคคลภายนอกที่ได้รับประโยชน์จากสัญญา ชายหรือหญิงบุคคลภายนอกสามารถแสดงเจตนาเข้ารับเอาประโยชน์แห่งสัญญาจากแพทย์ด้วยการเรียกให้แพทย์ชดเชยค่าเสียหาย และในกรณีที่แพทย์ไม่ยินยอมชดเชยค่าเสียหายชายหรือหญิงบุคคลภายนอก สัญญามีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ จากเหตุที่แพทย์ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้จนเป็นเหตุทำให้บุคคลภายนอกได้รับความเสียหายตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 374 ประกอบมาตรา 215 และมาตรา 222 อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่าชายหรือหญิงที่จะเป็นบุคคลภายนอกที่ได้รับประโยชน์จากสัญญาต้องเป็นบุคคลภายในความคาดเห็นได้ของแพทย์ อีกทั้งต้องเป็นบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ กล่าวคือ ต้องเป็นบุคคลที่เป็นเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์และมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก อีกทั้งยังมีหน้าที่ให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็ก ไม่ว่าจะ เป็นหน้าที่ตามกฎหมายหรือหน้าที่ในทางศีลธรรมก็ตาม

นอกจากปัญหาที่ว่าชายหรือหญิงบุคคลภายนอกจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายหรือไม่แล้ว บางครั้งยังพบว่าปัญหาอีกด้วยว่าสมาชิกของครอบครัวคนอื่นๆ ที่ได้รับความเสียหายจากการเกิดของเด็ก อาทิ พี่น้องร่วมบิดามารดาของเด็กที่เสียโอกาสที่จะได้รับการอุปการะเลี้ยงดู

⁹³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5791/2556 สัญญาเพื่อประโยชน์บุคคลภายนอกนี้ ในขณะที่ทำสัญญาไม่มีความจำเป็นที่ต้องระบุตัวบุคคลภายนอกผู้รับประโยชน์ว่าเป็นตัวบุคคลใดโดยเฉพาะเจาะจง

อย่างเหมาะสมหรือเสียโอกาสที่จะมีคุณภาพชีวิตที่ดี⁹⁴ หรือป่วยตายของเด็ก⁹⁵ บุคคลดังกล่าวมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ได้หรือไม่⁹⁶

ในปัญหาข้างต้นแม้ผู้เขียนเห็นว่าการเพิ่มมากขึ้นของจำนวนสมาชิกภายในครอบครัวจะส่งผลกระทบต่อคุณภาพชีวิตของสมาชิก อีกทั้งยังส่งผลกระทบต่อความสามารถของชายและหญิงในการให้การอุปการะเลี้ยงดูบุตรคนอื่น อย่างไรก็ตาม เมื่อบุคคลดังกล่าวไม่มีความสัมพันธ์โดยตรงกับแพทย์ อีกทั้งเป็นเรื่องยากที่จะกล่าวได้ว่าบุคคลเหล่านั้นเป็นบุคคลที่อยู่ในความคาดเห็นของแพทย์ที่จะได้รับความเสียหายจากการรักษาพยาบาลที่ผิดพลาด ผู้เขียนจึงเห็นว่าถ้าพิจารณาตามกฎหมายลักษณะละเมิด แพทย์ไม่มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อสมาชิกคนอื่นๆ ภายในครอบครัว ส่วนเมื่อพิจารณาตามกฎหมายลักษณะสัญญา สมาชิกคนอื่นๆ ภายในครอบครัวหาได้เป็นบุคคลภายนอกที่ได้รับประโยชน์จากสัญญา⁹⁷ นอกจากนี้ เมื่อชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากแพทย์ได้แล้ว เงินค่าเสียหายที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องดังกล่าวจึงช่วยเยียวยาผลกระทบทางเศรษฐกิจและความยากลำบากในการดำเนินชีวิตของสมาชิกทุกคนในครอบครัว⁹⁸ กล่าวคือ ช่วยทำให้

⁹⁴ Miller v Duhart, 637 S.W.2d 183 (Mo. Ct. App. 1982).

⁹⁵ Michelman v Erlich, 311 N.J. Super. 57 (1998) ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ปู่และย่าที่เลี้ยงดูเด็กแทนบุตรชายของตนฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินจากแพทย์ เพราะปู่และย่าต้องเผชิญกับความเศร้าโศกเสียใจที่ต้องเห็นหลานของตนทุกข์ทรมานในสภาพว่างที่พิการ ในชั้นพิจารณาพิพากษาคดี ศาลเห็นว่าแพทย์ไม่ได้มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อปู่และย่าของเด็ก แม้ปู่และย่าจะทำหน้าที่ให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กตามความเป็นจริงก็ตาม คงมีเฉพาะชายและหญิงเท่านั้นที่ เป็นผู้เสียหายและมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

⁹⁶ Rachael Mulheron, *supra note 79*, p.242.

⁹⁷ Susan Schmerler, Lessons Learned : Risk Management Issues in Genetic Counseling, (USA : Springer, 2008), p.13. ; คดี Cox v Stretton (1974) 77 Misc 2d 155, 352 NYS2d 834 ศาลมีคำพิพากษาว่า แม้การเกิดของเด็กจะส่งผลกระทบต่อคุณภาพชีวิตของพี่น้องร่วมบิดามารดาคนอื่นๆ แต่พี่น้องร่วมบิดามารดาก็ไม่ใช่ผู้เสียหายและไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

⁹⁸ Moscatello ex rel. Moscatello v University of Medicine and Dentistry of New Jersey 342 N.J. Super. 351, 776 A.2d 874 (App. Div. 2001). ศาลมีคำพิพากษาว่า พี่น้องร่วมบิดามารดาของเด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ เนื่องจากค่าเสียหายที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ครอบคลุมถึงประโยชน์และช่วยเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับ

การดำเนินชีวิตและสถานะทางเศรษฐกิจของครอบครัวกลับคืนสู่สถานะเสมือนว่าไม่มีความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้น จึงไม่มีเหตุผลอันสมควรที่กฎหมายควรยินยอมให้สมาชิกคนอื่นๆ มาฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายด้วยตนเองได้อีก

ในทางกลับกัน มีปัญหาเกิดขึ้นว่าในกรณีที่เด็กที่เกิดขึ้นมามีชีวิตและมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ แต่ต้องอยู่ในสภาพแวดล้อมที่ยากลำบากและไม่เหมาะสม ตัวอย่างเช่น เด็กเกิดขึ้นมาในระหว่างที่ชายและหญิงกำลังประสบปัญหาทางเศรษฐกิจจนทำให้เด็กไม่ได้รับการเลี้ยงดูด้วยความรัก หรือทำให้การใช้ชีวิตของเด็กเป็นอย่างยากลำบาก เด็กที่เกิดขึ้นมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์จะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายด้วยหรือไม่⁹⁹ ในปัญหาข้อนี้ ผู้เขียนมีความเห็นเช่นเดียวกับปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของสมาชิกภายในครอบครัวคนอื่นๆ กล่าวคือ เมื่อชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากแพทย์ โดยค่าเสียหายดังกล่าวสามารถช่วยเยียวยาทั้งความยากลำบากในการดำเนินชีวิตของชายและหญิง และความยากลำบากในการดำเนินชีวิตของเด็ก เด็กจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ได้อีก

(3) ปัญหาว่าด้วยความเสียหายอันเป็นผลมาจากการทำแท้งที่ผิดพลาด

ในกรณีที่มีความเสียหายเป็นผลมาจากความผิดพลาดในกระบวนการทำแท้ง ก่อนที่พิจารณาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายหรือไม่ ต้องพิจารณาเสียก่อนว่าความผิดพลาดดังเป็นผลมาจากกระบวนการทำแท้งที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เพราะในกรณีที่ความเสียหายเป็นผลมาจากการทำแท้งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ชายและหญิงย่อมไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายดังกล่าว เพราะการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายต้องเป็นการใช้สิทธิโดยสุจริต แต่เมื่อหญิงมีส่วนกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 แม้ว่าจะมีความเสียหายเกิดขึ้นจริง หญิงก็คงเป็นเพียงผู้เสียหายโดยพฤตินัยเท่านั้น แต่ไม่สามารถอาศัยกฎหมายเป็นเครื่องมือเพื่อแสวงหาประโยชน์ใดๆ อันเกิดขึ้นเพราะการกระทำความผิดของตน

สมาชิกคนอื่นๆ ภายในครอบครัวแล้ว จึงไม่มีเหตุผลที่ศาลควรยินยอมให้สมาชิกคนอื่นๆ มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ได้อีก

⁹⁹ *Stills v Gratton* (1976) 55 Cal App 3d 698, 127 Cal Rptr 652 ข้อเท็จจริงในคดีปรากฏว่า แพทย์ทำแท้งโดยประมาทเป็นเหตุทำให้การทำแท้งไม่ประสบผลสำเร็จ อีกทั้งเป็นเหตุทำให้เด็กเกิดขึ้นมาในสภาพแวดล้อมที่ไม่เหมาะสม เด็กจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต ศาลพิพากษาว่าการที่เด็กได้เกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ แม้ว่าจะได้อยู่ในสภาพแวดล้อมที่เหมาะสมหรือไม่ได้มีชีวิตตามความมุ่งหวัง การเกิดของเด็กก็ไม่เป็นความเสียหายตามกฎหมาย เด็กจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

ผู้เขียนได้แบ่งลักษณะความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดในกระบวนการทำแท้งไว้ 2 ประเภท ดังนี้ คือ ประเภทที่ 1 ความเสียหายที่เป็นผลโดยตรงจากการทำแท้งที่ผิดพลาด อาทิ หญิงหรือทารกในครรภ์ได้รับอันตรายต่อร่างกายหรืออนามัย ทารกในครรภ์ถึงแก่ความตาย ก่อนที่มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย ประเภทที่ 2 ความเสียหายต่อสิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเอง และสิทธิในการเลือกที่จะป้องกันการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ด้วยการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง โดยแยกพิจารณา ดังนี้

ประเภทที่ 1 ความเสียหายที่เป็นผลโดยตรงมาจากการทำแท้งที่ผิดพลาด

การพิจารณาว่าหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นผลโดยตรงมาจากการทำแท้งที่ผิดพลาดหรือไม่นั้น ต้องแยกพิจารณาระหว่างกรณีที่ความเสียหายเป็นผลมาจากกระบวนการทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายกับกรณีที่ความเสียหายเป็นผลมาจากกระบวนการทำแท้งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

กรณีที่ 1 ความเสียหายเป็นผลมาจากกระบวนการทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมาย

ในกรณีที่หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย แพทย์ผู้ยินยอมรับหญิงเข้าทำแท้งมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังในการทำแท้งอย่างน้อย 2 ประการ กล่าวคือ ประการที่ 1 แพทย์มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังเพื่อไม่ให้หญิงได้รับอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกายจากการทำแท้ง ประการที่ 2 แพทย์มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังเพื่อทำให้การทำแท้งประสบผลสำเร็จ กล่าวคือ ต้องทำลายชีวิตของทารกในครรภ์อย่างสมบูรณ์ และต้องกระทำการใดๆ เพื่อไม่ให้ทารกได้คลอดออกมามีชีวิต หากมีความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้นจนเป็นเหตุทำให้การทำแท้งไม่ประสบผลสำเร็จ และเป็นเหตุทำให้เด็กต้องเกิดขึ้นมามีร่างกายพิการหรือได้รับผลกระทบต่อสุขภาพหรืออนามัยจากการทำแท้ง หรือความผิดพลาดของแพทย์เป็นเหตุทำให้หญิงเข้าใจว่ามีความจำเป็นที่หญิงต้องเข้ารับการทำแท้งเนื่องจากทารกในครรภ์พิการหรือเป็นโรคทางพันธุกรรมอย่างรุนแรง ซึ่งในความเป็นจริงแล้วทารกในครรภ์มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ภายหลังจากที่เด็กคลอดออกมามีชีวิตพร้อมกับปัญหาสุขภาพและร่างกายที่พิการ หรือหญิงต้องสูญเสียชีวิตของทารกในครรภ์จากการที่แพทย์แนะนำให้หญิงเข้ารับการทำแท้งโดยประมาท หญิงและเด็กอาจมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ได้ตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือกฎหมายลักษณะสัญญา

แม้การพิจารณาถึงสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอันเกิดขึ้นจากกระบวนการทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายจะไม่ยุ่งยากเหมือนกับกรณีที่ความเสียหายเป็นผลมาจากกระบวนการทำแท้งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะไม่มีปัญหาที่ต้องพิจารณาว่าการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของหญิงเป็นการใช้สิทธิโดยสุจริตหรือไม่ อย่างไรก็ตามยังมีปัญหาเกิดขึ้นว่าเมื่อการทำแท้งเป็นกระบวนการทางการแพทย์ที่เกิดขึ้นบนเนื้อตัวร่างกายของหญิง แพทย์จึงต้องได้รับ

การยินยอมจากหญิงก่อนทำแท้ง หากหญิงได้ให้ความยินยอมกับแพทย์ไว้ก่อนเข้ารับการทำแท้ง ความยินยอมของหญิงเช่นนี้จะทำให้แพทย์มีสิทธิทำแท้งให้กับหญิงด้วยวิธีการใดๆ โดยที่แพทย์ไม่ต้องรับผิดชอบ กล่าวคือ ทำให้การกระทำของแพทย์ในทุกกรณีไม่เป็นการทำละเมิด ตามสุภาษิตกฎหมายที่ว่า “ความยินยอมไม่เป็นละเมิด (*Voluntati non fit injuria*)” หรือไม่

เมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มีประเด็นที่ต้องพิจารณาอีกด้วยว่า เมื่อความยินยอมของผู้ป่วยเป็นความยินยอมให้มีการกระทำต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัย ความยินยอมเช่นนี้ขัดต่อกฎหมายหรือไม่¹⁰⁰ ในปัญหาดังกล่าว ศาสตราจารย์ ดร. ศันท์กรณ โสทธิพันธุ์ ให้ความเห็นว่า ความยินยอมของผู้ป่วยที่เข้ารับการรักษาพยาบาลเป็นความยินยอมที่ไม่ขัดต่อ มาตรา 8 พระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เนื่องจากไม่ใช่ความยินยอมให้แพทย์ก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตหรือร่างกายของผู้ป่วย แต่เป็นความยินยอมให้แพทย์ทำการรักษาพยาบาล¹⁰¹ เมื่อความยินยอมของผู้ป่วยยังคงมีผลทางกฎหมายแพทย์จึงมีอำนาจให้การรักษาพยาบาลต่อผู้ป่วยและไม่เป็นการละเมิดต่อสิทธิของผู้ป่วย

อย่างไรก็ดี ความยินยอมของผู้ป่วยเป็นเพียงความยินยอมให้แพทย์ทำการรักษาพยาบาลตามความรู้ความเชี่ยวชาญ และเป็นไปตามมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพเท่านั้น แพทย์

¹⁰⁰ พระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

มาตรา 8 ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้า เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ หรือของบุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลง ผู้ประกาศ หรือผู้แจ้งความต้องรับผิดชอบ จะนำมาอ้างเป็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้

ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดในกรณีอื่นนอกจากที่กล่าวในวรรคหนึ่ง ซึ่งไม่เป็นโมฆะ ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

¹⁰¹ ศันท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามิควรได้ พร้อมด้วยคำอธิบายในส่วนของพระราชบัญญัติว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 พระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 และกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อ, พิมพ์ครั้งที่ 6, แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), น.147-149.

จึงไม่สามารถให้การรักษาพยาบาลตามต้องการ¹⁰² ในกรณีที่หญิงยินยอมให้แพทย์ทำแท้ง ความยินยอมของหญิงหมายถึงความยินยอมให้แพทย์ทำแท้งโดยเจตนาและต้องใช้ความระมัดระวังเพื่อให้การทำแท้งประสบผลสำเร็จ กล่าวคือ แพทย์ต้องใช้ความระมัดระวังในการทำแท้งเพื่อให้ทารกในครรภ์ถึงแก่ความตายหรือคลอดออกมาไม่มีชีวิต และไม่ทำให้หญิงได้รับความเสียหายจากการทำแท้ง โดยความยินยอมของหญิงไม่รวมถึงการยินยอมให้แพทย์ทำแท้งโดยประมาท ในกรณีที่แพทย์ทำแท้งให้แก่หญิงโดยประมาทปราศจากความระมัดระวังหรือไม่เป็นไปตามมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพ แพทย์จะยกเอาความยินยอมของหญิงขึ้นกล่าวอ้าง เพื่อให้แพทย์หลุดพ้นจากความรับผิดชอบไม่ได้ หญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ได้ตามกฎหมาย

กรณีที่ 2 ความเสียหายที่เป็นผลมาจากกระบวนการทำแท้งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีที่หญิงได้รับความเสียหายจากกระบวนการทำแท้งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย นอกจากมีปัญหาเกี่ยวกับการให้ความยินยอมในการทำแท้งแล้ว ยังมีปัญหาว่าด้วยการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของบุคคลผู้มีส่วนกระทำความผิดทางอาญาก็ด้วย

สำหรับประเด็นเรื่องความยินยอมของหญิงในการเข้ารับการทำแท้งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย มีปัญหาเกิดขึ้นว่าความยินยอมดังกล่าวต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือเป็นความยินยอมที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่¹⁰³ เมื่อพิจารณาจากประมวล

¹⁰² ไพจิตร ปุญญพันธุ์, "ดอกเบ๊ยในมูลละเม็ด," ตุลพาท, เล่ม 1, ปีที่ 20, น.18-58 (พฤศจิกายน-ธันวาคม 2516). อ้างถึงใน ธรรมนูญ ปัทมสิงห์ ณ อยุธยา, "มาตรฐานทางกฎหมายในการแก้ต่างคดี : ศึกษากรณีผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมถูกฟ้อง," เอกสารวิชาการหลักสูตร "ผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง" (บ.ย.ส.) รุ่นที่ 12, วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม, 2552, น.20. ; เมธี วงศ์ศิริสุวรรณ, กฎหมายกับการประกอบวิชาชีพเวชกรรม, (กรุงเทพมหานคร : บุ๊คเน็ต, 2549), น.164. ; ฉัตรสมัน พุทธิภิญโญ, กฎหมายสุขภาพและการรักษาพยาบาล, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555), น.88-91.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6092/2552 ความยินยอมของผู้ป่วยที่ให้แพทย์ทำการรักษาพยาบาลแม้จะเป็นการแสดงออกให้แพทย์กระทำต่อร่างกายของผู้ป่วยเพื่อการรักษาได้ แต่หากการรักษาไม่ได้เป็นไปตามมาตรฐานแห่งวิชาชีพแพทย์ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ร่างกายของผู้ป่วยซึ่งเป็นผลโดยตรงมาจากความประมาทเลินเล่อของแพทย์อันเป็นการทำละเมิดต่อผู้ป่วย แพทย์ย่อมต้องรับผิดชอบต่อผู้ป่วย

¹⁰³ พระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

กฎหมายอาญาและข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการทำแท้ง กฎหมายกำหนดให้การทำแท้งไม่เป็นความผิดตามกฎหมายต่อเมื่อการตั้งครรภ์เกิดจากการกระทำความผิดอาญา การตั้งครรภ์ส่งผลกระทบต่อสุขภาพกายหรือจิตใจของหญิง รวมทั้งกรณีที่หญิงมีอาการเครียดอย่างรุนแรงจากการทราบผลการตรวจว่าทารกในครรภ์พิการหรือเป็นโรคทางพันธุกรรม ดังนั้น การที่หญิงให้ความยินยอมกับแพทย์เพื่อทำแท้งในกรณีอื่นๆ จึงเป็นความยินยอมที่ขัดต่อกฎหมายและศีลธรรมอันดีของประชาชน ในกรณีที่มีความผิดพลาดเกิดขึ้นในกระบวนการทำแท้งจนเป็นเหตุทำให้หญิงได้รับความเสียหาย แพทย์ไม่สามารถอ้างความยินยอมของหญิงเพื่อเป็นเหตุให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดตามกฎหมาย

อย่างไรก็ดี แม้แพทย์ไม่สามารถอ้างความยินยอมของหญิงขึ้นต่อสู้ ก็ไม่ได้หมายความว่าแพทย์ต้องรับผิดในความเสียหายต่อหญิง เพราะการที่หญิงยินยอมให้แพทย์ทำแท้งโดยที่หญิงไม่มีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย การกระทำของหญิงย่อมเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 เมื่อหญิงเองเป็นผู้กระทำความผิดด้วยแล้ว นอกจากหญิงไม่ใช่ผู้เสียหายโดยนิตินัยและไม่มีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีกับแพทย์ตามกฎหมายอาญา หญิงก็ไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางแพ่งจากผู้ทำละเมิดหรือลูกหนี้ตามสัญญาเช่นเดียวกัน¹⁰⁴ เพราะทุกครั้งที่มีผู้เสียหายเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม ผู้เสียหายต้องดำเนินคดีด้วยความสุจริต¹⁰⁵

มาตรา 9 ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดมิได้

¹⁰⁴ เพิ่ง เพิ่งนิติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพมหานคร : ไม่ปรากฏชื่อสำนักพิมพ์, 2558), น.109-110.

เนื่องจากความเสียหายที่เกิดขึ้นกับหญิง เป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ทางอาชญากรรม จึงเป็นการแสดงให้เห็นอย่างแจ่มชัดว่าหญิงมีความไม่สุจริตมาตั้งแต่ต้น หญิงจึงไม่สามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อฟ้องเรียกร้องเรียกค่าเสียหายได้ ดู ไชยยศ สุทธิกลม, "ความรับผิดฐานละเมิดกรณีผู้เสียหายมีความผิดด้วย," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530), น.(7), 214-226.

¹⁰⁵ อรรถนิติ ดิษฐอำนาจ, "เอกสารประกอบการสอน วิชา 3403301 กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาคการศึกษาต้น ปีการศึกษา 2554", โครงการตำราและสื่อการสอน คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554, น.4. ; สอดคล้องกับหลักที่ว่า "บุคคลย่อมไม่สามารถถือเอาประโยชน์อันเกิดแต่ความผิดของตนเอง" หรือ "กฎหมายไม่ยอมให้ผู้ใดมายังศาล ขอให้ศาลช่วยให้ตนได้รับ

ซึ่งเป็นไปตามสุภาษิตกฎหมายที่ว่า “ผู้ที่จะมาขอพึ่งบารมีแห่งความยุติธรรมต้องมาด้วยมืออันบริสุทธิ์”¹⁰⁶ หรือ He who comes to equity must come with clean hands. ซึ่งหมายความว่า บุคคลจะมาอาศัยบารมีของศาลเพื่อแสวงหาประโยชน์จากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมิได้

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากหลักความรับผิดชอบทางสัญญา เมื่อสัญญาระหว่างหญิงและแพทย์มีวัตถุประสงค์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ มุ่งกระทำในสิ่งที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด สัญญาดังกล่าวจึงตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150

ปัญหาการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เกิดจากกระบวนการทำแท้งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นปัญหาที่สำคัญประการหนึ่ง เพราะในปัจจุบันการทำแท้งในหลายกรณียังไม่เป็นที่แน่ชัดว่าเป็นการทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำแท้งเพราะเหตุทางเศรษฐกิจหรือสังคม การทำแท้งเพราะเหตุที่หญิงตั้งครรภ์จากการทำหมันที่ผิดพลาด การทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของทารก อาทิ ทารกพิการ เป็นโรคทางพันธุกรรม หรือเป็นโรคเอ็ดส์ แต่เมื่อแพทย์ทั้งในโรงพยาบาลของรัฐและเอกชนยินยอมรับหญิงเข้ารับการทำแท้ง หากหญิงถูกจำกัดสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดใน

ประโยชน์จากการที่ตนได้กระทำความผิด” ดู พระยานิติไพศาล, หัวข้อเล็กเชอร์ธรรมศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์กรุงเทพฯเดลิแมต์, 2466), น.92-94, 106-107.

ทั้งนี้ไม่ถือว่าเป็นการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือกฎหมายลักษณะสัญญา การใช้สิทธิของผู้เสียหายต้องอยู่ภายใต้ข้อบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 ที่ว่าบุคคลจะต้องใช้สิทธิโดยสุจริต ดู ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล, กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-14, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2548), น.98.

¹⁰⁶ คณิง ภาไชย, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 9, แก้ไขเพิ่มเติมโดย ไพโรจน์ วายุภาพ และณรงค์ ใจหาญ, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น.30.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 151/2473 (ธรรมสาร หน้า 56) “สุภาษิตกฎหมายว่า ‘ไม่ยอมให้ผู้ใดมายังศาลขอให้ช่วยตนได้รับประโยชน์จากการที่ตนได้กระทำความผิด’ นั้น ใช้ได้แต่สำหรับในคดีแพ่ง จะนำมาใช้ในคดีอาญาไม่ได้” อ้างถึงใน คณิต ณ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), น.119.

กระบวนการทำแท้ง กล่าวคือ นอกจากหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีทางอาญาแล้ว¹⁰⁷ หญิงยังไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางแพ่งได้อีก ผลทางกฎหมายดังกล่าวอาจเป็นเหตุทำให้แพทย์เลือกที่จะไม่ใช้ความระมัดระวังในขั้นตอนการทำแท้ง เพื่อป้องกันปัญหาดังกล่าวและเพื่อให้เกิดความยุติธรรมกับหญิงที่ได้รับความเสียหายจากการทำแท้ง ผู้เขียนมีความเห็นว่า กฎหมายควรทำให้หลักเกณฑ์การทำแท้งมีความชัดเจนแน่นอนและต้องสอดคล้องกับสภาพและบริบทของสังคม อีกทั้งยังต้องสอดคล้องกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน โดยผู้เขียนได้วิเคราะห์ไว้ในบทที่ 2 แล้วว่า สิทธิในการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งของหญิงเป็นไปตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 และข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การทำแท้ง ซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้สิทธิกับหญิงที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้งได้กว้างกว่าที่เคยปรากฏในอดีต เพราะถ้าการตั้งครุฑส่งผลกระทบต่อสุขภาพทางจิตของหญิง อาทิ การตั้งครุฑทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางสังคมหรือทางเศรษฐกิจ ทารกในครรภ์มีปัญหาสุขภาพ การตั้งครุฑที่เกิดจากความผิดพลาดในกระบวนการผ่าตัดทำหมัน ในกรณีดังกล่าวหญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย และหากมีความผิดพลาดอย่างใดเกิดขึ้นในกระบวนการทำแท้ง หญิงย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ โดยการใช้สิทธิดังกล่าวหาเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตแต่อย่างใด

ประเภทที่ 2 ความเสียหายจากการสูญเสียโอกาสที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้ง

ความเสียหายจากการสูญเสียโอกาสที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้ง อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีแพทย์ตรวจสอบการตั้งครุฑของหญิงโดยประมาท เป็นเหตุทำให้หญิงไม่ทราบถึงการตั้งครุฑ หรือทราบถึงการตั้งครุฑเมื่อล่วงเลยระยะเวลาที่หญิงสามารถเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย หรืออาจเกิดขึ้นในกรณีที่แพทย์ไม่ยินยอมทำแท้งให้กับหญิง ทั้งที่หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย โดยการปฏิเสธของแพทย์เป็นการปฏิเสธโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร¹⁰⁸

¹⁰⁷ ในปัจจุบันพบว่าหญิงที่ได้รับความเสียหายจากการทำแท้งจำนวนมากไม่กล้าฟ้องร้องดำเนินคดีกับแพทย์ เพราะหญิงกลัวว่าตนอาจถูกฟ้องร้องดำเนินคดีทางอาญาในความผิดฐานยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 เพราะเมื่อความผิดดังกล่าวเป็นความผิดต่อรัฐ พนักงานสอบสวนที่พบเห็นว่ามีกระทำความผิดสามารถสอบสวนและดำเนินคดีกับหญิงได้ทันทีโดยไม่จำเป็นต้องมีการร้องทุกข์เสียก่อน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6318/2541)

¹⁰⁸ นักวิชาการบางฝ่ายเห็นว่า แม้หญิงมีสิทธิเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อการทำแท้งเป็นการทำลายชีวิตของทารก ด้วยความเชื่อทางศาสนาและลักษณะการประกอบวิชาชีพของแพทย์ที่ต้องให้การช่วยเหลือและรักษาชีวิตของผู้ป่วย แพทย์จึงมีสิทธิปฏิเสธที่จะทำแท้งให้แก่หญิงได้เสมอ หญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ที่ไม่ยินยอมทำแท้งให้กับตน

ในการพิจารณาว่าการที่หญิงต้องสูญเสียโอกาสที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้งเป็นความเสียหายตามกฎหมายหรือไม่ ต้องพิจารณาเสียก่อนว่าบทบัญญัติกฎหมายที่ยินยอมให้หญิงทำแท้งโดยไม่เป็นความผิดนั้น เป็นกฎหมายที่กำหนดว่าหญิงมีสิทธิในการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งหรือเป็นเพียงกฎหมายที่กำหนดเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ที่ทำให้การทำแท้งไม่เป็นความผิดตามกฎหมายเท่านั้น แต่ไม่ได้เป็นการรับรองว่าการทำแท้งเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁰⁹

เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 ประกอบกับข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 ผู้เขียนมีความเห็นว่า การที่กฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่ทำให้การทำแท้งในบางกรณีไม่เป็นความผิดตามกฎหมาย กฎหมายดังกล่าวจึงมีผลเป็นการให้อำนาจกับหญิง ตลอดจนเป็นกฎหมายที่ให้ “สิทธิที่จะเลือก” กับหญิงว่าต้องการเข้ารับการทำแท้งตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของกฎหมายหรือไม่ นอกจากนี้ เมื่อสิทธิในการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเป็นสิทธิประเภทหนึ่งที่เกิดขึ้นมาจากสิทธิส่วนบุคคล (Privacy right) สิทธิในการแสดงเจตจำนงและ

เว้นแต่กรณีที่มีการตั้งครรภ์ของหญิงอาจเป็นอันตรายต่อชีวิตหรือร่างกายของหญิง แพทย์มีหน้าที่ที่ต้องทำแท้งให้แก่หญิง และหากการที่แพทย์ไม่ยินยอมทำแท้งให้กับหญิงเป็นเหตุทำให้หญิงได้รับอันตรายหรือถึงแก่ความตาย หญิงหรือญาติย่อมมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ see Andrew Dix , Michael Errington , Kevin Nicholson and Rod Powe, Law for the Medical Profession in Australia, 2nd ed, (Victoria : Butterworths-Heinemann, 1996), p.362.

¹⁰⁹ ในปัญหาที่ว่ากรณีที่กฎหมายยอมให้หญิงเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ส่งผลทำให้หญิงมีสิทธิที่จะเข้าทำแท้งหรือไม่นั้น Maria Canellopoulou Bottis ได้ให้ความเห็นไว้ว่าการที่กฎหมายยินยอมให้หญิงเข้ารับการทำแท้งได้นั้น เป็นเพียงกรณีที่ศาลเห็นว่ามิเหตุจำเป็นที่กฎหมายควรยินยอมให้หญิงและแพทย์มีอำนาจทำแท้งได้โดยไม่ผิดตามกฎหมายเท่านั้น โดยการที่แท้งที่ไม่เป็นความผิดต้องเป็นการทำแท้งตามเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด แต่การที่กฎหมายยินยอมให้หญิงและแพทย์ทำแท้งได้โดยไม่ผิดกฎหมายก็หาได้ทำให้การทำแท้งกลายเป็นเรื่องที่ชอบด้วยกฎหมายและหาทำให้หญิงมีสิทธิที่จะทำแท้งแต่อย่างใดไม่ ด้วยเหตุดังกล่าว แม้การกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นเหตุทำให้หญิงไม่สามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งตามเงื่อนไขกฎหมาย การกระทำของแพทย์หาได้ทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิอย่างใดของหญิง หญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหาย see Maria Canellopoulou Bottis, "Wrongful Birth and Wrongful Life Actions," European Journal of Health Law, Volume 11, Issue 1, p.56 (2004)

กำหนดอนาคตของตนเองอย่างอิสระ (Right to self-determination) การทำแท้งจึงไม่ได้เป็นเพียงเงื่อนไขทางกฎหมายที่ทำให้การทำแท้งไม่เป็นความผิดตามกฎหมายเท่านั้น

นอกจากนี้ ผู้เขียนยังมีความเห็นอีกด้วยว่า เมื่อหญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด สิทธิในการเลือกดังกล่าวจึงเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญและเป็น “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ด้วยเหตุดังกล่าว หากมีการกระทำอย่างใดไม่ว่าจะเกิดขึ้นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อเป็นเหตุทำให้หญิงไม่สามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการละเมิดต่อสิทธิของหญิง หญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด

ในทางกลับ ในกรณีที่หญิงไม่มีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ แม้ปราศจากความผิดพลาดทางการแพทย์หญิงก็ไม่มีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง ผลทางกฎหมายย่อมแตกต่างจากกรณีที่หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เพราะหญิงจะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยกล่าวอ้างว่าเพราะความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นเหตุทำให้หญิงเสียสิทธิที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ เพราะกฎหมายไม่ยินยอมให้บุคคลใดกล่าวอ้างว่าตนได้รับความเสียหายจากการที่ต้องเสียสิทธิที่จะกระทำในสิ่งที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด ดังนั้น แม้แพทย์จะจงใจไม่ตรวจสอบการตั้งครรภ์หรือไม่ยอมทำแท้งให้กับหญิง การกระทำของแพทย์ก็ไม่เป็นการละเมิดต่อสิทธิของหญิง เพราะหญิงไม่เคยมีสิทธิอันอาจถูกล่วงละเมิดได้มาตั้งแต่ต้น

เมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศอังกฤษ เคยมีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นว่า ในกรณีที่กฎหมายภายในประเทศไม่ยินยอมให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่กฎหมายของประเทศเพื่อนบ้านหรือกฎหมายต่างประเทศยินยอมให้หญิงเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย หญิงสามารถอ้างได้หรือไม่ว่าเมื่อหญิงมีเสรีภาพในการเดินทางเพื่อไปทำแท้งในต่างประเทศ ความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เป็นเหตุทำให้หญิงสูญเสียโอกาสที่จะได้เดินทางไปทำแท้งดังกล่าว เป็นการละเมิดต่อเสรีภาพของหญิงและทำให้หญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์¹¹⁰

สำหรับปัญหาข้างต้นผู้เขียนมีความเห็นว่า เมื่อหลักเกณฑ์การทำแท้งตามกฎหมายไทยต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายอาญาและข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการทำแท้งเท่านั้น ในกรณี

¹¹⁰ Rnace v Mid-Sowns Health Authority [1991] 1 Q.B. 587. [1991] All E.R. 801 see Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Reinhard Zimmermann and Bernhard A. Koch, *supra* note 14, pp.924.

ที่หญิงต้องการทำแท้งด้วยเหตุผลประการอื่นๆ แม้หญิงสามารถเลือกที่จะเดินทางเพื่อไปทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายในต่างประเทศ แต่หญิงจะอ้างเสรีภาพในลักษณะที่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนไม่ได้ หากศาลยอมรับว่าการกระทำโดยประมาทของแพทย์ที่ทำให้หญิงเสียโอกาสที่จะเดินทางเพื่อไปทำแท้งในต่างประเทศเป็นความเสียหายตามกฎหมาย อาจเป็นการแสดงให้เห็นได้ว่าศาลกำลังสนับสนุนให้หญิงเดินทางไปต่างประเทศเพื่อไปกระทำในสิ่งที่กฎหมายไทยบัญญัติว่าเป็นความผิด นอกจากนี้ อาจเป็นการแสดงให้เห็นว่าศาลกำลังสนับสนุนให้หญิงที่ไม่สามารถเข้ารับการทำให้แท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายไทย เดินทางไปทำแท้งในต่างประเทศ

(4) ปัญหาว่าด้วยความเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ

ในกรณีที่ความผิดพลาดทางการแพทย์นอกจากทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์แล้ว ในกรณีที่เกิดต้องเกิดขึ้นมาพิการหรือมีปัญหาสุขภาพตั้งแต่กำเนิด มีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นว่ากฎหมายควรยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผลกระทบทางเศรษฐกิจและค่าใช้จ่ายที่เพิ่มมากขึ้นจากปัญหาสุขภาพของเด็กหรือไม่ เพราะในความเป็นจริง ความพิการหรือปัญหาสุขภาพดังกล่าวไม่ได้เป็นผลโดยตรงมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ เพียงแต่เป็นผลที่แพทย์สามารถคาดเห็นได้ว่าจะเกิดขึ้นในกรณีที่แพทย์กระทำด้วยความประมาทเท่านั้น

เมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในหลายมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลพิพากษาว่าชายและหญิงไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายที่เกี่ยวข้องกับความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กด้วยเหตุผลที่ว่า ปัญหาสุขภาพของเด็กไม่ได้เป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำของแพทย์¹¹¹ ในขณะที่ศาลในบางมลรัฐเห็นว่าแพทย์ไม่สามารถคาดเห็นได้ว่าการผ่าตัดทำหมันโดยประมาทจะเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการ¹¹² อย่างไรก็ตาม ศาลในมลรัฐส่วนใหญ่เห็นว่า แม้ปัญหาสุขภาพของเด็กไม่ได้เป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำของแพทย์ แต่เมื่อทุกการตั้งครุภังค์หญิงมีโอกาสให้กำเนิดบุตรที่พิการ แพทย์จึงคาดเห็นได้ว่าการผ่าตัดทำหมันโดยประมาทก็

¹¹¹ Blake v Cruz (1984) 108 Idaho 253, 698 P2d 315 ศาลมีคำพิพากษาว่า ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เท่านั้น แต่ไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อค่าใช้จ่ายที่เพิ่มมากขึ้นจากความพิการของเด็ก

¹¹² Simmerer v Dabbas 89 Ohio St. 3d 586, 733 N.E.2d 1169 (2000) ; Smith v Gore (1987, Tenn) 728 SW2d 738 ศาลพิจารณาว่า เมื่อไม่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่แสดงให้ศาลเห็นว่าแพทย์สามารถคาดเห็นได้อย่างแน่ชัดว่าการที่แพทย์ผ่าตัดคุมกำเนิดโดยประมาทอาจเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือเป็นโรคทางพันธุกรรม หญิงและชายจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

อาจเป็นเหตุที่ทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการได้เช่นเดียวกัน¹¹³ ชายและหญิงจึงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องความพิการและปัญหาสุขภาพของเด็ก¹¹⁴

เมื่อพิจารณาแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศอังกฤษ บางมลรัฐของประเทศออสเตรเลีย ประเทศแคนาดา ประเทศฝรั่งเศส ประเทศออสเตรเลีย¹¹⁵ ประเทศสเปนและประเทศนอร์เวย์¹¹⁶ แม้ศาลในประเทศดังกล่าวพิพากษาว่าชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ แต่ในกรณีที่เกิดขึ้นมาพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง แนวการพิจารณาพิพากษาคดีแตกต่างออกไปเพราะศาลเห็นว่าด้วยความยากลำบากและภาระทางการเงินที่เพิ่มมากขึ้นจากปัญหาสุขภาพหรือความพิการของเด็ก เป็นความเป็นความเสียหายที่เป็นผลมาจากการกระทำของแพทย์และเป็นความเสียหายตามกฎหมาย

ในประเทศอังกฤษการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์และเป็นกรณีที่เด็กเกิดขึ้นมาพิการปรากฏขึ้นในคดี *Emeh v Kensington Area Health Authority*¹¹⁷ ในปัญหาที่ว่าหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือไม่ ศาลพิจารณาว่า ในทุกการผ่าตัดทำหมันแพทย์ไม่เพียงแต่คาดเห็นได้ว่าการผ่าตัดทำหมันโดยประมาทอาจทำให้หญิงตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์ แต่แพทย์ยังคาดเห็นได้ว่าทุกการตั้งครรภ์จะมีโอกาส 1 ใน 200 หรือ 400 ที่เด็กอาจเกิดขึ้นมาพร้อมกับปัญหาสุขภาพ แม้ความพิการไม่ได้เป็นผลโดยตรงมาจากการ

¹¹³ *Fassoulas v Ramey* (1984, Fla) 450 So 2d 822 ศาลพิจารณาว่า เมื่อแพทย์สามารถคาดเห็นถึงความพิการและปัญหาสุขภาพของเด็ก อีกทั้งยังสามารถคาดเห็นถึงผลกระทบต่างๆ จากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ไม่ว่าจะ เป็นค่าเสียหายสำหรับความเสียหายทางจิตใจ หรือใช้จ่ายในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรที่เพิ่มมากขึ้น

¹¹⁴ *Galagher v Duke University* 638 F Supp 979 (MD NC 1986) ศาลพิจารณาว่า ปัญหาสุขภาพของเด็กส่งผลกระทบต่อภาระหน้าที่ของหญิงและชายอย่างมาก เมื่อค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่พิการมีจำนวนมากกว่าค่าใช้จ่ายในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์อย่างมีนัยยะสำคัญ หญิงและชายจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในค่าใช้จ่ายที่เพิ่มมากขึ้น เพราะในกรณีที่ปราศจากการกระทำโดยประมาท ค่าใช้จ่ายเหล่านี้จะไม่มีทางเกิดขึ้นเลย

¹¹⁵ Barbara C Steininger, *supra note 6*, pp. 75-76. ; Barbara C Steininger, "Austria." In *European Tort Law 2007*. eds. Helmut Koziol and Barbara C Steininger, (Germany : SpringerWienNewYork, 2008), pp.151-152.

¹¹⁶ Barbara C Steininger, *supra note 15*, p.144.

¹¹⁷ [1985] Q.B. 1012.

กระทำโดยประมาทของแพทย์ แต่เมื่อแพทย์สามารถคาดเห็นได้ว่าชายและหญิงอาจให้กำเนิดบุตรที่พิการ ศาลจึงพิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติ และค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับความพิการและปัญหาสุขภาพของเด็กให้กับชายและหญิง¹¹⁸

นอกจากนี้ แม้ศาลสูงจะกลับแนวการพิจารณาพิพากษาคดีในปี ค.ศ. 1999 โดยกำหนดห้ามมิให้ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก¹¹⁹ แต่ในปี ค.ศ. 2002 ในคดี *Parkinson v St James and Seacroft University NHS Trust*¹²⁰ ศาลพิจารณาว่า แนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลสูงผูกพันเฉพาะกับข้อเท็จจริงที่เด็กเกิดขึ้นมา มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์เท่านั้น ผู้พิพากษา Hale LJ ให้ความเห็นว่า เมื่อความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กทำให้ภาระหน้าที่ของชายและหญิงที่จะต้องเลี้ยงดูเด็กมีเพิ่มมากขึ้นกว่าปกติ ชายและหญิงจึงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายที่เพิ่มมากขึ้นดังกล่าวจากแพทย์ แต่ชายและหญิงไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติ¹²¹

ในคดี *Rees v Darlington Memorial Hospital NHS Trust*¹²² ศาลได้วางแนวการพิจารณาพิพากษาคดีอีกด้วยว่า ในกรณีที่แม้ว่าเด็กจะเกิดขึ้นมา มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ แต่หญิงมารดาผู้ให้กำเนิดบุตรมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง เมื่อความยากลำบากในการให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กของหญิงที่มีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรงไม่แตกต่างจากความยากลำบากของหญิงที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ต้องให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่พิการ ศาลชั้นต้นจึงมีคำพิพากษาว่า หญิงควรมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายที่เพิ่มมากขึ้นจากความยากลำบากเพราะเหตุที่หญิงมีปัญหาสุขภาพ เช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี ในการพิจารณาคดีของศาลสูงศาลเห็นว่าหญิงจะมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กได้ต่อเมื่อเด็กมีร่างกายพิการหรือมีปัญหาสุขภาพเท่านั้น อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี เมื่อการกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นการละเมิดต่อสิทธิที่จะมีชีวิตตามความประสงค์ของหญิง ศาลจึงพิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายเป็นเงิน 15,000 ปอนด์ ให้กับหญิง เพื่อเป็นการแสดงให้เห็นว่าศาลรับรู้ว่ามี ความเสียหายเกิดขึ้นกับหญิง ซึ่งในปัจจุบันนักวิชาการในประเทศอังกฤษจำนวนหนึ่งมีความเห็นว่า ในกรณีที่ความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นเหตุทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์

¹¹⁸ James O'Neill, *supra note 1*, p.196.

¹¹⁹ *McFarlane v Tayside Health Authority*

¹²⁰ [2002] QB 266.

¹²¹ Emily Jackson, *supra note 8*, pp.738-739.

¹²² [2003] UKHL 52.

ไม่ว่าเด็กจะเกิดขึ้นมาจะมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์หรือไม่ อย่างน้อยที่สุดชายและหญิงจะมีสิทธิเรียกร้องเงินจำนวน 15,000 ปอนด์ จากแพทย์¹²³

อย่างไรก็ดี นักวิชาการจำนวนมากต่างวิพากษ์วิจารณ์แนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล โดย Alasdair MacLean แสดงความเห็นว่าการที่ศาลกำหนดให้ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายในอัตราคงที่เป็นเงิน 15,000 ปอนด์ เป็นเพราะศาลต้องการช่วยให้กองทุน NHS รับผิดชอบน้อยกว่าความเป็นจริง แนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลจึงขัดต่อปรัชญาว่าด้วยความยุติธรรมที่มุ่งแก้ไขเยียวยาความเสียหายและการปรับเปลี่ยนพฤติกรรมของผู้กระทำความผิด (Corrective Justice)¹²⁴

เมื่อพิจารณาจากแนวทางการปรับใช้กฎหมายของประเทศเยอรมนี ในกรณีที่มีความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้นในกระบวนการผ่าตัดทำหมันหรือกระบวนการทำแท้ง หากความผิดพลาดดังกล่าวเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการ นอกจากศาลจะพิพากษาให้ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติแล้ว ศาลยังพิพากษาให้ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวกับความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กอีกด้วย¹²⁵

จากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศที่ผู้เขียนได้กล่าวข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าการพิจารณาถึงสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของชายและหญิง ไม่ควรอาศัยสุขภาพของเด็กเป็นเกณฑ์การพิจารณา เพราะไม่ว่ากรณีที่เกิดขึ้่นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์หรือมีร่างกายพิการ การเกิดของเด็กต่างทำให้เกิดผลกระทบทางเศรษฐกิจกับชายและหญิงเช่นเดียวกัน ซึ่งในบางครั้งการให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์อาจทำให้เกิดผล

¹²³ Smantha Singer, “Casenote : Ree v Darlington,” Journal of Social Welfare and Family Law, Volume 26, p.403 (2004)

¹²⁴ Alasdair Maclean, “An Alexandrian Approach to the Knotty Problem of Wrongful Pregnancy : Rees v Darlington Memorial Hospital NHS Trust in the House of Lords.” (Retrieved on 28 October 2015) from <http://webjcli.ncl.ac.uk/2004/issue3/maclean3.html>.

¹²⁵ BGH, 18 Mar 1980 (VI ZR 247/78) BGHZ 76,259 ; BGH, 22 Nov 1983 BGHZ 89, 95 ; BGH, 18 Jan 1983 (VI ZR 11/81) BGHZ 86, 240.; BGH, 27 Nov 1984 NJW 1985,331 see Walter Van Gerven, Jeremy Lever and Pierre Larouche, Tort Law Cases, Materials and Text on National, Supranational and International, (Oregon : Oxford and Portland, 2000), p.82.

กระทบทางเศรษฐกิจมากกว่าการให้กำเนิดบุตรที่พิการเสียอีก¹²⁶ นอกจากนี้ ถ้ากฎหมายยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้เฉพาะในกรณีที่เด็กเกิดขึ้นมามีร่างกายพิการ อาจเป็นการแสดงให้เห็นว่าเฉพาะการเกิดของเด็กที่มีร่างกายพิการหรือมีปัญหาสุขภาพเท่านั้นที่เป็นความเสียหาย ซึ่งการพิจารณาในลักษณะดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อคุณค่าและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็ก เพราะทำให้เด็กที่มีร่างกายพิการมีคุณค่าและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์น้อยกว่าเด็กที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์¹²⁷ ด้วยเหตุนี้เองถ้าศาลอาศัยสุขภาพของเด็กเป็นการพิจารณาสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของชายและหญิงย่อมเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักกฎหมายพื้นฐาน¹²⁸

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายไทยผู้เขียนมีความเห็นว่า ในกรณีที่ชายและหญิงทราบว่าตนไม่สามารถให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ การที่ชายและหญิงเข้ารับการผ่าตัดทำหมันหรือเข้ารับการทำแท้งจึงไม่ได้มีเพียงวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เท่านั้น แต่ยังมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่มีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรงอีกด้วย เมื่อมีความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นเหตุทำให้ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์จากแพทย์เช่นเดียวกับกรณีที่เกิดเกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ในกรณีที่ชายและหญิงใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด ผู้เขียนเห็นว่ากรกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นการละเมิดต่อสิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเองและสิทธิที่จะป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่มีร่างกายพิการหรือมีปัญหาสุขภาพซึ่งเป็น “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกจากแพทย์ ในกรณีที่ชายและหญิงใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญา การที่แพทย์ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการให้การรักษายาบาลจึงเป็นการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้อง ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 215 อนึ่ง แม้ว่าความพิการ โรคทางพันธุกรรมหรือโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ไม่ได้เป็นผลโดยตรงมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ แต่เมื่อแพทย์สามารถคาดหมายได้ว่าในกรณีที่มีความผิดพลาดเกิดขึ้นในกระบวนการผ่าตัดทำหมันหรือการทำแท้ง อาจเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือมี

¹²⁶ Barbara C Steininger, *supra note 6*, pp.75-76.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ David D. Wilmoth, "Wrongful Life and Wrongful Birth Causes of Action - Suggestions for a Consistent Analysis," *Marquette Law Review*, Volume 63, Issue 4, p.640 (1980)

ปัญหาสุขภาพ ความผิดพลาดทางการแพทย์จึงเป็นผลโดยตรงทำให้ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือมีปัญหาสุขภาพ

ในปัญหาว่าด้วยจำนวนค่าเสียหายที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ผู้เขียนมีความเห็นว่า ในกรณีที่ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือมีปัญหาสุขภาพ นอกจากภาระหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรตามปกติที่เป็นความเสียหายตามกฎหมายแล้ว ภาระหน้าที่และค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่เพิ่มมากขึ้นจากปัญหาสุขภาพของเด็กก็เป็นความเสียหายตามกฎหมายเช่นเดียวกัน ชายและหญิงจึงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติและค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็ก

นอกจากนี้ ถ้าการให้กำเนิดบุตรที่พิการเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงได้รับผลกระทบทางจิตใจอย่างร้ายแรง มีปัญหาที่ต้องพิจารณาอีกด้วยว่าชายและหญิงจะมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินหรือไม่ อาทิ ค่าเสียหายจากความเศร้าโศกเสียใจที่ต้องทนเห็นเด็กได้รับความเจ็บปวดและทุกข์ทรมานจากปัญหาสุขภาพ การสูญเสียความหวังและความรื่นรมย์ในการดำเนินชีวิต ค่าเสียหายจากความเหน็ดเหนื่อยและความยากลำบากในการเลี้ยงดูเด็ก¹²⁹ ในปัญหาดังกล่าวผู้เขียนมีความเห็นว่า ในกรณีที่ชายและหญิงใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด ชายและหญิงอาจไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 เพราะความผิดพลาดทางการแพทย์ไม่ได้ทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิในร่างกาย อนามัยหรือเสรีภาพของชายและหญิง ส่วนกรณีที่ชายและหญิงใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญา เมื่อความผิดพลาดทางการแพทย์ไม่ได้ทำให้เกิดความเสียหายทางกายภาพกับชายและหญิง ชายและหญิงย่อมไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222 แต่เมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส ประเทศเนเธอร์แลนด์และบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลของประเทศดังกล่าวเห็นว่าผลกระทบทางจิตใจจากการที่ชายและหญิงให้กำเนิดและมีหน้าที่เลี้ยงดูเด็กที่พิการเป็นความเสียหายทางจิตใจที่เกิดขึ้นชัดเจนและมีความแน่นอน การยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายดังกล่าวจึงไม่มีทางที่จะนำไปสู่การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยฉ้อฉลด้วยเหตุดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่า หากมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222/1 และมาตรา 446 (ตาม que ผู้เขียนได้ทำการวิเคราะห์ไว้ในหัวข้อปัญหาว่าด้วยความเสียหายจากการ

¹²⁹ Miller v Rivard (1992, 3d Dept) 180 App Div 2d 331, 585 NYS2d 523. ; Goldstein v Ob-Gyn Assoc., P.C. (1991, 1st Dept) 170 App Div 2d 374, 566 NYS2d 266

ตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์) ชายและหญิงที่ได้รับความเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินจากแพทย์เช่นเดียวกัน

(5) ปัญหาว่าด้วยประโยชน์จากการให้กำเนิดบุตร

แม้การให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์จะส่งผลกระทบต่อสถานะทางเศรษฐกิจและภาระทางการเงินของชายและหญิง แต่ในขณะเดียวกันชายและหญิงก็ได้รับประโยชน์จากการให้กำเนิดบุตรโดยเฉพาะอย่างยิ่งประโยชน์ที่ไม่เป็นตัวเงิน เพราะตลอดระยะเวลาที่ชายและหญิงให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็ก ชายและหญิงจะได้รับความรักและความอบอุ่นจากเด็กซึ่งเป็นความสัมพันธ์ที่สามารถเกิดขึ้นได้เฉพาะกับสมาชิกภายในครอบครัวเท่านั้น และความสัมพันธ์ดังกล่าวก็ไม่ได้สิ้นสุดลงเมื่อเด็กบรรลุนิติภาวะหากแต่ดำเนินต่อไปตลอดชีวิต นอกจากนี้ประโยชน์ทางจิตใจที่ชายและหญิงจะได้รับระหว่างให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กแล้ว ชายและหญิงยังมีโอกาสที่จะได้รับประโยชน์ในอนาคต กล่าวคือ ชายและหญิงมีโอกาสที่จะได้รับความสะดวกสบายและได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากบุตรในอนาคตเป็นการตอบแทน ทำให้ปัญหาว่าด้วยประโยชน์จากการให้กำเนิดบุตรเป็นปัญหาสำคัญที่ศาลของประเทศต่างๆ มีหน้าที่พิจารณาว่าในความเป็นจริงแล้วระหว่างผลกระทบจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์กับประโยชน์อะไรมีมากกว่ากัน¹³⁰

เมื่อพิจารณาแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศ สามารถแบ่งกลุ่มได้ดังนี้

กลุ่มที่ 1 อาทิ ประเทศอังกฤษ บางมลรัฐของประเทศออสเตรเลียและประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลเห็นว่าแม้ชายและหญิงจะได้รับความเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ตัวอย่างเช่น ความเจ็บปวดทุกข์ทรมานจากการตั้งครรภ์และการคลอดบุตร ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ระหว่างตั้งครรภ์และคลอดบุตร ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กและค่าใช้จ่ายทางการศึกษา อย่างไรก็ตาม ทันทีที่เด็กคลอดออกมามีชีวิตและมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ การเกิดของเด็กก็ย่อมเป็นเรื่องที่น่ายินดีและนำมาซึ่งประโยชน์ให้กับชายและหญิง โดยประโยชน์ดังกล่าวมากเสียจนกระทั่งศาลไม่สามารถคิดคำนวณและประเมินมูลค่าเป็นตัวเงินได้ แต่ไม่ว่ากรณีจะเป็นเช่นใดประโยชน์ที่ชายและหญิงได้รับจากการให้กำเนิดบุตรย่อมมีมากกว่าผลกระทบทางเศรษฐกิจและภาระทางการเงินเสมอ¹³¹ เมื่อประโยชน์ดังกล่าวเยียวยาความเสียหายทั้งหมดแล้ว จึงไม่มีความเสียหายอย่างใดที่

¹³⁰ J H Scheid, "Benefits v Burdens : The Limitation of Damages in Wrongful Birth," *Journal of Family Law*, Volume 23, pp.57-98 (1984-1985).

¹³¹ (ประเทศอังกฤษ) ในคดี *Sciuriaga v Powell* [1979] 123 SJ 406. และคดี *Udale v Bloomsbury Area Health Authority* [1983] WLR 1098, 1109. (ประเทศออสเตรเลีย) ในคดี

จำเป็นต้องได้รับการเยียวยาอีกต่อไป¹³² ถ้ากฎหมายยังยินยอมให้ชายและหญิงเรียกร้องค่าเสียหายจากแพทย์ย่อมเท่ากับว่ากฎหมายยินยอมให้ชายและหญิงแสวงหาประโยชน์จากการเกิดของเด็กจากแนวทางการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในกลุ่มที่ 1 จะเห็นได้ว่า ในกรณีที่เด็กเกิดขึ้นมา มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ศาลจะไม่ยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์

อย่างไรก็ดี แนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในกลุ่มที่ 1 จะเปลี่ยนแปลงไป ถ้าเด็กเกิดขึ้นมาพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง เพราะศาลในกลุ่มที่ 1 เห็นว่านอกจากชายและหญิงต้องให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์แล้ว การเกิดของเด็กที่มีร่างกายพิการยังทำให้เกิดผลกระทบทางเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง ทั้งนี้ แม้ว่าชายและหญิงจะได้รับประโยชน์จากการเกิดของเด็กอยู่บ้าง แต่ประโยชน์ดังกล่าวก็ไม่มีทางมากกว่าความเสียหาย¹³³ ดังนั้น ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ อย่างไรก็ตาม ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับความพิการของเด็กเท่านั้น¹³⁴

กลุ่มที่ 2 อาทิ ประเทศเยอรมนี และประเทศเนเธอร์แลนด์ เห็นว่า กฎหมายจะนำประโยชน์ที่เกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายคิดคำนวณเพื่อหักลบกับความเสียหายได้ต่อเมื่อ

F v R (1983) 33 SASR 189 ; Battersby v Tottman (1985) 37 SASR 524 (ประเทศเบลเยียม) ในคดี Hof van Beroep Antwerp, 8 September 2003 NjW 2004, 558 see Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Reinhard Zimmermann and Bernhard A. Koch, *supra note 14*, pp.882-883. (ประเทศสหรัฐอเมริกา) ในคดี Rieck v Medical Protective Co. of Fort Wayne, Ind., 64 Wis. 2d 514, 219 N.W.2d 242 (1974) ; Boone v Mullendore, 416 So. 2d 718 (Ala. 1982) ; Johnston v Elkins, 241 Kan. 407, 736 P.2d 935 (1987) ; Morris v Sanchez, 1987 OK 110, 746 P.2d 184 (Okla. 1987) ; Smith v Gore, 728 S.W.2d 738, 39 Ed. Law Rep. 393 (Tenn. 1987).

¹³² Brian Bromberger, "Patient Participation in Medical Decision-Making : are the Courts the Answer?" University of New South Wales Law Journal, Issue 1, Volume 6, p.1 (1983).

¹³³ Barbara C Steininger, *supra note 15*, pp.137-138. ; Stephen Todd, "Wrongful Conception, Wrongful Birth and Wrongful Life, Sydney Law Review, Volume 27, pp525, 535 (2005).

¹³⁴ Parkinson v St James and Seacroft University Hospital NHS Trust [2002] QB 266.

ประโยชน์และความเสียหายต้องเป็นสิทธิประเภทเดียวกันเท่านั้น¹³⁵ เมื่อการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่คิดคำนวณเป็นตัวเงินได้ แต่ประโยชน์ที่ชายและหญิงได้รับจากการเกิดของเด็กมีเฉพาะประโยชน์ทางจิตใจที่ไม่สามารถคิดคำนวณเป็นตัวเงินได้ ศาลจึงไม่สามารถนำเอาประโยชน์จากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์มาหักลบกับความเสียหาย เมื่อประโยชน์ที่ไม่เป็นตัวเงินไม่สามารถเยียวยาความเสียหายที่เป็นตัวเงินประโยชน์ที่ชายและหญิงได้รับจากการเกิดของเด็กจึงไม่กระทบต่อสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของชายและหญิง¹³⁶

แนวทางการปรับใช้กฎหมายของกลุ่มที่ 2 เห็นได้ชัดจากแนวทางการปรับใช้กฎหมายของศาลในหลายมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา¹³⁷ โดยศาลให้เหตุผลว่า แม้กฎหมายไม่ต้องการให้ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดชอบเกินกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง ดังเห็นได้จากคำอธิบายกฎหมาย Restatement of tort §920¹³⁸ ในกรณีที่มีการทำละเมิดไม่เพียงแต่ทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้เสียหาย หากผู้เสียหายได้รับประโยชน์พิเศษจากการทำละเมิดด้วยแล้ว ศาลต้องนำเอาประโยชน์เหล่านั้นมาคิดคำนวณเพื่อนำไปหักลบออกจากความเสียหายที่เกิดขึ้น ผู้เสียหายจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายภายหลังที่หักลบด้วยประโยชน์แล้วเท่านั้น อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายดังกล่าวจะนำมาใช้ได้ก็ต่อเมื่อความเสียหายและประโยชน์ต้องเป็นสิทธิประเภทเดียวกัน เช่น ความ

¹³⁵ Barbara C Steininger, *supra* note 15, p.137.

¹³⁶ *Ces v Superclinics Aust. Pty Ltd* (1995) Aust. Torts Rep. 81.

¹³⁷ *Beardsley v Wierdsma* (1982, Wyo) 650 P2d 288

¹³⁸ “Restatement of Law” เป็นคำอธิบายกฎหมายที่จัดทำขึ้นโดยสถาบันกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา (American Law Institute : ALI) เพื่อรวบรวมหลักกฎหมายที่เกิดจากแนวการปรับใช้กฎหมายของนักกฎหมาย คำอธิบายทางวิชาการ ตลอดจนแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลให้เป็นระบบและสามารถใช้เป็นแนวทางในการอ้างอิงอย่างมีประสิทธิภาพ อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ศาลหาต้องผูกพันที่จะต้องปรับใช้กฎหมายตามคำอธิบายหรือแนวทางการพิจารณาที่ได้ปรากฏใน Restatement แต่อย่างใดไม่

§ 920 Benefit to Plaintiff Resulting from Defendant's Tort

When the defendant's tortious conduct has caused harm to the plaintiff or to his property and in so doing has conferred a special benefit to the interest of the plaintiff that was harmed, the value of the benefit conferred is considered in mitigation of damages, to the extent that this is equitable.

เสียหายที่เป็นตัวเงินหักลบกับประโยชน์ที่เป็นตัวเงิน หรือความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหักลบกับประโยชน์ที่ไม่เป็นตัวเงิน เมื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ คือ ภาระหน้าที่และค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก ในขณะที่ประโยชน์ที่ชายและหญิงได้รับ คือ ประโยชน์ทางจิตใจ ไม่ว่าจะจะเป็นความสุข ความสำราญ ความภาคภูมิใจที่ได้เป็นบิดามารดา จึงเป็นไปได้เลยที่ศาลจะนำเอาประโยชน์ทางจิตใจไปหักลบกับความเสียหายที่เป็นตัวเงิน¹³⁹

ก่อนที่จะพิจารณาว่าการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นประโยชน์หรือไม่ ต้องพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของชายและหญิงที่เข้ารับการผ่าตัดทำหมันหรือเข้ารับการทำแท้ง ซึ่งแบ่งได้เป็น 3 ประเภท กล่าวคือ ประเภทที่ 1 เพื่อป้องกันผลกระทบต่อสุขภาพหญิงระหว่างตั้งครรภ์หรือคลอดบุตร ประเภทที่ 2 เพื่อป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการ เป็นโรคทางพันธุกรรม หรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง ประเภทที่ 3 เพื่อป้องกันผลกระทบทางเศรษฐกิจหรือเพื่อหลีกเลี่ยงความยากลำบากในการดำเนินชีวิต¹⁴⁰ ในกรณีที่วัตถุประสงค์ของชายและหญิงที่เข้ารับการผ่าตัดทำหมันหรือเข้ารับการทำแท้งเป็นวัตถุประสงค์ประเภทที่ 1 หรือ 2 ในกรณีที่แพทย์ผ่าตัดทำหมันหรือทำแท้งโดยประมาทจนเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ หากเด็กเกิดขึ้นมา มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ การเกิดของเด็กย่อมเป็นเรื่องที่น่ายินดีและเป็นประโยชน์ต่อชายและหญิง¹⁴¹ อย่างไรก็ตาม หากวัตถุประสงค์ของชายและหญิงเป็นวัตถุประสงค์ประเภทที่ 3 การเกิดของเด็กจะยังคงเป็นประโยชน์ต่อชายและหญิงหรือไม่ เป็นปัญหาที่ต้องพิจารณาจากขนาดของครอบครัว รายได้ของครอบครัว อายุของชายและหญิงหรือสมาชิกคนอื่น ๆ ในครอบครัว ตลอดจนจนสภาวะแวดล้อมหรือปัจจัยอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการเกิดของเด็ก

¹³⁹ Lisa A Podewils, "Traditional Tort Principles and Wrongful Conception Child-Rearing Damages," *Boston University Law Review*, Volume 73, Issue 3, p. 420 (1993) and Ralph R. Frasca, *supra note 53*, p.192.

¹⁴⁰ Jones v Malinowski (1984) 299 Md 257, 473 A2d 429

¹⁴¹ University of Arizona Health Services Center v Superior Court 667 P 2d 1294,1300 (Ariz, 1983) ศาลมีคำพิพากษาว่า เมื่อวัตถุประสงค์ของการเข้ารับการผ่าตัดทำหมันคือความพยายามที่จะป้องกันหรือลดโอกาสการให้กำเนิดบุตรที่พิการ แม้แพทย์ผ่าตัดทำหมันโดยประมาท แต่เมื่อหญิงให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ การกระทำโดยประมาทของแพทย์นอกจากไม่ทำให้หญิงไม่ต้องให้กำเนิดบุตรที่พิการ ยังเป็นเหตุทำให้หญิงได้รับความรัก ความรื่นเริงและความภาคภูมิใจที่ได้ให้การอุปการะเลี้ยงดูบุตรของตน หญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

แม้โดยปกติวิญญูชนมีความเห็นตรงกันว่า การให้กำเนิดบุตรเป็นเรื่องน่ายินดีและเป็นประโยชน์ต่อชายและหญิง แต่สมมติฐานดังกล่าวจะใช้ได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีฐานะทางเศรษฐกิจที่ดีและมีความพร้อมที่จะให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กได้อย่างสะดวกสบาย แต่ในกรณีที่ชายและหญิงกำลังประสบปัญหาทางเศรษฐกิจอย่างมากจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์จนทำให้เขาเหล่านั้นไม่สามารถดำเนินชีวิตได้อย่างปกติ หรือเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงต้องประสบกับวิกฤตทางการเงิน คงเป็นเรื่องยากที่จะกล่าวว่าการเกิดของเด็กจะยังคงเป็นเรื่องที่น่ายินดีและเป็นประโยชน์ต่อชายและหญิง¹⁴²

แม้ประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจเป็นเหตุทำให้จำนวนค่าเสียหายที่ผู้เสียหายมีสิทธิเรียกร้องลดน้อยลง หรือทำให้ผู้เสียหายไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายได้อีกต่อไป แต่ประโยชน์และความเสียหายต้องเป็นสิทธิประเภทเดียวกัน ผู้เขียนขอยกตัวอย่างข้อเท็จจริงสมมติดังนี้

ข้อเท็จจริงที่ 1 ในกรณีที่พนักงานเหมืองแร่ถูกทำละเมิดจนเป็นเหตุทำให้พนักงานคนดังกล่าวไม่สามารถกลับเข้าทำงานในเหมืองแร่ได้อีก ประโยชน์ที่พนักงานได้รับจากการที่ไม่ต้องกลับไปเผชิญกับมลพิษในเหมือง ตลอดจนการได้ใช้ชีวิตในสิ่งแวดล้อมที่บริสุทธิ์ ประโยชน์เหล่านี้จะทำให้สิทธิเรียกร้องที่พนักงานเหมืองแร่มีต่อผู้ทำละเมิดลดน้อยลงหรือหมดไปหรือไม่¹⁴³

ข้อเท็จจริงที่ 2 ในกรณีที่หญิงได้รับอันตรายจากการขับขี่รถยนต์โดยประมาท หากในระหว่างที่หญิงเข้ารับการรักษาพยาบาลที่โรงพยาบาล แพทย์ผู้ให้การรักษายาบาลได้พบรักกับหญิงและขอหญิงแต่งงาน ซึ่งในกรณีที่ปราศจากการทำละเมิดชายและหญิงย่อมไม่มีโอกาสได้พบเจอและแต่งงานกัน ประโยชน์ที่หญิงได้รับจากการได้แต่งงานกับแพทย์จะทำให้สิทธิเรียกร้องของหญิงที่มีต่อผู้ทำละเมิดลดน้อยลงด้วยหรือไม่¹⁴⁴

ข้อเท็จจริงที่ 3 ในกรณีเจ้าของรถยนต์ถูกทำละเมิดจนเป็นเหตุทำให้รถยนต์ได้รับความเสียหายและไม่สามารถใช้งานได้ และด้วยการทำละเมิดดังกล่าวทำให้เจ้าของรถยนต์ไม่สามารถเดินทางไปยังสนามบินได้ทันเวลาและพลาดโอกาสที่จะได้เดินทางไปต่างประเทศ แต่ในท้ายที่สุด

¹⁴² Nicolette Priaulx, “That’s One Heck of an “Unruly Horse” Riding Roughshod over Autonomy in Wrongful Conception,” *Feminist Legal Studies*, Issue 3, Volume 12, pp.317, 322 (2014)

¹⁴³ *McFarlane v Tayside Health Authority* [2000] 2 AC 59, 103.

¹⁴⁴ Imogen Gould and Jonathan Herring, *Great Debates in Medical Law and Ethics*, (London : Palgrave Macmillan, 2014), p.100.

เครื่องบินลำดังกล่าวประสบอุบัติเหตุกลางอากาศจนทำให้ผู้โดยสารและลูกเรือทุกคนเสียชีวิต การที่เจ้าของรถยนต์ไม่สามารถร่วมเดินทางกับเครื่องบินลำดังกล่าว ตลอดจนการที่เจ้าของรถยนต์ไม่ต้องประสบอุบัติเหตุและไม่ต้องสูญเสียชีวิตเป็นประโยชน์ที่เป็นผลมาจากการทำละเมิดหรือไม่ และทำให้สิทธิเรียกร้องของเจ้าของรถยนต์ที่มีต่อผู้ทำละเมิดลดน้อยลงหรือหมดไปหรือไม่¹⁴⁵

จากข้อเท็จจริงที่ผู้เขียนได้กล่าวข้างต้นพบว่า ประโยชน์ที่ผู้เสียหายได้รับล้วนแต่เป็นประโยชน์ที่ไม่เป็นตัวเงิน ไม่ว่าจะเป็นการได้มีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้นหรือการได้รับโอกาสที่ไม่ต้องสูญเสียชีวิต อย่างไรก็ตาม คงไม่อาจอธิบายได้ว่าประโยชน์เหล่านั้นจะกระทบต่อสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินของผู้เสียหายได้อย่างไร เช่นเดียวกับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ เมื่อความเสียหายหลักที่เกิดขึ้นกับชายและหญิงเป็นความเสียหายที่เป็นตัวเงิน แต่ประโยชน์ที่ชายและหญิงได้รับมีแต่ประโยชน์ทางจิตใจที่ไม่สามารถคิดคำนวณเป็นตัวเงินได้ กฎหมายจึงไม่อาจยินยอมให้มีการนำเอาประโยชน์ที่ไม่เป็นตัวเงินมาหักลบกับความเสียหายที่เป็นตัวเงิน¹⁴⁶ การที่นักกฎหมายพยายามนำเอาประโยชน์จากเกิดของมนุษย์มาหักลบกับความเสียหายทางเศรษฐกิจและภาระทางการเงิน เป็นเพียงความสับสนของนักกฎหมายที่พยายามนำเอาความเชื่อและคุณธรรมเฉพาะบุคคลมาปะปนกับหลักกฎหมายพื้นฐานเท่านั้น¹⁴⁷

อนึ่ง คงเป็นเรื่องที่ความแปลกประหลาดอย่างมากหากกฎหมายจะยินยอมให้มีการนำเอาประโยชน์ที่ได้รับจากการเกิดของเด็กมาคิดคำนวณเพื่อนำไปหักลบกับความเสียหาย เพราะก่อนที่ศาลจะนำเอาประโยชน์จากการเกิดมาหักลบกับความเสียหาย ศาลต้องประเมินมูลค่าของชีวิตเด็กออกมาเป็นตัวเงินเสียก่อน ซึ่งการกระทำเช่นนั้นย่อมขัดต่อหลักคุณค่าและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เพราะมนุษย์ทุกชีวิตมีคุณค่าและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างเท่าเทียมกัน โดยคุณค่าดังกล่าวไม่สามารถคิดคำนวณหรือประเมินออกมาเป็นตัวเงินได้ จึงเป็นไปได้ที่กฎหมายจะนำเอาประโยชน์จากการเกิดของมนุษย์ไปหักลบกับความเสียหายที่เกิดขึ้น

ทั้งนี้ ยังมีปัญหาเกิดขึ้นอีกด้วยว่าเมื่อประโยชน์และความเสียหายที่เป็นสิทธิประเภทเดียวกันสามารถหักกลบลบกันได้ตามหลักเกณฑ์ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ในกรณีชายและ

¹⁴⁵ Ernest J. Weinrib, "Right and Advantage in Private Law," *Cardozo Law Review*, Volume 10, Issues 5-6, p.1283 (1989)

¹⁴⁶ Alasdair Maclean, *supra note 124*.

¹⁴⁷ ดู รายละเอียดการวิเคราะห์ปัญหาว่าด้วยประโยชน์จากการให้กำเนิดบุตรและผลกระทบต่อสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของหญิงและชายใน Marc Ramsay, *supra note 76*, pp.129-154.

หญิงได้รับทั้งประโยชน์และความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ หากชายและหญิงประสงค์ที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทั้งที่เป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงิน ชายและหญิงจะยังคงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหรือไม่

ในปัญหาข้างต้น แม้ว่าชายและหญิงจะได้รับประโยชน์ที่ไม่เป็นตัวเงินจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ แต่ประโยชน์ที่นำมาคิดคำนวณได้ต้องเป็นประโยชน์ที่เกิดขึ้นภายหลังที่เด็กคลอดออกมามีชีวิตแล้วเท่านั้น¹⁴⁸ และต้องนำมาหักลบด้วยความเครียดและวิตกกังวลเกี่ยวกับสถานะทางเศรษฐกิจและผลกระทบทางการเงิน ความยากลำบากของชายและหญิงที่เกิดขึ้นระหว่างให้การอุปการะเลี้ยงดูบุตร ตลอดจนการสูญเสียเวลาพักผ่อน การอดหลับอดนอนตลอดช่วงระยะเวลาที่เด็กยังไม่สามารถช่วยเหลือตนเองได้ ความเศร้าโศกเสียใจที่เด็กมีความประพฤติไม่ดีหรือไม่เชื่อฟัง บิดามารดา นอกจากนี้ แม้ชายและหญิงจะไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นภายหลังจากการให้กำเนิดบุตร แต่ชายและหญิงยังคงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินจากความเสียหายระหว่างตั้งครรภ์และก่อนคลอดบุตรได้เต็มจำนวน¹⁴⁹

ผู้เขียนมีความเห็นว่า เมื่อชายและหญิงพยายามหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตรด้วยการเข้ารับการผ่าตัดทำหมันหรือการเข้ารับการทำแท้ง การตัดสินใจดังกล่าวของชาย

¹⁴⁸ ในปัญหาที่ว่า การให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นเรื่องที่น่ายินดีและเป็นประโยชน์หรือไม่ Ralph R. Frasca ได้แสดงความเห็นว่า การให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์จะเป็นเรื่องที่น่ายินดีและเป็นประโยชน์ต่อชายและหญิงเมื่อเด็กได้คลอดออกมามีชีวิตแล้วเท่านั้น เพราะในช่วงเวลาที่เด็กเป็นทารกในครรภ์ เด็กยังไม่สามารถให้ประโยชน์อย่างใดกับชายและหญิงได้ see Ralph R. Frasca, *supra* note 53, pp.192-193. ; Anthony Jackson ได้แสดงความเห็นว่า เมื่อเด็กคลอดออกมามีชีวิต การเกิดของเด็กย่อมให้ความสุขและความภาคภูมิใจกับหญิงที่จะเรียนรู้ความเป็นมารดา โดยประโยชน์ที่หญิงได้รับจากการเกิดของเด็กย่อมมีมากกว่าความยากลำบากและความเหน็ดเหนื่อยที่หญิงต้องให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็ก อีกทั้งประโยชน์ดังกล่าวยังช่วยทำให้ความเจ็บปวด ความเศร้าโศกเสียใจที่เป็นผลมาจากการที่หญิงต้องผิดหวังที่ต้องให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์หมดไปอย่างไรก็ดี เมื่อประโยชน์ดังกล่าวจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อเด็กได้คลอดออกมามีชีวิตแล้วเท่านั้น หญิงจึงยังคงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินเฉพาะที่เกิดขึ้นก่อนวันที่เด็กได้คลอดออกมามีชีวิต see Anthony Jackson, "Action for Wrongful Life, Wrongful Pregnancy, and Wrongful Birth in the United States and England," Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, Volume 17, p.587 (1994).

¹⁴⁹ Smith v Gore (1987, Tenn) 728 SW2d 738.

และหญิงยอมแสดงให้เห็นอย่างแจ่มชัดว่า ชายและหญิงได้พิจารณาแล้วว่าความปลื้มปิติยินดี ความภาคภูมิใจที่ได้เป็นบิดามารดามีคุณค่าน้อยกว่าผลกระทบทางเศรษฐกิจและภาระทางการเงินที่ชายและหญิงต้องมีหน้าที่ให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็ก การเกิดของเด็กจึงไม่เป็นประโยชน์ต่อชายและหญิงอีกต่อไป¹⁵⁰ กฎหมายจึงไม่ควรบังคับให้ชายและหญิงต้องยอมรับเอาประโยชน์อันเกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะชายและหญิงผู้เสียหายไม่เคยปรารถนาต่อประโยชน์เหล่านั้น¹⁵¹ นอกจากนี้ เมื่อประโยชน์จากการเกิดของเด็กไม่ได้เป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของแพทย์ แพทย์จึงไม่อาจกล่าวอ้างได้ว่า การที่แพทย์ผ่าตัดทำหมันหรือทำแท้งโดยประมาทมิขึ้นเพื่อให้ชายและหญิงได้รับประโยชน์จากการให้กำเนิดบุตร

(6) ปัญหาความไม่แน่นอนของความเสียหาย

เมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา¹⁵² และประเทศอังกฤษ ในบางครั้งศาลให้เหตุผลว่าเหตุที่ชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นผลเนื่องมาจากความเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่ไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายที่ไม่แน่นอน ซึ่งศาลไม่สามารถคิดคำนวณค่าเสียหายที่เหมาะสมและเป็นธรรมให้กับผู้เสียหาย นอกจากนี้ การยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายอาจนำไปสู่การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยฉ้อฉลเพราะชายและหญิงอาจกล่าวอ้างว่าการเกิดของเด็กไม่เป็นไปตามความประสงค์และเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์¹⁵³ ซึ่งความเป็นจริงการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของชายและหญิงอาจเป็นเพียงการเสี่ยงโชครูปแบบหนึ่งเท่านั้น หากชายและหญิงโชคดี กล่าวคือ ศาลเชื่อว่าการเกิดของเด็กไม่เป็นไปตามความประสงค์ของชายและหญิง ชายและหญิงก็อาจได้เงินไปใช้เพื่อเป็นค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก¹⁵⁴ เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาความยากลำบากในการคิดคำนวณความเสียหายและเพื่อป้องกันการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยฉ้อฉลหลายครั้งศาลจึงเลือกที่จะไม่ยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย

สำหรับปัญหาความไม่แน่นอนและความยากลำบากในการคิดคำนวณความเสียหาย ผู้เขียนมีความเห็นว่า เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์รูปแบบอื่นๆ ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความผิดพลาดทางการแพทย์ล้วนแต่

¹⁵⁰ Burke v Rivo 551 NE 2d 1,4 (Mass. 1990).

¹⁵¹ Merritt v Parker 1 NJL 526 (NJ 1795).

¹⁵² Troppi v Scarf 31 Mich. App. 240, 187 N.W.2d 511 (1971).

¹⁵³ Gold v Haring Health Authority [1987] 2 All ER 1044.

¹⁵⁴ Beardsley v Wierdsma, 650 P.2d 288, 292 (Wyo. 1982).

เป็นความเสียหายที่ไม่มีที่แน่นอนทั้งสิ้น เช่น ความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เป็นเหตุทำให้ผู้ป่วยสูญเสียอวัยวะหรือสูญเสียชีวิต ความเสียหายดังกล่าวต่างก็เป็นเรื่องยากเช่นเดียวกันในการที่ศาลจะต้องพิจารณาว่า มือ เท้า ดวงตาหรืออวัยวะอื่นๆ ที่ต้องสูญเสียไปมีมูลค่าเท่าใด โดยการคิดคำนวณและประเมินมูลค่าของอวัยวะมนุษย์เป็นเรื่องที่ยุ้งยากมากกว่าการคิดคำนวณความเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เสียอีก แต่ศาลก็ไม่เคยห้ามมิให้ผู้เสียหายฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพราะเหตุที่การคิดคำนวณความเสียหายเป็นไปด้วยความยากลำบาก ด้วยเหตุดังกล่าวศาลจึงไม่ควรใช้ความยากลำบากในการคิดคำนวณความเสียหายเป็นเหตุผลที่จะไม่ยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ เพราะในความเป็นจริงแล้วศาลมีหน้าที่พิจารณาเพียงว่าความเสียหายประเภทใดบ้างที่เป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ และเป็นความเสียหายที่อยู่ในความคาดเห็นได้ของแพทย์ และเมื่อชายและหญิงสามารถพิสูจน์องค์ประกอบในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ศาลก็มีหน้าที่กำหนดค่าเสียหายที่เหมาะสมเพื่อให้ชายและหญิงเรียกค่าเสียหายดังกล่าวจากแพทย์¹⁵⁵

ขั้นตอนในการประเมินจำนวนค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่เหมาะสมที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ ศาลต้องพิจารณาจากสภาพของครอบครัว ขนาดครอบครัว อายุของชายและหญิง จำนวนบุตรและอายุของบุตร รายได้ของครอบครัว หน้าที่การงานของหญิงเอง หน้าที่การงานของชายสามี แต่ศาลจะต้องไม่พิจารณาจากฐานะทางเศรษฐกิจของชายและหญิง เพราะค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กของครอบครัวที่มีฐานะทางเศรษฐกิจที่ดีกว่าย่อมมีมากกว่าครอบครัวที่มีฐานะทางเศรษฐกิจที่ต่ำกว่า แต่ศาลต้องพิจารณาจากความต้องการที่แท้จริงของเด็กซึ่งเป็นความต้องการพื้นฐานที่ทำให้เด็กสามารถมีชีวิตอยู่รอดและเจริญเติบโตได้ตามปกติ เมื่อค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์เป็นค่าใช้จ่ายตามความต้องการพื้นฐานของเด็ก ทำให้สิทธิในการเรียกร้องของชายและหญิงที่มีฐานะทางเศรษฐกิจที่แตกต่างกันมีสิทธิได้รับการเยียวยาความเสียหายเท่าเทียมและใกล้เคียงกัน

นอกจากนี้ ในการคิดคำนวณค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่เหมาะสมและเป็นค่าใช้จ่ายที่เพียงพอต่อความต้องการพื้นฐานของเด็ก ศาลอาจอาศัยงานวิจัยหรือแหล่งข้อมูลที่เกี่ยวข้องประการอื่นเพื่อใช้ในการอ้างอิง ตัวอย่างเช่น จากรายงานการวิจัยของสถาบันต่างๆ ที่ทำการสำรวจค่าใช้จ่ายเฉลี่ยของชายและหญิงที่ใช้ในการเลี้ยงดูเด็ก โดยใน ปี ค.ศ. 2013 รายงานการวิจัยฉบับหนึ่งได้ทำการสำรวจค่าใช้จ่ายของชายและหญิงในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรจนกว่าบุตรจะบรรลุนิติภาวะ

¹⁵⁵ Anonymous v Hospital (1976) 33 Conn Supp 125, 366 A2d 204. ; Jones v Malinowski 299 Md. 257, 473 A.2d 429 (1984).

นิติภาวะ ซึ่งผลการวิจัยแสดงให้เห็นว่าค่าใช้จ่ายของชายและหญิงในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรหนึ่งคน สูงถึง 227,266 ปอนด์¹⁵⁶ โดยรายงานการวิจัยลักษณะเช่นนี้เป็นเครื่องมือสำคัญที่ช่วยให้ศาลสามารถ คัดค้านวงค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่เหมาะสม

สำหรับปัญหาที่ว่าการยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้ กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์อาจนำไปสู่การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยฉ้อฉลนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องตรวจจากคำฟ้องและพยานหลักฐานของผู้เสียหาย เพราะโดยปกติศาลมีความรู้และความสามารถเพียงพอที่จะพิสูจน์ได้ว่าการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่เข้าสู่ศาลเป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยฉ้อฉลหรือไม่ แต่การที่ศาลพยายามจำกัดสิทธิของชายและหญิงที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพราะกลัวว่าจะทำให้เกิดการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยฉ้อฉลไม่ต่างอะไรกับการที่ศาลลดคุณค่าและความสามารถตนเอง เพราะเท่ากับศาลเห็นว่าศาลไม่มีความสามารถเพียงพอที่จะตรวจ คำฟ้องของชายและหญิงว่าเกิดขึ้นโดยฉ้อฉลหรือไม่ นอกจากนี้แม้ว่าศาลจะต้องมีภาระเพิ่มมากขึ้นจากการที่ต้องใช้ความระมัดระวังในการตรวจคำฟ้องของชายและหญิงที่ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้ กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ แต่ด้วยศาลเป็นองค์กรที่มีหน้าที่ที่ต้องกระทำการเพื่อให้อำนวยความสะดวก ยุติธรรมให้กับประชาชน ศาลจึงผลักภาระเหล่านี้เพิ่มมากขึ้นในให้กับประชาชนไม่ได้¹⁵⁷

(7) ปัญหาว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

เมื่อการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์มีความ เกี่ยวข้องกับการเกิดหรือการมีชีวิตของมนุษย์ บ่อยครั้งศาลหรือนักวิชาการจึงเข้าใจว่าการที่ชายและ หญิงต้องการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ เป็นเพราะชายและหญิงได้กล่าวอ้างว่า “ชีวิตของเด็ก” เป็นความเสียหายตามกฎหมาย การกล่าวอ้างเช่นนั้นจึงไม่แตกต่างอะไรกับการพิจารณาว่า เด็กเปรียบเสมือนสิ่งของประเภทหนึ่งที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อชายและหญิง อีกทั้งเมื่อการ ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของชายและหญิงเป็นการแสวงหาประโยชน์บนชีวิตของเด็ก การฟ้องร้อง เรียกค่าเสียหายดังกล่าวจึงกระทบต่อศักดิ์ศรีและคุณค่าความเป็นมนุษย์¹⁵⁸ ศาลในประเทศอังกฤษ

¹⁵⁶ Hilary Osborne, “Cost of Raising a Child Surges Past £225,000,” (Retrieved on 21 September 2015) from <http://www.theguardian.com/money/2014/jan/23/cost-raising-child-surges> cited in Imogen Goold and Jonathan Herring, *supra note 144*, p.101.

¹⁵⁷ David J Burke, “Wrongful Pregnancy : Child Rearing Damages Deserve Full Judicial Consideration,” *Pace Law Review*, Issue 2, Volume 8, pp.334-335 (Spring 1988).

¹⁵⁸ *McFarlane v Tayside Health Authority* [2000] 2 AC 59, 119.

บางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา¹⁵⁹ ประเทศออสเตรเลียและประเทศฝรั่งเศส จึงมีความเห็นตรงกันว่าชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ เพราะเป็นรูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่ขัดต่อศีลธรรมขั้นพื้นฐานและทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็ก

อนึ่ง เมื่อพิจารณาจากแนวการพิพากษาคดีของศาลประเทศออสเตรเลีย ประเทศเยอรมนี ประเทศออสเตรีย¹⁶⁰ และประเทศเนเธอร์แลนด์ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ถ้าพิจารณาลักษณะข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาของชายและหญิงอย่างระมัดระวังจะพบว่า ชายและหญิงไม่เคยกล่าวอ้างว่า “การเกิด” หรือ “การมีชีวิตของเด็ก (The birth of the child)” เป็นความเสียหาย แต่ชายและหญิงกล่าวอ้างว่าเฉพาะ “ผลกระทบทางเศรษฐกิจ” และ “ภาระหน้าที่ที่เป็นผลตามมาจากการเกิดของเด็ก (The cost associated with the birth of the child)” ต่างหากที่เป็นความเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์¹⁶¹ การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของชายและหญิงจึงเป็นเพียงการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายและผลกระทบทางเศรษฐกิจ (Economic Loss)

¹⁵⁹ O'Toole v Greenberg (1985) 64 NY2d 427, 488 NYS2d 143, 477 NE2d 445 ศาลมีคำพิพากษาว่า หากศาลยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ย่อมไม่ต่างอะไรกับการที่ศาลได้พิจารณาว่าการเกิดและการมีชีวิตของเด็กเป็นความเสียหายตามกฎหมาย ซึ่งการพิจารณาเช่นนั้นย่อมกระทบต่อแก่นแท้ของกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ด้วยเหตุดังกล่าวเมื่อการเกิดและการมีชีวิตของเด็กไม่อาจเป็นความเสียหายตามกฎหมาย ชายและหญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

¹⁶⁰ OGH 14 September 2009 Ob 101/06f ศาลมีคำพิพากษาว่า แม้การยินยอมให้หญิงและชายฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์จะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็ก แต่เมื่อศาลได้ชี้แจงน้ำหนักคุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งประสงค์ให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์กับคุณธรรมทางกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอันเป็นผลมาจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายพบว่า เมื่อการที่ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นเหตุทำให้ชายและหญิงได้รับความเสียหายทางเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง คุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งให้คุ้มครองสิทธิของชายและหญิงที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจึงมีน้ำหนักมากกว่าคุณธรรมทางกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็ก ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ see *Bénédict Winiger, Helmut Koziol, Reinhard Zimmermann and Bernhard A. Koch, supra note 14, pp.877-878.*

¹⁶¹ CES v Superclinic (1995) 38 NSWLR 47.

จากการถูกล่วงละเมิดต่อสิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเอง การที่ศาลยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจึงเป็นการเยียวยาความเสียหายทางเศรษฐกิจของชายและหญิงเท่านั้น

นอกจากนี้เมื่อการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ไม่เพียงส่งผลกระทบต่อสถานะทางเศรษฐกิจและภาระทางการเงินของชายและหญิงเท่านั้น เพราะเมื่อเด็กต้องเกิดขึ้นมาในเวลาที่ไม่เหมาะสมการดำเนินชีวิตของเด็กก็ย่อมเป็นไปด้วยความยากลำบาก ด้วยเหตุดังกล่าวกฎหมายจึงควรยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อเยียวยาผลกระทบทางเศรษฐกิจและความยากลำบากในการดำเนินชีวิต มิเช่นนั้นแล้วอาจเป็นเหตุทำให้เด็กไม่ได้รับการอุปการะเลี้ยงดูตามความเหมาะสมหรืออาจเป็นเหตุทำให้เด็กไม่สามารถดำเนินชีวิตต่อไปได้ การยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์จึงเป็นวิธีการช่วยเยียวยาให้ชาย หญิงและเด็กสามารถดำเนินชีวิตได้อย่างปกติ และเมื่อศาลพิจารณาว่าเฉพาะผลกระทบทางเศรษฐกิจเท่านั้นที่เป็นความเสียหายโดยไม่ปรากฏว่าศาลพิจารณาว่าการเกิดหรือชีวิตของเด็กเป็นความเสียหาย การที่ศาลยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจึงไม่ส่งผลกระทบต่อคุณค่าและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็ก

เมื่อภาระหน้าที่และค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเป็นผลมาจากการที่ชายและหญิงยินยอมที่จะรับเด็กเข้ามาเป็นสมาชิกภายในครอบครัวด้วยความสมัครใจและพร้อมที่จะให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กด้วยตนเอง แทนที่ชายและหญิงจะเลือกทำแท้งหรือยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่น การที่ศาลยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์จึงไม่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่าชายและหญิงไม่ต้องการเด็ก หรือเด็กไม่เป็นที่รักของชายและหญิงได้อย่างไร¹⁶² ในทางกลับกันการที่ศาลยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์เท่ากับว่าศาลให้ความเคารพและส่งเสริมศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กเพราะช่วยทำให้เด็กได้รับการเลี้ยงดูในสภาพแวดล้อมที่เหมาะสม

นอกจากนี้ ถ้าพิจารณาความรับผิดชอบตามกฎหมายลักษณะสัญญา เมื่อสัญญาเข้ารับการผ่าตัดทำหมันหรือเข้ารับการทำแท้งเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันและหลีกเลี่ยงผลกระทบทางเศรษฐกิจจากการเกิดของเด็ก ในกรณีที่แพทย์ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้จนเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ การพิจารณาว่าแพทย์ต้องรับผิดชอบต่อชายและหญิงหรือไม่ ศาลมีหน้าที่พิจารณาเพียงว่าการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้องของแพทย์ส่งผลกระทบต่อสถานะทางเศรษฐกิจหรือเป็นเหตุทำให้กองทรัพย์สินของชายและหญิงลดน้อยถอยลงหรือไม่ หากกองทรัพย์สินของชายและหญิงต้องลดน้อยลงเพราะการชำระหนี้ไม่ถูกต้อง แพทย์ย่อมมีหน้าที่เยียวยาความเสียหายเพื่อให้กองทรัพย์สินของชายและหญิงกลับคืนเดิม ด้วยเหตุดังกล่าว ในกรณีที่ชายและ

¹⁶² Barbara C Steininger, *supra note 15*, p.130.

หญิงใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญา การพิจารณาความรับผิดของแพทย์ เป็นเพียงการพิจารณาถึงผลกระทบทางเศรษฐกิจเท่านั้น โดยไม่มีขั้นตอนใดที่จะพิจารณาว่าการเกิด ของเด็กเป็นความเสียหายหรือไม่ ดังนั้น การที่ศาลยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย จากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์จึงไม่เป็นการขัดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

(8) ปัญหาว่าด้วยนโยบายสาธารณะ

เมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในบางมลรัฐของประเทศ สหรัฐอเมริกา¹⁶³ ประเทศอังกฤษ¹⁶⁴ และประเทศออสเตรเลียพบว่า ในบางครั้งศาลไม่ยินยอมให้ชาย และหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เพราะศาลเห็นว่าการ ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของชายและหญิงขัดต่อนโยบายสาธารณะ โดยศาลเห็นว่าไม่จำเป็นที่จะต้อง พิจารณาเลยว่าการให้กำเนิดบุตรของชายและหญิงเป็นความเสียหายตามกฎหมาย และไม่ต้อง พิจารณาเลยว่าการให้กำเนิดบุตรของชายและหญิงเป็นผลมาจากความผิดพลาดของแพทย์หรือไม่ อย่างไรก็ดี นักวิชาการจำนวนมากแสดงความเห็นว่าศาลไม่ได้อธิบายว่านโยบายสาธารณะที่เป็นเหตุ

¹⁶³ Shaheen v Knight 6 Lyo 19, 11 Pa 11D&C 2d 41 (1957) ; Wofford v Davis (1988, Okla) 764 P2d 161.

¹⁶⁴ Udale v Bloomsbury Area Health Authority [1983] 2All ER522. ศาลมีคำ พิพากษาว่า ในกรณีที่ศาลยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์จากการให้ กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ คำพิพากษาของศาลดังกล่าวย่อมสร้างความกดดันและอาจเป็นเหตุทำ ให้แพทย์เลือกที่จะป้องกันโอกาสที่อาจถูกฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายด้วยการแนะนำหรือชักจูงให้หญิง เข้ารับการทำแท้ง เพื่อป้องกันไม่ให้แพทย์ต้องตกอยู่ภายใต้สถานการณ์ที่เต็มไปด้วยความกดดัน อีกทั้งเพื่อป้องกันไม่ไห้สามารถเลือกเข้ารับการทำแท้งได้โดยเสรี ศาลจึงเห็นว่าการที่ศาลไม่ยินยอมให้ ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ เป็นหนึ่งในวิธีการที่เหมาะสมที่จะป้องกันปัญหาที่ อาจเกิดขึ้นในอนาคต see J.K. Mason, The Troubled Pregnancy : Legal Wrongs and Rights in Reproduction, (New York: Cambridge University Press, 2007), p. 109. and Law Commission of England and Wales : The Law Commission (LawCom No. 60) , Report on Injuries to Unborn Children, Advice to the Lord Chancellor under section 3 (1)(E) of the Law Commission Act 1965 (Cmnd.5709) , (London : Law Commission Report, 1974)

ทำให้ชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์คือนโยบายสาธารณะเรื่องใดหรือมีแหล่งที่มาจากที่ใด¹⁶⁵

เมื่อพิจารณาจากสภาพสังคมปัจจุบันพบว่า ปัญหาการเพิ่มมากขึ้นของปริมาณประชากรเป็นปัญหาสำคัญที่ต้องการการแก้ไขอย่างเร่งด่วน เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวภาครัฐจึงให้การสนับสนุนกับทุกกระบวนการที่มีส่วนช่วยลดปริมาณประชากร ไม่ว่าจะเป็นการสนับสนุนให้ชายและหญิงเข้ารับการผ่าตัดทำหมันหรือการกำหนดให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการผ่าตัดได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ตลอดจนความพยายามจัดหาสถานที่ บุคลากร และศูนย์บริการเพื่อให้ชายและหญิงสามารถเข้ารับคำปรึกษาเกี่ยวกับขั้นตอนการวางแผนครอบครัวเพื่อลดปริมาณการตั้งครภ์และป้องกันการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์¹⁶⁶ จากความพยายามของภาครัฐดังกล่าวแสดงให้เห็นได้ว่าการวางแผนครอบครัวและการกำหนดอนาคตเกี่ยวกับการเจริญพันธุ์ของชายและหญิงไม่ได้เป็นเพียงแต่สิทธิประเภทหนึ่งตามกฎหมายอีกต่อไปแต่ได้กลายเป็นหนึ่งในนโยบายสาธารณะที่สำคัญของสังคม¹⁶⁷

ในกรณีที่ชายและหญิงพยายามปฏิบัติตามนโยบายสาธารณะด้วยการเข้ารับการผ่าตัดทำหมันหรือการเข้ารับการผ่าตัด หากมีความผิดพลาดอย่างไรเกิดขึ้นในกระบวนการดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นเพราะการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของแพทย์จนเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ และเป็นเหตุทำให้ความพยายามของชายและหญิงที่ต้องการช่วยลดจำนวนประชากรไม่ประสบผลสำเร็จ การกระทำดังกล่าวของแพทย์จึงเป็น

¹⁶⁵ Green v Sudakin (1978) 81 Mich App 545, 265 NW2d 411 ; Macomber v Dillman (1986, Me) 505 A2d 810 ศาลมีคำพิพากษาว่า แม้ศาลในหลายมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาเห็นว่าการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นรูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่ขัดต่อนโยบายสาธารณะ แต่ศาลเหล่านั้นไม่สามารถอธิบายได้ว่านโยบายสาธารณะที่ศาลกำลังกล่าวถึงคือนโยบายสาธารณะเรื่องใด ดังนั้น เมื่อนโยบายสาธารณะเป็นเรื่องที่ขาดความชัดเจนแน่นอน การที่ศาลพิจารณาพิพากษาคดีด้วยนโยบายสาธารณะย่อมทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับความเป็นธรรม ด้วยเหตุดังกล่าวการพิจารณาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์หรือไม่จึงต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายพื้นฐานเมื่อชายและหญิงสามารถพิสูจน์ได้ว่าการที่ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ ศาลย่อมต้องมีคำพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

¹⁶⁶ Beardsley v Wierdsma 650 P.2d 288, 293-97 (Wyo. 1982).

¹⁶⁷ Sherlock v Stillwater Clinic 260 NW 2d 169.

การละเมิดต่อสิทธิในการวางแผนครอบครัวและสิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเองของชายและหญิง อีกทั้งยังเป็นการขัดขวางการปฏิบัติตามนโยบายสาธารณะ¹⁶⁸ การที่ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์จึงไม่หาได้เป็นการกระทำที่ขัดต่อนโยบายสาธารณะแต่อย่างใด¹⁶⁹ ในทางกลับกัน หากศาลไม่ยินยอมชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างหากที่เป็นการขัดต่อนโยบายสาธารณะ¹⁷⁰ และเป็นการล่วงละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของชายและหญิงตามรัฐธรรมนูญ¹⁷¹

¹⁶⁸ Anonymous v Hospital (1979) 35 Conn Supp 112, 398 A2d 312

Scuriaga v Powell (1979) 123 SJ 406 ศาลได้มีคำพิพากษาไว้ว่า

“...ในปัญหาที่ว่านโยบายสาธารณะที่ปรากฏในปัจจุบันควรห้ามมิให้หญิงที่ได้รับความเสียหายจากการทำแท้งโดยประมาทมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายหรือไม่นั้น ศาลมีความเห็นว่า ในความเป็นจริงแล้วนโยบายสาธารณะควรคุ้มครองและสนับสนุนให้ผู้เสียหายใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากลูกหนี้ที่ชำระหนี้ไม่ถูกต้อง อีกทั้งนโยบายสาธารณะควรมีบทบาทช่วยให้กฎหมายมีสภาพบังคับ กล่าวคือ มีมาตรการบังคับให้ลูกหนี้ที่ชำระหนี้ไม่ถูกต้องรับผิดชอบและเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของตน ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย วัตถุประสงค์ของสัญญาาระหว่างหญิงและแพทย์ที่ต้องการเข้ารับการทำแท้งจึงไม่เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามตามกฎหมายอีกต่อไป และด้วยสัญญาดังกล่าวนี้องเองทำให้แพทย์มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังในการทำแท้งให้กับหญิง เพื่อให้การทำแท้งประสบผลสำเร็จและเพื่อให้ทารกในครรภ์ไม่สามารถคลอดออกมามีชีวิต จากเหตุผลข้างต้นที่ว่านโยบายสาธารณะได้รับรองให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้ตามกฎหมาย จึงไม่พบว่ามีเหตุผลอันสมควรอย่างใดที่กฎหมายจะต้องห้ามมิให้หญิงที่ได้รับความเสียหายจากการทำแท้งที่ผิดพลาดและต้องให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ...”

¹⁶⁹ David J Burke, *supra note 157*, p.329.

¹⁷⁰ Robert A. Williams, "Johnson v University Hospitals of Cleveland: Public Policy over Traditional Principles," *Akron Law Review*, Volume 23, Issue 3, pp.609-610 (1990)

¹⁷¹ David J Burke, *supra note 157*, p.325.

จากปัญหาว่าด้วยนโยบายสาธารณะข้างต้นผู้เขียนมีความเห็นว่า เมื่อการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายพื้นฐาน¹⁷² ในกรณีที่กฎหมายขาดความชัดเจนแน่นอนหรือไม่สามารถปรับใช้กับข้อเท็จจริงแห่งกรณีได้ ศาลต้องใช้ทักษะการตีความกฎหมายเพื่ออำนวยความสะดวกให้ประชาชน การที่ศาลพยายามนำนโยบายสาธารณะมาใช้พิจารณาคดีแทนหลักกฎหมายพื้นฐานจึงเป็นเพียงความพยายามที่จะบิดเบือนหลักกฎหมายเท่านั้น¹⁷³ และเมื่อบ่อยครั้งที่ปรากฏว่านโยบายสาธารณะของศาลไม่สอดคล้องกับสำนึกร่วมกันของวิญญูชน กฎหมายจึงไม่ควรยินยอมให้ศาลเป็นผู้วางนโยบายสาธารณะ แต่ควรเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติผู้ซึ่งเป็นตัวแทนของเจ้าของนโยบายสาธารณะที่แท้จริงที่จะพิจารณาว่าการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ขัดต่อนโยบายสาธารณะหรือไม่¹⁷⁴

อย่างไรก็ดี แม้ผู้เขียนมีความเห็นว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ตามกฎหมายลักษณะละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ประกอบมาตรา 438 และกฎหมายลักษณะสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 215 ประกอบมาตรา 222 แต่เพื่อหลีกเลี่ยงความไม่ชัดเจนในการปรับใช้กฎหมายของศาลที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต ฝ่ายนิติบัญญัติควรพิจารณาว่าการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ขัดต่อนโยบายสาธารณะหรือไม่ ในกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ขัดต่อนโยบายสาธารณะ ฝ่ายนิติบัญญัติควรตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรห้ามมิให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้อีก

¹⁷² ประเทศออสเตรเลีย ศาลวางแนวพิจารณาพิพากษาคดีมาโดยตลอดว่าในการพิจารณาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์หรือไม่ ศาลต้องพิจารณาตามหลักกฎหมายพื้นฐานเท่านั้น เมื่อไม่ปรากฏว่ามีนโยบายสาธารณะที่เป็นลายลักษณ์อักษรกำหนดห้ามมิให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในลักษณะดังกล่าว ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทั้งปวงจากแพทย์ see *Dahl v Purnell* *Dahl v Purnell* (1992) 15 Qld Lawyer Reps 33 and Malcolm Khan and Michelle Robson, *supra note 20*, pp.214-215. ; ประเทศแอฟริกาใต้ see Sa Strauss, "'Wrongful Conception', 'Wrongful Birth' and 'Wrongful Life': The First South African Cases," *Medicine and Law*, Volume 15, Issue 1, pp. 166-167, (1995)

¹⁷³ *Boone v Mullendore* 416 So. 2d 718, 724-27 (Ala. 1982) see Dean Stretton, *supra note 76*, p.319.

¹⁷⁴ *Schork v Huber* 648 S.W.2d 861 (Ky. 1983).

ต่อไป¹⁷⁵ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศออสเตรเลีย¹⁷⁶ และบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา อาทิ มลรัฐมิสซูรี¹⁷⁷ และมลรัฐเซาท์ดาโคตา¹⁷⁸ มลรัฐยูทาห์¹⁷⁹ มลรัฐมินิโซตา¹⁸⁰ ศาลวางแนวการพิจารณาว่าตราบไคที่ยังไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติห้ามมิให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ย่อมแสดงให้เห็นว่าฝ่ายนิติบัญญัตียังคงเห็นว่าการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ควรเป็นความเสียหายตามกฎหมาย ส่งผลทำให้ชายและหญิงยังคงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ได้ตามหลักกฎหมายพื้นฐาน โดยไม่จำเป็นต้องรอให้มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้สิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายต่อชายและหญิง

(9) ปัญหาว่าด้วยความเหมาะสมในการกำหนดความรับผิดของแพทย์

เมื่อค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเป็นเงินจำนวนมาก อีกทั้งเป็นภาระหน้าที่ผูกพันเป็นระยะเวลายาวนาน กล่าวคือ ผูกพันจนกว่าเด็กจะบรรลุนิติภาวะ ทำให้เกิดปัญหาว่าหากแพทย์จะต้องมีหน้าที่จ่ายค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กให้กับชายและหญิง ความรับผิดของแพทย์ดังกล่าวเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนได้หรือไม่

เมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ¹⁸¹ ศาลพิจารณาว่าแม้ความผิดพลาดทางการแพทย์จะเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ แต่หากศาลกำหนดให้แพทย์ต้องรับผิดในค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กด้วยแล้วเท่ากับศาลยินยอมให้ชายและหญิงได้รับเฉพาะแต่ประโยชน์จากการเกิดของ

¹⁷⁵ McLoughlin v O'Brian [1982] 2 All ER 298.

¹⁷⁶ ดู บทที่ 3 หัวข้อที่ 1.4.3

¹⁷⁷ Miss. Stat. Ann. §78-11-24.

¹⁷⁸ S.D. Codified Laws Ann. §21-55-2.

¹⁷⁹ Utah Code Ann. §78-11-24

¹⁸⁰ Hickman v Group Health Plan, Inc, 369 NW 2d 10 (1986).

¹⁸¹ คดี McFarlane v Tayside Health Authority [2000] 2 AC 59, 106. ผู้พิพากษา Lord Clyde ได้ให้ความเห็นไว้ว่า เมื่อความเสี่ยงที่ว่า การผ่าตัดทำหมันอาจไม่ประสบผลสำเร็จเป็นความเสี่ยงที่สามารถเกิดขึ้นได้เป็นปกติ การที่กฎหมายยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเต็มจำนวนอาจทำให้เกิดความเป็นธรรมต่อแพทย์ อีกทั้งยังอาจเป็นเหตุทำให้แพทย์ต้องรับผิดเกินกว่าสัดส่วนแห่งความผิดอีกด้วย

เด็ก¹⁸² เพราะนอกจากชายและหญิงจะได้รับสมาชิกใหม่เพิ่มมากขึ้นแล้ว ชายและหญิงยังจะได้รับเงินเพื่อนำไปใช้เป็นค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์อีกด้วย¹⁸³ ซึ่งการกระทำดังกล่าวเท่ากับเป็นการยินยอมให้มีการผลักรถที่ทางการเงินทั้งหมดไปสู่แพทย์เพียงฝ่ายเดียว การกำหนดให้แพทย์ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจึงไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน (Imposing liability for childcare expenses is wholly out of proportion to the culpability)¹⁸⁴ ด้วยเหตุดังกล่าวศาลจึงพิพากษาให้ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องเฉพาะค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวกับการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรเท่านั้น ตัวอย่างเช่น ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ในระหว่างตั้งครรภ์ ค่าเสียหายจากความเจ็บปวดและทุกข์ทรมานอันเป็นผลมาจากการตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์

ในปัญหาว่าด้วยความเหมาะสมในการกำหนดความรับผิดชอบของแพทย์ผู้เขียนมีความเห็นว่า เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความผิดพลาดทางการแพทย์ในหลายกรณีจะเห็นได้ว่าความเสียหายที่ร้ายแรงต่างก็เป็นผลมาจากความผิดพลาดของแพทย์เพียงเล็กน้อยเท่านั้น แต่ศาลก็พิพากษามาโดยตลอดว่าผู้เสียหายมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์โดยหาได้พิจารณาว่าการกำหนดความรับผิดชอบดังกล่าวได้สัดส่วนกับความผิดหรือไม่ ดังนั้น ในกรณีที่มีความผิดพลาดทางการแพทย์คือความผิดพลาดในกระบวนการผ่าตัดทำหมันหรือการทำแท้ง การพิจารณาความรับผิดชอบของแพทย์จึงต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายอย่างเดียวกัน นอกจากนี้เมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายลักษณะละเมิดหรือกฎหมายลักษณะสัญญาจะเห็นได้ว่ากฎหมายมีวัตถุประสงค์ที่จะเยียวยาความเสียหายเพื่อให้ผู้เสียหายได้กลับคืนสู่สถานะเสมือนว่าไม่มีการทำละเมิดเกิดขึ้นหรือเหมือนดังเช่นลูกหนี้ได้ชำระหนี้ตามสัญญาด้วยความระมัดระวังและเป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของสัญญา จากวัตถุประสงค์ในการเยียวยาความเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือกฎหมายลักษณะสัญญาดังกล่าว เพราะศาลมีหน้าที่พิจารณาเพียงว่าผลกระทบทาง

¹⁸² คดี Rieck v Medical Protective Co. (1974) 64 Wis 2d 514, 219 NW2d 242 ศาลมีคำพิพากษาว่า ในกรณีที่ศาลยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์เท่ากับศาลยินยอมให้มีการอุ้มบุญรูปแบบใหม่เกิดขึ้น กล่าวคือ ศาลยินยอมให้ชายและหญิงได้รับประโยชน์จากการให้กำเนิดบุตรโดยที่ชายและหญิงไม่ต้องมีภาระหน้าที่ทางการเงินที่จะต้องใช้จ่ายเพื่อการอุปการะเลี้ยงดูเด็ก ซึ่งเท่ากับว่าศาลยินยอมให้ชายและหญิงสามารถแสวงหาประโยชน์และได้รับแต่ความสุขจากการให้กำเนิดบุตร อีกทั้งยังจะได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากเด็กเป็นการตอบแทนในอนาคต ในขณะที่แพทย์จะไม่ได้รับสิ่งใดเป็นการตอบแทนจากเด็กเลย

¹⁸³ Hickman v Myers 632 S.W.2d 869 (Tex. App. Fort Worth 1982).

¹⁸⁴ Becker v Schwartz 413 NYS 2d 895, 907 (1978).

เศรษฐกิจและภาระหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรที่เกิดขึ้นจากการที่ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์หรือไม่ ในกรณีที่พิจารณาได้ความว่าถ้าปราศจากความผิดพลาดทางการแพทย์จะไม่มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจและภาระหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรเกิดขึ้นกับชายและหญิง ชายและหญิงย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกจากแพทย์ เพราะค่าเสียหายที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์จะช่วยให้ชายและหญิงสามารถกลับคืนสู่สถานะเสมือนว่าไม่มีการทำละเมิดหรือเสมือนว่าลูกหนี้ชำระหนี้ถูกต้อง¹⁸⁵

นอกจากนี้ ถ้าพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในประเทศอังกฤษ มีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นอีกด้วยว่า เหตุผลที่ศาลสูงไม่ยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิที่จะเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก เนื่องจากศาลเห็นว่ากองทุนเยียวยาความเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ (NHS) ไม่ควรนำเงินในกองทุนที่เตรียมไว้ใช้เป็นค่าใช้จ่ายในการให้การรักษายาบาลและเพื่อนำไปเยียวยาความเสียหายให้กับผู้ป่วยที่ได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรงจากความผิดพลาดทางการแพทย์มาใช้เป็นค่าใช้จ่ายในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดขึ้นมาโดยไม่พึงประสงค์¹⁸⁶ ซึ่งแม้ว่าปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษเพียงประเทศเดียว แต่เมื่อนำมาพิจารณาเปรียบเทียบกับประเทศไทย มีปัญหาที่น่าคิดว่าในกรณีที่มีความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้นในโรงพยาบาลของรัฐซึ่งผู้มีหน้าที่ต้องชดเชยค่าเสียหายก็คือกระทรวงสาธารณสุข อาจมีปัญหาก่อขึ้นว่าเช่นเดียวกันว่า ในกรณีที่ผู้มีหน้าที่เยียวยาความเสียหายเป็นหน่วยงานของรัฐ การที่กฎหมายจะยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อนำเงินไปใช้ในการเลี้ยงดูเด็กที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ แทนที่จะนำเงินเหล่านั้นไว้ใช้เป็นการรักษายาบาลให้กับผู้ป่วยที่เข้ารับการรักษาในโรงพยาบาลของรัฐเป็นเรื่องเหมาะสมหรือไม่ ในปัญหาดังกล่าวผู้เขียนมีความเห็นว่าไม่ว่าบุคคลที่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เป็นผลมาจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์จะเป็นแพทย์ผู้ทำการรักษายาบาล โรงพยาบาลต้นสังกัด กระทรวงสาธารณสุขหรือกระทรวงการคลังซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ การพิจารณาความรับผิดชอบของบุคคลดังกล่าวยังคงเป็นไปตามหลักกฎหมายพื้นฐาน หากชายและหญิงสามารถพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ ชายและหญิงย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายดังกล่าว¹⁸⁷

¹⁸⁵ Schork v Huber, 648 S.W.2d 861, 867 (Ky. 1983)

¹⁸⁶ Tony Weir, "The Unwanted Child," *The Cambridge Law Journal*, Issue 2, Volume 59, p.238 (June 2000)

¹⁸⁷ Jonathan Herring, *Medical Law and Ethics*, 4th ed., (New York : Oxford University Press, 2012), p.288. ; Barbara C Steininger, *supra note 15*, p.141.

(10) ปัญหาว่าด้วยความสัมพันธ์ภายในครอบครัว

เมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศสเปนและประเทศแอฟริกาใต้พบว่า เหตุผลที่ศาลไม่ยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตร เนื่องด้วยศาลเห็นหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรของชายและหญิงเป็นหน้าที่ตามกฎหมายลักษณะครอบครัว ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวเป็นหน้าที่เฉพาะตัวของชายและหญิงผู้มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กและไม่สามารถโอนไปสู่แพทย์ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกและไม่มีความสัมพันธ์กับเด็กได้¹⁸⁸ และเมื่อค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเป็นค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากหน้าที่ตามกฎหมายที่ชายและหญิงต้องให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็ก ค่าใช้จ่ายดังกล่าวจึงต้องมีแหล่งที่มาจากชายและหญิงเท่านั้น ถ้ากฎหมายยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์ ย่อมเท่ากับว่ากฎหมายยินยอมให้มีการโอนหน้าที่ของชายและหญิงตามกฎหมายลักษณะครอบครัวไปสู่แพทย์บุคคลภายนอก การกระทำดังกล่าวจึงมีผลเป็นการขัดต่อหลักกฎหมาย

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศเยอรมนี¹⁸⁹ และประเทศเนเธอร์แลนด์พบว่า ศาลพิจารณาว่าในกรณีที่แม้ว่าชายและหญิงจะมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์ แต่ภายหลังที่ชายและหญิงใช้สิทธิเรียกร้องดังกล่าวแล้ว ชายและหญิงก็ยังคงเป็นบุคคลที่มีหน้าที่ให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็ก โดยหน้าที่ดังกล่าวหาได้โอนไปสู่แพทย์ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกแต่อย่างใด นอกจากนี้ เมื่อไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติกฎหมายมาตรใดกำหนดห้ามมิให้ชายและหญิงเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์ การที่ศาลยินยอมให้ชายและหญิงเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์จึงไม่ขัดต่อหลักกฎหมาย¹⁹⁰

ปัญหาที่ว่าในกรณีที่กฎหมายยินยอมให้ชายและหญิงเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กนี้ทำให้คำพิพากษาของศาลขัดต่อหลักกฎหมายลักษณะครอบครัวหรือไม่ ผู้เขียนมีความเห็นว่า แม้หน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรจะเป็นหน้าที่เฉพาะตัวของชายและหญิงผู้ซึ่งมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กอย่างแท้จริง แต่การที่กฎหมายให้สิทธิกับชายและหญิงที่จะฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์ไม่ได้มีความหมายว่า กฎหมายยินยอมให้มีการโอนหน้าที่ตามกฎหมายลักษณะครอบครัวทั้งหมดของชายและหญิงไปสู่แพทย์ซึ่งเป็นบุคคลภายนอก

¹⁸⁸ STS 24.9.1999 RJ1999\7272 ; STS 29.5.2003 RJ20003\3916 ; STS (Administrative Chamber) 3.10.2000 RJ 2000\7799

¹⁸⁹ BGH 18 March 1980 (VI ZR 105/78), BGHZ 76, 249. see Bénédict Winiger, Helmut Koziol, Reinhard Zimmermann and Bernhard A. Koch, *supra note 14*, pp.875-877.

¹⁹⁰ Barbara C Steininger, *supra note 15*, p.134.

เนื่องจากค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเป็นเพียงภาระส่วนหนึ่งของหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรเท่านั้น เพราะนอกจากค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กแล้ว ชายและหญิงยังมีหน้าที่ประการอื่นๆ ที่เต็มไปด้วยความใช้จ่ายจำนวนมาก และโดยเฉพาะอย่างยิ่งหน้าที่ทางกายภาพที่เต็มไปด้วยความยากลำบากและความเหน็ดเหนื่อยซึ่งเป็นหน้าที่ที่ไม่สามารถเยียวยาได้ด้วยเงิน นอกจากนี้ เมื่อภายหลังที่ชายและหญิงได้ฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์แล้ว จะเห็นได้ว่าชายและหญิงก็ยังเป็นบุคคลผู้มีหน้าที่ให้การอุปการะเลี้ยงดูจึงไม่อาจพิจารณาได้เลยว่า การที่กฎหมายยินยอมให้ชายและหญิงเรียกจ่ายค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์ จะเป็นการยินยอมให้มีการโอนภาระหน้าที่ตามกฎหมายลักษณะของครอบครัวของชายและหญิงเพื่อให้กลายเป็นหน้าที่ของแพทย์¹⁹¹

นอกจากนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กซึ่งชายและหญิงต้องการเรียกร้องจากแพทย์ แท้ที่จริงแล้วเป็นเพียงความเสียหายทางเศรษฐกิจประเภทหนึ่งเท่านั้น โดยชายและหญิงพยายามป้องกันความเสียหายทางเศรษฐกิจดังกล่าวด้วยการเข้ารับการผ่าตัดทำหมันหรือเข้ารับการผ่าตัดจากแพทย์ ซึ่งถ้าปราศจากความผิดพลาดทางการแพทย์ความเสียหายทางเศรษฐกิจย่อมไม่เกิดขึ้น ด้วยเหตุดังกล่าว แม้ความเสียหายทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นจะเป็นผลมาจากการที่ผู้เสียหายมีหน้าที่ตามกฎหมายก็ตาม แต่เมื่อไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติห้ามมิให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทางเศรษฐกิจดังกล่าว ชายและหญิงจึงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์ ซึ่งการที่กฎหมายให้สิทธิกับชายและหญิงที่จะเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์จะช่วยทำให้ชายและหญิงไม่ต้องวิตกกังวลกับผลกระทบทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นหรือกำลังจะเกิดขึ้น อีกทั้งยังช่วยทำให้ชายและหญิงสามารถเลี้ยงดูเด็กด้วยความรักและทำให้เด็กได้รับการเลี้ยงดูในสภาพแวดล้อมที่เหมาะสม

อย่างไรก็ดี อาจมีปัญหากเกิดขึ้นว่าเมื่อการที่ชายและหญิงให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กไม่ได้เป็นการกระทำที่เป็นการให้เปล่า เพราะการที่ชายและหญิงให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กในวัยเยาว์จะช่วยทำให้ชายและหญิงได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากเด็กเป็นการตอบแทนเมื่อชายและหญิงเข้าสู่วัยชราที่ต้องการพึ่งพาอาศัยบุตร อีกทั้งชายและหญิงยังมีสิทธิที่จะได้มรดกจากบุตรของตนอีกด้วย แต่เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับแพทย์บุคคลภายนอก ในกรณีที่กฎหมายยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์ เท่ากับแพทย์มีหน้าที่ช่วยเหลือชายและหญิงในการให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็ก แต่ค่าใช้จ่ายที่แพทย์จ่ายให้กับชายและหญิงเพื่อนำไปเลี้ยงดูเด็กเป็นค่าใช้จ่ายที่เป็นการให้เปล่าโดยที่แพทย์ไม่ได้รับสิ่งใดเป็นการตอบแทนจากเด็ก เพราะแพทย์ไม่อาจเรียกให้เด็กให้การอุปการะเลี้ยงดูตนเป็นการตอบแทน อีกทั้งไม่มีสิทธิที่จะได้รับมรดกของเด็ก

¹⁹¹ Sa Strauss, *supra* note 172, p.167.

ด้วยเหตุดังกล่าวทำให้เกิดคำถามว่า เมื่อชายและหญิงมีโอกาสที่จะได้รับประโยชน์จากเด็กซึ่งเป็นประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นในอนาคตเป็นการตอบแทน กฎหมายยังควรยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์ได้อยู่หรือไม่

ในปัญหาข้างต้นผู้มีความเห็นว่า การที่เด็กจะให้การอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาเป็นการตอบแทนหรือไม่นั้น หาได้เป็นผลมาจากการที่กฎหมายกำหนดให้เด็กมีหน้าที่ให้การอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาเท่านั้น เพราะความต้องการของเด็กที่จะให้การอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาเป็นผลมาจากความสัมพันธ์ตามข้อเท็จจริง กล่าวคือ ในกรณีที่ชายและหญิงให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กด้วยความรัก ผลที่เกิดขึ้นก็คือเด็กย่อมรับรู้ถึงความรักดังกล่าวและประสงค์ที่จะให้การอุปการะเลี้ยงดูชายและหญิงในอนาคตเป็นการตอบแทน ดังนั้น การที่เด็กต้องการจะให้การอุปการะเลี้ยงดูชายและหญิงเป็นการตอบแทนหาได้เป็นผลมาจากที่เด็กได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากเงินที่เป็นของชายและหญิงเท่านั้น แม้เงินที่ชายและหญิงใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเป็นเงินที่ชายและหญิงได้รับมาจากการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ แต่ถ้าปราศจากข้อเท็จจริงที่ว่าชายและหญิงทุ่มเทและให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กด้วยความรัก เด็กอาจจะไม่มีความต้องการที่ให้การอุปการะเลี้ยงดูชายและหญิงเป็นการตอบแทน ดังนั้น เมื่อแพทย์ไม่เคยให้การอุปการะเลี้ยงดูตามความเป็นจริง แพทย์ย่อมไม่สามารถเรียกร้องอะไรจากเด็กเป็นการตอบแทนได้ นอกจากนี้ แม้ชายและหญิงจะมีสิทธิที่จะได้รับมรดกของเด็ก แต่สิทธิดังกล่าวก็ยังไม่เป็นที่แน่นอน เพราะในอนาคตเด็กอาจจะไม่ทรัพย์สินหรือชายและหญิงบิดามารดาอาจถึงแก่ความตายก่อนเด็กและไม่มีโอกาสที่จะได้รับมรดกของเด็ก แต่ในขณะที่ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายความเสียหายทางเศรษฐกิจเป็นความเสียหายที่ชัดเจนและแน่นอน ซึ่งถ้ากฎหมายไม่ยินยอมให้ชายและหญิงเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์ อาจเป็นเหตุทำให้ชาย หญิงและเด็กไม่สามารถดำเนินชีวิตต่อไปได้ ดังนั้น การที่แพทย์ไม่ได้รับประโยชน์ใดเป็นการตอบแทนจากการที่แพทย์มีหน้าที่ต้องจ่ายค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก หาเป็นเหตุทำให้สิทธิของชายและหญิงเปลี่ยนแปลงไป

นอกจากนี้ ยังมีปัญหาเกิดขึ้นอีกด้วยว่าในกรณีที่กฎหมายยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ จะเป็นเหตุที่ทำให้เด็กเข้าใจว่าการที่เด็กเกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นเพียงผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ โดยที่ชายและหญิงไม่ต้องการและไม่รักเด็กหรือไม่¹⁹² โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีความผิดพลาดทางการแพทย์คือการทำแท้งโดยประมาท ถ้าเด็กทราบความจริงว่าการที่เด็กเกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นผลมาจากการที่หญิง และ

¹⁹² Rieck v Medical Protective Co. of Fort Wayne, Ind 64 Wis. 2d 514, 219 N.W.2d 242 (1974).

แพทย์ไม่สามารถร่วมกันฆ่าเด็กได้สำเร็จ หรือในกรณีที่ชายและหญิงเห็นว่าเด็กเป็นต้นเหตุที่นำมาซึ่งความหายนะทางเศรษฐกิจของครอบครัวจนที่ชายและหญิงต้องมาฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์¹⁹³ ด้วยข้อเท็จจริงดังกล่าวอาจเป็นเหตุที่สร้างผลกระทบทางจิตใจอย่างร้ายแรงให้กับเด็ก¹⁹⁴

ในการพิจารณาว่าการที่กฎหมายยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์จะส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจของเด็กหรือไม่ ผู้เขียนมีความเห็นว่ามีคามจำเป็นที่จะต้องแยกความแตกต่างระหว่างกรณีที่เกิดขึ้นมาในช่วงที่ชายและหญิงไม่พร้อมและไม่มีความสามารถในการให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็ก กับกรณีที่ชายและหญิงไม่ต้องการเด็ก เพราะในกรณีที่ความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นเหตุทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์หาได้หมายความว่าเด็กที่เกิดขึ้นมาจากความผิดพลาดดังกล่าวจะไม่ใช่ที่ต้องการหรือไม่เป็นที่รักของชายและหญิง แต่เพียงช่วงเวลาดังกล่าวชายและหญิงยังไม่พร้อมที่จะให้กำเนิดและให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กเท่านั้น จึงทำให้ชายและหญิงต้องช่วยกันป้องกันการให้กำเนิดบุตรในช่วงเวลาที่ไม่เหมาะสม นอกจากนี้ การที่ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ก็ไม่ได้หมายความว่าชายและหญิงไม่รักและไม่ต้องการที่จะต้อนรับเด็กเข้ามาเป็นสมาชิกใหม่ของครอบครัว อีกทั้งไม่หมายความว่าชายและหญิงกล่าวอ้างว่าเด็กเป็นความเสียหาย¹⁹⁵ แต่การที่ชายและหญิงต้องเลือกที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเป็นผลมาจากการที่ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรในช่วงเวลาที่ไม่เหมาะสมทำให้เกิดผลกระทบทางเศรษฐกิจขึ้นกับชายและหญิงจนทำให้ชายและหญิงไม่สามารถดำเนินชีวิตได้ตามปกติ หรือทำให้การดำเนินชีวิตเป็นไปด้วยความยากลำบาก นอกจากนี้ ถ้าชายและหญิงไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายดังกล่าวแล้วไม่เพียงแต่ชายและหญิงเท่านั้นที่จะไม่สามารถดำเนินชีวิตต่อไป แต่เด็กเองก็อาจที่จะไม่มีชีวิตรอดเช่นเดียวกัน ดังนั้น การที่กฎหมายยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ เงินที่ชายและหญิงได้รับการเยียวยาจากแพทย์จะช่วยเยียวยาและบรรเทาความเสียหายให้กับครอบครัว และจะช่วยทำให้สมาชิกภายในครอบครัวทุกคนสามารถดำเนินชีวิตต่อไปได้¹⁹⁶

เมื่อการที่กฎหมายยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์นอกจากจะไม่ส่งผลกระทบต่อจิตใจต่อเด็กแล้ว ยังมีส่วนทำให้ชายและหญิงมีความพร้อมและมีความสามารถที่จะต้อนรับเด็กเข้ามาเป็นสมาชิกใหม่ของครอบครัวด้วยความรักและความ

¹⁹³ Udale v Bloomsbury Area Health Authority [1983] 1 WLR 1098, 1109.

¹⁹⁴ David J Burke, *supra* note 157, p.332.

¹⁹⁵ Barbara C Steininger, *supra* note 15, pp.131-132.

¹⁹⁶ *Ibid*, p.132.

อบอุ่น เพราะในกรณีที่ชายและหญิงไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายจากแพทย์ ชายและหญิงอาจจะยังคงวิตกกังวลอยู่กับความยากลำบากในการดำเนินชีวิต และความไม่มั่นใจว่าตนจะให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กได้หรือไม่ แต่เมื่อความยากลำบากในการดำเนินชีวิตและความไม่มั่นใจหมดสิ้นไปจากการที่ชายและหญิงได้รับการเยียวยาจากแพทย์แล้ว ชายและหญิงย่อมมีความสามารถที่ให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กด้วยความรักจนกระทั่งที่ว่าเด็กไม่สามารถคิดได้เลยว่าเด็กไม่เป็นที่รักและไม่เป็นที่ต้องการของชายและหญิงบิดามารดาได้อย่างไร¹⁹⁷ ในทางกลับกัน ถ้ากฎหมายไม่ยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ด้วยความยากลำบากในการดำเนินชีวิตย่อมเป็นเหตุที่ทำให้เกิดผลกระทบต่อสภาพจิตใจของเด็กได้เช่นเดียวกัน

นอกจากนี้ เมื่อชายและหญิงเคยมีโอกาสนี้ที่จะหลีกเลี่ยงความยากลำบากในการดำเนินชีวิตเพราะเหตุที่ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ด้วยการยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่น หรือหญิงสามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง การที่ชายและหญิงเลือกที่จะแบกรับผลกระทบทางเศรษฐกิจและยอมรับที่จะดำเนินชีวิตด้วยความยากลำบาก ด้วยการไม่เลือกที่จะยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่นหรือไม่เลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง ย่อมเป็นการแสดงให้เห็นได้ว่า ชายและหญิงมีความรักและความผูกพันกับเด็ก อีกทั้งเด็กเป็นที่ต้องการของชายและหญิงอย่างมาก¹⁹⁸ อย่างไรก็ดี เหตุผลที่ผู้เขียนได้กล่าวข้างต้นสามารถใช้ได้เฉพาะกรณีที่ความผิดพลาดทางการแพทย์คือการผ่าตัดทำหมันโดยประมาทเท่านั้น เพราะในกรณีที่ความผิดพลาดทางการแพทย์คือการทำแท้งโดยประมาท เมื่อหญิงเคยพยายามที่จะทำลายชีวิตของเด็กมาแล้วครั้งหนึ่ง จึงเป็นเรื่องยากที่อธิบายว่าหญิงต้องการเด็ก การเกิดของเด็กจึงเป็นเพียงผลแห่งความโชคดีที่การทำแท้งไม่ประสบผลสำเร็จเท่านั้น

ในปัญหาเรื่องผลกระทบทางจิตใจของเด็กนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า การที่เด็กจะได้รับผลกระทบทางจิตใจหรือไม่ ไม่ได้ขึ้นอยู่กับว่ากฎหมายยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์หรือไม่ แม้กฎหมายจะไม่ยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแต่ใช้ว่าเด็กจะไม่สามารถเรียนรู้ว่าการเกิดของเด็กเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ นอกจากนี้ผลกระทบทางจิตใจของเด็กจะเกิดขึ้นต่อเมื่อ เด็กไม่ได้รับความรักและไม่ได้รับการดูแลและ

¹⁹⁷ *Thake v Maurice* [1984] 2 All E.R. 513 ; *Emeh v Kensington and Chelsea and Westminster Area Health Authority* [1984] 3 All E.R. 1044 ; *Allen v Bloomsbury Health Authority* [1993] 1 All E.R. 651.

¹⁹⁸ *Cataford v Moreau* (1978) , 114 DLR (3d) 858 (Que Superior Ct.) ; *Malcolm Khan and Michelle Robson, supra note 20*, pp.214-215. and *Sa Strauss, supra note 172*, p.167.

การเอาใจใส่ที่ดีจากชายและหญิง¹⁹⁹ เพราะแม้ชายและหญิงจะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ เพราะเหตุที่ให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ชายและหญิงสามารถป้องกันไม่ให้มีผลกระทบทางจิตใจเกิดขึ้นกับเด็กได้ด้วยการที่ชายและหญิงให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กด้วยความรัก และพยายามให้เด็กทำ ความเข้าใจถึงเหตุผลที่ชายและหญิงมีความจำเป็นที่จะต้องหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรในช่วงเวลาที่ไม่ เหมาะสม ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่ชายและหญิงไม่พร้อมที่จะให้กำเนิดและให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็ก ด้วยการ ให้การอุปการะเลี้ยงดูอย่างเหมาะสมจะช่วยทำให้เด็กสามารถเรียนรู้ว่าชายและหญิงรักเด็กมาเพียงใด อีกทั้งเด็กเป็นที่ต้องการของชายและหญิงอย่างมาก²⁰⁰ เมื่อชายและหญิงเป็นบุคคลที่รู้ถึงเหตุการณ์ ภายในครอบครัวดีที่สุดว่าการที่ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์จะทำให้เด็กได้รับ ผลกระทบทางจิตใจหรือไม่ อีกทั้งชายและหญิงยังเป็นบุคคลที่รู้ถึงวิธีการป้องกันผลกระทบทางจิตใจที่ อาจเกิดขึ้นกับเด็ก นักกฎหมายหรือศาลจึงไม่ควรตัดสินใจแทนเด็กว่าควรหรือไม่สมควรให้ชายและ หญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแพทย์²⁰¹ นอกจากนี้ ในกรณีที่ชายและหญิงเห็นว่าการที่ชายและหญิง ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์จะส่งผลกระทบทางจิตใจของเด็กอย่างแน่นอน ชายและหญิง สามารถหลีกเลี่ยงและป้องกันปัญหาดังกล่าวได้ด้วยการเลือกที่จะไม่ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย²⁰²

(11) ปัญหาว่าด้วยหน้าที่ในการเยียวยาความเสียหาย

เมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของต่างประเทศพบว่า ประเด็น ปัญหาทางกฎหมายประการหนึ่งจะเกิดขึ้นพร้อมกับปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย จากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ก็คือ ในกรณีที่หญิงพบว่าหญิงต้องตั้งครรรค์จากการคุมกำเนิด ที่ผิดพลาดหรือพบว่าการทำแท้งครั้งแรกไม่ประสบผลสำเร็จ หรือในกรณีที่ชายและหญิงให้กำเนิดบุตร โดยไม่พึงประสงค์ หญิงมีหน้าที่เยียวยาความเสียหายด้วยการเข้ารับการทำแท้ง หรือชายและหญิงมี หน้าที่เยียวยาความเสียหายด้วยการยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่นหรือไม่ และในกรณีที่หญิง ปฏิเสธที่จะเข้ารับการทำแท้งหรือชายและหญิงไม่ยินยอมยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่น จะถือ

¹⁹⁹ D Brahams, *supra note 41* , pp.643-645.

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ *Burke v Rivo* 551 NE 2d 1,5 (Mass, 1990).

²⁰² HR 21 February 1997 1999 *Nederlandse Jurisprudentie* 145 nt CJHB ; Bénédicte Winiger, Helmut Koziol, Reinhard Zimmermann and Bernhard A. Koch, *supra note 14*, pp.883-885. ; Walter Van Gerven, Jeremy Lever and Pierre Larouche, *supra note 125*, pp.133-136.

ได้หรือไม่ว่าการกระทำของหญิงและชายเป็นเหตุแทรกแซง (*Novus actus interveniens*) ที่ทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลสืบสุดลง²⁰³

แม้แนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลส่วนมากจะเห็นตรงกันว่าหน้าที่ในการเยียวยาความเสียหายต้องเป็นหน้าที่อันมีเหตุผลอันสมควรและไม่ก่อให้เกิดภาระต่อผู้เสียหาย ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวไม่รวมถึงการเข้ารับการทำแท้งหรือการยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่น²⁰⁴ แต่ก็พบว่าศาลของบางประเทศ อาทิ ประเทศอังกฤษหรือบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา พิจารณาว่าการที่หญิงไม่ยอมเข้ารับการทำแท้งหรือไม่ยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่น เป็นฝ่าฝืนหน้าที่ในการเยียวยาความเสียหาย อีกทั้งยังเป็นการแสดงให้เห็นว่าการตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตรของชายและหญิงไม่ใช่การตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์อีกต่อไป²⁰⁵

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายไทย แม้การกระทำของผู้ทำละเมิดหรือลูกหนี้จะเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและก่อให้เกิดความเสียหาย แต่ในกรณีที่ผู้เสียหายหรือเจ้าหนี้มีความสามารถที่จะบำบัดป้องกันหรือเยียวยาความเสียหาย หากผู้ถูกทำละเมิดหรือเจ้าหนี้ตั้งใจหรือประมาทเลินเล่อไม่บำบัดป้องกันหรือเยียวยาความเสียหาย (กฎหมายลักษณะสัญญาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 223 , กฎหมายลักษณะละเมิดประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 442 ประกอบมาตรา 223) ทั้งที่การกระทำเหล่านั้นไม่ก่อให้เกิดภาระอันเกินสมควร อีกทั้งเป็นการกระทำที่สมเหตุสมผล การงดเว้นจากหน้าที่เช่นว่านั้นอาจส่งผลทำให้ผู้เสียหายหรือเจ้าหนี้ไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายหรือทำให้จำนวนค่าเสียหายที่ผู้ถูกทำละเมิดหรือเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องลดน้อยลง

สำหรับปัญหาว่าด้วยหน้าที่ในการเยียวยาความเสียหายจากการตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ผู้เขียนแยกพิจารณาดังนี้

²⁰³ Norman M. Block, "Wrongful Birth : The Avoidance of Consequences Doctrine in Mitigation of Damages," *Fordham Law Review*, Volume 53, Issue 5, pp. 1107-1126 (1984-1985)

²⁰⁴ Cees Van Dam, *European Tort Law*. 2nd ed., (Oxford : Oxford University Press, 2013), p.195. ; R. Scott, "Prenatal Screening, Autonomy and Reasons : The Relationship between the Law of Abortion and Wrongful Birth," *Medical Law Review*, Volume 11, p.265 (2003) ; Malcolm Khan and Michelle Robson, *supra note 20*, p.226.

²⁰⁵ *Emeh v Kensington Area Health Authority* [1985] QB 1012.

กรณีที่ 1 หน้าที่ในการเยียวยาความเสียหายด้วยการเข้ารับการทำแท้ง

ในการพิจารณาว่าหญิงมีหน้าที่เยียวยาความเสียหายด้วยการเข้ารับการทำแท้งหรือไม่นั้น สิ่งที่ต้องพิจารณาเป็นลำดับแรกก็คือหญิงที่ตั้งครรภ์จากการคุมกำเนิดที่ผิดพลาดมีสิทธิที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากหญิงไม่มีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งด้วยเหตุดังกล่าวได้โดยชอบด้วยกฎหมาย หญิงย่อมไม่มีหน้าที่เยียวยาความเสียหายด้วยการกระทำในสิ่งที่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด และแม้ว่าหญิงจะไม่ยินยอมเข้ารับการทำแท้งตามข้อเสนอของแพทย์ แพทย์จะอ้างว่าการกระทำของหญิงเป็นการผิดหน้าที่เยียวยาความเสียหายเพื่อที่จะไม่ต้องชดใช้ค่าเสียหายหรือชดใช้ค่าเสียหายน้อยลงไม่ได้²⁰⁶

อนึ่ง แม้ผู้เขียนจะมีความเห็นว่าหญิงที่ตั้งครรภ์จากการคุมกำเนิดผิดพลาดมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย²⁰⁷ อย่างไรก็ตาม การทำแท้งก็ยังคงเป็นสิทธิส่วนตัวของหญิง²⁰⁸ หญิงเป็นผู้มีสิทธิเลือกได้อย่างอิสระว่าต้องการที่จะตั้งครรรภ์ต่อไปหรือต้องการยุติการตั้งครรรภ์ กฎหมายไม่สามารถบังคับให้หญิงต้องเยียวยาความเสียหายด้วยการเข้ารับการทำแท้งโดยไม่สมัครใจ²⁰⁹ การที่หญิงมีสิทธิเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายจึงไม่ได้หมายความว่าหญิงต้องมีหน้าที่เข้ารับการทำแท้งเพื่อช่วยเยียวยาความเสียหายและเพื่อช่วยทำให้แพทย์ต้องรับผิดชอบ

นอกจากนี้ หน้าที่ในการเยียวยาความเสียหายตามกฎหมายต้องเป็นหน้าที่ที่มีเหตุอันสมควร ไม่ก่อให้เกิดภาระหรือสร้างความยากลำบากให้กับผู้เสียหาย อีกทั้งต้องไม่ขัดต่อสิทธิส่วนบุคคลและสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ²¹⁰ ดังนั้น หญิงจึงไม่มีหน้าที่เยียวยาความเสียหายด้วยการทำลายชีวิตของทารกในครรภ์²¹¹ ซึ่งการกระทำเช่นนั้นผู้คนส่วนใหญ่ในสังคมต่างเห็นว่าเป็นการ

²⁰⁶ Michael A. Jones, *supra* note 30, pp.530-531.

²⁰⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 ประกอบข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 ข้อที่ 5 (2)

²⁰⁸ Michael A. Jones, *supra* note 30, pp.86, 530-531.

²⁰⁹ Norman M. Block, *supra* note 203, p.1119. ; Barbara C Steininger, *supra* note 15, p.142.

²¹⁰ Flowers v District of Columbia (1987, Okla) 746 P2d 184

²¹¹ C. Jame O'Neil, "Old Principles, New Issues : The Law of Abortion in New Zealand," University of Waikato (1984) cited in James O'Neill, *supra* note 1, p.194 footnote 91.

กระทำที่ขัดต่อหลักคำสอนของศาสนาและเป็นบาป²¹² ขัดต่อจริยธรรมอันดีและคุณงามความดีของการเป็นมนุษย์ อีกทั้งยังเป็นการขัดต่อสิทธิที่จะมีชีวิตของทารกในครรภ์²¹³ นอกจากนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าหญิงไม่มีหน้าที่เยียวยาความเสียหายด้วยการที่จะต้องนำตนเองเข้าสู่กระบวนการที่เต็มไปด้วยความเสี่ยง ความเจ็บปวดทรมาน รวมทั้งยังเป็นเหตุการณ์ที่สร้างความทรงจำที่เลวร้ายให้กับหญิง ทั้งนี้ แม้หญิงจะเคยเข้ารับการทำแท้งมาแล้วครั้งหนึ่งก็ตาม (กรณีแพทย์ทำแท้งให้หญิงโดยประมาท) แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าหญิงมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องเยียวยาความเสียหายด้วยการเข้ารับการทำแท้งเป็นครั้งที่ 2 เมื่อการทำแท้งได้สร้างภาระให้แก่หญิงและเป็นการกระทำที่ไม่มีเหตุผลอันสมควร กฎหมายจึงไม่อาจกำหนดให้การทำแท้งเป็นหน้าที่เยียวยาความเสียหายตามกฎหมาย

กรณีที่ 2 หน้าที่เยียวยาความเสียหายด้วยการยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่น เมื่อการให้กำเนิดบุตรไม่เป็นไปตามความประสงค์ อีกทั้งชายและหญิงก็ไม่มีความสามารถและไม่พร้อมที่จะเลี้ยงดูเด็ก การที่จะหลีกเลี่ยงความเสียหายที่เกิดขึ้นกับชายและหญิง อีกวิธีการหนึ่งก็คือการปลดปล่อยหน้าที่ของความเป็นบิดามารดาตามกฎหมาย โดยที่ชายและหญิงไม่ต้องให้การอุปการะเลี้ยงดูบุตรด้วยตนเองและโอนหน้าที่ดังกล่าวไปให้บุคคลภายนอกที่สมัครใจและพร้อมที่จะให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็ก ด้วยเหตุดังกล่าวจึงทำให้เกิดปัญหาว่าชายและหญิงมีหน้าที่เยียวยาความเสียหายด้วยการยกเด็กให้เป็นบุตรของบุคคลภายนอกหรือไม่ ในปัญหาดังกล่าวผู้เขียนมีความเห็นว่า แม้การตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตรจะไม่เป็นไปตามความประสงค์ที่แท้จริงของชายและหญิง แต่ตลอดระยะเวลา 9 เดือน ที่ทารกได้อาศัยอยู่ในครรภ์ของหญิง ย่อมสร้างความผูกพันระหว่างหญิงและทารกในครรภ์ ตลอดจนถึงชายผู้เฝ้าดูพัฒนาการและรอคอยการได้เกิดขึ้นมาของทารกในครรภ์²¹⁴ จึงไม่อาจกล่าวได้เลยว่าบุคคลมีหน้าที่เยียวยาความเสียหายด้วยการทำลายความสัมพันธ์ในทางครอบครัวเหล่านั้นซึ่งเป็นโครงสร้างพื้นฐานที่สำคัญของสังคม

เมื่อพิจารณาตามหลักกฎหมายพื้นฐานและหลักการว่าด้วยประโยชน์สูงสุดของเด็ก กฎหมายสันนิษฐานไว้ว่าเด็กทุกคนควรได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากชายและหญิงที่เป็นบิดามารดาที่แท้จริง เพราะบุคคลเหล่านั้นเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับเด็กและพร้อมจะให้ความ

²¹² Marciniak v Lundborg (1990) 153 Wis 2d 59, 450 NW2d 243

²¹³ เมื่อพิจารณา ข้อ 6 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Right of the Child) ที่ว่า “...เด็กทุกคนมีสิทธิติดตัวตั้งแต่กำเนิดที่จะมีชีวิต...” กฎหมายจึงไม่อาจกำหนดได้เลยว่าหญิงมีหน้าที่เยียวยาความเสียหายด้วยการทำลายหรือขัดขวางการมีชีวิตของเด็ก

²¹⁴ Stills v Gratton (1976, 1st Dist) 55 Cal App 3d 698, 127 Cal Rptr 652.

รักและความห่วงใยกับเด็กได้มากกว่าบุคคลอื่นใด²¹⁵ นอกจากนี้ การที่ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรในช่วงระยะเวลาที่ไม่เหมาะสมไม่ได้หมายความว่าชายและหญิงไม่รักเด็ก ซึ่งตามธรรมชาติไม่มีบิดามารดาคนใดพร้อมที่จะยกเด็กผู้เป็นที่รักให้กับคนแปลกหน้า เพราะไม่มีหลักประกันอะไรที่จะยืนยันได้ว่าบุคคลเหล่านี้จะให้การอุปการะเลี้ยงดูและให้ความรักกับเด็กได้มากกว่าชายและหญิงผู้เป็นบิดามารดา

ในปัญหาว่าด้วยหน้าที่ในการเยียวยาความเสียหายผู้เขียนมีความเห็นว่า การที่ชายและหญิงไม่ยินยอมที่จะยกเด็กซึ่งเป็นบุตรของตนให้เป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลอื่น หรือไม่ยินยอมเข้ารับการทำแท้งเป็นเรื่องที่วิญญูชนสามารถคาดเห็นได้ ซึ่งจะกลายเป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสมอย่างมาก หากกฎหมายจะกำหนดให้ชายและหญิงต้องมีหน้าที่เยียวยาความเสียหายด้วยการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมขั้นพื้นฐานและเป็นการทำลายความสัมพันธ์ในครอบครัว²¹⁶ อย่างไรก็ดี เพื่อป้องกันความไม่ชัดเจนแน่นอนในการปรับใช้กฎหมายที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต ผู้เขียนมีความเห็นว่าฝ่ายนิติบัญญัติอาจเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายกำหนดว่าหญิงไม่มีหน้าที่เยียวยาความเสียหายด้วยการเข้ารับการทำแท้ง อีกทั้งชายและหญิงไม่มีหน้าที่เยียวยาความเสียหายด้วยการยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่นดังเช่นที่ปรากฏในมลรัฐแคลิฟอร์เนียว่า²¹⁷

2. การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) มีลักษณะและประเด็นปัญหาทางกฎหมายใกล้เคียงกับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ (Wrongful Pregnancy) เนื่องจากการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ดี การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการมีลักษณะที่แตกต่างจากการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์บางกล่าว

²¹⁵ Troppi v Scarf (Mich) 187 NW 2d 511 (1972)

²¹⁶ Dean Stretton, *supra note* 76, pp. 319-364.

²¹⁷ West's Ann. Cal. Civ. Code § 43.6 Immunity from liability; actions against parents on childbirth claims; defenses and damages in third party actions

...

(b) The failure or refusal of a parent to prevent the live birth of his or her child shall not be a defense in any action against a third party, nor shall the failure or refusal be considered in awarding damages in any such action.

...

ตัวอย่างเช่น การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์จะต้องเป็นกรณีที่ชายและหญิงไม่เคยประสงค์ที่จะให้กำเนิดบุตรมาก่อนตั้งแต่ต้น ความผิดพลาดทางการแพทย์จึงเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตร ซึ่งเด็กที่เกิดขึ้นมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์อาจมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์หรือมีร่างกายที่พิการ แตกต่างกับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ซึ่งต้องเป็นกรณีที่ชายและหญิงประสงค์ที่จะให้กำเนิดบุตรแต่ไม่ต้องการให้กำเนิดบุตรที่มีหรือมีความเสี่ยงว่าจะเกิดขึ้นมาพิการหรือเป็นโรคทางพันธุกรรม

ความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เป็นเหตุนำไปสู่การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการสามารถแบ่งเป็นประเภทได้ดังนี้

ประเภทที่ 1 ความผิดพลาดที่เกิดขึ้นก่อนที่หญิงตั้งครรภ์ ตัวอย่างเช่น ความผิดพลาดในกระบวนการตรวจสอบสุขภาพของชายและหญิงก่อนตั้งครรภ์ ความผิดพลาดในการให้คำแนะนำทางพันธุศาสตร์เกี่ยวกับโอกาสในการให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือบุตรที่เป็นโรคทางพันธุกรรม โดยความผิดพลาดประเภทที่ 1 นี้ ทำให้ชายและหญิงไม่สามารถรู้ข้อมูลที่แท้จริงว่าชายและหญิงมีโอกาสให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือเป็นโรคทางพันธุกรรม จนทำให้ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือเป็นโรคทางพันธุกรรม หรือทำให้ชายและหญิงไม่สามารถเลือกที่จะให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์แทนการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการธรรมชาติ

ประเภทที่ 2 ความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ ตัวอย่างเช่น แพทย์ประมาทในขั้นตอนการตรวจ การคัดเลือก หรือการใช้เซลล์สืบพันธุ์ โดยแพทย์นำเซลล์สืบพันธุ์ที่ไม่แข็งแรงมาดำเนินการปฏิสนธิจนทำให้ตัวอ่อนที่ผ่านการปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนที่ไม่แข็งแรง หรือการกระทำโดยประมาทในขั้นตอนการตรวจคัดกรองสุขภาพของตัวอ่อน โดยแพทย์นำตัวอ่อนที่เป็นโรคทางพันธุกรรมกับเข้าสู่โพรงมดลูกของหญิง จนเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงเสียโอกาสที่จะให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์

ประเภทที่ 3 ความผิดพลาดที่เกิดขึ้นภายหลังที่หญิงตั้งครรภ์ ตัวอย่างเช่น แพทย์ตรวจสุขภาพของทารกในครรภ์โดยประมาทเป็นเหตุทำให้ผลการตรวจไม่พบว่าทารกในครรภ์เป็นโรคทางพันธุกรรมหรือพิการ แพทย์ไม่ได้แนะนำให้หญิงเข้ารับการตรวจโดยวิธีการที่ทันสมัยหรือไม่ได้ส่งตัวหญิงให้เข้ารับการตรวจโดยแพทย์ผู้เชี่ยวชาญ รวมถึงกรณีที่แพทย์ไม่ได้แนะนำให้หญิงเข้ารับการทำแท้งเมื่อพบว่าหญิงเป็นโรคหัดเยอรมันระหว่างตั้งครรภ์ หรือพบว่าทารกในครรภ์มีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรงและเป็นปัญหาสุขภาพที่ไม่สามารถรักษาให้หายได้ อีกทั้งเด็กไม่มีโอกาสที่จะเกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์อย่างแน่นอน โดยความผิดพลาดทางการแพทย์ในประเภทที่ 3 นี้ ส่งผลทำให้ชายและหญิงไม่สามารถตัดสินใจร่วมกันได้ว่าภายหลังที่ผลการตรวจพบว่าทารกในครรภ์

พิการหรือเป็นโรคทางพันธุกรรม ชายและหญิงยังคงประสงค์ที่จะให้กำเนิดบุตรหรือจะเลือกให้หญิงเข้ารับการทำแท้งเพื่อป้องกันการได้เกิดของเด็กที่พิการ นอกจากนี้ ในกรณีที่กฎหมายภายในประเทศไม่ให้สิทธิกับหญิงที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของทารกได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ความผิดพลาดทางการแพทย์ยังมีผลเป็นการขัดขวางการได้ใช้เสรีภาพของชายและหญิงในการเดินทางเพื่อไปหาวิธีการรักษาพยาบาลสุขภาพของทารกหรือเดินทางเพื่อไปทำแท้งในประเทศที่กฎหมายให้สิทธิกับหญิงในการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของทารกได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

จากความผิดพลาดทางการแพทย์ทั้ง 3 กรณีที่ได้กล่าวข้างต้น แม้ความผิดพลาดทางการแพทย์จะไม่ได้เป็นผลโดยตรงที่ทำให้เด็กพิการหรือเป็นโรคทางพันธุกรรม แต่ความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นผลโดยตรงที่ทำให้ชายและหญิงเสียสิทธิที่จะหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการ หรือเป็นเหตุทำให้หญิงเสียสิทธิในการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง หรือเสียสิทธิในการเลือกที่จะเดินทางไปทำแท้งในประเทศที่หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย และเป็นเหตุทำให้เกิดความเสียหายที่เป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงินกับชายและหญิง ตัวอย่างเช่น ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่พิการ ค่าใช้จ่ายเพื่อการรักษาพยาบาลเด็กที่พิการ ความเสียหายจากความเศร้าโศกเสียใจเมื่อพบว่าทารกเกิดขึ้นมามีร่างกายพิการ ความเสียหายจากการสูญเสียความรื่นรมย์ในการดำเนินชีวิต ความเสียหายจากความเหน็ดเหนื่อยและการสูญเสียความคาดหวังตลอดระยะเวลาที่เลี้ยงดูเด็กที่พิการ

แม้ปัญหาว่าด้วยการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการจะมีลักษณะใกล้เคียงกับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ แต่เมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศออสเตรเลีย และบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาจะเห็นได้ว่า แม้ศาลจะวางแนวการพิจารณาพิพากษาคดีไว้ว่าชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดโดยไม่พึงประสงค์ (Wrongful Pregnancy) แต่ในกรณีที่ความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นผลทำให้ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือเป็นโรคทางพันธุกรรม แนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลกลับแตกต่างกันออกไป เพราะศาลพิพากษาให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในประเทศ ประเทศแอฟริกาใต้ ประเทศเบลเยียม ประเทศโปแลนด์ ประเทศอิตาลี ประเทศเยอรมนี ประเทศออสเตรเลีย ประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศนอร์เวย์และบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา จะพบว่าไม่ว่าความผิดพลาดทางการแพทย์จะเกิดขึ้นก่อนที่หญิงตั้งครรภ์ หรือเกิดขึ้นภายหลังที่หญิงตั้งครรภ์แล้ว ศาลมีคำพิพากษาให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ เพราะศาล

เห็นว่าการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการเป็นเพียงการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการกระทำทุเวชปฏิบัติ (Medical malpractice) ประเภทหนึ่งเท่านั้น ในทางกลับกันจะเป็นเรื่องแปลกประหลาดอย่างมาก หากกฎหมายยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ทุกประเภท แต่จำกัดไว้เฉพาะความผิดพลาดที่เป็นเหตุทำให้ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการ²¹⁸ อย่างไรก็ตาม มีเพียงบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศฝรั่งเศสเท่านั้น ที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดห้ามมิให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

สำหรับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ²¹⁹ เมื่อพิจารณาจากคำฟ้องของชายและหญิงพบว่าข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาก็คือ ในกรณีปราศจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ ชายและหญิงยอมรับว่าชายและหญิงมีโอกาสให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือเป็นโรคทางพันธุกรรม หรือทราบว่าทารกในครรภ์มีหรือมีโอกาสเสี่ยงที่จะมีร่างกายพิการหรือเป็นโรค

²¹⁸ Dehn v Edgecombe, 152 Md. App. 657, 834 A.2d 146 (2003), cert. granted, 379 Md. 224, 841 A.2d 339 (2004).

²¹⁹ ในกรณีที่ความเสียหายเป็นผลมาจากการให้คำแนะนำโดยประมาท กล่าวคือ คำแนะนำของแพทย์ทำให้ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามหลักความรับผิดชอบจากการให้คำแนะนำโดยประมาท (Negligence Misrepresentation) ซึ่งหลักกฎหมายดังกล่าวรับรองว่าผู้เสียหายมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายทางเศรษฐกิจโดยแท้ see The Restatement (Second) of Torts § 552 and Francis Sohn, "Products Liability and the Fertility Industry : Overcoming Some Problems in Wrongful Life," Cornell International Law Journal, Volume 44, Issue 1, pp.158-159 (2011) ; Gordon T. Houseman ได้ศึกษาว่าความผิดพลาดทางการแพทย์ที่นำมาสู่ Wrongful Birth แบ่งได้ 2 ลักษณะใหญ่ๆ คือ ลักษณะที่ 1 ความผิดพลาดที่เกิดขึ้นในกระบวนการรักษาพยาบาลโดยตรง (Performance-based Wrongful Birth) เช่น การตรวจ การอ่านผล การเลือกใช้วิธีการหรือเครื่องมือโดยประมาท และลักษณะที่ 2 ความผิดพลาดในการให้คำแนะนำที่ถูกต้อง โดยความผิดพลาดในลักษณะที่ 2 นี้ หากชายและหญิงเลือกใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามหลักกฎหมายว่าด้วยการให้คำแนะนำที่ผิดพลาด (Negligent Misrepresentation) จะมีความเหมาะสมมากการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือกฎหมายลักษณะสัญญา see Gordon T. Houseman, "Wrongful Birth as Negligent Misrepresentation," University of Toronto Faculty of Law Review, Volume 71, Issue 1, pp.9-30 (2013)

ทางพันธุกรรม ซึ่งข้อเท็จจริงดังกล่าวทำให้ชายและหญิงมีสิทธิอย่างน้อย 2 ประการ กล่าวคือ ประการที่ 1 สิทธิในการป้องกันและหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการ เช่น การที่ชายและหญิงเลือกที่จะเข้ารับการผ่าตัดทำหมันเพื่อป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการ หรือเลือกที่จะให้กำเนิดบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์แทนการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการธรรมชาติ ประการที่ 2 สิทธิในการเลือกที่จะยุติการตั้งครรภ์ด้วยการเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวกับสุขภาพของทารกในครรภ์ หรือสิทธิในการเลือกที่จะเดินทางไปทำแท้งในต่างประเทศ

จากข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาที่ปรากฏดังที่ได้กล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า ชายและหญิงไม่เคยกล่าวอ้างว่า ความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นเหตุทำให้เด็กต้องพิการ ศาลของประเทศต่างๆ ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นจึงเห็นตรงกันว่า ชายและหญิงที่ได้รับความเสียหายต่อสิทธิที่จะป้องกันหรือหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการ หรือได้รับความเสียหายต่อสิทธิในการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง ย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย โดยหากต้องพิจารณาว่าความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กเป็นผลมาจากการกระทำของแพทย์หรือไม่²²⁰

ศาลในต่างประเทศเห็นว่าการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ไม่ได้เป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดหรือชีวิตของเด็กของเด็ก และไม่ได้เป็นการกล่าวอ้างว่าชีวิตของเด็กเป็นความเสียหาย แต่การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของชายและหญิงเป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากภาระหน้าที่ทางการเงินและผลกระทบทางเศรษฐกิจจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ซึ่งชายและหญิงพยายามป้องกันและหลีกเลี่ยงด้วยการเข้ารับบริการทางการแพทย์ ด้วยเหตุที่ชายและหญิงไม่ได้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากชีวิตของเด็ก การที่ศาลจะยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการจึงไม่ทำให้คุณค่าและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่มีร่างกายพิการมีน้อยกว่าคุณค่าและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ในทางกลับกันการที่ศาลยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ จะยังช่วยให้เด็กได้รับการอุปการะเลี้ยงดูอย่างมาก และสามารถเจริญเติบโตขึ้นมาพร้อมกับคุณภาพชีวิตที่ดี จนที่ไม่สามารถกล่าวได้เลยว่า เพราะเหตุใดการที่ศาลยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ เพื่อนำค่าเสียหายช่วยเหลือและเยียวยาเด็กถึงจะเป็นการกระทำที่เป็นการลดคุณค่าและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่มีร่างกายพิการ²²¹

นอกจากนี้ ด้วยเหตุที่วิทยาศาสตร์เจริญก้าวหน้าอย่างรวดเร็วจนทำให้แพทย์สามารถตรวจและให้คำแนะนำกับชายและหญิงได้ว่าทารกที่กำลังจะได้รับการปฏิสนธิมีความเสี่ยงที่จะมีพิการ

²²⁰ Vanvooren v Astin, 141 Idaho 440, 111 P.3d 125 (2005).

²²¹ Eisbrenner v Stanley (1981) 106 Mich App 357, 308 NW2d 209.

หรือไม่ หรือสามารถตรวจได้ว่าทารกในครรภ์มีปัญหาสุขภาพหรือไม่ และด้วยความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ดังกล่าว ทำให้เกิดสิทธิประเภทใหม่กล่าวคือ สิทธิของชายและหญิงที่จะเลือกให้กำเนิดบุตรต่อเมื่อเด็กมีโอกาสที่จะเกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์เท่านั้น ด้วยสิทธิประเภทใหม่ดังกล่าวทำให้แพทย์มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังเพื่อช่วยทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ตามความมุ่งหวัง²²² ดังที่ได้ปรากฏในรายงานของคณะกรรมการร่างกฎหมายของประเทศอังกฤษตอนหนึ่งว่า

...เมื่อวิทยาการทางการแพทย์เจริญก้าวหน้าอย่างมาก จนทำให้หญิงสามารถเข้าถึงการให้บริการและเข้ารับคำแนะนำเกี่ยวกับการตั้งครรภ์ได้อย่างง่ายดาย และด้วยความเจริญก้าวหน้าเช่นนี้เอง ทำให้แพทย์มีหน้าที่ใหม่ กล่าวคือ หน้าที่ในการให้คำแนะนำแก่หญิงที่ตั้งครรภ์ด้วยความระมัดระวังอย่างยิ่ง เพราะหากแพทย์ให้คำแนะนำโดยประมาทหรือผิดพลาด การกระทำเช่นนั้นย่อมนำมาซึ่งความรับผิดชอบที่แตกต่างจากที่เคยปรากฏขึ้นในอดีต...²²³

อย่างไรก็ดี แม้แพทย์มีหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังในการให้คำแนะนำกับหญิงที่ตั้งครรภ์ แต่แพทย์ก็ไม่มีหน้าที่แนะนำหรือชักจูงให้หญิงเข้ารับการทำแท้งหรือป้องกันการได้เกิดของเด็ก หน้าที่ของแพทย์จำกัดอยู่เพียงที่การให้คำแนะนำและบอกกล่าวข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับความผิดปกติที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นกับทารก ตลอดจนบอกกล่าวถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากความผิดปกติแต่ละประเภท อาทิ ความรุนแรงของปัญหาสุขภาพของเด็ก ค่าใช้จ่ายที่อาจเกิดขึ้นจากปัญหาสุขภาพของเด็ก โอกาสรอดชีวิตของเด็ก ระยะเวลาที่เด็กอาจมีชีวิตอยู่ได้ อีกทั้งแพทย์ยังมีหน้าที่ให้ข้อมูลเกี่ยวกับสิทธิของหญิงในการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของทารก ซึ่งในท้ายที่สุดหญิงจะเป็นผู้เลือกเองว่าหญิงประสงค์ที่จะเข้ารับการทำแท้งหรือไม่ การที่กฎหมายยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ จึงไม่เป็นเหตุทำให้แพทย์ต้องมีหน้าที่แนะนำให้หญิงเข้ารับการทำแท้งหรือมีหน้าที่ป้องกันไม่ให้เด็กพิการได้เกิด

²²² Hartke v McKelway, 707 F2d 1544 (DC 1983).

²²³ Law Commission of England and Wales : The Law Commission (LawCom No. 60) , Report on Injuries to Unborn Children, Advice to the Lord Chancellor under section 3 (1)(E) of the Law Commission Act 1965 (Cmnd.5709) , (London : Law Commission Report, 1974)

ขึ้นมามีชีวิต ในทางกลับกันในกรณีที่แพทย์แนะนำให้หญิงเข้ารับการผ่าตัดโดยประมาท ชายและหญิงย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกจากแพทย์²²⁴

จากเหตุผลที่ได้กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนเชื่อว่าการที่กฎหมายยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการจะช่วยให้แพทย์พยายามพัฒนาตนเองให้ทันต่อความเปลี่ยนแปลงและความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ โดยแพทย์มีหน้าที่พยายามค้นคว้าความรู้สมัยใหม่และเรียนรู้ที่จะใช้เครื่องมือทางการแพทย์ที่ทันสมัยเพื่อให้ผลการตรวจถูกต้องแม่นยำมากยิ่งขึ้น²²⁵ และเพื่อป้องกันโอกาสที่แพทย์อาจถูกฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในอนาคต²²⁶ นอกจากนี้ การที่กฎหมายยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ไม่เพียงแต่ทำให้ชายและหญิงได้รับประโยชน์จากการได้รับการเยียวยาความเสียหายตามกฎหมาย แต่การที่กฎหมายยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์จะช่วยให้สมาชิกทุกคนในสังคมได้รับประโยชน์ เพราะจะทำให้สมาชิกทุกคนในสังคมได้รับการรักษาพยาบาลหรือการรับบริการทางการแพทย์ตามมาตรฐานที่ดีที่สุดและสอดคล้องกับความเจริญก้าวหน้าของวิทยาศาสตร์²²⁷

นอกจากนี้ ปัจจัยอีกประการหนึ่งที่ทำให้ศาลในต่างประเทศยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ เป็นผลมาจากนิติกระบวนการของสังคมและกฎหมายที่มีต่อสิทธิในการเลือกเข้ารับการผ่าตัดของหญิงที่เปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว เพราะในปัจจุบันพบว่ากฎหมายของประเทศต่างๆ รับรองให้หญิงที่พบว่าทารกในครรภ์พิการหรือมีปัญหาสุขภาพมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการผ่าตัดได้โดยชอบด้วยกฎหมาย โดยสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิส่วนบุคคล

²²⁴ Hall v Dartmouth Hitchcock Medical Center 2006 WL 1072041 (N.H. 2006)

²²⁵ Daniel W. Whitney and Kenneth N. Rosenbaum, "Recovery of Damages for Wrongful Birth," *Journal of Legal Medicine*, Volume 32, Issue 2, p.203 (April 2011)

²²⁶ เมื่อวิทยาศาสตร์เจริญก้าวหน้าเพิ่มมากขึ้น แพทย์ย่อมมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังเพิ่มมากขึ้นด้วย การที่แพทย์ละเลยที่จะเรียนรู้หรือพัฒนาตนเองให้ทันต่อความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ ตลอดจนการที่แพทย์เลือกที่จะใช้วิธีการตรวจและรักษาพยาบาลแบบดั้งเดิม การกระทำดังกล่าวย่อมเป็นการกระทำโดยประมาท Vesta T. Silva, "Lost Choices and Eugenic Dreams : Wrongful Birth Lawsuits in Popular News Narratives," *Communication and Critical/Cultural Studies*, Volume 8, Issue 1, p.23 (2011)

²²⁷ Mary B Sullivan, "Wrongful Birth and Wrongful Conception : A Parent's Need for a Cause of Action," *Journal of Law And Health*, Issue 1, Volume 15, p.113 (2000).

บุคคลและเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น ในกรณีที่มีการกระทำใดที่เป็นผลทำให้หญิงไม่สามารถเลือกที่จะเข้ารับการรักษาที่หญิงมีอยู่ตามกฎหมาย²²⁸ การกระทำเหล่านั้นย่อมทำให้หญิงได้รับความเสียหาย และเมื่อความเสียหายเหล่านั้นเป็นความเสียหายต่อสิทธิตามกฎหมาย หญิงย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้กระทำการที่เป็นการรบกวนขัดสิทธิของหญิง ในทางกลับกัน ในกรณีที่ศาลไม่ยินยอมให้หญิงที่ได้รับความเสียหายต่อสิทธิในการเลือกที่จะเข้ารับการรักษาที่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ แนวทางการพิจารณาพิพากษาคดีเช่นนั้นย่อมมีส่วนสนับสนุนให้แพทย์เลือกที่จะไม่ใช้ความระมัดระวังในการรักษาพยาบาล อีกทั้งยังเป็นการสนับสนุนให้มีการกระทำที่เป็นการขัดขวางการใช้สิทธิตามกฎหมายของหญิง คำพิพากษาของศาลในลักษณะดังกล่าวย่อมขัดต่อหลักกฎหมาย²²⁹

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายไทย จากการค้นคว้าผู้เขียนพบว่าเคยปรากฏคดีความที่มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการปรากฏในคำพิพากษาศาลจังหวัดพระโขนงคดีหมายเลขแดงที่ 4181/2552 ซึ่งเป็นกรณีที่หญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ที่ให้การรักษาพยาบาลโดยประมาทจนเป็นเหตุทำให้หญิงเสียสิทธิในการเลือกที่จะเข้ารับการรักษา และเป็นเหตุทำให้หญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการ ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลจังหวัดพระโขนงศาลพิจารณาคดีว่าแพทย์ทำการอัตราขาดโดยประมาทจนเป็นเหตุทำให้หญิงไม่สามารถเลือกที่จะเข้ารับการรักษาที่ได้นั้นเป็นการทำละเมิดต่อหญิง หญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ โดยมีข้อเท็จจริงดังนี้²³⁰

²²⁸ Etkind v Suarez, 271 Ga. 352, 519 S.E.2d 210 (1999).

²²⁹ M Skolnick, "Wrongful Birth Actions : The Case against Legislative Curtainment," *Harvard Law Review*, Volume 100, pp.2017-2034 (1987)

²³⁰ ผู้เขียนไม่สามารถสืบค้นคำพิพากษาบับเต็มได้ โดยเนื้อหาของคำพิพากษานี้ได้มีการอ้างอิงถึงใน ญาดา รัตนอรักขา, "ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน : ศึกษาในกรณี ผิดสัญญา," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553), น.61-62. ; "ศาลตัดสินรพ.บำรุงราษฎร์จ่าย 12 ล.วอลเตอร์ลีปมคลอดบุตรพิการ," (สืบค้นเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2558) , จ ก ก http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1261735952&gripid=03 ; ทีมข่าวอาชญากรรม, "ศาลสั่ง รพ.บำรุงราษฎร์ ชดใช้ 12 ล้าน ปล่อยตั้งท้องลูกพิการ," (สืบค้นเมื่อวันที่ 27 มิถุนายน 2558), จาก <http://www.manager.co.th/Crime/ViewNews.aspx?NewsID=9520000158281> ; ไม่ปรากฏชื่อผู้เขียน, "เมียเซฟดังฟ้องรพ. เรียกเงิน 390 ล้านบาท," *ไทยโพสต์* (7 ตุลาคม 2552) : น.2.

โจทก์ที่ 1 คือ นางประภากร แซ่จิ้ง และโจทก์ที่ 2 คือ ด.ช. ชาย เก้อ ลี นำคดีมาฟ้องโรงพยาบาลบำรุงราษฎร์เป็นจำเลยที่ 1 และฟ้อง น.พ. เดชะพงษ์ ภูเจริญ แพทย์สูตินารีเวช และ พ.ญ.อรชชาติ อุดมพาณิชย์ แพทย์รังสีวิทยา เป็นจำเลยที่ 2-3 เนื่องจากวันที่ 30 กันยายน 2549 โจทก์ที่ 1 ได้คลอดบุตรชายกับจำเลยที่ 1 แต่บุตรออกมาโดยมีความพิการแขนขวาและขาทั้งสองข้างขาด ทั้งที่ในขั้นตอนของการฝากครรภ์ จำเลยที่ 2-3 ระบุผลอัลตราซาวด์ว่า บุตรสมบูรณ์และแข็งแรงดี

โจทก์ทั้งสองจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการที่แพทย์ประมาททำการอัลตราซาวด์ไม่ละเอียดรอบคอบ โดยเมื่อวันที่ 9 พฤษภาคม 2549 ขณะที่โจทก์ที่ 1 ตั้งครรภ์ได้ 4-5 เดือน จำเลยที่ 2 ส่งตัวโจทก์ไปให้จำเลยที่ 3 ตรวจอัลตราซาวด์ ใช้เวลาตรวจ 5-10 นาที จำเลยที่ 3 ระบุว่าบุตรในครรภ์สมบูรณ์ดีทุกประการ หลังจากนั้นไม่มีการตรวจซ้ำอีก มีเพียงการไปพบแพทย์เพื่อตรวจการเต้นของหัวใจอีกเท่านั้น

แม้ว่าจำเลยที่ 2 เบิกความว่าภายหลังจากที่ได้ทำการอัลตราซาวด์ได้แนะนำให้โจทก์กลับมาทำอัลตราซาวด์เพื่อดูความเจริญเติบโตของทารกในครรภ์อีกครั้งหนึ่งแต่โจทก์กลับไม่ได้ทำตาม ศาลได้พิจารณาและมีความเห็นว่าบันทึกเวชระเบียนของโจทก์ที่ 1 ไม่ปรากฏว่ามีการระบุให้โจทก์กลับมาอัลตราซาวด์ซ้ำ รวมถึงไม่ปรากฏว่าแพทย์ได้ระบุถึงความพิการของทารกในครรภ์ ฟังได้ว่าจำเลยที่ 2 ไม่เคยอธิบาย ผลดี ผลเสียของบุตรในครรภ์ให้โจทก์ที่ 1 ทราบ **ทั้งที่ควรตรวจความพิการของทารกในครรภ์ เพื่อแจ้งให้โจทก์มีสิทธิที่จะตัดสินใจว่าจะรักษาอย่างไร การกระทำของแพทย์เป็นความผิดฐานประมาทเลินเล่อละเว้นจากการปฏิบัติหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวัง อันเป็นการทำละเมิดต่อโจทก์ทั้งสองเป็นเหตุทำให้โจทก์ที่ 1 ไม่สามารถตัดสินใจได้ว่าจะทำการรักษาอย่างไรหรือไม่รักษาหรือไม่ อีกทั้งในกรณีที่แพทย์ตรวจพบความพิการของทารก การยุติการตั้งครรภ์ในกรณีที่ไม่มีข้อบ่งชี้สามารถทำได้ตามมติของแพทย์สภาแต่ต้องขึ้นอยู่กับตัวผู้ป่วยประกอบคำแนะนำของแพทย์ ส่วนจำเลยที่ 1 ต้องร่วมรับผิดชอบในฐานะคู่สัญญาโดยตรงของโจทก์ทั้งสองเพราะเป็นตัวการในฐานะคู่สัญญาโดยตรงและแพทย์ซึ่งเป็นจำเลยที่ 2-3 เป็นตัวแทนของจำเลยที่ 1**

ศาลชั้นต้นได้พิพากษาให้โจทก์ที่ 1 ได้รับค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจเป็นเงิน 1 ล้านบาท , ค่าเสียหายจากการขาดรายได้จำนวน 1 ล้านบาท, ค่าจ้างคนเลี้ยงดูบุตรชาย โจทก์ที่ 2 จำนวน 3 ล้านบาท, ค่าอุปกรณ์ที่ช่วยให้โจทก์ที่ 2 สามารถพยุงตัวยืนได้ที่ต้องเปลี่ยนไปตามวัย จำนวน 5 ล้านบาท, ค่ารักษาผ่าตัดใน

อนาคตจำนวน 1 ล้านบาท ส่วนโจทก์ที่ 2 บุตรชายศาลพิพากษาให้ได้รับเงินค่าเสียหาย สำหรับความเสียหายต่อจิตใจเป็นเงิน 1 ล้านบาท

โดยการกำหนดค่าสินไหมทดแทนที่ศาลกำหนดไม่เต็มจำนวน 390 ล้านบาท ตามที่โจทก์ฟ้องนั้น เนื่องจากการกระทำละเมิดของจำเลยทั้งสามไม่มีเจตนาร้าย และไม่ได้ส่อไปในทางเป็นอาชญากรรม จึงให้จำเลยทั้งสามร่วมกันชดใช้เงินรวมจำนวน 12 ล้านบาท แก่โจทก์ทั้งสอง พร้อมดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 7.5 นับตั้งแต่วันฟ้อง”

จากคำพิพากษาของศาลจังหวัดพระโขนงข้างต้นผู้เขียนมีข้อสังเกตไว้ดังนี้

(1) ศาลเห็นว่าในกรณีนี้ผลการตรวจพบว่าทารกในครรภ์พิการ หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งตามข้อบังคับแพทยสภา โดยการทำแท้งของหญิงเป็นการทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมาย

(2) การที่ศาลพิจารณาว่าการที่จำเลยที่ 2-3 อลตราชาวนไม่พบว่าโจทก์ที่ 2 (ทารกในครรภ์) พิการเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออันเป็นการกระทำละเมิดต่อโจทก์ที่ 1 และพิพากษาให้จำเลยร่วมกันชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นเนื่องจากความพิการของโจทก์ที่ 2 เช่น ค่าจ้างคนเลี้ยงดูบุตร ค่าอุปกรณ์ทางการแพทย์สำหรับความพิการของโจทก์ที่ 2 ค่ารักษาพยาบาลที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต ทั้งๆ ที่ความเป็นจริงแล้วความพิการของโจทก์ที่ 2 ไม่ได้เกิดขึ้นจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์แต่อย่างใด ทั้งนี้ แม้ศาลไม่ได้กล่าวไว้โดยชัดแจ้งในคำพิพากษาว่าการกระทำของจำเลยที่ 2-3 เป็นการกระทำละเมิดต่อสิทธิประเภทใดของโจทก์ที่ 1 แต่ผู้เขียนเชื่อว่าเหตุที่ศาลพิพากษาให้จำเลยที่ 2-3 ชดใช้ค่าเสียหายให้กับโจทก์ที่ 1 เป็นเพราะศาลเห็นว่ากรกระทำของจำเลยที่ 2-3 เป็นการกระทำละเมิดต่อสิทธิในการหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการด้วยการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งของโจทก์ที่ 1

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าการที่โจทก์ที่ 1 จะมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งตามข้อบังคับแพทยสภาได้นั้น จำเลยที่ 2-3 ต้องตรวจพบว่าเสียก่อนว่าทารกในครรภ์พิการ อีกทั้งผลการตรวจเช่นว่านั้นจะต้องส่งผลทำให้โจทก์ที่ 1 มีอาการเครียดอย่างรุนแรง กล่าวคือ ความพิการของโจทก์ที่ 2 ทำให้เกิดปัญหาสุขภาพจิตกับโจทก์ที่ 1 นอกจากนี้ สิทธิในการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งของหญิงตามข้อบังคับแพทยสภาไม่ได้เกิดขึ้นทันที แต่จะเกิดขึ้นต่อเมื่อแพทย์ที่ตรวจวินิจฉัยและให้คำปรึกษาทางพันธุศาสตร์ อย่างน้อย 1 คน ลงนามรับรองว่าหญิงมีอาการเครียดจากการได้พบความพิการของทารกในครรภ์ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงไม่เคยปรากฏให้เห็นว่ามีกรให้คำรับรองดังกล่าวจึงยังไม่เป็นที่แน่ชัดว่าหญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งตามหลักเกณฑ์ของข้อบังคับ

แพทยสภาหรือไม่²³¹ การกระทำของจำเลยที่ 2-3 จึงเป็นเพียงเหตุที่ทำให้โจทก์ที่ 1 เสียโอกาสที่จะได้รู้ถึงความพิการของทารกเท่านั้น

(3) แม้ความพิการของโจทก์ที่ 2 ไม่ได้เกิดจากการกระทำโดยประมาทของจำเลยที่ 2-3 แต่การที่ศาลพิพากษาให้จำเลยทั้งสามร่วมกันชดเชยค่าเสียหายที่เกี่ยวข้องกับความพิการของโจทก์ที่ 2 ให้กับโจทก์ที่ 1 แสดงให้เห็นว่า ศาลยอมรับว่าภาระหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูที่เกิดขึ้นจากความพิการของโจทก์ที่ 2 เป็นความเสียหายตามกฎหมายที่เกิดขึ้นกับโจทก์ที่ 1

(4) การที่ศาลพิพากษาให้จำเลยรวมกันชดเชยค่าเสียหายให้โจทก์ที่ 1 เป็นเงิน 1 ล้านบาท ทั้งที่ไม่ปรากฏว่าการกระทำของจำเลยทำให้โจทก์ที่ 1 ได้รับความเสียหายต่อสิทธิในร่างกายอนามัย หรือเสรีภาพ แสดงให้เห็นว่าศาลยอมรับว่าสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินหาได้จำกัดอยู่เฉพาะแต่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 เท่านั้น

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายไทย ผู้เขียนมีความเห็นว่ากระบวนการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์ เป็นกระบวนการทางการแพทย์ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเพิ่มโอกาสในการให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ และเพื่อช่วยให้ชายและหญิงสามารถหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรงตั้งแต่กำเนิด ไม่ว่าจะด้วยวิธีการป้องกันหลีกเลี่ยง

²³¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 ประกอบข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 ข้อ 5(2) วรรค 2

“ข้อ 5 การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 305 (1) แห่งประมวลกฎหมายอาญาให้เป็นไปตามเงื่อนไข ดังนี้

...

(2) ...

ในกรณีที่หญิงนั้นมีความเครียดอย่างรุนแรง เนื่องจากพบว่าทารกในครรภ์พิการ หรือมีความเสี่ยงสูงที่จะมีความพิการอย่างรุนแรง หรือเป็นหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็นโรคพันธุกรรมอย่างรุนแรง เมื่อหญิงนั้นได้รับการตรวจวินิจฉัยและการปรึกษาแนะนำทางพันธุศาสตร์ (Genetic Counselling) และมีการลงนามรับรองในเรื่องดังกล่าวข้างต้น โดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคนให้ถือว่าหญิงมีครรภ์นั้นมีปัญหาสุขภาพจิตตาม (2)

...”

การปฏิเสธหรือป้องกันการให้กำเนิดบุตร การเลือกที่จะให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์แทนการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการธรรมชาติ หรือการกระทำอย่างใด ๆ ที่สามารถช่วยให้หญิงตัดสินใจที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้งเมื่อพบว่าทารกในครรภ์มีหรือมีโอกาสเสี่ยงที่จะมีร่างกายพิการหรือเป็นโรคทางพันธุกรรม เมื่อมีความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้นจนเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงได้รับความเสียหายต่อสิทธิดังกล่าว อีกทั้งทำให้ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงภาระทางการเงินและผลกระทบทางเศรษฐกิจจำนวนมากจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง กฎหมายจึงควรยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ผู้ที่มีความผิด โดยการให้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของชายและหญิงเป็นเพียงการให้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการกระทำทุเรศปฏิบัติรูปแบบหนึ่งเท่านั้น

ในการพิจารณาถึงสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของชายและหญิงจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการตามกฎหมายไทย ผู้เขียนแยกพิจารณาเป็น 2 กรณี ดังนี้

กรณีที่ 1 การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการซึ่งเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เป็นเหตุทำให้ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการ หรือไม่สามารถให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการในกรณีที่ 1 นี้ เป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกิดขึ้นก่อนที่มีการปฏิเสธเท่านั้น ทำให้ไม่มีประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่ต้องพิจารณาถึงหลักเกณฑ์และเงื่อนไขแห่งสิทธิของหญิงในการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งดังที่จะได้กล่าวต่อไปในกรณีที่ 2 โดยผู้เขียนมีความเห็นว่า ในกระบวนการทางการแพทย์ก่อนที่มีการปฏิเสธ ไม่ว่าจะ เป็นกระบวนการตรวจสุขภาพของชายและหญิงก่อนตั้งครรภ์ การให้คำแนะนำทางพันธุศาสตร์เกี่ยวกับความเสี่ยงในการให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ที่แพทย์มีหน้าที่คัดเลือกเฉพาะเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนที่แข็งแรงเท่านั้นมาทำการปฏิสนธิหรือมาฝังตัวในโพรงมดลูกของหญิง กระบวนการทางการแพทย์ดังกล่าวทำให้ชายและหญิงมีสิทธิที่จะป้องกันและหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการ สิทธิในการเลือกที่จะให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ สิทธิในการเลือกที่จะให้กำเนิดบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์แทนการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการธรรมชาติ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าสิทธิดังกล่าวเป็น “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ดังนั้น ในกรณีที่มีความผิดพลาดทางการแพทย์อย่างใดเกิดขึ้นจนเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือไม่สามารถเลือกที่จะตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์แทนการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการธรรมชาติ การกระทำของแพทย์ย่อมเป็นการละเมิดต่อสิทธิของชายและหญิงที่ได้รับความ

คุ้มครองตามกฎหมาย ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทั้งปวงที่เป็นผลมาจากการทำละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ประกอบ มาตรา 438

นอกจากนี้ ในกรณีที่ชายและหญิงเลือกที่จะใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญา เมื่อสัญญาตรวจสอบสุขภาพก่อนสมรสหรือก่อนตั้งครรภ์ สัญญาเข้ารับคำปรึกษาและคำแนะนำทางพันธุศาสตร์หรือสัญญาเข้ารับบริการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ชอบด้วยกฎหมาย โดยวัตถุประสงค์หลักของสัญญาก็คือความพยายามในการหลีกเลี่ยงกำเนิดบุตรที่พิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง การที่แพทย์ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้ตามสัญญาจนเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการ จึงเป็นกรณีที่แพทย์ทำการชำระหนี้ไม่ถูกต้อง ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทั้งปวงที่สามารถเกิดขึ้นได้ตามปกติจากการผิดสัญญา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 215 ประกอบ มาตรา 222

กรณีที่ 2 การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการซึ่งเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เป็นเหตุทำให้หญิงไม่สามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของทารก

ในการพิจารณาถึงสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ ในกรณีที่ 2 นี้ มีความละเอียดอ่อนมากกว่ากรณีที่ 1 ที่ได้กล่าวมาข้างต้น เพราะการพิจารณาว่าชายและหญิงจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือไม่ ต้องพิจารณาเสียหายนก่อนว่าหญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของทารกได้โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยการทำแท้งของหญิงและแพทย์ที่จะไม่เป็นความผิดตามกฎหมายมีเฉพาะในกรณีที่การทำแท้งเป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 กล่าวคือ การทำแท้งเพราะเหตุที่จำเป็นต่อกระทำได้เนื่องจากสุขภาพของหญิง หรือการทำแท้งเนื่องจากหญิงมีครรภ์จากการกระทำความผิดอาญา ซึ่งในอดีตเมื่อพิจารณาจากความเห็นทางวิชาการและแนวการปรับใช้กฎหมายของนักกฎหมายเห็นว่า ถ้อยคำว่า “สุขภาพ” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 (1) หมายความว่าถึงสุขภาพกายของหญิงที่ตั้งครรภ์เท่านั้น ไม่รวมถึงสุขภาพจิต และไม่คำนึงถึงสุขภาพของทารกในครรภ์ แม้ทารกในครรภ์จะมีร่างกายพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง ถ้าปัญหาสุขภาพของทารกไม่ส่งผลกระทบต่อสุขภาพกายของหญิง การทำแท้งเพราะเหตุเกี่ยวกับสุขภาพของทารกจึงเป็นการทำแท้งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

อย่างไรก็ดี เมื่อไม่สามารถปฏิเสธได้ว่าการทำงานของร่างกายและจิตใจเป็นกระบวนการที่เกิดขึ้นร่วมและสอดประสานกันจนไม่สามารถแยกออกจากกันได้อย่างเด็ดขาด จึงไม่มีผู้ใดสามารถกล่าวได้อย่างแน่ชัดว่าในกรณีที่มิผลกระทบบกเกิดขึ้นกับจิตใจแล้วผลกระทบบดังกล่าวจะไม่ส่งผลกระทบต่อ

พบว่าตนกำลังตั้งครรรค์ ถ้าหญิงวิตกกังวลว่าทารกในครรภ์จะได้รับเชื้อเอชไอวีโดยความวิตกกังวลดังกล่าวส่งผลกระทบต่อสุขภาพทางจิตของหญิง ถ้ามีแพทย์ที่ไม่ใช่ผู้ทำแท้งหนึ่งคนให้คำรับรองว่าหญิงมีปัญหาสุขภาพทางจิตจริง หญิงที่เลือกเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวกับสุขภาพทางจิตและแพทย์ที่ยินยอมทำแท้งให้กับหญิงย่อมไม่มีความผิดตามกฎหมาย

นอกจากนี้ แพทย์สภายังได้กำหนดให้ความเครียดของหญิงที่ได้พบว่าทารกในครรภ์มีหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะมีความพิการอย่างรุนแรง หรือเป็นหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็นโรคทางพันธุกรรมอย่างรุนแรง เป็นปัญหาสุขภาพทางจิตของหญิงอย่างหนึ่งที่ทำให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยไม่ผิดกฎหมายเช่นกัน แต่มีข้อสังเกตว่าเหตุที่แพทยสภาไม่กำหนดให้ปัญหาสุขภาพของทารกเป็นเงื่อนไขโดยตรงที่ทำให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากแพทยสภาไม่ต้องการให้ข้อบังคับแพทยสภาขัดแย้งต่อประมวลกฎหมายอาญาที่กำหนดเงื่อนไขในการทำแท้งที่ไม่ผิดกฎหมายโดยคำนึงถึงสุขภาพของหญิงเท่านั้น

แม้หลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการทำแท้งตามข้อบังคับแพทยสภาจะสอดคล้องกับความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ ปัญหาการทำแท้งที่เกิดขึ้นจริงในสังคม ตลอดจนสอดคล้องกับแนวทางการปฏิบัติหน้าที่ของแพทย์ในโรงพยาบาล แต่นักวิชาการบางฝ่ายเห็นว่าข้อบังคับแพทยสภาเป็นกฎหมายลำดับรองที่ขัดแย้งต่อประมวลกฎหมายอาญา²³³ เพราะการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการทำแท้งตามประมวลกฎหมายอาญาจะทำได้เมื่อประมวลกฎหมายอาญากำหนดให้มีการออกกฎหมายลำดับรองเท่านั้น เมื่อข้อบังคับแพทยสภาเป็นเพียงกฎหมายของฝ่ายบริหารที่มีลำดับศักดิ์ของกฎหมายต่ำกว่าประมวลกฎหมายอาญา อีกทั้งเป็นกฎหมายที่แพทยสภาออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรมหาได้เป็นการออกโดยอาศัยอำนาจตามประมวลกฎหมายอาญา เนื้อหาของข้อบังคับแพทยสภาจึงขัดต่อประมวลกฎหมายอาญา

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติประกอบวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 แม้คณะกรรมการแพทยสภามีอำนาจในการออกกฎหรือข้อบังคับ แต่กฎหมายหรือข้อบังคับเช่นนั้น

การยุติการตั้งครรรค์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 305 (1) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ให้เป็นไปตามเงื่อนไข ดังนี้

(2) เป็นกรณีที่ต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางจิตของหญิงมีครรรค์ ซึ่งจะต้องได้รับการรับรองหรือเห็นชอบจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรรค์อย่างหนึ่งหนึ่งคน

²³³ ดู รายละเอียดปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของข้อบังคับแพทยสภา ใน บทที่ 2 หัวข้อ 1.2.5.2

ต้องอยู่ภายใต้วัตถุประสงค์ของแพทยสภา กล่าวคือ ต้องเป็นไปเพื่อควบคุมความประพฤติของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมให้ถูกต้องตามจริยธรรมแห่งวิชาชีพ การที่คณะกรรมการแพทยสภาออกข้อบังคับเพื่อขยายความหรือกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การทำแท้งตามประมวลกฎหมายอาญาจึงไม่อยู่ในวัตถุประสงค์ดังกล่าว

อย่างไรก็ดี นักวิชาการอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการทำแท้งของข้อบังคับแพทยสภาเป็นไปตามหลักวิชาความรู้ทางการแพทย์ และเป็นหลักเกณฑ์ที่สอดคล้องกับความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ ทั้งยังช่วยทำให้คำว่า “สุขภาพ” ที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญามีความชัดเจนแน่นอนมากยิ่งขึ้น นอกจากนี้ เมื่อแพทยสภาเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม แพทยสภาย่อมมีอำนาจออกข้อบังคับเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติเกี่ยวกับการทำแท้งเพื่อให้สอดคล้องกับหลักวิชาชีพและเพื่อให้แพทย์ที่ปฏิบัติหน้าที่ไม่ต้องตกอยู่ภายใต้ภาวะที่ต้องวิตกกังวลว่าการกระทำของตนเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ด้วยเหตุดังกล่าวข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การทำแท้งจึงเป็นกฎหมายที่ชอบด้วยกฎหมายและไม่ขัดต่อประมวลกฎหมายอาญา

ในปัญหาที่ว่าข้อบังคับแพทยสภาเป็นกฎหมายที่ขัดแย้งต่อประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่ ผู้เขียนมีความเห็นว่าถ้าพิจารณาความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ให้รอบคอบย่อมพบว่ากระบวนการตรวจสุขภาพของทารกในครรภ์มีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยให้แพทย์และหญิงทราบถึงปัญหาสุขภาพของทารกก่อนคลอด ในกรณีที่ปัญหาสุขภาพเป็นปัญหาที่แพทย์สามารถช่วยให้การรักษาพยาบาลได้ แพทย์และหญิงสามารถช่วยกันกำหนดวิธีการรักษาพยาบาลให้กับทารก แต่ในกรณีที่ปัญหาสุขภาพของทารกเป็นปัญหาที่แพทย์ไม่สามารถให้การรักษาเยียวยาได้ กระบวนการตรวจสุขภาพของทารกย่อมมีวัตถุประสงค์เพื่อให้หญิงสามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเพื่อไม่ต้องให้กำเนิดบุตรที่พิการ การที่กฎหมายยังคงกำหนดให้การทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวกับสุขภาพของทารกเป็นการทำแท้งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมแสดงให้เห็นได้อย่างแจ่มชัดว่ากฎหมายดังกล่าวไม่สอดคล้องกับความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ นอกจากนี้ ถ้ากฎหมายเห็นว่าการทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวกับปัญหาสุขภาพของทารกยังควรเป็นการทำแท้งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กฎหมายก็ควรกำหนดห้ามมิให้แพทย์ให้บริการตรวจสุขภาพของทารกในครรภ์ เพราะในกรณีที่ผลการตรวจปรากฏว่าทารกในครรภ์พิการอย่างร้ายแรงจนถึงขนาดที่แพทย์ไม่สามารถให้การรักษาพยาบาลได้ การที่กฎหมายไม่ให้สิทธิกับหญิงในการเลือกเข้ารับการทำแท้ง ย่อมส่งผลทำให้หญิงที่ทราบว่าทารกในครรภ์ของตนพิการแต่ไม่สามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้ต้องมีการเครียดอย่างมาก อีกทั้งยังเป็นเหตุทำให้หญิงต้องวิตกกังวลว่าหญิงควรที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้งเถื่อนหรือไม่ เพื่อป้องกันผลกระทบทางจิตใจของหญิงและไม่ให้หญิงต้องเสียเงินเข้ารับการตรวจสุขภาพของทารกเพียงเพื่อ

จะได้ทราบว่าทารกในครรภ์พิการ กฎหมายจึงควรกำหนดให้กระบวนการตรวจสอบสุขภาพของทารกในครรภ์เป็นกระบวนการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ด้วยเหตุที่ได้กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าสิทธิของหญิงในการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของข้อบังคับแพทยสภาเพราะเหตุที่การตั้งครรถ์ส่งผลกระทบต่อสุขภาพทางจิตของหญิง หรือหญิงมีอาการเครียดเพราะเหตุที่ทารกในครรภ์มีหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะพิการ หรือเป็นหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็นโรคทางพันธุกรรมอย่างรุนแรง เป็นสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย และเป็น “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ดังนั้น ถ้าการกระทำใดของแพทย์เป็นเหตุทำให้หญิงเสียสิทธิที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้งในกรณีที่ได้กล่าวมาข้างต้น การกระทำดังกล่าวของแพทย์ย่อมเป็นการละเมิดต่อสิทธิของหญิง อีกทั้งยังเป็นการละเมิดต่อสิทธิของชายสามีของหญิงผู้เป็นผู้เสียหายโดยข้างเคียง ชายและหญิงสามีจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ประกอบมาตรา 438

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่นักกฎหมายบางฝ่ายหรือผู้พิพากษาเห็นว่าข้อบังคับแพทยสภาขัดหรือแย้งต่อประมวลกฎหมายอาญา หรือเห็นว่าหญิงไม่มีสิทธิในการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวกับปัญหาสุขภาพทางจิตของหญิงหรือปัญหาสุขภาพของทารกในครรภ์ ก็หาได้หมายความว่าชายและหญิงจะไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย เพราะการที่แพทย์ตรวจสอบสุขภาพของทารกในครรภ์โดยประมาทยังเป็นการละเมิดต่อสิทธิของชายและหญิงที่จะได้รู้ข้อมูลและผลการตรวจที่ต้องและแท้จริงเกี่ยวกับสุขภาพของทารกในครรภ์ เพราะด้วยข้อมูลดังกล่าวจะช่วยให้ชายและหญิงสามารถตัดสินใจเกี่ยวกับดำเนินชีวิตได้อย่างถูกต้อง ตัวอย่างเช่น ชายและหญิงสามารถเตรียมความพร้อมที่จะให้กำเนิดบุตรที่พิการ เตรียมวิธีการคลอดหรือการรักษาพยาบาลที่เหมาะสมกับเด็กที่กำลังจะเกิดขึ้นมาในอนาคต หรือในบางครั้งข้อมูลเกี่ยวกับสุขภาพของทารกยังช่วยให้ชายและหญิงสามารถตัดสินใจที่จะเดินทางเพื่อไปทำแท้งในประเทศที่กฎหมายยินยอมให้การทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของทารกในครรภ์เป็นการทำแท้งที่ชอบด้วยกฎหมาย การกระทำของแพทย์จึงเป็นการละเมิดต่อสิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเองและสิทธิในการวางแผนชีวิตของชายและหญิง ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 อย่างไรก็ดี หญิงจะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยอ้างว่าการกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นเหตุทำให้หญิงไม่สามารถเดินทางเพื่อไปทำแท้งในประเทศที่ยอมให้หญิงทำแท้งเพราะเหตุสุขภาพของทารกในครรภ์ไม่ได้ เพราะถ้ากฎหมายยินยอมให้หญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายด้วยเหตุผลดังกล่าว ย่อมเท่ากับว่ากฎหมายสนับสนุนให้หญิงเดินทางเพื่อไปทำแท้งซึ่งเป็นการกระทำที่เป็นความผิดตามกฎหมายไทยในต่างประเทศ หญิงจึงอ้างได้แต่เพียงว่าการกระทำของแพทย์เป็นการทำให้หญิงไม่

สามารถกำหนดวิธีการดำเนินชีวิตได้อย่างถูกต้องและทำให้หญิงคาดหวังว่าหญิงสามารถให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ได้เท่านั้น

ในกรณีที่ชายและหญิงเลือกที่จะใช้สิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญา เมื่อสัญญาให้บริการตรวจสุขภาพของทารกในครรภ์เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้งหน้าที่ของแพทย์ตามสัญญาคือหน้าที่ใช้ความระมัดระวังในการตรวจสุขภาพของทารกและหน้าที่ในการให้ข้อมูลที่ถูกต้อง การที่แพทย์ตรวจสุขภาพของทารกในครรภ์ของหญิงโดยประมาทจึงเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงเข้าใจว่าทารกในครรภ์มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ และทำให้ชายและหญิงไม่สามารถเลือกที่จะกำหนดแนวทางการดำเนินชีวิตที่เหมาะสม ไม่สามารถเลือกที่จะเตรียมตัวให้กำเนิดบุตรที่พิการ หรือไม่สามารถเลือกที่จะเดินทางเพื่อไปทำแท้งในต่างประเทศ การกระทำโดยประมาทของแพทย์ดังกล่าวจึงเป็นการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้อง หญิงจึงมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 215 ประกอบมาตรา 222 นอกจากนี้ เมื่อสัญญาเข้ารับการตรวจสุขภาพของทารกเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิและประโยชน์ของหญิงที่ตั้งครรภ์ซึ่งเป็นคู่สัญญาโดยตรงกับแพทย์ กล่าวคือ เป็นสัญญาที่ช่วยทำให้หญิงสามารถหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการ อีกทั้งยังเป็นสัญญาที่คุ้มครองสิทธิและประโยชน์ของชายสามีของหญิงเพราะช่วยทำให้ชายผู้ซึ่งมีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงบุตรร่วมกับหญิงสามารถหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการได้เช่นเดียวกัน ดังที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์มาครั้งหนึ่งในปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ เมื่อสัญญาเข้ารับการตรวจสุขภาพของทารกมุ่งคุ้มครองประโยชน์ของชายสามีของหญิงด้วยแล้ว สัญญาเข้ารับการตรวจสุขภาพของทารกจึงเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก โดยมีชายเป็นบุคคลภายนอกผู้ได้รับประโยชน์แห่งสัญญา ชายจึงมีสิทธิเรียกให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายและมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการที่แพทย์ชำระหนี้ไม่ถูกต้อง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 374 ประกอบมาตรา 215 และมาตรา 222

ในกรณีที่ไม่ว่าชายและหญิงจะใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือกฎหมายลักษณะสัญญา เมื่อชายและหญิงไม่ได้กล่าวอ้างว่าการกระทำของแพทย์เป็นเหตุทำให้เด็กพิการ แต่ชายและหญิงกล่าวอ้างว่าการกระทำของแพทย์ทำให้ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือป้องกันการให้กำเนิดบุตร ชายและหญิงจึงไม่มีหน้าที่พิสูจน์ว่าความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์หรือไม่²³⁴ โดยชายและหญิงมีเพียงหน้าที่

²³⁴ Kate Wevers, "Prenatal Torts and Pre-Implantation Genetic Diagnosis," *Harvard Journal of Law & Technology*, Issue 1, Volume 24, pp.273, 277 (Fall 2010).

พิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า ในกรณีที่ปราศจากความผิดพลาดทางการแพทย์ ชายและหญิงมีโอกาสที่จะหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือหญิงมีโอกาสเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเท่านั้น²³⁵

นอกจากนี้ แม้ชายและหญิงจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือกฎหมายลักษณะสัญญา แต่ในกรณีที่ความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้นก่อนที่หญิงตั้งครรภ์ ในกรณีที่ปราศจากความผิดพลาดทางการแพทย์ ชายและหญิงมีสิทธิที่จะหลีกเลี่ยงและป้องกันการปฏิสนธิ ด้วยเหตุดังกล่าวชายและหญิงย่อมไม่ต้องมีภาระหน้าที่ในการให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กโดยสิ้นเชิง นักวิชาการจึงเห็นว่าชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติและค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับความพิการของเด็ก²³⁶ แต่ในกรณีที่ความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้นภายหลังที่หญิงตั้งครรภ์แล้ว เมื่อการตั้งครรภ์เป็นไปตามความประสงค์ของชายและหญิง ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติจึงเป็นค่าใช้จ่ายที่ชายและหญิงสามารถคาดเห็นได้ตั้งแต่ต้นว่าจะเกิดขึ้นภายหลังที่เด็กคลอดออกมามีชีวิต²³⁷ การกระทำโดยประมาทของแพทย์จึงเป็นเพียงเหตุที่ทำให้ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กเท่านั้น ชายและหญิงจึงมีเพียงสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็ก แต่ไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติ ซึ่งแนวการพิจารณา

²³⁵ Lillywhite v University College London Hospitals' NHS Trust [2005] EWCA Civ 1466. and see Emily Jackson, *supra* note 8, pp.756-758.

²³⁶ Howard v Lecher 397 N.Y.S.2d 363 (1977)

²³⁷ คดี Smith v Cote (1986) 128 NH 231, 513 A2d 341 ศาลให้เหตุผลว่า "...เมื่อชายและหญิงทราบมาตั้งแต่ต้นแล้วว่าการที่ชายและหญิงเลือกที่จะให้กำเนิดบุตรจะทำให้ชายและหญิงต้องมีภาระทางการเงินและมีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรจำนวนมาก ด้วยเหตุดังกล่าว ชายและหญิงจึงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายได้เฉพาะเพื่อความเสียหายที่อยู่นอกเหนือจากความหมายของชายและหญิง กล่าวคือ เฉพาะค่าใช้จ่ายที่เพิ่มมากขึ้นกว่าการเลี้ยงดูเด็กที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์เท่านั้น ..."

พิพากษาคดีของศาลในลักษณะเช่นนี้สามารถพบได้ในประเทศอังกฤษ²³⁸ และบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา²³⁹

เมื่อพิจารณาแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศเยอรมนี ศาลพิจารณาว่าไม่มีความผิดพลาดทางการแพทย์จะเกิดขึ้นก่อนหรือภายหลังที่มีการปฏิสนธิ ในกรณีที่ปราศจากความผิดพลาดทางการแพทย์ ไม่ได้หมายความว่าชายและหญิงจะให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ แต่หมายความว่าชายและหญิงจะไม่ต้องให้กำเนิดบุตรขึ้นมาเลย ซึ่งภาวะเช่นนั้นชายและหญิงย่อมปลอดจากภาระหน้าที่ทางการเงินเพื่อใช้ในการให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กทั้งปวง ชายและหญิงจึงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติ และค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวกับความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็ก²⁴⁰ ในขณะที่ถ้าพิจารณาแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศออสเตรเลีย ศาลพิจารณาว่าในกรณีที่ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการเป็นเรื่องยากที่จะแยกว่าค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กส่วนใดเป็นค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นได้ตามปกติและส่วนใดเป็นค่าใช้จ่ายที่เป็นผลมาจากความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็ก ด้วยเหตุดังกล่าวศาลพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กทั้งปวงที่เป็นผลมาจากการเกิดของเด็กที่มีร่างกายพิการ²⁴¹

²³⁸ Ralph R. Frasca, *supra note 53*, p.198. ; Salih v Enfield Health Authority [1991] 3 All ER 400., Anderson v Forth Valley Health Board, McLelland v Greater Glasgow Health Board 1999 SLT 543, OH; 2001 SLT 446, IH. , Rand v East Dorset Health Authority [2000] 56 BMLR 39, Hardman v Amin [2000] Lloyd's Rep Med 498, (2000) 59 BMLR 58, Godfrey v Gloucestershire Royal Infirmary NHS Trust [2003] Lloyd's Rep Med 398, Lee v Taunton and Somerset NHS Trust [2001] 1 FLR 419, [2001] FAM LAW 103

²³⁹ Smith v Cote (1986) 128 NH 231, 513 A2d 341 ; Phillips v United States 575 F Supp 1309 (1983) ; Procanik by Procanik v Cillo 478 A 2d 755 (NJ, 1984) ; Siemieniec v Lutheran General Hospital 512 NE 2d 691 (Ill, 1987) ; Viccaro v Milunsky 551 NE 2d 8 (Mass, 1990). ; Moores v Lucas (1981, Fla App D5) 405 So 2d 1022

²⁴⁰ Bernard Dickens, *supra note 50*, p. 84- 85. ; Kathryn J. Jankowski, "Wrongful Birth and Wrongful Life Actions Arising from Negligent Genetic Counseling: The Need for Legislation Supporting Reproductive Choice," Fordham Urban Law Journal, Volume 17, Issue 1, p.58 (1989)

²⁴¹ Veivers v Connelly [1995] 2 QdR 326.

ในปัญหาว่าด้วยจำนวนค่าเสียหายที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ ผู้เขียนมีความเห็นว่า เมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายลักษณะละเมิดพบว่ากฎหมายต้องการเยียวยาทุกความเสียหายเพื่อทำให้ผู้เสียหายได้กลับคืนสู่สถานะเสมือนว่าไม่มีการกระทำละเมิดเกิดขึ้น และเมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายลักษณะสัญญาพบว่ากฎหมายต้องการเยียวยาทุกความเสียหายเพื่อทำให้เจ้าหน้าที่ผู้เสียหายได้ไปสู่อสถานะเสมือนว่ามีการชำระหนี้ที่ถูกต้องเกิดขึ้น ไม่ว่าจะป็นกรณีที่มีความผิดพลาดเกิดขึ้นก่อนที่หญิงตั้งครรภ์หรือภายหลังที่หญิงตั้งครรภ์แล้ว ในกรณีที่ปราศจากความผิดพลาดทางการแพทย์ชายและหญิงจะไม่ต้องให้กำเนิดบุตรขึ้นมาเลย ชายและหญิงย่อมมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทั้งปวงที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ ตัวอย่างเช่น ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติ ค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวกับความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็ก ค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลและค่าจ้างพยาบาลหรือพี่เลี้ยงเด็ก ค่าขาดรายได้จากการที่ชายหรือหญิงต้องลาออกจากงานเพื่อมาเลี้ยงดูเด็กด้วยตนเอง²⁴² โดยจำนวนค่าเสียหายที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ต้องพิจารณาจากฐานะทางเศรษฐกิจของชายและหญิงประกอบกับลักษณะและความรุนแรงของความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็ก โดยสิทธิเรียกร้องของชายและหญิงมีจนกว่าเด็กจะถึงแก่ความตาย²⁴³

เมื่อการให้กำเนิดบุตรที่พิการไม่เพียงแต่ทำให้ชายและหญิงได้รับความเสียหายที่เป็นตัวเงินเท่านั้น แต่ยังทำให้เกิดความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินอีกด้วย²⁴⁴ จึงทำให้เกิดปัญหาว่าชาย

²⁴² H.(R.) v Hunter [1996] 32 C.C.L.T. (2d.) 44 ; Engstrom v Courteau [1986] R.J.Q. 3048 (C.S.).

²⁴³ Nunnerley v Warrington Health Authority [2000] Lloyd's Rep Med 170

²⁴⁴ Caroline Crosby Owings, "Right to Recovery for Emotional Distress Arising from a Claim for Wrongful Birth," *American Journal of Trial Advocacy*, Volume 32, Issue 1, pp.165-166 (2009)

คดี Phillips v United States (1980, DC SC) 508 F Supp 537 ศาลมีคำพิพากษาว่า เมื่อการให้กำเนิดบุตรที่ป่วยเป็นโรคดาวน์ซินโดรมทำให้หญิงได้รับผลกระทบทางสุขภาพจิตอย่างมาก ไม่ว่าจะจากความเครียด หรือการที่ไม่มีเวลาพักผ่อนที่เพียงพอเนื่องจากหญิงต้องดูแลเด็กตลอดเวลาทั้งกลางวันและกลางคืน ตลอดจนไม่สามารถรับประทานอาหารได้ตามปกติ โดยในท้ายที่สุดหญิงต้องเข้ารับการรักษาพยาบาลกับจิตแพทย์เป็นประจำ นอกจากนี้ ชายก็ได้รับผลกระทบทางจิตใจจากความผิดหวังและความเศร้าโศกเสียใจที่ไม่สามารถให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินจากแพทย์

และหญิงที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหรือไม่ ในปัญหาดังกล่าวแม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 กำหนดให้ผู้เสียหายมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินต่อเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นต่อสิทธิในร่างกาย อนามัยหรือเสรีภาพเท่านั้น แต่ถ้าพิจารณาจากคำพิพากษาศาลจังหวัดพระโขนงคดีหมายเลขแดงที่ 4181/2552 จะเห็นได้ว่าแม้การกระทำโดยประมาทของแพทย์ไม่ได้ทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิในร่างกาย อนามัยหรือเสรีภาพของหญิง เพราะการกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นเพียงเหตุที่ทำให้หญิงไม่สามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้เท่านั้น การที่ศาลมีคำพิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายทางจิตใจให้กับหญิงเป็นเงิน 1 ล้านบาท เท่ากับเป็นการยืนยันว่าสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินหาได้มีเฉพาะแต่ที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 บัญญัติไว้เพียงเท่านั้น

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่ชายและหญิงเลือกที่จะใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญา เมื่อความผิดพลาดทางการแพทย์ไม่ได้เป็นเหตุทำให้เกิดความเสียหายทางกายภาพของชายและหญิง จึงอาจเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน ด้วยเหตุดังกล่าวผู้เขียนได้เคยเสนอมาแล้วว่า เพื่อให้ชายและหญิงเจ้าหน้าที่ได้รับความเสียหายจากการชำระหนี้ของแพทย์มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน จึงควรเสนอให้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้บทบัญญัติกฎหมายตามกฎหมายลักษณะสัญญารับรองให้เจ้าหน้าที่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน

3. การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต

ในบรรดาการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดทางการที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการเกิด การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต (Wrongful Life) เป็นรูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่แปลกประหลาดมากที่สุด เพราะหากกฎหมายยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายย่อมไม่ต่างอะไรกับการที่กฎหมายยินยอมให้เด็กมายื่นต่อหน้าศาลพร้อมกับกล่าวว่า “ถ้าหากปราศจากการกระทำของบุคคลเหล่านั้น (แพทย์) ข้าพเจ้าเชื่อว่า ข้าพเจ้าจะไม่มีทางได้มายื่นต่อหน้าศาล แต่เพราะการกระทำของบุคคลเหล่านั้นเป็นผลโดยตรงทำให้บิดามารดาของข้าพเจ้า ไม่สามารถหลีกเลี่ยงการปฏิสนธิหรือการเกิดของข้าพเจ้า อีกทั้งยังทำให้ข้าพเจ้าสูญเสียโอกาสที่จะต้องถูกฆ่าตั้งแต่อยู่ในครรภ์ ด้วยสภาพร่างกายและความพิการของข้าพเจ้านี้เอง ข้าพเจ้าไม่สามารถเห็นได้เลยว่า ข้าพเจ้าได้ประโยชน์อะไรจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต สิ่งที่ข้าพเจ้าได้รับจากการเกิดคงมีเพียงความเจ็บปวดทุกข์ทรมาน ความยากลำบาก ซึ่งเต็มไปด้วยค่าใช้จ่ายจำนวนมาก เมื่อการเกิดของข้าพเจ้าไม่

อาจถูกพิจารณาเป็นอย่างอื่นไปได้นอกเสียจากเป็นความเสียหาย บุคคลที่มีส่วนทำให้ข้าพเจ้าต้องเกิดขึ้นมามีชีวิตแทนที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต จึงมีหน้าที่เยียวยาทุกความเสียหายให้กับข้าพเจ้า”

ปัญหาที่เกิดขึ้นในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตมีความคล้ายคลึงกับปัญหาที่เกิดขึ้นในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) เพราะเป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดในครั้งเดียวกัน แต่เปลี่ยนจากชายและหญิงผู้ให้กำเนิดบุตรมาเป็นตัวเด็กเองที่เป็นโจทก์ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย ซึ่งจากเดิมชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยกล่าวอ้างว่า การกระทำของแพทย์ทำให้เกิดความเสียหายต่อ “สิทธิที่หลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการ” หรือ “สิทธิในการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง” เปลี่ยนมาเป็นเด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยกล่าวอ้างว่าการกระทำของแพทย์ทำให้เกิดความเสียหายต่อ “สิทธิที่จะไม่ได้เกิด” หรือ “โอกาสที่จะถูกทำแท้ง” โดยค่าเสียหายที่เด็กเรียกร้องจากแพทย์ต้องไม่ซ้ำซ้อนกับค่าเสียหายที่ชายและหญิงได้ใช้สิทธิเรียกร้องจากแพทย์ไว้แล้ว อีกทั้งต้องเป็นความเสียหายที่ไม่เคยได้รับการเยียวยามาก่อน

ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วครั้งหนึ่งว่าแม้ศาลในบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศเยอรมนี ประเทศแอฟริกาใต้ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศเบลเยียม ประเทศโปแลนด์และประเทศอิตาลีจะมีคำพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ แม้ว่าการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของเด็กจะเป็นผลมาจากความผิดพลาดของแพทย์ในครั้งเดียวกัน แต่ด้วยข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาตามคำฟ้องของเด็กที่ว่าหากปราศจากความผิดพลาดทางการแพทย์เด็กจะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเลย ทำให้ศาลในประเทศเหล่านี้มีคำพิพากษาว่าเด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต แม้ศาลจะเห็นว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายต่อเด็กเช่นเดียวกัน ซึ่งเหตุผลของศาลในแต่ละประเทศมีทั้งที่เหมือนและแตกต่างกัน ตัวอย่างเช่น แม้เด็กจะต้องเกิดขึ้นมามีร่างกายพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรงเพียงใดก็ตาม เด็กก็ไม่มีสิทธิที่จะไม่ได้เกิด การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของเด็กขัดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และหลักคุณค่าของการได้มีชีวิต การยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายอาจเป็นสะท้อนได้ว่ามนุษย์ที่พิการเป็นความเสียหายของสังคมและเป็นมนุษย์ที่ไม่มีคุณค่าเพียงพอที่จะได้เกิด²⁴⁵ อย่างไรก็ตาม มีเพียงศาลในบางมลรัฐของ

²⁴⁵ Jennifer R. Granchi, "Wrongful Birth Tort : A Policy Analysis and the Right to Sue for an Inconvenient Child," South Texas Law Review, Volume 43, Issue 4, p.1268 (2001-2002) ; Wendy F. Hensel, "The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions " Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, 40, p.141 (2005)

ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศเบลเยียม ประเทศกรีซและประเทศอิสราเอล เท่านั้น ที่พิพากษาว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต

ภายหลังที่ผู้เขียนได้ศึกษาถึงแนวทางการปรับใช้กฎหมายของต่างประเทศพบว่า ประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตมีจำนวนมากซึ่งเกินกว่าความสามารถที่ผู้เขียนสามารถรวบรวมได้ครบถ้วน อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนพบว่า ประเด็นปัญหาหลักที่มีการกล่าวถึงและเป็นประเด็นสำคัญต่อการพิจารณาว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายหรือไม่มีดังนี้

(1) ปัญหาว่าด้วยสิทธิที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต

ในการพิจารณาว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตหรือไม่ ปัญหาทางกฎหมายที่สำคัญที่สุดก็คือมนุษย์มีสิทธิที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตหรือไม่ อีกทั้งการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตแต่ต้องพิการเป็นความเสียหายที่กฎหมายยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายหรือไม่²⁴⁶ โดยปัญหาดังกล่าวอยู่นอกเหนือขอบเขตของกฎหมายและเป็นปัญหาที่ผูกพันอยู่กับความเชื่อ ปรัชญา จริยธรรมและคำสอนทางศาสนา ดังที่ศาลสูงของประเทศแอฟริกาใต้เคยพิพากษาว่า ปัญหาที่ว่าเด็กที่มีร่างกายพิการสมควรได้เกิดขึ้นมามีชีวิตหรือไม่นั้นเป็นเรื่องที่อยู่นอกเหนือความสามารถของนักกฎหมายที่จะหาคำตอบได้ จึงควรปล่อยให้เป็นเรื่องของนักบวช ผู้เชี่ยวชาญทางศาสนาหรือนักปรัชญาเป็นผู้หาคำตอบ²⁴⁷

ในปัจจุบันนักกฎหมายจำนวนมากยังคงมีความเชื่อว่ากฎหมายให้ความคุ้มครองเฉพาะสิทธิที่จะได้เกิดหรือสิทธิที่จะมีชีวิตเท่านั้น²⁴⁸ ไม่ว่าจะการได้เกิดของมนุษย์จะทำให้มนุษย์ต้องทุกข์

²⁴⁶ Robert Lee. "To Be or Not to Be: Is That the Question? The Claim of Wrongful Life." In *Birthrights : Law and Ethics at the Beginning of Life*, eds. Robert Lee and Derek Morgan. (England : Routledge, 1989), pp.172-194.

²⁴⁷ Nortonrosefulbright, "Wrongful Pregnancy, Birth & Life Claims," (Retrieved on 13 August 2015) from <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/44118/wrongful-pregnancy-birth-life-claims>; "Court rules on 'wrongful life' claim - South Africa," (Retrieved on 15 August 2015), from <http://www.iol.co.za/news/south-africa/court-rules-on-wrongful-life-claim-1.403126#.Vc2tZPk2U1k>

²⁴⁸ Rosamund Scott, "The English Fetus and the Right to Life," *European Journal of Health Law*, Volume 11, Issue 4, pp.347-364 (347-364)

ทรมานเพียงใดก็ตาม²⁴⁹สังเกตได้จากกฎหมายอาญาที่กำหนดให้การทำแท้งและการทำลายทารกเป็นความผิดตามกฎหมาย²⁵⁰ เมื่อการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของเด็กเป็นการอ้างว่ามนุษย์มีสิทธิที่จะไม่ได้เกิด ข้ออ้างดังกล่าวจึงขัดต่อหลักกฎหมายพื้นฐาน กฎหมายจึงไม่อาจยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ แม้ว่าการกระทำโดยประมาทของแพทย์จะเป็นผลโดยตรงที่ทำให้เด็กเสียโอกาสที่จะไม่ได้เกิดหรือเสียโอกาสที่จะถูกทำแท้งก็ตาม²⁵¹

นักวิชาการบางฝ่ายเห็นว่าแม้การได้เกิดขึ้นมามีชีวิตพร้อมกับความพิการจะนำมาซึ่งความทุกข์ทรมานและทำให้เกิดค่าใช้จ่ายจำนวนมาก แต่ความพิการเป็นเรื่องธรรมชาติและอยู่คู่กับมนุษย์โดยตลอด ไม่มีใครสามารถรับรองได้ว่าเด็กที่เกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์จะไม่มีร่างกายพิการในภายหลัง หากกฎหมายเห็นว่าการได้เกิดขึ้นมามีร่างกายพิการเป็นความเสียหายตามกฎหมายแล้ว เด็กที่ต้องพิการในภายหลังยังคงเป็นมนุษย์ที่มีคุณค่าอยู่หรือไม่ หรือว่าเด็กที่ต้องพิการได้กลายมาเป็นมนุษย์ที่สมควรตายเช่นกัน²⁵²

นอกจากนี้ การที่กฎหมายยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเท่ากับกฎหมายรับรองว่าคุณค่าของคนพิการมีน้อยกว่าคุณค่าของคนที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ และอาจสะท้อนให้เห็นได้อีกด้วยว่า “สำหรับคนพิการ การตายเป็นเรื่องที่คู่ควรมากกว่าการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต” ข้อเท็จจริงดังกล่าวจึงส่งผลกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของทั้งตัวเด็กที่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของคนพิการในสังคม²⁵³

อนึ่ง การที่กฎหมายยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต อาจเป็นการสร้างสัญลักษณ์ในเชิงลบให้กับคนพิการ และอาจเป็นเหตุทำให้คนพิการเข้าใจว่าการได้

²⁴⁹ Elliott v Brown, 361 So. 2d 546 (Ala. 1978)

²⁵⁰ Becker v Schwartz, 46 N.Y.2d 401, 413 N.Y.S.2d 895, 386 N.E.2d 807 (1978).

²⁵¹ Arndt v Smith (1994), 21 c.c.l.t. (2d) 66 (B.C.S.C) at 74, [1997] 2 S.C.R. 539. ; Lacroix (Guardian of) v Dominique 2001 MBCA 122. ; Mickle v Salvation Army Grace Hospital [1998] 166 D.L.R. (4th) 743 (Ont. Gen. Div.).

²⁵² Maya Sabatello, "The Politics of the Child's Right to Identity in a Disability-Free Society," The International Journal of Children's Rights, Volume 17, Issue 2, pp.177-206 (2009)

²⁵³ Dean Stretton, *supra note 76*, p.362. ; Edwards v Blomeley [2002] NSWSC 460. ; Kathleen Gallagher, "Wrongful Life : Should the Action Be Allowed," Louisiana Law Review, Volume 47, Issue 6, p.1328 (1987)

เกิดขึ้นมามีชีวิตของตนทำให้เกิดความเสียหายต่อสังคม ซึ่งในความเป็นจริงแล้วสมาชิกของสังคมทุกคนต้องพยายามปรับเปลี่ยนทัศนคติดังกล่าวที่มีต่อคนพิการ อีกทั้งมีหน้าที่หลีกเลี่ยงการกระทำใดๆ ที่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อคนพิการ เพราะไม่เช่นนั้นสังคมต่างหากที่ เป็นผู้สร้างทัศนคติให้กับคนพิการว่า เขาเหล่านั้นควรมีสติที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตที่เลวร้ายและต้องอยู่อาศัยในสังคมที่ไม่พร้อมจะต้อนรับคนพิการ²⁵⁴ ซึ่งประเด็นดังกล่าวศาสตราจารย์ Hubben ได้ให้ความเห็นไว้ว่า

...การที่กฎหมายรับรองว่าคนพิการหรือการที่ต้องเกิดขึ้นมาพิการเป็นความเสียหายตามกฎหมาย ย่อมแสดงให้เห็นถึงความผิดปกติที่เกิดขึ้นกับสังคม อีกทั้งยังทำให้คนพิการกลายเป็นสัญลักษณ์ในเชิงลบ ซึ่งในความเป็นจริงแล้วสังคมควรให้คุณค่าและเคารพว่าคนพิการเป็นเพื่อนมนุษย์ที่มีสติและศักดิ์ศรีเท่าเทียมกับคนที่มีความสามารถร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ไม่ใช่พิจารณาว่าคนพิการเป็นเพียงบุคคลที่เกิดขึ้นมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ ซึ่งเขาเหล่านั้นควรที่จะต้องถูกทำแท้งและไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต...²⁵⁵

แม้ว่ามนุษย์จำนวนหนึ่งเห็นว่าการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นเรื่องที่น่ายินดี แต่ความเห็นดังกล่าวเป็นความเห็นของคนที่มีความสามารถร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ในขณะที่คนพิการจำนวนมากกลับมีความเห็นว่าการเขาเหล่านั้นได้เกิดขึ้นมามีชีวิตไม่ต่างอะไรกับการที่ต้องอยู่ท่ามกลางสภาวะที่โหดร้ายและเต็มไปด้วยความยากลำบาก จนผู้พิการไม่สามารถคิดได้เลยว่าการเกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นเรื่องที่น่ายินดีได้อย่างไร²⁵⁶

²⁵⁴ Agius Emmanuel, "Human Dignity in European Public Policy on Biotechnology," *Melita Theologica*, Volume 56, Issue 11, pp.23- 54 (2012) ; M. A. Verdugo, P. Navas, L. E. Gómez and R. L. Schalock, "The Concept of Quality of Life and Its Role in Enhancing Human Rights in the Field of Intellectual Disability," *Journal of Intellectual Disability Research*, Volume 56, Issue 11, pp.1036-1045 (2012) ; Christopher Falzon, "Wrongful Birth and Wrongful Life : Legal and Moral Issues," (Masters in Bioethics Faculty of Theology University of Malta, 2014), p.80.

²⁵⁵ Tony Sheldon, "Court Awards Damages to Disabled Child for Having Been Born," *British Medical Journal*, Volume 326, Issue 7393, p.784 (2003)

²⁵⁶ ศาสตราจารย์ Bonnie Steinbock ให้ความเห็นว่า แม้มนุษย์ส่วนมากเห็นว่าการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นเรื่องที่น่ายินดี แต่สำหรับคนที่ต้องขึ้นมาพร้อมกับร่างกายที่พิการอย่างร้ายแรง การได้เกิดขึ้นมามีชีวิตไม่ต่างอะไรกับการได้อยู่ในสถานที่ที่เลวร้ายที่สุด see Bonnie Steinbock, "The Logical Case for" Wrongful Life", "*Hastings Center Report*, Volume 16, Issue 2,

ในปัจจุบันสมมติฐานที่ว่ามนุษย์มีเพียงสิทธิที่จะได้เกิดขึ้นมามีชีวิตและไม่มีสิทธิที่จะไม่ได้เกิดได้เปลี่ยนแปลงสังเกตได้จากข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้

กรณีที่ 1 ในปัจจุบันมนุษย์ทุกคนต่างมีความเชื่อและมีความมุ่งหวังให้สังคมมีแต่สมาชิกที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์เท่านั้น มนุษย์ทุกคนจึงพยายามทำทุกวิถีทางเพื่อให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์และหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรพิการ ซึ่งถ้าการได้เกิดขึ้นมามีร่างกายพิการเป็นเรื่องที่น่ายินดี เพราะเหตุใดสังคมจึงกลัวการมีสมาชิกที่เป็นคนพิการ อีกทั้งยังสนับสนุนให้สมาชิกภายในสังคมหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ด้วยข้อเท็จจริงดังกล่าวสังคมต่างหากที่เป็นผู้กำหนดว่ามนุษย์มีสิทธิที่จะไม่ได้เกิด²⁵⁷

ดังนั้น เมื่อนโยบายสาธารณะที่แท้จริงของสังคมคือ การยินยอมให้เฉพาะมนุษย์ที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต การกระทำอย่างใดอันเป็นเหตุที่ทำให้เด็กเสียสิทธิที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตย่อมเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของนโยบายสาธารณะ จึงไม่มีเหตุผลที่กฎหมายจะห้ามมิให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการถูกละเมิดต่อสิทธิดังกล่าว²⁵⁸

กรณีที่ 2 เมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของประเทศอังกฤษ บ่อยครั้งจะพบได้ว่ามีปัญหาที่ศาลต้องพิจารณาว่าแพทย์สามารถยุติการให้การรักษาพยาบาลเด็กแรกคลอดที่มีร่างกายพิการอย่างร้ายแรงได้หรือไม่ อีกทั้งการกระทำดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือไม่ คดี *Re B (a minor) (Wardship Medical Treatment)*²⁵⁹ ข้อเท็จจริงปรากฏว่าชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่ป่วยเป็นโรคคาวาชิโนโรมและมีความพิการอย่างรุนแรง ซึ่งมีความจำเป็น ที่เด็กต้องเข้ารับการรักษา ซึ่งหากการผ่าตัดประสบความสำเร็จเด็กสามารถมีชีวิตอยู่ต่อไปเป็นเวลาประมาณ 20 ถึง 30 ปี แต่หากเด็กไม่ได้เข้ารับการรักษาเด็กจะเสียชีวิตในไม่ช้า ชายและหญิงเห็นว่าการที่เด็กจะไม่ได้มี

pp.15-20 (1986) and Bonnie Steinbock, *Life before Birth: The Moral and Legal Status of Embryos and Fetuses*, 2nd ed., (New York : Oxford University Press, 2011).

²⁵⁷ Susan Wendell, *The Rejected Body : Feminist Philosophical Reflectionson Disability*, (United Kingdom : Psychology Press, 1996), p.63.

²⁵⁸ Merryn Ekberg, "Maximizing the Benefits and Minimizing the Risks Associated with Prenatal Genetic Testing," *Health, Risk & Society*, Volume 9, Issue 1, pp.67-81 (2007) ; Darrin P. Dixon, "Informed Consent or Institutionalized Eugenics - How the Medical Profession Encourages Abortion of Fetuses with Down Syndrome," *Issues in Law & Medicine*, Volume 24, Issue 1, pp.3-60 (2009)

²⁵⁹ [1981] 1 W.L.R. 1421, 1422.

ชีวิตอยู่ต่อไปย่อมเป็นประโยชน์กับเด็กมากกว่าการที่เด็กจะต้องมีชีวิตอยู่ด้วยความทุกข์ทรมานจากการป่วยเป็นโรคควานซินโดรม ชายและหญิงจึงไม่ยินยอมให้แพทย์ทำการผ่าตัดให้เด็ก อย่างไรก็ตาม แพทย์ผู้ให้การรักษาพยาบาลไม่เห็นด้วยกับชายและหญิงเพราะเห็นว่าการที่เด็กจะได้มีชีวิตอยู่ต่อไปนั้นเป็นประโยชน์มากกว่า ในการพิจารณาคดีของศาลล่าง ศาลเห็นว่าแพทย์ควรเคารพในการตัดสินใจของชายและหญิงผู้ซึ่งได้แสดงเจตนาแทนเด็ก อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาของศาลอุทธรณ์ ผู้พิพากษา Templeman LJ เห็นว่า ในคดีนี้มีปัญหาที่ต้องพิจารณาว่าระหว่างการที่ศาลจะยินยอมให้เด็กถึงแก่ความตายกับการที่ศาลไม่ยินยอมให้เด็กถึงแก่ความตายสิ่งใดเป็นประโยชน์สูงสุดต่อเด็กมากกว่ากัน แม้ในความเป็นจริงไม่สามารถปฏิเสธได้ว่าในกรณีเด็กเกิดขึ้นมาพร้อมกับความพิการอย่างร้ายแรง การมีชีวิตของเด็กจะทำให้เด็กต้องเผชิญกับความเจ็บปวดและทุกข์ทรมานอย่างมาก การที่เด็กถึงแก่ความตายอาจทำให้เด็กได้รับประโยชน์มากกว่าการมีชีวิตอยู่ อย่างไรก็ตาม เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าในกรณีที่เด็กได้เข้ารับการผ่าตัดจากแพทย์จะช่วยทำให้เด็กสามารถมีชีวิตอยู่ได้อีกเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 20 ถึง 30 ปี จึงเชื่อได้ว่าการที่ศาลไม่ยินยอมให้เด็กถึงแก่ความตายย่อมเป็นประโยชน์กับเด็กมากกว่า²⁶⁰

จากแนวทางการวินิจฉัยของศาลที่ได้กล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นว่า ข้อสันนิษฐานที่ว่าศาลไม่สามารถเปรียบเทียบระหว่างคุณค่าของการมีชีวิตกับการไม่มีชีวิตไม่เป็นจริงเสมอไป เพราะในกรณีที่ข้อเท็จจริงเปลี่ยนไปว่าแม้แพทย์จะทำการผ่าตัดและให้การรักษาพยาบาลกับเด็ก แต่การรักษาพยาบาลดังกล่าวก็ไม่ช่วยทำให้เด็กรอดชีวิตหรือทำให้เด็กมีชีวิตรอดอยู่ได้ แต่เด็กต้องใช้ชีวิตอยู่กับความเจ็บปวดทุกข์ทรมานจากความพิการทางร่างกายและจิตใจ ซึ่งในท้ายที่สุดเด็กต้องถึงแก่ความตายภายหลังจากที่ได้รับการรักษาพยาบาล ด้วยข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้เองศาลยินยอมให้แพทย์ยุติการรักษาที่มีขึ้นเพื่อเป็นการยื้อชีวิตของเด็กเท่านั้น และพิจารณาว่าการกระทำของแพทย์ไม่เป็นความผิด

²⁶⁰ มีข้อเท็จจริงใกล้เคียงกันปรากฏในคดี Re J (A Minor) (Child in Care : Medical Treatment) [1997] 1 FLR 767. ข้อเท็จจริงปรากฏว่าเด็กเกิดขึ้นมาพร้อมกับอาการอัมพาต สูญเสียการมองเห็น การได้ยิน การพูด เด็กมีเพียงความสามารถในการรับรู้ความรู้สึกเจ็บปวดทุกข์ทรมานเท่านั้น แม้ในคดีนี้ชายและหญิงให้ความยินยอมให้แพทย์ยุติการรักษาพยาบาลกับเด็ก แต่เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการยุติการรักษาพยาบาลเป็นการกระทำความผิดทางอาญา แพทย์จึงยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลวินิจฉัยว่าแพทย์สามารถยุติการให้การรักษาพยาบาลเด็กได้หรือไม่ ในการพิจารณาคำร้องดังกล่าว ศาลเห็นว่าเมื่อแพทย์มีมติ (Clinical Judgement) ว่าการให้การรักษาพยาบาลแบบยื้อชีวิตไม่ก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อเด็ก แพทย์จึงสามารถยุติการให้การรักษาพยาบาลต่อเด็ก โดยที่การกระทำดังกล่าวไม่เป็นความผิดตามกฎหมายอาญาแต่อย่างใด

อาญา เพราะศาลเห็นว่าการยุติการให้การรักษาพยาบาลกับเด็กช่วยทำให้เด็กไม่ต้องทนทุกข์ทรมานจากความเจ็บปวดทรมานอีกต่อไป ซึ่งการกระทำดังกล่าวช่วยทำให้เด็กได้รับประโยชน์ที่สูงสุดอย่างแท้จริง²⁶¹

เมื่อศาลสามารถพิจารณาได้ว่าการยุติการรักษาพยาบาลจนเป็นเหตุทำให้เด็กถึงแก่ความตายเป็นประโยชน์กับเด็กมากกว่าการให้แพทย์ให้การักษาพยาบาลเพื่อยื้อชีวิต ย่อมแสดงให้เห็นได้ว่าศาลได้พิจารณาแล้วว่าคุณค่าของการตายของเด็กมีมากกว่าคุณค่าของการมีชีวิตอยู่ต่อไปแต่ต้องทนทุกข์ทรมานอย่างร้ายแรงกับความพิการ อีกทั้งยังแสดงให้เห็นได้อีกด้วยว่าศาลยอมรับว่าเด็กมีสิทธิที่จะตาย ด้วยเหตุนี้เอง ในกรณีที่เด็กต้องเกิดขึ้นมาเพื่อทนทุกข์ทรมานกับความพิการอย่างร้ายแรง หรือเกิดขึ้นมามีชีวิตเพื่อรอที่จะให้แพทย์ยุติการรักษาพยาบาล ศาลย่อมพิจารณาได้เช่นเดียวกันว่าระหว่างกรณีที่เด็กไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตกับกรณีที่เด็กต้องเกิดขึ้นมาแต่ต้องพิการอย่างร้ายแรงสิ่งใดมีคุณค่าและเป็นประโยชน์ต่อเด็กมากกว่ากัน ข้ออ้างของศาลประเทศอังกฤษที่ว่าศาลไม่สามารถเปรียบเทียบคุณค่าระหว่างการมีชีวิตกับการไม่ได้มีชีวิตย่อมไม่เป็นจริงและไม่มีเหตุผลเพียงพออีกต่อไป

²⁶¹ คดี R v Arthur (1981) 12 BMLR 1 หลึงให้กำเนิดบุตรที่เป็นโรคดาวน์ซินโดรม ภายหลังคลอดเด็กมีอาการปวดบวมอย่างร้ายแรง หลึงได้กล่าวกับแพทย์ว่าไม่ต้องการให้เด็กมีชีวิตอีกต่อไป แพทย์จึงให้ยาระงับอาการปวดและให้พยาบาลคอยดูแลเท่านั้น โดยที่แพทย์ไม่ได้ให้การักษาพยาบาลเพื่อให้เด็กรอดชีวิต ภายหลังที่เด็กถึงแก่ความตายมีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นว่าการที่แพทย์งดเว้นจากการรักษาพยาบาลเพื่อยื้อชีวิตเป็นการกระทำความผิดอาญาหรือไม่ โดยปัญหาดังกล่าว ผู้พิพากษา Farquharson J ได้วินิจฉัยว่า ในกรณีที่เด็กมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรงจนไม่สามารถรักษาให้หายได้ อีกทั้งมารดาของเด็กยังกล่าวอีกด้วยว่าไม่ต้องการให้เด็กมีชีวิตรอด การที่แพทย์ยุติการรักษาพยาบาลที่เป็นไปเพื่อการยื้อชีวิตของเด็กจึงไม่สามารถกล่าวได้ว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่น (Murder)

คดี Re C (A Minor) เด็กอายุ 16 เดือน มีอาการเจ็บป่วยอย่างรุนแรง แพทย์เห็นว่า การให้การรักษาด้วยวิธีใช้เครื่องช่วยหายใจแม้จะทำให้เด็กได้รับความเจ็บปวดและทุกข์ทรมาน จึงลงมติไม่เป็นเอกฉันท์ให้ถอดเครื่องช่วยหายใจออก แต่เมื่อบิดามารดาต้องการให้แพทย์ให้การักษาพยาบาลต่อไปจึงทำให้เกิดคดีความในชั้นศาลว่าแพทย์สามารถยุติการรักษาพยาบาลเด็กอายุ 16 เดือนที่กำลังป่วยอย่างรุนแรงหรือไม่ ศาลพิจารณาว่าการยุติการรักษาพยาบาลของแพทย์เป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย

นอกจากนี้ แม้ในการแสดงเจตนาว่าเด็กสมควรได้เกิดขึ้นมามีชีวิตหรือไม่นั้น เป็นการแสดงเจตนาโดยชายและหรือหญิงบิดามารดาผู้เป็นตัวแทนของเด็ก หากได้เป็นตัวเด็กเองที่จะสามารถแสดงความประสงค์ว่าต้องการเกิดขึ้นมามีชีวิตหรือไม่ แต่เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับกรณีการยุติการให้การรักษาพยาบาลที่มีขึ้นเพื่อชีวิตของเด็กพบว่า บุคคลผู้ที่แสดงเจตนาและให้ความยินยอมเพื่อให้แพทย์ยุติการให้การรักษาพยาบาลก็คือชายหญิงบิดามารดา หากใช้ตัวเด็กที่จะไม่ได้รับการรักษาพยาบาลต่อไปและกำลังจะถึงแก่ความตายแต่อย่างใด ด้วยเหตุดังกล่าว ในกรณีที่สามารถพิจารณาได้ว่าการไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตของเด็กจะทำให้เกิดประโยชน์สูงสุดกับเด็กมากกว่าที่เด็กได้เกิดขึ้นมามีชีวิต การกระทำอย่างใดอันเป็นเหตุทำให้ชายและหรือหญิงไม่สามารถแสดงเจตนาแทนเด็กเพื่อหลีกเลี่ยงหรือป้องกันการได้เกิดของเด็ก การกระทำเหล่านั้นย่อมทำให้เด็กได้รับความเสียหาย ดังนั้น เมื่อศาลยอมรับว่าเด็กมีสิทธิที่จะตาย ศาลก็ต้องยอมรับว่าเด็กมีสิทธิที่จะไม่ได้เกิดเช่นเดียวกัน²⁶² และด้วยเหตุที่เด็กมีสิทธิที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตนี้เอง ย่อมทำให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างใดๆ ที่เกิดขึ้นต่อสิทธิดังกล่าว

กรณีที่ 3 เมื่อวิทยาศาสตร์เจริญก้าวหน้าจนทำให้แพทย์สามารถตรวจและพยากรณ์ล่วงหน้าว่าทารกที่กำลังจะมีการปฏิสนธิมีโอกาสที่จะเกิดขึ้นมาพิการ มีปัญหาทางพันธุกรรมหรือมีความผิดปกติอย่างใดๆ เกิดขึ้นหรือไม่ กระบวนการดังกล่าวจึงมีบทบาทสำคัญที่ช่วยทำให้มนุษย์สามารถหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการ อีกทั้งยังช่วยทำให้มนุษย์สามารถเลือกที่จะเกิดขึ้นมามีชีวิตต่อเมื่อมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ด้วยความเจริญก้าวหน้าทางการแพทย์เช่นนี้ทำให้เกิดสิทธิตามกฎหมายประเภทใหม่ที่เรียกว่า “สิทธิที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต” และหากมีการกระทำใดของแพทย์จนเป็นเหตุล่วงละเมิดต่อสิทธิดังกล่าวของมนุษย์ ภายหลังที่มนุษย์ต้องเกิดขึ้นมามีชีวิต มนุษย์ย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ตามกฎหมาย²⁶³

กรณีที่ 4 ในปัจจุบันกฎหมายคุ้มครองสิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเองอย่างกว้างขวาง โดยหนึ่งในสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายก็คือสิทธิในการแสดงเจตนาปฏิเสธการรักษาพยาบาลเพื่อที่จะตายอย่างสงบ เมื่อกฎหมายพร้อมที่จะยินยอมให้มนุษย์ที่มีสุขภาพบุคคลมีสิทธิ

²⁶² Anthony Jackson, *supra note 148*, p.566.

²⁶³ Francesca Brunetta D'usseaux, "Wrongful Life and Wrongful Birth Cases : A Comparative Approach," *Seton Hall Law Review*, Volume 40, Issue 3, pp.1117-1168 (2011)

เลือกที่จะตายเท่ากับกฎหมายพร้อมที่จะยินยอมให้มนุษย์ที่กำลังจะเกิดขึ้นมามีชีวิต มีสิทธิเลือกที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเช่นเดียวกัน²⁶⁴

อย่างไรก็ดี ข้อกล่าวอ้างข้างต้นอาจถูกโต้แย้งได้ว่าลักษณะการแสดงเจตนาของมนุษย์ในการเลือกที่จะตายแตกต่างจากลักษณะการแสดงเจตนาของมนุษย์ที่เลือกที่จะไม่ได้เกิด เพราะการแสดงเจตนาเลือกที่จะตายนั้นเป็นการแสดงเจตนาด้วยตัวบุคคลที่ต้องการตาย ซึ่งเป็นบุคคลที่ได้เรียนรู้มาแล้วว่าการได้มีชีวิตเป็นอย่างไร อีกทั้งยังรู้ว่าสถานะเช่นใดที่ทำให้เขาเหล่านั้นไม่มีความประสงค์ที่จะมีชีวิตอยู่อีกต่อไป แต่การแสดงเจตนาเลือกที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต ทารกไม่มีความสามารถที่จะแสดงเจตนาได้ด้วยตนเอง ชายและหญิงต่างหากที่เป็นบุคคลผู้แสดงเจตนาแทนทารกในครรภ์ จึงนำมาซึ่งปัญหาที่ว่าแม่ชายและหญิงเป็นบุคคลที่กฎหมายสันนิษฐานไว้ก่อนว่าจะกระทำการใดๆ เพื่อให้ทารกในครรภ์ได้รับประโยชน์สูงสุด แต่ชายและหญิงจะทราบถึงเจตนาที่แท้จริงของทารกในครรภ์ได้อย่างไรว่าทารกไม่ต้องเกิดขึ้นมามีชีวิต เพราะในความเป็นจริงแล้วแม้ว่าทารกจะรู้ว่าตนเองต้องเกิดขึ้นมาพิการทารกอาจประสงค์ที่จะเกิดขึ้นมามีชีวิตก็เป็นได้

ในปัญหาข้างต้นศาสตราจารย์ Micheal Kelly ได้แสดงความเห็นว่าการแสดงเจตนาเลือกที่จะตายหรือปฏิเสธการรักษาพยาบาลไม่จำเป็นที่จะต้องแสดงโดยตัวผู้ประสงค์ที่จะตายอย่างเดียวนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่ผู้ตายไม่เคยแสดงเจตนาไว้ล่วงหน้าก่อนที่จะอยู่ในสถานะที่ไม่สามารถแสดงเจตนาได้ ญาติหรือบุคคลใกล้ชิดของผู้ตายก็มีสิทธิแสดงเจตนาแทนผู้ตายว่าจะให้แพทย์รักษาพยาบาลต่อไปหรือให้แพทย์ยุติการรักษาพยาบาล ดังนั้น การที่ชายและหญิงแสดงเจตนาเลือกที่จะไม่ให้ทารกในครรภ์ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต จึงไม่ให้ผลที่แตกต่างจากกรณีที่ญาติหรือบุคคลใกล้ชิดผู้ตายแสดงเจตนาแทนผู้ตาย²⁶⁵

เมื่อพิจารณาแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศต่อปัญหาว่าด้วยสิทธิที่จะไม่ได้เกิดสามารถจัดกลุ่มได้ดังนี้

กลุ่มที่ 1 มีความเห็น是孩子ไม่มีสิทธิที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต ประกอบไปด้วย ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศเยอรมนี ประเทศแอฟริกาใต้และบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา

²⁶⁴ Anthony Jackson, *supra note 148*, p. 567. ; Patricia M.A. Beaumont, “Wrongful Life and Wrongful Birth,” in *Contemporary Issues in law, Medicine, and ethics*, ed. Shella BcLean, (Dartmouth : Brookfield, 1996), pp.108-109.

²⁶⁵ Michael B. Kelly, “The Rightful Position in “Wrongful Life” Actions,” *Hastings Law Journal*, Volume 42, pp.542-543 (1991)

ในประเทศสหรัฐอเมริกาศาลเห็นว่าแม่เด็กมีสิทธิที่จะได้เกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ (Right to be born healthy) แต่สิทธิดังกล่าวไม่ได้หมายความว่าเด็กมีสิทธิที่จะได้เกิดขึ้นมาต่อเมื่อเด็กมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์เท่านั้น กล่าวคือ หากเด็กไม่มีโอกาสที่จะได้เกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์อย่างแน่นอนเด็กก็จะมีสิทธิที่จะไม่ได้เกิด โดยสิทธิที่จะได้เกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ หมายถึง สิทธิที่เด็กจะไม่ถูกทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลไม่ว่าจะเป็นการทำละเมิดก่อนที่มีการปฏิสนธิหรือภายหลังที่มีการปฏิสนธิ ซึ่งหากปราศจากการกระทำดังกล่าวเด็กย่อมได้เกิดขึ้นพร้อมด้วยสุขภาพร่างกายที่แข็งแรงสมบูรณ์ ดังนั้น หากมีการทำละเมิดต่อสิทธิที่จะได้เกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ของเด็ก เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด²⁶⁶

นอกจากนี้ เพื่อป้องกันความไม่ชัดเจนในการปรับใช้กฎหมายของศาล ฝ่ายนิติบัญญัติของหลายมลรัฐได้ตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรห้ามมิให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต แต่ก็ยังคงมีข้อสงสัยเกี่ยวกับกฎหมายของบางมลรัฐห้ามมิให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเสียโอกาสที่จะถูกทำแท้งเท่านั้น แต่ในกรณีที่เด็กเสียโอกาสที่จะไม่ถูกปฏิสนธิกฎหมายยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นได้ว่ากฎหมายไม่ได้ห้ามมิให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดไปเสียทุกกรณี²⁶⁷

ในประเทศออสเตรเลียศาลเห็นว่าเด็กไม่มีสิทธิที่จะไม่ได้เกิด เพราะสิทธิดังกล่าวอาจทำให้หญิงมีหน้าที่ป้องกันการให้กำเนิดบุตรหรือมีหน้าที่ต้องทำแท้งเด็กที่พิการ นอกจากนี้สิทธิดังกล่าวยังเป็นการทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กอีกด้วย อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษา Kirby J ซึ่งเป็นผู้พิพากษาเสียงข้างน้อยเพียงคนเดียวเห็นว่า เมื่อกฎหมายยอมรับว่ามนุษย์มีสิทธิเลือกที่จะตายได้โดยชอบด้วยกฎหมาย มนุษย์ก็ย่อมมีสิทธิที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตตามกฎหมายเช่นเดียวกัน ในประเทศเยอรมนีศาลเห็นว่ากฎหมายให้ความคุ้มครองเฉพาะแต่สิทธิที่จะได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเท่านั้น สิทธิตามกฎหมายของเด็กจึงไม่รวมสิทธิที่จะไม่ได้เกิด ในขณะที่ประเทศแอฟริกาใต้ศาลเห็นว่ากฎหมายไม่ทราบว่ามีสิทธิที่จะไม่ได้เกิดหรือไม่ แต่ควรปล่อยให้เป็นที่หน้าที่ของผู้เชี่ยวชาญทางศาสนาและนักปรัชญาเป็นผู้หาคำตอบจึงจะเหมาะสมมากกว่า

²⁶⁶ Elliott v Brown, 361 So. 2d 546 (Ala. 1978) ; Siemieniec v Lutheran Gen. Hosp., 117 Ill. 2d 230, 111 Ill. Dec. 302, 512 N.E.2d 691 (1987) ; Bruggeman By and Through Bruggeman v Schimke, 239 Kan. 245, 718 P.2d 635 (1986) ; Becker v Schwartz, 46 N.Y.2d 401, 413 N.Y.S.2d 895, 386 N.E.2d 807 (1978).

²⁶⁷ ดู ภาคผนวก ง และคู่มือกฎหมายของมลรัฐมิสซูรีและมลรัฐยูทาห์

ในประเทศอังกฤษศาลเห็นว่าเด็กไม่มีสิทธิที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต เพราะไม่เช่นนั้นแล้วอาจเป็นเหตุทำให้แพทย์มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังที่จะต้องป้องกันการได้เกิดของเด็กหรือมีหน้าที่ต้องทำลายชีวิตเด็กด้วยการทำแท้ง นอกจากนี้ ศาลเห็นว่าการที่เด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดเป็นผลมาจาก มาตรา 1 (2) (b)²⁶⁸ ของ The Congenital Disability (Civil Liability) 1976 ที่กำหนดว่าเด็กจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการที่ต้องเกิดขึ้นมาพิการหรือมีปัญหาสุขภาพต่อเมื่อความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กต้องเป็นผลโดยตรงมาจากการทำละเมิดก่อนที่มีสภาพบุคคลเท่านั้น กล่าวคือต้องเป็นกรณีที่หากปราศจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์เด็กต้องเกิดขึ้นมา มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ แต่เมื่อการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต เด็กอ้างว่าในกรณีที่ปราศจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์เด็กจะไม่ได้เกิดขึ้นมาเลย คำฟ้องดังกล่าวจึงต้องห้ามตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร

อย่างไรก็ดี นักวิชาการจำนวนหนึ่งมีความเห็นว่า ตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่มีบทบัญญัติมาตราใดกำหนดห้ามมิให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต การที่ศาลตีความกฎหมายดังกล่าวเพื่อห้ามมิให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจึงเป็นการตีความที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย²⁶⁹ จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1990 ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และการคุ้มครองบุคคลในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ The Human Fertilisation and Embryology 1990 ซึ่งมาตรา 44 (1) ของกฎหมายฉบับดังกล่าวมีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติม The Congenital Disability (Civil Liability) 1976 มาตรา 1(A) โดยกำหนดให้บุคคลมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังในทุกขั้นตอนของกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และหากบุคคลดังกล่าวกระทำการด้วยประมาทไม่ว่าจะเป็นในขั้นตอนการเลือก ขั้นตอนการเก็บหรือรักษาเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อน จนใน

²⁶⁸ Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976

(2) An occurrence to which this section applies is one which

...

(b) affected the mother during her pregnancy, or affected her or the child in the course of its birth, so that the child is born with disabilities which would not otherwise have been present.

²⁶⁹ Anthony Jackson, *supra note 148*, p.366. ; J.K. Mason, *supra note 164*, p.212. ; Jane Es Fortin, "Legal Protection for the Unborn Child," *The Modern Law Review*, Issue 1, Volume 51, p.9 (1988).

ท้ายที่สุดเป็นเหตุทำให้เด็กต้องเกิดขึ้นมาพิการ ภายหลังที่เด็กคลอดออกมามีชีวิตเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากบุคคลดังกล่าวได้เช่นเดียวกัน

จากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายข้างต้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายยินยอมให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแม้กระทั่งในกระบวนการที่แพทย์เลือกเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนโดยประมาท กล่าวคือ แพทย์เลือกเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนที่พิการหรือเป็นโรคทางพันธุกรรมมาทำการปฏิสนธิหรือมาฝังตัวในโพรงมดลูกของหญิง ซึ่งถ้าปราศจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์เซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนอื่นๆ ต่างหากที่จะถูกเลือกและเด็กก็จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต ด้วยเหตุดังกล่าวเมื่อกฎหมายยินยอมให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตเพราะเหตุที่เด็กเสียสิทธิที่จะไม่ถูกเลือก ย่อมแสดงให้เห็นว่าที่ฝ่ายนิติบัญญัติมุ่งประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองสิทธิที่จะไม่เกิดขึ้นมามีชีวิตของเด็ก ซึ่งสิทธิที่จะไม่เกิดของเด็กนี้ไม่ควรจำกัดเฉพาะในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์เท่านั้น แต่หมายความรวมถึงกระบวนการทางการแพทย์อื่นๆ ที่จะช่วยทำให้เด็กสามารถหลีกเลี่ยงการเกิดขึ้นมาพิการหรือเป็นโรคทางพันธุกรรมได้²⁷⁰

กลุ่มที่ 2 มีความเห็นว่าเด็กมีสิทธิที่จะไม่เกิดขึ้นมามีชีวิต ประกอบไปด้วยประเทศฝรั่งเศส ประเทศเบลเยียม ประเทศฮังการี ประเทศกรีซ ประเทศอิสราเอลและบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกาศาลเห็นว่าด้วยความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ที่ช่วยให้เด็กที่ต้องพิการตั้งแต่กำเนิดมีโอกาสที่จะไม่ต้องเกิดขึ้นมามีชีวิต ด้วยความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ดังกล่าวจึงทำให้เกิดสิทธิทางกฎหมายประเภทใหม่ที่เรียกว่า “สิทธิที่จะไม่เกิด”²⁷¹ มีตัวอย่างคำพิพากษาดังนี้

คดี *Curlender v Bio-Science Laboratories*²⁷² ศาลเห็นว่ามนุษย์ทุกคนมีสิทธิที่จะเกิดมา มีสุขภาพร่างกายแข็งแรง ในกรณีที่มนุษย์ไม่สามารถเกิดขึ้นมา มีสุขภาพร่างกายแข็งแรง ไม่ว่าจะต้องมีร่างกายพิการหรือมีความผิดปกติทางพันธุกรรมตั้งแต่กำเนิด มนุษย์เหล่านั้นมีสิทธิที่จะไม่เกิด โดยสิทธิที่จะไม่เกิดเช่นนี้ทำให้แพทย์มีหน้าที่ต้องช่วยป้องกันการได้เกิดของมนุษย์ ไม่ว่าจะด้วยวิธีการแนะนำให้ชายและหญิงหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรหรือนำให้หญิงเข้ารับการทำแท้งเมื่อ

²⁷⁰ M. J. Howlett, Denise Avar, and B. M. Knoppers, “Physicians and Genetic Malpractice,” *Medicine and Law*. Issue 4, Volume 21, pp.661, 671 (2002) ; Francis Sohn, *supra note 219*, pp.167-169.

²⁷¹ Francesca Brunetta D'usseaux, *supra note 263*, pp.1117-1168.

²⁷² 165 Cal Rptr 477 (1980)

ทารกในครรภ์พิการหรือเป็นโรคทางพันธุกรรม หากการผิหน้าที่ดังกล่าวเป็นเหตุทำให้เด็กต้องเกิดขึ้นมามีชีวิตพร้อมด้วยความพิการ เด็กจึงมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

คดี Park v Chessin²⁷³ ศาลจะพิจารณาพิพากษาคดีโดยยึดติดกับแนวทางการพิจารณาแบบดั้งเดิมโดยไม่คำนึงถึงการเปลี่ยนแปลงทางวิทยาศาสตร์และสภาพสังคมไม่ได้ เมื่อวิทยาศาสตร์เจริญก้าวหน้าจนกระทั่งช่วยทำให้มนุษย์มีโอกาสดำเนินชีวิตต่อเมื่อมนุษย์เหล่านั้นมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ มนุษย์ที่ไม่สามารถเกิดขึ้นมาในสถานะดังกล่าวย่อมมีสิทธิที่จะไม่ได้เกิด เมื่อการกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นเหตุทำให้เด็กเสียโอกาสที่จะไม่ได้เกิด การกระทำของแพทย์จึงเป็นการละเมิดต่อเด็ก อีกทั้งเมื่อไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายลายลักษณ์อักษรห้ามมิให้เด็กฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต เด็กย่อมมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ได้ตามกฎหมาย

ในประเทศฝรั่งเศสศาลพิจารณาว่าเมื่อหญิงมีสิทธิที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวกับสุขภาพของเด็ก ความผิดพลาดของแพทย์ที่เป็นเหตุขัดขวางการใช้สิทธิที่จะเลือกของหญิงนอกจากเป็นการละเมิดต่อหญิงแล้ว ยังเป็นการละเมิดต่อสิทธิของเด็กอีกด้วย โดยสิทธิดังกล่าวคือ “สิทธิที่จะถูกทำแท้ง” หรือ “สิทธิที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต”

ในประเทศโปรตุเกสและประเทศเบลเยียมศาลพิจารณาว่า เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติยินยอมให้การทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของเด็กเป็นการทำแท้งที่ชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้งเมื่อกฎหมายดังกล่าวนอกจากมีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองสิทธิที่จะหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการของชายและหญิงแล้ว กฎหมายยังมุ่งประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองต่อสิทธิและประโยชน์ของเด็ก ซึ่งสิทธิดังกล่าวก็คือสิทธิที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต²⁷⁴

ประเทศกรีซศาลพิจารณาว่าสิทธิที่จะไม่ได้เกิดเป็นสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามประมวลกฎหมายแพ่ง หากมีการกระทำใดที่เป็นเหตุทำให้เด็กเสียสิทธิที่จะไม่ได้เกิด เด็กมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายที่เป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงินจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต

ประเทศอิสราเอลศาลพิจารณาว่าด้วยสภาพสังคมในปัจจุบันที่มุ่งหวังให้เฉพาะคนที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์เท่านั้นที่จะได้เกิดขึ้นมามีชีวิต ด้วยความมุ่งหวังดังกล่าวทำให้กฎหมายรับรองว่าเด็กมีสิทธิที่จะได้เกิดขึ้นมามีชีวิตต่อเมื่อเด็กมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ และหากเด็กไม่มีโอกาสที่จะได้เกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ เด็กมีสิทธิที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต

²⁷³ 60 AD2d 80, 400 NYS2d 110 (1977).

²⁷⁴ André Gonçalo Dias Pereira, “Portugal,” in *European Tort Law 2009*, eds. Helmut Koziol and Barbara C Steininger, (Germany : De Gruyter, 2010), p.519.

กลุ่มที่ 3 คือ ประเทศเนเธอร์แลนด์ศาลพิจารณาว่า ศาลมีหน้าที่พิจารณาเพียงว่าการเกิดของเด็กเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์หรือไม่ โดยศาลไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงสิทธิที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตของเด็ก นอกจากนี้ เมื่อสัญญาเข้ารับบริการตรวจสุขภาพของทารกในครรภ์เป็นสัญญาที่แพทย์มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อหญิงที่ตั้งครรภ์และทารกในครรภ์ โดยต้องดำเนินการเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อทารก อนึ่ง แม้ทารกจะไม่เคยแสดงเจตนาเข้าผูกพันนิติสัมพันธ์กับแพทย์ แต่ทารกก็ถือเสมือนว่าเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งกับแพทย์เช่นเดียวกัน เมื่อแพทย์ตรวจสุขภาพของทารกในครรภ์โดยประมาทจนเป็นเหตุทำให้หญิงไม่ทราบว่าทารกในครรภ์พิการ และเป็นเหตุทำให้หญิงไม่สามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง การกระทำดังกล่าวของแพทย์นอกจากเป็นการชำระหนี้ไม่ถูกต้องกับหญิงแล้ว ยังเป็นการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้องกับทารกอีกด้วย

เมื่อการพิจารณาถึงสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของเด็กเป็นไปตามหลักกฎหมายสัญญา ศาลจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าการกระทำของแพทย์เป็นการละเมิดต่อสิทธิประเภทใดของทารก ศาลมีหน้าที่พิจารณาเพียงว่าในกรณีที่แพทย์ชำระหนี้ด้วยความระมัดระวังแล้ว ผลการตรวจย่อมแสดงให้เห็นว่าทารกพิการ หญิงก็ต้องเลือกเข้ารับการทำแท้งและทารกก็ไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต เมื่อการกระทำของแพทย์เป็นการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้องต่อทารก แพทย์จึงมีหน้าที่เยียวยาความเสียหายให้กับทารกเพื่อช่วยให้ทารกได้ไปอยู่ในสถานะเสมือนว่ามีการชำระหนี้ถูกต้อง กล่าวคือ สถานะเสมือนว่าเด็กไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต เด็กจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทั้งปวงที่เป็นผลมาจากกรได้เกิดขึ้นมามีชีวิต

สำหรับปัญหาว่าด้วยสิทธิที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตของมนุษย์นี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าเมื่อสมาชิกของสังคมส่วนใหญ่นับถือศาสนาพุทธ ทำให้การดำเนินชีวิตของผู้คนส่วนใหญ่ต่างยึดถือหลักธรรมคำสอนของพระสัมมาสัมพุทธเจ้าเป็นต้นแบบของการใช้ชีวิต จนอาจกล่าวได้ว่าหลักธรรมคำสอนส่วนหนึ่งได้กลายมาเป็นนโยบายสาธารณะของประเทศไทย ซึ่งหากมีการกระทำใดที่ขัดกับหลักธรรมคำสอนทางพุทธศาสนา การกระทำเหล่านั้นอาจเป็นการขัดต่อนโยบายสาธารณะเช่นกันด้วย

เมื่อพิจารณาจากหลักธรรมคำสอนทางพุทธศาสนาที่เกี่ยวข้องกับการเกิดพบว่า การที่สัตว์จะได้เกิดขึ้นมาเป็นมนุษย์ถือว่าเป็นบุญกุศลอันประเสริฐ การได้เกิดมาเป็นมนุษย์เป็นเรื่องยาก เพราะหากสัตว์สะสมกรรมมามาก บุญบารมีและวาสนายังไม่เพียงพอต่อการที่จะได้เกิดเป็นมนุษย์ก็ต้องไปเกิดอยู่ในภพภูมิที่ต่ำกว่าคือเป็นสัตว์เดรัจฉาน เปรตอสุรกาย สัตว์นรก เพื่อชดใช้กรรม ซึ่งกว่าสัตว์ในภพภูมิเหล่านั้นจะได้กลับมาเป็นมนุษย์แต่ละครั้งเป็นเรื่องยาก²⁷⁵

²⁷⁵ หลวงปู่จันทร์โสม กิตติกาโร, "มนุษย์กับบุญกุศล," (25 มิถุนายน 2558), จาก http://www.dharma-gateway.com/monk/preach/misc/lp-chansom_1.htm

องค์สมเด็จพระสัมมาสัมพุทธเจ้าได้เปรียบเทียบความยากลำบากของการที่สัตว์จะได้เกิดมาเป็นมนุษย์ไว้ว่า²⁷⁶

“เหมือนบุคคลโยนห่วงไปที่กลางมหานครทะเลใหญ่แล้วคอยให้เต่าที่มีอยู่ตัวเดียวในทะเลนั้นผุดขึ้นมาที่กลางห่วง ที่สำคัญเต่านั้นเป็นเต่าตาบอดทั้งสองข้าง การเกิดของมนุษย์ยากกว่าการโผล่ขึ้นมาของเต่าเป็นร้อยเท่า”

นอกจากนี้ หลักธรรมคำสอนยังได้อธิบายไว้อีกด้วยว่าการที่มนุษย์เกิดมาอยู่ในสภาวะและวรรณะเช่นไรขึ้นอยู่กับกรรมที่ได้กระทำไว้ในอดีตชาติ หากทำกรรมดีไว้ในอดีตชาติย่อมเกิดมาในฐานะร่ำรวย ผิวพรรณงาม ได้เกิดในตระกูลที่สูงส่ง สุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ แต่หากในอดีตชาติสะสมแต่กรรมไม่ดีก็จะส่งผลมาในชาติปัจจุบันและอาจส่งผลไปยังอนาคตชาติทำให้เกิดมาในสถานะการเงินที่ไม่ดี เกิดในตระกูลไม่ดี สุขภาพร่างกายย่ำแย่หรืออาจต้องพิการมาตั้งแต่กำเนิดซึ่งเป็นสิ่งที่มนุษย์ล้วนแต่ต้องเกิดมาชดใช้กรรมในสิ่งที่ตนได้กระทำไว้²⁷⁷

แต่เหนือสิ่งอื่นใดไม่ว่ามนุษย์จะเกิดมาร่ำรวย สุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ หรือเกิดมายากจน ร่างกายพิการ แต่การที่ได้เกิดมาเป็นมนุษย์ย่อมเป็นสิ่งที่ประเสริฐเหนือกว่าการที่ไม่ได้เกิดขึ้นมาเลย เพราะมนุษย์เป็นภพภูมิเดียวที่สามารถแสวงบุญและสามารถสะสมบุญได้ แม้แต่เทวดาก็ไม่สามารถสะสมบุญเพิ่มเติม ได้แต่เพียงเสวยบุญที่ได้เคยทำไว้เท่านั้น จากหลักธรรมคำสอนทางพุทธศาสนาจะเห็นได้ว่าถึงอย่างไรเสียการที่มนุษย์ได้เกิดขึ้นมาไม่ว่าจะสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์หรือต้องเกิดมาพิการย่อมดีกว่าการที่ไม่ได้เกิดขึ้นมาเลย

อย่างไรก็ดี แม้ว่าเป็นเรื่องที่ยากลำบากที่จะกล่าวว่ามนุษย์มีสิทธิที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต แต่เมื่อวิทยาศาสตร์เจริญก้าวหน้าถึงขนาดที่สามารถช่วยทำให้เด็กที่พิการไม่ต้องเกิดขึ้นมามีชีวิตเพื่อทนทุกข์กับความทุกข์ทรมานและความยากลำบาก การที่เด็กต้องเกิดขึ้นมาพิการจากความผิดพลาดทางการแพทย์จึงไม่ใช่เรื่องบังเอิญหรือเป็นเรื่องที่อยู่นอกเหนือความสามารถของมนุษย์ที่จะช่วยเหลือเลี้ยงหรือป้องกันอีกต่อไป

เมื่อพิจารณาอย่างละเอียดย่อมพบว่าปัจจุบันนโยบายสาธารณะสนับสนุนให้มหาวิทยาลัยและนักวิชาการทำการวิจัยเพื่อพัฒนาความรู้เกี่ยวกับเทคโนโลยีทางพันธุศาสตร์ โดยนโยบายดังกล่าวมีขึ้นด้วยความประสงค์เพื่อสร้างสังคมที่สมบูรณ์แบบ กล่าวคือ เป็นสังคมที่มีแต่มนุษย์ที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์เท่านั้น สังคมจะยินยอมให้เด็กที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรง

²⁷⁶ ไม่ปรากฏชื่อผู้เขียน, "กว่าจะได้เกิด," (สืบค้นเมื่อวันที่ 26 มิถุนายน 2558), จาก <http://www.watpornpraroung.org/?p=706>

²⁷⁷ หลวงปู่จันทร์โสม กิตติกาโร, *อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 275*.

สมบูรณ์เท่านั้นที่จะได้เกิดขึ้นมามีชีวิต ในขณะที่จะกระทำทุกวิธีการเพื่อป้องกันไม่ให้เด็กที่พิการได้เกิด ด้วยเหตุดังกล่าวผู้เขียนมีความเห็นว่า นโยบายสาธารณะในปัจจุบันไม่เพียงแต่ต้องการช่วยให้ชายและหญิงหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการเท่านั้น แต่นโยบายสาธารณะยังประสงค์ที่จะช่วยให้เด็กที่ไม่มีโอกาสได้เกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ไม่ต้องเกิดขึ้นมามีชีวิต นโยบายสาธารณะดังกล่าวจึงทำให้เกิดสิทธิประเภทใหม่ต่อทั้งชาย หญิงและเด็ก กล่าวคือ ชายและหญิงมีสิทธิที่จะหลีกเลี่ยงหรือป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ในขณะที่เด็กมีสิทธิที่จะไม่ถูกปฏิสนธิหรือถูกทำแท้ง อย่างไรก็ตาม หากนโยบายสาธารณะเห็นว่าสิทธิเหล่านั้นไม่มีอยู่จริง นโยบายสาธารณะต้องกำหนดให้กระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบความเสี่ยงในการตั้งครรภ์ การให้คำปรึกษาทางพันธุศาสตร์หรือการตรวจสุขภาพของทารกในครรภ์เป็นกระบวนการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเหตุที่ว่าหากกฎหมายยังยินยอมให้มีกระบวนการดังกล่าวเกิดขึ้น ในท้ายที่สุดกระบวนการดังกล่าวย่อมนำไปสู่การป้องกันการได้เกิดของเด็กที่จะต้องเกิดขึ้นมาพิการหรือการทำลายเด็กเมื่อพบว่าเด็กต้องเกิดขึ้นมาพิการ

เมื่อนโยบายสาธารณะยังคงเห็นว่าวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีทางพันธุศาสตร์เป็นเรื่องที่ควรได้รับการสนับสนุนและเป็นเรื่องที่ชอบด้วยกฎหมาย นโยบายสาธารณะก็ควรสนับสนุนให้บุคคลากรในกระบวนการดังกล่าวทุกคนใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานการประกอบวิชาชีพ ด้วยเหตุผลดังกล่าว ในกรณีที่เด็กต้องเกิดขึ้นมามีชีวิตจากความผิดพลาดในกระบวนการดังกล่าว การที่กฎหมายยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายย่อมเป็นหนึ่งในวิธีการที่ทำให้บุคคลากรทุกคนพยายามใช้ความระมัดระวังและพยายามพัฒนาตนเองให้ทันต่อการเปลี่ยนแปลงของวิทยาศาสตร์ โดยในท้ายที่สุด ไม่เพียงแต่เด็กเท่านั้นที่จะได้รับประโยชน์จากการมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย แต่สมาชิกในสังคมทุกคนย่อมได้รับประโยชน์ที่จะได้รับการรักษาพยาบาลตามมาตรฐานที่เหมาะสมและสอดคล้องกับความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 มาตรา 12 และกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตหรือเพื่อยุติการทรมานจาก

การเจ็บป่วย พ.ศ. 2553²⁷⁸ พบว่าบุคคลมีสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมาย²⁷⁹ ในการเลือกที่จะตายด้วยการ ปฏิเสธการรักษาพยาบาลในวาระสุดท้ายของชีวิต

เมื่อกฎหมายยินยอมให้มนุษย์ที่มีสภาพบุคคลและมีความบริบูรณ์ในทางกฎหมายมีสิทธิ เลือกที่จะตาย ก็คงไม่เป็นที่แปลกประหลาดและอยู่นอกเหนือความคาดหมายว่ากฎหมายก็ควร รับรองให้มนุษย์มีสิทธิที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตหากการเกิดของเขาเหล่านั้นไม่ต่างอะไรกับการเกิด ขึ้นมาเพื่อรอที่จะตาย นอกจากนี้ แม้การใช้สิทธิเลือกที่จะไม่ได้เกิดของเด็กเป็นการแสดงเจตนาโดย ชายและหญิงบิดามารดาของเด็ก แต่เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับการใช้สิทธิเลือกที่จะตายผู้ตายก็ไม่

²⁷⁸ มีปัญหาว่ากฎกระทรวงฉบับนี้เป็นกฎหมายที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยศาล ปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาคดีหมายเลขแดงที่ พ.11/2558 วินิจฉัยว่ากฎกระทรวงฉบับนี้ไม่ได้มีขึ้น เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และองค์ประกอบอันมีความหมายให้แพทย์งดเว้นที่จะต้องให้การรักษาพยาบาล และปล่อยให้ผู้ทำหนังสือแสดงเจตนาเสียชีวิต อีกทั้งไม่ได้มีความหมายว่ากฎหมายยินยอมให้แพทย์ใช้ ยาหรือเครื่องมือเพื่อช่วยยุติการมีชีวิตของผู้ทำหนังสือแสดงเจตนา แต่กฎหมายดังกล่าวเป็นเพียงการ กำหนดหลักเกณฑ์ให้ผู้ป่วยสามารถแสดงเจตนาปฏิเสธไม่รับการรักษาพยาบาลที่มีขึ้นเพื่อ ประคับประคองหรือเป็นการรักษาพยาบาลเพื่อยื้อความตายเท่านั้น ซึ่งหากปราศจากการ รักษาพยาบาลผู้ป่วยจะไม่ต้องเจ็บปวดและทุกข์ทรมาน อีกทั้งยังได้ตายอย่างธรรมชาติด้วยความสงบ กฎหมายดังกล่าวจึงเป็นเพียงกฎหมายที่รับรองการแสดงออกของผู้ป่วยซึ่งสิทธิตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น จึงไม่เป็นกฎหมายที่มีผลเป็นการขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญและความสงบเรียบร้อยของประชาชน ดู “ศาล ปค. สูงสุดยกฟ้อง คดีขอยกเลิกกฎกระทรวง เรื่องหลักเกณฑ์ “สิทธิการตาย” ชี้ไม่ขัด กม. – ไม่ได้ ปล่อยให้ผู้ป่วยตายตามยถากรรม,” (สืบค้นเมื่อวันที่ 28 เมษายน 2559), <http://thaipublica.org/2015/06/living-will-1/> และดู รัตติกร กุลวรกุลพิทักษ์, "ความรับผิดชอบทางแพ่งของแพทย์จากการฝ่าฝืน เจตนาปฏิเสธการรักษาล่วงหน้าของผู้ป่วยวาระสุดท้ายของชีวิต," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะ นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), น.129.

²⁷⁹ ในอดีตคณะกรรมการกฤษฎีกามีคำวินิจฉัยที่ 250/2546 ว่าหนังสือแสดงเจตนา ปฏิเสธการรับการรักษาพยาบาลเกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรม อันดีของประชาชน มีผลทำให้หนังสือแสดงเจตนาดังกล่าวตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชย มาตรา 150

จำเป็นต้องใช้สิทธิด้วยตนเองเช่นกัน²⁸⁰ แม้เด็กไม่ได้เป็นผู้แสดงเจตนาเลือกที่จะไม่ได้เกิดด้วยตนเอง แต่เมื่อชายและหญิงก็เป็นบุคคลที่กฎหมายสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้แทนที่จะกระทำการเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก การกระทำอย่างใดที่ขัดขวางการได้แสดงเจตนาของชายและหญิงแทนเด็กย่อมเป็นการละเมิดต่อสิทธิของเด็ก

ในท้ายที่สุดผู้เขียนมีความเห็นว่า การที่เด็กได้เกิดขึ้นมามีชีวิตแต่ต้องพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างรุนแรงจะเป็นสิ่งที่มีคุณค่าหรือไม่ เด็กต้องเป็นผู้เรียนรู้ด้วยตนเอง โดยเด็กสามารถเรียนรู้จากประโยชน์และความทุกข์ทรมานของการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต ในกรณีที่เด็กเห็นว่าการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นสิ่งที่มีความหมาย เด็กจะไม่มีทางกล่าวอ้างว่าตนเองไม่มีสิทธิได้เกิด แต่เด็กต้องการสิทธิที่จะได้เกิดขึ้นมามีชีวิต แต่ทราบใดที่เด็กไม่เห็นว่าการมีชีวิตเป็นสิ่งที่มีความหมายอีกต่อไป กฎหมายหรือศาลก็ไม่สามารถบังคับให้เด็กต้องยินดีกับสิ่งที่เด็กไม่ปรารถนา เพราะในท้ายที่สุดแล้วการพิจารณาว่าการได้เกิดเป็นเรื่องที่มีความหมายหรือไม่เป็นสิทธิของเด็กไม่ใช่สิทธิของศาล ผู้ซึ่งไม่เคยรับรู้ถึงความยากลำบากและความต้องการที่แท้จริงของเด็ก

²⁸⁰ กฎกระทรวง กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตหรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย พ.ศ. 2553

ข้อ 3 วรรค 3 ผู้ทำหนังสือแสดงเจตนาอาจจะระบุชื่อบุคคลเพื่อทำหน้าที่อธิบายความประสงค์ที่แท้จริงของผู้ทำหนังสือแสดงเจตนาที่ระบุไว้ไม่ชัดเจน บุคคลผู้ถูกระบุชื่อดังกล่าวต้องลงลายมือชื่อ หรือลายพิมพ์นิ้วมือ และหมายเลขประจำตัวประชาชนไว้ในหนังสือแสดงเจตนาด้วย

ข้อ 6 หลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาเมื่อวาระสุดท้ายของชีวิตใกล้จะมาถึงหรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วยให้ดำเนินการดังต่อไปนี้

(2) ในกรณีที่ผู้ทำหนังสือแสดงเจตนาไม่มีสติสัมปชัญญะดีพอที่จะสื่อสารได้ตามปกติ หากมีบุคคลตามข้อ 3 วรรค 3 หรือญาติของผู้ทำหนังสือแสดงเจตนา ให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้รับผิดชอบการรักษาอธิบายถึงภาวะและความเป็นไปได้ของโรคให้บุคคลดังกล่าวทราบและแจ้งรายละเอียดเกี่ยวกับการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาของผู้ทำหนังสือแสดงเจตนา ก่อนที่จะปฏิบัติตามหนังสือแสดงเจตนาดังกล่าว

(3) ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนา ให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้รับผิดชอบการรักษาปรึกษากับบุคคลตามข้อ 3 วรรคสาม หรือญาติของผู้ทำหนังสือแสดงเจตนา นั้น โดยคำนึงถึงเจตนาของผู้ทำหนังสือแสดงเจตนา

(2) ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับทารกที่กำลังจะเกิดขึ้นมามีชีวิตหรือทารกในครรภ์

แรกเริ่มเดิมทีนักกฎหมายมีความเห็นว่าบุคคลพึงมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อบุคคลอื่นที่มีสภาพบุคคลตามกฎหมายแล้วเท่านั้น เมื่อทารกไม่ว่าที่จะอยู่ในครรภ์ (Unborn Child) หรือทารกที่กำลังจะได้รับการปฏิสนธิในอนาคต (Unconceived Child) ยังไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตและยังไม่มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย บุคคลจึงไม่มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อทารก เมื่อกระบวนการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการเกิดเกิดขึ้นก่อนที่ทารกมีสภาพบุคคลตามกฎหมาย แพทย์จึงมีเพียงหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อชายและหญิงผู้เข้ารับการรักษาพยาบาลเท่านั้น ไม่รวมถึงทารกในครรภ์ และหากมีความผิดพลาดใดๆ เกิดขึ้นในกระบวนการดังกล่าว แพทย์ย่อมมีความผิดรับต่อชายและหญิงเท่านั้น ด้วยเหตุนี้เองแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลกลุ่มหนึ่งจึงยินยอมให้เฉพาะชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) แต่ไม่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต เพราะเหตุที่การกระทำของแพทย์ไม่ได้เป็นการละเมิดต่อทารก

อย่างไรก็ดี ภายหลังจากที่หลักกฎหมายที่ว่าบุคคลไม่มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อทารกในครรภ์ได้เปลี่ยนแปลงไป เพราะในปัจจุบันพบว่ากฎหมายของประเทศต่างๆ ทั่วโลก ต่างยอมรับว่าในกรณีที่หญิงตั้งครรภ์บุคคลไม่ได้มีเพียงหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อหญิงเท่านั้น แต่ยังมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อทารกในครรภ์อีกด้วย ซึ่งเห็นได้จากการที่กฎหมายยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล (Prenatal tort) นักวิชาการจำนวนหนึ่งจึงเห็นตรงกันว่า ในกระบวนการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิดแพทย์ไม่ได้มีเพียงหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อชายและหญิงอีกต่อไป แต่ยังมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อทารกในครรภ์อีกด้วย เมื่อการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตของเด็กเป็นผลโดยตรงมาจากความผิดพลาดของแพทย์ การกระทำดังกล่าวของแพทย์จึงเป็นการล่วงละเมิดต่อหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังที่แพทย์มีต่อเด็ก เด็กจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้เช่นเดียวกัน โดยเป็นการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแยกต่างหากจากชายและหญิง²⁸¹

อนึ่ง เมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลียและบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา แม้ศาลจะไม่ปฏิเสธว่าแพทย์มีหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังต่อทารกในครรภ์ (Duty to unborn child) แต่ศาลเห็นว่าแพทย์มีเพียงหน้าที่งดเว้นจากการกระทำที่อาจเป็นเหตุทำให้ทารกได้รับความเสียหาย (duty not to injure) กล่าวคือ หน้าที่ที่

²⁸¹ Anthony Jackson, *supra* note 148, p.543.

จะไม่ทำละเมิดต่อทารกในครรภ์ แพทย์ไม่มีหน้าที่ป้องกันการได้ปฏิสนธิ หน้าที่เลือกเฉพาะตัวอ่อนที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ หน้าที่ป้องกันการได้เกิดของเด็กที่พิการหรือหน้าที่ในการชักจูงให้หญิงเข้ารับการทำแท้ง เพราะหน้าที่ดังกล่าวขัดต่อจริยธรรมในการประกอบวิชาชีพของแพทย์ที่จะต้องพยายามให้การรักษาพยาบาลหรือช่วยพยุงชีวิตของมนุษย์เท่านั้น เมื่อกฎหมายไม่อาจกำหนดให้บุคคลมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังที่ขัดต่อนโยบายสาธารณะ กฎหมายจึงไม่อาจยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการที่ได้เกิดขึ้นมาในชีวิต แม้ว่าการเกิดของเด็กเป็นผลมาจากการที่แพทย์ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานการประกอบวิชาชีพก็ตาม

นักวิชาการอีกฝ่ายหนึ่งมีความเห็นว่าเหตุที่แพทย์ไม่มีหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังต่อทารกในครรภ์นั้น เนื่องมาจากกระบวนการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครุครรภ์มั่งครองเฉพาะประโยชน์ของชายและหญิงไม่ได้ให้ความคุ้มครองประโยชน์ของทารก²⁸² แม้ผลการตรวจจะยืนยันว่ามีความเสี่ยงที่เด็กอาจจะต้องเกิดขึ้นมาพิการหรือเป็นโรคทางพันธุกรรม แต่สิทธิในการเลือกที่จะหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการ หรือสิทธิในการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเป็นสิทธิเฉพาะตัวของชายและหญิง เด็กไม่สามารถแสดงความรู้สึกได้ว่าเด็กต้องการได้รับการปฏิสนธิหรือต้องการถูกทำแท้งหรือไม่ ในกรณีที่มีความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้นเฉพาะชายและหญิงเท่านั้นที่เป็นผู้เสียหาย

ผู้เขียนมีความเห็นว่า แม้สิทธิในการเลือกที่จะป้องกันการให้กำเนิดบุตรหรือสิทธิในการเลือกเข้ารับการทำแท้งจะเป็นสิทธิเฉพาะตัวของชายและหญิง แต่ทุกครั้งก่อนที่ชายและหญิงจะเลือกที่จะใช้สิทธิดังกล่าว ชายและหญิงย่อมคำนึงถึงประโยชน์และผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับเด็ก ในกรณีที่ชายและหญิงเลือกที่จะป้องกันการได้เกิดของเด็ก แสดงว่าชายและหญิงเห็นว่าการที่เด็กไม่ได้เกิดเป็นประโยชน์มากกว่าการได้เกิด²⁸³ กระบวนการทางการแพทย์ดังกล่าวนอกจากให้ความคุ้มครองสิทธิและประโยชน์ของชายและหญิงแล้ว ยังมุ่งประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กอีกด้วย

ส่วนปัญหาที่ว่าแพทย์มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังเพื่อป้องกันการเกิดของเด็กหรือไม่นั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังของแพทย์ที่มีต่อเด็กไม่ใช่หน้าที่ป้องกันการได้ปฏิสนธิ ป้องกันการได้เกิด หรือหน้าที่ในการทำลายชีวิตของเด็ก เพราะแพทย์มีเพียงหน้าที่ทำการตรวจความเสี่ยงในการตั้งครุครรภ์หรือตรวจสุขภาพของทารกในครรภ์ด้วยความระมัดระวังตามมาตรฐานการประกอบวิชาชีพเพื่อให้ได้ข้อมูลและผลการตรวจที่ถูกต้องเท่านั้น ภายหลังจากที่ชายและ

²⁸² David Heyd, "Prenatal Diagnosis : Whose Right," *Journal of Medical Ethics*, Volume 21, Issue 5, pp.292-297 (1995)

²⁸³ Barbara C Steininger, *supra note 15*, p.154.

หญิงได้รับข้อมูลดังกล่าวจากแพทย์ชายและหญิงจะเป็นผู้ตัดสินใจและแสดงเจตนาแทนเด็กเองว่าเด็กควรได้เกิดขึ้นมามีชีวิตหรือไม่²⁸⁴ เมื่อหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังของแพทย์ที่มีต่อเด็กคือหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังในการตรวจและให้ข้อมูลกับชายและหญิงผู้เป็นบิดามารดา หน้าที่ดังกล่าวจึงไม่ขัดต่อนโยบายสาธารณะ ดังนั้น หากแพทย์ไม่ใช้ความระมัดระวังในการตรวจและให้ข้อมูลกับชายและหญิง จนเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงไม่สามารถเลือกที่จะป้องกันการให้กำเนิดบุตรหรือไม่สามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง การกระทำของแพทย์จึงเป็นการขัดขวางการตัดสินใจของชายและหญิงแทนเด็กเพื่อที่จะกระทำในสิ่งที่จะเป็นประโยชน์สูงสุดกับเด็ก²⁸⁵ การกระทำดังกล่าวของแพทย์ไม่เพียงเป็นการล่วงละเมิดต่อหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังที่แพทย์มีต่อชายและหญิง แต่ยังเป็นการล่วงละเมิดต่อหน้าที่ในการใช้ความระมัดระวังที่แพทย์มีต่อเด็กอีกด้วย²⁸⁶ กฎหมายจึงควรยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์แยกต่างหากจากชายและหญิง²⁸⁷

เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศเนเธอร์แลนด์ แม้สัญญาเข้ารับบริการทางการแพทย์เป็นสัญญาที่เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาเพื่อผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างหญิงและแพทย์ แต่ในทุกขั้นตอนของการรักษาพยาบาลแพทย์ไม่ได้มีเพียงหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อหญิงเท่านั้น แพทย์ต้องคำนึงถึงประโยชน์ของทารกในครรภ์อีกด้วยทารกจึงถือเสมือนว่าเป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งกับแพทย์²⁸⁸ ทารก

²⁸⁴ Anthony Jackson, *supra note 148*, pp.553-555.

²⁸⁵ J.K. Mason, *supra note 164*, p.217. ; Alexander Morgan Capron, "Tort Liability in Genetic Counseling," *Columbia Law Review*, Volume 79, Issue 4, p.618 (May 1979)

²⁸⁶ "Cause of Action for Wrongful Life : A Suggested Analysis," *Minnesota Law Review*, Volume 55, Issue 1, p.70 (1971) ; Thomas Keasler Foutz, "Wrongful Life : The Right Not to Be Born," *Tulane Law Review*, Volume 54, Issue 2, pp.490-491 (1980)

²⁸⁷ เมื่อพิจารณาตามคำอธิบายกฎหมาย Restatement (Second) Of Torts § 311 (1977) กรณีที่บุคคลใดให้ข้อมูลแก่บุคคลอื่นโดยผิดพลาดหรือให้คำแนะนำโดยประมาท หากการให้คำแนะนำเช่นนั้นอาจทำให้บุคคลภายนอกได้รับความเสียหาย บุคคลภายนอกที่แม้ว่าจะไม่มีนิติสัมพันธ์โดยตรงกับผู้ให้คำแนะนำมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ให้คำแนะนำได้เช่นเดียวกัน โดยบุคคลภายนอกมีความหมายรวมถึงทารกในครรภ์ของหญิงด้วย see Thomas Keasler Foutz, *ibid*, p. 490. ; Michael B. Kelly, *supra note 265*, pp. 542- 543. ; Patricia M.A. Beaumont, *supra note 264*, pp.108-109.

²⁸⁸ Tony Sheldon, "Dutch Supreme Court Backs Damages for Child for Having Been Born," *British Medical Journal*, Volume 330, Issue7393, p.747 (2005)

จึงได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับหญิงที่เป็นคู่สัญญากับแพทย์ เมื่อเด็กได้รับความเสียหายจากการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้อง เด็กจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ตามกฎหมายลักษณะสัญญา²⁸⁹

(3) หน้าที่ของชายและหญิงที่จะต้องป้องกันการได้เกิดของเด็ก

ปัญหาประการที่ 3 เป็นปัญหาที่มีผลสืบเนื่องมาจากปัญหาประการที่ 2 โดยนักกฎหมายจำนวนหนึ่งแสดงความวิตกกังวลว่า ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้แพทย์มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังเพื่อป้องกันการได้เกิดของเด็ก หน้าที่ดังกล่าวอาจกลายมาเป็นหน้าที่ของชายและหญิงด้วย เช่นเดียวกัน กล่าวคือ ทำให้ชายและหญิงมี “หน้าที่ป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่มีความเสี่ยงว่าอาจต้องกำเนิดขึ้นมาพิการ” หรือ “มีหน้าที่เข้ารับการทำแท้งเมื่อพบว่าทารกพิการ” ในกรณีที่ชายและหญิงทราบว่าเด็กมีความเสี่ยงที่จะต้องเกิดขึ้นมาพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างรุนแรง แต่ชายและหญิงกลับไม่ป้องกันการได้เกิดของเด็กหรือไม่ยอมเข้ารับการทำแท้ง ภายหลังจากที่เด็กเกิดขึ้นมามีชีวิตเด็กอาจมีสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากชายและหญิง

เมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลมลรัฐแคลิฟอร์เนียในคดี *Curlender v Bio-Science Laboratories*²⁹⁰ ศาลได้ให้เหตุผลว่า ในกรณีที่ชายและหญิงไม่ป้องกันการให้กำเนิดบุตรทั้งที่ได้ทราบแล้วว่าเด็กจะต้องเกิดขึ้นมาพิการ ถ้าการกระทำดังกล่าวครอบงำประกอบความรับผิดชอบทางกฎหมาย ไม่มีเหตุผลที่กฎหมายจะห้ามมิให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพียงเพราะผู้กระทำความผิดเป็นบิดาหรือมารดาของเด็กเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ฝ่ายนิติบัญญัติของมลรัฐแคลิฟอร์เนียไม่เห็นด้วยกับแนวทางการปรับใช้กฎหมายของศาลจึงบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรห้ามมิให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากชายและหญิงผู้ซึ่งเป็นมารดาและบิดาของตน แม้ว่าการที่เด็กต้องเกิดขึ้นมาพิการแทนที่จะไม่ได้เกิดเป็นผลโดยตรงมาจากการตัดสินใจของชายและหญิง²⁹¹

ในปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่ของชายและหญิงที่จะต้องป้องกันการได้เกิดของเด็ก ผู้เขียนมีความเห็นว่าการที่ชายและหญิงจะเลือกป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือเลือกที่จะให้เด็กได้เกิดขึ้นมามีชีวิต ชายและหญิงย่อมต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กแล้ว การตัดสินใจดังกล่าวนอกจากเป็นไปเพื่อประโยชน์ของชายและหญิงเองแล้วยังเป็นการตัดสินใจแทนตัวเด็กอีกด้วย นอกจากนี้เมื่อชายและหญิงเป็นผู้ที่มีอำนาจแสดงเจตนาแทนทารกในครรภ์ การแสดงเจตนาใดๆ ของชายและหญิง

²⁸⁹ J.K. Mason, *supra* note 164, p.235.

²⁹⁰ 106 Cal. App. 3d 811, 829 (1980).

²⁹¹ Erin Nelson, *Law, Policy and Reproductive Autonomy*, (Portland : Hart Publishing, 2013), p.209.

ยอมถือเสมือนว่าเป็นการแสดงเจตนาแทนทารก²⁹² ดังนั้น การที่ชายและหญิงตัดสินใจที่จะไม่ป้องกัน การให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือเลือกที่จะไม่เข้ารับการทำแท้งจึงเท่ากับว่าตัวทารกได้แสดงเจตนาว่าตน ประสงค์จะได้เกิดขึ้นมามีชีวิต เด็กจึงไม่มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายภายหลังที่เกิดขึ้นมามีชีวิต

นอกจากนี้ หากพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศออสเตรเลีย พบว่า เหตุผลที่ศาลไม่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตเพราะศาลเห็นว่า การยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมาชีวิตอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิในการทำแท้งของหญิง และอาจเป็นเหตุทำให้หญิงมีหน้าที่ต้องเข้ารับการทำแท้งเมื่อพบว่าทารกในครรภ์พิการ ต่อประเด็นปัญหาดังกล่าวผู้เขียนมีความเห็นว่า แม้วัตถุประสงค์ประสงค์ที่กฎหมาย ยินยอมให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของทารก กฎหมายจะ มุ่งประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองประโยชน์ของหญิงและทารก อย่างไรก็ตาม เมื่อสิทธิในการเลือกที่จะ เข้ารับการทำแท้งเป็นสิทธิเฉพาะตัวของหญิง การที่กฎหมายให้สิทธิกับหญิงที่จะเลือกเข้ารับการทำ แท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายไม่ได้หมายความว่ากฎหมายกำหนดให้หญิงต้องมีหน้าที่ที่จะต้องเข้ารับ การทำแท้ง²⁹³ การที่หญิงเลือกที่จะไม่เข้ารับการทำแท้งจึงไม่ใช่การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายต่อ เด็กแต่อย่างใด

เมื่อชายและหญิงทราบดีว่าตนจะต้องให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่าง ร้ายแรง อีกทั้งทราบว่า การให้กำเนิดบุตรที่พิการจะทำให้การดำเนินชีวิตของชายและหญิงเป็นไปด้วย ความยากลำบาก การที่ชายและหญิงเลือกที่จะให้กำเนิดบุตรหรือเลือกที่จะไม่เข้ารับการทำแท้ง แต่ กลับพร้อมที่จะแบกรับภาระหน้าที่และค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่พิการด้วยความสมัครใจ เพื่อเป็น การยืนยันถึงสายใยแห่งความสัมพันธ์และความรักที่ชายและหญิงมีอยู่กับเด็ก ด้วยความเสียสละของ ชายและหญิงเช่นนี้นี้องค์กควรเชิดชูในศีลธรรมแห่งความเป็นมนุษย์ของชายและหญิง²⁹⁴ แทนที่ จะยินยอมให้มีเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากชายและหญิงผู้ซึ่งให้โอกาสแก่เด็กได้เกิดขึ้นมา

²⁹² Robert Lee, *supra* note 246, p.182.

²⁹³ HR 18 March 2005, 2006 *Nederlandse Jurisprudentie* 606 see Ivo Giesen, "The Use and Influence of Comparative Law in 'Wrongful Life' cases," *Utrecht Law Review*, Issue 2, Volume 8, p.44 (2012) ; Ivo Giesen, "Of Wrongful Birth, Wrongful Life, Comparative Law and the Politics of Tort Law Systems," *Tydskrif vir Heedendaagse Romeins-Hollandse Reg* (THRHR) Volume 72, p.266 (June 2009).

²⁹⁴ Anthony Jackson, *supra* note 148, pp.535-613.

ชีวิต²⁹⁵ นอกจากนี้ผู้เขียนเห็นว่าการยินยอมให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากชายและหญิงไม่ทำให้เกิดประโยชน์อย่างใดต่อตัวเด็ก เพราะสุดท้ายแล้ว ชายและหญิงก็ยังเป็นผู้ให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็ก ในกรณีที่เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากชายและหญิงยอมไม่แตกต่างอะไรกับการที่ชายและหญิงต้องจ่ายเงินให้กับตนเองเพื่อนำมาใช้เป็นค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก ในทางกลับกัน หากกฎหมายยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากชายและหญิงยอมเท่ากับว่ากฎหมายกำลังสนับสนุนให้มีการกระทำที่เป็นการทำลายความสัมพันธ์อันดีภายในครอบครัวระหว่างชาย หญิงและเด็ก

(4) ปัญหาศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

เมื่อพิจารณาแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศแคนาดาและประเทศเยอรมนี ศาลพิจารณาว่าเหตุผลที่เด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต เนื่องจากกระบวนการพิจารณาว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายหรือไม่นั้น ศาลต้องเปรียบเทียบคุณค่าระหว่างกรณีที่ปราศจากความผิดพลาดทางการแพทย์กล่าวคือ เด็กจะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเลย กับกรณีที่มีความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้นกล่าวคือ เด็กต้องเกิดขึ้นมามีร่างกายพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างรุนแรง ด้วยเหตุที่ศาลต้องเปรียบเทียบ “คุณค่าของมนุษย์” ระหว่าง “มนุษย์ที่ไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต” กับ “มนุษย์ที่ต้องเกิดขึ้นมาพิการ” ทำให้ศาลต้องพิจารณาว่าคุณค่าของมนุษย์ทั้งสองว่ามีอยู่เพียงใด และการมีคุณค่าเพียงใดมนุษย์ถึงควรได้เกิดหรือไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต เมื่อการกระทำดังกล่าวกระทบต่อหลักการพื้นฐานว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ห้ามมิให้มีการประเมินคุณค่าความเป็นมนุษย์ ศาลจึงเห็นว่าการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของเด็กเป็นรูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่มีผลเป็นการทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

อย่างไรก็ดีเมื่อพิจารณาแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศเนเธอร์แลนด์ ศาลพิจารณาว่าการยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตไม่ส่งผลกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็ก เพราะค่าเสียหายที่เด็กมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์จะช่วยทำให้เด็กสามารถใช้ชีวิตได้เท่าเทียมกับสมาชิกในสังคม อีกทั้งจะช่วยทำให้เด็กสามารถดำเนินชีวิตได้เหมือนกับเด็กมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ในทางกลับกันหากศาลไม่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย แนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในลักษณะดังกล่าวต่างหากที่เป็นการลดคุณค่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็ก เพราะแนวการพิจารณาพิพากษาคดีในลักษณะดังกล่าวเป็นการที่

²⁹⁵ Royal Commission, Report of the Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury 1978 Cmnd 7054 para 1460, 1462. (Chairman : Lord Pearson), Volume 1, (London : The Pearson Report, 1978)

ศาลเลือกปฏิบัติต่อเด็กที่มีร่างกายพิการ โดยเลือกที่จะไม่ให้เด็กสามารถเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมชั้นพื้นฐานได้อย่างเดียวกับเด็กที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ทั้งที่พยานหลักฐานแสดงให้เห็นโดยแจ่มชัดว่าในกรณีที่ปราศจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ ชายและหญิงสามารถหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการและเด็กก็ไม่ต้องเกิดขึ้นมาความพิการ²⁹⁶

สำหรับปัญหาศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ผู้เขียนมีความเห็นว่า การที่เด็กต้องการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ เด็กไม่ได้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพียงเพราะเหตุที่เด็กได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเท่านั้น แต่เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการที่เด็กได้เกิดขึ้นมาพร้อมกับความพิการอย่างรุนแรงเมื่อการใช้ชีวิตของเด็กเต็มไปด้วยความเจ็บปวดและความยากลำบาก และทุกขั้นตอนของการใช้ชีวิตก็เต็มไปด้วยค่าใช้จ่ายที่มากกว่าการดำเนินชีวิตของเด็กที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ การที่ศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจึงเป็นการช่วยบรรเทาความเจ็บปวดทุกข์ทรมานของเด็ก อีกทั้งช่วยให้เด็กสามารถดำเนินชีวิตท่ามกลางความยากลำบากต่อไปได้ ดังนั้น การที่ศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อช่วยบรรเทาและเยียวยาความยากลำบากที่เป็นผลโดยตรงมาจากความพิการจึงไม่สามารถพิจารณาได้เลยว่าเป็นเหตุทำให้คุณค่าและศักดิ์ศรีศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กลดน้อยลง ในทางกลับกันการที่ศาลไม่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการที่เด็กต้องเกิดขึ้นมาพิการต่างหากที่เป็นการทำลายศักดิ์ศรีศรีความเป็นมนุษย์ของเด็ก เพราะกฎหมายเลือกที่ปล่อยให้

²⁹⁶ J.K. Mason, *supra* note 164, p.235.

ในปัญหาที่ว่าการยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นการทำลายศักดิ์ศรีศรีความเป็นมนุษย์หรือไม่นั้น Pierre Sargos, Anne Morris, Severine Saintier Maria Michela และ Marzano-Parisoli เห็นความเห็นว่าในกรณีที่กฎหมายยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต ค่าเสียหายที่เด็กมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ย่อมมีส่วนช่วยทำให้เด็กสามารถมีชีวิตรอดและสามารถดำเนินชีวิตได้เหมือนกับเด็กที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ดังนั้น การที่กฎหมายยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายนอกจากไม่ขัดต่อหลักศักดิ์ศรีศรีความเป็นมนุษย์แล้ว ยังเท่ากับเป็นการเคารพและส่งเสริมศักดิ์ศรีศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กอีกด้วย see Marzano-Parisoli, "Disability, Wrongful-Life Lawsuits, and Human Difference: An Exercise in Ethical Perplexity," *Social theory and practice*, Volume 27, Issue 4, pp.637-569 (2001) and Anne Morris and Severine Saintier, "To Be or Not to Be: Is That the Question? Wrongful Life and Misconceptions," *Medical Law Review*, Volume 11, Issue 2, pp.167-193 (January 2003)

เด็กต้องทนทุกข์อยู่กับความทุกข์ทรมานเพียงลำพัง โดยไม่คำนึงว่าเด็กมีความสามารถที่จะดำเนินชีวิตต่อไปได้หรือไม่

(5) ปัญหาเกี่ยวกับนโยบายสาธารณะ

เมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศอังกฤษและบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาจะพบว่า ศาลไม่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตเพราะศาลเห็นว่าการยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเท่ากับศาลยอมรับว่าคุณค่าของเด็กที่เกิดขึ้นมามีร่างกายพิการมีน้อยกว่าคุณค่าของเด็กที่เกิดขึ้นมาสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ โดยคุณค่าของเด็กที่เกิดขึ้นมาพิการมีน้อยจนกระทั่งการไม่ได้เกิดของเด็กเป็นเรื่องที่ดีกว่าการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต เมื่อการพิจารณาพิพากษาคดีเช่นนั้นไม่เพียงแต่เป็นการลดคุณค่าของตัวเด็กแต่ยังเป็นการลดคุณค่าของคนพิการในสังคม การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตจึงขัดต่อนโยบายสาธารณะ

ในบางครั้งนักวิชาการเห็นว่านโยบายสาธารณะที่ทำให้เด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นนโยบายสาธารณะเกี่ยวกับการทำแท้ง เพราะในกรณีที่ถูกกฎหมายยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายอาจเป็นเหตุทำให้ปริมาณการทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของทารกมีเพิ่มมากขึ้น ทั้งนี้แม้ว่ากฎหมายกำหนดให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุดังกล่าวได้โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่กฎหมายก็ไม่ควรสนับสนุนให้มีการกระทำที่เป็นการทำลายสิทธิที่จะได้เกิดขึ้นมามีชีวิตของมนุษย์ นอกจากนี้ ในกรณีที่ศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตอาจเป็นเหตุที่ทำให้แพทย์ต้องมีหน้าที่ป้องกันการได้เกิดหรือมีหน้าที่ทำลายชีวิตของเด็กด้วยการทำแท้ง ซึ่งถ้าพิจารณาจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในประเทศฝรั่งเศสจะพบว่า เพื่อป้องกันการโอกาสที่เด็กจะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากสูตินรีแพทย์ สูตินรีแพทย์จึงเลือกที่จะปฏิเสธการให้บริการตรวจสุขภาพของทารกในครรภ์จนเป็นเหตุทำให้ประชาชนเข้าถึงการรักษาพยาบาลได้ยากขึ้น²⁹⁷

นักวิชาการจำนวนหนึ่งเห็นว่านโยบายสาธารณะที่ห้ามไม่ให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นนโยบายที่ไม่มีเหตุผล อีกทั้งเป็นนโยบายสาธารณะที่ขัดแย้งต่อนโยบายสาธารณะอื่นๆ ของสังคม การที่ศาลพิจารณาพิพากษาคดีด้วยนโยบายสาธารณะแทนการปรับใช้หลัก

²⁹⁷ Julie Ewing, "Case Note : The Perruche Case," *Journal of Law & Family Studies*, Volume 317, p.319 (2002). ; เมธี วงศ์ศิริสุวรรณ, "ความเสียหายอันเนื่องมาจากการเกิด (Birth)," *Medical Focus*, ฉบับที่ 41, ปีที่ 4, น.15 (พฤษภาคม 2555)

กฎหมายเป็นเพียงความพยายามที่จะบิดเบือนหลักกฎหมายพื้นฐานเท่านั้น²⁹⁸ โดยเหตุผลของนักวิชาการที่เห็นว่านโยบายสาธารณะไม่เป็นเหตุทำให้เด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตมีตัวอย่างดังนี้

กรณีที่ 1 นโยบายสาธารณะเกี่ยวกับการทำแท้งจะใช้ได้ต่อเมื่อการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตของเด็กเป็นผลมาจากความผิดพลาดภายหลังที่หญิงตั้งครรภ์แล้วเท่านั้น เพราะหากความผิดพลาดของแพทย์เกิดขึ้นในกระบวนการตรวจสอบความเสี่ยงในการตั้งครรภ์ ซึ่งถ้าปราศจากความผิดพลาดทางการแพทย์ ผลการตรวจย่อมพบว่ามีโอกาสเสี่ยงที่ชายและหญิงอาจให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือเป็นโรคทางพันธุกรรม จากผลการตรวจดังกล่าวแพทย์มีหน้าที่เพียงแนะนำให้ชายและหญิงหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรหรือแนะนำให้ชายและหญิงเข้ารับบริการช่วยการเจริญพันธุ์แทนการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการธรรมชาติ ส่วนกรณีที่ความผิดพลาดเกิดขึ้นในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ แพทย์มีเพียงหน้าที่หลีกเลี่ยงการใช้เซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนที่มีความผิดปกติเท่านั้น เมื่อนโยบายสาธารณะที่เกี่ยวกับการทำแท้งนี้มีผลใช้บังคับเฉพาะกับการเกิดของเด็กที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดที่เกิดขึ้นภายหลังตั้งครรภ์เท่านั้น เด็กที่เกิดขึ้นมามีชีวิตจากความผิดพลาดทางการแพทย์ ก่อนที่หญิงตั้งครรภ์จึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์²⁹⁹

กรณีที่ 2 ในกรณีที่นโยบายสาธารณะเห็นว่าการที่เด็กเกิดขึ้นมาพิการไม่เป็นความเสียหาย เพราะเหตุใดนโยบายสาธารณะถึงยังคงยินยอมและสนับสนุนให้หญิงที่พบว่าทารกในครรภ์พิการหรือเป็นโรคทางพันธุกรรมเข้ารับการทำแท้ง นอกจากนี้ หากนโยบายสาธารณะกล่าวว่าการยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจะเป็นเหตุทำให้ปริมาณการเข้ารับการทำแท้งของหญิงเพิ่มขึ้น นโยบายสาธารณะก็ต้องสนับสนุนให้มีการแก้ไขกฎหมายดังกล่าวโดยกำหนดห้ามมิให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของทารก

²⁹⁸ Tony Weir, "Wrongful Life - Nipped in the Bud," *Cambridge Law Journal*, Issue 2, Volume 41, p.225 (November 1982) ; Eduard Picker, "Wrongful Life - Legal and Ethical Controversies in Western Society of Today," *Tel Aviv University Studies in Law*, Volume 13, pp.72, 92 (1997)

²⁹⁹ Kate Wevers ให้ความเห็นว่า เมื่อใดก็ตามที่ความผิดพลาดทางการแพทย์ไม่เกี่ยวข้องกับการทำแท้ง เด็กย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต see Kate Wevers, *supra note 234*, pp.268, 271. และดูคดี *Doolan v IVF America (MA), Inc. No. 993476, 2000 WL 33170944 (Mass. Super. Ct. Nov. 20, 2000)*. เด็กไม่ได้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเสียโอกาสที่จะถูกทำแท้ง แต่เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการถูกเลือกโดยประมาท

กรณีที่ 3 ในกรณีที่นโยบายสาธารณะเห็นว่าการที่เด็กเกิดขึ้นมาพิการไม่เป็นความเสียหาย กฎหมายต้องกำหนดห้ามมิให้มีกระบวนการตรวจสอบความผิดปกติของทารกในครรภ์ ซึ่งเป็นกระบวนการเริ่มต้นที่อาจทำให้หญิงที่พบว่าทารกในครรภ์พิการหรือเป็นโรคทางพันธุกรรมเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง

กรณีที่ 4 แม้กฎหมายจะยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ก็ไม่เป็นเหตุทำให้แพทย์มีหน้าที่ป้องกันการได้เกิดของเด็กหรือมีหน้าที่ทำลายชีวิตของเด็กด้วยการทำแท้ง เพราะในกระบวนการตรวจสอบความผิดปกติของทารกในครรภ์ แพทย์มีเพียงหน้าที่ให้ข้อมูลและแจ้งเตือนให้ชายและหญิงทราบถึงความผิดปกติของทารก พร้อมทั้งแจ้งถึงผลกระทบระหว่างกรณีที่หญิงเลือกที่จะตั้งครรภ์ต่อไปกับกรณีที่หญิงเลือกเข้ารับการทำแท้ง นอกจากนี้ ในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้การทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวกับสุขภาพของทารกเป็นการทำแท้งที่ชอบด้วยกฎหมาย แพทย์ที่ตรวจพบว่าทารกในครรภ์พิการหรือเป็นโรคทางพันธุกรรมมีหน้าที่แนะนำถึงสิทธิของหญิงในการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง ส่วนบุคคลที่สามารถตัดสินใจว่าจะเข้ารับการทำแท้งหรือไม่คือหญิงหาได้เป็นแพทย์แต่อย่างใด ด้วยเหตุดังกล่าวแพทย์จึงไม่มีหน้าที่ป้องกันการเกิดของเด็กหรือมีหน้าที่ต้องชักจูงให้หญิงเข้ารับการทำแท้ง

กรณีที่ 5 ในทุกขั้นตอนของการรักษาพยาบาลต่างอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมาย แม้ในกรณีที่กฎหมายยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตอาจเป็นเหตุทำให้แพทย์พยายามให้การรักษาพยาบาลด้วยวิธีการป้องกันความรับผิดชอบของตน (Defensive Medicine) กล่าวคือ ในกรณีที่การตรวจความผิดปกติของทารกไม่สามารถให้ผลที่ชัดเจน แพทย์อาจจะพยายามชักจูงให้หญิงเข้ารับการทำแท้งเพื่อป้องกันโอกาสที่เด็กอาจจะมาฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ในอนาคต อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่แพทย์เข้าใจหลักกฎหมายพื้นฐานเกี่ยวกับความรับผิดชอบจากการรักษาพยาบาลที่ผิดพลาด แพทย์จะไม่ได้รับผลกระทบจากการที่กฎหมายยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย เพราะเด็กจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ได้ต่อเมื่อการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำโดยประมาทเท่านั้น หากในทุกกรณีที่เด็กเกิดขึ้นมามีชีวิตเด็กจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ดังนั้น ในกรณีที่แพทย์สามารถพิสูจน์ได้ว่ากรณีที่แพทย์ตรวจไม่พบความผิดปกติของทารกไม่ได้เกิดจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์หรือเป็นผลมาจากข้อจำกัดทางวิทยาศาสตร์ เด็กก็ไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ในทางกลับกันการที่แพทย์แนะนำให้หญิงเข้ารับการทำแท้งโดยไม่ปรากฏข้อชี้ทางการแพทย์ที่ชัดเจนว่าทารกในครรภ์พิการหรือเป็นโรคทางพันธุกรรม การกระทำของแพทย์ดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารก อีกทั้งยังอาจมีสิทธิฟ้องร้องให้แพทย์รับผิดชอบทางอาญฐานทำให้หญิงแท้งลูกโดยที่หญิงไม่ยินยอม

อนึ่ง เมื่อการตรวจสุขภาพของทารกเป็นวิธีการรักษาพยาบาลประเภทหนึ่ง ในกรณีที่ สูตินรีแพทย์ปฏิเสธที่จะรับหญิงเข้ารับการตรวจสุขภาพของทารกในครรภ์ การกระทำของสูตินรีแพทย์ จึงเป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ในการให้การรักษาพยาบาลและเป็นการกระทำความผิดตามกฎหมาย ควบคุมการประกอบวิชาชีพ ในกรณีที่การกระทำดังกล่าวเป็นเหตุทำให้หญิงเสียโอกาสที่จะได้ทราบ ถึงปัญหาสุขภาพของทารกในครรภ์ อีกทั้งเป็นเหตุทำให้หญิงเสียโอกาสเข้ารับการบำบัด หญิงและ เด็กย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ที่ไม่ยอมทำการตรวจสุขภาพของทารกในครรภ์

กรณีที่ 6 ในกรณีที่นโยบายสาธารณะเห็นว่าการที่เด็กเกิดขึ้นมาพิการไม่เป็นความเสียหาย เพราะใดกฎหมายถึงยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิด บุตรที่พิการ (Wrongful Birth) เพราะในความเป็นจริงแล้วผู้ที่ได้รับความเสียหายโดยตรงจากการ กระทำของแพทย์คือเด็กที่ต้องเกิดขึ้นมาพิการและต้องทุกข์ทรมานจากความพิการไปตลอดชีวิต ในขณะที่ชายและหญิงบิดามารดาเป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบโดยข้างเคียงเท่านั้น ดังนั้น ในกรณีที่ กฎหมายเห็นว่า การเกิดของเด็กไม่เป็นความเสียหาย กฎหมายก็ต้องห้ามมิให้ชายและหญิงฟ้องร้อง เรียกค่าเสียหายด้วยเช่นเดียวกัน³⁰⁰

กรณีที่ 7 ด้วยความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และพันธุศาสตร์ แพทย์สามารถ ตรวจความเสี่ยงในการตั้งครรภ์หรือความผิดปกติของทารกในครรภ์ได้อย่างแม่นยำ เมื่อแพทย์ไม่ได้ใช้ ความระมัดระวังตามมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพจนเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงไม่สามารถ ป้องกันการตั้งครรภ์หรือไม่สามารถเลือกที่จะเข้ารับการบำบัด การได้เกิดของเด็กจึงไม่ใช่เหตุบังเอิญ และไม่ใช่เรื่องที่ไม่สามารถป้องกันได้ล่วงหน้า แต่การเกิดของเด็กเป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำ โดยประมาทของแพทย์ นโยบายสาธารณะควรสนับสนุนให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ เพราะการฟ้องร้องดังกล่าวจะทำให้แพทย์พยายามใช้ความระมัดระวังต่อทารกที่กำลังจะได้รับการ ปฏิสนธิหรือทารกที่อยู่ในครรภ์³⁰¹ ในทางกลับกันการที่กฎหมายไม่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียก

³⁰⁰ Dieter Giesen, *supra note 71*, p.89.

³⁰¹ Paretta v Medical Offices for Human Reproduction ศาลมีคำพิพากษาว่า การยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต นอกจากไม่เป็นการขัดต่อ นโยบายสาธารณะแล้ว ยังเป็นการช่วยคุ้มครองสิทธิของประชาชนในสังคมและเป็นการช่วยป้องปราม ไม่ให้แพทย์ทำการรักษาพยาบาลต่ำกว่ามาตรฐานทางการแพทย์ โดยแพทย์มีหน้าที่พัฒนาตนเองให้ ทันต่อความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ อีกทั้งมีหน้าที่เรียนรู้วิธีการใช้อุปกรณ์ทางการแพทย์ที่ ทันสมัยเพื่อทำให้ผลการตรวจมีความถูกต้องแม่นยำมากยิ่งขึ้น ถ้าแพทย์ไม่ยอมพัฒนาตนเองให้ทันต่อ การเปลี่ยนแปลงของสังคมและความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ การรักษาพยาบาลของแพทย์

ค่าเสียหายเท่ากับกฎหมายยินยอมแพทย์ให้แพทย์กล่าวอ้างว่าเด็กโชคดีที่ได้เกิดขึ้นมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์³⁰² อีกทั้ง ยังเป็นเหตุสนับสนุนให้แพทย์ใช้ความระมัดระวังต่ำกว่ามาตรฐานในการประกอบวิชาชีพ ซึ่งในท้ายที่สุดไม่เพียงแต่เด็กเท่านั้นที่ได้รับความเสียหาย แต่สมาชิกในสังคมทุกคนก็จะได้รับการรักษาพยาบาลที่ไม่สอดคล้องกับพัฒนาการทางวิทยาศาสตร์³⁰³

กรณีที่ 8 หากนโยบายสาธารณะไม่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์เท่ากับนโยบายสาธารณะพยายามผลักภาระในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรให้กับชายและหญิงเพียงฝ่ายเดียว ในบางครั้งภาระหน้าที่ดังกล่าวยังต้องตกมาเป็นของรัฐและสมาชิกของสังคมทุกคนที่จะต้องให้ความช่วยเหลือเพื่อให้เด็กพิการสามารถดำเนินชีวิตอยู่ได้ อาทิ ให้การรักษาพยาบาล หรือรับผิดชอบค่าใช้จ่ายทางการศึกษา ทั้งที่ความเป็นจริง นโยบายสาธารณะควรกำหนดให้ภาระเหล่านี้ตกอยู่กับแพทย์ผู้เป็นต้นเหตุแห่งความเสียหาย เพราะหากปราศจากความผิดของบุคคลดังกล่าว ภาระหน้าที่และค่าใช้จ่ายทั้งหมดไม่มีทางที่จะเกิดขึ้นเลย³⁰⁴

จากปัญหานโยบายสาธารณะข้างต้นจะพบได้ว่านโยบายสาธารณะที่เกี่ยวข้องกับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของเด็กเป็นสิ่งที่ไม่มีความแน่นอนและไม่มีแหล่งที่มาที่ชัดเจน ต่างฝ่ายต่างอ้างนโยบายสาธารณะตามความเชื่อของตนเพื่อสนับสนุนความหนักแน่นในความเห็น ซึ่งในหลายครั้งนโยบายสาธารณะเหล่านั้นไม่สอดคล้องกับสำนึกและไม่ได้สะท้อนความคิดของวิญญูชนอย่างแท้จริง ผู้เขียนมีความเห็นว่านโยบายสาธารณะที่เหมาะสมคือนโยบายสาธารณะที่เป็นหลักกฎหมายพื้นฐาน การพิจารณาว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์หรือไม่ ต้องพิจารณาว่าการกระทำของแพทย์เป็นการกระทำตามมาตรฐานประกอบวิชาชีพหรือต่ำกว่ามาตรฐานการประกอบวิชาชีพ การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ การที่เด็กเกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นผลโดยตรงมา

ยอมเป็นการรักษาพยาบาลที่ต่ำกว่ามาตรฐานในการประกอบวิชาชีพ และถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นเหตุทำให้ผู้ป่วยได้รับความเสียหาย แพทย์ก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหายทั้งปวงอันเป็นผลโดยตรงมาจากการรักษาพยาบาลที่ไม่เป็นตามมาตรฐานการประกอบวิชาชีพของตน

³⁰² Susan Wendell, *supra* note 257, p.63.

³⁰³ Harbeson v Parke-Davis 656 P2d 483, 796 (Wash 1983) ; Jeffrey R. Botkin, "Prenatal Diagnosis and the Selection of Children," Florida State University Law Review, Volume 30, Issue 2, pp.265- 294 (Winter 2003) ; Elizabeth Ettore, "Reproductive Genetics, Gender and the Body:Please Doctor, May I Have a Normal Baby?," Sociology, Volume 34, Issue 3, pp.403-420 (2000)

³⁰⁴ Proffitt v Bartolo 162 Mich. App. 35, 58, 42 N.W.2d 232, 243 (1987)

จากการกระทำของแพทย์หรือไม่ การที่เด็กต้องเกิดขึ้นมามีชีวิตแทนที่จะไม่ได้ทำให้เด็กได้รับความเสียหายหรือไม่³⁰⁵ หากการกระทำของแพทย์ครบองค์ประกอบความรับผิด เด็กย่อมมีสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ได้ตามกฎหมาย และหากศาลไม่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายการกระทำของศาลต่างหากที่เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อนโยบายสาธารณะ

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในประเทศฝรั่งเศสและบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลพิจารณาว่าเด็กจะไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตต่อเมื่อฝ่ายนิติบัญญัติเห็นชอบด้วยนโยบายสาธารณะดังกล่าวและนำนโยบายสาธารณะเหล่านั้นไปบัญญัติเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้วเท่านั้น トラบิตที่ยังไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรยกเว้นหลักกฎหมายพื้นฐาน เด็กก็ยังคงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ในทุกความเสียหายที่เป็นผลมาจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(6) ปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล

เมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศเยอรมนีและประเทศออสเตรเลียพบว่า การที่ศาลไม่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตเพราะศาลเห็นว่าความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กไม่ได้เป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำของแพทย์ แต่ความพิการหรือปัญหาสุขภาพเกิดขึ้นได้เองตามธรรมชาติหรือเป็นเพราะความผิดปกติทางพันธุกรรมซึ่งแพทย์ไม่สามารถป้องกันความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กดังกล่าว การป้องกันความพิการหรือปัญหาสุขภาพสามารถทำได้โดยการป้องกันการได้ปฏิสนธิของเด็ก การเลือกเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนอื่นที่ไม่ใช่เด็กหรือการทำลายชีวิตของเด็ก

อย่างไรก็ดี หากพิจารณาจากการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในประเทศที่ได้กล่าวมาข้างต้น ศาลไม่เคยปฏิเสธที่จะยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการที่ให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) ทั้งที่ความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กก็ไม่ได้เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์เช่นเดียวกัน โดยสาเหตุที่ศาลยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์นั้น เนื่องจากศาลสามารถเข้าใจลักษณะข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาในคำฟ้องของชายและหญิง เพราะการที่ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ชายและหญิงไม่ได้กล่าวอ้างว่าการกระทำของแพทย์เป็นเหตุทำให้ชายและหญิงต้องให้กำเนิดบุตรที่พิการ แต่การกระทำของ

³⁰⁵ Tony Weir, *supra note 298*, p.227. ; Paul H. Mitrovich, "Ohio Wrongful Pregnancy, Wrongful Birth, and Wrongful Life Law Needs to Be Revisited to Obtain a More Equitable Result and Consistency of Law," *Ohio Northern University Law Review*, Volume 33, Issue 2, p.637 (2007)

แพทย์เป็นเหตุทำให้ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการ เมื่อการที่ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการเป็นผลโดยตรงมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์กล่าวคือ ในกรณีที่ปราศจากความผิดพลาดทางการแพทย์ไม่ได้หมายความว่าชายและหญิงจะให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ แต่หมายความว่าชายและหญิงจะไม่ต้องให้กำเนิดบุตรเลย ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การที่ศาลไม่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายด้วยเหตุผลที่ว่าความพิการไม่ได้เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ เป็นเพราะศาลเลือกที่จะไม่ทำความเข้าใจในข้ออ้างที่อาศัยเป็นข้อหาตั้งที่ศาลเคยทำความเข้าใจมาแล้วในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของชายและหญิง เพราะแท้ที่จริงแล้วการที่เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ เด็กไม่ได้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจาก “การที่ต้องเกิดขึ้นมาพิการ” แต่เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจาก “การได้เกิดขึ้นมามีชีวิตพร้อมกับความพิการ” กล่าวคือ ในกรณีที่ปราศจากความผิดพลาดทางการแพทย์เด็กจะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเลย³⁰⁶ ดังนั้น ในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต เด็กมีหน้าที่พิสูจน์เพียงว่าความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นเหตุทำให้เด็กเสียโอกาสที่จะไม่ถูกปฏิสนธิ เสียโอกาสที่จะไม่ถูกเลือก หรือเสียโอกาสที่จะถูกทำแท้งหรือไม่ เด็กไม่มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ถึงขนาดที่ว่าถ้าปราศจากความผิดพลาดทางการแพทย์ เด็กจะต้องไม่ถูกปฏิสนธิ ไม่ถูกเลือกหรือต้องถูกทำแท้งอย่างแน่นอน ในกรณีที่เด็กสามารถพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลดังกล่าวได้³⁰⁷ เด็กย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ทั้งตามกฎหมายลักษณะละเมิดและกฎหมายลักษณะสัญญา

³⁰⁶ Anthony Jackson, *supra note 148*, pp.562. ; Amos Shapira, "Wrongful Life' ' Lawsuits for Faulty Genetic Counselling : Should the Impaired Newborn Be Entitled to Sue," *Journal of Medical Ethics*, Volume 24, Issue 6, pp.369-375 (1998)

³⁰⁷ เปรียบเทียบกับคดี *Williams v Bay Hospital, Inc.* 471 So. 2d 626 (Fla. 1985). แพทย์ตรวจผู้ป่วยโดยประมาท ทำให้ผู้ป่วยไม่ทราบว่าตนกำลังป่วยเป็นโรคมะเร็งปอด ด้วยการตรวจโดยประมาทดังกล่าวทำให้ผู้ป่วยไม่สามารถเข้ารับการรักษาพยาบาลได้ภายในเวลาที่เหมาะสม ซึ่งท้ายที่สุดผู้ป่วยถึงแก่ความตาย ศาลพิพากษาว่า แม้โรคมะเร็งจะไม่ได้เกิดขึ้นจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ แต่เพราะการกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นเหตุทำให้ผู้ป่วยสูญเสียโอกาสที่จะได้รับการรักษาพยาบาลภายในเวลา และเป็นเหตุทำให้ผู้ป่วยสูญเสียโอกาสที่รอดชีวิต

(7) ปัญหาความทับซ้อนในการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย

จากที่ผู้เขียนได้กล่าวมาตอนหนึ่งว่า การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของชายและหญิงจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) กับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของเด็กจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต (Wrongful Life) เป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากความผิดพลาดทางการแพทย์ครั้งเดียวกันแต่แตกต่างกันเพียงแต่ผู้ใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย เมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในหลายมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลเลือกที่จะยินยอมให้เฉพาะแต่ชายและหญิงเท่านั้นที่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ แต่ไม่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย เพราะศาลเห็นว่าค่าเสียหายที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ครอบคลุมถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเด็กแล้ว³⁰⁸ ซึ่งในความเป็นจริงข้ออ้างดังกล่าวอาจไม่เป็นความจริงเสมอไป เพราะแม้ว่าค่าเสียหายที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์จะสามารถช่วยเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นกับชาย หญิงและเด็ก แต่ก็หาใช่ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเด็กทุกประเภทจะได้รับการเยียวยาด้วยค่าเสียหายดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีที่ความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กปรากฏขึ้นภายหลังจากที่ชายและหญิงได้ใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์แล้ว³⁰⁹

ผู้เขียนมีความเห็นว่า เหตุผลที่ศาลไม่ต้องการให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต เนื่องมาจากศาลต้องการหลีกเลี่ยงที่จะต้องพิจารณาว่าเด็กมีสิทธิที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตหรือไม่ อีกทั้งการเกิดของเด็กเป็นความเสียหายตามกฎหมายหรือไม่³¹⁰ เพราะถ้าพิจารณาโดยรอบคอบแล้วจะพบว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นกับชายและหญิงกับความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเด็กเป็นความเสียหายต่อสิทธิคนละประเภทกัน เนื่องจากความเสียหายที่เกิดขึ้นกับชายและหญิงเป็นความเสียหายต่อ “สิทธิที่จะหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตร” ในขณะที่ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเด็กเป็นความเสียหายต่อ “สิทธิที่จะไม่ได้เกิด”³¹¹ ซึ่งในกรณีที่ศาลยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียก

³⁰⁸ *Mickens v LaSala*, 8 A.D.3d 453, 779 N.Y.S.2d 115 (App. Div. 2d Dep't 2004) ; *DeChico v Northern Westchester Hosp. Center* 73 A.D.3d 838, 900 N.Y.S.2d 743 (2d Dep't 2010)

³⁰⁹ Thomas A Burns, "When Life Is an Injury: An Economic Approach to Wrongful Life Lawsuits," *Duke law journal*, pp.818-819 (2003)

³¹⁰ Penny Dimopoulos and Mirko Bagaric, "Moral Status of Wrongful Life Claims," *Common Law World Review*, Volume 32, Issue 1, pp.35-64 (2003)

³¹¹ *Michelman v Ehrlich* 311 N.J. Super. 57, 709 A.2d 281 (App. Div. 1998)

ค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ศาลยังต้องยินยอมให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต³¹² เพราะในความเป็นจริงแล้วเด็กต่างหากที่เป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายโดยตรงจากความผิดพลาดทางการแพทย์³¹³

นอกจากนี้ การที่ศาลยินยอมให้เฉพาะแต่ชายและหญิงเท่านั้นที่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายอาจเป็นเหตุทำให้เด็กไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายอย่างแท้จริง ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่ชายและหญิงถึงแก่ความตายก่อนได้ใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายหรือชายและหญิงยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่นภายหลังที่ได้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย³¹⁴ อนึ่ง เมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศเนเธอร์แลนด์ ศาลพิจารณาว่าแม้ชายและหญิงจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์แล้วก็ตาม ตัวเด็กเองก็ควรมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ได้เช่นกัน เพราะศาลไม่ต้องการให้การใช้ชีวิตของเด็กต้องผูกติดอยู่กับชายและหญิงมากจนเกินไป เพราะในกรณีที่ชายและหญิงประสบกับปัญหาทางเศรษฐกิจ ค่าเสียหายที่เตรียมไว้ใช้ในการเลี้ยงดูเด็กหรือเพื่อให้การรักษาพยาบาลกับเด็กอาจได้รับผลกระทบไปด้วย นอกจากนี้ เมื่อหน้าที่ของชายและหญิงในการให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กไม่ได้ครอบคลุมถึงค่าใช้จ่ายทุกประเภทของเด็ก การที่ศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์จึงไม่เป็นเหตุทำให้แพทย์ต้องรับผิดชอบมากกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้น³¹⁵

(8) ปัญหาระดับความรุนแรงของความพิการ

เมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลียและบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลเห็นว่าการที่เด็กพยายามฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตส่งผลทำให้ศาลต้องพิจารณาและกำหนดหลักเกณฑ์ว่าความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กเพียงใดจึงจะทำให้การได้เกิดขึ้นมามีชีวิตของเด็กเป็นความเสียหายตามกฎหมาย³¹⁶ เมื่อเป็นเรื่องยากที่ศาลจะกำหนดหลักเกณฑ์และระดับความพิการที่จะทำให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย อีกทั้งหลักเกณฑ์ที่ไม่มี ความชัดเจนแน่นอนอาจนำไปสู่การฟ้องร้องเรียก

³¹² Tony Weir, *supra* note 298, p.227. ; Paul H. Mitrovich, *supra* note 305, p.637, (2007) ; Dieter Giesen, *supra* note 71, p.89.

³¹³ Eduard Picker, *supra* note 298, pp.72, 92.

³¹⁴ Thomas A Burns, *supra* note 309, pp. 818-819.

³¹⁵ Ivo Giesen, *supra* note 293, p.44.

³¹⁶ McKay v Essex Area Health Authority 1 QB 1166 [1982] ; Siemieniec v Lutheran Gen. Hosp. 117 Ill. 2d 230, 270, 512 N.E.2d 691, 698-699 (1987)

ค่าเสียหายโดยฉ้อฉล³¹⁷ ศาลจึงเลือกที่จะป้องกันปัญหาดังกล่าวด้วยการไม่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต ซึ่งในปัญหาดังกล่าว Dean Stretton ได้แสดงความเห็นไว้ว่าเมื่อพิจารณาจากหลักกฎหมายพื้นฐานว่าด้วยความรับผิดชอบทางแพ่งไม่ว่าจะเป็นกฎหมายลักษณะละเมิดหรือกฎหมายลักษณะสัญญา กฎหมายไม่เคยกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่าเฉพาะแต่ผู้เสียหายที่ต้องพิจารณาอย่างร้ายแรงเท่านั้นจึงจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมาย แม้ผู้เสียหายเพียงแต่ได้รับความเสียหายต่ออนามัยหรือได้รับผลกระทบต่อร่างกายเพียงเล็กน้อย อาทิ ผู้เสียหายต้องหุหนวก ตาบอด สูญเสียนิ้วมือหรือนิ้วเท้า ในกรณีดังกล่าวผู้เสียหายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดหรือลูกหนี้ เพียงแต่จำนวนค่าเสียหายที่ผู้เสียหายมีสิทธิเรียกร้องจากผู้ทำละเมิดหรือลูกหนี้ย่อมแตกต่างกันออกไปตามลักษณะและความร้ายแรงของความเสียหายที่เกิดขึ้น³¹⁸

เมื่อพิจารณาแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา คดี Turpin v Sortini³¹⁹ ในปัญหาที่ว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตหรือไม่ ศาลต้องนำประโยชน์จากการที่เด็กได้เกิดขึ้นมามีชีวิตซึ่งทำให้เด็กได้รับโอกาสที่จะได้มีประสบการณ์ของการได้เป็นมนุษย์มาพิจารณาเปรียบเทียบกับภาระ ความยากลำบาก ความเจ็บปวด ทุกข์ทรมานและความเศร้าโศกเสียใจเพราะเหตุที่เด็กต้องพิการ ซึ่งในกรณีที่ความพิการของเด็กรุนแรงถึงขนาดที่ประชาชนทุกคนมีความเห็นตรงกันว่าเด็กไม่ได้รับประโยชน์อย่างใดจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต ตลอดจนความเสียหายที่เกิดขึ้นมีมากกว่าประโยชน์จากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต ข้อสันนิษฐานที่ว่า การเกิดของมนุษย์เป็นเรื่องที่น่ายินดีและไม่อาจพิจารณาได้ว่าเป็นความเสียหายเสียทุกกรณีจึงเป็นข้อสันนิษฐานที่ไม่ถูกต้องอีกต่อไป และด้วยเหตุดังกล่าวย่อมไม่มีเหตุผลที่ศาลจะไม่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าเด็กที่ฟ้องร้องเรียก

³¹⁷ Elliot v Brown, 361 So.2d 546, 548 (Ala. 1978).

³¹⁸ Dean Stretton ได้ให้ความคิดเห็นว่า ในความเป็นจริงแล้วการพิจารณาว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดหรือไม่นั้น เป็นเพียงการพิจารณาความรับผิดชอบตามกฎหมายพื้นฐาน เมื่อการเกิดของเด็กเป็นผลโดยตรงมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ เด็กย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงิน เช่น ค่าใช้จ่ายในการดำเนินชีวิตโดยหักลบกับประโยชน์ที่คาดว่าเด็กจะได้รับจากการทำงานในอนาคต ค่ารักษาพยาบาลทางการแพทย์ที่จำเป็นและเหมาะสมกับความพิการ และค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน เช่น ค่าเสียหายจากความเจ็บปวดและทุกข์ทรมาน จากความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็ก see Dean Stretton, *supra* note 76, pp.363-364.

³¹⁹ (1982) 31 Cal 3d 220, 182 Cal Rptr 337, 643 P2d 954

ค่าเสียหายเกิดขึ้นมาพร้อมกับความพิการทางการได้ยินอย่างถาวร ด้วยลักษณะความพิการดังกล่าวของเด็กศาลเชื่อว่าคณะลูกขุนทุกคนย่อมมีความเห็นตรงกันว่ากรณีที่เด็กไม่ต้องเกิดขึ้นมามีชีวิตย่อมเป็นเรื่องที่น่ายินดีกับเด็กมากกว่าการที่เด็กต้องเกิดขึ้นมามีชีวิตแต่ต้องพิการ

ผู้เขียนมีความเห็นว่าไม่ใช่ทุกกรณีที่เด็กเกิดขึ้นมามีร่างกายพิการแล้วเด็กจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย โดยแยกความแตกต่างเสียก่อนว่าความพิการของเด็กเกิดขึ้นเองตามธรรมชาติหรือเป็นผลมาจากการกระทำของแพทย์ ในกรณีที่ความพิการเป็นผลมาจากการกระทำของแพทย์ย่อมมีความชอบธรรมที่กฎหมายจะยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการที่เด็กเกิดขึ้นมามีร่างกายพิการ แต่ในกรณีที่ความพิการของเด็กเกิดขึ้นเองตามธรรมชาติหรือเป็นผลของความบกพร่องทางพันธุกรรม เด็กจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ต่อเมื่อความพิการต้องรุนแรงและส่งผลกระทบต่อสวัสดิภาพในการดำเนินชีวิต³²⁰ ในกรณีที่ความพิการของเด็กเป็นเพียงความพิการเล็กน้อยและสามารถรักษาหรือเยียวยาความทุกข์ทรมานได้ กฎหมายย่อมไม่ควรยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ อนึ่ง แม้จะเป็นเรื่องยากที่จะกำหนดว่าความพิการเพียงใดถึงจะกระทบสวัสดิภาพในการดำเนินชีวิต แต่ความยากง่ายดังกล่าวก็ไม่ควรเป็นเหตุทำให้เด็กเสียสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายตามกฎหมาย นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศฝรั่งเศส ประเทศเนเธอร์แลนด์และบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา ในกรณีที่ศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตล้วนแต่เป็นกรณีที่เด็กมีความพิการอย่างร้ายจนกระทั่งเด็กไม่สามารถรับรู้ถึงความสุขจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต (เด็กไม่สามารถพูด ไม่สามารถมองเห็น ไม่สามารถหายใจได้ด้วยตนเองและไม่สามารถรับประทานอาหารได้ด้วยวิธีปกติ) การได้เกิดของเด็กจึงเป็นเพียงการยื้อเวลาตายเท่านั้น

อนึ่ง ผู้เขียนตั้งข้อสังเกตว่าในกรณีที่ความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้นในกระบวนการตรวจสอบความเสี่ยงในการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ระดับความพิการที่ทำให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายคือระดับความพิการเดียวกับที่แพทย์มีหน้าที่แนะนำให้ชายและหญิงหลีกเลี่ยงการตั้งครรภ์ ในกรณีที่ความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้นในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ ระดับความพิการที่ทำให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายคือระดับความพิการที่แพทย์ต้องไม่เลือกเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อน เพื่อนำไปปฏิสนธิหรือฝังตัวในโพรงมดลูกของหญิง ในกรณีที่ความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้นในกระบวนการตรวจสอบสุขภาพของทารกในครรภ์ ระดับความพิการที่ทำให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายคือระดับความพิการที่แพทย์สามารถลงนามรับรองให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง ด้วยเหตุดังกล่าว ปัญหาในการกำหนดระดับความพิการที่เหมาะสมต่อการที่กฎหมายจะยินยอม

³²⁰ Anthony Jackson, *supra* note 148, pp.572-573.

ให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตจึงเป็นข้อเท็จจริงและเป็นไปตามหลักวิชาความรู้ทางการแพทย์ซึ่งเปลี่ยนแปลงไปตามความเจริญก้าวหน้าของวิทยาศาสตร์ กฎหมายจึงไม่สามารถกำหนดระดับความรุนแรงของความพิการที่ตายตัวได้แต่ต้องพิจารณาโดยอาศัยข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี

(9) ปัญหาความยากลำบากในการคิดคำนวณความเสียหาย

เมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลียและบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลพิจารณาว่าเหตุที่เด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตเนื่องมาจากการคิดคำนวณและประเมินความเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตแทนที่จะไม่ได้เกิดไม่เพียงแต่เป็นเรื่องที่ยากลำบากหรือไม่แน่นอนเท่านั้น แต่เป็นเรื่องที่ไม่สามารถเกิดขึ้นได้ เพราะศาลไม่สามารถเปรียบเทียบคุณค่าระหว่างการที่เด็กต้องเกิดขึ้นมาพิการกับคุณค่าของการไม่ได้เกิด นอกจากนี้ เมื่อศาลไม่ทราบว่าการเยียวยาความเสียหายให้เด็กด้วยวิธีการใดถึงจะช่วยให้เด็กได้กลับคืนสู่สถานะที่เหมือนหนึ่งว่าไม่มีความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้นกล่าวคือสถานะที่เด็กไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต ศาลจึงไม่อาจยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

เมื่อพิจารณาแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศสหรัฐอเมริกาคดี *Becker v Schwartz*³²¹ ศาลพิจารณาว่า เมื่อวัตถุประสงค์ของกฎหมายลักษณะละเมิดคือการเยียวยาความเสียหายเพื่อทำให้ผู้เสียหายได้กลับคืนสู่สถานะเสมือนว่าไม่มีความเสียหายเกิดขึ้น แต่สำหรับการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของเด็ก การที่จะทำให้เด็กกลับคืนสู่สถานะเสมือนว่าไม่มีการทำละเมิดเกิดขึ้นได้นั้น ศาลต้องเปรียบเทียบคุณค่าระหว่างการที่เด็กเกิดขึ้นมามีร่างกายพิการกับการที่ไม่ได้เกิดขึ้นมาเลย (*Wrongful Life requires the court to weight the value of an impaired life against non-life*)³²² ทั้งนี้ แม้กฎหมายยอมรับมาโดยตลอดว่าแพทย์มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อทารกในครรภ์และการที่แพทย์กระทำโดยประมาทต่อหญิงที่ตั้งครรภ์ยอมเป็นการทำละเมิดต่อทารกด้วย อนึ่งแม้ศาลจะทราบว่าเด็กได้รับความทุกข์ทรมานอย่างมากจากความพิการ แต่ในกรณีที่เด็กไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นสถานะที่เต็มไปด้วยความว่างเปล่า โดยศาลไม่สามารถทราบได้เลยว่าชีวิตก่อนได้เกิดหรือชีวิตภายหลังความตายเป็นเช่นไร และด้วยการเยียวยาวิธีใดที่จะทำให้เด็กได้กลับไปสู่สถานะดังกล่าวได้ ดังนั้น แม้การกระทำของแพทย์เป็นเหตุทำให้เด็กเกิดขึ้นมามีชีวิต แต่เมื่อความ

³²¹ 386 N.E.2d 807, 812 (N.Y. 1978)

³²² *Dumer v St. Michael's Hosp.*, 233 N.W.2d 372, 375-76 (1975).

เสียหายที่เกิดขึ้นกับเด็กเป็นความเสียหายที่ไม่สามารถเยียวยาได้ เด็กจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์³²³

อย่างไรก็ดี ผู้พิพากษา Patterson ซึ่งเป็นผู้พิพากษาเสียงข้างน้อยเพียงคนเดียว ให้ความเห็นว่านับตั้งแต่ที่ศาลมีคำพิพากษาไว้ในคดี Story Parchment Co. v. Patterson Parchment Co., 282 U.S. 555 (1931) ความยากลำบากในการคิดคำนวณและประเมินความเสียหายไม่อาจเป็นเหตุที่ทำให้ผู้เสียหายต้องเสียสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย แม้การประเมินความเสียหายจากการเกิดของเด็กจะเป็นไปด้วยความยากลำบากเพียงใดก็ตาม เมื่อการเกิดของเด็กเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์เด็กก็ยังคงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ตามกฎหมาย

คดี Phillips v. U.S., 508 F. Supp. 537 (D.S.C. 1980) ศาลพิจารณาว່สำหรับกรเยียวยาความเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด กฎหมายกำหนดให้ผู้เสียหายมีหน้าที่พิสูจน์เพียงว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากการทำละเมิดหรือไม่ ในกรณีที่ผู้เสียหายสามารถพิสูจน์ได้ว่าในกรณีที่ปราศจากความผิดของผู้ทำละเมิดแล้วความเสียหายจะไม่เกิดขึ้น ผู้เสียหายย่อมมีสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากการทำละเมิดดังกล่าว ศาลจะไม่ยินยอมให้ผู้เสียหายใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายด้วยเหตุผลที่ว่า การคิดคำนวณความเสียหายเป็นไปด้วยความยากลำบากไม่ได้ ด้วยเหตุดังกล่าว การที่ศาลไม่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทั้งที่เด็กสามารถพิสูจน์ได้ว่าการเกิดของเด็กเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลจึงขัดต่อหลักกฎหมายพื้นฐาน³²⁴

คดี Curlender v Bio-Science Laboratories³²⁵ และคดี Turpin v Sortini³²⁶ ศาลพิจารณาว່ในเมื่อศาลยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ จึงเป็นเรื่องที่ไร้ซึ่งเหตุผลถ้าศาลจะไม่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมา มีชีวิตซึ่งเป็นผลมาจากความผิดพลาดของแพทย์เช่นเดียวกัน นอกจากนี้ เหตุผลที่ว่า การคิดคำนวณความเสียหายจากการเกิดของเด็กไม่สามารถเกิดขึ้นได้นั้นไม่เป็นเหตุผลที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของ

³²³ Gleitman v Cosgrove (1967) 49 NJ 22, 227 A2d 689, 22 ALR3d 1411 ; Berman v Allan (1979) 80 NJ 421, 404 A2d 8 ; Procanik v Cillo (1984) 97 NJ 339, 478 A2d 755 ; Ellis v Sherman 515 A2d 1327 (Pa 1986). ; Goldberg v Ruskin 113 111 2d 482, 499 NE2d 406 (Ill 1986).

³²⁴ 22 American Jurisprudence 2d Damages § 627 (2010)

³²⁵ 106 Cal.App. 3d 811, 165 Cal.Rptr 477 (1980).

³²⁶ (1982) 31 Cal 3d 220, 182 Cal Rptr 337, 643 P2d 954

กฎหมาย เพราะในความเป็นจริงแล้วการที่ศาลจะประเมินคุณค่าระหว่างกรณีที่มีการทำละเมิดเกิดขึ้นกับกรณีที่ปราศจากการทำละเมิด ศาลไม่จำเป็นต้องเปรียบเทียบคุณค่าของการได้เกิดขึ้นมาชีวิตกับการไม่ได้เกิดของเด็ก ศาลมีเพียงหน้าที่เปรียบเทียบสถานะและบริบทแวดล้อมของเด็ก กล่าวคือ เปรียบเทียบลักษณะการใช้ชีวิตของเด็กที่มีร่างกายพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างรุนแรงกับเด็กที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์เพื่อศึกษาถึงความต้องการในการใช้ชีวิตของเด็ก ทั้งยังเป็นการศึกษาว่าในกรณีที่ปราศจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ ค่าใช้จ่ายและความเจ็บปวดทุกข์ทรมานใดจะไม่เกิดขึ้น เมื่อค่าใช้จ่ายและความเจ็บปวดทุกข์ทรมานใดเป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ เด็กย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายเหล่านั้นจากแพทย์³²⁷

อย่างไรก็ดี คดี Procanik v. Cillo³²⁸ ศาลพิจารณาว่า เมื่อการเปรียบเทียบคุณค่าของการไม่ได้เกิดขึ้นมาชีวิตกับการได้เกิดขึ้นมาชีวิตมีขึ้นเฉพาะในขั้นตอนการคิดคำนวณค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินเท่านั้น กล่าวคือ ศาลต้องพิจารณาเปรียบเทียบว่ากรณีที่เด็กไม่ได้เกิดขึ้นมาชีวิตเด็กจะไม่ได้รับความเจ็บปวดและทุกข์ทรมานอย่างไร แต่ในขั้นตอนการคิดคำนวณค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินศาลไม่จำเป็นต้องประเมินคุณค่าดังกล่าว ศาลมีเพียงหน้าที่ที่จะต้องพิจารณาถึงผลกระทบทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นกับเด็กภายหลังที่เด็กได้เกิดขึ้นมาชีวิต กล่าวคือ ศาลมีหน้าที่พิจารณาเพียงว่าค่าใช้จ่ายประเภทใดบ้างที่เป็นผลโดยตรงมาจากการที่เด็กได้เกิดขึ้นมาชีวิต หากค่าใช้จ่ายเหล่านั้นจะไม่เกิดขึ้นในกรณีที่ปราศจากความผิดพลาดของแพทย์ ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นทั้งหมดจึงเป็นความเสียหายที่เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

คดี Lim Po Chew v Camden Area Health Authority³²⁹ ศาลพิจารณาว่าหากศาลไม่สามารถประเมินความเสียหายจากการที่เด็กต้องเกิดขึ้นมาพิการได้ เหตุใดศาลถึงยังยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ทั้งที่การประเมินความเสียหายที่เกิดขึ้นกับชายและหญิงก็คือการทำให้ชายและหญิงกลับไปสู่สถานะเสมือนว่าไม่มีเด็กเกิดขึ้นมาซึ่งเป็นการประเมินความเสียหายที่ไม่สามารถเกิดขึ้นได้เช่นเดียวกัน³³⁰

ในประเทศเนเธอร์แลนด์ศาลพิจารณาว่าการประเมินความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเด็กไม่ได้เป็นการเปรียบเทียบคุณค่าระหว่างการได้เกิดขึ้นมาชีวิตกับการไม่ได้เกิด แต่เป็นการเปรียบเทียบผลกระทบทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นกับเด็กเท่านั้น โดยศาลต้องพิจารณาว่าค่าใช้จ่ายใดที่

³²⁷ Thomas A Burns, *supra note 309*, pp. 817-818.

³²⁸ 97 NJ 399 (New Jersey, 1984).

³²⁹ [1989] A.C. 176

³³⁰ Jean Vanessa Mchale and Marie Fox, *supra note 76*, p.970.

เป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ การประเมินความเสียหายดังกล่าวจึงไม่อยู่นอกขอบเขตของกฎหมายและไม่เกินกว่าความสามารถของศาล นอกจากนี้ เมื่อการประเมินความเสียหายเป็นเพียงการคิดคำนวณจากผลกระทบทางเศรษฐกิจไม่ได้เป็นการประเมินคุณค่าของชีวิตมนุษย์ การที่ศาลยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจึงไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีและคุณค่าความเป็นมนุษย์ของเด็ก³³¹ เพราะค่าเสียหายที่เด็กจะได้รับการเยียวยาจากแพทย์เป็นค่าใช้จ่ายที่สนับสนุนให้เด็กสามารถดำเนินชีวิตได้เหมือนมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ อีกทั้งยังช่วยทำให้เด็กมีคุณภาพชีวิตที่ดีและได้อยู่ในสภาพแวดล้อมที่เหมาะสม³³²

ในประเทศอิสราเอลศาลพิจารณาว่าแม้การเยียวยาความเสียหายให้กับเด็ก ศาลมีหน้าที่ช่วยทำให้เด็กกลับคืนสู่สถานะเสมือนว่าเด็กไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต แต่เมื่อเด็กไม่สามารถกลับคืนสู่สถานะเช่นนั้นได้ ศาลมีหน้าที่เยียวยาความเสียหายด้วยการลดผลกระทบทางเศรษฐกิจและภาระหน้าที่ทางการเงินตลอดจนความเจ็บปวดทุกข์ทรมานจากการได้เกิดขึ้นมาพิการ โดยการเยียวยาความเสียหายดังกล่าว มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เด็กสามารถดำเนินชีวิตได้เสมือนว่าเด็กมีร่างกายที่ปกติ³³³

ศาสตราจารย์ Micheal Kelly ให้ความเห็นว่าศาลไม่มีความจำเป็นที่จะต้องเปรียบเทียบระหว่างกรณีที่เด็กเกิดขึ้นมามีชีวิตกับกรณีที่เด็กไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต เพราะการกระทำดังกล่าวย่อมนำไปสู่ปัญหาทางปรัชญาซึ่งศาลสามารถหลีกเลี่ยงได้ด้วยการพิจารณาว่า ในกรณีที่ปราศจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์เด็กจะไม่ต้องทุกข์ทรมานจากความพิการและจะไม่มีค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวกับความพิการเกิดขึ้น เมื่อการกระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้เด็กได้รับความเจ็บปวดทุกข์ทรมานอีกทั้งเป็นผลทำให้ค่าใช้จ่ายเหล่านั้นเกิดขึ้น กฎหมายจึงควรยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายดังกล่าวที่เป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์³³⁴

³³¹ Ivo Giesen, *supra note 293*, p.43.

³³² *Ibid*, p.46.

³³³ Yael Hashiloni-Dolev, *A Life (Un) Worthy of Living Reproductive Genetics in Israel and Germany*, (The Netherlands : Springer, 2007), pp.101, 122-124.

³³⁴ Michael B. Kelly, *supra note 265*, p.525 ; J.K Mason และ Laurie ได้ให้ความเห็นไว้ในลักษณะเช่นเดียวกันว่า ศาลมีหน้าที่คิดคำนวณความเสียหายเพื่อให้เด็กสามารถหลุดพ้นจากความยากลำบากในการดำเนินชีวิตเท่านั้น ไม่ใช่ต้องทำให้เด็กได้กลับคืนสู่สถานะเสมือนว่าเด็กไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต see J.K. Mason, G.T. Laurie and M. Aziz, *Mason and Mccall Smith's Law and Medical Ethics*. 8th ed., (New York: Oxford University Press, 2011), p. 367. ;

ศาสตราจารย์ Philip Peters ให้ความเห็นว่าศาลไม่ควรใช้ความยุติธรรมตามกฎหมาย ลักษณะละเมิดเพียงอย่างเดียว แต่ศาลควรใช้หลักจริยธรรมตามกฎหมายครอบครัวปรับเข้ากับข้อเท็จจริง เพราะค่าเสียหายที่เด็กเรียกร้องจากแพทย์เป็นค่าเสียหายที่จะทำให้เด็กสามารถดำเนินชีวิตต่อไปได้เสมือนว่าเด็กมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์³³⁵

จากปัญหาความยากลำบากในการคำนวณความเสียหายผู้เขียนมีความเห็นว่าเป็นผลมาจากกรณีที่นักกฎหมายเข้าใจข้อกล่าวอ้างของเด็กโดยผิดพลาด เพราะในความเป็นจริงแล้วเด็กไม่ได้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต แต่เป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการที่เด็กต้องดำเนินชีวิตโดยมีร่างกายที่พิการหรือเต็มไปด้วยปัญหาสุขภาพ ด้วยสถานะดังกล่าวทำให้เด็กได้รับความทุกข์ทรมานและมีค่าใช้จ่ายที่มากกว่าการดำเนินชีวิตของเด็กที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ เมื่อเด็กไม่เคยกล่าวอ้างว่าการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นความเสียหาย แต่กล่าวอ้างว่าความเจ็บปวดทุกข์ทรมานและผลกระทบทางเศรษฐกิจเท่านั้นที่เป็นความเสียหาย ศาลจึงไม่มีความจำเป็นที่ต้องพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างกรณีที่เกิดได้เกิดขึ้นมามีชีวิตกับกรณีที่เกิดไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต ศาลมีหน้าที่พิจารณาเพียงว่าในกรณีที่ปราศจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์จะมีความเจ็บปวดทุกข์ทรมานและค่าใช้จ่ายอย่างไร้เกิดขึ้นกับเด็ก และความเจ็บปวดทุกข์ทรมานและค่าใช้จ่ายใดที่เป็นมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ นอกจากนี้ ศาลต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงอื่นๆ อาทิ ลักษณะความพิการ ความคาดหวังและโอกาสที่เด็กจะได้มีชีวิตรอด ความต้องการพื้นฐานและความต้องการพิเศษของเด็ก สถานะทางเศรษฐกิจของชายหญิงและสมาชิกคนอื่นในครอบครัว จำนวนของสมาชิกใน

Deanna A. Pollard ให้ความเห็นว่า ศาลต้องแยกความแตกต่างระหว่างประโยชน์ที่เด็กได้รับจากการเกิดซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่มีความชัดเจนแน่นอนออกจากผลกระทบทางเศรษฐกิจที่มีความชัดเจนแน่นอน เมื่อเด็กเป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบโดยตรงจากการกระทำของแพทย์และเป็นบุคคลที่ต้องการความช่วยเหลืออย่างมาก หากกฎหมายจะไม่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ย่อมส่งผลเท่ากับว่ากฎหมายต้องการให้ความคุ้มครองแพทย์ที่ให้การรักษาพยาบาลโดยประมาทเพื่อให้แพทย์หลุดพ้นจากความรับผิด เพียงเพราะความผิดของแพทย์เป็นเหตุทำให้เด็กได้เกิดขึ้นมามีชีวิต see Deana A. Pollard, "Wrongful Analysis in Wrongful Life Jurisprudence," Alabama Law Review, Volume 55, Issue 2, pp.341-342 (2004)

³³⁵ Philip G. Peters, "Rethinking Wrongful Life: Bridging the Boundary Between Tort and Family Law," Tulane Law Review, Volume 67, pp.397, 399 (1992)

ครอบครัว³³⁶ หากความเสียหายดังกล่าวแน่นอนและไม่ไกลกว่าเหตุ เด็กย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ตามกฎหมาย

นอกจากนี้ เมื่อไม่ใช่ทุกการเยียวยาความเสียหายตามกฎหมายจะทำให้ผู้เสียหายได้กลับคืนสู่สถานะเสมือนว่าไม่มีการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้นอย่างแท้จริง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่มีความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน แม้ศาลไม่สามารถคิดคำนวณได้ว่าค่าเสียหายจำนวนใดถึงจะทำให้ความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหมดสิ้นไป แต่ศาลก็ยินยอมให้ผู้เสียหายฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินมาโดยตลอด โดยศาลจะกำหนดจำนวนเงินสมมติเท่ากับจำนวนที่ศาลเชื่อว่าเหมาะสมกับความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งไม่มีใครทราบได้เลยว่าจำนวนเงินดังกล่าวจะทำให้ผู้เสียหายได้กลับคืนสู่สถานะเสมือนไม่มีความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินเกิดขึ้นหรือไม่ นอกจากนี้ ในกรณีที่กฎหมายยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเชิงลงโทษ จำนวนค่าเสียหายที่ศาลกำหนดก็ไม่ได้เป็นไปเพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น แต่เป็นเพียงต้องการป้องปรามไม่ให้มีการกระทำความผิดซ้ำอีกเท่านั้น ด้วยเหตุผลดังกล่าวเด็กจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต แม้ค่าเสียหายที่เด็กมีสิทธิเรียกจากแพทย์จะไม่สามารถทำให้เด็กได้กลับคืนสู่สถานะเสมือนที่ว่าเด็กไม่ได้เกิดหรือเด็กต้องถูกทำแท้งก็ตาม

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายไทย ผู้เขียนพบว่าเคยปรากฏความคดีที่เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตในคำพิพากษาศาลจังหวัดพระโขนงคดีหมายเลขแดงที่ 4181/2552 แม้ศาลจะไม่ได้พิพากษาว่าการกระทำโดยประมาทของแพทย์ที่ทำให้หญิงไม่สามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวกับสุขภาพของเด็กจนเป็นเหตุทำให้เด็กเกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นการละเมิดต่อสิทธิประเภทใดของเด็ก แต่ศาลก็พิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินให้กับเด็กเป็นเงิน 1 ล้านบาท โดยผู้เขียนขอเสนอข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวมากล่าวอีกครั้งหนึ่งดังนี้

“โจทก์ที่ 1 คือ นางประภากร แซ่จิ่ง และโจทก์ที่ 2 คือ ด.ช. ชาย เกื้อ ลี นำคดีมาฟ้องโรงพยาบาลบำรุงราษฎร์เป็นจำเลยที่ 1 และฟ้อง น.พ. เดชะพงษ์ ภูเจริญ แพทย์สูตินรีเวช และ พ.ญ. อรชาติ อุดมพาณิชย์ แพทย์รังสีวิทยา เป็นจำเลยที่ 2-3 เนื่องจาก

³³⁶ D.H. Pace, “The Treatment of Injury in Wrongful Life Claims,” *Columbia Journal of Law and Social Problems*, Volume 20, p.145 (1986) ; Carel Stolker, *Rethinking the Law School : Education, Research, Outreach and Governance*, (United Kingdom : Cambridge University Press, 2014), pp.200-201.

วันที่ 30 กันยายน 2549 โจทก์ที่ 1 ได้คลอดบุตรชายกับจำเลยที่ 1 แต่บุตรออกมาโดยมีความพิการแขนขวาและขาทั้งสองข้างขาด ทั้งที่ในขั้นตอนของการฝากครรภ์ จำเลยที่ 2-3 ระบุผลอัลตราซาวน์ว่า บุตรสมบูรณ์และแข็งแรงดี

โจทก์ทั้งสองจึงมาฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการที่แพทย์ประมาททำการอัลตราซาวน์ไม่ละเอียดรอบคอบ โดยเมื่อวันที่ 9 พฤษภาคม 2549 ขณะที่โจทก์ที่ 1 ตั้งครรภ์ได้ 4-5 เดือน จำเลยที่ 2 ส่งตัวโจทก์ไปให้จำเลยที่ 3 ตรวจอัลตราซาวน์ ใช้เวลาตรวจ 5-10 นาที จำเลยที่ 3 ระบุว่าบุตรในครรภ์สมบูรณ์ดีทุกประการ หลังจากนั้นไม่มีการตรวจซ้ำอีก มีเพียงการไปพบแพทย์เพื่อตรวจการเต้นของหัวใจอีกเท่านั้น

แม้ว่าจำเลยที่ 2 เบิกความว่าภายหลังจากที่ได้ทำการอัลตราซาวน์ได้แนะนำให้โจทก์กลับมาทำอัลตราซาวน์เพื่อดูความเจริญเติบโตของทารกในครรภ์อีกครั้ง แต่โจทก์กลับไม่ได้ทำตาม ศาลได้พิจารณาและมีความเห็นว่าบันทึกเวชระเบียนของโจทก์ที่ 1 ไม่ปรากฏว่ามีการระบุให้โจทก์กลับมาอัลตราซาวน์ซ้ำ รวมถึงไม่ปรากฏว่าแพทย์ได้ระบุถึงความพิการของทารกในครรภ์ ฟังได้ว่าจำเลยที่ 2 ไม่เคยอธิบาย ผลดี ผลเสีย ของบุตรในครรภ์ให้โจทก์ที่ 1 ทราบ ทั้งที่ควรตรวจถึงความพิการของทารกในครรภ์ เพื่อแจ้งให้โจทก์มีสิทธิที่จะตัดสินใจว่าจะรักษาอย่างไร การกระทำของแพทย์เป็นความผิดฐานประมาทเลินเล่อละเว้นจากการปฏิบัติหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังอันเป็นการทำละเมิดต่อโจทก์ทั้งสองเป็นเหตุทำให้โจทก์ที่ 1 ไม่สามารถตัดสินใจได้ว่าจะทำการรักษาอย่างไรหรือไม่รักษาหรือไม่ อีกทั้งในกรณีที่แพทย์ตรวจพบความพิการของทารก การยุติการตั้งครรภ์ในกรณีที่ไม่ขัดศีลธรรมสามารถทำได้ตามมติของแพทย์สภาแต่ต้องขึ้นอยู่กับตัวผู้ป่วยประกอบคำแนะนำของแพทย์ ส่วนจำเลยที่ 1 ต้องร่วมรับผิดชอบในฐานะคู่สัญญาโดยตรงของโจทก์ทั้งสองเพราะเป็นตัวการในฐานะเป็นคู่สัญญาโดยตรงและแพทย์ซึ่งเป็นจำเลยที่ 2-3 เป็นตัวแทนของจำเลยที่ 1

ศาลชั้นต้นได้พิพากษาให้โจทก์ที่ 1 ได้รับความเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจเป็นเงิน 1 ล้านบาท , ค่าเสียหายจากการขาดรายได้จำนวน 1 ล้านบาท, ค่าจ้างคนเลี้ยงดูบุตรชาย โจทก์ที่ 2 จำนวน 3 ล้านบาท, ค่าอุปกรณ์ที่ช่วยให้โจทก์ที่ 2 สามารถพยุงตัวขึ้นได้ที่ต้องเปลี่ยนไปตามวัย จำนวน 5 ล้านบาท, ค่ารักษาผ่าตัดในอนาคตจำนวน 1 ล้านบาท ส่วนโจทก์ที่ 2 บุตรชายศาลพิพากษาให้ได้รับเงินค่าเสียหายสำหรับความเสียหายต่อจิตใจเป็นเงิน 1 ล้านบาท

โดยการกำหนดค่าสินไหมทดแทนที่ศาลกำหนดไม่เต็มจำนวน 390 ล้านบาทตามที่โจทก์ฟ้องนั้น เนื่องจากการกระทำละเมิดของจำเลยทั้งสามไม่ได้มีเจตนาร้าย

ไม่ได้ส่อไปในทางเป็นอาชญากรรม จึงให้จำเลยทั้งสามร่วมกันชดใช้เงินรวมจำนวน 12 ล้านบาท แก่โจทก์ทั้งสอง พร้อมดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 7.5 นับตั้งแต่วันฟ้อง”

จากคำพิพากษาของศาลจังหวัดพระโขนงข้างต้นมีข้อสังเกตไว้ดังนี้

(1) การกระทำของจำเลยที่ 2-3 ไม่ได้เป็นเหตุที่ทำให้โจทก์ที่ 2 ต้องพิการ แต่การกระทำของจำเลยที่ 2-3 เป็นเหตุที่ทำให้โจทก์ที่ 1 ไม่ทราบว่ามีโจทก์ที่ 2 พิการ และทำให้โจทก์ที่ 1 ไม่สามารถเลือกที่จะแจ้งโจทก์ที่ 2 และเป็นเหตุทำให้โจทก์ที่ 2 เสียโอกาสที่จะต้องถูกทำแท้ง การที่ศาลพิพากษาว่าการกระทำของจำเลยที่ 2-3 เป็นการกระทำละเมิดต่อโจทก์ที่ 2 ทั้งๆ ที่ความพิการของโจทก์ที่ 2 ไม่ได้เกิดขึ้นจากการกระทำโดยประมาทของจำเลยที่ 2-3 การกระทำของจำเลยที่ 2-3 จึงไม่ได้เป็นการละเมิดต่อสิทธิในร่างกายหรืออนามัยของโจทก์ที่ 2 และแม้ว่าศาลไม่ได้พิพากษาว่าการกระทำของจำเลยที่ 2-3 เป็นการละเมิดต่อสิทธิประเภทใดของโจทก์ที่ 2 ผู้เขียนมีความเห็นว่าไม่อาจพิจารณาเป็นอย่างอื่นไปได้นอกเสียจากการกระทำของจำเลยที่ 2-3 เป็นการละเมิดต่อสิทธิของโจทก์ที่ 2 ที่จะต้องถูกทำแท้งและไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต ซึ่งศาลจังหวัดพระโขนงเห็นว่าเป็น “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

นอกจากนี้ การที่ศาลพิพากษาให้จำเลยทั้งสามร่วมกันชดใช้ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทางจิตใจให้กับโจทก์ที่ 2 แสดงให้เห็นว่าศาลได้พิจารณาแล้วว่ากรณีที่โจทก์ที่ 2 ต้องเกิดขึ้นมามีร่างกายพิการแทนที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นความเสียหายตามกฎหมาย และเมื่อการดำเนินชีวิตของโจทก์ที่ 2 เป็นไปด้วยความยากลำบากและเต็มไปด้วยความเจ็บปวดทุกข์ทรมาน ศาลจึงพิพากษาให้จำเลยร่วมกันชดใช้ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินให้กับโจทก์ที่ 2 เพื่อให้โจทก์ที่ 2 ได้กลับสู่สถานะเสมือนว่าเด็กไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต กล่าวคือเสมือนทำให้ความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหมดสิ้นไป

(2) เมื่อการกระทำของจำเลยที่ 2-3 ไม่ได้เป็นผลโดยตรงที่ทำให้โจทก์ที่ 2 ต้องพิการ การกระทำของจำเลยที่ 2-3 จึงไม่ได้เป็นการละเมิดต่อสิทธิในร่างกาย อนามัยหรือเสรีภาพของโจทก์ที่ 2 ซึ่งถ้าพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 โจทก์ที่ 2 ย่อมไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน เพราะเหตุใดศาลจึงพิพากษาให้จำเลยร่วมกันชดใช้ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินให้โจทก์ที่ 2 ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าการที่ศาลพิพากษาให้จำเลยร่วมกันชดใช้ค่าเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินให้โจทก์ที่ 2 เพราะศาลเห็นว่าสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินไม่จำกัดอยู่เฉพาะกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นต่อสิทธิในร่างกาย อนามัย หรือเสรีภาพเท่านั้น เพราะไม่ว่ามีความเสียหายเกิดขึ้นต่อสิทธิประเภทใดหากความเสียหายดังกล่าวทำให้ผู้เสียหายได้รับความเสียหายต่อจิตใจ ผู้เสียหายย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน

(3) เนื่องจากโจทก์ที่ 2 มีร่างกายพิการอย่างร้ายแรง ซึ่งแสดงให้เห็นว่าโจทก์ที่ 2 ไม่สามารถเลี้ยงตนเองได้แม้จะบรรลุนิติภาวะแล้วก็ตาม ด้วยเหตุดังกล่าวจึงทำให้โจทก์ที่ 1 มีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูโจทก์ที่ 2 ไปตลอดชีวิต เมื่อค่าใช้จ่ายในการดำเนินชีวิตของโจทก์ที่ 2 อยู่ภายใต้หน้าที่ในการให้การอุปการะเลี้ยงดูของโจทก์ที่ 1 จึงมีเฉพาะโจทก์ที่ 1 เท่านั้นที่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินซึ่งประกอบไปด้วย ค่าจ้างคนเลี้ยงดู โจทก์ที่ 2 จำนวน 3 ล้านบาท ค่าอุปกรณ์ที่ช่วยให้โจทก์ที่ 2 สามารถพุงตัวขึ้นได้ที่ต้องเปลี่ยนไปตามวัย จำนวน 5 ล้านบาท ค่ารักษาผ่าตัดในอนาคตจำนวน 1 ล้านบาท โจทก์ที่ 2 ไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายดังกล่าวซ้ำอีก โจทก์ที่ 2 มีเพียงสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน อันเป็นความเสียหายเฉพาะตัวของโจทก์ที่ 2 เท่านั้น

จากคำพิพากษาดังกล่าวเมื่อพิจารณาตามกฎหมายไทยผู้เขียนมีความเห็นว่า ในกรณีที่เด็กใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด ถ้าความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นเหตุทำให้ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่มีความเสี่ยงว่าจะเกิดขึ้นมาพิการ ทำให้ชายและหญิงไม่สามารถเข้ารับบริการช่วยการเจริญพันธุ์แทนการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการธรรมชาติ ทำให้หญิงไม่สามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเมื่อพบว่าทารกในครรภ์พิการ การกระทำดังกล่าวนอกจากเป็นการละเมิดต่อสิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเอง สิทธิที่จะหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการ สิทธิในการเลือกที่จะตั้งครรภ์ด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์หรือสิทธิในการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งของชายและหญิงแล้ว การกระทำของแพทย์ดังกล่าวยังเป็นการละเมิดต่อโอกาสที่จะไม่ได้รับการปฏิสนธิ โอกาสที่จะไม่ถูกเลือก โอกาสที่จะถูกทำแท้งและสิทธิที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตของเด็ก โดยสิทธิที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิตนี้เป็นสิทธิที่เกิดขึ้นมาพร้อมกับความเจริญก้าวหน้าทางการแพทย์และความเป็นพลวัตของหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของกฎหมายที่ให้สิทธิที่จะเลือกเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวกับสุขภาพของทารกได้โดยชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้งเมื่อการที่เด็กต้องเกิดขึ้นมามีชีวิตแทนที่จะไม่ได้เกิดเป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำของแพทย์เด็กจึงมีสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ตามกฎหมายลักษณะละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420

เมื่อพิจารณาความรับผิดตามกฎหมายลักษณะสัญญา มีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นว่าเมื่อสัญญาเข้ารับบริการทางการแพทย์ระหว่างหญิงและหรือชายกับแพทย์ เกิดขึ้นก่อนที่มีการปฏิสนธิ (สัญญาเข้ารับบริการตรวจสุขภาพก่อนสมรสหรือก่อนตั้งครรภ์ สัญญาเข้ารับบริการตรวจและเข้ารับคำแนะนำทางพันธุศาสตร์) หรือเกิดขึ้นระหว่างเด็กเป็นทารกในครรภ์ (สัญญาเข้ารับบริการตรวจสุขภาพทารกระหว่างตั้งครรภ์) ซึ่งต่างเป็นช่วงเวลาที่ได้ก่อกำเนิดยังไม่มีสภาพบุคคลและยังไม่มีความสามารถในการ

แสดงเจตนาเพื่อผูกนิติสัมพันธ์กับแพทย์ ด้วยเหตุดังกล่าวเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ตามกฎหมายลักษณะสัญญาหรือไม่³³⁷

สำหรับปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมาในชีวิตของเด็กตามกฎหมายลักษณะสัญญาผู้เขียนมีความเห็นว่า เมื่อพิจารณาจากลักษณะและวัตถุประสงค์ของสัญญาอย่างละเอียดจะพบว่าสัญญาเข้ารับบริการทางการแพทย์ที่เกิดขึ้นก่อนมีการปฏิสนธิหรือระหว่างที่ทารกอยู่ในครรภ์ ไม่ได้เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ที่ให้ความคุ้มครองสิทธิและประโยชน์ของชายและหญิงผู้เป็นคู่สัญญากับแพทย์โดยตรงเท่า นั้น เพราะในทุกกระบวนการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิด นอกจากแพทย์มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อชายและหญิงคู่สัญญาแล้ว แพทย์ยังมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังและคำนึงถึงประโยชน์ของทารกที่กำลังจะได้รับการปฏิสนธิหรือทารกในครรภ์ของหญิงอีกด้วย กล่าวคือ แพทย์มีหน้าที่ให้ข้อมูลและแนะนำให้ชายและหญิงเลือกที่จะดำเนินการอย่างใด ๆ เพื่อให้เด็กได้รับประโยชน์สูงสุด อีกทั้งแพทย์ยังมีหน้าที่งดเว้นจากการกระทำอย่างใดอันอาจเป็นเหตุทำให้ทารกได้รับความเสียหาย³³⁸ เมื่อสัญญาเข้ารับบริการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิดมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของทารกที่จะเกิดขึ้นในอนาคตและทารกในครรภ์ด้วยแล้ว สัญญาให้บริการทางการแพทย์จึงเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกประเภทหนึ่ง โดยมีทารกเป็นผู้รับประโยชน์แห่งสัญญา อนึ่ง แม้ในขณะที่มีการทำสัญญาระหว่างชายและหญิงกับแพทย์ เด็กจะยังไม่ได้รับการปฏิสนธิหรือยังเป็นทารกในครรภ์ซึ่งยังไม่มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย แต่เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 374 พบว่ากฎหมายไม่ได้กำหนดว่า “บุคคลภายนอกผู้ได้รับประโยชน์” ต้องมีตัวตนอยู่แล้วในขณะที่มีการทำสัญญา เพราะในความเป็นจริงแล้วบุคคลภายนอกหาได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับขั้นตอนของการแสดงเจตนาเพื่อให้เกิดสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกแต่อย่างใด การที่เด็กมีหรือไม่มีสภาพบุคคลตามกฎหมายเป็นหลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาในขั้นตอนของการแสดงเจตนาของเด็กเพื่อเข้ารับเอาประโยชน์จากสัญญาเพื่อประโยชน์

³³⁷ ในประเทศเนเธอร์แลนด์ นอกจากเด็กจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมาในชีวิตตามกฎหมายลักษณะละเมิดแล้ว เด็กยังมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญาอีกด้วย เพราะในขณะที่เด็กเป็นทารกในครรภ์ เด็กเป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมีหญิงมารดาเป็นผู้แสดงเจตนาแทนตัวเด็กและการแสดงเจตนาของเด็กเกิดขึ้นพร้อมกับการแสดงเจตนาของหญิง see Ivo Giesen, *supra note 293*, p.38.

³³⁸ R. Perry, “It’s a wonderful life,” *Cornell Law Review*, Issue 2, Volume 93, p.329 (2008)

ของบุคคลภายนอกเท่านั้น³³⁹ เพราะตราบิตที่เด็กยังไม่ได้คลอดออกมา มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย เด็กย่อมไม่สามารถแสดงเจตนาเข้ารับเอาประโยชน์จากสัญญาได้ ด้วยเหตุดังกล่าวผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ภายหลังจากที่เด็กคลอดออกมามีชีวิตและมีสภาพบุคคลตามกฎหมายแล้ว เด็กสามารถแสดงเจตนาเข้ารับเอาประโยชน์จากสัญญาโดยการเรียกให้แพทย์ชำระหนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 374 และเรียกให้แพทย์เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น และหากแพทย์ไม่ยอมเยียวยาความเสียหายให้กับเด็ก เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์เพื่อความเสียหายต่างๆ ที่เป็นผลมาจากการที่แพทย์ชำระหนี้ไม่ถูกต้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 215 ประกอบมาตรา 222

แม้เด็กจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดและกฎหมายลักษณะสัญญาแต่ยังคงมีปัญหาว่าเด็กมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายประเภทใดได้บ้าง ซึ่งปัญหาข้างต้นผู้เขียนเห็นว่าสามารถพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายลักษณะละเมิดและกฎหมายลักษณะสัญญา เมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายลักษณะละเมิด กฎหมายมุ่งที่จะเยียวยาความเสียหายเพื่อให้ผู้เสียหายได้กลับคืนสู่สถานะเสมือนว่าไม่มีการทำละเมิดเกิดขึ้น (*Restitutio in tergrum*)³⁴⁰ อันเป็นการให้ความคุ้มครองสถานะ (Status quo) ของผู้เสียหายให้กลับคืนเดิม ในขณะที่วัตถุประสงค์ของกฎหมายลักษณะสัญญา นอกจากกฎหมายมุ่งที่จะเยียวยาความเสียหายให้เจ้าหนี้ได้กลับคืนสู่สถานะเดิมเสมือนว่าไม่มีความผูกพันทางสัญญาเกิดขึ้น (กรณีเจ้าหนี้ใช้สิทธิเลิกสัญญา) กฎหมายยังมุ่งประสงค์ให้เจ้าหนี้ได้ไปอยู่ในสถานะเสมือนว่าลูกหนี้ได้ปฏิบัติตามชำระหนี้ให้เจ้าหนี้ถูกต้องครบถ้วนทุกประการ เจ้าหนี้จึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทั้งปวงเพื่อทดแทนการที่ลูกหนี้

³³⁹ อุษา จิวะชาติ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 92*, น.59-60, 126. ; จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 4, แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ธีระวัฒน์, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น.256.

อย่างไรก็ดี อาจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช แสดงความเห็นว่าคุณลักษณะที่ควรได้รับประโยชน์จากสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก อย่างน้อยที่สุดต้องเป็นทารกในครรภ์มารดา ตามมาตรา 15 วรรค 2 ดู จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 4, แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ธีระวัฒน์, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น.256 เชิงอรรถที่ 140.

³⁴⁰ Chris Turner and Sue Hodge, Unlocking Torts Unlocking the Law, (London : Hodder Education, 2007), p.4.

ไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้อง (L' exécution par equivalent)³⁴¹ ซึ่งเป็นการคุ้มครองความคาดหวัง (Expectation) ของเจ้าหนี้ เมื่อนำวัตถุประสงค์ของกฎหมายลักษณะละเมิดและกฎหมายลักษณะสัญญาามาปรับเข้ากับข้อเท็จจริงในกรณีที่ได้ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมาในชีวิต ค่าเสียหายที่เด็กมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ผู้ทำเลเมิดหรือลูกหนี้ตามสัญญาคือค่าเสียหายทุกประเภทที่สามารถช่วยทำให้เด็กได้กลับคืนสู่สถานะเสมือนว่าเด็กไม่ได้เกิดขึ้นมาในชีวิต หากปราศจากการทำเลเมิดหรือหากมีการชำระหนี้ที่ถูกต้องเกิดขึ้น

ค่าเสียหายที่เด็กมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์สามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภทดังนี้

ประเภทที่ 1 ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงิน

แม้ชายและหญิงจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการแล้วก็ตาม แต่ค่าเสียหายที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ไม่ครอบคลุมทุกความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเด็ก³⁴² ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ตัวเด็กยังคงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงิน ตัวอย่างเช่น ค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาล ค่าใช้จ่ายในการดำเนินชีวิตที่เพิ่มมากขึ้นกว่าปกติเพราะเหตุที่เด็กพิการ ค่าใช้จ่ายสำหรับอุปกรณ์หรือเครื่องมือทางการแพทย์ในปัจจุบัน³⁴³ อย่างไรก็ดี เมื่อค่าเสียหายดังกล่าวส่วนหนึ่งเป็นค่าใช้จ่ายที่อยู่ในหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูของชายและหญิง เด็กจึงมีเพียงสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในส่วนที่อยู่นอกเหนือภาระหน้าที่ของชายและหญิงเท่านั้น โดยต้องเป็นค่าเสียหายที่ไม่ทับซ้อนกับค่าเสียหายที่ชายและหญิงได้ใช้สิทธิเรียกร้องจากแพทย์³⁴⁴

³⁴¹ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์) แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2505, (กรุงเทพมหานคร : ไทยวัฒนาพานิช, 2505), น.851.

³⁴² Thomas A Burns, *supra note 309*, pp.818-819. ; Shaun D. Pattinson, *Medical Law & Ethics*. 3rd ed., (London : Sweet & Maxwell, 2011), p.338.

³⁴³ *Michelman v Ehrlich*, 311 N.J. Super. 57, 709 A.2d 281 (App. Div. 1998).

³⁴⁴ *Chamberland v Physicians for Women's Health, LLC*, 40 Conn. L. Rptr. 731, 2006 WL 437553 (Conn. Super. Ct. 2006) ; *Harbeson v Parke-Davis, Inc.*, 98 Wash. 2d 460, 656 P.2d 483 (1983). ; *Siemieniec v Lutheran Gen Hosp* 480 NE2d 1227 (Ill App 1985) ; *Continental Casualty Co v Empire Casualty Co* 713 P2d 384 (Col App 1985) และดูรายละเอียดใน 62A American Jurisprudence 2D Prenatal Injuries § 119 (2010)

Paretta v Medical Offices for Human Reproduction 195 Misc. 2d 568, 760 N.Y.S.2d 639 (Sup. Ct. 2003) ศาลมีคำพิพากษาว่าเมื่อชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายใน

ในกรณีที่เด็กต้องทุพพลภาพอย่างรุนแรงจนไม่สามารถประกอบกรงานและไม่สามารถหาเลี้ยงชีพได้ แม้ว่ากฎหมายกำหนดให้บิดามารดามีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูเด็กที่ทุพพลภาพและไม่สามารถหาเลี้ยงตนเองภายหลังจากที่เด็กเหล่านั้นบรรลุนิติภาวะ³⁴⁵ แต่หน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรของบิดามารดาหาได้รวมถึงค่าใช้จ่ายทุกประเภทที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิตของเด็ก³⁴⁶

ในกรณีความพิการของเด็กไม่รุนแรงถึงขนาดทำให้เด็กต้องทุพพลภาพ ชายและหญิงมีหน้าที่ให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กจนกว่าเด็กบรรลุนิติภาวะเท่านั้น³⁴⁷ แต่เมื่อความพิการของเด็กไม่ได้สิ้นลงพร้อมกับการที่เด็กบรรลุนิติภาวะ อีกทั้งความพิการยังส่งผลกระทบต่อกรดำเนินชีวิตของเด็ก

การเลี้ยงดูเด็กได้เฉพาะในช่วงเวลาก่อนที่เด็กบรรลุนิติภาวะเท่านั้น ดังนั้น เด็กจึงมีสิทธิเรียกค่าเสียหายเพื่อนำมาเป็นค่าใช้จ่ายในการดำเนินชีวิตภายหลังที่เด็กบรรลุนิติภาวะจากแพทย์

Moscatello ex rel. Moscatello v University of Medicine and Dentistry of New Jersey 342 N.J. Super. 351, 776 A.2d 874 (App. Div. 2001). ศาลมีคำพิพากษาว่า สิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของเด็กไม่ทับซ้อนกับสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของชายและหญิง การที่ศาลยินยอมให้ทั้งหญิง ชายและเด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ จึงหาเป็นเหตุทำให้แพทย์ต้องรับผิดชอบเกินกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง

Phillips v United States 575 F Supp 1309,1317 (1983). ศาลมีคำพิพากษาว่า เมื่อชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กได้จนกว่าเด็กบรรลุนิติภาวะเท่านั้น เมื่อแพทย์ผู้เชี่ยวชาญให้ความเห็นว่าเด็กมีโอกาสที่จะมีชีวิตได้ยาวนานที่สุด 40 ปี เด็กจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่จะเกิดขึ้นในอนาคตเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายที่จำเป็นเพื่อเยียวยาความยากลำบากจากเหตุที่ตนต้องพิการ

³⁴⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1564 วรรค 2

³⁴⁶ Ivo Giesen, *supra note 293*, p.44.

³⁴⁷ ในกรณีที่ชายและหญิงไม่มีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูเด็กภายหลังที่เด็กบรรลุนิติภาวะ เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการดำเนินชีวิตด้วยตนเอง ตัวอย่าง Procanik v Cillo, 97 N.J. 339, 352, 478 A.2d 755, 762 (1984) ศาลมีคำพิพากษาว่า เฉพาะแต่เด็กเท่านั้นที่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายภายหลังที่เด็กบรรลุนิติภาวะแล้ว อย่างไรก็ตาม หากเด็กพิการจนไม่สามารถจัดการกิจการงานได้ด้วยตนเองได้และยังต้องอยู่อาศัยและอยู่ภายใต้การเลี้ยงดูของชายและหญิง แม้ชายและหญิงไม่มีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูเด็กตามกฎหมาย แต่ชายและหญิงเป็นบุคคลที่ได้รับ ความเสียหายตามความเป็นจริง ชายและหญิงย่อมมีสิทธิสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อ ความเสียหายดังกล่าวได้เช่นกัน

เพราะทำให้การดำเนินชีวิตของเด็กเต็มไปด้วยความยากลำบากและความเจ็บปวดและทุกข์ทรมาน ด้วยเหตุดังกล่าวกฎหมายจึงควรยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ด้วยตนเอง

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่าในกรณีที่เด็กใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินไม่ได้เป็นการใช้สิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 444 เนื่องจากการกระทำของแพทย์ไม่ได้เป็นการละเมิดต่อสิทธิในร่างกายหรืออนามัยของเด็ก การใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของเด็กจึงเป็นการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ประกอบกับมาตรา 438 ส่วนกรณีที่เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญา เมื่อกฎหมายไม่ได้กำหนดประเภทของค่าเสียหายเอาไว้เด็กจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทั้งปวงที่สามารถเกิดขึ้นได้ตามปกติและเป็นผลมาจากการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้อง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 215 ประกอบมาตรา 222

ในประเทศสหรัฐอเมริกาเคยมีปัญหเกิดขึ้นว่าสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของเด็กรวมถึงสิทธิเรียกร้องค่าชดเชยได้จากกรณีที่เด็กไม่มีความสามารถในการประกอบกิจการงานตามปกติด้วยหรือไม่ ในคำพิพากษาหลายคดีศาลพิจารณาว่าเมื่อการกระทำของแพทย์ไม่ได้เป็นเหตุทำให้เด็กต้องพิการ เด็กจึงไม่เคยมีความสามารถในการประกอบกิจการงานมาได้ตั้งแต่ต้น เมื่อไม่มีบุคคลใดมีสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการสูญเสียสิ่งที่บุคคลเหล่านั้นไม่เคยมีมาตั้งแต่ต้น เด็กจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการสูญเสียความคาดหวังที่จะได้ประกอบกิจการงานในอนาคต³⁴⁸ แต่เด็กยังคงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อเยียวยาความยากลำบากในการดำเนินชีวิต

ประเภทที่ 2 ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน

ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วตอนหนึ่งว่าเมื่อความพิการของเด็กไม่ได้เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ จึงทำให้เกิดปัญหาว่าความเจ็บปวดทุกข์ทรมานและความเศร้าโศกเสียใจที่เด็กได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นความเสียหายที่เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ด้วยหรือไม่³⁴⁹

เมื่อพิจารณากฎหมายลักษณะละเมิดพบว่าสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 เพียงมาตราเดียวเท่านั้น ทำให้นักวิชาการส่วนหนึ่งเห็นว่าในกรณีที่การทำละเมิดไม่ได้เป็นเหตุทำให้

³⁴⁸ Andalon v Superior Court, 162 Cal. App. 3d 600, 208 Cal. Rptr. 899 (3d Dist. 1984) ; Johnson v Superior Court, 101 Cal. App. 4th 869, 124 Cal. Rptr. 2d 650 (2d Dist. 2002).

³⁴⁹ Lininger v Eisenbaum (1988, Colo) 764 P2d 1202, 12 Brief Times Rep 1692 ; Berman v Allan, 80 NJ 421, 404 A2d ; Procanik v Cillo, 97 NJ 339, 478 A2d 755)

ผู้เสียหายได้รับความเสียหายต่อในร่างกาย อนามัยและเสรีภาพ อาจทำให้ผู้เสียหายไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน อย่างไรก็ตาม นักวิชาการอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 เป็นเพียงกฎหมายให้สิทธิแก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายต่อสิทธิในร่างกาย อนามัย และเสรีภาพ ที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินเท่านั้น แต่เมื่อไม่มีบทบัญญัติมาตราใดบัญญัติห้ามมิให้ผู้เสียหายที่ได้รับความเสียหายต่อสิทธิประเภทอื่นๆ ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน ผู้เสียหายจึงยังมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ประกอบมาตรา 438 เช่นเดียวกัน³⁵⁰

ในปัญหาที่ว่าเด็กมีสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตหรือไม่ เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาศาลพระโขนงคดีหมายเลขแดงที่ 4181/2552 ศาลมีคำพิพากษาว่าความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เป็นเหตุทำให้เด็กเสียโอกาสที่จะถูกทำแท้งและเป็นเหตุทำให้เด็กต้องเกิดขึ้นมามีร่างกายพิการเป็นการละเมิดต่อสิทธิของเด็ก แม้ความพิการของเด็กจะไม่ได้เป็นผลโดยตรงมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ อีกทั้งแม้การกระทำของแพทย์ไม่ได้เป็นการละเมิดต่อสิทธิในร่างกาย อนามัย หรือเสรีภาพของเด็ก แต่เมื่อความพิการส่งผลกระทบต่อทางจิตใจของเด็กอย่างรุนแรง เด็กจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินจากแพทย์³⁵¹ โดยศาลพิพากษาให้แพทย์ชดเชยค่าเสียหายทางจิตใจให้กับเด็กเป็นเงิน 1 ล้านบาท

³⁵⁰ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2556), น.76. ; ไพจิตร ปุญญพันธุ์, คำสอนชั้นปริญญาโท : กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ ภาค 1 ความรู้ทั่วไป และภาค 2 ลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น.136-137. ; พงศกร สุขชื่น, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 9*, น.46.

³⁵¹ ในประเทศสหรัฐอเมริกา ตัวอย่างคดี *Curlender v Bio-Science Laboratories* (1980, 2nd Dist) 106 Cal App 3d 811, 165 Cal Rptr 477 ศาลมีคำพิพากษาว่าเด็กไม่ได้มีเพียงสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินเพียงอย่างเดียวเท่านั้น เพราะเมื่อเด็กได้รับผลกระทบทางจิตใจซึ่งเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นได้เฉพาะกับเด็กที่ต้องเกิดขึ้นมาพิการ เด็กจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินจากแพทย์ การที่ศาลรับรองให้เด็กมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายดังกล่าวไม่เป็นเหตุทำให้แพทย์ต้องรับผิดชอบเกินกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง see Kathryn J. Jankowski, *supra* note 240, p.55 at footnote 164.

อย่างไรก็ดี กรณีที่เด็กใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญา เมื่อความผิดพลาดทางการแพทย์ไม่ได้ทำให้เกิดความเสียหายต่อร่างกายหรืออนามัยของเด็ก เด็กจึงมีเพียงสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 215 ประกอบมาตรา 222 แต่เด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินจากแพทย์

อนึ่ง เมื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินไม่จำเป็นต้องเป็นผลมาจากการทำละเมิดต่อสิทธิในร่างกาย อนามัย หรือเสรีภาพเท่านั้น อีกทั้งวัตถุประสงค์ของสัญญาก็ไม่จำเป็นที่จะต้องคุ้มครองเฉพาะแต่ประโยชน์ในทางทรัพย์สิน เพื่อให้ผู้เสียหายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน ผู้เขียนจึงเสนอไว้ครั้งหนึ่งว่าควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อให้ผู้ที่ได้รับความเสียหายต่อสิทธิอย่างอื่นนอกจากสิทธิในร่างกาย อนามัย หรือเสรีภาพและเจ้าหน้าที่ได้รับความเสียหายจากการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้อง มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินได้เช่นเดียวกัน

4. การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล และการทำละเมิดที่เป็นเหตุทำให้ทารกถึงแก่ความตาย

ในหัวข้อที่ 4 ผู้เขียนได้ทำการศึกษาถึงประเด็นปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของชาย หญิง และเด็กที่ได้รับความเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ซึ่งเป็นผลโดยตรงทำให้เด็กต้องพิการหรือทำให้ทารกถึงแก่ความตาย โดยความผิดพลาดดังกล่าวสามารถเกิดขึ้นได้ในหลายช่วงเวลาโดยผู้เขียนได้แบ่งการศึกษาออกเป็น 2 กรณี ดังนี้

กรณีที่ 1 ปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นผลจากความผิดพลาดทางการแพทย์ในช่วงเวลาก่อนที่มีการปฏิสนธิ ความผิดพลาดทางการแพทย์ในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์และความผิดพลาดทางการแพทย์ระหว่างหญิงตั้งครรภ์หรือระหว่าง

คดี Barragan v Lopez 156 Cal. App. 4th 997, 68 Cal. Rptr. 3d 73 (4th Dist. 2007) ศาลมีคำพิพากษาว่า โดยปกติกฎหมายยินยอมให้ผู้เสียหายเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินได้ต่อเมื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินเป็นผลมาจากความเสียหายทางกายภาพ แต่ในกรณีที่เด็กต้องเกิดขึ้นมาพร้อมกับมีร่างกายที่พิการอย่างร้ายแรง แม้ความพิการของเด็กจะไม่ได้เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ แต่ด้วยลักษณะความพิการของเด็กทำให้ศาลเชื่อว่าเด็กได้รับผลกระทบทางจิตอย่างชัดเจนและแน่นอน การที่ศาลยินยอมให้เด็กฟ้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินจึงไม่เป็นเหตุที่อาจนำไปสู่การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยฉ้อฉล

คลอดบุตร โดยความผิดพลาดทางการแพทย์ดังกล่าวเป็นผลโดยตรงทำให้เด็กต้องพิการหรือทำให้เด็กมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง โดยประเด็นปัญหาทางกฎหมายในกรณีนี้ 1 คือ ภายหลังจากที่เด็กคลอดออกมามีชีวิต เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากการทำละเมิดที่เกิดขึ้นก่อนมีการปฏิสนธิ การทำละเมิดต่อเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนภายนอกครรภ์หรือการทำละเมิดที่เกิดขึ้นในช่วงที่หญิงตั้งครรภ์หรือระหว่างคลอดหรือไม่

กรณีที่ 2 ปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เป็นเหตุทำให้ทารกถึงแก่ความตายก่อนมีสภาพบุคคล โดยประเด็นปัญหาทางกฎหมายในกรณีนี้ 2 คือ แม่โดยปกติชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของเด็กซึ่งรวมถึงสิทธิเรียกร้องค่าขาดไร้อุปการะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 443 แต่ในกรณีที่ทารกถึงแก่ความตายก่อนที่คลอดออกมามีชีวิต ในช่วงเวลาดังกล่าวยังไม่มีค่าน้ำมันนอนว่าทารกสามารถคลอดออกมามีชีวิตได้หรือไม่ อีกทั้งทารกยังไม่มีหน้าที่ให้การอุปการะเลี้ยงดูชายและหญิงบิดามารดา นักกฎหมายส่วนหนึ่งจึงเห็นว่าชายหญิงที่ต้องสูญเสียทารกไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย แต่ในความเป็นจริงแล้วไม่ว่าจะทารกจะตายก่อนหรือภายหลังคลอด ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับชายและหญิงจากการตายของทารกก็มีลักษณะคล้ายคลึงกัน การที่กฎหมายยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเฉพาะการตายของทารกภายหลังคลอดย่อมเป็นเหตุที่ทำให้เกิดความเป็นธรรมกับชายและหญิง

ปัญหาทางกฎหมายที่ได้กล่าวข้างต้น ผู้เขียนทำการศึกษาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศโดยมีรายละเอียดดังนี้

4.1. ปัญหาว่าด้วยสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล

ปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล เป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับนิติสถานะของมนุษย์ที่ยังไม่ได้รับการปฏิสนธิแต่อาจจะเกิดขึ้นมามีชีวิตในอนาคตและรวมถึงปัญหาเกี่ยวกับนิติสถานะของทารกในครรภ์ก่อนที่จะคลอดออกมามีชีวิต โดยปัญหาเกี่ยวกับนิติสถานะของมนุษย์ก่อนคลอดออกมามีชีวิตนี้เป็นปัญหาที่ยังมีการถกเถียงกันอย่างกว้างขวางในต่างประเทศว่ากฎหมายควรเริ่มให้ความคุ้มครองสิทธิของมนุษย์เมื่อใด และกฎหมายสามารถให้ความคุ้มครองสิทธิของมนุษย์ที่ยังไม่ได้เกิดขึ้นมาชีวิตอย่างไร อีกทั้งมาตรการในการคุ้มครองสิทธิเพียงใดถึงเหมาะสมและไม่กระทบต่อสิทธิของบุคคลอื่นๆ ไม่ว่าจะเป็นชายและหญิงผู้เป็นบิดามารดาหรือผู้ทำละเมิด

ภายหลังจากที่ผู้เขียนได้ศึกษาประเด็นปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลซึ่งเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์สามารถแบ่งปัญหาย่อยออกได้ 3 ประการ ดังนี้

(1) ปัญหาว่าด้วยสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกิดขึ้นระหว่างที่หญิงตั้งครรภ์ ระหว่างการทำคลอดหรือการทำแท้ง

(2) ปัญหาว่าด้วยสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ กล่าวคือ ความผิดพลาดทางการแพทย์ที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนที่อยู่ภายนอกครรภ์

(3) ปัญหาว่าด้วยสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกิดขึ้นก่อนที่มีการปฏิสนธิ กล่าวคือ ความผิดพลาดทางการแพทย์ทำให้เกิดความเสียหายต่อความสามารถในการเจริญพันธุ์ของชายและหญิง หรือทำให้ชายและหญิงเสียโอกาสที่จะให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์

จากปัญหาทั้ง 3 ประการที่ได้กล่าวข้าง เมื่อพิจารณาจากหลักกฎหมายและแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศพบว่าในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศแคนาดา ประเทศออสเตรเลีย ประเทศฝรั่งเศส ประเทศออสเตรเลีย และประเทศอิตาลี ในช่วงต้นกฎหมายของทุกประเทศเห็นว่าเด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล โดยมีเหตุผลที่แตกต่างกันออกไป ตัวอย่างเช่น บุคคลไม่มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อทารกในครรภ์ การพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลเป็นไปได้อย่างหรือไม่สามารถเกิดขึ้นได้ กล่าวคือ เป็นเรื่องที่ยากลำบากที่เด็กจะพิสูจน์ว่าความพิการของเด็กไม่ได้เป็นผลที่เกิดขึ้นได้เองตามธรรมชาติแต่เป็นผลมาจากการทำละเมิดก่อนที่มีสภาพบุคคล ซึ่งความยากลำบากในการพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลดังกล่าวอาจเป็นเหตุที่นำไปสู่การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยฉ้อฉล

อย่างไรก็ตามเมื่อสังคมและวิทยาศาสตร์เจริญก้าวหน้าเพิ่มขึ้น สมาชิกของสังคมจึงเห็นว่าเมื่อนุชย์ทุกคนมีสิทธิที่จะได้เกิดขึ้นมามีชีวิตและมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ และเมื่อการทำละเมิดทำให้นุชย์เสียสิทธิดังกล่าวและต้องเกิดขึ้นมาพิการ การที่กฎหมายห้ามมิให้นุชย์ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายย่อมสร้างความเป็นธรรมให้กับผู้เสียหายอย่างมาก อีกทั้งยังอาจเป็นการสนับสนุนให้สมาชิกในสังคมละเลยและไม่ใช้ความระมัดระวังต่อทารกในครรภ์ หรือนุชย์ที่กำลังจะเกิดขึ้นมาในอนาคต ด้วยความไม่เป็นธรรมดังกล่าวศาลของประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา ประเทศออสเตรเลีย ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศสและประเทศออสเตรียมีความเห็นตรงกันว่า ในกรณีที่มีการกระทำใดแม้จะเกิดขึ้นก่อนที่เด็กมีสภาพบุคคล ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นเหตุโดยตรงที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อเด็ก ภายหลังจากที่เด็กคลอดออกมามีชีวิตเด็กย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากบุคคลผู้ทำละเมิด

เมื่อพิจารณาแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในมลรัฐต่างๆ ของประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้พิพากษา Oliver Wendell Holmes J. ได้วางแนวบรรทัดฐานเอาไว้ว่าเมื่อทารกยังเป็นส่วนหนึ่งของหญิงที่ตั้งครรภ์ การทำละเมิดต่อทารกในครรภ์จึงเป็นการละเมิดต่อหญิงที่ตั้งครรภ์เท่านั้น เฉพาะแต่หญิงที่เป็นผู้เสียหายและมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย ซึ่งบรรทัดฐานเช่นนี้มีผลใช้บังคับในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นเวลามากกว่า 60 ปี จนกระทั่งได้มีคำพิพากษาคดี Bonbrest v Kotz ซึ่งศาลพิจารณาว่าเมื่อ Viable fetus ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของหญิงแต่เป็นอีกบุคคลหนึ่งที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย บุคคลจึงมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อ Viable fetus แยกต่างหากจากหญิงที่ตั้งครรภ์ ดังนั้น หากมีการกระทำใดที่เป็นการฝ่าฝืนต่อหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อ Viable fetus จนเป็นเหตุทำให้เด็กต้องคลอดออกมาพิการหรือมีปัญหาสุขภาพ การกระทำดังกล่าวย่อมเป็นการทำละเมิดต่อหญิงที่ตั้งครรภ์และเด็ก เด็กย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดต่างหากจากหญิง

อย่างไรก็ดี แม้นักกฎหมายพยายามประนีประนอมหลักกฎหมายเดิมที่ไม่ยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล ด้วยการยินยอมให้เด็กที่ได้รับความเสียหายจากการทำละเมิดขณะเป็น Viable fetus มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย แต่นักกฎหมายจำนวนหนึ่งมีความเห็นว่า เหตุใดกฎหมายถึงให้ความคุ้มครองเฉพาะกับ Viable fetus เท่านั้น ในขณะที่กฎหมายประเภทอื่นๆ อาทิ กฎหมายว่าด้วยการทำแท้งหรือกฎหมายห้ามมิให้มีการทำลายทารกได้เริ่มให้ความคุ้มครองสิทธิของมนุษย์ตั้งแต่เป็น Non-viable fetus เพื่อไม่ให้เกิดความไม่สอดคล้องในระบบกฎหมาย นักกฎหมายกลุ่มดังกล่าวเห็นว่ากฎหมายลักษณะละเมิดต้องให้ความคุ้มครองสิทธิของ Non-viable fetus เช่นเดียวกัน โดยหลักการดังกล่าวในภายหลังได้ปรากฏในคำอธิบายกฎหมาย Restatement (Second) of Torts § 869 (1979)

ปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลไม่ได้หยุดอยู่ที่ปัญหาการทำละเมิดต่อ Non-viable fetus เท่านั้น เพราะภายหลังที่กฎหมายยินยอมให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายจากการทำละเมิดภายหลังที่มีการปฏิสนธิ นักวิชาการอีกจำนวนหนึ่งเห็นว่าในกรณีที่เด็กได้รับความเสียหายจากการกระทำใดๆ ก่อนที่มีการปฏิสนธิ กล่าวคือ เด็กได้รับความเสียหายจากผลของการสูญเสียความสามารถในการเจริญพันธุ์ของชายหรือหญิง ถ้าการทำละเมิดดังกล่าวเป็นเหตุโดยตรงทำให้ชายและหญิงไม่สามารถให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ภายหลังที่เด็กคลอดออกมามีชีวิตเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนที่ตนได้รับการปฏิสนธิเช่นกัน อย่างไรก็ตาม สิทธิของเด็กที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอันเป็นผลมาจากการทำละเมิดก่อนที่มีการปฏิสนธิเป็นสิทธิตามกฎหมายจารีตประเพณีเท่านั้น

อย่างไรก็ดี แม้ศาลจะยินยอมให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนการปฏิสนธิ แต่ศาลได้จำกัดความรับผิดของผู้ทำละเมิดไว้เฉพาะเมื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเด็กเป็นผลมาจากการทำละเมิดต่อความสามารถในการเจริญพันธุ์ของชายและหญิงผู้ที่เป็นบิดามารดาของเด็กเท่านั้น ในกรณีที่ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเด็กเป็นผลมาจากการทำละเมิดต่อความสามารถในการเจริญพันธุ์ของปู่ ย่า ตา ยาย เด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด ซึ่งศาลพยายามอธิบายว่าความเสียหายในกรณีหลังไม่ครอบคลุมเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล และในบางครั้งศาลเห็นว่าเป็นความเสียหายที่เกินกว่าความคาดเห็นได้ของผู้ทำละเมิด

ในประเทศอังกฤษสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท กล่าวคือ ประเภทที่ 1 สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายจารีตประเพณีซึ่งปรากฏขึ้นในคดี *Burton v. Islington Health Authority* โดยศาลพิจารณาว่า นอกจากบุคคลมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อหญิงที่ตั้งครรภ์แล้ว บุคคลยังมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อทารกในครรภ์อีกด้วย หากมีการล่วงละเมิดต่อหน้าที่ดังกล่าวจนเป็นเหตุทำให้เด็กได้รับความเสียหาย เด็กก็มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอันเป็นผลมาจากการทำละเมิด ประเภทที่ 2 แม้เด็กจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายจารีตประเพณี แต่เพื่อป้องกันปัญหาความไม่แน่นอนในการปรับใช้กฎหมายฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้ตรากฎหมายลายลักษณ์อักษร *The Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976* ให้เด็กที่ได้รับความเสียหายจากการทำละเมิดก่อนที่มีการปฏิสนธิ กล่าวคือ เด็กที่ได้รับความเสียหายอันเป็นผลมาจากการสูญเสียความสามารถในการเจริญพันธุ์ของชายและหญิง เด็กที่ได้รับความเสียหายจากความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ กล่าวคือ เด็กได้รับความเสียหายจากการถูกทำละเมิดต่อเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อน เด็กที่ได้รับความเสียหายจากการทำละเมิดต่อหญิงที่ตั้งครรภ์ หรือเด็กที่ได้รับความเสียหายจากการทำละเมิดระหว่างอยู่ในครรภ์หรือระหว่างคลอด มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทั้งปวงอันเป็นผลมาจากการทำละเมิด

อย่างไรก็ดี แม้ตามกฎหมายอังกฤษเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายจากการทำละเมิดก่อนที่มีการปฏิสนธิ แต่สิทธิดังกล่าวมีเฉพาะในกรณีที่การทำละเมิดเกิดขึ้นกับความสามารถในการเจริญพันธุ์ของชายและหญิงผู้เป็นบิดามารดาเท่านั้น หากการทำละเมิดเกิดขึ้นกับความสามารถในการเจริญพันธุ์ของปู่ ย่า ตา ยาย แม้การกระทำดังกล่าวเป็นเหตุทำให้เด็กต้องเกิดขึ้นมาพิการ เด็กก็ไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย³⁵²

³⁵² *Reay v BNF plc, Hope v BNF plc* 5 Med LR 1. and *The Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976 section 1(2)(a)*

ในประเทศแคนาดา เมื่อพิจารณาหน้าที่การใช้ความระมัดระวังตามกฎหมายจารีตประเพณีพบว่าบุคคลไม่ได้มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อบุคคลที่มีสภาพบุคคลตามกฎหมายแล้วเท่านั้น แต่บุคคลยังมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อทารกในครรภ์อีกด้วย อย่างไรก็ตาม ยังไม่ปรากฏแน่ชัดว่าบุคคลมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อมนุษย์ที่ยังไม่ได้รับการปฏิสนธิหรือไม่ นอกจากนี้เมื่อพิจารณาในกระบวนการทำแท้ง นอกจากแพทย์มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังในการทำแท้งให้หญิง กล่าวคือ แพทย์มีหน้าที่งดเว้นจากการกระทำที่อาจเป็นเหตุทำให้หญิงได้รับอันตรายจากการทำแท้งและมีหน้าที่ทำแท้งให้ประสบผลสำเร็จ แพทย์ยังมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อทารกในครรภ์ กล่าวคือ แพทย์มีหน้าที่ไม่ทำให้เด็กได้รับความเสียหายจากการทำแท้ง หากแพทย์ทำแท้งโดยประมาทจนเป็นเหตุทำให้เด็กเกิดขึ้นมามีชีวิตแต่ได้รับความเสียหายจากการทำแท้ง เด็กย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

ในประเทศออสเตรเลีย เมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลพบว่า แม้ในขณะที่มีการทำละเมิดจะยังไม่ปรากฏว่ามีความเสียหายอย่างใดเกิดขึ้นกับทารกหรือไม่ เมื่อความเสียหายยังไม่ปรากฏการกระทำดังกล่าวก็ยังไม่ครบองค์ประกอบความรับผิดชอบตามกฎหมายลักษณะละเมิด แต่ภายหลังที่เด็กคลอดความเสียหายย่อมปรากฏให้เห็นได้ในเวลาเดียวกับเวลาที่คลอด การกระทำที่ทำให้เด็กได้รับความเสียหายจึงครบองค์ประกอบความรับผิดชอบตามกฎหมายลักษณะละเมิด เด็กที่ได้รับความเสียหายจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายดังกล่าวในทางกลับกัน แม้จะมีการกระทำอย่างใด ๆ เกิดขึ้นกับทารกในครรภ์โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากการกระทำดังกล่าวไม่ได้ทำให้เด็กได้รับความเสียหาย การกระทำดังกล่าวย่อมไม่ใช่การกระทำละเมิด

ในประเทศเยอรมนี แม้กฎหมายจะกำหนดให้ความสามารถในการใช้สิทธิของมนุษย์เริ่มต้นภายหลังจากที่มนุษย์มีสภาพบุคคลตามกฎหมายแล้วเท่านั้น ตลอดจนเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบเพื่อละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 823 จะยังไม่สามารถให้คำตอบได้ว่า เด็กมีความสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอันเป็นผลมาจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลหรือก่อนมีการปฏิสนธิหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ศาลสูงของประเทศเยอรมนีได้วางแนวการปรับใช้กฎหมายไว้ว่า แม้ทารกในครรภ์จะยังไม่มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย แต่กฎหมายก็ให้ความคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์เช่นเดียวกับการให้ความคุ้มครองมนุษย์ที่มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย นอกจากนี้ เมื่อมนุษย์ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการปฏิสนธิในสภาพแวดล้อมที่เหมาะสม หากการกระทำอย่างใดเป็นรบกวนหรือการขัดขวางการได้รับการปฏิสนธิในสภาพแวดล้อมดังกล่าว เมื่อเด็กคลอดออกมามีชีวิตเด็กย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้เช่นเดียวกัน แม้ในขณะที่มีการทำละเมิดเด็กจะยังไม่มีร่างกาย อนามัย หรือสุขภาพที่อาจถูกทำละเมิดได้ แต่เมื่อการทำละเมิดทำให้เกิด

ความเสียหายต่อสิทธิในร่างกาย อนามัยหรือสุขภาพ ภายหลังจากที่มนุษย์อยู่ในครรภ์ของหญิงจึงไม่มีเหตุผลอันสมควรที่กฎหมายจะไม่รับรองสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของเด็ก

ในประเทศฝรั่งเศส นอกจากเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลแล้ว ในกรณีที่การกระทำอย่างใดเป็นเหตุทำให้เด็กเสียโอกาสที่จะได้เกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ แม้การกระทำเหล่านั้นจะไม่ได้เป็นเหตุโดยตรงทำให้เด็กต้องพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง ตัวอย่างเช่น แพทย์ไม่ได้ฉีดยาหรือให้คำแนะนำกับหญิงเพื่อให้หญิงเข้ารับการรักษาวัคซีนป้องกันโรคหัดเยอรมันก่อนตั้งครรภ์ หรือแพทย์ไม่ได้ให้คำแนะนำแก่ชายและหญิงว่าควรหลีกเลี่ยงการมีเพศสัมพันธ์ในช่วงเวลาที่ไม่เหมาะสม เมื่อเด็กต้องเกิดขึ้นมามีร่างกายพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง โดยความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กเป็นผลมาจากเชื้อหัดเยอรมันหรือโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ ศาลพิจารณาว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดต่อโอกาสที่เด็กจะเกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ เด็กจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายไทยพบว่า ยังไม่เคยมีคดีความที่เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากการทำละเมิดก่อนที่มีสภาพบุคคลหรือก่อนที่มีการปฏิสนธิ อีกทั้งยังไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายจากการทำละเมิดในช่วงเวลาดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ประเด็นปัญหาที่ว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลหรือไม่ ปรากฏแต่ในความเห็นของนักวิชาการเท่านั้น โดยผู้เขียนแยกศึกษาปัญหาดังนี้

ปัญหาที่ 1 ปัญหาว่าด้วยสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล

สำหรับปัญหาว่าด้วยสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลมีความเห็นทางวิชาการสามารถแบ่งออกได้ 2 ฝ่าย ดังนี้

ฝ่ายที่ 1 ได้แก่ อาจารย์เพ็ง เพ็งนิต³⁵³ มีความเห็นว่าความรับผิดชอบเพื่อละเมิดเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีการทำละเมิดต่อ “บุคคลอื่น” โดยบุคคลอื่นที่จะเป็นผู้เสียหายและมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายต้องมีสภาพบุคคลอยู่ในขณะที่มีการทำละเมิด เมื่อทารกในครรภ์ยังไม่มีสภาพบุคคลการกระทำต่อทารกในครรภ์จึงไม่ได้เป็นการทำละเมิดต่อทารก แต่เป็นการกระทำละเมิดโดยตรงต่อหญิงที่ตั้งครรภ์ และเมื่อค่าเสียหายที่หญิงมีสิทธิเรียกร้องจากผู้ทำละเมิดครอบคลุมถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นกับทารกในครรภ์ด้วยแล้ว เมื่อเด็กได้คลอดออกมามีสภาพบุคคลแม้ว่าเด็กจะต้องพิการหรือมี

³⁵³ เพ็ง เพ็งนิต, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 104*, น.20-21.

ปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรงอันเป็นผลมาจากการกระทำดังกล่าว เด็กก็ไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด

ฝ่ายที่ 2 อาทิ อาจารย์ยืนหยัด ใจสมุทร³⁵⁴ อาจารย์ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล³⁵⁵ อาจารย์ วงษ์ วีระพงษ์³⁵⁶ อาจารย์กิตติศักดิ์ ปรกติ³⁵⁷ สมปรารธนา หลังนาค³⁵⁸ มีความเห็นว่าแม้ขณะที่มีการทำละเมิดทารกจะยังไม่มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย อย่างไรก็ตามที่เด็กคลอดออกมามีชีวิตกฎหมายได้ให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กย้อนไปจนถึงวันที่มีการปฏิสนธิ ซึ่งเป็นไปตามที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 วรรค 2 หากการทำละเมิดเป็นเหตุทำให้เด็กคลอดออกมาพร้อมกับความพิการหรือเด็กต้องมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง เด็กย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด เสมือนหนึ่งว่าการทำละเมิดเกิดขึ้นภายหลังจากที่เด็กมีสภาพบุคคลตามกฎหมาย โดยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายดังกล่าวเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ประกอบมาตรา 15 วรรค 2 อนึ่ง แม้ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเด็กหญิงที่ตั้งครรภ์จะมีส่วนผิดหรือได้ยินยอมมีการทำละเมิด³⁵⁹ ความผิดหรือความยินยอมของหญิงก็ไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของเด็ก³⁶⁰

³⁵⁴ ยืนหยัด ใจสมุทร, "ข้อคิดเห็นบางประการเกี่ยวกับทารกในครรภ์มารดา," บทบัญญัติ, ตอน 2, เล่มที่ 28, น.306 (2514).

³⁵⁵ ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2556), น.35-37.

³⁵⁶ วงษ์ วีระพงษ์, คำอธิบายลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 2, (พระนคร : โรงพิมพ์อักษรสารการพิมพ์, 2514), น.1, 49-50.

³⁵⁷ กิตติศักดิ์ ปรกติ, หลักกฎหมายบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), น.26.

³⁵⁸ สมปรารธนา หลังนาค, "ทารกในครรภ์มารดา : สิทธิและความคุ้มครอง," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น.56.

³⁵⁹ ผู้เขียนเห็นว่า แม้ความเสียหายจะเป็นผลมาจากการที่หญิงยินยอมเข้ารับการทำแท้งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301) แต่ความผิดของหญิงหาได้กระทบต่อสิทธิของเด็ก โดยเด็กที่ได้รับความเสียหายยังคงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์เพื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล

³⁶⁰ Kenneth Smith and Denis J. Keen, English Law, 5th ed., (London : Pitman, 1976), p.257. อ้างถึงใน ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 355, น.34. ; Ian Kennedy and

เมื่อพิจารณาความเห็นทางวิชาการทั้ง 2 กลุ่ม ผู้เขียนมีความเห็นว่า ความเห็นทางวิชาการฝ่ายที่ 1 มีลักษณะคล้ายคลึงกับความเห็นของผู้พิพากษา Oliver Wendell Holmes J. ที่ภายหลังมีการพิสูจน์แล้วว่าเป็นเหตุที่ไม่เหมาะสมและทำให้เกิดความเป็นไม่ธรรมกับเด็ก เพราะทารกในครรภ์ไม่ได้มีลักษณะทางชีววิทยาเช่นเดียวกับหญิงที่ตั้งครรภ์ แต่เป็นอีกบุคคลหนึ่งตามกฎหมายที่ได้รับการคุ้มครองแยกต่างหากจากหญิงมารดา แม้หญิงที่ตั้งครรภ์มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดได้ด้วยตนเอง แต่ค่าเสียหายที่หญิงมีสิทธิเรียกร้องจากผู้ทำละเมิดก็ไม่ครอบคลุมถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเด็กภายหลังที่คลอดออกมามีชีวิต โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่มีความเสียหายที่ต้องใช้เวลาในการแสดงอาการ ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงไม่มีเหตุอันสมควรที่กฎหมายจะยินยอมให้หญิงเท่านั้นที่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอันเป็นผลมาจากการทำละเมิด

เมื่อพิจารณาจากความเห็นทางวิชาการฝ่ายที่ 2 ผู้เขียนมีความเห็นว่าสอดคล้องกับกฎหมายและแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศ เพราะตามหลักกฎหมายและบทบัญญัติแห่งกฎหมายไทย การพิจารณาถึงสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล นอกจากต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 แล้ว ยังต้องพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 วรรค 2 อีกด้วย ซึ่งกฎหมายได้กำหนดไว้อย่างแจ่มชัดว่าสิทธิตามกฎหมายของมนุษย์ไม่ได้เริ่มต้นขึ้นภายหลังที่มีสภาพ

Andrew Grubb, *Principles of Medical Law*, (Clarendon : Butterworths, 1998), pp.666-667.
; Andrew Grubb, Judith Laing, Jean Mchale and Ian Kennedy, *supra note 8*, p.277.

แม้ชายและหญิงจะทราบมาตั้งแต่ต้นแล้วว่าชายและหญิงไม่สามารถให้กำเนิดบุตรมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ แต่การที่ชายและหญิงพยายามที่จะมีบุตรก็ไม่ใช่เหตุที่ทำให้เด็กเสียสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในคดี *Lynch v Scheininger* 314 N.J. Super. 318, 714 A.2d 970 (App. Div. 1998) ข้อเท็จจริงปรากฏว่า แพทย์ทำการรักษาพยาบาลโดยประมาทจนเป็นเหตุทำให้หญิงไม่สามารถให้กำเนิดบุตรคนถัดไปที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ แม้ชายและหญิงทราบถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวชายและหญิงยังคงเลือกที่จะให้กำเนิดบุตรต่อไป เมื่อเด็กเกิดขึ้นมาพิการเด็กจึงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ศาลพิจารณาว่าการที่ชายและหญิงเลือกที่จะให้กำเนิดบุตรคนที่ 2 เป็นเหตุการณ์ที่แพทย์สามารถคาดเห็นได้ เพราะโดยปกติคู่สมรสย่อมความประสงค์ที่จะให้กำเนิดบุตรอยู่เสมอ การที่ชายและหญิงเลือกที่จะให้กำเนิดบุตรทั้งที่ชายและหญิงทราบถึงความเสี่ยงว่าเด็กอาจเกิดขึ้นมาพิการ ย่อมไม่อาจพิจารณาได้ว่าเป็นความผิดของชายและหญิง อีกทั้งเมื่อความพิการของเด็กเป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำโดยประมาทก่อนที่มีการปฏิสนธิ เด็กจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์

บุคคลแล้วเท่านั้น แต่กฎหมายให้ความคุ้มครองสิทธิของมนุษย์ทันทีนับตั้งแต่เวลาที่มีการปฏิสนธิ (Conception) เห็นได้จากถ้อยคำที่ว่า “ทารกในครรภ์มารดาที่สามารถมีสิทธิต่างๆ ได้ หากว่า ภายหลังคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก” ซึ่งตรงกับสุภาษิตลาตินที่ว่า “ทารกในครรภ์มารดาให้ถือว่าได้ คลอดแล้วทุกครั้งที่มีเรื่องเกี่ยวข้องกับประโยชน์ของทารกนั้น (*Nasciturus pro iam nato habetur quotiens de commodis eius quaeritur*) โดยสิทธิของทารกที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย ไม่ใช่เพียงสิทธิที่จะได้รับมรดกตามที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1604 วรรค 2 แต่หมายถึงสิทธิทุกประเภทเท่าที่เป็นประโยชน์ให้แก่ทารก³⁶¹ ซึ่งรวมถึงสิทธิในการฟ้องร้องเรียก ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอันเป็นผลมาจากการทำละเมิดอีกด้วย

การที่กฎหมายเริ่มให้ความคุ้มครองสิทธิของมนุษย์นับตั้งแต่เริ่มต้นการปฏิสนธิ ตามที่ได้กล่าวข้างต้น เป็นผลมาจากการที่กฎหมายไม่ต้องการให้การไม่มีสภาพบุคคลของมนุษย์เป็น อุปสรรคต่อการได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม เด็กจะเริ่มใช้สิทธิหรือแสวงหา ประโยชน์จากสิทธิดังกล่าวได้ต่อเมื่อเด็กมีความสามารถที่จะมีสิทธิตามกฎหมายแล้วเท่านั้น กล่าวคือ เด็กได้คลอดออกมา มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย³⁶²

เมื่อ “การเริ่มต้นความเป็นมนุษย์” และ “การได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย” กับ “การมีสภาพบุคคลตามกฎหมาย” เป็นคนละเรื่องและมีวัตถุประสงค์ไม่เหมือนกัน³⁶³ ผู้เขียนมีความเห็นว่าแม้ในขณะที่มีการทำละเมิดเด็กจะยังไม่มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย แต่เมื่อการกระทำ ดังกล่าวเป็นผลโดยตรงทำให้เด็กได้รับความเสียหายกล่าวคือ ทำให้เด็กพิการหรือทำให้เด็กมีปัญหา สุขภาพอย่างร้ายแรง โดยความเสียหายดังกล่าวปรากฏอย่างแจ้งชัดภายหลังที่เด็กคลอดออกมามีชีวิต ซึ่งเมื่อหากปราศจากการกระทำดังกล่าวเด็กก็มีโอกาสที่จะได้เกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ การกระทำดังกล่าวจึงไม่อาจกล่าวเป็นอย่างอื่นไปได้นอกเสียจากว่าเป็นการทำละเมิดต่อสิทธิ ในร่างกาย อนามัย และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง “สิทธิที่จะได้เกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ พร้อมด้วยความบริบูรณ์แห่งความเป็นมนุษย์ (*Droits a la personnalite*)” เมื่อเด็กได้คลอดออกมา

³⁶¹ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530), น.8. ; กิตติศักดิ์ ปรกติ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 357, น.24.

³⁶² สมทบ สุวรรณสุทธิ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยบุคคล, (พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2510), น.6-7. ; เอกุต์ เอช และ วิจิตร ลูจิตานนท์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล, (พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2477). น.8. ; สมปรารถนา หลังนาค, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 358, น.43.

³⁶³ ดู บทที่ 2 หัวข้อที่ 2.1.1.1

ชีวิตแล้วเด็กจึงมีความสามารถที่จะมีสิทธิได้ตามกฎหมาย เด็กจึงสามารถแสวงหาประโยชน์จากสิทธิดังกล่าวด้วยการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ประกอบมาตรา 15 วรรค 2

ปัญหาที่ 2 ปัญหาว่าด้วยสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

เมื่อพิจารณาปัญหาว่าด้วยสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายจากความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ กล่าวคือ ปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดต่อเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนที่อยู่ภายนอกครรภ์พบว่า ในปัจจุบันกฎหมายยังไม่สามารถกำหนดนิติสถานะของเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนที่อยู่นอกครรภ์ของหญิงได้ว่าเซลล์สืบพันธุ์และตัวอ่อนมีสถานะเช่นใดกล่าวคือเป็นบุคคลหรือเป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่งเท่านั้น นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 วรรค 2 ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น แม้ว่ากฎหมายเริ่มให้ความคุ้มครองสิทธิของมนุษย์ตั้งแต่มีการปฏิสนธิ แต่การให้คุ้มครองดังกล่าวเป็นการคุ้มครองสิทธิของตัวอ่อนที่อยู่ภายในครรภ์ของหญิง (In utero) เท่านั้น ไม่รวมถึงตัวอ่อนที่อยู่ภายนอกครรภ์ของหญิง (Ex utero) เพราะตัวอ่อนที่อยู่ภายนอกครรภ์ยังไม่เริ่มต้นการได้เป็น “ทารกในครรภ์มารดา” ในช่วงเวลาก่อนที่มีการนำตัวอ่อนกลับเข้าสู่โพรงมดลูกของหญิง ตัวอ่อนที่อยู่ภายนอกครรภ์จึงยังไม่ได้ได้รับความคุ้มครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 วรรค 2³⁶⁴ แม้ในภายหลังจะมีการนำตัวอ่อนมาฝังเข้าสู่โพรงมดลูกของหญิง ตัวอ่อนดังกล่าวจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนับแต่เวลาที่ตัวอ่อนได้อยู่ในครรภ์ของหญิงแล้วเท่านั้น กฎหมายไม่ได้ให้ความคุ้มครองย้อนไปถึงวันที่มีการปฏิสนธิหรือวันที่ตัวอ่อนยังอยู่นอกครรภ์ของหญิง ด้วยเหตุดังกล่าวในกรณีที่มีการกระทำอย่างใดเกิดขึ้นกับตัวอ่อนในช่วงเวลาก่อนที่ตัวอ่อนจะเริ่มเป็นทารกในครรภ์ของหญิง แม้การกระทำดังกล่าวจะเป็นเหตุที่ทำให้เด็กต้องพิการหรือเป็นเหตุทำให้เด็กมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง การกระทำเหล่านั้นก็ไม่เป็นการทำละเมิดต่อเด็ก เด็กจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมาย

ผู้เขียนมีความเห็นว่าการที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 ใช้ถ้อยคำว่า “ทารกในครรภ์มารดา” เพราะในขณะที่มีการร่างกฎหมายการปฏิสนธิต้องเกิดขึ้นในครรภ์ของหญิงเท่านั้น วิทยาศาสตร์ยังไม่เจริญก้าวหน้าเพียงพอที่จะทำให้มนุษย์สามารถทราบได้ว่าการปฏิสนธิไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นภายในร่างกายของหญิง แต่เมื่อสภาพสังคมและความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์เปลี่ยนแปลงไป อีกทั้งยังปรากฏว่าการปฏิสนธิไม่จำเป็นต้องเกิดขึ้นภายในร่างกายของ

³⁶⁴ สมปรรณนา หลังนาค, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 358*, น.23.

หญิงอีกต่อไป ถ้อยคำว่า “ในครรภ์มารดา” จึงอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิของตัวอ่อนที่อยู่ภายนอกครรภ์มารดา อีกทั้งเมื่อพิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมายเห็นว่าตามหลักกฎหมายแพ่งกฎหมายประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองสิทธิของมนุษย์ทันทีที่มีการปฏิสนธิซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นของการเป็นมนุษย์ที่แท้จริง เมื่อความเป็นมนุษย์เริ่มต้นตั้งแต่มีกการปฏิสนธิมนุษย์ไม่ว่าจะอยู่ในครรภ์หรือภายนอกครรภ์มารดาก็ควรได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเช่นเดียวกัน³⁶⁵

ในปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอันที่ผลมาจากการทำละเมิดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศอังกฤษพบว่าในอดีตฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้ให้ความสำคัญต่อสิทธิของเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนเช่นเดียวกัน จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1990 เมื่อกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์มีการนำมาใช้อย่างแพร่หลาย อีกทั้งสมาชิกของสังคมสามารถเข้าถึงกระบวนการดังกล่าวได้สะดวกกว่าในอดีต หากกฎหมายไม่กำหนดมาตรการให้ความคุ้มครองสิทธิของมนุษย์ที่อาจได้รับความเสียหายจากความผิดพลาดที่เกิดขึ้นในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ อาจเป็นเหตุทำให้บุคคลากรผู้ให้บริการโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ละเลยที่จะใช้ความระมัดระวังและไม่กระทำการให้เป็นไปตามมาตรฐานการประกอบวิชาชีพ ด้วยเหตุดังกล่าวฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้มีการศึกษาวิจัยและวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวจนกระทั่งนำไปสู่การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายลายลักษณ์อักษรในปี ค.ศ. 1990 โดยที่กฎหมายกำหนดให้เด็กที่ได้รับความเสียหายจากความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์มีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทั้งปวงอันเป็นผลมาจากการกระทำละเมิดในช่วงเวลาดังกล่าว

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายไทยแม้เซลล์สืบพันธุ์และตัวอ่อนภายนอกครรภ์จะไม่ได้รับการคุ้มครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 วรรค 2 แต่เมื่อเซลล์สืบพันธุ์และ

³⁶⁵ เมื่อพิจารณาคำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญานักกฎหมายเห็นว่าจุดเริ่มต้นของชีวิตมนุษย์เริ่มภายหลังที่ตัวอ่อนฝังตัวในโพรงมดลูกของหญิง การกระทำอย่างใดที่เกิดขึ้นก่อนที่มีการฝังตัวจึงไม่เป็นความผิดตามกฎหมายอาญา แต่เมื่อพิจารณาคำอธิบายกฎหมายส่วนแพ่งนักกฎหมายเห็นว่าชีวิตของมนุษย์เริ่มต้นทันทีที่มีการปฏิสนธิโดยไม่ต้องคำนึงถึงการฝังตัวของตัวอ่อนในโพรงมดลูกแต่อย่างใด ดู เอกุต์ เอช และ วิจิตร ลุสิตานนท์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 362*, น.7. ; สหส สิงหวิริยะ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2550), น.6. ; กิตติศักดิ์ ปรกติ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 357*, น.24. ; หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 11, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), น.232. ; ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและลหุโทษ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557), น.250.

ตัวอ่อนเป็นเซลล์ที่สามารถพัฒนาไปเป็นมนุษย์ได้ในอนาคต หากมีความผิดพลาดอย่างไรเกิดขึ้นจนเป็นเหตุขัดขวางการเจริญเติบโตหรือพัฒนาการของเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนภายนอกครรภ์ และเป็นเหตุทำให้เด็กต้องพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง ผู้เขียนมีความเห็นว่ากฎหมายควรรับรองให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอันเป็นผลมาจากการกระทำละเมิดในช่วงเวลาดังกล่าว³⁶⁶ โดยปัญหาว่าด้วยสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เกิดจากการกระทำละเมิดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ ผู้เขียนเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาดังนี้

แนวทางที่ 1 แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 บัญญัติว่าการทำละเมิดต้องเป็นการกระทำต่อบุคคลอื่น แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่าบุคคลอื่นไม่จำเป็นต้องเป็นตัวอ่อนที่อยู่ภายในครรภ์ (ทารกในครรภ์ของหญิง) เท่านั้น เพราะในกรณีที่มีการกระทำอย่างไร้ความผิดกับเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนภายนอกครรภ์จนเป็นเหตุทำตัวเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนได้รับความเสียหายและไม่สามารถพัฒนาขึ้นเป็นมนุษย์ที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ เมื่อความเสียหายดังกล่าวปรากฏให้เห็นภายหลังที่เด็กคลอดออกมา มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการละเมิดต่อสิทธิที่จะได้รับการปฏิสนธิ สิทธิที่จะได้มีพัฒนาการและการเจริญเติบโตในสภาพแวดล้อมที่เหมาะสม

³⁶⁶ ในต่างประเทศมีปัญหาเกิดขึ้นว่า ในกรณีที่ความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกิดขึ้นในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์เป็นเหตุทำให้เซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนถูกทำลายหรือได้รับความเสียหายจนไม่สามารถนำไปใช้ในกระบวนการปฏิสนธิหรือไม่สามารถนำมาฝังตัวในโพรงมดลูกของหญิงชายและหญิงจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการสูญเสียตัวอ่อนหรือเซลล์สืบพันธุ์หรือไม่

ในประเทศสหรัฐอเมริกาคดี *Jeter v Mayo Clinic Ariz* 211 Ariz. 386, 121 P.3d 1256 (2005) และประเทศอังกฤษคดี *Yearworth v North Bristol NHS Trust* [2009] 3 WLR 118 (CA) and *Holdich v Lothian Health Board* 2014 SLT 495 ศาลมีคำพิพากษาว่าเมื่อเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนมีลักษณะเสมือนหนึ่งเป็นทรัพย์สินของชายและหญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ เนื่องจากการกระทำของแพทย์เสมือนหนึ่งเป็นการทำละเมิดต่อสิทธิที่ชายและหญิงมีอยู่ต่อทรัพย์สิน นอกจากนี้ เมื่อสัญญาเข้ารับบริการช่วยการเจริญพันธุ์มีลักษณะคล้ายกับสัญญาฝากทรัพย์สิน ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายอันเป็นผลมาจากการที่แพทย์ชำระหนี้ตามสัญญาฝากทรัพย์สินไม่ถูกต้องอีกด้วย

ในประเทศเยอรมนีคดี BGHZ, 124, 52 (9 November 1993) ศาลมีคำพิพากษาว่าเซลล์สืบพันธุ์ถือได้ว่าเป็นอวัยวะส่วนหนึ่งของร่างกาย การกระทำที่เป็นเหตุทำให้เซลล์สืบพันธุ์ได้รับความเสียหายจึงเป็นการละเมิดต่อสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์

สิทธิในร่างกายและอนามัย เด็กจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420

แนวทางที่ 2 เพื่อไม่ให้ถ้อยคำว่า “ในครรภ์มารดา” ที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 วรรค 2 เป็นอุปสรรคต่อการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายจากการทำละเมิดต่อเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนภายนอกครรภ์ ผู้เขียนเสนอให้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 วรรค 2 โดยให้ตัดถ้อยคำว่า “ในครรภ์มารดา” ออกและให้มีเนื้อความใหม่ดังนี้

มาตรา 15 สภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารกและสิ้นสุดลงเมื่อตาย

ทารกในครรภ์มารดาก็สามารถมีสิทธิต่างๆ ได้ หากว่าภายหลังคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก

นอกจากนี้ ผู้เขียนได้เสนอให้มีการบัญญัติกฎหมายเพิ่มเติมเพื่อรับรองให้เด็กที่ได้รับความเสียหายจากความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดได้ได้อย่างแจ่มชัด โดยผู้เขียนจะกล่าวต่อไป

ปัญหาที่ 3 ปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิ

ปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากการทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิ เป็นปัญหาที่มีประเด็นทางกฎหมายที่ละเอียดอ่อนมากกว่าปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลและการทำละเมิดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เพราะในขณะที่มีการกระทำละเมิดยังไม่เคยปรากฏว่ามีมนุษย์ที่ได้รับการปฏิสนธิเกิดขึ้นมาเลย การกระทำดังกล่าวจึงเป็นเพียงโอกาสที่จะทำให้มนุษย์ที่จะเกิดขึ้นมามีชีวิตในอนาคตได้รับความเสียหาย ซึ่งมนุษย์เช่นว่านั้นยังไม่มีสิทธิในร่างกายหรืออนามัยที่อาจถูกล่วงละเมิดได้จากการกระทำของบุคคลอื่น นอกจากนี้ยังมีปัญหาเกิดขึ้นอีกด้วยว่า ภายหลังจากที่เด็กคลอดออกมามีชีวิตเด็กจะพิสูจน์ได้อย่างไรว่าความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กเป็นผลมาจากการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนที่มีการปฏิสนธิ อีกทั้งจะพิสูจน์ได้อย่างไรว่าความพิการและปัญหาสุขภาพของเด็กไม่ได้เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติหรือเป็นเพราะความผิดปกติทางพันธุกรรม³⁶⁷ หรือเพราะเกิดจากการกระทำของหญิงที่ตั้งครรภ์ เมื่อการพิสูจน์องค์ประกอบเรื่องความสัมพันธ์

³⁶⁷ Magnolia Coca Cola Bottling Co. v Jordan, 124 Tex. 347, 78 S.W.2d 944 (1935) ; Graf v Taggart, 43 N.J. 303, 310-11, 204 A.2d 140, 145 (1964).

ระหว่างการกระทำและผลเป็นไปด้วยความยากลำบากและอาจเป็นเหตุที่นำไปสู่การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยฉ้อฉล³⁶⁸ นอกจากนี้ ในกรณีที่ความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กเป็นผลมาจากการกระทำของชายหรือหญิงบิดามารดา ย่อมมีปัญหาเกิดขึ้นตามมาว่าสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิรวมถึงสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากบิดามารดาด้วยหรือไม่³⁶⁹

ในปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิ ผู้เขียนมีความเห็นว่าแม้ช่วงเวลาก่อนการปฏิสนธิจะยังไม่เคยมีทารกเกิดขึ้นมาเลยก็ตามแต่มนุษย์ทุกคนที่มีโอกาสที่จะเกิดขึ้นมามีชีวิตในอนาคตต่างมีสิทธิโดยชอบธรรมที่จะได้รับการปฏิสนธิในสภาพแวดล้อมที่เหมาะสม ตลอดจนมีสิทธิที่จะได้เกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ การกระทำใดๆ ที่ส่งผลกระทบต่อความสามารถในการเจริญพันธุ์ของชายและหญิง เช่น แพทย์ถ่ายเลือดที่ปนเปื้อนโรคเอดส์ให้กับหญิงหรือชายหรือแพทย์ใช้วิธีการรักษาพยาบาลจนเป็นเหตุให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในโครโมโซมเพศของชายหรือหญิง ถ้าการกระทำดังกล่าวเป็นเหตุทำให้ทารกไม่สามารถปฏิสนธิในสภาพแวดล้อมที่ปลอดภัยตามธรรมชาติ³⁷⁰ แม้การกระทำดังกล่าวเป็นการทำละเมิดต่อความสามารถในการเจริญพันธุ์ของชายและหญิง อีกทั้งเป็นการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนการปฏิสนธิ แต่ในกรณีที่ปราศจากการกระทำดังกล่าวเด็กก็มีโอกาสได้เกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ การกระทำดังกล่าวนอกจากเป็นการละเมิดโดยตรงต่อสิทธิในการเจริญพันธุ์ของชายและหญิง³⁷¹ การกระทำดังกล่าวยังเป็นการละเมิดต่อสิทธิของเด็กอีกด้วย

³⁶⁸ Leal v C. C. Pitts Sand and Gravel, Inc., 419 S.W.2d 820 (Tex.1967)

³⁶⁹ Stanford v St. Louis-San Francisco Ry. Co., 214 Ala. 611, 108 So. 566 (1926).

³⁷⁰ Page Keeton and William Lloyd Prosser, Prosser and Keeton on the Law of Torts, 5th ed., (Michigan : West Group, 1984), pp.367-368. อ้างถึงใน กิตติศักดิ์ ปรกติ, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 357, น.26, เชิงอรรถที่ 16.

³⁷¹ ในกรณีที่ความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นเหตุทำให้ชายและหญิงสูญเสียความสามารถในการเจริญพันธุ์อย่างถาวร ศาลประเทศอังกฤษในคดี Briody v St Helens and Knowsley Area Health Authority [2002] 2 WLR 394 (CA) มีคำพิพากษาว่า ชายและหญิงอาจมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายและมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายที่อาจเกิดขึ้นในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์จากแพทย์ โดยมีเงื่อนไขว่าชายและหญิงต้องพิสูจน์ว่าการตั้งครรภ์ด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ต้องมีโอกาสประสบผลสำเร็จ

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายและแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมนีและบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา แรกเริ่มเดิมทีศาลไม่กล้ายินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีการพิสูจน์ เพราะเห็นว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องที่ไม่แน่นอนและไม่อาจพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลได้ซึ่งปัญหาดังกล่าวผู้เขียนมีความเห็นว่า ความยากลำบากในการพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลไม่เป็นเหตุทำให้เด็กเสียสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย เพราะท้ายที่สุดเด็กเป็นฝ่ายที่มีภาระในการพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าความเสียหายเกิดจากการกระทำก่อนที่มีการพิสูจน์หรือไม่ และด้วยความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์การพิสูจน์ว่าความเสียหายเป็นผลมาจากการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนการพิสูจน์จริงหรือไม่ ไม่ได้เป็นเรื่องที่ยากเกินกว่าความสามารถของมนุษย์อีกต่อไป กฎหมายจึงไม่ต้องกังวลเลยว่าการยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจะเป็นเหตุทำให้เกิดการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยฉ้อฉล

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับประเทศฝรั่งเศส ในกรณีที่มีการกระทำอย่างใดก่อนที่มีการพิสูจน์ไม่ได้เป็นเหตุโดยตรงที่ทำให้เด็กต้องพิการ แต่เมื่อการกระทำดังกล่าวทำให้เด็กเสียโอกาสที่จะได้เกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ตัวอย่างเช่น การที่แพทย์ไม่ได้ให้วัคซีนป้องกันโรคหัดเยอรมันกับหญิงก่อนตั้งครรภ์ หรือแพทย์ตรวจสุขภาพของชายหรือหญิงก่อนตั้งครรภ์โดยประมาททำให้ชายและหญิงไม่ทราบว่าตนเป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ และทำให้ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตร จนเป็นเหตุทำให้เด็กเกิดขึ้นมาเป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ตั้งแต่กำเนิด การกระทำดังกล่าวย่อมเป็นการละเมิดสิทธิและโอกาสของเด็กที่จะได้เกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ เคยมีปัญหาเกิดขึ้นว่าสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีการพิสูจน์ รวมถึงความเสียหายที่เป็นผลมาจากการทำละเมิดที่ต่อความสามารถในการเจริญพันธุ์ของ ปู่ ย่า ตา ยาย ด้วยหรือไม่ โดยศาลของประเทศอังกฤษเห็นว่าด้วยข้อจำกัดของกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่กำหนดว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายต่อเมื่อความเสียหายเป็นผลมาจากการทำละเมิดที่เกิดขึ้นต่อความสามารถในการเจริญพันธุ์ของชายและหญิงบิดามารดา เด็กจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายดังกล่าว ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาศาลพิจารณาว่าเด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายด้วยข้อจำกัดว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล เพราะเหตุที่ผู้ทำละเมิดไม่สามารถคาดเห็นได้ว่าการกระทำที่เกิดขึ้น ปู่ ย่า ตา ยาย จะเป็นเหตุที่ทำให้บุคคลในรุ่นหลานของบุคคลกล่าวได้รับความเสียหาย

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา เพราะในกรณีที่กฎหมายไม่ให้สิทธิกับเด็กที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากการทำละเมิดที่เกิดขึ้นกับความสามารถในการเจริญพันธุ์ของปู่ ย่า ตา ยาย เท่ากับกฎหมายสนับสนุนให้บุคคลใช้ความระมัดระวังต่อ ปู่ ย่า ตา ยาย และบิดามารดาของเด็กเท่านั้น แต่บุคคลสามารถละเลยที่จะใช้ความระมัดระวังต่อบุคคลในช่วงชีวิตถัดๆ ไปได้ ตัวอย่างเช่น กรณีบริษัทผลิตยาเลือกที่จะผลิตยาที่อาจทำให้เกิดความเสียหายต่อความสามารถในการเจริญพันธุ์ของชายหรือหญิง แต่ความเสียหายดังกล่าวจะไม่ปรากฏในรุ่นลูกของผู้ใช้ยาแต่อาจปรากฏในรุ่นหลานของผู้ใช้ยา เมื่อบริษัทผลิตยาไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับหลานของผู้ใช้ยา อาจเป็นเหตุทำให้บริษัทผลิตยาไม่กังวลที่จะผลิตยาดังกล่าว ในทางกลับกันถ้ากฎหมายรับรองให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดที่เกิดขึ้นกับความสามารถในการเจริญพันธุ์ของปู่ ย่า ตา ยาย ก่อนที่บริษัทผลิตยาจะเลือกผลิตยาดังกล่าว บริษัทผลิตยามีหน้าที่ศึกษาวิจัยเพื่อให้ยาที่กำลังจะผลิตไม่มีผลข้างเคียงต่อรุ่นลูกและรุ่นหลาน เหลน ลื้อ ของผู้ใช้ยาด้วย

นอกจากนี้ อาจมีปัญหาเกิดขึ้นว่ากรณีที่กฎหมายยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากการทำละเมิดข้ามรุ่นอาจเป็นการขัดขวางความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ เนื่องจากการทดลองและวิจัยถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากนวัตกรรมใหม่ๆ ต้องใช้เวลานาน ซึ่งถ้าต้องรอให้ผลการทดลองหรือการวิจัยเหล่านั้นเป็นที่แน่นอนว่านวัตกรรมชนิดใหม่จะไม่ส่งผลทำให้เกิดความเสียหายต่อรุ่นลูกและรุ่นหลาน เหลน ลื้อ ของผู้ใช้นวัตกรรมอาจทำให้สังคมไม่ได้รับประโยชน์จากความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์

ในปัญหาที่ว่ากรณีที่กฎหมายยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากการทำละเมิดข้ามรุ่นอาจเป็นเหตุขัดขวางความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ ผู้เขียนมีความเห็นว่ากรณีที่กฎหมายยินยอมให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดข้ามรุ่นไม่มีผลเป็นการขัดขวางการเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ เพราะวิทยาศาสตร์จะละเลยต่อสุขภาพและชีวิตของมนุษย์ไม่ได้ หากสังคมมุ่งเน้นที่จะสนับสนุนและส่งเสริมเฉพาะความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์จนละเลยต่อความปลอดภัยของคนในสังคม อาจเป็นเหตุทำให้สมาชิกของสังคมจำนวนมากได้รับความเสียหาย ดังนั้น สังคมควรสนับสนุนให้มีการทดลองหรือการวิจัยอย่างใดๆ ต่อเมื่อสังคมมั่นใจได้ว่าการทดลองและการวิจัยดังกล่าวปลอดภัย และสามารถควบคุมผลกระทบและผลข้างเคียงที่อาจเกิดขึ้นจากกระบวนการดังกล่าวได้

ในปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนที่มีการปฏิสนธิ ผู้เขียนมีความเห็นว่าเมื่อพิจารณาตามหลักความรับผิดชอบเพื่อละเมิด แม้กฎหมายกำหนดว่าการทำละเมิดต้องเป็นการกระทำต่อบุคคลอื่น แต่ไม่มีความจำเป็นว่าบุคคลอื่นต้องมีตัวตนหรือเป็นทารก

ในครรภ์ของหญิงแล้วเท่านั้น ในกรณีที่มีการกระทำอย่างใดๆ เกิดขึ้นและเป็นเหตุทำให้มนุษย์ที่มีโอกาสจะเกิดขึ้นในอนาคตไม่สามารถได้รับการปฏิสนธิในสภาพแวดล้อมที่เหมาะสม หรือไม่มีโอกาสที่จะได้เกิดขึ้นมา มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการละเมิดต่อสิทธิในร่างกายและอนามัย สิทธิที่จะได้รับการปฏิสนธิในสภาพแวดล้อมที่เหมาะสม³⁷² สิทธิและโอกาสที่จะได้เกิดขึ้นมา มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ซึ่งเป็นสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย เด็กจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420

แม้ปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล การทำละเมิดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์และการทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิสามารถแก้ได้โดยอาศัยการตีความบทบัญญัติกฎหมาย แต่เพื่อป้องกันปัญหาความไม่ชัดเจนอนในการปรับใช้กฎหมาย อีกทั้งเพื่อรับรองให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดในช่วงเวลาที่เด็กกล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนเสนอให้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420/1 โดยให้มีเนื้อความดังนี้

มาตรา 420/1 ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติของมาตรา 420 ในกรณีที่เด็กได้รับความเสียหายจากการทำละเมิดก่อนที่มีการปฏิสนธิ ระหว่างที่อยู่ในครรภ์ ระหว่างการคลอด ภายหลังที่เด็กคลอดออกมา มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย ผู้ทำละเมิดจำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่เด็กเพื่อการนั้น

การกระทำตามวรรคหนึ่ง รวมถึงการกระทำต่อความสามารถในการเจริญพันธุ์ของบิดามารดา และบุพการีของเด็ก และการกระทำต่อเซลล์สืบพันธุ์และตัวอ่อนในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ไม่ว่าจะเป็นอย่างขั้นตอนการเลือก การตรวจคัดกรอง การจัดเก็บหรือการใช้เซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อน³⁷³

³⁷² กิตติศักดิ์ ปรกติ, *อ่วงแล้ว เชิงอรรถที่ 357*, น.26

³⁷³ เมื่อพิจารณาจากร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่) พ.ศ. ... (ปรับปรุงกฎหมายลักษณะละเมิด) คณะอนุกรรมการของกระทรวงยุติธรรมได้เสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 เพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กที่ได้รับความเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลซึ่งมีเนื้อดังนี้

มาตรา 420 ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยมิชอบ ให้เขาได้รับความเสียหาย ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น

ความเสียหายตามวรรคหนึ่ง หมายรวมถึง ความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย จิตใจ เสรีภาพ ชื่อเสียง เกียรติยศ ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ สิทธิใน

ดังนั้น ในกรณีที่ความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการเกิดเป็นเหตุโดยตรงทำให้เด็กต้องพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง ความผิดพลาดดังกล่าวจึงเป็นการทำละเมิดต่อสิทธิของเด็กตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 เมื่อเด็กคลอดออกมามีชีวิต เด็กจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงิน โดยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 444 ตัวอย่างเช่น

(1) ค่าเสียหายจากอันตรายที่เกิดขึ้นกับเนื้อตัวร่างกายของเด็ก ความทุพพลภาพ ความพิการทั้งทางจิตใจและทางร่างกาย การสูญเสียความสามารถในการมองเห็นและการพูด การสูญเสียความสามารถในการที่จะมีพัฒนาการทางจิตใจและทางร่างกายที่ปกติ

(2) ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ ค่ารักษาพยาบาลทั้งในปัจจุบันและอนาคต ค่าใช้จ่ายในการฟื้นฟูสมรรถภาพทางร่างกายและจิตใจ ค่าจ้างพยาบาลหรือพี่เลี้ยงพิเศษ นอกจากนี้ยังรวมถึง ค่าใช้จ่ายสำหรับเครื่องใช้ส่วนตัว ค่าอุปกรณ์ช่วยเหลือที่จำเป็นต่อการดำเนินชีวิต และอาจรวมถึง ค่าใช้จ่ายในการปรับปรุงที่อยู่อาศัยเพื่อให้เหมาะสมกับสภาพความพิการของเด็ก

(3) ค่าเสียหายจากการเสียโอกาสที่จะได้มีชีวิตอย่างคนปกติที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ซึ่งรวมถึงค่าเสียหายจากการสูญเสียโอกาสและความสามารถในการประกอบกิจการงานตามปกติในอนาคต

ในขณะที่ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอื่นอันไม่ใช่ตัวเงิน ได้แก่ ค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 ตัวอย่างเช่น ค่าเสียหายจากความทุกข์ทรมาน ค่าเสียหายจากการสูญเสียความรื่นรมย์ในการดำเนินชีวิต ค่าเสียหายต่อจิตประสาท ค่าเสียหายจากการสูญเสียความงดงาม แต่ไม่รวมถึงค่าเสียหายทางอารมณ์ ตัวอย่างเช่น ค่าเสียอกเสียใจ³⁷⁴ ค่าเสียหายจากความชอกช้ำระกำใจ³⁷⁵ ค่าเสียหายจากความเศร้าโศกเสียใจที่ได้รับข่าวร้าย³⁷⁶

ครอบครัว ความเป็นอยู่ส่วนตัว ทรัพย์สิน (ทางทำมาหาได้) สิทธิในการประกอบอาชีพ การงาน หรือสิทธิอื่นใด

สิทธิอื่นใดตามวรรคสอง หมายความว่ารวมถึง ประโยชน์ที่แม้มิได้มีกฎหมายบัญญัติรับรองคุ้มครองไว้โดยชัดแจ้ง แต่เป็นสิทธิประโยชน์ที่บุคคลพึงมีพึงได้ในสังคม (รวมทั้งสิทธิต่างๆ ของทารกในครรภ์มารดา หากภายหลังคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก)

³⁷⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 789/2502

³⁷⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1550/2518

³⁷⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2816/2528

นอกจากเด็กที่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแล้ว มีข้อสังเกตอีกด้วยว่าในกรณีที่ทำละเมิดไม่เพียงแต่ทำให้เกิดความเสียหายต่อเด็ก แต่ยังทำให้เกิดความเสียหายต่อชายและหญิงบิดามารดาที่ต้องมีภาระหน้าที่และค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเพิ่มมากขึ้น ทำให้เกิดปัญหาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการที่เด็กได้รับความเสียหายจากการทำละเมิดหรือไม่

ในปัญหาดังกล่าวเมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศฝรั่งเศส ประเทศเยอรมนีและบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลพิจารณาว่าในกรณีที่การทำละเมิดที่เกิดขึ้นกับเด็กไม่ทำให้ชายและหญิงได้รับความเสียหาย เฉพาะเด็กเท่านั้นที่เป็นผู้เสียหายและมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย³⁷⁷ ชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพียงเพราะเหตุที่เด็กถูกทำละเมิด³⁷⁸ เว้นแต่เป็นชายและหญิงทำหน้าที่เป็นผู้แทนโดยชอบธรรมใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแทนเด็ก³⁷⁹

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่การทำละเมิดที่เกิดขึ้นกับเด็กเป็นเหตุทำให้เกิดความเสียหายต่อชายและหญิงด้วยแล้ว ชายและหญิงย่อมเป็นผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการทำละเมิดอีกฝ่ายหนึ่งต่างหากจากเด็ก ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผลกระทบทางเศรษฐกิจและภาระหน้าที่ทางการเงินที่เพิ่มมากขึ้นกว่าปกติ ตัวอย่างเช่น ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่เพิ่มมากขึ้นหรือค่าใช้จ่ายเพื่อใช้ในการรักษาพยาบาลเด็ก นอกจากนี้ ถ้าชายและหญิงได้รับผลกระทบทางจิตใจอย่างรุนแรงจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ชายและหญิงย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน ตัวอย่างเช่น ความเศร้าโศกเสียใจ ความเจ็บปวดทุกข์ทรมาน การสูญเสียความคาดหวังในการดำเนินชีวิตและความเหน็ดเหนื่อยจากการที่ต้องเลี้ยงดูเด็กที่มีร่างกายพิการไปตลอดชีวิต³⁸⁰

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายไทย ในกรณีที่การทำละเมิดต่อเด็กก่อนมีสภาพบุคคลระหว่างกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์หรือก่อนมีการปฏิสนธิเป็นเหตุทำให้เด็กเกิดขึ้นมามีร่างกายพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง ผู้เขียนมีความเห็นว่า นอกจากการกระทำดังกล่าวจะเป็นการทำละเมิดต่อเด็กโดยตรงแล้ว การกระทำดังกล่าวยังเป็นการละเมิดต่อสิทธิของชายและหญิงด้วย

³⁷⁷ Steggall v Morris, 363 Mo. 1224, 258 S.W.2d 577 (1953) ; Prescott v Robinson, 74 N.H. 460, 69 A. 522 (1908).

³⁷⁸ Tebbutt v Virostek, 65 N.Y.2d 931, 493 N.Y.S.2d 1010, 483 N.E.2d 1142 (1985).

³⁷⁹ Kausz v Ryan (1879) 51 Iowa 232, 1 NW 485 ; Steggall v Morris (1953) 363 Mo 1224, 258 SW2d 577 ; Prescott v Robinson (1908) 74 NH 460, 69 A 522.

³⁸⁰ Hogle v Hall By and Through Evans, 112 Nev. 599, 916 P.2d 814 (1996).

เช่นกัน เพราะโดยปกติบิดามารดามีอำนาจปกครองและมีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตร อีกทั้งยังมีอำนาจป้องกัน (*Pouvoir de protection*) ไม่ให้บุคคลใดมาก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุตรของตน³⁸¹ เมื่อการกระทำละเมิดทำให้ภาระหน้าที่ของบิดามารดาในการเลี้ยงดูเด็กเพิ่มมากขึ้น เช่น บิดามารดาต้องเสียค่าใช้จ่ายทางการแพทย์เพื่อรักษาพยาบาลเด็ก หรือบิดามารดามีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูเด็กภายหลังจากที่เด็กบรรลุนิติภาวะ³⁸² บิดามารดาจึงเป็นผู้เสียหายจากการทำละเมิดต่างหากจากบุตร³⁸³ และมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดได้ด้วยตนเอง³⁸⁴ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420

³⁸¹ ไพจิตร ปุญญพันธ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 37*, น.34-35.

³⁸² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1564 วรรค 2

³⁸³ ไพจิตร ปุญญพันธ์, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 37*, น.34-35. ; เพ็ง เพ็งนิติ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 104*, น.39-40. ; วารี นาสกุล, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 36*, น.325-326.

³⁸⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1145/2512 บุตรโจทก์ถูกรถยนต์ชนได้รับบาดเจ็บสาหัส โจทก์ซึ่งเป็นบิดาและเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมย่อมมีหน้าที่รักษาพยาบาล เมื่อต้องเสียค่าใช้จ่ายต่างๆ ไปแล้ว จึงมีอำนาจฟ้องเรียกค่าเสียหายที่จ่ายไปซึ่งเป็นค่าเสียหายส่วนตัวโดยตรงได้ ; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3571/2525 การที่จำเลยใช้ผู้เยาว์ขึ้นข่มให้ผลกระทอนหล่นจากต้น แล้วจำเลยมิได้ใช้ความระมัดระวังในการป้องกันมิให้เกิดอันตรายแก่ผู้เยาว์โดยจงใจได้ตักเตือนมิให้ผู้เยาว์ทำงานมากเกินไป ผู้เยาว์ข่มต้นกระทอนอยู่ครึ่งชั่วโมงเป็นเหตุให้แขนไม่มีกำลังพอที่จะยึดเหนี่ยวกิ่งไม้ไว้ได้จึงตกลงมาตายดังนี้ เป็นการกระทำละเมิดต่อผู้เยาว์และต่อผู้ใช้อำนาจปกครองของผู้เยาว์ด้วย ; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5435/2552 การที่โจทก์ที่ 1 เป็นบุตรของโจทก์ที่ 2 ถูกจำเลยที่ 1 บุตรของจำเลยที่ 2 ใช้มีดฟันที่ข้อมือซ้ายได้รับบาดเจ็บสาหัส โจทก์ที่ 2 ซึ่งเป็นบิดาและเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมย่อมมีหน้าที่ดูแลจ่ายค่ารักษาพยาบาลและค่าเดินทางต่างๆ ที่เกี่ยวเนื่องกัน เมื่อต้องเสียค่าใช้จ่ายดังกล่าวไปแล้ว โจทก์ที่ 2 ย่อมมีอำนาจฟ้องเรียกค่าเสียหายที่จ่ายไปจากผู้ทำละเมิดคือจำเลยที่ 1 ซึ่งอยู่ในความดูแลของจำเลยที่ 2 ได้ เพราะเป็นค่าเสียหายส่วนตัวโดยตรง แม้นคำฟ้องระบุว่าโจทก์ได้รับความเสียหายโดยมิได้ระบุว่าโจทก์ทั้งสอง แต่คำว่าโจทก์ย่อมหมายถึงโจทก์ทั้งสองซึ่งรวมถึงโจทก์ที่ 2 ด้วย โจทก์ที่ 2 ในฐานะส่วนตัวจึงมีอำนาจฟ้องเรียกค่าเสียหายจำเลยทั้งสองซึ่งเป็นค่าเสียหายส่วนตัวโดยตรง ; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6232/2554 โจทก์เป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กชายอนันท์จึงมีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูซึ่งรวมถึงหน้าที่ในการดูแลรักษาพยาบาลเด็กชายอนันท์ซึ่งเป็นบุตรผู้เยาว์ ดังนั้น เมื่อเด็กชายอนันท์ถูกรถยนต์ชนโจทก์ย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้ผู้กระทำละเมิดรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายได้โดยตรง

ตัวอย่างค่าเสียหายที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากผู้ทำละเมิดประกอบไปด้วย ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่เพิ่มมากขึ้นเพราะเหตุที่เด็กต้องพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง จากการทำละเมิด ค่าขาดรายได้จากการที่ชายหรือหญิงจำเป็นต้องลางานชั่วคราวหรือลาออกจากงาน อย่างถาวรเพื่อมาดูแลเด็ก ค่าเสียหายจากการขาดแรงงานภายในครัวเรือน³⁸⁵ ค่าเสียหายจากการสูญเสียสิทธิที่จะได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากเด็ก³⁸⁶ ส่วนค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่

อย่างไรก็ตาม มีคำพิพากษาของศาลที่พิพากษาว่าชายและหญิงไม่มีสิทธิเรียกร้อง ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่ต้องทุพพลภาพจากการทำละเมิดปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2455/2519 ในการละเมิดทำให้เขาเสียหายแก่ร่างกายหรืออนามัย ผู้ต้องเสียหายจะเรียกร้อง ค่าเสียหายอย่างใดได้บ้างมีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 444, 445 และ 446 ซึ่งหาได้ให้สิทธิแก่บิดาที่จะเรียกร้องเอาค่าเสียหายเพื่อการที่จะต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรซึ่งทุพพลภาพเพราะถูกระทำละเมิดต่อไปในอนาคตไม่

³⁸⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3585/2525 จำเลยขับรถจักรยานยนต์ ทำให้โจทก์ต้องพิการ ตลอดชีวิต ภริยาโจทก์ถึงแก่ความตาย การที่ภริยาโจทก์ต้องตายนี้นอกจากโจทก์ต้องขาดแรงงานจากการเย็บเสื้อผ้าของภรรยาไปวันหนึ่งไม่น้อยกว่า 140 บาทแล้ว โจทก์ยังต้องขาดผู้ช่วยดูแลกิจการร้าน ขาดแม่บ้านที่จะช่วยแก้ปัญหาและดูแลความทุกข์สุขในครอบครัว จำเลยต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนในการที่โจทก์ต้องขาดไร่อุปการะและขาดแรงงานจากภริยา

³⁸⁶ มีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นว่าในกรณีการทำละเมิดเป็นเหตุทำให้เด็กต้องทุพพลภาพและพิการอย่างถาวรจนไม่สามารถให้การอุปการะเลี้ยงดูบุตรได้ตามมารดาได้ตามความเป็นจริง บิดามารดามีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายขาดไร่การอุปการะเลี้ยงดูด้วยหรือไม่ เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 444 ไม่ได้บัญญัติถึงสิทธิดังกล่าว อนึ่ง ศาลได้วางแนวพิจารณาพิพากษาคดีไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1251/2505 ความรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 443 ซึ่งให้สิทธิผู้ขาดไร่อุปการะตามกฎหมายที่จะฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนได้นั้น ต้องเป็นกรณีที่ผู้ทำละเมิดทำให้เขาถึงตาย หากมีการทำละเมิดแต่ไม่ถึงตาย ผู้ทำละเมิดก็ไม่ต้องรับผิดชอบผู้ที่อ้างว่าขาดไร่อุปการะ

ในปัญหาข้างต้น สุธีรา ประชุมรัตน์ ได้เสนอว่ากรณีที่การทำละเมิดเป็นเหตุทำให้บุตร ทุพพลภาพโดยสิ้นเชิงและไม่สามารถประกอบกิจการงานได้ บิดามารดาควรมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าขาด ไร่การอุปการะเลี้ยงดูได้เช่นเดียวกับกรณีที่การทำละเมิดเป็นเหตุทำให้บุตรถึงแก่ความตาย ดู สุธีรา ประชุมรัตน์, "ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับค่าสินไหมทดแทนเพื่อการขาดไร่อุปการะในคดี

เป็นตัวเงิน แม้ศาลในประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส และบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา³⁸⁷ มีคำพิพากษาให้ชายและหญิงที่ให้กำเนิดบุตรที่พิการจากการทำละเมิดมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย เพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินจากผู้ทำละเมิดโดยไม่คำนึงว่าการทำละเมิดทำให้เกิดความเสียหายต่อร่างกายหรืออนามัยของชายหรือหญิงไม่ แต่เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 เมื่อการกระทำของผู้ทำละเมิดไม่ได้เป็นเหตุทำให้ชายและหญิงได้รับความเสียหายต่อสิทธิในร่างกาย อนามัย และเสรีภาพ เพราะความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการทำละเมิดเป็นความเสียหายต่อสิทธิในครอบครัวและสิทธิที่จะให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ชายและหญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน

ละเมิด," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2551)

อย่างไรก็ดี พบว่ามีคำพิพากษาที่ยินยอมให้บิดามารดาฟ้องร้องเรียกค่าขาดไร้อุปการะแม้ว่าบุตรไม่ถึงแก่ความตายปรากฏในคำพิพากษาศาลจังหวัดนนทบุรีคดีหมายเลขแดงที่ 76/2549 ศาลพิพากษาให้บิดามารดาของผู้เยาว์ที่ถูกทำละเมิดจนต้องการเป็นคนทุพพลภาพ มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าขาดไร้อุปการะเลี้ยงดูจากผู้ทำละเมิดได้เช่นเดียวกัน ในประเด็นนี้ สุธีรา ประชุมรัตน์ ได้สัมภาษณ์ความเห็นของผู้พิพากษาทวิช กำเนิดเพชร (ผู้พิพากษาอาวุโส ศาลจังหวัดนนทบุรี) และอาจารย์ไพจิตร ปุญญพันธ์ โดยผู้พิพากษาทวิชได้ให้ความเห็นว่า เมื่อการทำละเมิดเป็นเหตุทำให้ผู้เยาว์หมดโอกาสทำมาหาเลี้ยงชีพ อีกทั้งไม่สามารถให้การอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา เมื่อบิดามารดา มีสิทธิที่จะได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากบุตรตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/38 บิดามารดาจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด โดยค่าขาดไร้อุปการะเลี้ยงดูนี้ไม่ใช่ค่าเสียหายกับค่าขาดรายได้ผู้เยาว์มีสิทธิฟ้องร้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 444 เพราะสิทธิของบิดามารดาเป็นสิทธิที่เกิดขึ้นตามกฎหมายลักษณะครอบครัวและเป็นสิทธิเฉพาะตัว แยกต่างหากจากผู้เยาว์ ในขณะที่อาจารย์ไพจิตรได้ให้ความเห็นว่า คำพิพากษาของศาลจังหวัดนนทบุรีฉบับนี้เป็นกรณีที่ศาลกำหนดค่าขาดไร้อุปการะเลี้ยงดูตามบทบัญญัติมาตรา 420 ประกอบมาตรา 438 ดู สุธีรา ประชุมรัตน์, "ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับค่าสินไหมทดแทนเพื่อการขาดไร้อุปการะในคดีละเมิด," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2551), น.84-86.

³⁸⁷ Lucchesi v Frederic N Stimmel, 716 P2d 1013 (Ariz 1986) ; Boyd v Bulala, 9 Med Liab Rptr 29 (WD Va 1986) ; Ramos v Valey Vista Hosp 234 CalRptr 608 (App 1978)

4.2. ปัญหาว่าด้วยสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดที่เป็นเหตุทำให้ทารกถึงแก่ความตาย

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนได้ทำการศึกษาว่าในกรณีที่ความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นเหตุทำให้ทารกถึงแก่ความตายก่อนมีสภาพบุคคล ชายและหญิงบิดามารดาจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกหรือไม่ โดยปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดจนเป็นเหตุทำให้ทารกถึงแก่ความตายเป็นปัญหาที่มีละเอียดอ่อน เพราะปกติกฎหมายจะไม่ยินยอมให้บุคคลใดฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของบุคคลอื่น เนื่องจากตัวผู้ที่ได้รับความเสียหายที่แท้จริงได้ถึงแก่ความตายไปแล้ว เมื่อไม่มีบุคคลที่ควรได้รับการเยียวยาความเสียหายอยู่อีกต่อไปจึงไม่มีประโยชน์ที่จะให้บุคคลอื่นมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย นอกจากนี้ เมื่อชีวิตของมนุษย์ไม่สามารถประเมินมูลค่าได้ กฎหมายจึงไม่ควรยินยอมให้มีการแสวงหาประโยชน์จากชีวิตผู้ตาย เพราะการพยายามประเมินคุณค่าของมนุษย์ไม่ต่างอะไรกับการพยายามลดคุณค่าความเป็นมนุษย์ของผู้ตาย ดังนั้น การที่กฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำความผิดจนเป็นเหตุทำให้ทารกถึงแก่ความมีความผิดตามกฎหมายอาญาจึงเป็นเรื่องที่เหมาะสมมากกว่า เพราะนอกจากเป็นการช่วยป้องปรามไม่ให้มีการกระทำความผิดซ้ำอีกแล้ว มาตรการลงโทษทางอาญายังสามารถช่วยปรับเปลี่ยนพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดเพื่อให้กลับเป็นคนดีของสังคมอีกด้วย

อย่างไรก็ดี เมื่อไม่ใช่เฉพาะผู้ตายเท่านั้นที่ได้รับความเสียหายจากการทำละเมิด แต่บุคคลที่ต้องอยู่ภายใต้การอุปการะเลี้ยงดูของผู้ตายเป็นอีกหนึ่งบุคคลที่ได้รับผลกระทบทั้งโดยตรงและข้างเคียงจากการตายของผู้ตาย กฎหมายในหลายประเทศจึงยอมรับว่าผู้ที่อยู่ภายใต้การอุปการะเลี้ยงดูของผู้ตายเป็นอีกหนึ่งบุคคลที่ได้รับความเสียหายแยกต่างหากจากผู้ตาย และเป็นบุคคลที่กฎหมายควรให้ความคุ้มครองเพื่อให้บุคคลเหล่านั้นมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดได้เช่นเดียวกัน

เมื่อพิจารณากฎหมายประเทศฝรั่งเศสและประเทศเยอรมนี แม้กฎหมายยินยอมให้ทายาทหรือผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ตายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอันเป็นผลมาจากการตายของผู้ตาย แต่กฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขว่าสิทธิดังกล่าวจะเกิดขึ้นต่อเมื่อบุคคลถึงแก่ความตายภายหลังที่คลอดออกมามีชีวิตและมีสภาพบุคคลตามกฎหมายแล้วเท่านั้น หากการตายของบุคคลเกิดขึ้นก่อนที่บุคคลมีสภาพบุคคล ทายาทหรือผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ตายไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายดังกล่าว

เมื่อพิจารณากฎหมายของประเทศอังกฤษ แม้ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรยินยอมให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล The Congenital Disability (Civil Liability) Act 1976 ตลอดจนยินยอมให้ผู้ที่อยู่ภายใต้การ

อุปการะเลี้ยงดูของผู้ตายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายจากการตายที่เป็นผลมาจากการทำละเมิดตาม The Fatal Accident Act 1976 นอกจากนี้ กฎหมายได้กำหนดให้กองทรัพย์สินของผู้ตายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแทนผู้ตายเสมือนหนึ่งว่าผู้ตายยังไม่ถึงแก่ความตาย ตาม The Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934 อย่างไรก็ตาม กฎหมายทั้ง 3 ฉบับข้างต้นได้กำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขว่าบุคคลจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล หรือบุคคลมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายจากการตายได้ต่อเมื่อผู้ถูกทำละเมิดหรือผู้ตายคลอดออกมา มีสภาพบุคคลตามกฎหมายแล้วเท่านั้น หากการทำละเมิดเกิดขึ้นก่อนมีสภาพบุคคลแต่ทารกไม่ได้คลอดออกมีชีวิต เด็ก ชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของเด็ก³⁸⁸

อย่างไรก็ดี แม่ชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของเด็กตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่ศาลเห็นว่าตามกฎหมายจารีตประเพณีชายและหญิงยังคงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากการตายของทารกก่อนมีสภาพบุคคลซึ่งปรากฏในคดี *Bagley v North Herts Ha*³⁸⁹ ข้อเท็จจริงปรากฏว่าแพทย์ตรวจครรภ์ของหญิงโดยประมาท ทำให้แพทย์ไม่ได้ทำคลอดให้กับหญิงก่อนครบกำหนดคลอดและเป็นเหตุทำให้เด็กตายคลอด ศาลพิพากษาว่าหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากตายของเด็ก ซึ่งประกอบไปด้วยค่าเสียหายจากการที่ต้องสูญเสียบุตร ค่าเสียหายจากการสูญเสียความคาดหวังที่จะได้เต็มเต็มครอบครัว และค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นกับร่างกายและอนามัยของหญิง³⁹⁰

เมื่อพิจารณากฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้เขียนพบว่าเป็นเพียงประเทศเดียวเท่านั้นที่กฎหมายยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกก่อนที่มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม กฎหมายของแต่ละรัฐกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกแตกต่างกันออกไป สามารถสรุปได้ดังนี้

(1) กฎหมายไม่ยินยอมให้บิดามารดาฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารก เพราะเห็นว่าหญิงที่ได้รับความเสียหายจากการทำละเมิดเท่านั้นที่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นกับร่างกายและอนามัยของตน³⁹¹

³⁸⁸ Andrew Grubb and Judith Laing, *supra note 360*, pp.712-713.

³⁸⁹ [1986] NLJ 1014

³⁹⁰ Alasdair Maclean, *supra note 80*, p.121.

³⁹¹ *Wallace v Wallace* NH 421 A 2d 134, 136-7 (1980)

(2) กฎหมายยินยอมให้บิดามารดาฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารก ต่อเมื่อทารกคลอดออกมามีสภาพบุคคลตามกฎหมายแล้วเท่านั้น และการตายของทารกต้องเป็นผล มาจากการทำละเมิดภายหลังที่ทารกมีสภาพบุคคลแล้ว³⁹²

(3) กฎหมายยินยอมให้บิดามารดาฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารก ต่อเมื่อทารกคลอดออกมามีสภาพบุคคลตามกฎหมายแล้วเท่านั้น และการตายของทารกต้องเป็นผล มาจากการทำละเมิดต่อ Viable fetus เท่านั้น³⁹³

(4) กฎหมายยินยอมให้บิดามารดาฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารก ต่อเมื่อทารกคลอดออกมามีสภาพบุคคลตามกฎหมายแล้วเท่านั้น และการตายของทารกต้องเป็นผล มาจากการทำละเมิดต่อ Non-viable fetus เท่านั้น³⁹⁴

(5) กฎหมายยินยอมให้บิดามารดาฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของ Viable fetus โดยการตายต้องเป็นผลจากการทำละเมิดต่อ Viable fetus เท่านั้น³⁹⁵

(6) กฎหมายยินยอมให้บิดามารดาฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของ Viable fetus โดยการตายต้องเป็นผลจากการทำละเมิดต่อ Non-viable fetus เท่านั้น³⁹⁶

(7) กฎหมายยินยอมให้บิดามารดาฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของ Viable fetus แม้ว่าการตายเป็นผลจากการทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิก็ตาม

(8) กฎหมายยินยอมให้บิดามารดาฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของ Non-viable fetus โดยการตายต้องเป็นผลจากการทำละเมิดต่อ Non-viable fetus เท่านั้น

³⁹² Danos v St Pierre La 402 So 2d 633, 636 (1981) ; Lecesse v McDonough 367 NE 2d 1250, 1254 (1977).

³⁹³ Summerfield v Superior Court In and For Maricopa County, 144 Ariz. 467, 698 P.2d 712 (1985).

³⁹⁴ Yonce v SmithKline Beecham Clinical Laboratories, Inc., 111 Md. App. 124, 680 A.2d 569 (1996) ; Nealis v Baird, 1999 OK 98, 996 P.2d 438 (Okla. 1999) ; Hudak v Georgy, 535 Pa. 152, 634 A.2d 600 (1993).

³⁹⁵ Presley v Newport Hospital 365 A 2d 748 (1976) ; Chrisafogeorgis v Brandenburg 304 NE 2d 88, 92 (1973) ; White v Yup 458 P 2d 617, 622 (1969).

³⁹⁶ Pino v United States, 183 P.3d 1001 (Okla.2008)

(9) กฎหมายยินยอมให้บิดามารดาฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของ Non-viable fetus แม้ว่าการตายเป็นผลมาจากการทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิก็ตาม³⁹⁷

เมื่อพิจารณากฎหมายไทย ในกรณีที่มีการกระทำละเมิดจนเป็นเหตุให้ “บุคคลอื่น” ถึงแก่ความตาย นอกจากผู้ตายจะเป็นผู้ได้รับผลกระทบและเป็นผู้เสียหายโดยตรงจากสูญเสียชีวิตอันเป็นสิ่งที่มีความสำคัญแล้ว การตายของผู้ตายยังส่งผลกระทบต่อบุคคลผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดและเป็นบุคคลที่อยู่ภายใต้การอุปการะเลี้ยงดูตามกฎหมายของผู้ตายอีกด้วย ด้วยเหตุดังกล่าวประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 443 และ 445 จึงบัญญัติให้บุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการตายของผู้ตายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดได้เช่นเดียวกัน โดยค่าเสียหายที่บุคคลดังกล่าวมีสิทธิเรียกร้องจากผู้ทำละเมิดต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น โดยแบ่งออกได้ดังนี้

- (1) ค่าปลงศพ
- (2) ค่าใช้จ่ายจำเป็นประการอื่นๆ เนื่องจากการตายของผู้ตาย³⁹⁸
- (3) ค่ารักษาพยาบาลก่อนตาย อาทิ ค่ารักษาพยาบาล ค่าพยาบาลเฝ้าไข้ ค่ายา และเวชภัณฑ์ ค่าใช้จ่ายในการเดินทางของญาติเพื่อไปเยี่ยมหรือเฝ้าไข้ผู้ตาย
- (4) ค่าขาดประโยชน์จากการประกอบกิจการงานก่อนตาย
- (5) ค่าขาดไร้อุปการะตามกฎหมาย
- (6) ค่าขาดแรงงาน

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่ผู้ตายยังไม่มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย แต่เป็นทารกในครรภ์ย่อมมีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นว่า สิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายข้างต้นรวมถึงการตายของ “ทารกในครรภ์” ด้วยหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาว่าด้วยสิทธิร้องเรียกค่าขาดไร้อุปการะตามกฎหมาย ซึ่งปกติกฎหมายยินยอมให้สามีภรรยา บิดามารดาและบุตรของผู้ตายมีสิทธิเรียกร้องค่าขาดไร้การอุปการะตามกฎหมายจากผู้ทำละเมิด โดยไม่คำนึงถึงความสามารถหรือรายได้ของผู้ตาย³⁹⁹ อีกทั้งยังไม่คำนึงถึงโอกาสที่บุคคลดังกล่าวจะได้รับการอุปการะเลี้ยงดูตามความเป็นจริง กล่าวคือ แม้ผู้ตายไม่เคยให้การอุปการะเลี้ยงดูผู้เสียหายก่อนถึงแก่ความตาย ผู้เสียหายก็ยังมีสิทธิฟ้องเรียก

³⁹⁷ Jilek v Colonial Penn Ins. Co., 468 So. 2d 671 (La. Ct. App. 4th Cir. 1985).

³⁹⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 166/2514 ค่าปลงศพและค่าใช้จ่ายอันจำเป็นจะต้องพิจารณาตามสมควรและฐานะของผู้ตาย ทั้งต้องพิจารณาถึงประเพณีการทำศพตามลัทธินิยมด้วย ; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 574/2515 ค่าพาหนะที่บิดามารดาและญาติของผู้ตายเดินทางไปจัดการศพ ; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2707/2516 ค่าก่อเจดีย์บรรจุอัฐิตามสมควรและค่าหนังสือแจกงานศพ

³⁹⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 231/2515 , 5129/2546

ค่าขาดไร้การอุปการะจากผู้ทำละเมิด⁴⁰⁰ ดังนั้น หากมีความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการเกิดปรากฏขึ้นจนเป็นเหตุทำให้เด็กคลอดออกมามีชีวิตแล้วถึงแก่ความตายทันที เมื่อขณะที่เด็กถึงแก่ความตายเด็กมีหน้าที่ให้การอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาตามกฎหมายแล้ว⁴⁰¹ การกระทำของแพทย์จึงทำให้ชายและหญิงบิดามารดาเสียสิทธิที่จะได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากเด็กบิดาและมารดาจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าขาดไร้การอุปการะจากผู้ทำละเมิดได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 443 แม้ในขณะที่เด็กถึงแก่ความตายเด็กจะยังไม่มีความสามารถในแสวงหาประโยชน์และรายได้ อีกทั้งยังไม่มีความสามารถในการให้การอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาตามความเป็นจริงก็ตาม

ในทางกลับกัน กรณีที่ความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นทำให้ทารกถึงแก่ความตายก่อนมีสภาพบุคคล ตัวอย่างเช่น ทารกถึงแก่ความตายระหว่างกำลังคลอดผ่านทางช่องคลอดหรือทารกถึงแก่ความตายในช่วงเวลาที่พร้อมจะคลอดออกมามีชีวิต เมื่อทารกยังไม่คลอดออกมาสภาพบุคคล ทารกจึงยังไม่มีความสามารถและยังไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องให้การอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา อีกทั้งบิดามารดาเองก็ไม่มีสิทธิเรียกให้ทารกให้การอุปการะเลี้ยงดูตน ดังนั้น ในกรณีดังกล่าวชายหญิงบิดามารดาไม่มีสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 443 เพื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากการตายของทารก⁴⁰²

ด้วยผลทางกฎหมายข้างต้นเห็นได้ว่าสิทธิของชายและหญิงที่ต้องสูญเสียบุตรระหว่างคลอดหรือก่อนคลอดเพียงชั่วขณะมีลักษณะที่แตกต่างจากสิทธิของชายและหญิงที่สูญเสียบุตรภายหลังที่มีสภาพบุคคลตามกฎหมายเพียงชั่วขณะอย่างมากโดยผู้เขียนขอยกตัวอย่างดังนี้

นาย ก และนาง ข คู่สามีภรรยา โดยนาง ข ได้ตั้งครรภ์ฝาแฝดคือเด็กชายหนึ่งและเด็กชายสอง เมื่อครบกำหนดคลอด นาง ข เข้ารับการคลอดกับนายแพทย์ ง แต่นายแพทย์ ง ทำคลอดด้วยความประมาทเป็นเหตุทำให้เด็กชายหนึ่งคลอดออกมาไม่มีชีวิต แต่เด็กชายสองคลอดออกมามีชีวิตและเสียชีวิตลงทันที ในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของเด็กทั้งสอง นาย ก และนาง ข มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าปลงศพของเด็กชายสอง ค่าใช้จ่ายที่จำเป็นเนื่องจากการตายของเด็กชายสองและค่าขาดไร้การอุปการะซึ่งนาย ก และนาง ข คาดว่าจะได้รับจากเด็กชายสองในอนาคตเท่านั้น แต่นาย ก และนาง ข ไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าปลงศพและค่าใช้จ่ายที่จำเป็นเนื่องจากการตายของเด็กชายหนึ่ง และไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าขาดไร้การอุปการะเลี้ยงดูที่คาดว่าจะได้รับจากเด็กชายหนึ่งภายหลังที่เด็กชายหนึ่งได้คลอดออกมามีชีวิต

⁴⁰⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1942/2499 , 412-413/2515, 446-449/2516, 7119/2541

⁴⁰¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1563

⁴⁰² สมปรรณนา หลังนาค, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 358*, น.57.

จากตัวอย่างข้างต้นจะเห็นได้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นกับนาย ก และนาง ข จากการที่ต้องสูญเสียเด็กชายหนึ่งและเด็กชายสองไม่แตกต่างกัน แต่ด้วยเงื่อนไขของการมีสภาพบุคคลของเด็กทำให้สิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของนาย ก และนาง ข เพื่อการตายของเด็กชายหนึ่งและเด็กชายสองแตกต่างกันโดยสิ้นเชิง ด้วยเหตุที่กฎหมายไม่สามารถสร้างความเป็นธรรมให้กับชายและหญิงที่ต้องสูญเสียบุตรในช่วงระยะเวลาต่างกันในเรื่อง กฎหมายจึงไม่ควรนำพัฒนาการของทารกหรือสภาพบุคคลมาเป็นเหตุจำกัดสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของชายและหญิงผู้เป็นมารดาบิดาของเด็ก เพราะในความเป็นจริงไม่มีใครสามารถยืนยันได้ว่า ชายและหญิงที่ต้องสูญเสียบุตรที่มีอายุครรภ์เพียง 5 เดือน จะได้รับความเสียหายน้อยกว่าชายและหญิงที่ต้องสูญเสียบุตรแรกคลอดที่มีอายุเพียง 1 นาที การที่กฎหมายไม่ยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกก่อนมีสภาพบุคคลเป็นเพียงความพยายามที่จะให้คุ้มครองพิเศษกับผู้ทำละเมิด อีกทั้งยังเป็นการชักจูงให้ผู้ทำละเมิดเลือกที่จะฆ่าทารกแทนที่จะปล่อยให้ทารกได้คลอดออกมามีชีวิตเท่านั้น⁴⁰³

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากประวัติศาสตร์กฎหมายผู้เขียนพบว่าก่อนที่มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในกรณีที่การทำละเมิดเป็นเหตุทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย นอกจากผู้ทำละเมิดจะต้องรับผิดชอบตามกฎหมายอาญาแล้ว ผู้ทำละเมิดยังต้องรับผิดชอบในทางแพ่ง โดยแบ่งแยกออกได้เป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่ 1 ผู้ทำละเมิดต้องชำระค่าปรับให้กับรัฐ และส่วนที่ 2 ผู้ทำละเมิดต้องชดใช้ให้กับญาติของผู้ตายซึ่งก็คือค่าแห่งชีวิตของผู้ตายนั่นเอง ทั้งนี้ กฎหมายกำหนดให้ค่า

⁴⁰³ Kwaterski v State Farm Mutual Automobile Ins Co 148 NW 2d 107,110 (1967). ศาลมีคำพิพากษาว่าหากศาลไม่ยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารก ย่อมแสดงให้เห็นได้ว่าศาลเลือกที่จะให้ภูมิคุ้มกันกับแพทย์เพื่อให้แพทย์ทำการรักษาพยาบาลด้วยความประมาทอย่างใดก็ได้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าการกระทำของแพทย์เหล่านั้นจะเป็นเหตุทำให้ทารกถึงแก่ความตายหรือไม่

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากความรับผิดชอบจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลจะพบว่ากฎหมายยอมรับว่าเด็กที่ได้รับความเสียหายจากการทำละเมิดที่เกิดขึ้นก่อนเด็กมีสภาพบุคคลมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด ดังนั้น ในกรณีที่การทำละเมิดไม่เพียงเป็นเหตุทำให้เด็กพิการหรือมีปัญหาสุขภาพ แต่เป็นเหตุทำให้ทารกถึงแก่ความตายก่อนมีสภาพบุคคล หากศาลไม่ยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของเด็ก ย่อมเป็นสิ่งที่ไม่ยุติธรรมอย่างยิ่งเพราะกฎหมายยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการกระทำที่ทำให้เกิดความเสียหายน้อยกว่า อีกทั้งการที่ศาลไม่ยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายย่อมเป็นเหตุสนับสนุนให้แพทย์เลือกที่จะทำให้เด็กตายมากกว่าทำให้เด็กเกิดขึ้นมาพิการ

แห่งชีวิตของผู้ตายแต่ละคนไม่เท่าเทียมกันขึ้นอยู่กับเพศ อายุ สุขภาพหรือศักดิ์นา อีกทั้ง ยังต้องพิจารณาสภาพของวัตถุที่ผู้ทำละเมิดได้ใช้เพื่อฆ่าผู้ตาย เพราะในกรณีที่การตายเป็นผลมาจากการทำละเมิดด้วยเหตุที่ร้ายแรงอาจส่งผลทำให้ผู้ทำละเมิดถูกปรับเพิ่มมากขึ้น นอกจากนี้ ค่าแห่งชีวิตของเพศชายมีสูงกว่าค่าชีวิตของเพศหญิงสองเท่า ในขณะที่เดียวกันหากผู้ตายมีศักดิ์นาสูง ค่าแห่งชีวิตของผู้ตายย่อมมีค่ามากกว่าผู้ที่มีศักดิ์นาต่ำกว่า อย่างไรก็ตาม หากผู้ตายมีร่างกายพิการอยู่แล้วก่อนที่มีการทำละเมิดค่าแห่งชีวิตของผู้ตายย่อมมีน้อยกว่าผู้ที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์⁴⁰⁴ นอกจากนี้ ในกรณีที่ผู้ตายคือทารกในครรภ์ของหญิง กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ได้อธิบายว่าแต่เดิมกฎหมายให้ความคุ้มครองและคำนึงถึงสิทธิของทารกในครรภ์เช่นเดียวกัน กล่าวคือ เด็กสามารถเป็นบุคคลในทางกฎหมายได้ก่อนที่จะเกิดขึ้นมามีสภาพบุคคล อย่างไรก็ตามได้กำหนดว่าทารกในครรภ์มีค่าแห่งชีวิตเป็นครึ่งหนึ่งของค่าชีวิตของหญิงมารดาซึ่งได้ปรากฏในกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จดังนี้⁴⁰⁵

มาตรา 10 ผู้ใดให้ยาแก่ท่านกิน ลูกในท้องตาย ให้เอาค่าตัวแม่มั่นกิ่งหนึ่งตั้งใหม่ ทวีคูณเป็นสินไหมกิ่งพินัยกิ่ง แล้วให้ทวน 60 ที่เอาขึ้นขาอย่างประจານ แล้วจำไว้ณะคุก ถ้าตายทั้งแม่ทั้งลูก ให้มั่นตายตกไปตามกัน และ

มาตรา 15 ผู้วิวาทกับหญิงมีครรภ์ ตีฟันแทงหญิงมีครรภ์ลูกในท้องตาย แม่มีบาดเจ็บ ให้ใหม่ผู้ตีฟันแทงโดยขนาด ถ้าตายทั้งแม่ทั้งลูกให้ฆ่าผู้ตีฟันแทงให้ตกไปตามกัน

จากความไม่เป็นธรรมที่กฎหมายไม่ยินยอมให้ชายและหญิงที่สูญเสียทารกในครรภ์จากการทำละเมิดมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการผู้ทำละเมิด ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่ากฎหมายควรยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้เช่นเดียวกับกรณีที่การทำละเมิดเป็นเหตุทำให้เด็กแรกคลอดถึงแก่ความตายด้วยเหตุผลดังนี้

(1) เมื่อพิจารณาจากประวัติศาสตร์กฎหมายก่อนที่มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จเคยให้ความคุ้มครองสิทธิของชายและหญิงที่จะ

⁴⁰⁴ โรแบร์ต แลงการ์ด, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กฎหมายเอกชน), (พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2478), น.184-187, 196-200. และ โรแบร์ต แลงการ์ด, คำสอนชั้นปริญญาโท พุทธศักราช 2478 เล่ม 2 ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย (กฎหมายเอกชน) ละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 3, (พระนคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2478), น.121-123, 129-131. ; พระยานิติไพศาล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 105, น.175-179.

⁴⁰⁵ ดูกฎหมายลักษณะวิวาท มาตรา 181 และกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จมาตรา 150 และกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์, ว่าด้วยกฎหมายพระเจ้าลูกยาเธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ อนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพ นายแสวง เตระยานนท์, (ธนบุรี : โรงพิมพ์บรรหาร, 2507), น.107-108.

ฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกก่อนมีสภาพบุคคล ด้วยเหตุดังกล่าวถ้าหากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะให้ความคุ้มครองต่อชายและหญิงที่ต้องสูญเสียทารกก่อนมีสภาพบุคคล จากผลของการทำละเมิดย่อมไม่ใช่เรื่องที่แปลกประหลาดแต่อย่างใด ในทางกลับกันกฎหมายในลักษณะดังกล่าวยังทำให้เกิดความเป็นธรรมกับชายและหญิงอีกด้วย

(2) เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 443 อย่างละเอียดพบว่ากฎหมายไม่ได้ประสงค์ ให้ความคุ้มครองคนตาย แต่กฎหมายมุ่งประสงค์ให้ความคุ้มครองคนที่ชีวิตอยู่ โดยเป็นการคุ้มครอง ผลกระทบที่ผู้มีชีวิตอยู่ได้รับความเสียหายจากการตายของผู้ตาย เมื่อผลกระทบจากการตายของทารก ก่อนมีสภาพบุคคลไม่แตกต่างจากผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการตายของเด็กแรกคลอด และเมื่อ กฎหมายยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของเด็กแรกคลอด กฎหมายก็ควรยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกก่อนด้วย เช่นเดียวกัน

(3) เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายอาญาพบว่า กฎหมายอาญาในความผิด ที่เกี่ยวกับการทำแท้งกฎหมายให้ความคุ้มครองสิทธิที่จะมีชีวิตของทารกนับตั้งแต่เวลาที่มีการปฏิสนธิ และเมื่อกฎหมายดังกล่าวไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิที่จะมีชีวิตของทารกเท่านั้น แต่ยังมี มุ่งคุ้มครองสิทธิในการให้กำเนิดบุตรของชายและหญิงอีกด้วย จึงไม่มีเหตุผลอันสมควรที่กฎหมาย ลักษณะละเมิดซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองสิทธิในทางแพ่งจะให้ความคุ้มครองสิทธิที่จะให้ ความคุ้มครองสิทธิที่จะให้กำเนิดบุตรของชายและหญิงล่าช้าและน้อยกว่าความคุ้มครองตามกฎหมาย ลักษณะอาญา ดังนั้น ในกรณีที่มีการกระทำอย่างใดจนเป็นเหตุทำให้ทารกในครรภ์ถึงแก่ความตาย นอกจากชายและหญิงจะมีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีกับบุคคลดังกล่าวในความผิดฐานทำให้หญิงแท้งลูก ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 303 แล้ว ชายและหญิงก็ควรมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อ ความเสียหายอันเป็นผลมาจากการตายของทารกเช่นเดียวกัน

(4) เมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์ของกฎหมายลักษณะละเมิด นอกจากกฎหมาย ต้องการเยียวยาความเสียหายให้กับผู้เสียหายแล้ว กฎหมายยังมุ่งประสงค์ที่จะป้องปรามไม่ให้มีการ กระทำความผิดซ้ำอีกด้วย ดังนั้น เพื่อเป็นการข่มขู่ไม่ให้เกิดการกระทำอย่างใดอันอาจเป็นเหตุทำให้ ทารกถึงแก่ความตายก่อนที่มีสภาพบุคคล อีกทั้งเพื่อให้แพทย์ใช้ความระมัดระวังและรักษามาตรฐาน ในการประกอบวิชาชีพ กฎหมายควรยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการ ตายของทารกก่อนมีสภาพบุคคลเช่นเดียวกัน⁴⁰⁶

⁴⁰⁶ D. Callahan, "How Technology is Reframing the Abortion Debate," Hasting Center Report, Volume 16, Issue 1, p.33 (1988)

(5) เมื่อกฎหมายไม่ได้ให้ความคุ้มครองสิทธิของมนุษย์เฉพาะเมื่อมนุษย์มีสภาพบุคคลตามกฎหมายแล้วเท่านั้น เพราะหากย้อนกลับไปพิจารณาถึงสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายจากการทำละเมิดก่อนที่มีสภาพบุคคล ไม่ว่าจะการทำละเมิดเกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาใด กล่าวคือ การทำละเมิดก่อนที่มีการปฏิสนธิ การทำละเมิดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ การทำละเมิดระหว่างที่หญิงตั้งครรภ์หรือการทำละเมิดระหว่างคลอด หากการกระทำดังกล่าวเป็นเหตุทำให้เด็กได้รับความเสียหายภายหลังคลอด กฎหมายยินยอมให้เด็กที่ได้รับความเสียหายจากการทำละเมิดดังกล่าวมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด ดังนั้น หากความเสียหายจากการทำละเมิดไม่ได้เป็นเพียงเหตุที่ทำให้เด็กต้องเกิดขึ้นมาพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง แต่ความเสียหายจากการทำละเมิดรุนแรงจนเป็นเหตุทำให้เด็กถึงแก่ความตาย จึงไม่มีเหตุผลอันสมควรที่กฎหมายจะห้ามมิให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่มีความร้ายแรงมากกว่า แต่ยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในกรณีที่มีความเสียหายมีความรุนแรงน้อยกว่า⁴⁰⁷

จากเหตุผลข้างต้นไม่ว่าการตายของทารกเกิดขึ้นหรือเป็นผลมาจากการทำละเมิดในช่วงเวลาใดก็ตาม กฎหมายควรยินยอมให้บิดามารดาฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของเด็กได้เช่นเดียวกัน ส่วนพัฒนาการ ความสามารถในการมีชีวิตของทารกหรืออายุครรภ์เป็นเพียงข้อเท็จจริงที่ศาลสามารถนำมาใช้ประกอบการคิดคำนวณค่าเสียหายที่เหมาะสม เพราะถือว่าเป็นพฤติการณ์แห่งการทำละเมิดอย่างหนึ่ง (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438) ตัวอย่างเช่น การทำละเมิดต่อทารกใกล้คลอดย่อมมีความร้ายแรงมากกว่าการทำละเมิดต่อทารกแรกปฏิสนธิ และเมื่อทารกใกล้คลอดมีโอกาสที่จะได้คลอดออกมามีชีวิตมากกว่าทารกแรกปฏิสนธิ ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับชายและหญิงผู้สูญเสียทารกในช่วงใกล้คลอดย่อมมีความชัดเจนและแน่นอนมากกว่าความเสียหายของชายและหญิงที่สูญเสียทารกแรกมีการปฏิสนธิ

(6) แม้ในบางครั้งอาจเกิดปัญหาที่ว่าชายและหญิงจะพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลได้อย่างไร ในกรณีที่ปราศจากการทำละเมิดทารกจะไม่ถึงแก่ความตายไปเสียก่อนหรือหญิงจะไม่เลือกเข้ารับการทำแท้งก่อนเด็กจะได้คลอดออกมามีชีวิต นอกจากนี้ ชายและหญิงจะพิสูจน์ได้อย่างไรว่าเด็กจะเกิดขึ้นมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ อีกทั้งชายและหญิงจะได้รับประโยชน์อย่างใดและเพียงใดจากการเกิดของเด็ก เพราะเมื่อเด็กยังไม่เคยเกิดขึ้นมามีชีวิต เด็กจึงยังไม่มีความสามารถที่จะให้ประโยชน์ที่เป็นตัวเงินกับชายและหญิง และแม้ว่าเด็กได้เกิดขึ้นมามีชีวิตก็ยังไม่

⁴⁰⁷ R. M. McClelland, “The Necessity of Granting a Cause of Action to an Unborn Viable Fetus Under the Pennsylvania Wrongful Death and Survival Acts,” *Duquesne Law Review*, Volume 21, p.1017 (1983)

เป็นที่แน่นอนว่าเด็กจะเจริญเติบโตจนมีความสามารถที่จะประกอบกิจการงานและจะให้การอุปการะเลี้ยงดูชายและหญิงหรือไม่ อีกทั้งเด็กอาจจะถึงแก่ความตายภายหลังที่ได้คลอดออกมามีชีวิตก็เป็นได้

จากปัญหาข้างต้นผู้เขียนมีความเห็นว่า ชายและหญิงไม่มีหน้าที่พิสูจน์ว่าทารกในครรภ์จะไม่ถึงแก่ความตายก่อนได้เกิด อีกทั้งหญิงไม่มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ว่าตนจะไม่เลือกเข้ารับการทำแท้งก่อนคลอดบุตร เพราะเมื่อเปรียบเทียบกับกรณีการทำละเมิดจนเป็นเหตุทำให้บุคคลที่มีสภาพบุคคลตามกฎหมายถึงแก่ความตาย กฎหมายก็ไม่เคยยินยอมให้ผู้ทำละเมิดกล่าวอ้างว่ายังไม่เป็นที่แน่นอนว่าหากปราศจากการทำละเมิดแล้วผู้ตายจะไม่ถึงแก่ความตายหรือผู้ตายจะมีชีวิตอยู่ต่อไปได้ยาวนานเพียงใด เพราะแม้ผู้ตายจะป่วยเป็นโรคร้ายแรงอยู่แล้วก่อนทำละเมิดซึ่งหากปราศจากการทำละเมิดผู้ตายก็ต้องถึงแก่ความตาย แต่หากการตายของผู้ตายดังกล่าวเป็นผลมาจากการทำละเมิด ผู้ทำละเมิดย่อมต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากความตายของบุคคลเหล่านั้น ทั้งนี้ เมื่อย้อนกลับมาเปรียบเทียบกับกรณีการทำละเมิดต่อทารกในครรภ์แม้ยังไม่เป็นที่แน่นอนว่าทารกจะได้คลอดออกมามีชีวิต แต่เมื่อการทำละเมิดเป็นการทำลายสิทธิและโอกาสที่จะมีชีวิตของทารกจึงมีเหตุอันสมควรที่กฎหมายควรยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายดังกล่าว

นอกจากนี้ ผู้เขียนยังมีความเห็นอีกด้วยว่าชายและหญิงไม่มีหน้าที่ที่ต้องพิสูจน์ว่า ในกรณีที่ทำละเมิดเด็กจะต้องเกิดขึ้นมามีชีวิตและต้องมีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์อย่างแน่นอน เพราะชายและหญิงมีเพียงหน้าที่ในการพิสูจน์ว่าการตายของทารกเป็นผลมาจากการทำละเมิดเท่านั้น⁴⁰⁸

เมื่อการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายจากการตายของทารกไม่ใช่การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อประโยชน์ที่ชายและหญิงคาดว่าจะได้รับจากการเกิดของเด็ก แต่เป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการที่ชายและหญิงต้องสูญเสียโอกาสที่จะได้ให้กำเนิดบุตร สูญเสียความสะดวกสบายที่จะเกิดขึ้นในอนาคตจากการที่ได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากบุตร และสูญเสียความสุขที่จะใช้ชีวิตร่วมกับเด็กในอนาคต การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายดังกล่าวจึงเป็นไปเพื่อเยียวยาความสัมพันธ์ระหว่างชาย หญิงและทารก ชายและหญิงจึงไม่มีหน้าที่พิสูจน์ว่าชายและหญิงได้รับความเสียหายจากการขาดประโยชน์ที่เป็นตัวเงินที่คาดว่าจะได้รับจากการเกิดของทารกแต่อย่างใด

นอกจากนี้ เมื่อกฎหมายไม่เคยปฏิเสธที่จะยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของเด็กแรกเกิด ทั้งที่ในเวลาดังกล่าวเด็กแรกเกิดก็ยังไม่มีความสามารถในการที่จะแสวงหาประโยชน์ที่เป็นตัวเงิน ตลอดจนถึงยังไม่สามารถให้การอุปการะเลี้ยงดูชายและหญิง

⁴⁰⁸ Gary A. Meadows, "Wrongful Death and the Lost Society of the Unborn," *Journal of Legal Medicine*, Volume 13, Issue 1, p.113 (1992)

บิดามารดาได้⁴⁰⁹ ปัญหาที่ว่าเด็กหรือทารกมีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาในขณะที่ถึงแก่ความตายหรือไม่นั้นจึงไม่มีน้ำหนักเพียงพอที่จะเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงหมดสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกก่อนมีสภาพบุคคล เพราะหากไม่มีการทำละเมิดจนเป็นเหตุทำให้ทารกถึงแก่ความตาย ภายหลังจากที่เด็กคลอดออกมามีชีวิตชายและหญิงก็มีสิทธิได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากเด็ก

(7) แม้การพิสูจน์ว่าการตายของทารกเป็นผลมาจากการทำละเมิดหรือไม่นั้นเป็นเรื่องที่มีความยากลำบาก แต่ด้วยความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ทำให้การพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลไม่ได้ยุ่งเกินกว่าความสามารถของมนุษย์อีกต่อไป ดังนั้น หากชายและหญิงสามารถพิสูจน์ได้ว่าการตายของทารกเป็นผลมาจากการทำละเมิด ชายและหญิงก็มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาพบว่า แม้ศาลเห็นว่ากฎหมายควรยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารก แต่เพื่อป้องกันปัญหาความยากลำบากในการพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลและเพื่อป้องกันการกำหนดให้ผู้ทำละเมิดต้องรับผิดโดยไม่มีขอบเขต กฎหมายจึงนำพัฒนาการของทารกมาเป็นเกณฑ์เพื่อกำหนดขอบเขตความรับผิดโดยกฎหมายกำหนดให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ต่อเมื่อการทำละเมิดและการตายเกิดขึ้นกับ Viable fetus เท่านั้น ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่าทารกที่ตายมีความพร้อมที่จะได้เกิดขึ้นมาเป็นมนุษย์โดยสมบูรณ์แล้ว

อย่างไรก็ดี การอาศัยพัฒนาการของทารกเป็นเกณฑ์ในการกำหนดสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทำให้เกิดข้อบกพร่องหลายประการซึ่งไม่สามารถอธิบายได้ด้วยเหตุผลอันสมควร โดยเฉพาะยิ่งหลักเกณฑ์การพิจารณาว่าทารกในครรภ์เป็น Viable fetus หรือไม่นั้น กฎหมายไม่ควรกำหนดการเป็น Viable fetus โดยอาศัยอายุครรภ์คงที่เป็นเกณฑ์พิจารณา เพราะวิทยาศาสตร์เองก็ยังไม่สามารถยืนยันได้ว่าทารกทุกคนจะต้องมีความสามารถในการมีชีวิตแยกต่างหากจากหญิงพร้อมกันเมื่อมีอายุ 6 เดือน ประกอบกับความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ที่สามารถช่วยให้ทารกที่

⁴⁰⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1742/2499 จำเลยได้ละเมิดโจทก์เพราะทำให้บุตรโจทก์ถึงตาย จำเลยต้องรับผิดชดเชยค่าเสียหายให้แก่โจทก์ฐานขาดไว้อุปการะ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 443 วรรคสาม เพราะบุตรย่อมมีหน้าที่อุปการะบิดามารดาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1535 โดยมีต้องพิจารณาว่าปัจจุบันนายเปรี้ยวบุตรจะได้อุปการะเลี้ยงดูโจทก์ผู้เป็นมารดาอยู่หรือไม่ ส่วนค่าสินไหมทดแทนจะเท่าใดศาลย่อมกำหนดได้ตามสมควร

มีอายุน้อยกว่าเวลาที่ได้กล่าวข้างต้นสามารถมีชีวิตรอดได้แม้ว่าจะอยู่นอกครรภ์ของหญิง ดังนั้นในเรื่องที่ว่าทารกที่ถึงแก่ความตายมีความสามารถที่จะมีชีวิตแยกต่างหากจากหญิงหรือไม่นั้นควรเป็นเรื่องทางวิทยาศาสตร์และควรให้แพทย์ผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้ทำการพิสูจน์เป็นรายกรณีดีกว่าที่กฎหมายจะกำหนดเวลาที่ตายตัว

(8) บางครั้งอาจมีปัญหาเกิดขึ้นว่าผู้ทำละเมิดสามารถอ้างได้หรือไม่ว่าชายและหญิงบิดามารดาได้ประโยชน์จากการทำละเมิด ซึ่งปัญหาดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าผู้ทำละเมิดจะอ้างว่าชายและหญิงได้รับประโยชน์จากการตายของทารกไม่ได้ กล่าวคือ ผู้ทำละเมิดจะอ้างว่าชายและหญิงได้รับประโยชน์จากการที่ไม่ต้องมีหน้าที่และค่าใช้จ่ายในการอุปการะเลี้ยงดูทารกที่กำลังจะเกิดขึ้นมา มีชีวิตไม่ได้ เพราะถ้ากฎหมายยินยอมให้ผู้ทำละเมิดกล่าวอ้างเช่นนั้นจริง ในกรณีที่มีการทำละเมิดจนเป็นเหตุทำให้สามีหรือภรรยาหรือทำให้บิดามารดาถึงแก่ความตาย ผู้ทำละเมิดก็อาจไม่ต้องรับผิดชอบเช่นเดียวกัน เพราะการทำละเมิดช่วยทำให้สามีหรือภรรยาหรือบุตรไม่ต้องมีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูอีกฝ่ายหนึ่ง ดังนั้น จึงไม่สามารถกล่าวอ้างได้เลยว่าการที่ผู้ทำละเมิดทำละเมิดจนเป็นเหตุทำให้ทารกถึงแก่ความตายจะทำให้ชายและหญิงที่เฝ้ารอการเกิดของทารกได้รับประโยชน์จนถึงขนาดที่ทำให้ชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย⁴¹⁰

(9) เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา พบว่าในหลายมลรัฐศาลไม่กล้าที่ยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารก เพราะศาลกลัวว่าหากกฎหมายยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายดังกล่าวเกิดขึ้นอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิในการทำแท้งของหญิง เพราะตัวผู้ทำละเมิดอาจกล่าวอ้างว่าเมื่อหญิงและแพทย์สามารถฆ่า (ทำแท้ง) ทารกในครรภ์ได้โดยไม่ต้องรับผิดชอบทั้งทางอาญาและทางแพ่ง เพราะเหตุใดผู้ทำละเมิดจึงต้องรับผิดชอบในความตายของทารก⁴¹¹

⁴¹⁰ Jonathan Dyer Stanley, "Fetal Surgery and Wrongful Death Actions on Behalf of the Unborn: An Argument for a Social Standard," *Vanderbilt Law Review*, Volume 56, Issue 5, p.1532 (October 2003)

⁴¹¹ *Toth v Goree* 237 NW 2d 297, 301 (1975) ศาลมีคำพิพากษาว่า ในกรณีที่กฎหมายยินยอมให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายเท่ากับกฎหมายไม่ได้คำนึงถึงสถานะและไม่ได้ประสงค์ให้ความคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์ของหญิง เมื่อหญิงและแพทย์มีสิทธิทำลายชีวิตของทารกได้โดยปราศจากความรับผิดชอบทั้งทางแพ่งและทางอาญา จึงไม่เป็นธรรมอย่างยิ่งหากกฎหมายจะกำหนดให้บุคคลภายนอกต้องรับผิดชอบจากการตายของทารก แม้ว่าการตายของทารกจะเป็นผลจากการกระทำของบุคคลดังกล่าวก็ตาม

นอกจากนี้ ศาลก็กังวลว่าการยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกอาจเป็นเหตุทำให้ข้ออ้างของกลุ่มต่อต้านการทำแท้งมีน้ำหนักมากยิ่งขึ้น กล่าวคือ อาจทำให้กฎหมายมีหน้าที่คุ้มครองเฉพาะสิทธิที่จะได้เกิดของทารก แต่ไม่ให้ความคุ้มครองต่อสิทธิในการเข้ารับการทำแท้งของหญิง

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนมีความเห็นว่าการยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกจะไม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิในการทำแท้งของหญิง เพราะกฎหมายว่าด้วยการทำแท้งกับกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางแพ่งมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน กล่าวคือกฎหมายที่ยินยอมให้หญิงเข้ารับการทำแท้งได้พิจารณาถึงคุณธรรมทางกฎหมายระหว่างสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิงกับสิทธิที่จะมีชีวิตของเด็กแล้ว หากกรณีใดกฎหมายเห็นว่ามิเหตุจำเป็นและมีความชอบธรรมที่กฎหมายควรยินยอมให้หญิงเข้ารับการทำแท้ง อาทิ การตั้งครุฑส่งผลกระทบต่อชีวิต สุขภาพ สถานะทางสังคม หรือสถานะทางเศรษฐกิจ สิทธิในร่างกายของหญิงย่อมมีคุณค่าเหนือกว่าสิทธิที่จะได้มีชีวิตของเด็ก

แต่สำหรับกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางแพ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารก นอกจากกฎหมายมุ่งประสงค์ให้ความคุ้มครองสิทธิที่จะมีชีวิตของทารกแล้ว กฎหมายยังมุ่งประสงค์ให้ความคุ้มครองต่อสิทธิในการเจริญพันธุ์และสิทธิที่จะให้กำเนิดบุตรของชายและหญิงอีกด้วย กล่าวคือ กฎหมายห้ามมิให้บุคคลใดกระทำการที่เป็นการขัดขวางโอกาสในการให้กำเนิดบุตรของบุคคลอื่น อนึ่ง แม้กฎหมายจะยินยอมให้หญิงมีสิทธิเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่การที่หญิงจะเลือกเข้ารับการทำแท้งหรือไม่นั้นก็ขึ้นกับสิทธิเฉพาะตัวของหญิง ผู้ที่ทำการละเมิดจนเป็นเหตุทำให้ทารกถึงแก่ความตายจะอ้างเหตุดังกล่าวเพื่อให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดไม่ได้⁴¹²

⁴¹² ในปัญหาว่าด้วยความขัดแย้งกันระหว่างสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกและสิทธิในการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งของหญิง ศาสตราจารย์ B Steinbock ได้ให้ความเห็นไว้ว่า

...การที่หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายเป็นเพราะหญิงมีสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของตนอย่างอิสระ ซึ่งสิทธิเช่นนี้ไม่ได้ขัดแย้งกับสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการที่หญิงต้องสูญเสียทารกในครรภ์อันเป็นผลมาจากการทำละเมิด เพราะในกรณีที่หญิงประสงค์ที่จะตั้งครุฑและให้กำเนิดบุตร ถ้ามีการกระทำอย่างใดของบุคคลภายนอกเป็นเหตุทำให้หญิงแท้งลูกและเป็นเหตุทำให้ทารกในครรภ์ถึงแก่ความตาย หญิงย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารก

จากปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกก่อนมีสภาพบุคคลอันเป็นผลมาจากการทำละเมิด ผู้เขียนเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาดังนี้

แนวทางที่ 1 การแก้ปัญหาโดยอาศัยการตีความประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 443 โดยผู้เขียนมีความเห็นว่าเมื่อวัตถุประสงค์ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 443 ไม่ได้มุ่งคุ้มครองผู้ตายแต่คุ้มครองคนที่มีชีวิตอยู่แต่ได้รับผลกระทบและความเสียหายจากการตายของผู้ตาย เมื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากการตายของทารกก่อนมีสภาพบุคคลมีลักษณะเช่นเดียวกับความเสียหายที่เป็นผลมาจากการตายของทารกภายหลังที่มีสภาพบุคคล ดังนั้นเมื่อกฎหมายให้สิทธิกับชายและหญิงที่สูญเสียทารกภายหลังมีสภาพบุคคลจากการทำละเมิดมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการผู้ทำละเมิด กฎหมายจึงควรสิทธิกับชายและหญิงที่สูญเสียทารกก่อนมีสภาพบุคคลจากการทำละเมิดมีสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 443 ได้เช่นเดียวกัน

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมายที่ว่า “ถ้าว่าเหตุที่ตายลงนั้นทำให้บุคคลหนึ่งบุคคลคนหนึ่งคนใดต้องขาดไร้อุปการะตามกฎหมายด้วยไซ้” ผู้เขียนเห็นว่า การขาดไร้อุปการะตามกฎหมายดังกล่าว หมายรวมถึงการขาดไร้อุปการะที่ชายและหญิงกำลังมีโอกาสจะได้รับภายหลังที่เด็กคลอดออกมามีชีวิตด้วย แม้ในขณะที่มีการทำละเมิดเด็กยังไม่มีหน้าที่ในการ

โดยบุคคลภายนอกที่ทำละเมิดจะอ้างว่าตนไม่ต้องรับผิดชอบเพราะเหตุที่หญิงมีสิทธิที่จะทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายไม่ได้ ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าทั้งสิทธิที่หญิงจะเลือกเข้ารับการทำแท้งและสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารก ต่างเป็นสิทธิมาจากแหล่งที่มาเดียวกัน ซึ่งก็คือสิทธิและเสรีภาพในการเจริญพันธุ์...

See B. Steinbock, Life before Birth: the Moral and Legal Status of Embryos and Fetuses, (New York ; Oxford University Press, 1992), pp.102-103.

นอกจากนี้ คดี Wallace v Wallace NH 421 A 2d 134, 137 (1980) ศาลเห็นว่ากฎหมายว่าด้วยการทำแท้งให้สิทธิแก่หญิงที่สามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ส่วนกฎหมายว่าด้วยการเยียวยาความเสียหายทางแพ่งจากการตายของทารกเป็นกฎหมายที่ให้สิทธิแก่หญิงที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารก ดังนั้น กฎหมายทั้งสองประเภทจึงมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน เพราะแม้กฎหมายจะให้สิทธิหญิงทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายก็ไม่ได้หมายความว่าหญิงจะไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด เมื่อการทำละเมิดเป็นเหตุทำให้ทารกถึงแก่ความตาย การกระทำดังกล่าวจึงทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิที่จะตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรของหญิง หญิงจึงมีสิทธิตามกฎหมายที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด

อุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา แต่เมื่อโอกาสที่ชายและหญิงจะได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากทารกมีความแน่นอนว่าจะเกิดขึ้นภายหลังที่หญิงให้กำเนิดบุตร ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าขาดไว้ อุปการะเลี้ยงดูจากผู้ทำละเมิดเช่นเดียวกัน

แนวทางที่ 2 การแก้ปัญหาโดยอาศัยการตีความประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ผู้เขียนมีความเห็นว่าในกรณีที่มีการทำละเมิดจนเป็นเหตุทำให้ทารกถึงแก่ความตายก่อนมีสภาพบุคคล การกระทำดังกล่าวนอกจากเป็นการละเมิดต่อ “สิทธิในชีวิต” ของทารกแล้ว ยังเป็นการละเมิดต่อ “สิทธิในการเจริญพันธุ์” และ “สิทธิในการให้กำเนิดบุตร” ของชายและหญิงอีกด้วย ชายและหญิงจึงเป็นผู้เสียหายโดยตรง⁴¹³ และเป็นผู้ถูกทำละเมิดอีกคนหนึ่งต่างหากจากทารกที่แก่ความตาย⁴¹⁴ แม้ชายและหญิงจะไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 443 แต่ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ประกอบมาตรา 438 โดยค่าเสียหายที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากผู้ทำละเมิดอยู่ภายใต้ดุลยพินิจของศาลที่จะวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

แนวทางที่ 3 เพื่อให้ตัวบทกฎหมายมีความชัดเจนและเพื่อให้การปรับใช้กฎหมายมีความแน่นอน ผู้เขียนเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยให้มีการบัญญัติมาตรา 443/1 เพิ่มเติมเพื่อให้บิดามารดามีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกก่อนมีสภาพบุคคล โดยมีเนื้อหาดังนี้

“มาตรา 443/1 สิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามมาตรา 443 ให้รวมถึง การตายของทารกก่อนมีสภาพบุคคล”

อย่างไรก็ดี แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 443 จะยินยอมให้ ทายาทหรือผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ตายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอันเป็นผลมาจากความตาย แต่เมื่อค่าเสียหายที่กฎหมายได้กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 443 มีเฉพาะเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินเท่านั้น จึงมีปัญหว่าบุคคลดังกล่าวมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินด้วยหรือไม่ ซึ่งปัจจุบันพบว่ามีความเห็นทางวิชาการแบ่งได้เป็น 2 ฝ่าย ดังนี้

ฝ่ายที่ 1 เห็นว่าสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินตามบทบัญญัติกฎหมายไทยจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นต่อสิทธิตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 ระบุไว้เท่านั้น หรือเมื่อเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของ

⁴¹³ Endresz v Friedberg (1969) 24 NY2d 478, 301 NYS2d 65, 248 NE2d 901.

⁴¹⁴ Bernard Dickens, *supra note 50*, p.99.

กฎหมายเฉพาะ เช่น มาตรา 11 ของพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 ซึ่งกฎหมายได้กำหนดเอาไว้ว่า ในกรณีที่การตายเป็นผลมาจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย สามีภรรยา บุพการี หรือผู้สืบสันดานของผู้ตายมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายสำหรับความเสียหายทางจิตใจ (ความเจ็บปวด ความทุกข์ทรมาน ความหวาดกลัว ความวิตกกังวล ความเศร้าโศก เสียใจ ความอับอาย หรือความเสียหายต่อจิตใจอย่างอื่นที่มีลักษณะทำนองเดียวกัน) จากผู้ประกอบการ

ฝ่ายที่ 2 เห็นว่าเมื่อกฎหมายยอมรับว่าความตายที่เป็นผลมาจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยสามารถทำให้เกิดความเสียหายต่อจิตใจของทายาทหรือผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ตาย ความตายที่เป็นผลมาจากการทำละเมิดกรณีอื่นๆ ย่อมส่งผลกระทบต่อจิตใจได้เช่นเดียวกัน นอกจากนี้ เมื่อไม่พบว่ามีบทบัญญัติมาตราใดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติห้ามมิให้มีการฟ้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทางจิตใจอันเป็นผลกระทบมาจากการตาย⁴¹⁵ หากความเสียหายทางจิตใจมีความชัดเจน อีกทั้งเป็นความเสียหายอย่างแท้จริงและไม่ไกลเกินกว่าเหตุ ทายาทหรือผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ตายย่อมมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ประกอบมาตรา 438

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศสและบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา⁴¹⁶ ในกรณีที่มีการทำละเมิดจนเป็น

⁴¹⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1155/2552 และดู วารี นาสกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 36*, น. 122-123.

⁴¹⁶ P.A. Bell, "The Bell Tolls : Toward Full Tort Recovery for Psychic Injury," *University of Florida Law Review*. Volume 36, p.333 (1984) and Bernard Dickens, *supra* note 50, p.99.

นอกจากนี้ ในคดี Walker v McNeill 50 P. 518, 520 (Wash. 1897) ศาลมีคำพิพากษาว่า เมื่อการตายของบุคคลอันเป็นผลมาจากการทำละเมิดไม่ได้เป็นเหตุที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อรายได้หรือความเสียหายที่เป็นตัวเงินเท่านั้น แต่การตายของผู้ตายยังทำให้เกิดความเสียหายต่อความรัก ความใส่ใจ ความห่วงใย การสูญเสียโอกาสที่จะได้รับการอบรมสั่งสอน การขาดเพื่อนคู่คิดและการสูญเสียคำแนะนำอีกด้วย ด้วยเหตุดังกล่าวกฎหมายของทุกมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงไม่ปฏิเสธที่จะยอมให้ผู้ที่ต้องสูญเสียความสัมพันธ์ภายในครอบครัวมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายดังกล่าว see Lanni P. Tama, "Recovery for Loss of Consortium in a Wrongful Death Action," *Brooklyn Law Review*, Volume 49, Issue 3, p.608 (1983)

เหตุทำให้บุคคลอื่นถึงแก่ความตาย กฎหมายกำหนดให้บิดามารดา สามีภรรยา และบุตรของผู้ตายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินจากผู้ทำละเมิด แต่เมื่อบทบัญญัติกฎหมายไทย แนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ตลอดจนความเห็นทางวิชาการยังไม่มี ความแน่นอนชัดเจนว่าทายาทหรือบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ตายมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย เพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินหรือไม่ ทำให้หลายครั้งผู้เสียหายไม่มีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาจนสามารถกลับไปยังสถานะที่เสมือนว่าไม่มีการทำละเมิดเกิดขึ้นได้อย่างแท้จริง ด้วยเหตุดังกล่าวผู้เขียน จึงเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อให้ทายาทหรือผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ตายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน ทำนองเดียวกับสิทธิที่ปรากฏในพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 โดยผู้เขียนได้เสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายดังนี้

ในประเทศฝรั่งเศส ในคดี Civ.22 Oct.1946, D.1947.59 ; 15 f'evr.1956, D1956.350 ศาลเห็นว่าการทำละเมิดที่เป็นเหตุทำให้บุคคลอื่นถึงแก่ความตายนั้น เป็นการทำละเมิดต่อสิทธิตามกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองความรักใคร่ซึ่งกันและกัน ศาลจึงพิพากษาให้ผู้ทำละเมิดชดใช้ค่าเสียหายเพื่อ ความเสียหายทางจิตใจให้กับทายาทหรือผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ตาย ดู นवलพรรณ จ้าวสุวรรณ, "ค่าเสียหายทางศีลธรรม," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2518), น.28.

ในประเทศญี่ปุ่น ประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 711 บัญญัติว่า “ผู้ใดทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย จำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายแก่บิดามารดา สามีภรรยา และบุตรของผู้ตาย ไม่ว่าสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลนั้นจะถูกละเมิดหรือไม่ก็ตาม”

ในประเทศจีน ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 194 บัญญัติให้บิดามารดา บุตร และคู่สมรสผู้ตาย มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจจากความทุกข์ทรมานอย่างสาหัสอันเป็นผลมาจากความตาย

ดู ศิริกุล สิริอรุณรุ่งโรจน์, "ปัญหาในการกำหนดค่าสินไหมทดแทน : ศึกษากรณีค่าเสียหายทางจิตใจและค่าเสียหายเชิงลงโทษ," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555), น.40. และจักรินทร์ โกเมศ, "ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายทางจิตใจตามกฎหมายลักษณะละเมิด," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), น.144, เชียงธรรมที่ 25 และ น.179-180.

มาตรา 446/1 ในกรณีที่การทำละเมิดเป็นเหตุทำให้ผู้เสียหายถึงแก่ความตาย ให้สามี ภริยา บุพการี หรือผู้สืบสันดานของผู้ตาย มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินได้เช่นเดียวกัน⁴¹⁷

5. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ และการส่งมอบเด็กผิดตัว

ในหัวข้อนี้ ผู้เขียนได้ศึกษาถึงประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่อาจเกิดขึ้นในกรณีที่มีความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้นในกระบวนการตรวจสอบและระบุตัวตนของเด็กแรกคลอด การให้บริการตรวจและยืนยันความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมและการให้บริการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

5.1. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์

สำหรับปัญหาทางกฎหมายที่อาจเกิดขึ้นในกรณีที่มีความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้เขียนได้ศึกษาปัญหาทางกฎหมาย 2 ประการ คือ ประการที่ 1 ปัญหาเกี่ยวกับสถานะความเป็นบิดามารดาและบุตรตามกฎหมายลักษณะครอบครัว และประการที่ 2 ปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยมีรายละเอียดดังนี้

(1) ปัญหาเกี่ยวกับสถานะความเป็นบิดามารดาและบุตรตามกฎหมายลักษณะครอบครัว

ในกรณีที่แพทย์ผู้ปฏิบัติหน้าที่ในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ไม่ได้ตรวจสอบความถูกต้องของเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนก่อนนำไปปฏิสนธิหรือก่อนนำกลับเข้าสู่โพรงมดลูกของหญิง จนเป็นเหตุทำให้เด็กที่คลอดออกมามีชีวิตแต่ไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม

⁴¹⁷ เมื่อพิจารณาจากร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่) พ.ศ. ... (ปรับปรุงกฎหมายลักษณะละเมิด) คณะอนุกรรมการของกระทรวงยุติธรรม ได้เสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 452/1 เพื่อให้สามี ภริยา บุพการีหรือผู้สืบสันดานของผู้ตายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน โดยมีเนื้อหา ดังนี้

มาตรา 452/1 ในกรณีทำให้เขาถึงแก่ความตาย หรือเสียหายแก่ร่างกาย อนามัย สุขภาพ เสรีภาพ ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ สิทธิในการประกอบอาชีพการงาน สิทธิในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัว สามี ภริยา บุพการี หรือผู้สืบสันดานของผู้ตาย หรือผู้ต้องเสียหายแล้วแต่กรณีจะเรียกร้อยเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินด้วยอีกก็ได้

ตามที่ชายและหญิงผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตรมุ่งหวัง ย่อมทำให้เกิดปัญหาทางกฎหมายขึ้นว่าระหว่างชายและหรือหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตร กบชายและหรือหญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ บุคคลใดเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก

ในปัจจุบันฝ่ายนิติบัญญัติได้ตระหนักถึงความสำคัญของกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ทั้งยังเห็นความสำคัญของปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างชาย หญิงและเด็กที่เกิดขึ้นจากกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้ตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ขึ้นมาเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และความคุ้มครองของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการดังกล่าว โดยมาตรา 29 กำหนดหลักเกณฑ์ความเป็นบิดามารดาและบุตรตามกฎหมายที่แตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ลักษณะ 2 ว่าด้วยบิดามารดากับบุตร⁴¹⁸ อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองเด็กที่เกิดขึ้นจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ดังกล่าวจะนำมาใช้ได้ต่อเมื่อกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์เป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามกฎหมายเท่านั้น ตัวอย่างเช่น ในกรณีของการผสมเทียมต้องเกิดขึ้นกับหญิงที่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย⁴¹⁹ และในกรณีที่เป็นการผสมเทียมโดยการใส่เซลล์อสุจิของผู้บริจาค ก่อนเริ่มกระบวนการต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการผสมเทียมเสียก่อน⁴²⁰ ในกรณีการตั้งครรภ์แทน หญิงที่

⁴¹⁸ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

มาตรา 29 เด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาค แล้วแต่กรณี โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะกระทำโดยการให้ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์ หรือให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่น ให้เด็กนั้นเป็น บุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร แม้ว่าสามีหรือภริยา ที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด

ชายหรือหญิงที่บริจาคอสุจิหรือไข่ซึ่งนำมาใช้ปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์หรือผู้บริจาคตัวอ่อน และเด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่บริจาคดังกล่าว ไม่มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก

⁴¹⁹ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 19

⁴²⁰ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 20

รับตั้งกรรมแทนต้องมีข้อตกลงเป็นหนังสือไว้กับชายและหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรก่อนตั้งกรรมว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของชายและหญิงที่ให้กำเนิดบุตร⁴²¹ โดยหญิงที่รับตั้งกรรมแทนต้องไม่ใช่บุพการีหรือผู้สืบสันดานหรือผู้บุพการีของชายหรือหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตร⁴²² แต่ต้องเป็นญาติที่สืบสายโลหิตของสามีหรือภรรยาเท่านั้น⁴²³ อีกทั้ง หญิงที่รับตั้งกรรมต้องเป็นหญิงที่เคยมีบุตรมาก่อน และต้องได้รับความยินยอมจากชายสามีที่ชอบด้วยกฎหมาย⁴²⁴

เมื่อความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษา ล้วนแต่เป็นกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ที่ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างชาย หญิงและเด็กจึงต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ลักษณะ 2 ว่าด้วยบิดามารดากับบุตรตามเดิม โดยปัญหาว่าด้วยความสัมพันธ์ของชาย หญิงและเด็กตามกฎหมายลักษณะครอบครัวแบ่งได้ออกได้เป็น 3 กรณี ดังนี้

(ก) กรณีที่เด็กเกิดจากการปฏิสนธิระหว่างเซลล์สืบพันธุ์ของหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรกับเซลล์สืบพันธุ์ชายอื่น

ความผิดพลาดในการกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่นำไปสู่การปฏิสนธิระหว่างเซลล์สืบพันธุ์ของหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรกับเซลล์สืบพันธุ์ของชายอื่น อาจเกิดขึ้นได้ในกระบวนการผสมเทียมหรือกระบวนการปฏิสนธิภายนอกครรภ์มารดา โดยเด็กเกิดขึ้นมาจากเซลล์สืบพันธุ์ของหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรกับเซลล์สืบพันธุ์ของชายอื่นย่อมมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรเพียงฝ่ายเดียว และเมื่อหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรเป็นผู้คลอดเด็ก หญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรจึงเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก โดยหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรไม่สามารถปฏิเสธความเป็นมารดาของเด็กด้วยเหตุที่เด็กไม่ได้เกิดขึ้นมาจากเซลล์สืบพันธุ์ของชายสามีผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตร

⁴²¹ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 3

⁴²² พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 21(2)

⁴²³ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 21 (3)

⁴²⁴ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 21 (4)

แม้เด็กจะไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับชายที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตร แต่เมื่อเด็กเกิดขึ้นมาในระหว่างที่ชายที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรและหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรเป็นสามีภรรยาตามกฎหมาย (Child born in wedlock) กฎหมายจึงสันนิษฐานไว้ก่อนว่า เด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตรและเป็นสามีของหญิงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1536 ซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายที่ว่าชายเป็นบิดาตามที่การสมรสบ่งชี้เอาไว้ หรือ “Pater ast quem naptiae demonstrant หรือ The father is the person whom the marriage points out (as the father)”⁴²⁵

อย่างไรก็ดี เมื่อเด็กไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับชายผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตร ชายผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตรจึงมีสิทธิฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1539 โดยชายผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตรต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าเด็กไม่ได้เกิดขึ้นมาจากการร่วมประเวณีของชายและหญิง และไม่ได้เกิดขึ้นมาจากเซลล์สืบพันธุ์ของชายผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตร นอกจากนี้ ชายผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตรยังมีหน้าที่พิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าชายผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตรไม่ได้ให้ความยินยอมให้แพทย์ใช้เซลล์สืบพันธุ์ของชายอื่นหรือเซลล์สืบพันธุ์บริจาคในการปฏิสนธิแทนเซลล์สืบพันธุ์ของตน

ทั้งนี้ แม้ชายผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตรจะเป็นผู้แจ้งการเกิดของเด็กและได้ลงลายมือชื่อไว้ในทะเบียนราษฎรว่าเด็กเป็นบุตรของตนเองก็ตาม⁴²⁶ ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1541 บัญญัติห้ามมิให้ชายผู้แจ้งถึงการเกิดของเด็กฟ้องคดีเพื่อไม่รับเด็กเป็นบุตรของตน แต่เมื่อการแจ้งการเกิดของเด็กเกิดขึ้นโดยสำคัญผิด ชายผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตรจึงมีสิทธิฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตน⁴²⁷

⁴²⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1536 ; Enid A. Marshall, *General Principals of Scots Law*, 6th ed., (Edinburgh : Sweet & Maxwell, 1995), p.666. อ้างถึงใน ไพโรจน์ กัมพูสิริ, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว*, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), น.313, เชิงอรรถที่ 4.

⁴²⁶ มาตรา 13 พระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2499

⁴²⁷ ในปัญหาที่ว่าชายที่แจ้งการเกิดของเด็กโดยสำคัญผิดมีสิทธิฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรหรือไม่นั้น มีความเห็นทางวิชาการแบ่งออกเป็น 2 ฝ่ายดังนี้

ฝ่ายที่ 1 ประกอบไปด้วย ศาสตราจารย์ ดร. นายแพทย์วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, พิมพ์รัตน์ ต้นสุขัท และสหยา สุนทรเกตุ เห็นว่ามาตรา 1541 เป็นบทสันนิษฐานโดยเด็ดขาด กรณีที่ชายเป็นผู้แจ้งการเกิดของเด็ก แม้การแจ้งดังกล่าวเกิดขึ้นโดยสำคัญผิด ชายไม่มีสิทธิฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตร ดู วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์,

"การผสมเทียบกับกฎหมาย," *บทบัญญัติ*, ตอน 2, เล่มที่ 44, น.57-58 (มิถุนายน 2531). ; สหทยาสุนทรเกตุ, "ปัญหาทางกฎหมายของการตั้งครรภ์แทน," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), น.137. ; พิมลรัตน์ ต้นสุขหัช, "ปัญหาทางกฎหมายที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคของชายอื่น," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2555), น.98.

ในขณะที่อาจารย์รัศมิ์ เมธาวิกุล เห็นว่ามาตรา 1541 เป็นกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองเด็กเป็นสิ่งสำคัญ เพราะหากชายมีสิทธิฟ้องปฏิเสธความเป็นบุตรของเด็กในภายหลัง การที่เด็กต้องเป็นเด็กกำพร้าบิดาอาจส่งผลกระทบต่อและกลายเป็นปัญหาสังคม ในขณะที่เดียวกันการที่ชายไม่สามารถปฏิเสธความเป็นบิดาของเด็กได้นั้นส่งผลกระทบต่อเป็นการส่วนตัวของชายเท่านั้น แม้ว่าทายาทคนอื่นของชายจะได้รับผลกระทบด้วยก็ตาม เช่น ต้องเสียสิทธิได้รับมรดกหรือมีส่วนได้รับมรดกน้อยลง แต่ปัญหาดังกล่าวไม่ร้ายแรงพอที่กฎหมายควรกำหนดให้ชายมีสิทธิฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตร ดู รัศมิ์ เมธาวิกุล, "บุตรนอกสมรส," (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522), น.119-120.

ฝ่ายที่ 2 ประกอบไปด้วย ศาสตราจารย์ไพโรจน์ กัมพูสิริ และวนิดา ทัพพะกาญจนากุล เห็นว่ากรณีที่ชายแจ้งเกิดเด็กโดยสำคัญผิด ถูกกลั่นแกล้ง ถูกข่มขู่ ชายมีสิทธิฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตร โดยการฟ้องร้องดังกล่าวไม่เป็นการต้องห้ามตามมาตรา 1541 ดู ไพโรจน์ กัมพูสิริ, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 425*, น.325. ; วนิดา ทัพพะกาญจนากุล, "ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับตัวอ่อนที่เกิดจากการปฏิสนธินอกร่างกาย," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), น.89-91.

ผู้เขียนเห็นว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1541 ไม่ใช่บทสันนิษฐานเด็ดขาดหรือเป็นกฎหมายปิดปาก (Estoppel) ที่ห้ามมิให้มีการพิสูจน์ความจริงหักล้าง เพราะบทสันนิษฐานมาตรานี้มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองเด็กและป้องกันไม่ให้ชายผู้เป็นบิดาที่แท้จริงหรือชายอื่นที่ทราบความจริงว่าเด็กไม่ได้เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตนแต่ยินยอมที่จะเป็นบิดาของเด็กด้วยการแจ้งการเกิดของเด็กมาฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรของตนในภายหลัง

นอกจากนี้ แม้กฎหมายมุ่งประสงค์ให้ความคุ้มครองกับเด็ก แต่กฎหมายจะกำหนดให้ชายมีภาระหนักเกินกว่าสมควรไม่ได้ เพราะกรณีที่ชายสำคัญผิดคิดว่าเด็กเป็นบุตรที่แท้จริงของตนหรือหญิงหลอกหลวงหรือข่มขู่ให้ชายจดทะเบียนการเกิดของเด็ก เมื่อความจริงหรือเมื่อภัยอันเกิดจากการข่มขู่หมดสิ้นไป ชายมีสิทธิฟ้องคดีปฏิเสธไม่รับเด็กที่ตนเป็นผู้แจ้งถึงการเกิดเป็นบุตรของตน ดู ประสพสุข บุญเดช, "การปฏิสนธิเทียมยุคโลกาภิวัตน์," *บทบัญญัติ*, ตอน 4, เล่มที่ 51, น.186 (2538) เทียบเคียงคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3554/2524

อนึ่ง หากเด็กไม่ได้เกิดขึ้นมาระหว่างที่ชายที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรและหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรเป็นสามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ในภายหลังชายที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรได้จดทะเบียนรับรองเด็กเป็นบุตรของตน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1547 โดยการจดทะเบียนรับรองเด็กเป็นบุตรดังกล่าวเกิดขึ้นด้วยเหตุที่ชายผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตรสำคัญผิดคิดว่าเด็กเป็นบุตรที่แท้จริงและเกิดขึ้นมาจากเซลล์สืบพันธุ์ของตน เมื่อการจดทะเบียนเกิดขึ้นโดยสำคัญผิด ชายจึงมีสิทธิฟ้องขอให้เพิกถอนการจดทะเบียนรับรองบุตรได้ไม่ต้องห้ามตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1559⁴²⁸ อย่างไรก็ตาม ถ้าหากการสำคัญผิด การข่มขู่ หรือการฉ้อฉลเกิดขึ้นกับชายที่เป็นบิดาที่แท้จริงชายจะร้องขอให้เพิกถอนการจดทะเบียนไม่ได้⁴²⁹

ในกรณีที่ชายผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตรรู้ความจริงว่าเด็กไม่ได้เกิดขึ้นมาจากเซลล์สืบพันธุ์ของตน แต่ยังคงประสงค์ที่จะเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายและต้องการให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็ก หากชายเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ต้องการเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กเช่นเดียวกัน ชายเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์มีสิทธิฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายของชายผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตร พร้อมทั้งฟ้องคดีเพื่อรับเด็กเป็นบุตรตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1548⁴³⁰ โดยชายเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ต้องพิสูจน์ให้

เมื่อพิจารณาแนวการปรับใช้กฎหมายของศาลสูงประเทศเยอรมนี (*Bundesgerichtshof*) ในวันที่ 7 เมษายน ค.ศ. 1983 ศาลได้มีคำพิพากษาว่า แม้ชายสามีจะให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อให้หญิงเข้ารับการผสมเทียม อย่างไรก็ตาม ชายก็ยังคงมีสิทธิฟ้องปฏิเสธความเป็นบุตรของเด็กที่ไม่ได้เกิดขึ้นมาจากเชื้อพันธุ์ของตนเองโดยไม่ถือว่าเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต อ้างถึงใน ญัตติวรรณอภิสิทธิ์โยธิน, "การตั้งครรรภ์แทน : ปัญหาทางกฎหมายครอบครัวและมรดก," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2543), น.82.

⁴²⁸ รัศฎา เอกบุตร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว บิดามารดาและบุตร, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), น.47-48.

⁴²⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 729/2491

⁴³⁰ ญัตติวรรณ อภิสิทธิ์โยธิน ได้ให้ความเห็นไว้ว่า ชายเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ไม่มีสิทธิฟ้องคดีขอให้ศาลเพิกถอนความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของชายอื่นได้ เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1544 ให้สิทธิเฉพาะชายผู้เป็นสามีหรือเคยเป็นสามีของหญิงที่จะฟ้องฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรเท่านั้น หรือให้ทายาทผู้มีส่วนได้เสียฟ้องคดีแทนชายในกรณีที่ชายถึงแก่ความตายไปก่อนแล้ว โดยทายาทดังกล่าวต้องเป็นผู้มีสิทธิได้รับมรดกร่วมกับเด็กหรือเป็นผู้มีส่วนได้เสียในมรดกอันเกี่ยวเนื่องกับการเกิดของเด็กด้วย นอกจากนี้ชายเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ไม่มีสิทธิขอจด

ศาลเห็นว่าเด็กมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับตน แม้ว่าระหว่างนั้นเด็กจะเป็นบุตรที่มีบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้วก็ตาม⁴³¹

ทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1548 เนื่องจากเด็กไม่ได้เกิดจากการร่วมประเวณีตามธรรมชาติระหว่างชายและหญิง ดู ญัตติวรรณ อภิสิทธิ์โยธิน, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 427, น.92,142-143,148.

อาจารย์ประสพสุขให้ความเห็นว่า กฎหมายได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่ทำให้บุตรนอกสมรสกลายเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1547 กล่าวคือ บิดามารดาจดทะเบียนสมรสกันภายหลัง บิดาจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตร ศาลพิพากษาว่าเด็กเป็นบุตร อย่างไรก็ตาม 3 วิธีที่กล่าวข้างต้นนั้นใช้กับกรณีที่เด็กเกิดขึ้นจากการร่วมประเวณีตามธรรมชาติ หากเด็กเกิดขึ้นมาจากการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ไม่ว่าจะเป็นการผสมเทียมหรือการปฏิสนธิภายนอกครรภ์ ชายเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ไม่สามารถเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กได้เลย ชายจึงจะจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายไม่ได้หรือในกรณีที่ชายจดทะเบียนสมรสกับหญิงในภายหลัง เด็กก็ไม่กลายเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชาย ดู ประสพสุข บุญเดช, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว*, พิมพ์ครั้งที่ 21, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2558), น.556-557.

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนมีความเห็นว่าชายเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์สามารถฟ้องคดีเพื่อขอเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กได้เช่นเดียวกัน เพราะเมื่อพิจารณาจากบริบทของสังคมประกอบกับความเจริญก้าวหน้าทางการแพทย์ จะพบว่าไม่มีความจำเป็นที่ว่าการเกิดของเด็กต้องเป็นผลมาจากการร่วมประเวณีตามธรรมชาติเท่านั้น เพราะการเกิดของเด็กอาจเป็นผลมาจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ การที่กฎหมายไม่ยอมให้ชายเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์เป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กไม่ต่างอะไรกับการที่กฎหมายประสงค์ที่จะผลกระทบหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กให้เป็นหน้าที่ของหญิงเพียงฝ่ายเดียว อีกทั้งยังเท่ากับกฎหมายสนับสนุนให้ชายปฏิเสธความรับผิดชอบต่เด็กที่เกิดขึ้นมาจากเซลล์สืบพันธุ์ของตน

⁴³¹ แม้นักวิชาการส่วนหนึ่งเห็นว่าการฟ้องคดีเพื่อขอรับเด็กเป็นบุตรจะมีขึ้นได้ต่อเมื่อเด็กเป็นบุตรนอกสมรสเท่านั้น กล่าวคือ เด็กเกิดขึ้นมามีชีวิตในระหว่างที่ชายและหญิงไม่ได้จดทะเบียนสมรส และเด็กจะต้องไม่ได้เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายอื่น ทำให้เกิดปัญหาว่าถ้าในระหว่างที่ชายและหญิงจดทะเบียนสมรส หญิงมีความสัมพันธ์ทางเพศกับชายผู้จนตั้งครรถ์และให้กำเนิดบุตร กฎหมายสันนิษฐานว่าเด็กเป็นบุตรของชายสามีที่จดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1536 และแม้ว่าชายสามีจะทราบถึงความจริงว่าเด็กเกิดขึ้นมาจาก

ในกรณีที่เด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตร แม้ชายผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตรไม่ได้ใช้สิทธิฟ้องเพิกถอนการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรที่เกิดขึ้นโดยสำคัญผิด ชายเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กย่อมเป็นผู้มีส่วนได้เสียและมีสิทธิฟ้องเพื่อให้ศาลถอนการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1554 ภายหลังจากที่ชายเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ได้จดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตนแล้ว ชายและเด็กย่อมมีสิทธิหน้าที่และความสัมพันธ์ตามกฎหมายลักษณะครอบครัวและกฎหมายลักษณะมรดกต่อกัน

หากชายที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรยังคงต้องการที่จะให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็ก ร่วมกับหญิงภรรยาที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตร ชายที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรต้องขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมของตน โดยต้องได้รับความยินยอมจากชายเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ ในกรณีที่ชายเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ไม่ให้ความยินยอม โดยปราศจากเหตุผลอันสมควรและเป็นปฏิปักษ์ต่อสุขภาพ ความเจริญ

ชายผู้ แต่ชายก็ไม่ได้ฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตร แต่ชายผู้ต้องการฟ้องขอรับเด็กเป็นบุตร ชายผู้จะมีสิทธิฟ้องคดีขอรับเด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตนหรือไม่

ปัญหาข้างต้นอาจารย์รัฐภา เอกบุตร ได้แสดงความเห็นไว้ว่า คำว่า “เด็กที่เกิดจากบิดามารดาที่มีได้สมรสกัน” ไม่ได้หมายความว่าเฉพาะถึงบุตรนอกสมรสเพียงอย่างเดียว เพราะเด็กที่เกิดขึ้นระหว่างที่บิดามารดาสมรสกันอาจเป็นบุตรของผู้อื่นก็ได้ ดู รัฐภา เอกบุตร, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 428*, น.74, *เชิงอรรถที่ 26*.

ดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2492 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1519 บัญญัติแต่เพียงว่าเด็กเกิดแต่หญิงขณะเป็นภรรยาชาย ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรของชายผู้เป็นสามี มิได้วางข้อบัญญัติไว้โดยเด็ดขาดว่าเป็นบุตรของชายผู้เป็นสามีจึงเป็นเรื่องพิสูจนหักล้างข้อสันนิษฐานได้ และบทบัญญัติในเรื่องฟ้องขอให้รับรองเด็กเป็นบุตรก็มีได้วางข้อบัญญัติกีดกันมิให้ฟ้องในกรณีเช่นนี้ ฉะนั้นเมื่อเข้าหลักเกณฑ์ในเรื่องฟ้องขอให้รับเด็กเป็นบุตรแล้วผู้ร้องก็ย่อมมีอำนาจฟ้องได้ เด็กซึ่งเกิดกับชายชู้ นั้น มารดาของเด็กย่อมร้องขอให้ศาลพิพากษาว่าเด็กเป็นบุตรของชายชู้ได้ มาตรา 1529(4) ไม่ได้กีดกันถึงกรณีที่เป็นชู้กันด้วย

โดยศาลอุทธรณ์และศาลฎีกาได้ให้เหตุผลว่า “การประพาศุติศีลธรรมเป็นเรื่องของหญิงกับชายชู้ แต่เด็กไม่มีส่วนในการกระทำความผิดนั้น การที่วินิจฉัยให้เด็กเป็นบุตรของบิดาอันแท้จริงไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี แต่กลับเป็นการชอบด้วยศีลธรรมเสียอีก เพราะการให้เด็กเป็นบุตรของบิดาที่แท้จริงนั้นเป็นการถูกต้องยิ่งกว่าที่จะให้เด็กเป็นบุตรของผู้อื่น” อ้างถึงใน รัฐภา เมธาวีกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 427*, น.169.

หรือสวัสดิภาพของผู้เยาว์ ชายผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตรมีสิทธิจะร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งอนุญาตแทน การให้ความยินยอม ทั้งนี้ศาลต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นที่ตั้ง ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าเมื่อหญิงผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตรเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก อีกทั้งชายผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตรประสงค์ที่จะให้การอุปการะเลี้ยงดูบุตรร่วมกับหญิงภรรยาของตนทั้งที่เด็กไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับตนเลยก็ตาม ด้วยเหตุดังกล่าวถือได้ว่ามีเหตุผลเพียงพอที่ศาลควรมีคำสั่งให้ความยินยอมแทนการยินยอมของชายเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ เพราะหากเด็กยังคงเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ และต้องได้รับการอุปการะเลี้ยงดูร่วมกันระหว่างหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรกับชายเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์อาจส่งผลกระทบต่อจิตใจของเด็ก และอาจเป็นผลทำให้เกิดปัญหาความขัดแย้งในความสัมพันธ์ระหว่างชายและหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรซึ่งสามมีภรรยาจนนำไปสู่ปัญหาการหย่าร้างในภายหลัง ทั้งนี้ ชายเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ยังคงมีสิทธิที่จะได้เยี่ยมเด็กที่เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย ยกเว้นการที่ยินยอมให้มีการติดต่อกันระหว่างชายเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์และเด็กอาจเป็นเหตุขัดขวางความเจริญหรืออาจกระทบความสัมพันธ์ภายในครอบครัว ศาลอาจมีคำสั่งห้ามมิให้ชายเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการดำเนินชีวิตของเด็ก

เมื่อพิจารณาถึงสิทธิของเด็กที่เกิดขึ้นมาจากการปฏิสนธิโดยผิดพลาด แม้เด็กจะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตรตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1536 แต่เมื่อเด็กไม่ได้เกิดขึ้นมาจากเซลล์สืบพันธุ์ของชายดังกล่าว เด็กจึงมีสิทธิขอให้อัยการฟ้องคดีเพื่อปฏิเสธความเป็นบุตรของชายผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตรตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1545 นอกจากนี้ ในกรณีที่เด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายด้วยผลของการจดทะเบียนรับรองเด็กเป็นบุตร เมื่อการจดทะเบียนดังกล่าวเกิดขึ้นโดยสำคัญผิด เด็กย่อมเป็นผู้มีส่วนได้รับความเสียหายและมีสิทธิขอให้อัยการฟ้องคดีเพื่อให้เพิกถอนการจดทะเบียนเด็กรับเป็นบุตรได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1554 ประกอบ มาตรา 1562

ภายหลังที่เด็กร้องขอให้อัยการฟ้องปฏิเสธความเป็นบุตรของชายที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรหรือเพิกถอนการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรที่เกิดขึ้นโดยสำคัญผิดแล้ว หากชายเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ปฏิเสธไม่ยอมรับเด็กเป็นบุตร เด็กหรือผู้แทนโดยชอบธรรมมีสิทธิฟ้องคดีขอให้ชายเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์รับเด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยเด็กหรือผู้แทนโดยชอบธรรมต้องแสดงให้ศาลเห็นว่าชายเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์เป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมอย่างแท้จริงกับเด็ก⁴³² ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1555 และ 1556 และเมื่อพิจารณาตาม

⁴³² ในปัญหาเรื่องสิทธิของเด็กที่จะฟ้องขอให้เจ้าเซลล์สืบพันธุ์รับเด็กเป็นบุตรนี้ ศาสตราจารย์ นายแพทย์ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ ได้แสดงความเห็นว่า แม้ในภายหลังเด็กจะทราบตัว

พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 160 ศาลมีอำนาจสั่งให้คู่ความหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องไปให้แพทย์หรือผู้เชี่ยวชาญที่ศาลเห็นสมควร ตรวจร่างกาย เก็บตัวอย่างเลือด สารคัดหลั่ง สารพันธุกรรม หรือดำเนินการอื่นใด เพื่อตรวจพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์เพื่อประโยชน์ในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงอันเป็นประเด็นข้อพิพาทที่สำคัญแห่งคดี ในกรณีที่คู่ความฝ่ายใดไม่ยินยอมหรือกระทำการอันเป็นการป้องกันขัดขวางไม่ให้แพทย์หรือผู้เชี่ยวชาญตรวจเพื่อพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าข้อเท็จจริงที่ต้องการให้พิสูจน์เป็นผลร้ายแก่คู่ความฝ่ายนั้น

(ข) กรณีที่เด็กเกิดจากการปฏิสนธิระหว่างเซลล์สืบพันธุ์ของชายที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรกับเซลล์สืบพันธุ์ของหญิงอื่น

ความผิดพลาดในการกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อันนำไปสู่การปฏิสนธิระหว่างเซลล์สืบพันธุ์ของชายที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรกับเซลล์สืบพันธุ์ของหญิงอื่น อาจเกิดขึ้นได้ในกระบวนการปฏิสนธิภายนอกครรภ์ของหญิง เด็กที่เกิดขึ้นมาจากความผิดพลาดดังกล่าวย่อมมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมเฉพาะกับชายที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตร ในกรณีที่เด็กเกิดขึ้นมาระหว่างที่ชายและหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรเป็นสามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย เด็กย่อมเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายตามข้อสันนิษฐานของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1536 โดยชายไม่มีสิทธิฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1539 ด้วยอาศัยเหตุเพียงว่าเด็กไม่ได้เกิดขึ้นมาจากเซลล์สืบพันธุ์ของหญิงภรรยาผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตร

ในกรณีชายที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1547 แม้เด็กจะไม่ได้เกิดขึ้นมาจากเซลล์สืบพันธุ์ของหญิงภรรยา

บุคคลที่เป็นเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ เด็กก็ไม่มีสิทธิฟ้องขอให้เจ้าของเซลล์สืบพันธุ์รับเด็กเป็นบุตรเพราะไม่มีพฤติการณ์ที่เข้าข้อสันนิษฐานตามอนุมาตราใดของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1555 ดู วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 427*, น.58.

ในขณะที่อาจารย์ประสพสุข บุญเดช ได้ให้ความเห็นไว้ว่ากรณีที่ไมปรากฏข้อเท็จจริงที่เข้าข้อสันนิษฐานของกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1555 เด็กยังคงมีสิทธิฟ้องคดีเรียกให้ชายรับเด็กเป็นบุตร เพียงแต่เด็กจะไม่ได้รับประโยชน์จากบทสันนิษฐานของกฎหมาย และเด็กเป็นผู้มีภาระในการพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าชายเป็นบิดาที่แท้จริงของตน อย่างไรก็ตาม เด็กที่เกิดขึ้นจากกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ไม่มีสิทธิฟ้องคดีเรียกให้ชายเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์รับตนเป็นบุตร เนื่องจากเด็กไม่ได้เกิดขึ้นมาจากการร่วมประเวณีตามธรรมชาติ ดู ประสพสุข บุญเดช, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 430*, น.584.

ชายผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตรจะฟ้องขอให้เพิกถอนการจดทะเบียนด้วยเหตุที่ชายสำคัญผิดว่าเด็กเกิดขึ้นมาจากเซลล์สืบพันธุ์ของตนและหญิงภรรยาผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตรไม่ได้ เพราะชายเป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมอย่างแท้จริงกับเด็ก

สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างเด็กกับหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตร แม้เด็กไม่ได้เกิดขึ้นมาจากเซลล์สืบพันธุ์ของหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตร แต่เมื่อหญิงที่ประสงค์บุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์และคลอดบุตร หญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรจึงเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายสากลโดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี⁴³³ ที่ว่า “ความเป็นมารดาย่อมแสดงออกด้วยการตั้งครรภ์ (mater est quam questatio demonstrate หรือ the mother is demonstrated by gestation)”⁴³⁴ หญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรไม่มีสิทธิที่จะ

⁴³³ ประเทศอังกฤษแม้กฎหมายยินยอมให้มีการตั้งครรภ์แทน แต่กฎหมาย Human Fertilization and Embryology Act 1990 กำหนดว่า “หญิงซึ่งกำลังตั้งครรภ์หรือได้ตั้งครรภ์เนื่องจากการนำเอาตัวอ่อนหรืออสุจิและไข่เข้าไปในร่างกาย เป็นบุคคลเดียวเท่านั้นที่จะเป็นมารดาของเด็กที่กำลังจะเกิดขึ้นมา” ซึ่งแตกต่างจากประเทศสหรัฐอเมริกาเนื่องจากมลรัฐต่างๆ มีแนวทางการพิจารณาความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายแตกต่างกันซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็น 3 กลุ่ม ดังนี้

(1) ความเป็นบิดามารดาโดยเจตจำนง (Intent-Based Parenthood) อันเป็นหลักที่ได้ปรากฏขึ้นในคดี Johnson v Calvert ศาลพิจารณาว่าเมื่อชายและหญิงที่ประสงค์จะให้กำเนิดบุตรเป็นฝ่ายที่ต้องการเลี้ยงดูบุตรอย่างแท้จริง ชายและหญิงดังกล่าวจึงเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ส่วนหญิงที่ตั้งครรภ์เป็นเพียงมารดาที่รับเลี้ยงเด็ก (Foster Parent) เท่านั้น

(2) ความเป็นบิดามารดาโดยพันธุกรรม (Genetic-based Parenthood) ปรากฏในคดี Belisto v Clark ศาลอาศัยความสัมพันธ์ตามความเป็นจริง (De Facto) เป็นหลักพิจารณาว่า “บุคคลที่สามารถถ่ายทอดลักษณะทางพันธุกรรมให้แก่เด็ก บุคคลเหล่านั้นย่อมเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย เว้นแต่บุคคลเหล่านั้นจะสละสิทธิความเป็นบิดามารดา”

(3) ความเป็นมารดาโดยกำเนิด (Gestational Motherhood) ความเป็นมารดาเป็นเรื่องที่กฎหมายกำหนด หญิงที่ตั้งครรภ์แทนไม่สามารถสละความเป็นมารดาได้ ดังนั้นเฉพาะหญิงที่คลอดบุตรเท่านั้นที่เป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก

ดู นิติพร ตันวิไลย, "การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน," วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม 24, ตอน 2, น.31-32 (2550).

⁴³⁴ ประสพสุข บุญเดช, "การปฏิสนธิเทียมยุคโลกาภิวัตน์," วารสารกฎหมาย, ฉบับที่ 1, ปีที่ 16, น.18.

ฟ้องเพื่อคดีเพื่อไม่รับเด็กเป็นบุตรของตน⁴³⁵ ซึ่งแตกต่างจากสิทธิของฝ่ายชายที่กฎหมายกำหนดให้ชายที่เป็นหรือเคยเป็นสามีหรือภรรยาของชายเหล่านั้นมีสิทธิฟ้องเพื่อปฏิเสธความเป็นบุตรเท่านั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1542 และ 1544⁴³⁶

แม้บทสันนิษฐานการเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นบทสันนิษฐานที่เป็นไปตามหลักธรรมชาติที่ว่า เมื่อการปฏิสนธิเกิดขึ้นในมดลูกของหญิงเฉพาะหญิงที่ตั้งครรภ์และคลอดบุตรเท่านั้นที่สามารถเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งแต่เดิมมีความเชื่อมาโดยตลอดว่าบทสันนิษฐานความเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายนี้เป็นบทสันนิษฐานเด็ดขาด ที่ไม่สามารถพิสูจน์หักล้างได้⁴³⁷

⁴³⁵ ในปัญหาทางกฎหมายที่ว่าหญิงมีสิทธิฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตนหรือไม่นั้น มีความเห็นทางวิชาการแบ่งได้เป็น 2 กลุ่ม ดังนี้

กลุ่มที่ 1 เห็นว่า กฎหมายไม่ได้บัญญัติให้หญิงมีสิทธิฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรซึ่งแตกต่างจากสิทธิของชาย หญิงจึงไม่มีสิทธิฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรทุกกรณี โดยเหตุผลที่กฎหมายไม่ให้สิทธิดังกล่าวกับหญิงเพราะกฎหมายไม่ต้องการให้เด็กต้องกลายเป็นเด็กที่กำพร้าทั้งบิดาและมารดาในเวลาเดียวกัน

กลุ่มที่ 2 เห็นว่า หญิงควรมีสิทธิฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรได้เช่นเดียวกับชาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่มีข้อเท็จจริงปรากฏว่าเด็กไม่ใช่บุตรที่แท้จริงของหญิง เช่น กรณีที่ไม่ปรากฏแน่ชัดว่าเด็กคลอดจากครรภ์ของหญิงหรือไม่ หรือในกรณีที่มีการแอบอ้างว่าเด็กเป็นบุตรของหญิงแต่หญิงมาทราบความจริงในภายหลังหรือในการที่มีบุคคลเจตนาสับเปลี่ยนตัวเด็กในโรงพยาบาลตั้งแต่แรกเกิด

ดู รัศฎา เมธาวิกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 427*, น.138-139.

⁴³⁶ วนิตา ทัพพะกาญจนากุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 427*, น.96.

⁴³⁷ ในปัญหาที่ว่าเด็กมีสิทธิฟ้องคดีปฏิเสธความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงหรือไม่นั้น มีความเห็นทางวิชาการแบ่งได้เป็น 2 กลุ่ม ดังนี้

กลุ่มที่ 1 เห็นว่า เมื่อกฎหมายไม่ได้บัญญัติให้เด็กมีสิทธิฟ้องคดีเพื่อปฏิเสธความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงมารดา ไม่ว่ากรณีเป็นเช่นใดเด็กย่อมไม่มีสิทธิฟ้องว่าตนไม่ได้เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิง

กลุ่มที่ 2 เห็นว่า กฎหมายควรให้สิทธิแก่เด็กเพื่อฟ้องคดีปฏิเสธความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงมารดา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เด็กไม่ได้เป็นบุตรที่แท้จริงของหญิง การที่กฎหมายไม่ให้สิทธิดังกล่าวกับเด็กอาจเป็นเหตุทำให้เด็กได้รับความเสียหาย กล่าวคือ เมื่อเด็กทราบความจริงว่าเด็กไม่ได้เป็นบุตรที่แท้จริงและไม่ต้องการที่จะอยู่อาศัยหรือได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจาก

อย่างไรก็ดี บทสันนิษฐานข้างต้นไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมอีกต่อไป ผู้เขียนมีความเห็นว่าหากพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1546 ซึ่งเดิมได้บัญญัติไว้ว่า “เด็กเกิดจากหญิงที่ได้มีการสมรสกับชายให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น” แต่ในปี พ.ศ. 2551 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดย พ.ร.บ. แก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2551 โดยเพิ่มเติมข้อความในตอนท้ายว่า “เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” อันเป็นการแสดงให้เห็นได้ว่า บทสันนิษฐานความเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายนี้ไม่ได้เป็นบทสันนิษฐานที่เด็ดขาดอีกต่อไป ในปัจจุบันพบว่ากฎหมายที่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์แตกต่างจากบทสันนิษฐานดั้งเดิมก็คือพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดย มาตรา 29 ของพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้ชายและหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก แม้เด็กจะเกิดขึ้นมาจากหญิงผู้ตั้งครรภแทนก็ตาม อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ดังกล่าวใช้เฉพาะกับกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่เป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายเท่านั้น ไม่รวมถึงกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่ผิดพลาด เมื่อข้อเท็จจริงที่ผู้เขียนยกตัวอย่างเพื่อทำการศึกษานี้เป็นกรณีที่กระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมาย กล่าวคือ หญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรไม่ได้ยินยอมให้แพทย์ใช้เซลล์สืบพันธุ์ของหญิงอื่น และไม่ได้ยินยอมตั้งครรภแทนหญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ หญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรจึงไม่มีสิทธิฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตร

จากการที่หญิงผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตรไม่มีสิทธิฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตร ผู้เขียนมีความเห็นว่าทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมให้กับหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรอย่างมาก เพราะเท่ากับกฎหมายได้บังคับให้หญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรต้องมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูเด็กโดยไม่สมัครใจ ด้วยเหตุดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อเด็กที่ได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากบุคคลที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับตน นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับสิทธิของชายกฎหมายไม่ปฏิเสธที่จะยินยอมให้ชายมีสิทธิฟ้องคดีไม่รับเด็กที่ไม่ใช่บุตรที่แท้จริงของชายเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย เพราะกฎหมายไม่ต้องการให้ชายที่ไม่ได้มีความสัมพันธ์กับเด็กต้องถูกผูกพันและมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูเด็ก เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง จึงควรมีการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยสิทธิของหญิงที่จะฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรได้เช่นเดียวกับสิทธิของชาย

หญิงอีกต่อไป การที่กฎหมายบังคับให้เด็กต้องใช้ชีวิตอยู่กับหญิงอาจทำให้เกิดผลกระทบทางจิตใจและอาจเป็นการทำลายความสัมพันธ์ภายในครอบครัวของเด็ก

ดู รัชฎา เมธาวิกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 427*, น.157.

อย่างไรก็ดี เพื่อไม่ให้เด็กต้องถูกทอดทิ้งและปราศจากซึ่งบุคคลที่ทำหน้าที่ให้การเลี้ยงดูเด็ก ตัวอย่างเช่น กรณีที่ไม่ปรากฏตัวชายผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตร หรือหญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ปฏิเสธไม่รับเด็กเป็นบุตร เมื่อหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์และคลอดบุตร ผู้เขียนยังคงมีความเห็นว่าหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรเป็นผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับเด็กมากที่สุด หญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรเป็นผู้ปกครองเด็กต่อไปจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ โดยหน้าที่ของหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรที่จะต้องดูแลเด็กต่อไปนี้ไม่ได้เป็นหน้าที่เพราะเหตุที่หญิงเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่เป็นหน้าที่ที่เกิดขึ้นจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และหน้าที่ดังกล่าวมีอยู่เพียงช่วงระยะเวลาหนึ่ง จนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่เท่านั้น ด้วยเหตุดังกล่าวผู้เขียนจึงเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ดังนี้

มาตรา 29/1 ในกรณีที่มีความผิดพลาดเกิดขึ้นในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จนทำให้การตั้งครรภ์ของหญิงไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ให้หญิงผู้คลอดบุตรมีสิทธิพิสูจน์ว่าเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ไม่ใช่บุตรที่แท้จริงของตน

ในกรณีที่ไม่ปรากฏบิดาหรือมารดาที่แท้จริงของเด็ก ให้หญิงผู้คลอดบุตรเป็นผู้ปกครองของเด็กนั้นจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ให้หญิงที่คลอดบุตร พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก ผู้มีส่วนได้เสียหรือพนักงานอัยการมีอำนาจร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้ปกครองได้ และในการตั้งผู้ปกครองดังกล่าวให้ศาลคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กคนนั้นเป็นสำคัญ⁴³⁸

อนึ่ง หญิงผู้คลอดบุตรมีสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

เมื่อพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างหญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์กับเด็ก แม้หญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์จะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก แต่กฎหมายไม่ให้สิทธิแก่หญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ที่จะฟ้องให้มีการเพิกถอนความเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตร อีกทั้ง หญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ก็ไม่มีสิทธิจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรของตนซึ่งแตกต่างจากสิทธิของชาย วิธีการเดียวที่จะทำให้เด็กได้มาอยู่ในสถานะเสมือนว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ก็คือการที่หญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ต้องขอรับเด็กเป็นบุตรบุญ

⁴³⁸ เทียบเคียงมาตรา 30 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

ธรรมของตน ซึ่งหากหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรไม่ยินยอมยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของหญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ หญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์อาจร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งอนุญาตแทนการให้ความยินยอม อย่างไรก็ตาม แม้หญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์สามารถขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมของตนแต่หญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์คงมีเพียงสิทธิได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากเด็กเท่านั้น หญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ไม่มีสิทธิได้รับมรดกของเด็กตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/29 เว้นแต่เด็กทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินให้กับหญิง ในขณะที่หญิงผู้ประสงค์ตั้งครรภ์ซึ่งไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กแต่เป็นเพียงผู้ตั้งครรภ์และคลอดเด็กยังคงมีสิทธิได้รับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรม อีกทั้งมีสิทธิได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจนกว่าหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรถึงแก่ความตาย

เพื่อให้เกิดเป็นธรรมและทำให้ชายและหญิงมีสิทธิโดยเท่าเทียม ผู้เขียนมีความเห็นว่ากฎหมายควรยินยอมให้หญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์มีสิทธิฟ้องคดีเพื่อปฏิเสธความเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรซึ่งเป็นผู้คลอดบุตรตามข้อสันนิษฐานของกฎหมาย และขอให้ศาลพิพากษาให้หญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์เป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก โดยเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบัญญัติกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนี้

มาตรา 1546/1 ในกรณีที่หญิงคนใดสามารถพิสูจน์ได้ว่าตนเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกับเด็ก ให้ศาลพิพากษาให้หญิงคนดังกล่าวเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก แม้เด็กจะมีมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้วก็ตาม ทั้งนี้ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

บทบัญญัติที่ผู้เขียนได้เสนอให้มีการบัญญัติเพิ่มเติมข้างต้นนี้ จะไม่ใช่บังคับในกรณีที่การเกิดของเด็กเป็นผลมาจากกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ กรณีที่หญิงเป็นผู้บริจาคไข่หรือตัวอ่อนเพื่อนำไปใช้ในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ แม้หญิงจะเป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก หญิงก็ไม่มีสิทธิฟ้องคดีเพื่อพิสูจน์ความเป็นมารดา เพราะความเป็นบิดามารดาและบุตรของเด็กต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาถึงสิทธิของเด็กที่เกิดขึ้นมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ ปัจจุบันกฎหมายไม่ให้สิทธิกับเด็กที่จะฟ้องคดีเพื่อปฏิเสธความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรและเป็นผู้คลอดบุตรในขณะเดียวกัน เด็กก็ไม่มีสิทธิฟ้องขอให้หญิงผู้เป็นเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์รับเด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งแตกต่างจากกรณีของการฟ้องคดีเพื่อปฏิเสธความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชาย ผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตรหรือการฟ้องขอให้ชายเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์รับเด็กเป็นบุตร ด้วยเหตุดังกล่าว

ผู้เขียนมีความเห็นว่า กฎหมายในลักษณะเช่นนี้ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมกับเด็กที่ควรจะได้มีโอกาสเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายและหญิงที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับตน เด็กจึงควรมีสติธิ์ฟ้องให้หญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์รับเด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย⁴³⁹ โดยผู้เขียนเสนอให้มีการแก้ไขกฎหมายเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนี้

มาตรา 1545 เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงต่อเด็กว่าตนมิได้เป็นบุตรสืบสายโลหิตของชายผู้เป็นสามีของมารดาชายหรือหญิงที่เป็นบิดามารดาตามกฎหมายของตน เด็กจะร้องขอต่ออัยการให้ฟ้องคดีปฏิเสธความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายหรือหญิงนั้น ก็ได้

การฟ้องคดีตามวรรคหนึ่ง ถ้าเด็กได้รู้ข้อเท็จจริงก่อนบรรลุนิติภาวะว่าตนมิได้เป็นบุตรของชายหรือหญิงผู้เป็นสามีของมารดาผู้เป็นบิดามารดาตามกฎหมาย ห้ามอัยการฟ้องคดีเมื่อพ้นหนึ่งปีนับแต่วันที่เด็กบรรลุนิติภาวะ แต่ถ้าเด็กได้รู้ข้อเท็จจริงดังกล่าวหลังจากบรรลุนิติภาวะแล้ว ห้ามอัยการฟ้องคดีเมื่อพ้นหนึ่งปีนับแต่วันที่เด็กรู้เหตุนั้น

ไม่ว่ากรณีใดๆ ห้ามมิให้ฟ้องคดีปฏิเสธความเป็นบุตรเมื่อพ้นสิบปีนับแต่วันที่เด็กบรรลุนิติภาวะ และ

มาตรา 1555/1 ในคดีที่เด็กฟ้องขอให้หญิงรับเด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิง เด็กมีสิทธิพิสูจน์ถึงความสัมพันธ์ทางสายโลหิตระหว่างเด็กกับหญิง

วิธีการฟ้องคดีเพื่อให้หญิงรับเด็กเป็นบุตรตามวรรคหนึ่ง ให้นำมาตรา 1556 ถึงมาตรา 1559 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตราทั้งสองข้างต้นไม่มีผลใช้บังคับกับกรณีที่เกิดของเด็กเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 เช่น กรณีที่เด็กเกิดขึ้นมาจากเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนที่ได้รับบริจาค เพราะกรณีดังกล่าวเด็กไม่มีสิทธิฟ้องให้หญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนรับตนเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย

(ค) กรณีที่เด็กเกิดจากเซลล์สืบพันธุ์ของชายและหญิงอื่นที่ไม่ใช่เซลล์สืบพันธุ์ของชายและหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตร

ความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เป็นเหตุทำให้เกิดการปฏิสนธิระหว่างเซลล์สืบพันธุ์ของชายและหญิงอื่นที่ไม่ใช่เซลล์สืบพันธุ์ของชายและหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตร อาจเกิดขึ้นได้ใน

⁴³⁹ รัชฎา เมธาวิกุล, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 427*, น.393.

ขั้นตอนการตรวจคัดกรองความถูกต้องของเซลล์สืบพันธุ์ก่อนปฏิสนธิ หรือการตรวจสอบความถูกต้องของตัวอ่อนก่อนนำกลับเข้าสู่โพรงมดลูกของหญิง เมื่อพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างชาย หญิง และเด็ก สามารถแบ่งออกได้เป็น 4 กรณี กล่าวคือ ความสัมพันธ์ระหว่างเด็ก กับ (1) ชายที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตร (2) หญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตร (3) ชายเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ (4) หญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ โดยการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลดังกล่าวจะเหมือนกับที่ได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ (ก) และ (ข) ซึ่งกล่าวโดยสรุปได้ดังนี้

ความสัมพันธ์ระหว่างเด็กกับหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตร แม้หญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรจะไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก แต่เมื่อหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์และเป็นหญิงที่คลอดบุตร หญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรจึงเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ซึ่งตามกฎหมายหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรไม่มีสิทธิฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรของตน ในขณะที่เดียวกันเด็กก็ไม่มีสิทธิฟ้องคดีปฏิเสธความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตร

ความสัมพันธ์ระหว่างเด็กกับชายที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตร ในกรณีที่เด็กเกิดขึ้นมาระหว่างที่ชายและหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรเป็นสามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย ชายที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรจึงเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายตามข้อสันนิษฐานของเด็กตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1536 อย่างไรก็ดี ชายที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรมีสิทธิฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1539 ในขณะเดียวกันเด็กก็มีสิทธิฟ้องคดีเพื่อปฏิเสธความเป็นบุตรของชายที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตร ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1545 และมีสิทธิฟ้องให้ชายเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์รับตนเป็นบุตรตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1555

นอกจากนี้ หากชายผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตรจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรโดยสำคัญผิด ชายผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตร ชายเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์และเด็กต่างเป็นผู้มีส่วนได้เสียและมีสิทธิฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนการจดทะเบียนที่เกิดขึ้นโดยสำคัญผิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1554

ความสัมพันธ์ระหว่างเด็กกับชายและหญิงเจ้าของตัวอ่อน เด็กที่เกิดจากตัวอ่อนย่อมมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับชายและหญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ที่ถูกปฏิสนธิรวมกันจนกลายเป็นตัวอ่อน อนึ่ง เมื่อเด็กยังเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายและหญิงผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตร ชายเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์จึงมีสิทธิฟ้องเพื่อคดีเพื่อเพิกถอนความเป็นบิดาของชายผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตร และมีสิทธิขอจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1547 ในกรณีที่เด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายที่ประสงค์

ให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตร ชายเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์มีสิทธิร้องขอให้ศาลเพิกถอนการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรที่เกิดขึ้นโดยสำคัญผิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ 1554 อย่างไรก็ดี สิทธิของหญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์นั้นแตกต่างจากสิทธิของชายเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ เพราะไม่ว่ากรณีเป็นเช่นใดกฎหมายไม่ยินยอมให้หญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์พิสูจน์ว่าตนเป็นมารดาที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก หญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์จึงไม่สามารถเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก หญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์คงมีเพียงสิทธิขอจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมเท่านั้น

(2) ปัญหาการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์

กรณีที่มีความผิดพลาดเกิดขึ้นในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จนเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงได้รับความเสียหาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเสียหายต่อสิทธิในการเจริญพันธุ์ สิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเอง สิทธิภายในครอบครัว ไม่ว่าความเสียหายเหล่านั้นจะคิดคำนวณเป็นเงินได้หรือไม่ก็ตาม ชายและหญิงย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมาย ผู้เขียนขอยกตัวอย่างสถานการณ์ที่อาจนำไปสู่การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย ดังนี้

(1) ในกรณีที่ชายและหรือหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตร ไม่สามารถเป็นบิดาและหรือมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ชายและหรือหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ค่าใช้จ่ายที่ได้เสียไปในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในครั้งที่เกิดความผิดพลาด ค่าใช้จ่ายในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ครั้งใหม่ที่จะเกิดขึ้นในอนาคต ทั้งนี้ หญิงที่ตั้งครรภ์แทนโดยไม่สมัครใจมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการความเจ็บปวดและทุกข์ทรมานจากการตั้งครรภ์ ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจจากการสูญเสียความหวังที่จะได้เป็นบิดามารดา

(2) ในกรณีที่ชายและหรือหญิงต้องให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่ไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับตน แม้นหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรเป็นหน้าที่ตามกฎหมาย แต่เมื่อหน้าที่ดังกล่าวเป็นผลมาจากการกระทำโดยประมาทของแพทย์ ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายจากการที่ต้องให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่ไม่ใช่บุตรที่แท้จริงของตน

(3) ในกรณีที่ชายและหรือหญิงต้องคืนเด็กให้กับชายและหรือหญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ ชายและหรือหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่เกิดขึ้นในระหว่างที่ชายและหญิงได้อุปการะเลี้ยงดูบุตรเด็กเป็นจริงก่อนที่จะคืนเด็กให้กับชายและหรือหญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์

(4) ในกรณีที่แพทย์ทำการปฏิสนธิผิดพลาด โดยทำการปฏิสนธิระหว่างเซลล์สืบพันธุ์ของหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรกับเซลล์สืบพันธุ์ชายอื่น หากชายผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตรฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตร อีกทั้ง ไม่ปรากฏตัวชายเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ หญิงมีสิทธิฟ้องเรียกค่าใช้จ่าย

ในการเลี้ยงดูเด็กในส่วนที่หญิงควรได้รับจากการช่วยเหลือจากชายผู้เป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก

นอกจากนี้ ถ้าความผิดพลาดทางการแพทย์นำไปสู่เหตุแห่งการหย่าร้าง ทำให้เกิดความขัดแย้งภายในครอบครัวหรือทำฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสูญเสียความไว้น้ำใจ ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการสูญเสียความสัมพันธ์ภายในครอบครัว เพราะเหตุที่การกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นการละเมิดต่อสิทธิในครอบครัวของชายและหญิงที่ควรจะได้มีชีวิตอยู่อย่างสงบสุขและเป็นไปตามความคาดหวัง

(5) ในกรณีที่หญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ไม่สามารถเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก อันเป็นเหตุทำให้หญิงต้องเสียสิทธิที่จะได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากเด็ก อีกทั้งเสียสิทธิที่จะได้รับมรดกจากเด็ก หญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการสูญเสียโอกาสที่จะได้เป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก

(6) ในกรณีที่หญิงทราบความจริงว่าความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นเหตุทำให้ทารกในครรภ์ไม่ได้เกิดขึ้นจากการปฏิสนธิระหว่างเซลล์สืบพันธุ์ที่ถูกต้อง ในกรณีที่หญิงเลือกที่จะเข้ารับการรักษา หญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการเข้ารับการรักษา อาทิ ค่าใช้จ่ายในการเข้ารับการรักษา ค่าเสียหายสำหรับความเจ็บปวดทุกข์ทรมานในการรักษา และค่าเสียหายทางจิตใจอันเป็นผลกระทบจากการที่ต้องเข้าสู่กระบวนการรักษา

(7) ในกรณีที่แพทย์ทำการปฏิสนธิโดยประมาทหรือตรวจสอบความถูกต้องของตัวอ่อนโดยประมาท แต่แพทย์ไม่ได้แจ้งเตือนหรือไม่ได้บอกกล่าวความจริงให้ชายและหญิงทราบจนเป็นเหตุทำให้หญิงไม่สามารถเลือกเข้ารับการรักษา และเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงต้องกลายเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับตน ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์

จากตัวอย่างการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายข้างต้น จะเห็นได้ว่าความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อาจเป็นเหตุที่ทำให้เกิดการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้หลายรูปแบบ ทั้งนี้มีข้อสังเกตประการหนึ่งว่าการกระทำโดยประมาทของแพทย์ในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ บ่อยครั้งทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิตามกฎหมายลักษณะครอบครัวและกฎหมายลักษณะมรดกของชายและหญิง โดยเฉพาะอย่างยิ่งทำให้เกิดปัญหาความสัมพันธ์ที่สลับซับซ้อนเกี่ยวกับสถานะความเป็นบิดามารดาและบุตรตามกฎหมาย เพราะการกระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้ชายและหรือหญิงต้องกลายเป็นบิดาและหรือมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับตน การที่ชายและหรือหญิงต้องกลายเป็นบิดามารดาของเด็ก ยังเป็นเหตุนำมาซึ่งหน้าที่ตามกฎหมายที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูเด็กจนกว่าเด็กจะ

บรรลุนิติภาวะ อีกทั้งยังอาจเป็นเหตุทำชายและหรือหญิงเสียสิทธิตามกฎหมายที่จะได้รับการอุปการะเลี้ยงดูและสิทธิในการรับมรดกของบุตรที่แท้จริงของตน

เมื่อการกระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิตามกฎหมายลักษณะครอบครัวและตามกฎหมายลักษณะมรดกของชายและหญิง การกระทำโดยประมาทของแพทย์จึงเป็นการละเมิดต่อสิทธิของชายและหรือหญิง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 นอกจากนี้ หากพิจารณาตามกฎหมายลักษณะสัญญา ในกรณีที่ระหว่างชาย หญิงและแพทย์มีความผูกพันตามสัญญาให้บริการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ชายและหญิงได้รับความเสียหายจากการชำระหนี้ไม่ถูกต้องของแพทย์ มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทั้งปวงอันเป็นผลมาจากความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 215 ประกอบมาตรา 222

5.2. ปัญหาทางกฎหมายจากการส่งมอบเด็กผิดตัว

แม้การส่งมอบเด็กผิดตัวเป็นรูปแบบความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกิดขึ้นได้ยากในความเป็นจริง เนื่องจากแพทย์ พยาบาล เจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้องได้พยายามกำหนดแนวทางปฏิบัติหรือวางนโยบายป้องกันไม่ให้เกิดการส่งมอบเด็กผิดตัวเกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่มีความผิดพลาดทางการแพทย์จนเป็นเหตุนำไปสู่การส่งมอบเด็กผิดตัว เหตุการณ์ดังกล่าวย่อมนำมาซึ่งปัญหาทางกฎหมายจำนวนมาก อาทิ ระหว่างชายและหญิงที่เลี้ยงดูเด็กมาตั้งแต่กำเนิดกับชายและหญิงผู้ให้กำเนิดใครควรเป็นบุคคลที่มีสิทธิและมีอำนาจอุปการะเลี้ยงดูเด็ก ทั้งนี้ ชายและหญิงที่เลี้ยงดูเด็กมาตั้งแต่กำเนิดจะขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมโดยไม่ได้รับความยินยอมจากชายและหญิงผู้ให้กำเนิดซึ่งเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้หรือไม่ อีกทั้ง นิติกรรมของผู้เยาว์ที่ได้กระทำลงไปโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมตัวจริงจะมีผลทางกฎหมายอย่างไร

ทั้งนี้ ผู้เขียนขอยกตัวอย่างปัญหาทางกฎหมายที่อาจเกิดขึ้นดังนี้

(1) ปัญหาสถานะความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

ในกรณีที่มีการส่งมอบเด็กผิดตัวเกิดขึ้น แม้เด็กจะอยู่ภายใต้การอุปการะเลี้ยงดูจากชายและหญิงผู้เลี้ยงดูเด็ก แต่เมื่อเด็กเกิดขึ้นมาจากการร่วมประเวณีและการปฏิสนธิระหว่างเซลล์สืบพันธุ์ของชายและหญิงผู้ให้กำเนิด เด็กจึงยังคงเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของทั้งชายและหญิงผู้ให้กำเนิดบุตร ระหว่างชายหญิงผู้ให้กำเนิดและเด็กจึงยังคงมีความผูกพันกันทั้งสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายลักษณะครอบครัว ในกรณีที่เด็กยังไม่บรรลุนิติภาวะชายและหญิงผู้ให้กำเนิดมีสิทธิเรียกให้ชายและหญิงผู้เลี้ยงดูเด็กส่งมอบเด็กกลับมาสู่อำนาจปกครองของชายและหญิงผู้ให้กำเนิดบุตรในทางตรงกันข้าม ชายและหญิงผู้เลี้ยงดูเด็กมีสิทธิส่งมอบเด็กกลับคืนให้ชายและหญิงผู้ให้กำเนิดบุตร

ภายหลังรู้ความจริงได้เช่นเดียวกัน โดยชายและหญิงผู้ให้กำเนิดจะปฏิเสธไม่รับเด็กไว้ใน การอุปการะเลี้ยงดูไม่ได้

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่มีการแย่งชิงตัวเด็กระหว่างชายและหญิงผู้ให้กำเนิด กับชายและหญิงผู้เลี้ยงดูเด็ก ชายและหญิงผู้เลี้ยงดูเด็กจะไม่ยินยอมคืนเด็กให้กับชายและหญิงผู้ให้กำเนิดได้ ต่อเมื่อชายและหญิงผู้เลี้ยงดูเด็กขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ในกรณีที่เด็กยังไม่บรรลุนิติภาวะชายและหญิงผู้เลี้ยงดูเด็กต้องได้รับความยินยอมจากชายและหญิงผู้ให้กำเนิด ส่วนในกรณีที่เด็กมีอายุกว่า 15 ปี ชายและหญิงผู้เลี้ยงดูเด็กต้องได้รับความยินยอมจากตัวเด็กเองอีกด้วย

อนึ่ง มีประเด็นที่น่าพิจารณาว่าในกรณีที่ชายและหญิงผู้ให้กำเนิดไม่ยินยอมยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของชายและหญิงผู้เลี้ยงดู การไม่ให้ความยินยอมดังกล่าวเป็นการไม่ให้ความยินยอมโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร เป็นปฏิบัติต่อสุขภาพ ความเจริญหรือสุขภาพของผู้เยาว์⁴⁴⁰ หรือไม่

ผู้เขียนมีความเห็นว่า ในกรณีที่ชายและหญิงผู้เลี้ยงดูเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับเด็กและเลี้ยงดูเด็กมาด้วยความรักและเอาใจใส่เป็นอย่างดีนับแต่เวลาที่เด็กเกิดขึ้นมาในชีวิต อีกทั้ง ยังเป็นบุคคลที่มีฐานะทางการเงินที่ดีและพร้อมที่จะให้การสนับสนุนแก่เด็กในทุกๆ ด้าน โดยเฉพาะด้านการศึกษา ในขณะที่ชายและหญิงผู้ให้กำเนิดเป็นบุคคลที่มีฐานะยากจนและไม่มีความสามารถที่จะส่งเสริมเด็กให้มีคุณภาพชีวิตที่ดีและมีความประพฤติไม่เหมาะสมที่จะเลี้ยงดูเด็ก เช่น กำลังต้องโทษจำคุก มีประวัติก่ออาชญากรรมเป็นอาชญากร หรือมีประวัติว่าเคยยุ่งเกี่ยวกับยาเสพติด⁴⁴¹ การไม่ให้ความยินยอมของชายและหญิงผู้ให้กำเนิด ย่อมเป็นการไม่ให้ความยินยอมโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร เป็นเรื่องที่น่าตำหนิ (Culpability) ปราศจากความเมตตากรุณา (Callously) ดันทุรัง (Bigotry) มีอคติอย่างรุนแรงหรือขาดสามัญสำนึกอย่างมาก ทั้งยังเป็นการไม่ให้ความยินยอมที่เป็นปฏิบัติต่อสุขภาพ ความเจริญ และสวัสดิภาพของเด็ก⁴⁴² ชายและหญิงผู้เลี้ยงดูมีสิทธิที่จะปฏิเสธที่จะคืนเด็กให้กับชายและหญิงผู้ให้กำเนิดและร้องขอต่อศาลเพื่อขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม แม้ว่าชายและหญิงผู้ให้กำเนิดไม่สมัครใจก็ตาม

แต่หากชายและหญิงผู้ให้กำเนิดมีฐานะทางการเงินที่ดีและมีความพร้อมที่จะส่งเสริมเด็กที่เป็นบุตรที่แท้จริงของตนในทุกๆ ด้าน ในขณะที่ชายและหญิงผู้เลี้ยงดูมีพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสม แม้ชายและหญิงผู้เลี้ยงดูจะมีความสัมพันธ์กับเด็กตามข้อเท็จจริงมากเพียงใดก็ตาม

⁴⁴⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/21 วรรค 2

⁴⁴¹ ประสพสุข บุญเดช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 430*, น.748.

⁴⁴² ประสพสุข บุญเดช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 434*, น.21.

ชายและหญิงผู้ให้กำเนิดก็ยังมีอำนาจปกครองและมีสิทธิเรียกเด็กกลับมาอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของตน อนึ่ง ชายและหญิงผู้เลี้ยงดูมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่ได้สูญเสียไปตามความเป็นจริงจากแพทย์หรือโรงพยาบาลที่ประมาท

อย่างไรก็ดี ในกรณีสภาพแวดล้อมและสถานะทางเศรษฐกิจของชายและหญิงผู้ให้กำเนิดมีลักษณะที่เหมือนหรือคล้ายคลึงกับชายและหญิงผู้เลี้ยงดู ศาลต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีว่าการให้เด็กอยู่กับครอบครัวใดจะก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดกับเด็ก (Child's best interest) มากกว่ากัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เด็กสามารถรับรู้และสามารถแสดงความคิดเห็นอย่างมีเหตุผลแล้ว แม้ว่าเด็กจะยังมีอายุต่ำกว่า 15 ปี ศาลก็ควรสอบถามความคิดเห็นของเด็กว่าประสงค์จะอยู่กับครอบครัวใดมากกว่ากัน⁴⁴³ และหากศาลเห็นว่าการที่เด็กได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากทั้งชายและหญิงผู้ให้กำเนิดและชายและหญิงผู้เลี้ยงดูจะทำให้เกิดประโยชน์สูงสุดกับเด็ก ศาลอาจกำหนดให้ทั้งสองครอบครัวมีอำนาจปกครองเด็กร่วมกัน

(2) ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับผลของนิติกรรม

ในกรณีที่มีการส่งมอบเด็กผิดตัวเกิดขึ้นนอกจากส่งผลกระทบต่อปัญหาว่าด้วยสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กดังที่ผู้เขียนได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว ยังส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของนิติกรรมที่เด็กได้ก่อนิติสัมพันธ์ระหว่างที่ยังเป็นผู้เยาว์โดยที่เด็กไม่ได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมที่แท้จริง (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 21) อีกทั้งส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของนิติกรรมที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาโดยสำคัญผิด (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 157) โดยผู้เขียนได้วิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวดังนี้

กรณีที่ 1 ผลของนิติกรรมที่ผู้เยาว์ต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม

ในกรณีที่ผู้เยาว์ทำนิติกรรมประเภทที่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 21 แม้ในขณะที่เข้าทำนิติกรรมกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ผู้เยาว์จะได้รับความยินยอมจากชายและหญิงผู้เลี้ยงดู แต่เมื่อชายและหญิงผู้เลี้ยงดูไม่ใช่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้งศาลไม่ได้สั่งให้ชายและหญิงผู้เลี้ยงดูเป็นผู้ปกครองของเด็ก⁴⁴⁴ จึงมีเฉพาะแต่ชายและหญิงผู้ให้กำเนิดเท่านั้นที่เป็นบิดามารดาและเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองตาม

⁴⁴³ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว มฤตค พุทธศักราช 2508, (พระนคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2508), น.387.

⁴⁴⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1585, 1598/2, 1598/3

กฎหมาย⁴⁴⁵ และเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของเด็ก⁴⁴⁶ การเข้าทำนิติกรรมของผู้เยาว์ที่ได้รับความยินยอมจากชายและหญิงผู้เลี้ยงดูจึงมีผลเท่ากับการเข้านิติกรรมโดยปราศจากความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม และส่งผลทำให้นิติกรรมดังกล่าวเป็นโมฆียะ⁴⁴⁷ ซึ่งผู้แทนโดยชอบธรรมหรือผู้เยาว์มีสิทธิที่จะบอกล้างหรือให้สัตยาบันแก่โมฆียกรรมดังกล่าวได้⁴⁴⁸

นอกจากนี้ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะยกเหตุที่นิติกรรมเป็นโมฆียะเพราะเหตุที่ผู้เยาว์แสดงเจตนาเข้าทำนิติกรรมโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม เพื่อเป็นข้ออ้างที่จะบอกล้างโมฆียกรรมไม่ได้เนื่องจากต้องห้ามตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 170

กรณีที่ 2 ผลของนิติกรรมที่ชายและหญิงผู้เลี้ยงดูได้แสดงเจตนาโดยเข้าใจว่าเด็กเป็นบุตรที่แท้จริงของตน

นิติกรรมที่ได้ทำขึ้นระหว่างชาย หญิงผู้เลี้ยงดูและเด็กก่อนที่จะทราบความจริงว่าเด็กไม่ใช่บุตรที่แท้จริง อาจเกิดขึ้นจากมูลเหตุจูงใจที่ว่าเด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตน ตัวอย่างเช่น นาย ก และนาง ข มีความประสงค์ที่จะยกบ้านพร้อมที่ดินให้แก่บุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตนเพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัยในอนาคต นาย ก และนาง ข ทำสัญญายกบ้านหลังดังกล่าวให้แก่เด็กชายสามโดยเสนาหา เพราะเข้าใจว่าเด็กชายสามเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหากชายและหญิงได้ทราบความจริงว่าเด็กชายสามไม่ใช่บุตรของตน นาย ก และนาง ข จะไม่ยอมยกบ้านหลังดังกล่าวให้แก่เด็กชายสามเป็นอันขาด

จะเห็นได้ว่าสัญญาให้โดยเสนาหาที่ นาย ก และนาง ข ได้ทำขึ้นนั้น เกิดจากการแสดงเจตนาโดยสำคัญผิดในคุณสมบัติของตัวบุคคล และการสำคัญผิดเช่นนั้นเป็นการสำคัญผิดในสาระสำคัญ เพราะถ้าหากนาย ก และนาง ข ทราบว่าเด็กชายสาม ไม่ได้เป็นบุตรที่แท้จริง นาย ก และนาง ข จะไม่ยอมทำสัญญาเช่นนั้น⁴⁴⁹ สัญญาให้ดังกล่าวจึงมีผลเป็นโมฆียะ นาย ก และนาง ข มีสิทธิบอกล้างหรือให้สัตยาบันต่อสัญญาให้ดังกล่าว

⁴⁴⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1566

⁴⁴⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1569

⁴⁴⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 21 ประกอบมาตรา 153

⁴⁴⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 175 (1) , 177

⁴⁴⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 157

นอกจากนี้หากความจริงมาปรากฏภายหลังจากที่นาย ก และนาง ข ผู้แสดงเจตนาทำนิติกรรมได้ถึงแก่ความตาย บุตรที่แท้จริงหรือทายาทของนาย ก และนาง ข เป็นผู้มียสิทธิบอกล้างหรือให้สตัยบันโมฆียกรรมเช่นเดียวกัน⁴⁵⁰

ทั้งนี้ หากเด็กได้ทำนิติกรรมโดยสำคัญผิดว่าชายและหญิงผู้เลี้ยงดูเป็นบิดามารดาที่แท้จริง นิติกรรมเช่นว่ามีผลเป็นโมฆียะเช่นเดียวกัน เด็กหรือชายและหญิงผู้ให้กำเนิดบุตรมียสิทธิบอกล้างหรือให้สตัยบันนิติกรรมดังกล่าว

(3) ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์มรดกตามกฎหมายลักษณะมรดก

ในกรณีที่มีการส่งมอบเด็กผิดตัวเกิดขึ้น ย่อมเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงผู้เลี้ยงดูและเด็กที่อยู่อาศัยกันมาตั้งแต่กำเนิดเชื่อว่าบุคคลทั้งสามเป็นบิดามารดาและบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายและมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมที่แท้จริงระหว่างกัน ทั้งนี้ ข้อพิพาททางมรดกจะไม่มีทางเกิดขึ้นเลยหากตลอดช่วงระยะเวลาที่บุคคลดังกล่าวมีชีวิตอยู่นั้น ความจริงเกี่ยวกับการส่งมอบเด็กผิดตัวไม่ได้เปิดเผยขึ้น อย่างไรก็ตาม หากความจริงเหล่านั้นเปิดเผยขึ้นมาในระหว่างที่บุคคลที่เกี่ยวข้องยังมีชีวิตอยู่ ปัญหาเรื่องมรดกก็จะไม่ทำให้เกิดความยุ่งยาก เพราะในกรณีที่ชายและหญิงผู้เลี้ยงดูกับเด็กมีความรักความผูกพันกันมาเป็นระยะเวลานาน แม้ชายและหญิงผู้เลี้ยงดูกับเด็กไม่สิทธิได้รับมรดกกระหว่างกัน แต่ชายและหญิงผู้เลี้ยงดูกับเด็กสามารถทำพินัยกรรมเพื่อยกทรัพย์มรดกทั้งหมดหรือบางส่วนของตนให้กับอีกฝ่ายหนึ่งภายหลังถึงแก่ความตาย

แต่ในกรณีที่ความจริงมาปรากฏภายหลังจากที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถึงแก่ความตายไปแล้ว โดยปกติทายาทโดยธรรมผู้มียสิทธิที่ได้รับมรดกของผู้ตายต้องเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับผู้ตายเท่านั้น ยกเว้นเพียงบุตรบุญธรรมที่กฎหมายให้มีสิทธิรับมรดกของผู้รับบุตรบุญธรรมในฐานะเช่นเดียวกับบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1627) แต่เมื่อการส่งมอบเด็กผิดตัวเป็นเหตุที่ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรไม่ตรงตามเป็นจริง ย่อมส่งผลกระทบต่อสิทธิที่จะได้รับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมของกันและกัน กล่าวคือ ทรัพย์มรดกไม่ได้ตกทอดไปยังบุคคลที่กฎหมายกำหนด และเป็นเหตุที่ทำให้บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเสียสิทธิที่จะได้รับมรดกของบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย ในทางกลับกันบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายก็เสียสิทธิที่จะได้รับมรดกจากบิดามารดาของตน

นอกจากนี้ ในกรณีที่บิดามารดาและบุตรได้ทำพินัยกรรมไว้ก่อนตาย การส่งมอบเด็กผิดตัวยังอาจส่งผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของพินัยกรรม กล่าวคือ ผู้ทำพินัยกรรมอาจทำพินัยกรรมไปโดยสำคัญผิดในตัวบุคคลที่จะเป็นผู้รับพินัยกรรม เพราะเข้าใจว่าบุคคลดังกล่าวเป็นบิดา

⁴⁵⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 175 วรรค 2 และมาตรา 179 วรรค 3

มารดาหรือบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมระหว่างกัน และเมื่อผู้ทำ
 พินัยกรรมถึงแก่ความตายแล้ว บุคคลผู้มีส่วนได้เสียสามารถร้องขอให้ศาลสั่งเพิกถอนพินัยกรรมซึ่งได้
 ทำขึ้นเพราะสำคัญผิดหรือกลฉ้อฉลได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1709

ในประเด็นข้อพิจารณาเกี่ยวกับสิทธิตามกฎหมายลักษณะมรดก ผู้เขียนแยก
 พิจารณาเป็น 2 กรณี กล่าวคือ กรณีที่บิดามารดาและบุตรมีสิทธิรับมรดกในฐานทายาทโดยธรรมและ
 กรณีที่บิดามารดาและบุตรมีสิทธิรับมรดกในฐานผู้รับพินัยกรรม ดังนี้

กรณีที่ 1 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับสิทธิตามกฎหมายลักษณะมรดกในกรณีบุคคลที่
 ได้รับทรัพย์มรดกไม่ใช่ทายาทโดยธรรมของผู้ตาย

ในกรณีที่ผู้ตายไม่ได้ทำพินัยกรรม พินัยกรรมไม่มีผลใช้บังคับหรือผู้ตายได้ทำ
 พินัยกรรมเอาไว้แต่มีผลบังคับเพียงบางส่วนแห่งทรัพย์มรดก ทายาทโดยธรรมย่อมเป็นบุคคลที่มีสิทธิ
 ที่จะได้รับมรดกของผู้ตาย⁴⁵¹

เมื่อชายและหญิงผู้เลี้ยงดูกับเด็กไม่ได้เป็นบิดามารดาและบุตรโดยชอบด้วย
 กฎหมาย ระหว่างชายและหญิงผู้เลี้ยงดูกับเด็กย่อมไม่มีสิทธิที่จะรับมรดกของอีกฝ่ายหนึ่งในฐานะ
 ทายาทโดยธรรม ในกรณีที่ความจริงปรากฏภายหลังจากผู้จัดการมรดกได้ดำเนินการแบ่งปันทรัพย์
 มรดกให้แก่บรรดาทายาทของผู้ตายแล้ว แต่เมื่อการแบ่งปันทรัพย์มรดกเกิดขึ้นโดยผิดพลาดเนื่องจาก
 มีมรดกส่วนหนึ่งตกไปยังบุคคลที่ไม่ใช่ทายาทโดยธรรม จนเป็นเหตุทำให้ทายาทโดยธรรมที่แท้จริง
 ไม่ได้รับมรดกของผู้ตาย จึงเป็นกรณีที่การแบ่งปันทรัพย์มรดกของผู้ตายยังไม่เสร็จสิ้น⁴⁵² ทายาทโดย
 ธรรมตัวจริงที่ทราบถึงสิทธิของตนที่จะได้รับส่วนแบ่งในทรัพย์มรดกภายหลังจากผู้จัดการมรดกได้
 มีสิทธิเรียกร้องให้กองมรดกเรียกคืนซึ่งบรรดาทรัพย์สินของผู้ตายที่ได้
 แบ่งปันให้กับทายาททั้งหลาย รวมทั้งที่ได้แบ่งปันไปยังบุคคลที่ไม่ได้เป็นทายาทโดยธรรมของผู้ตาย
 กลับคืนมาสู่กองมรดก เพื่อทำการแบ่งปันทรัพย์มรดกใหม่ตามส่วนที่ทายาทแต่ละคนมีสิทธิได้รับ
 อย่างไรก็ตาม การใช้สิทธิของทายาทตัวจริงต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยอายุความมรดกที่ทายาท
 ต้องใช้สิทธิภายใน 1 ปี นับแต่วันที่เจ้ามรดกตายหรือทายาทโดยธรรมรู้หรือควรได้รู้ถึงความตายของ
 เจ้ามรดกตาย แต่อย่างไรก็ตามต้องไม่เกิน 10 ปี นับแต่วันที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตาย⁴⁵³

ในกรณีที่ทายาทโดยธรรมเสียสิทธิที่จะได้รับมรดกของผู้ตาย อาทิ บุคคลที่ไม่ได้
 เป็นทายาทโดยธรรมแต่ได้รับทรัพย์มรดกไปโดยสุจริตได้ใช้ทรัพย์มรดกไปเสียจนหมดสิ้น ผู้เขียนมี

⁴⁵¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1620

⁴⁵² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1745

⁴⁵³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1755

ความเห็นว่ายาทาทโดยธรรมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ส่งมอบเด็กผิดตัวเท่ากับจำนวนทรัพย์สินมรดกที่ต้องสูญเสียไป เพราะการส่งมอบเด็กผิดตัวเป็นการละเมิดต่อสิทธิที่จะได้รับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมอันเป็นสิทธิตามกฎหมายลักษณะครอบครัวและเป็นสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420

กรณีที่ 2 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับสิทธิตามกฎหมายลักษณะมรดกในกรณีผู้ตายได้ทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินมรดกให้แก่บุคคลที่ผู้ตายเข้าใจว่าเป็นบิดามารดาหรือบุตรที่แท้จริงของตน

ในกรณีที่ชายหญิงหรือเด็กผู้ตายได้ทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินของตนให้แก่บุคคลที่เข้าใจว่าเป็นบิดามารดาหรือบุตรที่แท้จริงของตน ตัวอย่างเช่น ชายหรือหญิงทำพินัยกรรมระบุว่ายกทรัพย์สินให้แก่เด็กที่ตนเลี้ยงดูมาตั้งแต่กำเนิดโดยเข้าใจว่าเป็นบุตรที่แท้จริงของตน หรือกรณีที่เด็กที่มีอายุตั้งแต่ 15 ขึ้นไป ได้ทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินของตนให้แก่ชายหรือหญิงที่เลี้ยงดูตนมาตั้งแต่กำเนิดเพราะเข้าใจว่าเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของตน ซึ่งหากชาย หญิงหรือเด็กได้ทราบความจริงว่าตนไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมและไม่ได้เป็นบิดามารดาหรือที่แท้จริงของกันและกัน พินัยกรรมในลักษณะดังกล่าวจะไม่มีทางเกิดขึ้น

ในกรณีที่ชาย หญิงหรือเด็กผู้ทำพินัยกรรมทราบความจริงว่าตนไม่ได้เป็นบิดามารดาหรือบุตรชอบด้วยกฎหมายของกันและกันก่อนที่ผู้ทำพินัยกรรมถึงแก่ความตาย ผู้ทำพินัยกรรมมีสิทธิที่จะเพิกถอนพินัยกรรมที่ตนได้กระทำทั้งหมดหรือบางส่วน⁴⁵⁴ หรือจะทำพินัยกรรมฉบับใหม่เพื่อให้มีผลเป็นการยกเลิกพินัยกรรมฉบับเดิมที่ตนได้ทำไว้แล้วก็ได้⁴⁵⁵ แต่หากความจริงปรากฏภายหลังจากผู้ทำพินัยกรรมถึงแก่ความตาย ทายาทผู้มีส่วนได้เสียย่อมมีสิทธิร้องขอให้ศาลเพิกถอนพินัยกรรมที่ผู้ตายได้ทำไปโดยความสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคล เว้นเสียแต่ผู้ตายได้ทราบความจริงก่อนตายว่าพินัยกรรมที่ตนได้ทำไว้นั้นเกิดขึ้นจากความสำคัญผิดในคุณสมบัติของบุคคลแต่ไม่ได้เพิกถอนพินัยกรรมนั้นภายใน 1 ปี นับแต่วันที่ผู้ตายได้รู้ถึงการสำคัญผิด ซึ่งส่งผลทำให้พินัยกรรมมีผลบังคับได้ตามกฎหมายและทายาทไม่มีสิทธิที่จะร้องขอให้ศาลเพิกถอนพินัยกรรมนั้น⁴⁵⁶

ในกรณีที่ทายาทผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิที่จะร้องขอให้ศาลเพิกถอนพินัยกรรมซึ่งผู้ตายได้ทำขึ้นเพราะสำคัญคุณสมบัติของบุคคล หากทายาททราบถึงเหตุที่จะเพิกถอนในระหว่างที่ผู้ทำพินัยกรรมมีชีวิต ทายาทต้องร้องขอให้ศาลเพิกถอนข้อกำหนดในพินัยกรรมนั้นภายใน 3 เดือนนับแต่วันที่ผู้ทำพินัยกรรมถึงแก่ความตาย แต่หากทายาททราบถึงเหตุที่จะร้องขอให้ศาลเพิกถอน

⁴⁵⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1693

⁴⁵⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1647 มาตรา 1694 และมาตรา 1697

⁴⁵⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1709

พินัยกรรมภายหลังจากที่ผู้ทำพินัยกรรมตาย ทายาทต้องร้องขอให้ศาลเพิกถอนพินัยกรรมภายใน 3 เดือนนับแต่วันที่ทราบเหตุเช่นนั้น แต่ไม่ว่ากรณีจะเป็นเช่นใดก็ตามทายาทไม่มีสิทธิร้องขอให้ศาลเพิกถอนข้อกำหนดพินัยกรรมเมื่อพ้นระยะเวลา 10 ปี นับแต่วันที่ผู้ทำพินัยกรรมถึงแก่ความตาย⁴⁵⁷

(4) ปัญหาสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์

ในกรณีที่มีความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้นในกระบวนการส่งมอบเด็กแรกคลอดหรือการตรวจและยืนยันความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมโดยผิดพลาด ผู้เขียนมีความเห็นว่าชายหญิงและเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์หรือโรงพยาบาลที่มีส่วนประมาท เพราะการกระทำดังกล่าวเป็นเหตุทำให้ความสัมพันธ์ตามกฎหมายลักษณะครอบครัวและกฎหมายลักษณะมรดกไม่ตรงกับความเป็นจริงและเป็นการละเมิดต่อสิทธิของชายหญิงและเด็กโดยผู้เขียนแยกพิจารณา ดังนี้

ความผิดพลาดทางการแพทย์ในการส่งมอบเด็กผิดตัวหรือการตรวจและยืนยันความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมโดยผิดพลาดเป็นเหตุทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิตามกฎหมายลักษณะครอบครัวและมรดกของชายและหญิงที่ได้รับมอบเด็กผิดตัว ดังนี้

- (1) ความเสียหายต่ออำนาจปกครองบุตรของชายและหญิง⁴⁵⁸
- (2) ความเสียหายต่อหน้าที่ของชายและหญิงที่ต้องให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่ไม่ใช่บุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย⁴⁵⁹
- (3) ความเสียหายต่อชายและหญิงที่สูญเสียสิทธิได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากเด็กที่เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตน⁴⁶⁰
- (4) ความเสียหายต่อสิทธิของชายและหญิงที่จะได้รับมรดกจากเด็กที่เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย⁴⁶¹
- (5) ความเสียหายต่อสิทธิที่จะได้รู้จักเด็ก อยู่อาศัยและไม่ถูกพรากไปเสียจากเด็ก

ความผิดพลาดทางการแพทย์ในการส่งมอบเด็กผิดตัวหรือการตรวจและยืนยันความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมโดยผิดพลาดเป็นเหตุทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิตามกฎหมายลักษณะครอบครัวและมรดกของเด็กที่ถูกส่งมอบผิดพลาด ดังนี้

⁴⁵⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1710

⁴⁵⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1566 และมาตรา 1567

⁴⁵⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1564

⁴⁶⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1563

⁴⁶¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1599 ประกอบมาตรา 1629

(1) ความเสียหายต่อสิทธิของเด็กที่จะได้รู้จักบิดามารดา และสิทธิที่จะได้อยู่และได้รับการอุปการะเลี้ยงตามกฎหมายจากชายและหญิงที่เป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย⁴⁶²

(2) ความเสียหายต่อสิทธิของเด็กที่จะได้รับมรดกจากบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย⁴⁶³

(3) ความเสียหายต่อสิทธิที่จะได้ทดแทนบุญคุณ และให้การอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

เมื่อการกระทำโดยประมาทของแพทย์ พยาบาลหรือโรงพยาบาลเป็นผลทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิตามกฎหมายลักษณะครอบครัวและมรดกของชาย หญิงและเด็ก ซึ่งเป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองอย่างแข็งขันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 และบรรพ 6 อีกทั้ง เป็นสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ⁴⁶⁴ การกระทำโดยประมาทของแพทย์หรือพยาบาลจึงไม่สามารถกล่าวเป็นอย่างอื่นไปได้นอกจากว่าเป็นการกระทำละเมิดต่อสิทธิตามกฎหมายของชาย หญิงและเด็ก ชายหญิงและเด็กจึงเป็นผู้เสียหายและมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ พยาบาลหรือโรงพยาบาลผู้ทำละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420

นอกจากนี้ กรณีที่ชายและหญิงมีความสัมพันธ์ทางสัญญากับโรงพยาบาลหรือแพทย์ ชายและหญิงมีสิทธิเลือกที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ตามกฎหมายลักษณะสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 215 ประกอบมาตรา 222 ส่วนเด็กแม้ว่าจะไม่ได้เป็นคู่สัญญาโดยตรงกับแพทย์แต่เด็กเป็นบุคคลภายนอกที่ได้รับประโยชน์จากสัญญา อีกทั้งเมื่อแพทย์ไม่ได้มีเพียงหน้าที่ใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้ต่อชายและหญิงเท่านั้น แต่ยังมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังในการชำระหนี้ต่อเด็ก เด็กสามารถแสดงเจตนาเข้ารับเอาประโยชน์จากสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 374 และมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 215 ประกอบมาตรา 222

ประเภทค่าเสียหายที่ชาย หญิงและเด็กมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ ผู้เขียนขอยกตัวอย่างดังนี้ ค่าเสียหายจากการสูญเสียโอกาสที่จะได้รับการอุปการะเลี้ยงดูและเสียโอกาสที่จะมีชีวิตที่ดี และได้รับการศึกษาที่เหมาะสม ค่าเสียหายจากการสูญเสียสิทธิที่จะได้รับมรดก ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่เพิ่มมากขึ้นเนื่องจากเด็กที่ถูกส่งมอบผิดตัวมีร่างกายพิการหรือมีปัญหาสุขภาพตั้งแต่

⁴⁶² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1564

⁴⁶³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1599 ประกอบมาตรา 1629

⁴⁶⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 4 ประกอบรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 35

กำเนิด นอกจากนี้ ชาย หญิงและเด็กยังมีสิทธิฟ้องเรียกคืนทรัพย์สินมรดกจากบุคคลที่ไม่ใช่ทายาทโดยธรรม และมีสิทธิเพิกถอนพินัยกรรมที่เกิดโดยสำคัญผิด โดยการเรียกคืนทรัพย์สินมรดกเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยลาภมิควรได้ อนึ่ง หากชาย หญิงหรือเด็กผู้เป็นทายาทตัวจริงไม่สามารถเรียกคืนทรัพย์สินมรดกได้เต็มจำนวนตามสิทธิที่ควรได้ ชาย หญิงหรือเด็กก็มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในส่วนต่างหรือส่วนที่ขาดของทรัพย์สินมรดก เพราะการกระทำของโรงพยาบาลหรือแพทย์นอกจากเป็นการละเมิดต่อสิทธิในมรดกแล้ว ยังเป็นการละเมิดต่อสิทธิในทรัพย์สินของทายาทอีกด้วย

จากสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายของชาย หญิงและเด็กที่ได้กล่าวข้างต้น มีข้อสังเกตอย่างน้อย 2 ประการ กล่าวคือ

ประการที่ 1 สิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กของชายและหญิง เมื่อชายและหญิงทั้งสองครอบครัวมีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรเช่นเดียวกัน กล่าวคือ ในระหว่างที่มีการส่งมอบเด็กที่ผิดตัว แม้ชายและหญิงทั้งสองครอบครัวต้องให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่ไม่ใช่บุตรที่แท้จริงของตน แต่ในระหว่างนั้นชายและหญิงก็ไม่ต้องให้การอุปการะเลี้ยงดูบุตรที่แท้จริงของตน เช่นเดียวกัน ดังนั้น การคิดคำนวณความเสียหายจึงต้องนำเอาประโยชน์ที่ชายและหญิงได้รับจากการที่ไม่ต้องให้การอุปการะเลี้ยงดูบุตรด้วยตนเองมาหักลบกับความเสียหายที่ต้องให้อุปการะเลี้ยงดูเด็กที่ไม่ใช่บุตรของตน โดยต้องคำนึงถึงความแตกต่างของสุขภาพของเด็กและการมีชีวิตของเด็ก เพราะกรณีที่เด็กพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง ชายและหญิงที่เลี้ยงดูเด็กตั้งแต่กำเนิดย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่เพิ่มมากขึ้นกว่าปกติ และหากปัญหาสุขภาพของเด็กร้ายแรงจนกระทั่งทำให้เด็กถึงแก่ความตายก่อนที่เด็กบรรลุนิติภาวะ ชายและหญิงผู้เป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายย่อมได้รับประโยชน์จากการที่ไม่ต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรของตนเท่ากับระยะเวลาที่เด็กมีชีวิตอยู่เท่านั้น

ประการที่ 2 สิทธิเรียกร้องค่าขาดโอกาสของเด็ก ในกรณีที่เด็กถูกส่งมอบไปยังครอบครัวที่มีฐานะทางเศรษฐกิจดีกว่าครอบครัวที่แท้จริงของตน เด็กย่อมไม่ได้รับความเสียหายต่อโอกาสที่จะได้มีชีวิตและการศึกษาที่ดี ในทางกลับกันเด็กกลับได้รับประโยชน์จากการถูกส่งมอบผิดตัวอีกด้วย อย่างไรก็ตาม แม้เด็กจะถูกส่งมอบไปยังครอบครัวที่มีฐานะทางเศรษฐกิจที่ดีกว่าครอบครัวที่แท้จริง แต่เด็กก็ได้รับความเสียหายต่อสิทธิที่จะได้อยู่กับครอบครัวที่แท้จริง เด็กจึงยังมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายดังกล่าวแต่ต้องหักลบจากประโยชน์ที่เด็กได้รับจากครอบครัวที่มีฐานะทางเศรษฐกิจที่ดี

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาความรับผิดชอบทางอาญา หากแพทย์ พยาบาลหรือบุคคลอื่นใดเจตนายืนยันความสัมพันธ์ทางสายโลหิตไม่ตรงกับความเป็นจริงหรือสลับตัวเด็กก่อนส่งมอบให้แก่

ชายและหญิงผู้เป็นบิดามารดาโดยมุ่งประสงค์ให้ชายหญิงและเด็กไม่ได้อยู่อาศัยด้วยกัน การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาฐานพรากผู้เยาว์ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317⁴⁶⁵

มีข้อสังเกตว่าเมื่อการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นคดีผู้บริโภคตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ทำให้การพิจารณาอายุความในการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย นอกจากต้องพิจารณาตามหลักกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดและความรับผิดทางสัญญาแล้ว ยังต้องพิจารณาตามมาตรา 13 ของกฎหมายดังกล่าวที่ได้กำหนดให้อายุความการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในคดีผู้บริโภคมีระยะเวลาที่ยาวกว่าอายุความการใช้สิทธิเรียกร้องทั่วไป กล่าวคือ กรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพ หรืออนามัย โดยผลของสารที่สะสมอยู่ในร่างกายของผู้บริโภค หรือเป็นกรณีที่ต้องใช้เวลาในการแสดงอาการ สิทธิเรียกร้องของผู้บริโภคจะขาดอายุความต่อเมื่อพ้นระยะเวลา 3 ปี นับแต่ผู้บริโภคราบถึงความเสียหายและรู้ตัวที่ต้องรับผิด แต่ไม่เกิน 10 ปี นับแต่วันที่รู้ถึงความเสียหาย

แม้ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์จะได้รับประโยชน์จากบทบัญญัติกฎหมายที่ได้กล่าวข้างต้น แต่เมื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดในการตรวจความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมหรือความผิดพลาดในการส่งมอบเด็กผิดตัวไม่ได้ทำให้ชาย หญิงและเด็กได้รับความเสียหายต่อสิทธิในชีวิต ร่างกาย สุขภาพ หรืออนามัย เพราะความผิดพลาดทางการแพทย์ทำให้ชาย หญิงและเด็กได้รับความเสียหายต่อสิทธิตามกฎหมายลักษณะครอบครัว กฎหมายลักษณะมรดกและสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุดังกล่าวการพิจารณาอายุความสิทธิเรียกร้องของชาย หญิงและเด็กจึงต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายทั่วไปตามกฎหมายลักษณะละเมิดและกฎหมายลักษณะสัญญา เมื่อพิจารณาอายุความสิทธิเรียกร้องตามกฎหมายลักษณะละเมิดพบว่าผู้เสียหายจะต้องฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายภายใน 1 ปี นับแต่วันที่ผู้เสียหายรู้ถึงความเสียหายและรู้ตัวที่ต้องรับผิดแต่ต้องไม่เกิน 10 ปี นับจากวันที่มีการทำละเมิด (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 448) เมื่อพิจารณาอายุความสิทธิเรียกร้องตามกฎหมายลักษณะสัญญาพบว่าเมื่อสัญญาเข้ารับบริการทางการแพทย์เป็นสัญญาจ้างทำของประเภทหนึ่งซึ่งกฎหมายไม่ได้กำหนดอายุความไว้เป็นการเฉพาะ

⁴⁶⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 317 ผู้ใดโดยปราศจากเหตุอันสมควร พรากเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีไปเสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบห้าปี และปรับตั้งแต่หกพันบาทถึงสามหมื่นบาท และดู รัชฎ เจริญน้ำ, คำถามพร้อมธงคำตอบข้อสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วย ตั้งแต่ พ.ศ. 2519 ถึงปัจจุบัน, (กรุงเทพมหานคร : พิมพ์อักษร, 2555), น.398-399.

อายุความสิทธิเรียกร้องจึงเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/30 ซึ่งกฎหมายกำหนดไว้ว่าอายุความสิทธิเรียกร้องมีกำหนด 10 ปี

อย่างไรก็ดี ด้วยลักษณะความเสียหายที่เป็นผลมาจากการยืนยันความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมโดยผิดพลาดหรือการส่งมอบเด็กผิดตัว ผู้เสียหายจะพบความเสียหายต่อเมื่อล่วงเลยเวลา 10 ปี นับจากวันที่มีการทำละเมิดหรือมีการผิดสัญญาเกิดขึ้น ส่งผลทำให้สิทธิเรียกร้องของผู้เสียหายขาดอายุความ อีกทั้งยังเป็นเหตุทำให้ผู้เสียหายไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหาย

นอกจากความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดในกระบวนการตรวจสอบความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมหรือการส่งมอบเด็กผิดตัวที่ผู้เสียหายจะทราบถึงความเสียหายเมื่อล่วงเลยเวลา 10 ปี นับจากวันที่มีความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้นแล้ว ยังมีความเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์รูปแบบอื่นๆ ที่ผู้เสียหายจะทราบถึงความเสียหายเมื่อล่วงเลยเวลา 10 ปี นับจากวันที่มีความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้นเช่นเดียวกัน ผู้เขียนขอยกตัวอย่างดังนี้

ตัวอย่างที่ 1 กรณีมีความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้นก่อนมีการปฏิสนธิ อาทิ แพทย์ให้เลือดที่ปนเปื้อนเชื้อเอดส์หรือเชื้อซิฟิลิสให้ชายหรือหญิง ภายหลังที่มีการถ่ายเลือดเป็นเวลา มากกว่า 10 ปี ชายและหญิงมีเพศสัมพันธ์ตั้งครรรค์และเด็กคลอดออกมาพิการ แม้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนที่มีการปฏิสนธิ (พิจารณาประกอบมาตรา 420/1 ซึ่งผู้เขียนเสนอให้มีการเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมาย) แต่เมื่อความเสียหายปรากฏขึ้นเมื่อพ้นเวลา 10 ปี นับแต่วันที่มีการทำละเมิด สิทธิเรียกร้องของเด็กย่อมขาดอายุความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 448

ตัวอย่างที่ 2 กรณีมีความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ อาทิ การผสมเทียมโดยผิดพลาดหรือการปฏิสนธิภายนอกครรรค์โดยผิดพลาด หากความจริงปรากฏว่าชาย หญิงและเด็กไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมต่อกันเมื่อพ้น 10 ปี นับแต่วันที่มีความผิดพลาดเกิดขึ้น สิทธิเรียกร้องของชายหญิงและเด็กย่อมขาดอายุความตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 448

เมื่อปรากฏว่ามีความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์จำนวนมาก ไม่ได้ได้รับความเป็นธรรมจากบทบัญญัติว่าด้วยอายุความตามกฎหมายลักษณะละเมิด และกฎหมายลักษณะสัญญาประกอบกับเมื่อพิจารณาตาม มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551⁴⁶⁶ ผู้เขียนเห็นว่าควรนำอายุความของมาตราดังกล่าวมาใช้บังคับกับความ

⁴⁶⁶ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 พบว่ากฎหมายได้กำหนดให้สิทธิเรียกร้องขาดอายุความ

เสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ทุกกรณี ดังนั้น ผู้เขียนจึงเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 13 ของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ให้มีเนื้อความใหม่ ดังนี้

มาตรา 13 ในกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพ หรืออนามัย โดยผลของสารสะสมอยู่ในร่างกายของผู้บริโภคหรือกรณีที่ต้องใช้เวลาในการแสดงอาการ ผู้บริโภคหรือผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภคต้องใช้สิทธิเรียกร้องภายในสามปี นับแต่วันที่รู้ถึงความเสียหายและรู้ตัวผู้ประกอบการที่ต้องรับผิดชอบ แต่ไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่รู้ถึงความเสียหาย

บทบัญญัติในวรรคก่อนให้ใช้บังคับรวมถึงความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์

เมื่อพ้น 3 ปี นับแต่วันที่ผู้เสียหายรู้ถึงความเสียหายหรือรู้ตัวผู้ประกอบการที่ต้องการรับผิดชอบ หรือเมื่อพ้น 10 ปี นับแต่วันที่มีการขายสินค้า ยิ่งไปกว่านั้น กรณีที่สินค้าที่ไม่ปลอดภัยทำให้เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพ หรืออนามัย โดยผลของสารที่สะสมอยู่ในร่างกายของผู้เสียหายหรือเป็นกรณีที่ต้องใช้เวลาในการแสดงอาการ สิทธิเรียกร้องจะขาดอายุความต่อเมื่อพ้น 3 ปี นับแต่วันที่ผู้เสียหายรู้ถึงความเสียหายและรู้ตัวผู้ประกอบการที่ต้องรับผิดชอบ แต่ต้องไม่เกิน 10 ปี นับแต่วันที่รู้ถึงความเสียหาย

ด้วยหลักการว่าด้วยสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายตามที่ปรากฏข้างต้น ผู้เขียนจึงนำมาใช้เปรียบเทียบเพื่อกำหนดให้สิทธิเรียกร้องของผู้เสียหายที่ได้รับ ความเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์มีระยะเวลาที่ยาวกว่าอายุความสิทธิเรียกร้องตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือกฎหมายลักษณะสัญญาตามปกติ เพื่อให้ผู้เสียหายได้รับความคุ้มครองอย่างแท้จริงตามกฎหมาย

บทที่ 5

สรุปและข้อเสนอแนะ

โดยปกติวิญญูแพทย์ทุกคนต่างมุ่งหวังและประสงค์ที่จะใช้ความรู้ที่ได้ศึกษาเล่าเรียนมาอย่างสุดความสามารถและพยายามให้การรักษายาบาลเพื่อให้ผู้ป่วยพ้นจากอาการทรมานจากโรคและความพิการ อีกทั้งช่วยทำให้ผู้ป่วยมีร่างกายที่แข็งแรงสมบูรณ์ตลอดจนช่วยดำเนินการทุกทางเพื่อให้ผลการรักษายาบาลบรรลุตามคาดหวังที่ผู้ป่วยและแพทย์มีส่วนร่วม อย่างไรก็ตาม ภารกิจที่มีความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้นจนเป็นเหตุทำให้ผู้ป่วยได้รับความเสียหาย โดยที่ความผิดพลาดและความเสียหายดังกล่าวไม่ได้เป็นผลตามปกติที่สามารถเกิดขึ้นได้ อีกทั้งไม่ได้เป็นเหตุสุดวิสัยอันเป็นที่ยอมรับในแวดวงการแพทย์ หากแต่เป็นผลโดยตรงมาจากการรักษายาบาลที่ไม่เป็นไปตามมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพของแพทย์ กล่าวคือ เป็นความผิดพลาดและความเสียหายที่สามารถป้องกันได้ล่วงหน้าด้วยการที่แพทย์ต้องพยายามใช้ความระมัดระวังในการรักษายาบาล กรณีเช่นว่านี้ความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกิดจากการรักษายาบาลที่ไม่เป็นไปตามมาตรฐานการประกอบวิชาชีพจึงเป็นเพียงการทำทวนเวชปฏิบัติประเภทหนึ่งเท่านั้น ผู้ป่วยที่ได้รับความเสียหายจึงมีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีทางอาญา ร้องเรียนให้มีการลงโทษทางวินัย หรือฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทั้งปวงอันเป็นผลมาจากการรักษายาบาลที่ผิดพลาด ไม่ว่าจะเป็นการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือกฎหมายลักษณะสัญญา

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิด โดยผู้เขียนได้ศึกษาถึงแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศไว้โดยละเอียดในบทที่ 3 อีกทั้งยังวิเคราะห์ถึงปัญหาทางกฎหมายไว้ในบทที่ 4 จะพบได้ว่าแม้การให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ (Wrongful Pregnancy) การให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) หรือการเกิดขึ้นมามีชีวิตของเด็ก (Wrongful Life) เป็นผลโดยตรงมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ กล่าวคือ ในกรณีที่ปราศจากความผิดพลาดทางการแพทย์ชายและหญิงจะไม่ให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์และสามารถหลีกเลี่ยงหรือป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือเด็กจะไม่ได้รับการปฏิสนธิ หรือจะต้องถูกทำแท้งและไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต อย่างไรก็ตาม ศาลในประเทศที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษา ตัวอย่างเช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศแคนาดา และประเทศฝรั่งเศสมีคำพิพากษาว่า ชาย หญิงและเด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ เพราะเป็นรูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่ขัดต่อนโยบายสาธารณะ ความเชื่อทางศาสนา และกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

จากแนวทางการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศที่ได้กล่าวข้างต้น ทำให้เกิดปัญหาทางวิชาการจำนวนมากตามมาว่าเพราะเหตุใดการพิจารณาถึงสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวกับการเกิดถึงไม่สามารถปรับเข้ากับหลักความรับผิดชอบทางแพ่งที่เกิดจากการกระทำทุรเวชปฏิบัติของแพทย์ ในขณะที่หลักความรับผิดชอบดังกล่าวยังสามารถปรับเข้ากับข้อเท็จจริงที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ในทุกกรณีที่ไม่ใช่ความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวกับการเกิด ด้วยเหตุดังกล่าวนักวิชาการจำนวนหนึ่งจึงตั้งข้อสังเกตว่า การที่ศาลไม่พิจารณาถึงสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของชาย หญิงและเด็กโดยอาศัยหลักกฎหมายพื้นฐานเป็นผลมาจากการที่ศาลต้องการให้ความคุ้มกันพิเศษกับแพทย์ที่ให้การรักษาพยาบาลด้วยความประมาท เพื่อให้แพทย์เหล่านั้นไม่ต้องรับผิด ซึ่งการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในลักษณะดังกล่าวเป็นเหตุชักจูงให้แพทย์ผู้ปฏิบัติหน้าที่ในกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการเกิดไม่พยายามรักษามาตรฐานในการประกอบวิชาชีพ ซึ่งในท้ายที่สุดย่อมเป็นเหตุที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อสมาชิกในสังคม เพราะจะทำให้สมาชิกในสังคมได้รับการรักษาพยาบาลต่ำกว่ามาตรฐานในการประกอบวิชาชีพที่ควรจะเป็น

ในกระบวนการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิดไม่ว่าจะเป็นการตรวจสอบสุขภาพของชายหรือหญิงก่อนสมรสหรือก่อนตั้งครรภ์ การตรวจให้คำแนะนำหรือปรึกษาทางพันธุศาสตร์ การให้คำแนะนำเกี่ยวกับการวางแผนครอบครัวและการคุมกำเนิด การให้บริการด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ การให้บริการรับฝากครรภ์ การตรวจสอบสุขภาพของทารกในครรภ์ การรักษาพยาบาลทารกหรือหญิงระหว่างตั้งครรภ์ การทำคลอด การทำแท้ง การให้บริการตรวจความสัมพันธ์ทางสายโลหิตหรือการดูแลและตรวจสอบความถูกต้องของเด็กแรกคลอด ในกระบวนการดังกล่าวหากมีความผิดพลาดอย่างใดเกิดขึ้นย่อมเป็นเหตุที่ทำให้เกิดความเสียหายได้หลายรูปแบบ วิทยานิพนธ์เล่มนี้ผู้เขียนได้ทำการศึกษาปัญหาทางกฎหมายจากรูปแบบการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวกับการเกิด 5 รูปแบบ ดังที่ได้ตั้งเป็นประเด็นปัญหาเพื่อทำการศึกษาไว้แล้วในบทที่ 1 ทั้งนี้ เมื่อผู้เขียนได้ศึกษาหลักความรับผิดชอบจากการทำทุรเวชปฏิบัติตามกฎหมายไทยในบทที่ 2 และศึกษาแนวการปรับใช้กฎหมายของศาลต่างประเทศต่อปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิดในบทที่ 3 ตลอดจนได้วิเคราะห์ประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่ปรากฏในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแต่ละรูปแบบในบทที่ 4 ในบทที่ 5 ซึ่งเป็นบทสุดท้ายของวิทยานิพนธ์เล่มนี้ผู้เขียนได้สรุปประเด็นปัญหาของการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายแต่ละรูปแบบ พร้อมทั้งได้เสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาโดยอาศัยการตีความและการปรับใช้กฎหมาย ตลอดจนการเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมายซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

(1) การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์

ในกรณีที่มีความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้นในกระบวนการผ่าตัดทำหมัน การคุมกำเนิด การทำแท้ง การตรวจสอบการตั้งครรภ์หรือกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จนเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงได้รับความเสียหาย ตัวอย่างเช่น ทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการ ทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรมากกว่าจำนวนที่ต้องการ (ความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์) ทำให้หญิงได้รับอันตรายจากการตั้งครรภ์ ทำให้ชายหรือหญิงต้องเข้ารับการแก้ไขการผ่าตัดทำหมันหรือเข้ารับการผ่าตัดทำหมันเป็นครั้งที่สอง ทำให้หญิงต้องเข้ารับการทำแท้งภายหลังที่การผ่าตัดทำหมันครั้งแรกไม่ประสบผลสำเร็จ หรือทำให้หญิงต้องเข้ารับการทำแท้งเป็นครั้งที่สองภายหลังที่การทำแท้งครั้งแรกไม่ประสบผลสำเร็จ ความผิดพลาดทางการแพทย์ที่ได้กล่าวข้างต้นย่อมนำไปสู่การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ (Wrongful Pregnancy)

การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายรูปแบบหนึ่งที่มีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นจำนวนมาก ซึ่งปัญหาดังกล่าวยังไม่สามารถหาแนวทางการแก้ไขที่ยุติและเหมาะสมร่วมกันได้ เพราะแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลหรือความคิดเห็นของนักวิชาการในแต่ละประเทศเป็นไปตามลักษณะของบทบัญญัติกฎหมาย วัฒนธรรม และสภาพของสังคมของประเทศนั้น โดยปัญหาทางกฎหมายที่ผู้เขียนพบว่าปรากฏขึ้นบ่อยครั้งมีตัวอย่างดังนี้

ปัญหาประการที่ 1 การตั้งครรภ์และการคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายตามกฎหมายหรือไม่

ปัญหาประการที่ 2 การให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายตามกฎหมายหรือไม่

ปัญหาประการที่ 3 กรณีที่หญิงได้รับความเสียหายจากการเข้ารับการทำแท้งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หญิงจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นหรือไม่ อีกทั้งการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของหญิงจากความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดในกระบวนการทำแท้งเป็นการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายโดยสุจริตหรือไม่

ปัญหาประการที่ 4 กรณีที่ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการ ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กที่เพิ่มมากขึ้นจากความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กหรือไม่

ปัญหาประการที่ 5 ประโยชน์ที่ชายและหญิงได้รับจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ส่งผลกระทบต่อสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของชายและหญิง หรือทำให้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายของชายและหญิงลดน้อยลงหรือไม่

ปัญหาประการที่ 6 ความเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายที่แน่นอนหรือไม่

ปัญหาประการที่ 7 การยินยอมให้มีการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ กระทบต่อคุณค่าและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือขัดต่อนโยบายสาธารณะหรือไม่

ปัญหาประการที่ 8 การกำหนดให้แพทย์ต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กเป็นการกำหนดความรับผิดที่เหมาะสมและได้สัดส่วนกับความผิดของแพทย์หรือไม่

ปัญหาประการที่ 9 การยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์เท่ากับเป็นการยินยอมให้มีการโอนหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรซึ่งเป็นหน้าที่ตามกฎหมายลักษณะครอบครัวของชายและหญิงผู้เป็นบิดามารดาไปสู่แพทย์ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกหรือไม่

ปัญหาประการที่ 10 กรณีที่หญิงทราบถึงการตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์ หญิงมีหน้าที่เยียวยาความเสียหายด้วยการเข้ารับการทำแท้งหรือไม่ หรือในกรณีที่หญิงไม่มีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่การตั้งครรภ์เป็นผลมาจากการคุมกำเนิดที่ผิดพลาดโดยชอบด้วยกฎหมาย เมื่อชายและหญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ชายและหญิงมีหน้าที่เยียวยาความเสียหายด้วยการยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่นหรือไม่

แม้ปัญหาที่ได้กล่าวข้างต้นยังไม่สามารถหาคำตอบที่ถูกต้องและเหมาะสมเพียงคำตอบเดียวได้ แต่เมื่อพิจารณาแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศที่มีต่อปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ สามารถแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะดังนี้

กลุ่มที่ 1 ประกอบไปด้วยประเทศอังกฤษ บางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาและบางมลรัฐของประเทศออสเตรเลีย ศาลพิจารณาว่าเฉพาะการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เท่านั้นที่เป็นความเสียหายตามกฎหมาย ศาลจึงมีคำพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายเฉพาะเพื่อความเสียหายที่เป็นผลโดยตรงมาจากการตั้งครรภ์ เช่น ค่าขาดรายได้ ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ที่เกิดขึ้นระหว่างตั้งครรภ์และระหว่างคลอด ค่าใช้จ่ายในการเข้ารับการทำแท้งหรือเข้ารับการทำแท้งเป็นครั้งที่สอง แต่ชายและหญิงไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก

นอกจากนี้ เมื่อการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นเหตุทำให้เกิดความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน ศาลจึงมีคำพิพากษาให้หญิงมีสิทธิฟ้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน เช่น ค่าเสียหายจากความเจ็บปวดทุกข์ทรมาน ค่าเสียหายจากความเศร้าโศกเสียใจ ค่าเสียหายจากความไม่สะดวกสบายระหว่างตั้งครรภ์และภายหลังคลอดบุตร ค่าเสียหายจากความเหน็ดเหนื่อยในการเลี้ยงดูเด็ก

อย่างไรก็ดี ในปัญหาว่าด้วยสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก หากการคุมกำเนิดหรือการทำแท้งที่ผิดพลาดเป็นเหตุทำให้เด็กเกิดขึ้นมาพิการ โดยที่ความพิการไม่ได้เป็นผลมาจาก

ความผิดพลาดทางการแพทย์ ศาลในกลุ่มที่ 1 มีแนวการพิจารณาพิพากษาคดีแตกต่างจากกรณีที่ได้เกิดขึ้นมา มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ เพราะศาลเห็นว่า การให้กำเนิดบุตรที่พิการเป็นความเสียหายตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กได้เฉพาะค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวกับความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กเท่านั้น ไม่รวมถึงค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติ

กลุ่มที่ 2 ประกอบไปด้วยประเทศเยอรมนี ประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศนิวซีแลนด์ ประเทศโปแลนด์ ประเทศอิตาลี บางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศออสเตรเลีย ศาลพิจารณาว่าเมื่อการตั้งครรภ์และการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ อีกทั้งยังเป็นความเสียหายตามกฎหมาย ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทั้งปวงอันเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ ซึ่งรวมถึงค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติอีกด้วย

นอกจากนี้ เมื่อการกระทำของแพทย์ที่เป็นเหตุทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นการทำละเมิดต่อ “สิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเอง” ดังนั้น นอกจากชายและหญิงจะมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายที่เป็นตัวเงินแล้ว ชายและหญิงยังมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินจากแพทย์ โดยไม่คำนึงว่าชายและหญิงจะใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือกฎหมายลักษณะสัญญา

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายไทยการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นประเด็นปัญหาทางกฎหมายรูปแบบใหม่ โดยผู้เขียนยังไม่พบการอธิบายหรือมีกล่าวถึงในคำอธิบายทางกฎหมายหรือบทความวิชาการ อีกทั้งยังไม่เคยปรากฏเป็นคดีความและข้อพิพาทในชั้นศาลแต่อย่างใด นอกจากนี้ เมื่อปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการทำแท้งของหญิงยังคงเป็นปัญหาที่ขาดความชัดเจนแน่นอน ทำให้หญิงที่ได้รับความเสียหายจากความผิดพลาดในกระบวนการทำแท้งไม่กล้าที่จะใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย เพราะหญิงกลัวว่าตนจะถูกฟ้องร้องดำเนินคดีเพราะเหตุที่หญิงได้ให้ความยินยอมกับแพทย์เพื่อให้แพทย์ทำแท้ง นอกจากนี้ หญิงอาจจะไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพราะเหตุที่หญิงไม่ได้เป็นผู้เสียหายโดยนิตินัย ในขณะที่การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางแพ่งต้องเป็นการใช้สิทธิโดยสุจริต

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ปรากฏขึ้น เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ ผู้เขียนมีความเห็นว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ตามกฎหมายลักษณะละเมิดและกฎหมายลักษณะสัญญา เมื่อพิจารณาความรับผิดตามกฎหมายลักษณะละเมิดผู้เขียนมีความเห็นว่า การกระทำของแพทย์ที่เป็นเหตุทำให้หญิงตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์ และเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นการละเมิดต่อสิทธิในร่างกาย อนามัย สิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเอง และสิทธิใน

การหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ซึ่งเป็นสิทธิตามกฎหมาย ชายและหญิง จึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 โดยค่าเสียหายที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ประกอบไปด้วย ค่าขาดรายได้ ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการตั้งครรภ์ ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็ก ค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวกับความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็ก

นอกจากนี้ เมื่อการตั้งครรภ์และการคลอดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นความเสียหายต่อสิทธิในร่างกายและอนามัยของหญิง หญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 เช่น ค่าเสียหายจากความเจ็บปวดทุกข์ทรมานในการตั้งครรภ์และการคลอดบุตร ค่าเสียหายจากความเศร้าโศกเสียที่ให้แก่บุตรโดยไม่พึงประสงค์ ในทางกลับกันเมื่อการกระทำของแพทย์ไม่ได้เป็นเหตุทำให้ชายได้รับความเสียหายต่อสิทธิในร่างกายหรืออนามัย เพราะการกระทำของแพทย์ทำให้ชายได้รับความเสียหายต่อ “สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด” ดังนั้น แม้ชายจะได้รับความเสียหายทางจิตใจจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ เช่น ความเครียด ความวิตกกังวล ความยากลำบากหรือความเหน็ดเหนื่อย ชายก็ไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446

เนื่องด้วยความไม่ชัดเจนของตัวบทกฎหมาย ตลอดจนแนวการปรับใช้และการตีความกฎหมายที่เคร่งครัด ส่งผลทำให้ผู้เสียหายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินได้ต่อเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นต่อสิทธิในร่างกาย อนามัย เสรีภาพ หรือเป็นการทำผิดอาญาที่เป็นทุรศีลธรรมเท่านั้น ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้วความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินไม่จำเป็นต้องเกิดมีขึ้นต่อเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นต่อสิทธิในร่างกาย อนามัย หรือเสรีภาพเท่านั้น ซึ่งเห็นได้อย่างแจ่มชัดว่าในความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ทุกรูปแบบ แม้การกระทำของแพทย์ไม่ได้เป็นเหตุทำให้ชายหรือหญิงได้รับความเสียหายต่อสิทธิในร่างกาย อนามัย หรือเสรีภาพ ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่ชายให้กำเนิดบุตรที่มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ (Wrongful Pregnancy) ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) เด็กเกิดขึ้นมาพิการ โดยที่ความพิการไม่ได้เป็นผลมาจากการกระทำของแพทย์ (Wrongful Life) ชายและหญิงได้รับมอบเด็กผิดตัว เด็กถูกส่งมอบผิดตัวหรือเด็กเกิดขึ้นมาจากความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ ในกรณีดังกล่าวข้างต้นแม้การกระทำของแพทย์ทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเองหรือสิทธิในครอบครัว แต่ด้วยการกระทำดังกล่าวเป็นเหตุทำให้ชาย หญิงและเด็กได้รับความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินเช่นเดียวกัน ซึ่งเป็นความเสียหายที่ชัดเจน แน่นนอนและไม่ไกลกว่าเหตุ ดังนั้น เพื่อแก้ปัญหาความไม่ชอบธรรมที่กฎหมายไม่ให้สิทธิแก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายต่อสิทธิ

อย่างหนึ่งอย่างใดนอกเหนือจากที่ระบุไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน ผู้เขียนจึงเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 เพื่อให้บุคคลผู้ที่ได้รับความเสียหายต่อสิทธิทุกประเภทที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินอย่างเท่าเทียมกัน โดยผู้เขียนเสนอมีการแก้ไขดังนี้

มาตรา 446 ในกรณีทำให้เขาเสียหายต่อสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย ผู้ต้องเสียหายจะเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินด้วยอีกก็ได้ สิทธิเรียกร้องอันนี้ไม่สามารถโอนกันได้ เว้นแต่สิทธินั้นจะได้รับสภาพกันไว้โดยสัญญาหรือได้เริ่มฟ้องคดีตามสิทธินั้นแล้ว

บทบัญญัติที่ผู้เขียนได้เสนอข้างต้น นอกจากจะทำให้ชายและหญิงที่ให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินแล้ว ยังช่วยให้ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากความผิดทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิดในรูปแบบอื่นๆ ที่ผู้เขียนจะได้อธิบายต่อไป มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินได้เช่นเดียวกัน

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายและแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศเยอรมนี ศาลพิจารณาว่าในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ถ้าชายและหญิงเลือกที่จะใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญา่อมทำให้โอกาสที่ชายและหญิงสามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากแพทย์มีมากกว่าการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด เพราะในการพิจารณาความรับผิดชอบของแพทย์ตามกฎหมายลักษณะละเมิดยังไม่เป็นที่แน่ชัดว่า การกระทำของแพทย์เป็นการละเมิดต่อสิทธิประเภทใดของชายและหญิง แต่การพิจารณาความรับผิดชอบสัญญาเมื่อสัญญาเข้ารับการผ่าตัดทำหมันหรือสัญญาเข้ารับการทำแท้งมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผลกระทบทางเศรษฐกิจอันอาจเป็นเหตุมาจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ การที่แพทย์ชำระหนี้ไม่ถูกต้องจนเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ตามปกติจากการชำระหนี้ไม่ถูกต้อง

จากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศเยอรมนีข้างต้น เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยผู้เขียนมีความเห็นว่า ในกรณีที่ชายและหญิงใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญา การกระทำโดยประมาทของแพทย์ที่เป็นเหตุทำให้หญิงตั้งครรภ์โดยไม่พึงประสงค์ และเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์เป็นการชำระหนี้ที่ไม่ต้องด้วยวัตถุประสงค์ที่แท้จริงแห่งมูลหนี้ ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายที่เป็นผลมาจากการผิดสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 215 ประกอบมาตรา 222

อย่างไรก็ดี ในกรณีที่ผู้เสียหายใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญามีปัญหาเกิดขึ้นว่า เมื่อตัวบทกฎหมายตลอดจนแนวการปรับใช้กฎหมายของนักกฎหมายไทย เห็นว่า กฎหมายลักษณะสัญญาคุ้มครองประโยชน์ในทางทรัพย์สินเท่านั้น ชายและหญิงจึงมีเพียงสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินเท่านั้น แต่ไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายและแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศสและประเทศเนเธอร์แลนด์ ศาลพิจารณาว่าความผูกพันทางสัญญา ไม่ได้คุ้มครองเฉพาะประโยชน์ในทางทรัพย์สิน แต่ยังมีคุ้มครองประโยชน์อย่างอื่นที่ไม่สามารถคิดคำนวณเป็นตัวเงินได้อีกด้วย ศาลในประเทศดังกล่าวจึงพิพากษาว่าในกรณีที่ชายและหญิงใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญา นอกจากชายและหญิงจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินแล้ว ชายและหญิงยังมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินอีกด้วย

ด้วยเหตุที่ได้กล่าวมาข้างต้นผู้เขียนมีความเห็นว่า แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222 จะไม่ได้กำหนดว่าสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายตามปกติจากการผิดสัญญา มีเฉพาะเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินเท่านั้น แต่เพื่อทำให้ตัวบทกฎหมายมีความชัดเจน และเพื่อให้แนวการปรับใช้กฎหมายมีความแน่นอน ผู้เขียนจึงเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222/1 ดังนี้

มาตรา 222/1 นอกเหนือจากค่าเสียหายตามมาตรา 222 หากการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้องของลูกหนี้เป็นผลทำให้เกิดความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายเหล่านั้น

(2) การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ

ในกรณีที่มีความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้นในกระบวนการตรวจสุขภาพของชายและหญิงก่อนสมรสหรือก่อนตั้งครรภ์ กระบวนการให้คำแนะนำทางพันธุศาสตร์ กระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์หรือกระบวนการตรวจสุขภาพของทารก จนเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ไม่สามารถเข้ารับบริการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์แทนการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการธรรมชาติ ไม่สามารถยุติการตั้งครรภ์ด้วยการทำแท้ง ซึ่งท้ายที่สุดเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงให้กำเนิดบุตรที่พิการ ความเสียหายดังกล่าวย่อมนำไปสู่การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth)

ประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่ปรากฏขึ้นในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการมีลักษณะคล้ายกับประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่ปรากฏในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ เพราะเป็นการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดของเด็กเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม พบว่ามีปัญหาบางประการที่แตกต่างกันออกไป มีตัวอย่างดังนี้

ปัญหาประการที่ 1 ในปัจจุบันหญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของทารกในครรภ์โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เพราะในกรณีที่หญิงไม่มีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ความผิดพลาดทางการแพทย์ย่อมไม่ทำให้หญิงได้รับความเสียหาย

ปัญหาประการที่ 2 ในกรณีที่หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย การทำแท้งเป็นสิทธิตามกฎหมายหรือเป็นเพียงเงื่อนไขที่ว่าหากหญิงเข้ารับการทำแท้งตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด จะทำให้การทำแท้งในกรณีดังกล่าวไม่เป็นความผิด เพราะถ้าการทำแท้งไม่ได้เป็นสิทธิของหญิง หญิงย่อมไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการที่ไม่สามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง

ปัญหาประการที่ 3 แม้การที่หญิงไม่สามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งจะทำให้หญิงได้รับความเสียหาย แต่มีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นว่า กฎหมายควรยินยอมให้หญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายหรือไม่ เพราะการที่กฎหมายยินยอมให้หญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายอาจเป็นเหตุทำให้การทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของทารกมีปริมาณเพิ่มมากขึ้น

ปัญหาประการที่ 4 เมื่อความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็กเกิดขึ้นเองตามธรรมชาติหรือเป็นผลมาจากความผิดปกติของพันธุกรรม โดยไม่ได้เป็นผลมาจากการกระทำของแพทย์ กฎหมายจึงไม่ควรยินยอมให้มีการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็ก

เมื่อพิจารณาจากแนวการพิพากษาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศต่อปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ ในประเทศอังกฤษ บางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส ประเทศแอฟริกาใต้ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศโปแลนด์ ประเทศสเปน ประเทศอิตาลี ประเทศเบลเยียม ประเทศนอร์เวย์ และประเทศเนเธอร์แลนด์ ศาลมีคำพิพากษาว่าชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการสูญเสียสิทธิที่จะป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการหรือสิทธิในการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง โดยไม่คำนึงว่าจะเป็นการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิดหรือกฎหมายลักษณะสัญญา อย่างไรก็ตาม มีเพียงบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาเท่านั้นที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรห้ามมิให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการหากการให้กำเนิดบุตรที่พิการเป็นผลมาจากความผิดพลาดในกระบวนการทำแท้ง แต่ในกรณีที่การให้

กำเนิดบุตรที่พิการเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ในกระบวนการอื่นๆ ชายและหญิงยังคงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ได้ตามกฎหมาย

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายไทย ในกรณีที่การให้กำเนิดบุตรที่พิการเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกิดขึ้นก่อนที่หญิงตั้งครรภ์ ย่อมพิจารณาได้ไม่ยุ่งยากว่า เมื่อชายและหญิงมีสิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเอง และมีสิทธิในการป้องกันและหลีกเลี่ยงการให้กำเนิดบุตรที่พิการ การกระทำโดยประมาทของแพทย์ที่เป็นเหตุทำให้ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการจึงเป็นการทำละเมิดต่อสิทธิตามกฎหมาย ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ แต่ในกรณีที่การให้กำเนิดบุตรที่พิการเป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ที่เกิดขึ้นภายหลังที่หญิงตั้งครรภ์จนเป็นเหตุทำให้หญิงเสียสิทธิในการเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้ง ย่อมมีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นในทันทีว่า เมื่อพิจารณาจากหลักกฎหมายหญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของทารกได้โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

แม้เดิมบทบัญญัติกฎหมายและการตีความของนักกฎหมายจะเห็นว่า ถ้าพิจารณาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 หญิงไม่มีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเพราะปัญหาสุขภาพของทารก แต่ในปัจจุบันเมื่อพิจารณา ข้อ 5 แห่งข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548 ข้อบังคับแพทยสภาได้กำหนดไว้ว่า ในกรณีที่หญิงเข้ารับการตรวจสุขภาพของทารกในครรภ์และผลการตรวจแสดงให้เห็นว่าทารกในครรภ์พิการอย่างร้ายแรงหรือเป็นโรคทางพันธุกรรมอย่างรุนแรง ถ้าผลการตรวจดังกล่าวทำให้หญิงมีอาการเครียดอย่างรุนแรง อาการเครียดดังกล่าวเป็นปัญหาสุขภาพทางจิตของหญิงอย่างหนึ่ง ซึ่งทำให้หญิงมีสิทธิเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น ถ้าการกระทำโดยประมาทของแพทย์ทำให้หญิงไม่มีโอกาสได้ทราบถึงปัญหาสุขภาพของทารกในครรภ์ หรือทำให้หญิงไม่สามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของทารก การกระทำของแพทย์ย่อมเป็นเหตุทำให้หญิงได้รับความเสียหายต่อสิทธิตามกฎหมาย

อนึ่ง การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการเคยปรากฏขึ้นเป็นคดีความในคำพิพากษาศาลจังหวัดพระโขนงคดีหมายเลขแดงที่ 4181/2552 โดยศาลมีคำพิพากษาว่า การที่แพทย์ทำการรักษาพยาบาลโดยประมาทจนเป็นเหตุทำให้แพทย์ตรวจไม่พบว่าทารกในครรภ์มีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง และเป็นเหตุทำให้หญิงไม่สามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งตามหลักเกณฑ์ที่ปรากฏในข้อบังคับแพทยสภา การกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นการทำละเมิดต่อสิทธิของหญิง ศาลจึงพิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายให้กับหญิง ประกอบไปด้วย ค่าเสียหายจากการขาดรายได้เป็นเงิน 1 ล้านบาท ค่าเสียหายเพื่อเป็นค่าจ้างคนเลี้ยงดูบุตรเป็นเงิน 3 ล้านบาท ค่าอุปกรณ์ช่วยทำให้เด็กสามารถพยุงตัวยืนได้ซึ่งต้องเปลี่ยนไปตามวัย เป็นเงิน 5 ล้านบาท ค่ารักษาพยาบาลในอนาคตจำนวน 1

ล้านบาท นอกจากนี้ แม้การกระทำโดยประมาทของแพทย์ไม่ได้เป็นเหตุที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิในร่างกาย อนามัยหรือเสรีภาพของหญิง แต่ศาลได้พิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายทางจิตใจให้กับหญิงเป็นเงิน 1 ล้านบาท โดยศาลไม่ได้อธิบายว่าสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินนั้นเป็นสิทธิตามบทบัญญัติมาตราใด

ในปัญหาว่าด้วยสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ เมื่อพิจารณาความรับผิดตามกฎหมายลักษณะละเมิดผู้เขียนมีความเห็นว่า การกระทำของแพทย์ที่เป็นเหตุทำให้ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการ หรือไม่สามารถเข้ารับบริการช่วยการเจริญพันธุ์แทนการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการธรรมชาติ หรือเป็นเหตุทำให้หญิงไม่สามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวกับปัญหาสุขภาพของทารกตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของข้อบังคับแพทยสภาเป็นการทำละเมิดต่อสิทธิของชายและหญิง ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 โดยค่าเสียหายที่ชายและหญิงมีสิทธิเรียกร้องจากแพทย์ประกอบไปด้วย ค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กตามปกติ ค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวกับความพิการหรือปัญหาสุขภาพของเด็ก ค่าขาดรายได้ของชายหรือหญิงที่ต้องลาออกจากการงานเพื่อมาเลี้ยงดูเด็ก นอกจากนี้ แม้ความผิดพลาดทางการแพทย์ไม่ได้เป็นเหตุที่ทำให้ชายและหญิงได้รับความเสียหายต่อสิทธิในร่างกาย อนามัยหรือเสรีภาพ แต่หากมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446 ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ย่อมทำให้ชายและหญิงที่ได้รับความเสียหายต่อสิทธิในการกำหนดอนาคตของตนเองมีสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน

ในกรณีที่ชายและหญิงใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญา เมื่อการกระทำของแพทย์เป็นการชำระหนี้ไม่ถูกต้อง ชายและหญิงจึงมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 215 ประกอบมาตรา 222 อย่างไรก็ตาม ชายและหญิงมีเพียงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินเท่านั้น ด้วยเหตุดังกล่าวเพื่อให้เจ้าหน้าที่ผู้เสียหายมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน ผู้เขียนจึงเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222/1 ดังที่ได้กล่าวไว้ในข้างต้น

(3) การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต

ในกรณีที่มีความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้นจนเป็นเหตุทำให้ชายและหญิงไม่สามารถหลีกเลี่ยงและป้องกันการให้กำเนิดบุตรที่พิการ และยังเป็นเหตุทำให้เด็กเสียโอกาสที่จะไม่ได้รับการปฏิสนธิ เสียโอกาสที่จะไม่ถูกเลือกหรือเสียโอกาสที่จะถูกทำแท้ง โดยในท้ายที่สุดเป็นเหตุทำให้เด็กได้

เกิดขึ้นมามีชีวิตแทนที่จะไม่ได้เกิด ความผิดพลาดทางการแพทย์ดังกล่าวย่อมนำไปสู่การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต (Wrongful Life)

ประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่ปรากฏขึ้นในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต เป็นปัญหาทางกฎหมายที่มีความละเอียดอ่อนมากกว่าการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ (Wrongful Pregnancy) และการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) ผู้เขียนขอยกตัวอย่างดังนี้

ปัญหาประการที่ 1 กฎหมายสามารถรับรองได้หรือไม่ว่า มนุษย์มีสิทธิที่จะไม่ได้เกิดขึ้นมามีชีวิต อีกทั้งการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นความเสียหายตามกฎหมายหรือไม่

ปัญหาประการที่ 2 ในขณะที่แพทย์ให้การรักษายาบาลกับชายหรือหญิง ทารกยังไม่ได้รับการปฏิสนธิ (ในกรณีที่ความผิดพลาดเกิดขึ้นก่อนที่หญิงตั้งครรภ์) หรือทารกในครรภ์ยังไม่มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย (ในกรณีที่ความผิดพลาดเกิดขึ้นภายหลังที่หญิงตั้งครรภ์) ทำให้เกิดปัญหาทางกฎหมายว่า แพทย์มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อมนุษย์ที่จะได้รับการปฏิสนธิในอนาคตหรือทารกในครรภ์ด้วยหรือไม่ นอกจากนี้ ยังมีปัญหาเกิดขึ้นอีกด้วยว่ากระบวนการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิดมีวัตถุประสงค์คุ้มครองสิทธิประโยชน์ของมนุษย์ที่จะเกิดในอนาคตหรือทารกในครรภ์ด้วยหรือไม่ หรือเป็นกระบวนการที่คุ้มครองสิทธิประโยชน์ของชายและหญิงเท่านั้น

ปัญหาประการที่ 3 ในกรณีที่กฎหมายยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตย่อมมีปัญหาเกิดขึ้นตามมาว่า การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายดังกล่าวทำให้ชายและหญิงมีหน้าที่ป้องกันการเกิดของเด็ก หรือทำให้หญิงมีหน้าที่เข้ารับการทำแท้งเมื่อพบว่าทารกในครรภ์พิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรงหรือไม่ นอกจากนี้ ในกรณีที่ชายและหญิงไม่ป้องกันการเกิดของเด็ก ภายหลังจากที่เด็กคลอดออกมามีชีวิตเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากชายและหญิงเพราะเหตุที่เด็กเสียสิทธิที่จะไม่ได้เกิดหรือไม่

ปัญหาประการที่ 4 ในกรณีที่กฎหมายยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิตจะพิจารณาได้หรือไม่ว่า กฎหมายเห็นว่าเด็กที่เกิดขึ้นมาพิการแท้ที่จริงแล้วไม่สมควรได้เกิดขึ้นมามีชีวิต เพราะในกรณีที่พิจารณาได้ความเช่นนั้นการที่กฎหมายยังยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายย่อมมีผลเป็นการลดคุณค่าและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กและคนพิการในสังคม อีกทั้งเป็นการขัดต่อนโยบายสาธารณะ

ปัญหาประการที่ 5 เมื่อความพิการของเด็กไม่ได้เกิดขึ้นจากการกระทำของแพทย์แต่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติหรือเป็นผลมาจากความผิดปกติของพันธุกรรม เด็กจึงไม่ควรจะมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการที่เกิดขึ้นมามีร่างกายพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง

ปัญหาประการที่ 6 ในกรณีที่ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ (Wrongful Birth) กฎหมายยังควรยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตอีกหรือไม่ และในกรณีที่กฎหมายยินยอมให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต เด็กมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายประเภทใดบ้างเพื่อที่จะไม่ให้ทับซ้อนกับการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายของชายและหญิง

ในปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต เมื่อพิจารณาแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย ประเทศแคนาดา ประเทศเยอรมนี ประเทศแอฟริกาใต้ ประเทศสเปน ประเทศฮังการีและมลรัฐส่วนมากของประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลมีคำพิพากษาว่าเด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต ในขณะที่ประเทศฝรั่งเศสและบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรห้ามมิให้เด็กฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการได้เกิดขึ้นมามีชีวิต อย่างไรก็ตาม ใน 3 มลรัฐประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศเบลเยียม ประเทศกรีซและประเทศอิสราเอล ศาลมีคำพิพากษาว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต เพราะการที่เด็กเกิดขึ้นมามีชีวิตเป็นผลโดยตรงมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์

ในประเทศไทยการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิตปรากฏเป็นคดีความในคำพิพากษาศาลจังหวัดพระโขนงคดีหมายเลขแดงที่ 4181/2552 ศาลมีคำพิพากษาว่าการกระทำโดยประมาทของแพทย์ที่เป็นเหตุทำให้หญิงไม่สามารถเลือกที่จะเข้ารับการทำแท้งเพราะเหตุที่เกี่ยวกับปัญหาสุขภาพของทารกตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของข้อบังคับแพทยสภา เป็นการทำให้ละเมิดต่อสิทธิของเด็ก อย่างไรก็ตาม เมื่อความพิการของเด็กรุนแรงจนถึงขนาดที่ว่าเด็กไม่สามารถหาเลี้ยงตนเองได้ ภายหลังที่บรรลุนิติภาวะ หญิงจึงมีหน้าที่ให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กไปจนกว่าเด็กจะถึงแก่ความตาย เฉพาะแต่หญิงเท่านั้นที่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงิน อนึ่ง การที่เด็กต้องเกิดขึ้นมามีร่างกายพิการทำให้เด็กได้รับความเสียหายทางจิตใจอย่างร้ายแรง ศาลจึงพิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายทางจิตใจให้กับเด็กเป็นเงิน 1 ล้านบาท ซึ่งมีข้อสังเกตว่าเมื่อความพิการของเด็กไม่ได้เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ ความผิดพลาดทางการแพทย์จึงไม่ได้ทำให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิในร่างกายหรืออนามัยของเด็ก การที่ศาลพิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงินให้เด็กจึงไม่ต้องด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446

ในปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต เมื่อพิจารณาความรับผิดชอบตามกฎหมายลักษณะละเมิดผู้เขียนมีความเห็นว่า ในกรณีที่การกระทำของแพทย์เป็นเหตุทำให้เด็กเสียโอกาสที่จะไม่ได้รับการปฏิสนธิ เสียโอกาสที่จะไม่ถูกเลือก หรือเสียโอกาสที่จะ

ถูกทำแท้ง การกระทำดังกล่าวของแพทย์เป็นการละเมิดต่อสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดของเด็ก เด็กจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาจากแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลประเทศเนเธอร์แลนด์ ศาลมีคำพิพากษาว่าแม่เด็กไม่เคยแสดงเจตนาเข้าผูกนิติสัมพันธ์โดยตรงกับแพทย์ แต่เมื่อสัญญาเข้ารับบริการทางการแพทย์ระหว่างชายหรือหญิงกับแพทย์มีวัตถุประสงค์มุ่งคุ้มครองสิทธิและประโยชน์ของมนุษย์ที่จะได้รับการปฏิสนธิในอนาคตหรือทารกในครรภ์ของหญิง ในทุกกระบวนการนอกจากแพทย์มีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังต่อชายหรือหญิงแล้ว แพทย์ยังมีหน้าที่ใช้ความระมัดระวังเพื่อไม่ทำให้มนุษย์ที่จะได้รับการปฏิสนธิในอนาคตหรือทารกในครรภ์ได้รับความเสียหาย สัญญาเข้ารับบริการทางการแพทย์ดังกล่าวจึงเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก โดยมีเด็กเป็นผู้รับประโยชน์ตามสัญญา เด็กจึงมีสิทธิเรียกให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายจากการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้องและมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ตามกฎหมายลักษณะสัญญา เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกฎหมายไทยผู้เขียนมีความเห็นว่า สัญญาเข้ารับบริการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิดเป็นสัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอกที่มีเด็กเป็นผู้รับประโยชน์แห่งสัญญา ภายหลังที่เด็กเกิดขึ้นมามีชีวิตเด็กจึงมีสิทธิเรียกให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายและมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 374 ประกอบมาตรา 215 และมาตรา 222 อย่างไรก็ดี ในกรณีที่เด็กใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะสัญญา เด็กมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นตัวเงินเท่านั้น ด้วยเหตุดังกล่าวผู้เขียนจึงเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 222/1 ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น เพื่อให้เด็กมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน

(4) การฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล และการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดที่เป็นเหตุทำให้ทารกถึงแก่ความตาย

ในกรณีที่มีความผิดพลาดทางการแพทย์อย่างใดเกิดขึ้นก่อนที่มนุษย์ได้รับการปฏิสนธิหรือก่อนที่มนุษย์มีสภาพบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งความผิดพลาดทางการแพทย์ที่ส่งผลกระทบต่อความสามารถในการเจริญพันธุ์ของชายและหญิง ตัวอย่างเช่น การรักษาพยาบาลด้วยวิธีการทางรังสีหรือทางเคมีโดยประมาทจนเป็นเหตุทำให้อวัยวะและระบบการทำงานในร่างกายของชายและหญิงที่เกี่ยวข้องกับการสืบพันธุ์ไม่สามารถทำงานได้ตามปกติ การให้เลือดที่ปนเปื้อนด้วยโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ อาทิ โรคเอดส์ โรคซิฟิลิส หรือการที่แพทย์ตรวจสุขภาพของหญิงหรือชายโดยประมาทจนไม่สามารถให้คำแนะนำให้ชายและหญิงหลีกเลี่ยงการมีเพศสัมพันธ์ การทำแท้งโดยประมาทจนเป็นเหตุทำให้ทารกไม่ถึงแก่ความตาย ในกรณีที่ความผิดพลาดทางการแพทย์ดังกล่าวเป็นเหตุทำให้เด็กเสีย

สิทธิที่จะได้เกิดขึ้นมา มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ ย่อมมีปัญหาเกิดขึ้นว่าเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์หรือไม่

ในกรณีที่มีความผิดพลาดทางการแพทย์ไม่ได้เป็นเพียงเหตุที่ทำให้เด็กต้องเกิดขึ้นมา มีร่างกายพิการหรือมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง แต่ความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นเหตุทำให้ทารกถึงแก่ความตายก่อนมีสภาพบุคคล มีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นว่าชายและหญิงบิดามารดาของทารกมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกหรือไม่

ในปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลหรือก่อนที่มีการปฏิสนธิ เมื่อพิจารณากฎหมายของประเทศอังกฤษ ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส ประเทศออสเตรเลียและบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาพบว่า เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลโดยไม่คำนึงว่าการทำละเมิดเกิดขึ้นก่อนหรือภายหลังที่มีการปฏิสนธิ ในขณะที่ประเทศอังกฤษฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรให้เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล ซึ่งรวมถึงการทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิและการทำละเมิดต่อเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายไทยยังไม่เป็นที่แน่ชัดว่าเด็กที่ได้รับความเสียหายจากการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคลมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดหรือไม่ แม้นักวิชาการจำนวนหนึ่งแสดงความคิดเห็นว่าในกรณีที่มีการทำละเมิดเกิดขึ้นกับทารกในครรภ์ ภายหลังที่เด็กคลอดออกมามีชีวิต เด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 วรรค 2 ให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กย้อนไปถึงวันที่มีการปฏิสนธิและวันที่เด็กเป็นทารกในครรภ์ อย่างไรก็ตาม ถ้าการทำละเมิดเกิดขึ้นก่อนที่มีการปฏิสนธิหรือเกิดขึ้นกับเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนภายนอกครรภ์ ภายหลังที่เด็กคลอดออกมามีชีวิตเด็กไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิด เพราะขณะที่มีการทำละเมิดเด็กยังไม่ได้เริ่มต้นการเป็นทารกในครรภ์ เด็กจึงยังไม่ได้ได้รับความคุ้มครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 วรรค 2

เพื่อให้เด็กที่ได้รับความเสียหายจากการทำละเมิดที่เกิดขึ้นก่อนมีการปฏิสนธิ การทำละเมิดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ หรือการทำละเมิดต่อทารกในครรภ์มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดภายหลังที่คลอดออกมามีชีวิต ผู้เขียนจึงเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420/1 โดยมีเนื้อหาดังนี้

มาตรา 420/1 ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติของมาตรา 420 ในกรณีที่เด็กได้รับความเสียหายจากการทำละเมิดก่อนที่มีการปฏิสนธิ ระหว่างที่อยู่ในครรภ์ ระหว่างการคลอด ภายหลังที่เด็กคลอดออกมามีสภาพบุคคลตามกฎหมาย ผู้ทำละเมิดจำต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่เด็กเพื่อการนั้น

การกระทำตามวรรคหนึ่ง รวมถึงการกระทำต่อความสามารถในการเจริญพันธุ์ของบิดามารดา และบุพการีของเด็ก และการกระทำต่อเซลล์สืบพันธุ์และตัวอ่อนในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ไม่ว่าจะเป็นขั้นตอนการเลือก การตรวจคัดกรอง การจัดเก็บหรือการใช้เซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อน

ในปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกก่อนมีสภาพบุคคล เมื่อพิจารณาแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่างประเทศผู้เขียนพบว่า มีเพียงประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาเท่านั้นที่ยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารก ในประเทศอังกฤษศาลยินยอมให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่ไม่เป็นตัวแทนเงินจากการที่ชายและหญิงเสียสิทธิและความคาดหวังในการให้กำเนิดบุตรและการได้เป็นบิดามารดา ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกากฎหมายและแนวการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลแต่ละมลรัฐแตกต่างกันออกไป โดยมลรัฐส่วนมากยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของเด็กได้ต่อเมื่อเด็กถึงแก่ความตายภายหลังคลอดออกมามีชีวิตเท่านั้น อย่างไรก็ตาม พบว่ามีศาลในหลายมลรัฐยินยอมให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกก่อนมีสภาพบุคคล เพราะศาลเห็นว่ากฎหมายไม่ได้มุ่งคุ้มครองการตายของมนุษย์ที่มีสภาพบุคคลตามกฎหมายเท่านั้น แต่กฎหมายยังมุ่งคุ้มครองสิทธิที่จะมีชีวิตของมนุษย์อีกด้วย นอกจากนี้ เมื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากการตายของทารกก่อนมีสภาพบุคคลกับความเสียหายจากการตายของเด็กแรกคลอดมีลักษณะเหมือนกัน จึงไม่พบเหตุผลอันสมควรที่กฎหมายจะห้ามมิให้ชายและหญิงฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกก่อนมีสภาพบุคคล

เมื่อพิจารณาถึงสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกก่อนมีสภาพบุคคลตามกฎหมายไทย นักวิชาการจำนวนมากยังคงมีความเห็นว่าเมื่อขณะที่ทารกถึงแก่ความตาย ทารกยังไม่มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย ทารกจึงยังไม่มีหน้าที่ให้การอุปการะเลี้ยงดูชายและหญิงผู้เป็นบิดามารดา (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1563) ชายและหญิงผู้เป็นบิดามารดาจึงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 443 กล่าวคือ ชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าปลงศพของทารก ค่าใช้จ่ายที่จำเป็นเกี่ยวกับพิธีศพและไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าขาดรายได้จากการที่ควรและคาดหวังว่าจะได้รับจากเด็กภายหลังที่เด็กคลอดออกมามีชีวิต

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาจะเห็นได้ว่าการที่กฎหมายให้สิทธิแก่บิดามารดาที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารก กฎหมายไม่ได้เพียงประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองประโยชน์ที่เป็นตัวแทนเงินจากการเกิดของเด็กเท่านั้น แต่กฎหมายยังประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองโอกาสที่ชายและหญิงสามารถให้กำเนิดบุตร ตลอดจน

โอกาสที่จะได้รับความสะดวกสบายที่จะเกิดขึ้นในอนาคต และความสุขที่จะใช้ชีวิตร่วมกับเด็กซึ่งเป็นการคุ้มครองในคุณค่าและความสัมพันธ์ของการได้เป็นบิดามารดาและบุตร

เมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 443 ผู้เขียนมีความเห็นว่ากฎหมายไม่ได้ประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองคนตาย แต่ต้องการให้ความคุ้มครองคนที่มีชีวิตอยู่แต่ได้รับผลกระทบจากการตายของผู้ตาย อีกทั้งเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกรณีที่เด็กคลอดออกมามีชีวิตแล้วถึงแก่ความตายทันที ในกรณีดังกล่าวชายและหญิงบิดามารดาของเด็กมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 443 แม้ในขณะที่เด็กถึงแก่ความตาย เด็กจะยังไม่มีความสามารถให้การอุปการะเลี้ยงดูชายและหญิงบิดามารดาก็ตาม เมื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากการตายของทารกก่อนมีสภาพบุคคลมีลักษณะเหมือนกับความเสียหายที่เป็นผลมาจากการตายของเด็กแรกคลอด ชายและหญิงที่สูญเสียทารกก่อนคลอดจึงควรมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ทำละเมิดได้เช่นกัน

เพื่อให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการตายของทารกก่อนมีสภาพบุคคล ผู้เขียนเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 443/1 โดยมีเนื้อความดังนี้

มาตรา 443/1 สิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามมาตรา 443 ให้รวมถึงการตายของทารกก่อนมีสภาพบุคคล

นอกจากนี้ เพื่อให้ชายและหญิงที่สูญเสียทารกก่อนมีสภาพบุคคลจากการทำละเมิดและเพื่อให้ทายาทหรือผู้มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ตายมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงินได้เช่นเดียวกับที่พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 (มาตรา 11) ได้กำหนดให้สามี ภรรยา บุพการี หรือผู้สืบสันดานของผู้ตายที่ได้รับความเสียหายจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยจนถึงแก่ความตาย มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจ ผู้เขียนจึงเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 446/1 โดยมีเนื้อความดังนี้

มาตรา 446/1 ในกรณีที่การทำละเมิดเป็นเหตุทำให้ผู้เสียหายถึงแก่ความตาย ให้สามี ภรรยา บุพการี หรือผู้สืบสันดานของผู้ตาย มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินได้เช่นเดียวกัน

(5) การฟ้องร้องในกรณีที่มีความผิดพลาดเกิดขึ้นในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์หรือการส่งมอบเด็กผิตัว

ในกรณีที่มีความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้นในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์หรือมีการส่งมอบเด็กผิตัวเกิดขึ้น ความผิดพลาดทางการแพทย์ดังกล่าวย่อมเป็นเหตุทำให้เกิดความเสียหายและทำให้เกิดปัญหาทางกฎหมายหลายประการ โดยผู้เขียนได้ทำการศึกษาดังนี้

กรณีที่ 1 กรณีที่มีความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้นในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ย่อมมีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นอย่างน้อย 2 ประการ กล่าวคือ ปัญหาว่าด้วยความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดขึ้นมาจากความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ และปัญหาการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์

ความผิดพลาดทางการแพทย์ในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์เคยปรากฏขึ้นในประเทศอังกฤษ ประเทศอิตาลีและประเทศสิงคโปร์ ในประเทศอังกฤษและประเทศอิตาลีมีปัญหากฎหมายเกิดขึ้นมาระหว่างชายและหญิงผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตรกับชายและหญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ผู้ใดเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดขึ้นมาจากความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ ประเทศอังกฤษมีปัญหาเกิดขึ้นว่าในกรณีที่แพทย์ใช้เซลล์สืบพันธุ์ของชายอื่นมาทำการปฏิสนธิแทนที่จะเป็นเซลล์สืบพันธุ์ของชายผู้ประสงค์ให้กำเนิดบุตร ชายคนใดเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ศาลพิจารณาว่าชายที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรแม้ว่าจะให้ความยินยอมให้หญิงเข้ารับบริการช่วยการเจริญพันธุ์ แต่เมื่อเด็กไม่ได้เกิดขึ้นมาจากเซลล์สืบพันธุ์ของชาย ชายจึงไม่ได้เป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ในขณะที่ประเทศอิตาลีมีปัญหาเกิดขึ้นว่าแพทย์นำตัวอ่อนที่เกิดขึ้นมาจากเซลล์สืบพันธุ์ของชายและหญิงอื่นมาทำการฝังตัวในโพรงมดลูกของหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตร ภายหลังที่หญิงคลอดบุตรมีปัญหาเกิดขึ้นว่าระหว่างชายและหญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์กับหญิงที่คลอดบุตรผู้ใดเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ศาลมีคำพิพากษาว่าเฉพาะแต่หญิงผู้คลอดบุตรเท่านั้นที่เป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก

ในประเทศสิงคโปร์มีปัญหาเกิดขึ้นว่าแพทย์ใช้เซลล์สืบพันธุ์ของชายอื่นที่ไม่ใช่สามีของหญิงมาทำการปฏิสนธิ ภายหลังที่หญิงให้กำเนิดบุตรหญิงจึงฟ้องร้องเรียกค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์ เพราะเหตุที่เด็กไม่ได้เป็นบุตรที่เกิดขึ้นมาจากเซลล์สืบพันธุ์ของชายและหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตร อย่างไรก็ตาม ศาลเห็นว่าแม้เด็กไม่ได้เกิดขึ้นมาจากเซลล์สืบพันธุ์ของชายและหญิงที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตร แต่เมื่อเด็กเกิดขึ้นมามีสุขภาพร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ การเกิดของเด็กจึงไม่เป็นความเสียหาย หญิงจึงไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กจากแพทย์ หญิงมีเพียงสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจจากการสูญเสียความคาดหวังที่จะให้กำเนิดบุตรที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมตามความมุ่งหวังเท่านั้น

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายไทย ในปัญหาว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างหญิง ชายและเด็กที่เกิดขึ้นมาจากกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ แม้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 จะกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรไว้เป็นการเฉพาะซึ่งเป็นการยกเว้นหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างไรก็ตาม กฎหมายดังกล่าวจะนำมาใช้ได้ต่อเมื่อกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น เมื่อการเกิดของเด็กเป็นผลมาจากความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ การพิจารณาความเป็นบิดามารดาและบุตรจึงต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เมื่อพิจารณาความสัมพันธ์ของชาย หญิงและเด็กตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แม้ชายและหญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ต่างประสงค์ที่จะเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดขึ้นมาจากเซลล์สืบพันธุ์ของตน แต่กฎหมายให้สิทธิกับชายและเด็กเท่านั้นที่มีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อแก้ไขความเป็นบิดาและบุตรให้เป็นไปตามความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม กล่าวคือ ชายที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรมีสิทธิฟ้องคดีไม่รับเด็กที่เกิดจากการปฏิสนธิที่ผิดพลาดเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1539) ชายเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์มีสิทธิจดทะเบียนขอรับเด็กที่เกิดขึ้นมาจากเซลล์สืบพันธุ์ของตนเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1547) ในขณะที่เด็กที่เกิดขึ้นมาจากความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์มีสิทธิร้องขอต่ออัยการให้ฟ้องคดีปฏิเสธความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย ชายที่ประสงค์ให้กำเนิดบุตรแต่ไม่ได้เป็นเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1545) และมีสิทธิฟ้องขอให้ชายเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์รับตนเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1555) ในขณะที่หญิงที่คลอดบุตรแม้จะไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก แต่กฎหมายยังคงกำหนดให้หญิงเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กโดยหญิงไม่มีสิทธิพิสูจน์หักล้าง

เพื่อให้หญิงผู้คลอดบุตรแต่ไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กมีสิทธิฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรในลักษณะเช่นเดียวกับที่กฎหมายให้สิทธิกับชาย แต่เพื่อไม่ให้เด็กที่เกิดขึ้นมามีชีวิตปราศจากผู้ปกครอง ผู้เขียนจึงเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ มาตรา 29/1 มีเนื้อความดังนี้

มาตรา 29/1 ในกรณีที่มีความผิดพลาดเกิดขึ้นในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จนทำให้การตั้งครรภ์ของหญิงไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ให้หญิงผู้คลอดบุตรมีสิทธิพิสูจน์ว่าเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ไม่ใช่บุตรที่แท้จริงของตน

ในกรณีที่ไมปรากฏบิดาหรือมารดาที่แท้จริงของเด็ก ให้หญิงผู้คลอดบุตรเป็นผู้ปกครองของเด็กนั้นจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ให้หญิงที่คลอดบุตรพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก ผู้มีส่วนได้เสียหรือพนักงานอัยการมีอำนาจร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้ปกครองได้ และในการตั้งผู้ปกครองดังกล่าวให้ศาลคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กคนนั้นเป็นสำคัญ

อนึ่ง หญิงผู้คลอดบุตรมีสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

นอกจากนี้ เพื่อให้หญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์มีสิทธิฟ้องคดีขอรับเด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้เขียนจึงเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1546/1 โดยมีเนื้อหาดังนี้

มาตรา 1546/1 ในกรณีที่หญิงคนใดสามารถพิสูจน์ได้ว่าตนเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกับเด็ก ให้ศาลพิพากษาให้หญิงคนดังกล่าวเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก แม้ว่าเด็กจะมีมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้วก็ตาม ทั้งนี้ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

ทั้งนี้ เพื่อให้เด็กที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับหญิงผู้คลอดเด็กมีสิทธิร้องขอต่ออัยการให้ฟ้องคดีปฏิเสธความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิง อีกทั้งเพื่อให้เด็กมีสิทธิฟ้องคดีเพื่อเรียกให้หญิงเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์รับเด็กเป็นบุตร ผู้เขียนเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1545 และมาตรา 1555/1 โดยมีเนื้อหาดังนี้

มาตรา 1545 เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงต่อเด็กว่าตนมิได้เป็นบุตรสืบสายโลหิตของ **ชายหรือหญิงที่เป็นบิดามารดาตามกฎหมายของตน** เด็กจะร้องขอต่ออัยการให้ฟ้องคดีปฏิเสธความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายหรือหญิงนั้นก็ได้

การฟ้องคดีตามวรรคหนึ่ง ถ้าเด็กได้รู้ข้อเท็จจริงก่อนบรรลุนิติภาวะว่าตนมิได้เป็นบุตรของ **ชายหรือหญิงผู้เป็นบิดามารดาตามกฎหมาย** ห้ามอัยการฟ้องคดีเมื่อพ้นหนึ่งปีนับแต่วันที่เด็กบรรลุนิติภาวะ แต่ถ้าเด็กได้รู้ข้อเท็จจริงดังกล่าวหลังจากบรรลุนิติภาวะแล้ว ห้ามอัยการฟ้องคดีเมื่อพ้นหนึ่งปีนับแต่วันที่เด็กได้รู้เหตุนี้

ไม่ว่ากรณีใดๆ ห้ามมิให้ฟ้องคดีปฏิเสธความเป็นบุตรเมื่อพ้นสิบปีนับแต่วันที่เด็กบรรลุนิติภาวะ และ

มาตรา 1555/1 ในคดีที่เด็กฟ้องขอให้หญิงรับเด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิง เด็กมีสิทธิพิสูจน์ถึงความสัมพันธ์ทางสายโลหิตระหว่างเด็กกับหญิง

วิธีการฟ้องคดีเพื่อให้หญิงรับเด็กเป็นบุตรตามวรรคหนึ่ง ให้นำมาตรา 1556 ถึงมาตรา 1559 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ในกรณีที่มีความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้นในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ นอกจากหญิง ชายและเด็กมีสิทธิฟ้องคดีเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงความเป็นบิดา มารดาและบุตรแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่าชายและหญิงยังมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ผู้ให้บริการด้วยความประมาทอีกด้วย เมื่อพิจารณาตามกฎหมายลักษณะละเมิดการกระทำโดยประมาทของแพทย์เป็นการละเมิดต่อสิทธิในการเจริญพันธุ์ของชายและหญิง ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาตามกฎหมายลักษณะสัญญา เมื่อแพทย์ชำระหนี้ไม่ต้องด้วยวัตถุประสงค์ที่แท้จริงแห่งมูลหนี้ ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากการชำระหนี้ไม่ถูกต้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 215 ประกอบมาตรา 222

กรณีที่ 2 ในกรณีที่มีความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้นจนเป็นเหตุทำให้มีการส่งมอบเด็กผิดตัวย่อมมีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้น ตัวอย่างเช่น ปัญหาเรื่องอำนาจปกครองบุตร ปัญหาเรื่องสิทธิในทรัพย์สินมรดกและปัญหาการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย

เมื่อพิจารณาจากตัวอย่างคดีความที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ ผู้เขียนพบว่าปัญหาการส่งมอบเด็กผิดตัวเคยปรากฏขึ้นในหลายประเทศ ตัวอย่าง ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส ประเทศแอฟริกาใต้และประเทศญี่ปุ่น ในประเทศสหรัฐอเมริกาพบว่ามีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้นอย่างน้อย 2 ประการ กล่าวคือ ประการที่ 1 ชายและหญิงที่ได้รับมอบเด็กผิดตัวมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายทางจิตใจหรือไม่ ประการที่ 2 ชายและหญิงที่เลี้ยงดูเด็กมาตั้งแต่กำเนิดจะไม่ยอมคืนเด็กให้กับชายและหญิงผู้ให้กำเนิดได้หรือไม่ ในปัญหาประการที่ 1 ศาลพิจารณาว่าเมื่อการส่งมอบเด็กผิดตัวไม่ทำให้ชายและหญิงได้รับความเสียหายทางกายภาพ และเมื่อความเสียหายทางจิตใจไม่ร้ายแรงถึงขนาดรบกวนการทำงานของประสาท ศาลจึงมีคำพิพากษาว่าชายและหญิงไม่มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายทางจิตใจจากแพทย์ พยาบาลหรือโรงพยาบาล ในปัญหาประการที่ 2 ศาลพิจารณาว่าแม้ชายและหญิงผู้ให้กำเนิดเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่การพิจารณาว่าบุคคลใดเป็นผู้มีอำนาจปกครองเด็กศาลต้องพิจารณาจากหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก ในกรณีที่มีข้อเท็จจริงปรากฏว่าการที่เด็กได้รับการเลี้ยงดูจากชายและหญิงผู้ที่เลี้ยงดูเด็กมาตั้งแต่กำเนิด ทำให้เด็กได้รับประโยชน์มากกว่าการที่เด็กกลับไปอยู่ในการอุปการะเลี้ยงดูของชายและหญิงผู้ให้กำเนิด ศาลอาจสั่งให้ชายและหญิงผู้เลี้ยงดูเป็นผู้มีอำนาจปกครองเด็กต่อไป โดยศาลให้เหตุผลว่าความสัมพันธ์ตามข้อเท็จจริงอาจมีค่าบังคับเหนือกว่าความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม

เมื่อพิจารณาตัวอย่างคดีความที่เกิดขึ้นในประเทศฝรั่งเศส ศาลพิพากษาให้แพทย์ชดใช้ค่าเสียหายทางจิตใจให้กับครอบครัวที่ได้รับมอบเด็กผิดตัวและให้เด็กที่ถูกส่งมอบผิดตัว เพราะศาลเห็นว่าความเสียหายทางจิตใจจากการที่ชาย หญิง และเด็กไม่ได้รับการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน เป็นความเสียหายทางจิตใจที่ชัดเจนและแน่นอน ในประเทศญี่ปุ่นศาลพิพากษาว่าเด็กที่ถูกส่งมอบผิดตัวมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายจากการสูญเสียโอกาสที่จะได้รับการอุปการะเลี้ยงดูและได้รับการศึกษาที่เหมาะสม ในประเทศแอฟริกาใต้ ในกรณีที่เด็กที่ถูกส่งมอบผิดตัวมีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรง ศาลพิพากษาว่าชายและหญิงที่ได้รับมอบเด็กที่มีปัญหาสุขภาพอย่างร้ายแรงซึ่งไม่ใช่บุตรที่แท้จริงของตนมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวกับปัญหาสุขภาพของเด็ก นอกจากนี้ เมื่อทั้งสองครอบครัวตกลงให้เด็กได้รับการเลี้ยงดูจากครอบครัวที่เลี้ยงดูเด็กมาตั้งแต่กำเนิด ศาลจึงมีคำพิพากษาให้ชายและหญิงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อใช้เป็นค่าใช้จ่ายในการเดินทางเพื่อไปเยี่ยมบุตรที่แท้จริง

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายไทยแม้ชายและหญิงผู้ให้กำเนิดเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ชายและหญิงผู้เลี้ยงดูเด็กก็มีสิทธิขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ในกรณีที่ชายและหญิงผู้ให้กำเนิดไม่ยินยอมยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของชายและหญิงผู้เลี้ยงดู ชายและหญิงผู้เลี้ยงดูมีสิทธิร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งอนุญาตแทนการให้ความยินยอม โดยศาลต้องพิจารณาว่าการที่ชายและหญิงผู้ให้กำเนิดไม่ให้ความยินยอมนั้นปราศจากเหตุผลอันสมควร เป็นปฏิปักษ์ต่อสุขภาพ ความเจริญและสวัสดิภาพของเด็กหรือไม่ หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าการที่เด็กได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากชายและหญิงผู้เลี้ยงดูเป็นประโยชน์ต่อเด็กมากกว่าการให้เด็กกลับไปอยู่กับชายและหญิงผู้ให้กำเนิดศาลมีอำนาจทำคำสั่งอนุญาตให้ชายและหญิงผู้เลี้ยงดูรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมแทนการให้ความยินยอมของชายและหญิงผู้ให้กำเนิด แต่ในกรณีที่ศาลเห็นว่าการที่เด็กได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากชายและหญิงผู้ให้กำเนิดเป็นประโยชน์ต่อเด็กมากกว่า ชายและหญิงผู้เลี้ยงดูมีหน้าที่ส่งมอบเด็กคืนให้ชายและหญิงผู้ให้กำเนิด

ในปัญหาว่าด้วยสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหาย เมื่อความผิดพลาดทางการแพทย์เป็นเหตุทำให้ชายและหญิงบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเสียสิทธิที่จะได้รับการอุปการะเลี้ยงดูและสิทธิที่จะได้รับมรดกของเด็กซึ่งเป็นบุตร ในขณะที่เด็กซึ่งเป็นบุตรก็เสียสิทธิที่จะได้รับการอุปการะเลี้ยงดูและสิทธิที่จะได้รับมรดกของชายและหญิงบิดามารดา ความผิดพลาดทางการแพทย์ดังกล่าวจึงเป็นการละเมิดต่อสิทธิตามกฎหมายลักษณะครอบครัวและกฎหมายลักษณะมรดกของชาย หญิง และเด็ก ชาย หญิง และเด็กจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ในกรณีที่ชายและหญิงมีความสัมพันธ์ทางสัญญากับแพทย์ การที่แพทย์ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการตรวจสอบความถูกต้องของเด็กก่อนส่งมอบให้กับชายหญิง การกระทำดังกล่าวจึง

เป็นการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้อง ชายและหญิงจึงมีสิทธิฟ้องร้องเรียกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 215 ประกอบมาตรา 222

อย่างไรก็ดี เมื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์และความเสียหายจากการส่งมอบเด็กเกิดตัวส่วนมากจะปรากฏเมื่อล่วงเลยเวลา 10 ปี นับจากวันที่มีความผิดพลาดทางการแพทย์เกิดขึ้น ซึ่งเป็นเหตุทำให้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายตามกฎหมายลักษณะละเมิด (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 448) และกฎหมายลักษณะสัญญา (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/30) ขาดอายุความ เพื่อให้ผู้เสียหายได้รับความเป็นธรรมและมีสิทธิได้รับการเยียวยาความเสียหายตามกฎหมาย ผู้เขียนจึงเสนอให้มีการแก้ไขบทบัญญัติ มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ให้มีเนื้อความดังนี้

มาตรา 13 ในกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพ หรืออนามัย โดยผลของสารสะสมอยู่ในร่างกายของผู้บริโภคหรือกรณีที่ต้องใช้เวลาในการแสดงอาการ ผู้บริโภคหรือผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภคต้องใช้สิทธิเรียกร้องภายในสามปี นับแต่วันที่รู้ถึงความเสียหายและรู้ตัวผู้ประกอบการธุรกิจที่ต้องรับผิดชอบ แต่ไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่รู้ถึงความเสียหาย

บทบัญญัติในวรรคก่อนให้ใช้บังคับรวมถึงความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์

ในท้ายที่สุดแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่าการพิจารณาถึงสิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์ไม่ว่าจะเป็นการให้กำเนิดบุตรโดยไม่พึงประสงค์ การให้กำเนิดบุตรที่พิการ การได้เกิดขึ้นมามีชีวิต การทำละเมิดก่อนมีการปฏิสนธิหรือการทำละเมิดก่อนมีสภาพบุคคล การทำละเมิดต่อความสามารถในการเจริญพันธุ์ การทำละเมิดต่อเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อน ความผิดพลาดในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หรือการส่งมอบเด็กเกิดตัว เป็นเพียงการพิจารณาความรับผิดชอบทางแพ่งอันเป็นผลมาจากการทำทุรเวชปฏิบัติรูปแบบหนึ่งเท่านั้น หากความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากการกระทำโดยจงใจของแพทย์หรือเป็นผลมาจากการที่แพทย์ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานการประกอบวิชาชีพ ผู้เสียหายย่อมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายดังกล่าวได้เช่นเดียวกับการใช้สิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายจากความผิดพลาดทางการแพทย์ในกระบวนการอื่นๆ

**ตารางข้อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติ
ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์**

| บทบัญญัติในปัจจุบัน | บทบัญญัติที่เสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติม |
|--|---|
| ไม่มี | <p>มาตรา 222/1 นอกเหนือจากค่าเสียหายตามมาตรา 222 หากการชำระหนี้ที่ไม่ถูกต้องของลูกหนี้เป็นผลทำให้เกิดความเสียหายอย่างอื่นที่ไม่เป็นตัวเงิน เจ้าหนี้ออมมีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายเหล่านั้น</p> |
| ไม่มี | <p>มาตรา 420/1 ภายใต้บังคับแห่งบทบัญญัติของมาตรา 420 ในกรณีที่เด็กได้รับความเสียหายจากการทำละเมิดก่อนที่มีการปฏิสนธิระหว่างที่อยู่ในครรภ์ ระหว่างการคลอด ภายหลังจากที่เด็กคลอดออกมา มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย ผู้ทำละเมิดจำต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่เด็กเพื่อการนั้น</p> <p>การกระทำตามวรรคหนึ่ง รวมถึงการกระทำต่อความสามารถในการเจริญพันธุ์ของบิดามารดา และบุพการีของเด็ก และการกระทำต่อเซลล์สืบพันธุ์และตัวอ่อนในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ไม่ว่าจะ เป็นขั้นตอนการเลือก การตรวจคัดกรอง การจัดเก็บหรือการใช้เซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อน</p> |
| ไม่มี | <p>มาตรา 443/1 สิทธิในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายตามมาตรา 443 ให้รวมถึงการตายของทารกก่อนมีสภาพบุคคล</p> |
| <p>มาตรา 446 ในกรณีทำให้เขาเสียหายแก่ร่างกายหรืออนามัยก็ดี ในกรณีทำให้เขาเสียหายแก่เสรีภาพก็ดี ผู้ต้องเสียหายจะเรียกชดเชยค่า</p> | <p>มาตรา 446 ในกรณีทำให้เขาเสียหาย ต่อสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย ผู้ต้องเสียหายจะเรียกชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อ</p> |

| บทบัญญัติในปัจจุบัน | บทบัญญัติที่เสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติม |
|--|--|
| <p>สินไหมทดแทนเพื่อความที่เสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินด้วยอีกก็ได้ สิทธิเรียกร้องอันนี้ไม่โอนกันได้ และไม่ตกสืบไปถึงทายาท เว้นแต่สิทธินั้นจะได้รับสภาพกันไว้โดยสัญญาหรือได้เริ่มฟ้องคดีตามสิทธินั้นแล้ว</p> | <p>ความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินด้วยอีกก็ได้ สิทธิเรียกร้องอันนี้ไม่สามารถโอนกันได้ เว้นแต่สิทธินั้นจะได้รับสภาพกันไว้โดยสัญญาหรือได้เริ่มฟ้องคดีตามสิทธินั้นแล้ว</p> |
| <p>ไม่มี</p> | <p>มาตรา 446/1 ในกรณีที่มีการทำละเมิดเป็นเหตุทำให้ผู้เสียหายถึงแก่ความตาย ให้สามี ภริยา บุพการี หรือผู้สืบสันดานของผู้ตาย มีสิทธิฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอย่างอื่นอันมิใช่ตัวเงินได้เช่นเดียวกัน</p> |
| <p>มาตรา 1545 เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงต่อเด็กว่าตนมิได้เป็นบุตรสืบสายโลหิตของชายผู้เป็นสามีของมารดาตน เด็กจะร้องขอต่ออัยการให้ฟ้องคดีปฏิเสธความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายนั้นก็ได้</p> <p>การฟ้องคดีตามวรรคหนึ่ง ถ้าเด็กได้รู้ข้อเท็จจริงก่อนบรรลุนิติภาวะว่าตนมิได้เป็นบุตรของชายผู้เป็นสามีของมารดา ห้ามอัยการฟ้องคดีเมื่อพ้นหนึ่งปีนับแต่วันที่เด็กบรรลุนิติภาวะ แต่ถ้าเด็กรู้ข้อเท็จจริงดังกล่าวหลังจากบรรลุนิติภาวะแล้ว ห้ามอัยการฟ้องคดีเมื่อพ้นหนึ่งปีนับแต่วันที่เด็กรู้เหตุนั้น</p> <p>ไม่ว่ากรณีใดๆ ห้ามมิให้ฟ้องคดีปฏิเสธความเป็นบุตรเมื่อพ้นสิบปีนับแต่วันที่เด็กบรรลุนิติภาวะ</p> | <p>มาตรา 1545 เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงต่อเด็กว่าตนมิได้เป็นบุตรสืบสายโลหิตของ <u>ชายหรือหญิงที่เป็นบิดามารดาตามกฎหมายของตน</u> เด็กจะร้องขอต่ออัยการให้ฟ้องคดีปฏิเสธความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชาย <u>หรือหญิง</u> นั้นก็ได้</p> <p>การฟ้องคดีตามวรรคหนึ่ง ถ้าเด็กได้รู้ข้อเท็จจริงก่อนบรรลุนิติภาวะว่าตนมิได้เป็นบุตรของ <u>ชายหรือหญิงผู้เป็นบิดามารดาตามกฎหมาย</u> ห้ามอัยการฟ้องคดีเมื่อพ้นหนึ่งปีนับแต่วันที่เด็กบรรลุนิติภาวะ แต่ถ้าเด็กรู้ข้อเท็จจริงดังกล่าวหลังจากบรรลุนิติภาวะแล้ว ห้ามอัยการฟ้องคดีเมื่อพ้นหนึ่งปีนับแต่วันที่เด็กรู้เหตุนั้น</p> <p>ไม่ว่ากรณีใดๆ ห้ามมิให้ฟ้องคดีปฏิเสธความเป็นบุตรเมื่อพ้นสิบปีนับแต่วันที่เด็กบรรลุนิติภาวะ</p> |
| <p>ไม่มี</p> | <p>มาตรา 1555/1 ในคดีที่เด็กฟ้องขอให้หญิงรับเด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงเด็กมีสิทธิพิสูจน์ถึงความสัมพันธ์ทางสายโลหิตระหว่างเด็กกับหญิง</p> |

| บทบัญญัติในปัจจุบัน | บทบัญญัติที่เสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติม |
|---------------------|---|
| | <p>วิธีการฟ้องคดีเพื่อให้หญิงรับเด็กเป็นบุตรตามวรรคหนึ่ง ให้นำมาตรา 1556 ถึง มาตรา 1559 มาใช้บังคับโดยอนุโลม</p> |
| <p>ไม่มี</p> | <p>มาตรา 1546/1 ในกรณีที่หญิงคนใดสามารถพิสูจน์ได้ว่าตนเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตกับเด็ก ให้ศาลพิพากษาให้หญิงคนดังกล่าวเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก แม้ว่าเด็กจะมีมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายอยู่แล้วก็ตาม ทั้งนี้ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น</p> |

ตารางข้อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติ
ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัย
เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

| บทบัญญัติในปัจจุบัน | บทบัญญัติที่เสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติม |
|---------------------|---|
| ไม่มี | <p>มาตรา 29/1 ในกรณีที่มีความผิดพลาดเกิดขึ้นในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จนทำให้การตั้งครรภ์ของหญิงไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ให้หญิงผู้คลอดบุตรมีสิทธิพิสูจน์ว่าเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ไม่ใช่บุตรที่แท้จริงของตน</p> <p>ในกรณีที่ไม่ปรากฏบิดาหรือมารดาที่แท้จริงของเด็ก ให้หญิงผู้คลอดบุตรเป็นผู้ปกครองของเด็กนั้นจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ให้หญิงที่คลอดบุตรพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก ผู้มีส่วนได้เสียหรือพนักงานอัยการมีอำนาจร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้ปกครองได้ และในการตั้งผู้ปกครองดังกล่าวให้ศาลคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กคนนั้นเป็นสำคัญ</p> <p>อนึ่ง หญิงผู้คลอดบุตรมีสิทธิที่จะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์</p> |

ตารางข้อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติ
ในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคม พ.ศ. 2551

| บทบัญญัติในปัจจุบัน | บทบัญญัติที่เสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติม |
|---|--|
| <p>มาตรา 13 ในกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพ หรืออนามัย โดยผลของสารสะสมอยู่ในร่างกายของผู้บริโภคหรือกรณีที่ต้องใช้เวลาในการแสดงอาการ ผู้บริโภคหรือผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภคต้องใช้สิทธิเรียกร้องภายในสามปีนับแต่วันที่รู้ถึงความเสียหายและรู้ตัวผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องรับผิดชอบ แต่ไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่รู้ถึงความเสียหาย</p> | <p>มาตรา 13 ในกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพ หรืออนามัย โดยผลของสารสะสมอยู่ในร่างกายของผู้บริโภคหรือกรณีที่ต้องใช้เวลาในการแสดงอาการ ผู้บริโภคหรือผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภคต้องใช้สิทธิเรียกร้องภายในสามปีนับแต่วันที่รู้ถึงความเสียหายและรู้ตัวผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องรับผิดชอบ แต่ไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่รู้ถึงความเสียหาย</p> <p style="text-align: center;"><u>บทบัญญัติในวรรคก่อนให้ใช้บังคับรวมถึงความเสียหายที่เป็นผลมาจากความผิดพลาดทางการแพทย์</u></p> |

บรรณานุกรม

หนังสือ

- กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์. เลือกเซอร์ต่างๆ รวม 6 เล่ม ว่าด้วยกฎหมาย, ว่าด้วยแพ่งและอาญา, ว่าด้วยบุคคล, ว่าด้วยล้มละลาย, ว่าด้วยสัญญา, ว่าด้วยที่ดิน. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์กองทัพอากาศ, 2452.
- _____ . ว่าด้วยกฎหมายพระเจ้าลูกยาเธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ อนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพ นายแสวง เจริญยานนท์. ธนบุรี : โรงพิมพ์บรรหาร, 2507.
- กิตติศักดิ์ ปกติ. หลักกฎหมายบุคคล. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556.
- ไกรฤกษ์ เกษมสันต์. คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 - มาตรา 366. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2557.
- ขวัญชัย โชติพันธุ์. คดีทางการแพทย์. เล่ม 1. กรุงเทพมหานคร : ซีเอ็ดดูเคชั่น, 2555.
- _____ . คดีทางการแพทย์. เล่ม 2. กรุงเทพมหานคร : ซีเอ็ดดูเคชั่น, 2558.
- คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. คุณค่าของชีวิตบนเส้นทางนิติศาสตร์. กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- คณิต ณ นคร. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549.
- _____ . ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.
- คณิง ภาไชย. กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 9. แก้ไขเพิ่มเติมโดย ไพโรจน์ วายุภาพ และณรงค์ ใจหาญ. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.
- โครงการวิจัยจริยธรรมกับการวิจัยวิทยาศาสตร์การแพทย์สมัยใหม่. การประชุมรับฟังข้อความคิดเห็นเรื่องกฎหมายกับการปฏิสนธิเทียมและการคัดเลือกทางพันธุกรรม. กรุงเทพมหานคร : มูลนิธิสาธารณสุขแห่งชาติ, 2548.
- จรัญ ภัคดีธนากุล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์พลสยาม พรินต์ติ้ง (ประเทศไทย), 2555.
- จิต เศรษฐบุตร์. กฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวลความรับผิดชอบทางละเมิด. พระนคร : โรงพิมพ์อักษรนิติ, 2479.

- . หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- . หลักกฎหมายแพ่งลักษณะหนี้ แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ธีระวัฒน์. โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พิมพ์ครั้งที่ 21. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2556.
- . หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา. พิมพ์ครั้งที่ 7. แก้ไขเพิ่มเติมโดย ดาราพร ธีระวัฒน์. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- จิตติ ดิงศภัทย์. กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530.
- . คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตรา ว่าด้วยจัดการงานนอกสั่ง ลามิควรได้ ละเมิด บรรพ 2 มาตรา 395-452. แก้ไขเพิ่มเติมโดย ชวิน อุณหัทร, เขมภูมิ ภูมิถาวร และอำนาจ ตั้งศิริพิมาน. กรุงเทพมหานคร : กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์, 2555.
- . คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึง มาตรา 452. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2526
- เจตญา ถินคำรพ และอภิเศก ลุมพิกานนท์. สูติศาสตร์เชิงประจักษ์. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์คลังนาโนวิทยา, 2550.
- ฉัตรสุมน พฤตมิถิญา. กฎหมายสุขภาพและการรักษาพยาบาล, กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555.
- . การคุ้มครองผู้บริโภคด้านสุขภาพ : นโยบาย หลักกฎหมาย และการบังคับใช้. กรุงเทพมหานคร : เจริญดีมั่นคงการพิมพ์, 2551.
- . บริหารกฎหมายการแพทย์และสาธารณสุข 2554. กรุงเทพมหานคร : ม.ป.พ, 2554.
- เฉลิมศรี ธีรนันตเศรษฐ์. ตอบปัญหาสารพันเพื่อครอบครัวคุณภาพ. กรุงเทพมหานคร : บริษัท รักลูกแพมีตี้กรุ๊ป จำกัด, 2549.
- ชาติชาย อัครวิบูลย์. คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยจัดการงานนอกสั่งและลามิควรได้. กรุงเทพมหานคร. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2522.
- ณรงค์ สิงห์ประเสริฐ. กฎหมายกับการแพทย์. กรุงเทพมหานคร : ภาควิชานิติเวชศาสตร์ คณะแพทยศาสตร์ศิริราชพยาบาล มหาวิทยาลัยมหิดล, 2527.
- ดาราพร คงจา. กฎหมายการประกอบวิชาชีพพยาบาล. พิมพ์ครั้งที่ 2. นนทบุรี : บริษัท ยุทธรินทร์การพิมพ์ จำกัด, 2541.

- ดาราพร ถิระวัฒน์. กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็น
ธรรม. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528.
- _____. กฎหมายหนี้ หลักทั่วไป. โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะ
 นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. พิมพ์ครั้งที่ 4 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร :
 โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2558.
- ทรงฉัตร โตทยานนท์ และณรงค์ สิงห์ประเสริฐ. นิติเวชศาสตร์. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์
 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2519.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิดและโทษ. กรุงเทพมหานคร :
 สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557.
- เทพวิฑูร (บุญช่วย วณิกกุล). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1-240.
 กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เนติบัณฑิตยสภา, 2509.
- ธวัชชัย สัตยสมบูรณ์. กฎหมายสาธารณสุข (Public Health Laws). นนทบุรี : โครงการสวัสดิการ
 วิชาการ สถาบันพระบรมราชชนก กระทรวงสาธารณสุข, 2542.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. สิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร :
 สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543.
- ประจักษ์ พุทธิสมบัติ. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดและจัดการงานนอกสั่ง.
 พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : มีสมบัติการพิมพ์, 2548.
- ประทีป อ่าววิจิตรกุล. ฟ้องแพทย์ (Doctors at Law). กรุงเทพมหานคร : Pholsiam Printing and
 Publishing (Thailand) Limited Partnership, 2546.
- _____. ฟ้องแพทย์: ฉบับคดีตั้ง. กรุงเทพมหานคร : Pholsiam Printing and
 Publishing (Thailand) Limited Partnership, 2549.
- ประเวศ วะสี. สาธารณสุขหรือสาธารณสุข. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์หมอชาวบ้าน, 2530.
- ประสพสุข บุญเดช. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่
 20. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2556.
- ประสิทธิ์ ไชวโกล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล. พิมพ์ครั้งที่ 6.
 กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2556.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. กฎหมายแพ่ง: หลักทั่วไป. กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการบริการทางวิชาการ
 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526.
- _____. นิติปรัชญา. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสาร
 ประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.

- พจน์ ปุષปาคม. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายเนติบัณฑิตยสภา, 2530.
- พนิตย์ จิระนันท์ประวัตติ. นานาสาระจากหมอสุนิติ. นนทบุรี : สนุกอ่าน, 2543.
- _____ . เรื่องน่ารู้สู่ความเป็นแม่ ชุตสุขภาพ. กรุงเทพมหานคร : มติชน, 2546.
- พรชัย สุนทรพันธุ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2515.
- พระยานิติไพศาล. หัวข้อเล็กเซอร์ธรรมศาสตร์. กรุงเทพมหานคร : ม.ป.พ., 2462.
- _____ . หัวข้อเล็กเซอร์ธรรมศาสตร์. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ กรุงเทพมหานครเดลิแมร์, 2466.
- พันธ์ศักดิ์ ศุกระฤกษ์, สุวชัย อินทรประเสริฐ และอร่าม โรจนสกุล. วิทยาการก้าวหน้าในการเจริญพันธุ์ และวางแผนครอบครัว (Advances in Human Reproduction and Family Planning). กรุงเทพมหานคร : ข้าวฟ่าง, 2534.
- พิชัย เจริญพานิช และวรุฑธ กุลกิจ. ครรภ์และทารก : คู่มือก่อนคลอดสำหรับคุณแม่. กรุงเทพมหานคร : 99 มีเดีย แอนด์ พับลิชชิง, 2534.
- พริยา ศุภศรี. การพยาบาลในระยะคลอด. กรุงเทพมหานคร : ศูนย์สื่อเสริมการพิมพ์, 2551.
- เพ็ง เพ็งนิตติ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง. พิมพ์ครั้งที่ 9 ฉบับปรับปรุงใหม่. กรุงเทพมหานคร : ไม่ปรากฏชื่อสำนักพิมพ์, 2558.
- ไพจิตร บุญญพันธุ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 และหลักกฎหมายลักษณะละเมิด ข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 14. แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2557.
- _____ . คำสอนชั้นปริญญาโท : กฎหมายเปรียบเทียบไทยกับประมวลกฎหมายนานาประเทศ ภาค 1 ความรู้ทั่วไป และภาค 2 ลักษณะละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546.
- ไพโรจน์ กัมพูสิริ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- ไพโรจน์ วายุภาพ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 5. ไม่ปรากฏสถานที่พิมพ์ : Pholsiam Printing and Publishing (Thailand) Limited Partnership, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์.

- _____ . คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 10.
กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2555.
- ภัทรศักดิ์ วรรณแสง. หลักกฎหมายละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555.
- _____ . หลักกฎหมายหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 11 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์
วิญญูชน. 2554.
- มนต์ชัย ชินินทรลีลา. แพทย์กับกระบวนการยุติธรรม. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เอเชียคิท, 2548.
- มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และสำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ คณะนิติศาสตร์ ศูนย์กฎหมาย
สุขภาพและจริยศาสตร์. การให้ความยินยอมในการรับบริการสาธารณสุข และความเข้าใจ
เกี่ยวกับมาตรา 8 พ.ร.บ.สุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2554.
- มานิตย์ จุมปา. ข้อควรระวังทางกฎหมายของพยาบาล. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์
แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553.
- มานี ปิยะอนันต์, ชาญชัย วันทนาศิริ และประเสริฐ ศันสนีย์วิทย์กุล. สูติศาสตร์. กรุงเทพมหานคร :
พี.เอ. ลีฟวิ่ง จำกัด, 2548.
- เมธี วงศ์ศิริสุวรรณ. กฎหมายกับการประกอบวิชาชีพเวชกรรม. กรุงเทพมหานคร : บู้คเน็ท, 2549.
- ยุวดี จอมพิทักษ์ และคณะ. คู่มือมารดา ก่อนและหลังคลอด. กรุงเทพมหานคร : รุ่งแสงการพิมพ์, 2542.
- เยื่อน ต้นนิรันดร. การวินิจฉัยทารกก่อนคลอด. กรุงเทพมหานคร : โอ.เอส. พรีนติ้ง เฮาส์, 2542.
- ร.แลงการ์ด. ประวัติศาสตร์กฎหมาย. บรรณาธิการโดยชาญวิทย์ เกษตรศิริ และวิภัลย์ พงศ์พินิตานนท์.
กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- ระพี แม้นโกศล. กฎหมายกับแพทย์. กรุงเทพมหานคร : ไทศาลศิลป์การพิมพ์, 2539.
- รัชฎา เอกบุตร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว บิดามารดา
และบุตร. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555.
- ราชบุรดีเรกฤทธิ, มานวราชเสวี, นรเนติบัญชากิจ และประเสริฐมนูกิจ. เล็กเซอร์ ของพระเจ้าพี่ยาเธอ
กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ. พระนคร : โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร, 2468.
- แลงการ์ด โรแบร์ต และพระยา นิติศาสตร์ไพศาลย์. ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย: กฎหมายเอกชน.
พระนคร : มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์, 2501.
- วงศ์ วีระพงศ์. คำอธิบายลักษณะละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 2. พระนคร : โรงพิมพ์อักษรสารการพิมพ์, 2514.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538.
- วรารุส สุมาวงศ์. คู่มือการฝากครรภ์และการคลอด. กรุงเทพมหานคร : คณะแพทยศาสตร์โรงพยาบาล
รามธิบดี มหาวิทยาลัยมหิดล, 2522.

- วารี นาสกุล. คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิควรรได้.
แก้ไขเพิ่มเติมโดยจรัญ ภักดีธนากุล. กรุงเทพมหานคร : บริษัท กรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด, 2557.
- วิชา มหาคุณ. หลักกฎหมายละเมิดศึกษาจากคำพิพากษาศาลฎีกา. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติ
บรรณการ, 2523.
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ และคณะ. งานวิจัยคดีแพทย บุคลากรแพทยถูกฟ้อง. กรุงเทพมหานคร : สำนักงาน
เลขาธิการแพทยสภา, 2544.
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. กฎหมายการแพทย์: ความรับผิดชอบทางกฎหมายของผู้ประกอบวิชาชีพ ด้านการแพทย์
และสาธารณสุข, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546.
- _____. คำอธิบายพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 เรียงตามมาตรา.
กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551.
- _____. จากจรรยาแพทย์มาถึงยุคชีวจริยศาสตร์, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน,
2548.
- _____. นิติเวชศาสตร์. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัย
รามคำแหง, 2548.
- _____. นิติเวชสารก. กรุงเทพมหานคร : กรุงสยามการพิมพ์, 2519.
- _____. นิติเวชสารก ฉบับกฎหมายทำแท้ง ข้อโต้แย้งที่ยังไม่ยุติ. กรุงเทพมหานคร :
สำนักพิมพ์เจนเดอร์เพรส, 2537.
- _____. นิติเวชสารก ฉบับกฎหมายอาญากับการแพทย์ยุคไฮเทค. กรุงเทพมหานคร :
หมอชาวบ้าน, 2533.
- _____. สิทธิผู้ป่วย. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์คบไฟ, 2537.
- วิลาสินี พนานครทรัพย์. รายงานผลงานวิจัยเสริมหลักสูตรเรื่องข้อถกเถียงเกี่ยวกับการทำแท้ง.
กรุงเทพมหานคร : คณะกรรมการส่งเสริมการวิจัยเสริมหลักสูตร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,
2550.
- ศนันท์กรณ(จำปี) โสทธิพันธ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้). พิมพ์ครั้งที่ 2.
กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557.
- _____. คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิควรรได้
พร้อมด้วยคำอธิบายในส่วนของพระราชบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่
พ.ศ. 2539 พระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 พระราชบัญญัติความรับผิดต่อ
ความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 และกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง. พิมพ์
ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2557.

ศรีนวล โอสเสถียร. คู่มือ จุดเน้นทางการพยาบาล แม่-เด็กและการผดุงครรภ์. กรุงเทพมหานคร :
ห้างหุ้นส่วนจำกัด วิเจ พรีนติ้ง, 2554.

ศักดิ์ สอนงชาติ. คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดทาง
ละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539. พิมพ์ครั้งที่ 9.
กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2556.

. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้ง
ระยะเวลาและอายุความ) ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่
ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540) และธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรม
ทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544). พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร. นิติ
บรรณาการ, 2551.

ศิริลักษณ์. คุณแม่่มือใหม่: เตรียมตัวอย่างไรก่อนและหลังคลอด. กรุงเทพมหานคร : ไพลิน, 2547.

ศูนย์กฎหมายสุขภาพและจริยศาสตร์. พ.ร.บ. ความรับผิดของเจ้าหน้าที่กับปัญหาในเวชปฏิบัติ.
กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.

สถาบันกฎหมายอาญา สำนักงานอัยการสูงสุด. รายงานการเสวนาทางวิชาการเรื่อง มาตรการทาง
กฎหมายกับปัญหาการทำแท้ง : ทางออกอยู่ที่ไหน? กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม,
2537.

สภาพ ไทยแท้. การพยาบาลสูติศาสตร์ ภาวะผิดปกติในระยะคลอด. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร :
สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556.

สมทบ สุวรรณสุทธิ. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล. พระนคร : คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2514.

สมยศ เชื้อไทย. คำอธิบายกฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 21. แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร
: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.

สาโรจน์ เกษมถาวรศิลป์. ฟื่องหอม (ให้ติดคุก) ทำไม? กรุงเทพมหานคร : บริษัทสร้างสรรค์บุ๊คส์ จำกัด,
2552.

สุจิต เฝ้าสวัสดิ์, สุรศักดิ์ ฐานิพานิชสกุล, เยื่อน ต้นนิรันดร และชุมศักดิ์ พลกษาพงษ์. จริยธรรมในเวช
ปฏิบัติ. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543.

สุนทร มณีสวัสดิ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หนี้. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร :
สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555.

สุพร เกิดสว่าง. คุมกำเนิด. กรุงเทพมหานคร : ธีระการพิมพ์, 2527.

- สุพัตรา ศิริโชติยะกุล. การดูแลรักษาสตรีตั้งครรภ์ความเสี่ยงสูง. เชียงใหม่ : คณะแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2552.
- สุรชาติ ณ หนองคาย. สิทธิของผู้ป่วย, นครปฐม : โรงพิมพ์สถาบันพัฒนาการสาธารณสุขอาเซียน มหาวิทยาลัยมหิดล, 2536.
- สุรศักดิ์ ฐานีพานิชกุล. เทคโนโลยีการคุมกำเนิด. กรุงเทพมหานคร : ภาควิชาสูติศาสตร์-นรีเวชวิทยา คณะแพทยศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546.
- _____. การวางแผนครอบครัวและเทคโนโลยีการคุมกำเนิด. กรุงเทพมหานคร : บริษัท ดีไซร์ จำกัด, 2543.
- สุรีย์ สิมารักษ์ และธีระ ทองสง. การตั้งครรภ์และการคลอด. กรุงเทพมหานคร : พี.บี. ฟอเรนบู้คส์เซนเตอร์, 2533.
- สุรีย์ สิมารักษ์, ธีระ ทองสง, ธีระพร วุฒยวนิช และจตุพล ศรีสมบุรณ์. สูติศาสตร์. เชียงใหม่ : โครงการ ตำรา คณะแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2535.
- สุวชัย อินทรประเสริฐ, สุภาวดี หาญเมธี และอุทัยวรรณ วิสุทธากุล. คู่มือตั้งครรภ์และเตรียมคลอด. กรุงเทพมหานคร : บริษัทแปลน พับลิชชิ่ง จำกัด, 2534.
- สุวัฒน์ จันทร์จำนง. การทำแท้งกับปัญหาทางการแพทย์และสังคม. กรุงเทพมหานคร : ห.จ.ก. รุ่งเรือง สาส์นการพิมพ์, 2523.
- สุขุม ศุภนิติย์. คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่ง จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557.
- _____. คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติ บรรณาการ, 2553.
- เสนีย์ ปราโมช. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว มรดก พุทธศักราช 2508. พระนคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2508.
- _____. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 (ภาค 1-2) พ.ศ. 2478 แก้ไขเพิ่มเติม 2505. กรุงเทพมหานคร : ไทยวัฒนาพานิช, 2527.
- _____. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์) พ.ศ. 2478 แก้ไขเพิ่มเติม 2505. กรุงเทพมหานคร : ไทยวัฒนาพานิช, 2527.
- เสริม วินิจฉัยกุล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะนิติกรรมและหนี้. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์กรมสรรพสามิต, 2515.
- เสาวคนธ์ อัจจิมากร. การวินิจฉัยทารกในครรภ์ หัตถการและปฏิบัติการทางห้องทดลอง. กรุงเทพมหานคร : บริษัทอักษรสัมพันธ์การพิมพ์, 2535.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. กฎหมายและข้อควรระวังของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ พยาบาล. พิมพ์ครั้งที่ 7.

กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.

..... . นิติเวชศาสตร์และกฎหมายการแพทย์, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน,
2556.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส และเอนก ยมจินดา. กฎหมายการแพทย์ : วิเคราะห์ปัญหากฎหมายจากการ
เริ่มต้นของชีวิตในครรภ์มารดาถึงภาวะแกนสมองตาย. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร :

สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546.

โสภณ รัตนการ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้ : บทเบ็ดเสร็จทั่วไป. พิมพ์
ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณาการ, 2556.

อดิวิฑูถ กมุทมาศ. ตำราสูติศาสตร์ การตั้งครรภ์และการคลอดปกติ. กรุงเทพมหานคร : บริษัท บุ๊คเน็ต
จำกัด, 2546.

อนุชา กาศลังกา. คู่มือกฎหมายและคดีทางการแพทย์สำหรับแพทย์. กรุงเทพมหานคร : กระทรวง
สาธารณสุข, 2556.

อนุมติ ใจสมุทร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ว่าด้วยบุคคล. นครหลวงฯ : โรง
พิมพ์สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย, 2515.

อุดม รัฐอมฤต, นพนิธิ สุริยะ และบรรเจิด สิงหนัด. การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิและ
เสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540.
กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด นานาสิ่งพิมพ์, 2544.

เอช เอกุต์, ขุนประเสริฐสุภามาตรา และเสริม วินิจฉัยกุล. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป.
พระนคร : โรงพิมพ์อักษรนิത്യ, 2477.

บทความในหนังสือ

กรกฎ ศิริรัมย์ และวิทยา ถิฐาพันธ์. "บทนำทางสูติศาสตร์." ในสูติศาสตร์. กรุงเทพมหานคร : พี.เอ.
สัฟวิง จำกัด, 2548.

เฉลิมศรี ชนันตเศรษฐ. "การเก็บเนื้อรก." ในการวินิจฉัยและรักษาทารกในครรภ์ (Prenatal Diagnosis
and Therapy) : เอกสารประกอบการอบรมทางวิชาการและเชิงปฏิบัติการ, รวบรวมโดย
เสาวคนธ์ อัจจิมากร และเฉลิมศรี ชนันตเศรษฐ, น.37-50. กรุงเทพมหานคร : ภาควิชา
สูติศาสตร์-นรีเวชวิทยา คณะแพทยศาสตร์ โรงพยาบาลรามาธิบดี มหาวิทยาลัยมหิดล, 2535.

- . ตอบปัญหาสารพันเพื่อครรภ์คุณภาพ. กรุงเทพมหานคร : บริษัท รักลูกแพมิ ลีกรูป จำกัด, 2549.
- ดาวรุ่ง กังวานพงศ์. "โรคทางพันธุกรรมที่เกิดจากความผิดปกติของโครโมโซม." ใน การวินิจฉัยและรักษาทารกในครรภ์ (Prenatal Diagnosis and Therapy) : เอกสารประกอบการอบรมทางวิชาการและเชิงปฏิบัติการ, รวบรวมโดย เสาวคนธ์ อัจจิมากร และเฉลิมศรี รัตนตเศรชฐ, น.67-76. กรุงเทพมหานคร : ภาควิชาสูติศาสตร์-นรีเวชวิทยา คณะแพทยศาสตร์ โรงพยาบาลรามาธิบดี มหาวิทยาลัยมหิดล, 2535.
- ดำรง เจริญประยูร. "บทนำการวางแผนครอบครัว." ใน นรีเวชวิทยา, รวบรวมโดย สุจิต เผ่าสวัสดิ์, ศุภวัฒน์ ชุตินวงศ์, ดำรง เจริญประยูร และสุทัศน์ กลกิจโกวินท์, พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : บริษัท ทรีโอ แอ็ด จำกัด, 2533.
- ทองทิศ ทองใหญ่. "การวินิจฉัยความผิดปกติของทารกในครรภ์." ใน การวินิจฉัยและรักษาทารกในครรภ์ (Prenatal Diagnosis and Therapy) : เอกสารประกอบการอบรมทางวิชาการและเชิงปฏิบัติการ, รวบรวมโดย เสาวคนธ์ อัจจิมากร และเฉลิมศรี รัตนตเศรชฐ. กรุงเทพมหานคร : ภาควิชาสูติศาสตร์-นรีเวชวิทยา คณะแพทยศาสตร์ โรงพยาบาลรามาธิบดี มหาวิทยาลัยมหิดล, 2535.
- ชญูธร อินศร. "บทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของบุคลากรทางการแพทย์และสาธารณสุข." ใน บริหารกฎหมายการแพทย์และสาธารณสุข, รวบรวมโดย ฉัตรสมุน พลฤทธิโย, กรุงเทพมหานคร : หลักสูตรวิทยาศาสตร์มหาบัณฑิต (สาธารณสุขศาสตร์) สาขาวิชาเอกบริหารกฎหมายการแพทย์และสาธารณสุข คณะสาธารณสุขศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหิดล, 2549.
- ปิยะรัตน์ เอี่ยมคง, ปภาวี ไชยรักษ์, สมเกียรติ สัตวาริน และสุวิชัย อินทรประเสริฐ. "การให้การปรึกษาในคลินิกเตรียมพร้อมก่อนตั้งครรภ์." ใน การให้บริการอนามัยการเจริญพันธุ์ คู่มือสำหรับเจ้าหน้าที่สาธารณสุข. กรุงเทพมหานคร : สำนักอนามัยการเจริญพันธุ์ กรมอนามัย กระทรวงสาธารณสุข, 2556.
- ภพ โกศลรักษ์. "การดูแลทารกที่คลอดจากมารดาที่ติดเชื้อ HIV." ใน สูติศาสตร์และนรีเวชวิทยาสำหรับแพทย์เวชศาสตร์ครอบครัว. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์คลังนานาวิทยา, 2545.
- วรพงษ์ คงมีผล และบัณฑิต จันทะยานี. "การทำคลอดปกติ." ใน หัตถการสูติศาสตร์และนรีเวชวิทยา, รวบรวมโดย บัณฑิต จันทะยานี, สายัณห์ สวัสดิ์ศรี, เพิ่มศักดิ์ สุเมขศรี และวรพงษ์ คงมีผล, น.72-80. กรุงเทพมหานคร : นำอักษรการพิมพ์, 2550.
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. "กฎหมายทำแท้ง : ข้อโต้แย้งที่ยังไม่ยุติ." ใน นิติเวชสารก ฉบับกฎหมายทำแท้ง ข้อโต้แย้งที่ยังไม่ยุติ, น.94-102. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เจนเนอร์เพรส, 2537.

- "กฎหมายทำแท้ง." ใน นิติเวชสาธก ฉบับกฎหมายทำแท้ง ข้อโต้แย้งที่ยังไม่ยุติ, น.62-69. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เจนเดอร์เพรส, 2537.
- "การควบคุมและป้องกันโรคธาลัสซีเมีย : มุมมองทางจริยธรรม กฎหมาย สังคม และจิตใจ." ใน นิติเวชสาธก ฉบับกฎหมายทำแท้ง ข้อโต้แย้งที่ยังไม่ยุติ, น.181-198. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เจนเดอร์เพรส, 2537.
- "การทำแท้งกับมูลกรณีละเมิด." ใน นิติเวชสาธก ฉบับกฎหมายทำแท้ง ข้อโต้แย้งที่ยังไม่ยุติ, น.132-148. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เจนเดอร์เพรส, 2537.
- "การทำแท้งในหญิงตั้งครรภ์ที่ติดเชื้อเอชไอวี." ใน นิติเวชสาธก ฉบับกฎหมายทำแท้ง ข้อโต้แย้งที่ยังไม่ยุติ, น.123-131. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เจนเดอร์เพรส, 2537.
- "ความผิดฐานทำให้แท้งลูก." ใน นิติเวชสาธก ฉบับกฎหมายทำแท้ง ข้อโต้แย้งที่ยังไม่ยุติ, น.19-47. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เจนเดอร์เพรส, 2537.
- "ความหมายของ "ทำให้แท้งลูก" ในกฎหมาย." ใน นิติเวชสาธก ฉบับกฎหมายทำแท้ง ข้อโต้แย้งที่ยังไม่ยุติ, น.103-111. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เจนเดอร์เพรส, 2537.
- "คำพิพากษาศาลสูงเรื่องการทำแท้งในสหรัฐอเมริกา." ใน นิติเวชสาธก ฉบับกฎหมายทำแท้ง ข้อโต้แย้งที่ยังไม่ยุติ, น.54-61. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เจนเดอร์เพรส, 2537.
- "คำอภิปราย นพ.วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์." ใน นิติเวชสาธก ฉบับกฎหมายทำแท้ง ข้อโต้แย้งที่ยังไม่ยุติ, น.11-18. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เจนเดอร์เพรส, 2537.
- "นิติเวชศาสตร์กับโรครวมพันธุ์." ใน นิติเวชสาธก ฉบับกฎหมายทำแท้ง ข้อโต้แย้งที่ยังไม่ยุติ, น.149-165. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เจนเดอร์เพรส, 2537.
- "ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการให้คำปรึกษา." ใน การวินิจฉัยและรักษาทารกในครรภ์ (Prenatal Diagnosis and Therapy) : เอกสารประกอบการอบรมทางวิชาการและเชิงปฏิบัติการ, รวบรวมโดย เสาวคนธ์ อัจจิมากร และเฉลิมศรี ธนันทเศรษฐ์, น.154-161. กรุงเทพมหานคร : ภาควิชาสูติศาสตร์-นรีเวชวิทยา คณะแพทยศาสตร์ โรงพยาบาลรามาธิบดี มหาวิทยาลัยมหิดล, 2535.
- "ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการให้คำปรึกษาทางด้านพันธุศาสตร์." ใน นิติเวชสาธก ฉบับกฎหมายทำแท้ง ข้อโต้แย้งที่ยังไม่ยุติ, น.166-180. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เจนเดอร์เพรส, 2537.
- "วิวัฒนาการของกฎหมายอังกฤษที่เกี่ยวกับการทำแท้ง." ใน นิติเวชสาธก ฉบับกฎหมายทำแท้ง ข้อโต้แย้งที่ยังไม่ยุติ, น. 112-122. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์เจนเดอร์เพรส, 2537.

วิฑูร แสงสิงแก้ว. "นโยบายสาธารณสุขแห่งชาติต่อการวินิจฉัยและรักษาทารกในครรภ์และผลกระทบที่เกิดขึ้น." ใน การวินิจฉัยและรักษาทารกในครรภ์ (Prenatal Diagnosis and Therapy) : เอกสารประกอบการอบรมทางวิชาการและเชิงปฏิบัติการ, รวบรวมโดย เสาวคนธ์ อัจจิมากร และเฉลิมศรี รัตนตเศรชฐ, น.16-20. กรุงเทพมหานคร : ภาควิชาสูติศาสตร์-นรีเวชวิทยา คณะแพทยศาสตร์ โรงพยาบาลรามาธิบดี มหาวิทยาลัยมหิดล, 2535.

ศุมล ศรีสุขวัฒนา และสลินลา สิงห์พันธุ์. "ระบบการช่วยเหลือเบื้องต้นกับการชดเชยความเสียหาย : กรณีได้รับความเสียหายจากการบริการสาธารณสุขของประเทศไทย." ใน บริหารกฎหมายการแพทย์และสาธารณสุข 2554, รวบรวมโดย ฉัตรสุนน พฤทธิปัญญา, น. 53-78. กรุงเทพมหานคร : ภาควิชาบริหารสาธารณสุข คณะสาธารณสุขศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหิดล, 2554.

สิริมน วิไลรัตน์, สุวพร ทวีสิทธิ์ และสมศักดิ์ สุทัศน์วรุฒิ. "การเตรียมความพร้อมก่อนสมรสและก่อนตั้งครรภ์." ใน การให้บริการอนามัยการเจริญพันธุ์ คู่มือสำหรับเจ้าหน้าที่สาธารณสุข. กรุงเทพมหานคร : สำนักอนามัยการเจริญพันธุ์ กรมอนามัย กระทรวงสาธารณสุข, 2556.

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. "ข้อคิดบางประการเกี่ยวกับกฎหมายทำแท้ง." ใน รายงานการเสวนาทางวิชาการเรื่อง มาตรการทางกฎหมายกับปัญหาการทำแท้ง: ทางออกอยู่ที่ไหน? กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537.

สุธี อยู่สถาพร. "ประเด็นความรับผิดชอบทางแพ่งและเทคนิคการทำสัญญาประกันความรับผิดชอบทางการแพทย์." ใน บริหารกฎหมายการแพทย์และสาธารณสุข 2554, รวบรวมโดย ฉัตรสุนน พฤทธิปัญญา, น.94-115. กรุงเทพมหานคร : ภาควิชาบริหารสาธารณสุข คณะสาธารณสุขศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหิดล, 2554.

เสาวคนธ์ อัจจิมากร. "สถานภาพปัจจุบันของการวินิจฉัยและรักษาทารกในครรภ์." ใน การวินิจฉัยและรักษาทารกในครรภ์ (Prenatal Diagnosis and Therapy) : เอกสารประกอบการอบรมทางวิชาการและเชิงปฏิบัติการ, รวบรวมโดย เสาวคนธ์ อัจจิมากร และเฉลิมศรี รัตนตเศรชฐ. กรุงเทพมหานคร : ภาควิชาสูติศาสตร์-นรีเวชวิทยา คณะแพทยศาสตร์ โรงพยาบาลรามาธิบดี มหาวิทยาลัยมหิดล, 2535.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส. "สูติแพทย์กับกฎหมาย." ใน การประชุมวิชาการ 30 ปี สูติ-นรีเวช รามาธิบดี, น.112-124. กรุงเทพมหานคร : ภาควิชาสูติศาสตร์-นรีเวชวิทยา คณะแพทยศาสตร์ โรงพยาบาลรามาธิบดี มหาวิทยาลัยมหิดล, 2540.

อนันต์ จันทโรภากร. "โครงสร้างพื้นฐานกฎหมายลักษณะละเมิด." ใน หนังสือรวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์. กรุงเทพมหานคร : พี.เค. พรินต์ติ้งเฮาส์, 2531.

บทความวารสาร

Suthee Usathaporn และ Chardsumon Prutipinyo. "Thailand's Justice Administration and Medical Lawsuits." อุลพาท. เล่มที่ 1. ปีที่ 57. (มกราคม-เมษายน 2553) : น.178-197.

กฤษฎา พัทธราวิช. "การควบคุมการทำแท้งกับสิทธิสตรีและเด็กในครรภ์ของสหรัฐอเมริกา." วารสารอัยการ. ฉบับที่ 250. ปีที่ 21. (ธันวาคม 2541) : น.57-65.

กิตติพงษ์ กิตยารักษ์. "ปุจฉา วิสัชนา : มาตรการทางกฎหมายกับปัญหาการทำแท้ง." วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 3. ปีที่ 24. (กันยายน 2537) : น.621-628.

กุลพล พลวัน. "การผสมเทียมและการอุ้มบุญกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์." บทบัญญัติ. เล่มที่ 69. ตอนที่ 1. (มีนาคม 2556) : น.1-8.

ขจรไพศาล, มาโรจน์. "การคุ้มครองผู้เสียหายจากบริการทางการแพทย์ของฝรั่งเศส." อุลพาท. เล่มที่ 1. ปีที่ 59. (มกราคม-เมษายน 2555) : น.67-101.

_____. "แนวทางกฎหมายเพื่อแก้ไขความเสียหายในบริการทางการแพทย์ของอเมริกา." อุลพาท. เล่มที่ 3. ปีที่ 58. (กันยายน-ธันวาคม 2554) : น.62-83.

เขตไท ลังการ์พินธุ์. "ความรับผิดชอบละเมิดอันเกิดจากการประกอบอาชีพแพทย์และพยาบาล ในระบบกฎหมายอังกฤษและระบบกฎหมายไทย." วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 4. ปีที่ 33. (2546) : น.744-762.

คณิต ฌ นคร. "เหตุทำแท้งตามกฎหมายเยอรมัน." อัยการนิเทศ. เล่มที่ 41. (2522) : น.353-366.

จอห์น เคนยอน เมสัน (ผู้เขียน), สมภพ ลิ้มพงศานุรักษ์ และณัฐวสา ฉัตรไพฑูริย์ (ผู้แปล). "มุมมองทางกฎหมายการแพทย์เรื่อง การเจริญพันธุ์และความเป็นบิดามารดา : ชายที่ไม่เจริญพันธุ์." วารสารกฎหมาย. ปีที่ 26. ฉบับที่ 2. (2550) : น.31-54.

_____. "มุมมองทางกฎหมายการแพทย์เรื่อง การเจริญพันธุ์และความเป็นบิดามารดา : หญิงที่ไม่เจริญพันธุ์." วารสารกฎหมาย. ปีที่ 26. ฉบับที่ 2. (2550) : น.55-83.

_____. "มุมมองทางกฎหมายการแพทย์เรื่อง การเจริญพันธุ์และความเป็นบิดามารดา : บุคคลภายนอกที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับสมรส." วารสารกฎหมาย. ปีที่ 26. ฉบับที่ 2. (2550) : น.85-119.

จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย. "ความรับผิดชอบละเมิดตามกฎหมายเยอรมันเปรียบเทียบกับคอมมอนลอว์ : มาตรา 823 BGB." วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 1. ปีที่ 25. (2538)

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศาสนต์. "กฎหมาย : การลดอัตราเพิ่มประชากรกับการทำแท้ง." วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 3. ปีที่ 10. (ธันวาคม 2521) : น.353-389.

- ณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์. "ความรับผิดชอบทางละเมิดต่อผู้ป่วยของโรงพยาบาลเอกชนจากการกระทำโดย
 ประมาทของแพทย์ผู้สัญญาอิสระ." บทบัญญัติ. ตอน 3. เล่มที่ 59. (กันยายน 2546) : น.23-62.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. "การทำแท้งกับความเท่าเทียม." วารสารนิติเวชศาสตร์. เล่มที่ 1. ปีที่ 1. (2550) :
 น.29-34.
- _____. "ต้องจับแพทย์ที่ไม่ยอมทำแท้ง !!!" วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 1. ปีที่ 40. (มีนาคม
 2554) : น.196-199.
- _____. "แพทย์ทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายทำหญิงท้องต้องติดคุก." วารสารนิติศาสตร์.
 ฉบับที่ 4. ปีที่ 39. (มีนาคม 2553) : น.196-198.
- _____. "ผสมเทียม : ปัญหาการให้กำเนิดและการทำแท้ง." วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 2.
 ปีที่ 25. (มิถุนายน 2538) : น.273-282.
- ชนโรจน์ หล่อธนะไพศาล. "การคุ้มครองสิทธิผู้บริโภคบริการทางการแพทย์." วารสารกระบวนการยุติธรรม.
 ปีที่ 4. เล่มที่ 2. (เมษายน-มิถุนายน 2554) : น.43-52.
- ธัญธร อินศร และคณะ. "การดำเนินคดีทุเวชปฏิบัติที่เป็นคดีอาญาในประเทศไทย: กรณีศึกษา
 เปรียบเทียบกับประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษ Thailand Criminal Malpractice
 Prosecution : A Comparative Study with the United States of America and England
 ." ตุลพาห. เล่มที่ 2. ปีที่ 55. (พฤษภาคม-สิงหาคม 2551) : น.114-133.
- ธัญลักษณ์ เบ็ญจมะโน เตชะวุฒิพันธ์. "การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญ
 พันธุ์ทางการแพทย์ : ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายและคำพิพากษาของประเทศ
 สหรัฐอเมริกา." วารสารกฎหมายเปรียบเทียบศาลยุติธรรม. ฉบับที่ 1. ปีที่ 4. (พฤษภาคม
 2555) : น.139-163.
- นพพร โพธิ์รังสิยากร. "ฎีกาวิเคราะห์การรักษาของแพทย์ที่ดีที่สุดจริงหรือ...ปัญหาข้อกฎหมาย." ตุลพาห.
 เล่มที่ 3. ปีที่ 59. (มกราคม-เมษายน 2555) : น.183-201.
- _____. "ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับทุเวชปฏิบัติจากการรักษาทางการแพทย์ (ตอนที่ 2)."
ตุลพาห. เล่มที่ 3. ปีที่ 60. (กันยายน-ธันวาคม 2556) : น.137-165.
- _____. "ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับทุเวชปฏิบัติจากการรักษาทางการแพทย์ (ตอนที่ 1)."
ตุลพาห. เล่มที่ 2. ปีที่ 60. (พฤษภาคม-สิงหาคม 2556) : น.25-73.
- นวลจันทร์ ทศนชัยกุล. "กฎหมายทำแท้งกับปัจจัยทางสังคม." วารสารอัยการ. เล่มที่ 67. ปีที่ 6.
 (กรกฎาคม 2526) : น. 53-66.
- นิติพร ตันวิไลย. "การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน." วารสารกฎหมายปกครอง. เล่ม 24. ตอน 2.
 (2550) : น.3-39.

ประมวล วีรุตมเสน. "เทคโนโลยีกับการกำเนิดชีวิต." จุฬาลงกรณ์วารสาร. ปีที่ 15. ฉบับที่ 4. (เมษายน-มิถุนายน 2535) : น.16-24.

_____. "หลักเกณฑ์ข้อบังคับในการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ : ข้อเสนอแก้ไขประมวลกฎหมายอาญากรณีแพทย์ทำแท้งได้ไม่ผิดกฎหมาย." วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 3. ปีที่ 35. (กันยายน 2549) : น.407-418.

ประสพสุข บุญเดช. "การปฏิสนธิเทียมยุคโลกาภิวัตน์." วารสารกฎหมาย. ฉบับที่ 1. ปีที่ 16. (2539) : น.16-26.

_____. "การฟ้องคดีปฏิเสธความเป็นบุตร." ตุลพาห. ปีที่ 33. เล่มที่ 6. (พฤศจิกายน-ธันวาคม 2529)

_____. "มารดาปรับจ้างตั้งครรภ์." ตุลพาห. ปีที่ 35. เล่มที่ 1. (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2531)

_____. "อุ้มบุญ." วารสารกฎหมายสุขภาพธรรมชาติและสุขภาพ. ปีที่ 5. เล่มที่ 2. (ธันวาคม 2536)

ปาล์มสมักัญ เจิมพิพัฒน์. "การฟ้องคดีบริการทางการแพทย์ในอังกฤษ (An Action of English Medical Services)." ตุลพาห. เล่มที่ 2. ปีที่ 58. (พฤษภาคม-สิงหาคม 2554) : น.149-170.

พรชัย สุนทรพันธุ์. "กฎหมายว่าด้วยการทำแท้ง." บทบัญญัติ. เล่มที่ 34. ตอนที่ 1. (2520) : น.100-106.

พระโสภณ โสภณ พุ่มไสว. "การโคลนมนุษย์กับการเกิดและการตายในมุมมองของพระพุทธศาสนาแบบเถรวาท." ตุลพาห. เล่มที่ 1. ปีที่ 56. (มกราคม-เมษายน 2552) : น.106-135.

พิมลรัตน์ วรรณระหทัย และคณะ. "วงการกฎหมายทั่วไป "การฝากลูกให้เกิดในครรภ์คนอื่น." ตุลพาห. 39. (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2535)

ไพศาล กุมาลย์วิสัย. "ความรับผิดของแพทย์ในกรณีละเมิด : ประมาทเลินเล่อ (ตอนที่ 1)." ตุลพาห. เล่มที่ 1. ปีที่ 8. (มกราคม 2504) : น.19-26.

_____. "ความรับผิดของแพทย์ในกรณีละเมิด : ประมาทเลินเล่อ (ตอนที่ 2)." ตุลพาห. เล่มที่ 2. ปีที่ 8. (กุมภาพันธ์ 2504) : น.109-116.

มาโรจน์ ขจรไพศาล. "การคุ้มครองความเสียหายจากการบริการทางการแพทย์ของฝรั่งเศส." ตุลพาห. เล่มที่ 3. ปีที่ 59. (2555) : น.76-96

_____. "แนวคิดทางกฎหมายเพื่อแก้ไขความเสียหายในบริการทางการแพทย์ของอเมริกา." ตุลพาห. เล่มที่ 3. ปีที่ 58. (กันยายน-ธันวาคม 2554)

เมธิกาญจน์ ช่างหัวหน้า. "ความชอบธรรมในการทำแท้งกรณีชีวิตในครรภ์มารดาไม่สมประกอบ." ตุลพาห. เล่มที่ 3. ปีที่ 56. (กันยายน-ธันวาคม 2552) : น.157-163.

เมธี วงศ์ศิริสุวรรณ. "ความเสียหายอันเนื่องมาจาก "การเกิด (Birth)". Medical Focus. ฉบับที่ 41. ปีที่ 4. (พฤษภาคม 2555) : น.15-16.

- ยืนหยัด ไจสมุท. "ข้อคิดเห็นบางประการเกี่ยวกับทารกในครรภ์มารดา." บทบัญญัติ. ตอน 2. เล่มที่ 28. (2514) : น.300-313.
- รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์. "การยกเลิกกฎหมายห้ามทำแท้ง: ข้อเสนอสนับสนุนและข้อคัดค้านบางประการ." วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 3. ปีที่ 10. (2521) : น.390-408.
- วิชัย ตันติภูพานันท์. "เด็กหลุดแก้วกับปัญหาทางกฎหมาย." หมอความยุติธรรม. ปีที่ 21. (พฤศจิกายน 2530)
- วิชา มหาคุณ. "จริยธรรมและกฎหมายกับการกำเนิดมนุษย์โดยเทคโนโลยีแผนใหม่." วารสารกฎหมาย. ปีที่ 15. ฉบับที่ 1. (ธันวาคม 2537)
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ และพิษณุ เฟิงไพบูลย์. "ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในเวชปฏิบัติ." บทบัญญัติ. ตอน 1. เล่มที่ 42. (มีนาคม 2529) : น.89-115.
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ และรัชต์ชัย ชีรชิตกุล. "ประมาทเส้นเล่อทางการแพทย์และการปลั๊กการการ พิสูจน์." วารสารอัยการ. ปีที่ 9. ฉบับที่ 108. (ธันวาคม 2529) : น.19-27.
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. "การเกิดและการตาย." วารสารนิติศาสตร์. ตอน 1. เล่มที่ 4. (มิถุนายน 2515) : น.54-68.
 _____ . "การผสมเทียมกับกฎหมาย." บทบัญญัติ. ตอน 2. เล่มที่ 44. (มิถุนายน 2531) : น. 54-67.
 _____ . "ความผิดฐานทำให้แท้งลูก." บทบัญญัติ. ตอน 4. เล่มที่ 23. (ตุลาคม 2508) : น. 787-811.
 _____ . "ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการให้คำปรึกษาทางด้านพันธุศาสตร์." คลินิก. เล่มที่ 8. (2535)
 _____ . "เปรียบเทียบความรับผิดชอบเพื่อละเมิดจากการประกอบวิชาชีพของแพทย์ ตามกฎหมายคอมมอนลอว์และกฎหมายไทย." บทบัญญัติ. ตอน 3. เล่มที่ 49. (กันยายน 2536) : น.49-62.
 _____ . "สัญญาเช่ามดลูก?" วารสารอัยการ. ปีที่ 10. ฉบับที่ 110. (กุมภาพันธ์ 2530)
- วิลาสินี พนานครทรัพย์. "การทำแท้ง : มุมมองที่แตกต่าง." วารสารสังคมวิทยามานุษยวิทยา. ปีที่ 30. ฉบับที่ 1. (มกราคม-มิถุนายน 2554) : น.92-116.
- วิสูตร ฟองศิริไพบูลย์. "แพทยุติการตั้งครรภ์ (ทำแท้ง) ให้กับหญิงภายใต้เงื่อนไขที่แพทยสภากำหนด : กฎเกณฑ์ทันยุคที่แพทย์ไทยทุกคนต้องรู้." เวชบัณฑิตศิริราช. ปีที่ 1. ฉบับที่ 2. (พฤษภาคม-สิงหาคม 2551) : น.114-123.
- ศิริศักดิ์ ตียะพรรณ. "การตั้งครรภ์แทน : ปัญหาศีลธรรมและกฎหมายหรือความเจริญทางเทคนิค?" วารสารอัยการ. 11. (ธันวาคม 2531)

- สดศรี น้ำประเสริฐ. "กฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งของประเทศสวีเดน." อุลพาห. เล่ม 3. ปีที่ 27. (2523) : น.42-47.
- สนิท ตระกูลพราย. "ปัญหากฎหมายที่เกิดจากการผสมเทียม." อุลพาห. ปีที่ 40. เล่มที่ 6. (พฤศจิกายน-ธันวาคม 2536)
- สมพร พรหมหิตาธร. "สัญญารักษาคอนเจ็บป่วย." วารสารอัยการ. ฉบับที่ 247. ปีที่ 21. (กันยายน 2541) : น.35-53.
- สันทัต ศะศิวิณิช. "มองไปข้างหน้า ปัญหาผสมเทียม." วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 2. ปีที่ 15. (2528) : น.110-117.
- สำนักงานอัยการสูงสุด. "รายงานการเสวนาทางวิชาการเรื่อง มาตรการทางกฎหมายกับปัญหาการทำแท้ง : ทางออกอยู่ที่ไหน." บทบัญญัติ. ตอน 3. เล่มที่ 53. (กันยายน 2540) : น.162-197.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส และดารารพร ธีระวัฒน์. "ประเด็นและข้อเสนอแนะทางกฎหมายและจริยธรรมเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์." อุลพาห. เล่มที่ 2. ปีที่ 52. (พฤษภาคม-สิงหาคม 2548) : น.1-22.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. "เหตุทำแท้งได้โดยไม่ผิดกฎหมาย : ปัญหาและแนวทางแก้ไข." วารสารนิติศาสตร์. ฉบับที่ 2. ปีที่ 19. (มิถุนายน 2532) : น.68-77.
- อนุชา กาศลังกา. "การศึกษาปัญหาแพทย์และบุคลากรทางการแพทย์ สังกัดกระทรวงสาธารณสุขและสำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุขถูกฟ้องเนื่องจากการรักษาพยาบาล." วารสารวิชาการกรมสนับสนุนบริการสุขภาพ. ปีที่ 9. ฉบับที่ 1. (ตุลาคม-มกราคม 2556) : น.57-69.
- อาภัสร์ เพชรมุด. "พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 : มุมมองจากผู้ปฏิบัติ." วารสารกฎหมายสุขภาพและสาธารณสุข. ปีที่ 1. (กันยายน - ธันวาคม 2558) : น.229-240.
- อุทิศ วีรวัฒน์. "ความประมาทเลินเล่อของผู้ใช้วิชาชีพ ความรับผิดชอบของแพทย์ โรงพยาบาล และทันตแพทย์." บทบัญญัติ. ตอน 2. เล่มที่ 24. (เมษายน 2509) : น.358-398.
- _____. "ความประมาทเลินเล่อของผู้ใช้วิชาชีพตามกฎหมายอังกฤษ." บทบัญญัติ. ตอน 4. เล่มที่ 30. (2516) : น.723-728.
- โอสธ โกคิน. "การทำแท้ง." อุลพาห. เล่มที่ 6. ปีที่ 32. (พฤศจิกายน-ธันวาคม 2528) : น.31-37.

วิทยานิพนธ์

กนกวรรณ เลิศบุรพาวา. "พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 : ศึกษากรณีผลกระทบต่อผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554.

จรินทร์ คิดอ่าน. "การยุติการตั้งครุฑ : ศึกษากรณีเหตุทางสังคมและเศรษฐกิจ." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2556.

จักรกฤษณ์ คงแก้ว. "อาชญากรรมที่ไม่มีผู้เสียหาย : ศึกษาเฉพาะความผิดฐานทำให้แท้งลูก." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

จักรินทร์ โกเมศ. "ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายทางจิตใจตามกฎหมายลักษณะละเมิด." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555.

ไฉไล ชุ่มฤทธิ. "กฎหมายว่าด้วยการทำแท้ง." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524.

ชมพรรณ รัตนากร. "การผสมเทียมกับปัญหาความรับผิดชอบทางอาญา." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2543.

ชัยภัทร นิสามณีวงศ์. "ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลในกฎหมายละเมิด." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

ไชยยศ สุทธิกลม. "ความรับผิดฐานละเมิดกรณีผู้เสียหายมีความผิดด้วย." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530.

ญาดา รัตนอารักขา. "ค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่ไม่เป็นตัวเงิน : ศึกษาในกรณีผิดสัญญา." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553.

ณัฐนันท์ สุดประเสริฐ. "การระงับข้อพิพาททางแพ่งของแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับเวชปฏิบัติ." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2554.

ณัฐวิวรรณ อภิสิริโยธิน. "การตั้งครุฑแทน : ปัญหาทางกฎหมายครอบครัวและมรดก." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2543.

ณัฐวุฒิ วรรณวานิช. "การกำหนดค่าสินไหมทดแทนเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายเนื่องจากการทำละเมิด." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538.

ดวงกมล ภู่ลาย. "ความรับผิดทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550.

ตามพงศ์ ขอบอิสระ. "ปัญหาการเริ่มต้นสภาพความเป็นมนุษย์กับการคุ้มครองในกฎหมายอาญา."

วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

ธีรสิทธิ์ ยอดสุวรรณ. "ความผิดฐานทำลายชีวิตทารก : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2553.

นพรัตน์ สนั่นพานิชกุล. "สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด" ตามบทบัญญัติ มาตรา 420 : ศึกษาในแง่ประวัติศาสตร์และหลักกฎหมายเปรียบเทียบ." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538.

น้ำทิพ สุขโชคอำนวย. "ปัญหาหลักความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลในกฎหมายละเมิด." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556.

ปกรณ์ ศรีเตี้ยเพชร. "ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการใช้เซลล์ต้นกำเนิด." สารนิพนธ์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

ประยูร กันไพเราะ. "ความรับผิดชอบละเมิดในความเสียหายทางจิตใจที่เกิดกับผู้ได้รับความเสียหายลำดับสอง." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2554.

ปวรา โทธิพิพิธ. "ความรับผิดชอบละเมิดในการให้คำแนะนำโดยประมาท." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556.

ปาริชาติ พันธุ์พานิช. "เหตุทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมาย." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542.

พงศกร สุขชื่น. "ความเสียหายในกฎหมายลักษณะละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.

พรรณนิภา บุรพาชีพ. "ค่าเสียหายอันเกิดแต่การไม่ชำระหนี้." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิตนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523.

พิมลรัตน์ ต้นสุขหัช. "ปัญหาทางกฎหมายที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคของชายอื่น." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2556.

พิลาสินี โยงสมบัติ. "วิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

พิเศษ น้อยวังคลัง. "สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด." วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.

- เพ็ญจันทร์ คล้ายเอี่ยม. "ความรับผิดชอบในสัญญาให้บริการด้านการแพทย์." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.
- เพลินดา ต้นรังสรรค์. "ภาระการพิสูจน์ความรับผิดชอบทางละเมิดในการประกอบวิชาชีพแพทย์." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.
- ไพรัช โชติบัณฑิต. "ความรับผิดชอบในทางสัญญาและละเมิด : ศึกษากรณีความคาบเกี่ยวกันของความรับผิด." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2544.
- ไพโรจน์ บุญศิริคำชัย. "การชดเชยความเสียหายโดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิดเพื่อคุ้มครองผู้เสียหายจากการรับบริการสาธารณสุข." วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ดุสิตบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2555.
- ภาคภูมิ พงษ์ชัยภูมิ. "ปัญหาในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.
- ภุมรินทร์ ศรีมูล. "ความรับผิดชอบทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549.
- เมธิกาญจน์ ช่างหัวหน้า. "ความชอบธรรมในการทำแท้งกรณีชีวิตในครรภ์มารดาไม่สมประกอบ." วิทยานิพนธ์ สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2552.
- รติกร กุลวรรกุลพิทักษ์. "ความรับผิดชอบทางแพ่งของแพทย์จากการฝ่าฝืนเจตนาปฏิเสธการรักษาล่วงหน้าของผู้ป่วยวาระสุดท้ายของชีวิต." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.
- รัศภา เมธาวิกุล. "บุตรนอกสมรส." วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2522.
- ลิดา ไชยธรรม. "ปัญหาของการทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากการตั้งครรภ์โดยการใช้นวัตกรรมเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์." สารนิพนธ์มหาบัณฑิตนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.
- ลีพูน จิระวัฒนาสมกุล. "ปัญหาทางด้านกฎหมายเกี่ยวกับการผสมเทียม." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530.
- วนิดา ทักษะกาญจนากุล. "ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับตัวอ่อนที่เกิดจากการปฏิสนธิในร่างกาย." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543.

- วราภรณ์ เวียงจันทร์. "ความรับผิดชอบทาง : ศึกษากรณีเหตุยกเว้นโทษกรณีความสัมพันธ์ทางเพศ
ระหว่างบุคคลในครอบครัวเดียวกัน." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะ
นิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2556.
- วิชา มั่นสกุล. "ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดในการกระทำของตนเอง." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะ
นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2516.
- วิริทธิ์พล วินิตวัฒน์คุณ. "การกำหนดค่าเสียหายเนื่องจากการไม่ชำระหนี้ตามสัญญา." วิทยานิพนธ์
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.
- ศินีนาถ เกียรติกั้วกาลไกล. "ความรับผิดชอบละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพ." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2532.
- ศิริกุล สิริอรุณรุ่งโรจน์. "ปัญหาในการกำหนดค่าสินไหมทดแทน : ศึกษากรณีค่าเสียหายทางจิตใจและ
ค่าเสียหายเชิงลงโทษ." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย,
2554.
- ศิริพร รุ่งรัตน์ธวัชชัย. "การทำแท้ง : ศึกษาปัญหาทางกฎหมายกรณีที่มีการดามีปัญหาทางจิต."
วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัย
ธุรกิจบัณฑิต, 2557.
- ศุภกรรภ์ อัครบุญญะกุล. "มาตรการลงโทษที่เหมาะสมสำหรับความผิดอันเกิดจากการกระทำทรมาน
ปฏิบัติโดยประมาทของแพทย์." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556
- ศุภกาญจน์ ปรีชา. "การชำระหนี้ไม่ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้." วิทยานิพนธ์
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.
- สกลวรรณ โลณวัฒน์. "ความหมายของคำว่า "บริการ" ในบทบัญญัติของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณา
คดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 กับ ความรับผิดชอบของแพทย์ในโรงพยาบาลของรัฐ." วิทยานิพนธ์
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554.
- สหทยา สุนทรเกด. "ปัญหาทางกฎหมายของการตั้งครุฑแทน." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะ
นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539.
- สินีกันต์ สิทธิเวชทิศเดช. "ค่าสินไหมทดแทน กรณีละเมิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายทางจิตใจ."
วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิตนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2549.
- สิริลักษณ์ กิรดิรัตน์พฤกษ์. "การกำหนดค่าเสียหาย : ศึกษาเปรียบเทียบกรณีผิดสัญญาและละเมิด."
วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัย
ธุรกิจบัณฑิต, 2552.

- สุธีรา ประชุมรัตน์. "ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับค่าสินไหมทดแทนเพื่อการขาดไร้อุปการะในคดีละเมิด." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2551.
- สุนิสา โมระศิลป์. "ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย และเสรีภาพ : ศึกษากรณีเฉพาะความเสียหายอันมิใช่ตัวเงิน." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2552.
- สุรัชย์ ศักดาพลชัย. "ความรับผิดในทางละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพ : เวชกรรม." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536.
- สุรพล ธรรมสถิต. "ความสงบเรียบร้อยของประชาชน." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2522.
- สุรศักดิ์ มณีศรี. "ปริมาณของความรับผิดทางละเมิดในมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524.
- สุวัฒน์ ศิริวิเชียร. "ความรับผิดของแพทย์ในเวชปฏิบัติ : ศึกษากรณีปัญหา อุปสรรคและแนวทางแก้ไขการดำเนินคดีแพ่งในศาล." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2552.
- หทัยกานต์ ชัยกุล. "หลักมาศาลด้วยมือสะอาดกับหลักเกณฑ์ความเป็นผู้เสียหายในคดีอาญาตามกฎหมายไทย." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- อภิสิทธิ์ ไตรระหันธ์. "ความสงบเรียบร้อยของประชาชน." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- อรรถกรรณ์ อ้นอาจ. "ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ : ศึกษากรณีเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2556.
- อาทิตย์ กิจพระภูมิ. "ปัญหากฎหมายและจริยธรรมกับการคุ้มครองชีวิตอันเกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.
- อุทัย วงศ์วรพฤษ. "ค่าสินไหมทดแทน : ศึกษากรณีเสียความสามารถประกอบการงาน." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545.
- อุษณีย์ เมธสุทธิ. "อำนาจทำแท้งตามด้วยกฎหมาย." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552.

อุษา จิวะชาติ. "สัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538.

เอกณัฐ จินเสณ. "ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบวิชาชีพการพยาบาล." วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิตนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2548.

เอกสารอื่นๆ

กระทรวงสาธารณสุข. คู่มือการปฏิบัติงานเรื่องแนวทางการดำเนินงานป้องกันและควบคุมโรคเอดส์. พิมพ์ครั้งที่ 2. 2532.

กองอนามัยครอบครัว กรมอนามัย. การดำเนินงานของโครงการวางแผนครอบครัวแห่งชาติ พ.ศ. 2513-2534. กรุงเทพมหานคร : กองอนามัยครอบครัว กรมอนามัย กระทรวงสาธารณสุข, 2536.

. อนุสรณ์ 55 ปี กองอนามัยครอบครัว. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์องค์การสงเคราะห์ทหารผ่านศึก, 2537.

ณัฐจักร ปัทมสิงห์ ณ ออยุธยา, "มาตรฐานทางกฎหมายในการแก้ต่างคดี : ศึกษากรณีผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมถูกฟ้อง." เอกสารวิชาการหลักสูตร "ผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง" (บ.ย.ส.) รุ่นที่ 12. วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม. 2551.

ไม่ปรากฏชื่อผู้เขียน. "เมียเซฟดังฟ้องรพ. เรียกเงิน 390 ล้านบาท." ไทยโพสต์. (7 ตุลาคม 2552) : น.2.

รวมคำบรรยาย. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ภาคหนึ่ง สมัยที่ 67 ปีการศึกษา 2557. เล่มที่ 13 การบรรยายครั้งที่ 3 วันจันทร์ที่ 20 สิงหาคม 2555

สำนักกรรมการ 3 สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา. สรุปผลการดำเนินงาน ปีที่ 5 (มกราคม-ธันวาคม 2555) คณะกรรมการสาธารณสุข วุฒิสภา. 2555.

อภิรมย์ เวชภูติ, "กระบวนการยุติธรรมเมื่อแพทย์ถูกฟ้องร้อง," เอกสารวิชาการหลักสูตร "ผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง (บ.ย.ส.)" รุ่นที่ 12, วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม พ.ศ. 2551.

อภิศักดิ์ จงรักษ์. "กรณีศึกษา : ผลกระทบจากการฟ้องร้องแพทย์." เอกสารวิชาการหลักสูตร "ผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง" (บ.ย.ส.) รุ่นที่ 14. วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม. 2553.

อรรถนิติ ดิษฐอำนาจ. “เอกสารประกอบการสอน วิชา 3403301 กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาคการศึกษาต้น ปีการศึกษา 2554”. โครงการตำราและสื่อการสอน คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554.

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

"การตรวจวินิจฉัย ตัวอ่อนก่อนการใส่กลับ (PGD)." สืบค้นเมื่อวันที่ 1 มิถุนายน 2558. จาก http://www.jetanin.com/th/service/technology_detail/25

"การทำแท้งด้วยยา." สืบค้นเมื่อวันที่ 2 มิถุนายน 2558. จาก <http://www.womenonwaves.org/th/page/702/how-to-do-an-abortion-with-pills--misoprostol--cytotec>

"การเป็นหมัน." สืบค้นเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์. จาก <http://www.healthcarethai.com/การเป็นหมัน/>

"ข้อกฎหมายเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์," สืบค้นเมื่อวันที่ 22 กุมภาพันธ์ 2558. จาก <http://www.doctor.or.th/ask/detail/7418>

"คดีปกครองประเภทใดที่อาจฟ้องต่อศาลปกครองได้? ข้อความรู้ก่อนไปศาลปกครอง." สืบค้นเมื่อวันที่ 13 มิถุนายน 2558. จาก http://www.admincourt.go.th/00_web/00_file/doc_pr/wcourt3.pdf

"ครอบครัวฝรั่งเศสได้เงินชดเชยหลังถูกสลับลูก." สืบค้นเมื่อวันที่ 23 พฤษภาคม 2558. จาก <http://news.voicetv.co.th/world/165666.html>

"ความสำเร็จกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์." สืบค้นเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2558. จาก <http://www.takaraivfbkk.com/success-story-th.html>

"เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (Assisted Reproductive Technologies หรือ Art)." สืบค้นเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2558. จาก http://www.rtcog.or.th/html/articles_details.php?id=4

"บริการตรวจพิสูจน์ทารกในครรภ์." สืบค้นเมื่อวันที่ 23 มิถุนายน 2558. จาก <http://www.dnathailand.com/th/service/prenatal-dna-test.html>

"ยิ่งกว่าละคร! ลูกสลับกันโดยไม่รู้มานานนับ 10 ปี," สืบค้นเมื่อวันที่ 23 พฤษภาคม 2558. จาก <http://highlight.kapook.com/view/56231>

"โรคที่มีความเสี่ยงต่อการตั้งครรภ์." สืบค้นเมื่อวันที่ 26 พฤษภาคม 2558. จาก <http://www.momypedia.com/wiki-3-11-8/โรคที่มีความเสี่ยงต่อการตั้งครรภ์/>

"การใช้ยาในคนท้อง." สืบค้นเมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม 2558. จาก http://www.siamhealth.net/publihtml/mother_child/Pregnancy/medication.html#.Vc2inPk2U1k

- “คดีอิตาลีซึ่งลูกแฝดเด็กหลุดแก้ว.” สืบค้นเมื่อวันที่ 5 สิงหาคม 2558. จาก [http:// www.dailynews.co.th/foreign/258182](http://www.dailynews.co.th/foreign/258182)
- “ฟ้อง รพ.เอกชนชื่อดัง ตรวจเลือดผิดบอกติด “เอชไอวี” รักษา 4 ปี สุดท้ายไม่ใช่.” สืบค้นเมื่อวันที่ 10 กันยายน 2558. จาก [http:// manager.co.th/QOL/ ViewNews.aspx?NewsID = 9580000102283](http://manager.co.th/QOL/ViewNews.aspx?NewsID=9580000102283)
- “หมอทำคลอดพลาด ดึงทารกออกมาแต่ตัว หัวติดในท้องแม่.” สืบค้นเมื่อวันที่ 28 สิงหาคม 2558. จาก <http://news.sanook.com/1854642/>
- Astv ผู้จัดการออนไลน์, "ร้องพยาบาล รพ.ระยองประมาท ทำคนไข้โดนตัดมดลูก-เสียลูกชาย." สืบค้นเมื่อวันที่ 10 มีนาคม 2558. จาก [http://www.manager.co.th/Local/ViewNews.aspx? NewsID=9570000010831](http://www.manager.co.th/Local/ViewNews.aspx?NewsID=9570000010831)
- กิริติ ลีละพงศ์วัฒนา, "การคุมกำเนิด (Contraception)." สืบค้นเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2558. จาก <http://haamor.com/th/การคุมกำเนิด/>
- เกษมศรี ศรีสุพรรณดิฐ, "การให้คำปรึกษาทางพันธุศาสตร์เกี่ยวกับกลุ่มอาการดาวน์(Genetic Counselling in Down Syndrome)." สืบค้นเมื่อวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2558. จาก [http:// www.med.cmu.ac.th/dept/obgyn/2011/index.php?option=com_content&view= article&id=685:genetic-counselling-in-downs-syndrome&catid=40&Itemid=482](http://www.med.cmu.ac.th/dept/obgyn/2011/index.php?option=com_content&view=article&id=685:genetic-counselling-in-downs-syndrome&catid=40&Itemid=482)
- ถวัลย์วงศ์ รัตนสิริ, "การให้คำปรึกษาเพื่อการส่งเสริมและป้องกันกลุ่มอาการดาวน์." สืบค้นเมื่อวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2558. จาก [http://www.smj.ejnal.com/e-journal/ showdetail/ ? shodetail=T&art_id=69](http://www.smj.ejnal.com/e-journal/showdetail/?shodetail=T&art_id=69)
- ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ. "กระแสทรรศน์ : การทำแท้งกับความเท่าเทียม." สืบค้นเมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม 2559. จาก [http://www.womenhealth.or.th/downloads/document-resource /document-13.pdf](http://www.womenhealth.or.th/downloads/document-resource/document-13.pdf)
- ทีมข่าวอาชญากรรม. "ศาลสั่ง รพ.บำรุงราษฎร์ ชดใช้ 12 ล้าน ปล่อยตั้งห้องลูกพิการ." สืบค้นเมื่อวันที่ 27 มิถุนายน 2558. จาก [http:// www.manager.co.th/Crime/ ViewNews.aspx? NewsID=9520000158281](http://www.manager.co.th/Crime/ViewNews.aspx?NewsID=9520000158281)
- ไทยรัฐ, "หนุ่มถูกกัดโดย รพ.ทำคลอด ดับทั้งแม่-ลูก แห่งประจวบเมือง," สืบค้นเมื่อวันที่ 10 มีนาคม 2558. จาก <http://www.thairath.co.th/content/422007>
- บังอร พรรณลาภ. "หัตถเยอรมันกับการตั้งครรภ์." สืบค้นเมื่อวันที่ 22 มิถุนายน 2558. จาก <http://www.si.mahidol.ac.th/sidoctor/e-pl/articledetail.asp?id=184>

- ประนอม บุพศิริ. "การวางแผนครอบครัว (Family Planning)." สืบค้นเมื่อวันที่ 1 มิถุนายน 2558.
จาก <http://haamor.com/th/การวางแผนครอบครัว/>
- ไม่ปรากฏชื่อผู้เขียน. "กว่าจะได้เกิด." สืบค้นเมื่อวันที่ 26 มิถุนายน 2558. จาก <http://www.watpornpraroung.org/?p=706>
- ไม่ปรากฏชื่อผู้เขียน. "สธ.สั่งสอบ รพ.ช้วย สลด ด.ช.เกิดอาการซึมเศร้า." สืบค้นเมื่อวันที่ 30 มิถุนายน 2558. จาก http://www.dmh.go.th/sty_lib/depression/view.asp?id=116
- ไม่ปรากฏชื่อผู้เขียน. "สลับลูก จากรายการวีไอพี." สืบค้นเมื่อวันที่ 30 มิถุนายน 2558. จาก <http://www.dek-d.com/board/view/2055711/>
- โรงพยาบาลกักตุนชุมพล. "Clinical Practice Guideline แผนกหลังคลอด." สืบค้นเมื่อวันที่ 11 กันยายน 2557. จาก <http://www.phakdeehos.org/sites/default/files/users/user1/Clinical%20Practice%20Guiline%20แผนกหลังคลอด.pdf>
- ละครชีวิต! “พ่อเฒ่ายุ่น” ฟ้อง รพ.ช้วย “สลับลูก” ทำตนเองพลัด “พ่อแม่เศรษฐี” กลายเป็นยาจกมา 60 ปี. สืบค้นเมื่อวันที่ 23 พฤษภาคม 2558. จาก <http://www.manager.co.th/Around/ViewNews.aspx?NewsID=9560000147773>
- วรวิมล เจริญศิริ. "การเลือกวิธีการคุมกำเนิด." สืบค้นเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2558. จาก <http://www.bangkokhealth.com/index.php/health/health-system/reproductive/1501-การเลือกวิธีคุมกำเนิด.html>
- วัลลภ พรเรืองวงศ์, “thalidomide บทเรียนคนชอบใช้ยาใหม่.” สืบค้นเมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม 2558. จาก <http://health2u.exteen.com/20090513/thalidomide>
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. "เราควรจะแก้กฎหมายทำแท้งอย่างไร." สืบค้นเมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม 2559. จาก <http://www.womenhealth.or.th/downloads/perspective-knowledge/legal-law/4-1.pdf>
- ศาลตัดสินรพ.บำรุงราษฎร์จ่าย12ล.วอลเตอร์ลีปมคลอดบุตรพิการ. สืบค้นเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2558. จาก http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1261735952&grpId=03.
- สมิติเวช'แพ็คดี' ทำคลอดตาย ฎีกาสั่งชดใช้8.3ล. สืบค้นเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2558. จาก <http://www.thairath.co.th/content/233074>
- สุภาวรรณ เศรษฐบรรจง, "การตรวจพิสูจน์น้ำอสุจิ." สืบค้นเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2558. จาก http://www.si.mahidol.ac.th/sirirajcme/Others/Hot_issues/semen.asp
- สุวัฒนา วรคามิน และนางลักษณ์ บุญไทย. "สรุปลำดับความเป็นมาของความพยายามแก้ไขกฎหมายอาญา มาตรา 305." สืบค้นเมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม 2559. จาก <http://www.womenhealth.or.th/downloads/perspective-knowledge/legal-law/4-2.pdf>

หลวงปู่จันทร์โสม กิตติกาโร. "มนุษย์กับบุญกุศล." สืบค้นเมื่อวันที่ 25 มิถุนายน 2558. จาก http://www.dharma-gateway.com/monk/preach/misc/lp-chansom_1.htm

เอนก อินสิงห์. "สุดซึ้ง!! แม่รอผ่าคลอด 2 ชั่วโมงกว่า จนลูกแฝดสามเสียชีวิตในครรภ์." สืบค้นเมื่อวันที่ 21 สิงหาคม 2558. จาก <http://tnews.teenee.com/etc/126402.html>

โอภาส เศรษฐบุตร, "เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (Assisted Reproductive Technology)," สืบค้นเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2558. จาก http://www.med.cmu.ac.th/dept/obgyn/2011/index.php?option=com_content&view=article&id=398:assisted-reproductive-technology&catid=40&Itemid=482

Books

- Abramsky, Lenore and Jean Chappel. Prenatal Diagnosis: The Human Side. London : Chapman & Hall, 1994.
- Aiken, Tonia Dandry and Joseph T. Catalano. Legal, Ethical, and Political Issues in Nursing. Philadelphia : F.A. Davis, 1994.
- Alunaru, Christian, Barbara C. Steininger and Helmut Koziol. European Tort Law 2009. Berlin : De Gruyter, 2010.
- _____ . European Tort Law 2010. Berlin : De Gruyter, 2011.
- Andeneas, Mads and Duncan Fairgrieve. Courts and Comparative Law, Oxford : Oxford University Press, 2015.
- Andrew D. E. Lewis and Michael David Alan Freeman. Law and Medicine Current Legal Issues : 2000, V. 3. Oxford : Oxford University Press, 2000.
- Baker, Diane Lynn, Jane L. Schuette and Wendy R. Uhlmann. A Guide to Genetic Counseling. New York : Wiley-Liss, 1998.
- Baker, John Hamilton. Manual of Law French. Trowbridge : Avebury, 1979.
- Bar, Christian Von. Principles of European Law : Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another. Germany : Walter de Gruyter, 2009.
- Bell, John, Sophie Boyron, Simon Whittaker, Andrew Bell, M. R. Freedland and Helen Stalford. Principles of French Law. 2nd ed. Oxford : Oxford University Press, 2008.

- Brazier, Margaret and Emma Cave. Medicine, Patients and the Law. 4th ed. London : LexisNexis/Butterworths, 2007.
- Bu, Yuanshi. Chinese Civil Law. Germany : C.H. Beck Hart Nomos, 2013.
- Cohn, Ernest Joseph. Manual of German Law. Dobbs Ferry : Oceana, 1968.
- Cooke, Philip John. Law of Tort. 8th ed. Harlow : Pearson Education, 2007.
- Curran, William J. and E. Donald Shapiro. Law, Medicine, and Forensic Science. Boston : Little Brown and company, 1970.
- Dam, C. C. Van. European Tort Law. 2nd ed. Oxford : Oxford University Press, 2013.
- _____. European Tort Law. Oxford : Oxford University Press, 2006.
- Deakin, Simon F., Basil S. Markesinis and Angus Charles Johnston. Markesinis and Deakin's Tort Law. Oxford : Clarendon Press, 2003.
- Debecker, Joseph Ernest. Annotated Civil Code of Japan. London : Butterworth, 1909.
- Dix, Andrew, Michael Errington, Kevin Nicholson and Rod Powe. Law for the Medical Profession in Australia. 2nd ed. Victoria : Butterworths-Heinemann, 1996.
- Dobbs, Dan B., Paul T. Hayden and Ellen M. Bublick. The Law of Torts Practitioner Treatise Series Volume 2. St. Paul, Minn. : Thomson Reuters, 2011.
- Dolgin, Janet L. and Lois L. Shepherd. Bioethics and the Law. New York : Aspen Publication, 2005.
- Elizabeth Price Foley. The Law of Life and Death. United States of America : Harvard University Press, 2011.
- Elliott, Catherine and Frances Quinn. Tort Law. England : Pearson Education, 2007.
- Elliott, Catherine, Catherine Vernon and Eric Jeanpierre. French Legal System. Harlow England : Longman, 2006.
- Evans, Mark I., Alan O Dixler, John C. Fletcher and Joseph D Schulman. Fetal Diagnosis and Therapy: Science, Ethics, and the Law. Philadelphia : J.B. Lippincott, 1989.
- Faure, Michael G, Helmut Koziol and Herman Cousy. Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective. Austria : Springer, 2001.
- Fiesta, Janine. 20 Legal Pitfalls for Nurses to Avoid. Albany, N.Y. : Delmar Publishers, 1994.
- Fleming, John G. The Law of Torts. 8th ed. Sydney : The Law Book Company, 1992.

- Flight, Myrtle R. Law, Liability, and Ethics for Medical Office Professionals. Albany, N.Y. : Delmar, 1998.
- Foster, Nigel G. and Satish Sule. German Legal System and Laws. Oxford : Oxford University Press, 2011.
- Freckelton, Ian and Kerry Anne Petersen. Disputes and Dilemmas in Health Law. Leichhardt : Federation Press, 2006.
- Freeman, Michael David Alan and Andrew D. E. Lewis. Law and Medicine. Oxford : Oxford University Press, 2000.
- Gallup, Elizabeth M. Law and the Team Physician. Champaign, Ill. : Human Kinetics, 1995.
- Garner, Bryan A. Black's Law Dictionary. 9th ed. St. Paul, Minn : Thomson Reuters, 2009.
- Gerven, Walter Van, Jeremy Lever and Pierre Larouche. Tort Law Cases, Materials and Text on National, Supranational and International. Oregon : Oxford and Portland, 2000.
- Giliker, Paula and Silas Beckwith. Tort. 3rd ed. Sweet & Maxwell's Textbook Series. London : Sweet & Maxwell, 2008.
- Goold, Imogen and Jonathan Herring. Great Debates in Medical Law and Ethics. London : Palgrave Macmillan, 2014.
- Grenne, Brendan. Understanding Medical Law. Great Britain : Cavendish Publishing, 2005.
- Grubb, Andrew and Judith Laing. Principles of Medical Law. 2nd ed. Oxford : Oxford University Press, 1998.
- Grubb, Andrew, Judith Laing, Jean Mchale and Ian Kennedy. Principles of Medical Law. 3rd ed. New York : Oxford University Press, 2010.
- Grubb, Andrew. Principles of Medical Law Fourth Cumulative Supplement. Oxford : Oxford University Press, 2001.
- Halperin, Jean-Louis and John Antony Weir. The French Civil Code. New York : Routledge, 2006.
- Harpwood, Vivienne. Modern Tort Law. 7th ed. Abingdon : Routledge-Cavendish, 2009.
- Harris, John. Clones, Genes and Immortality: Ethics and the Genetic Revolution. London : Oxford University Press, 1998.

- Healy, John. Medical Negligence: Common Law Perspectives. London : Sweet & Maxwell, 1999.
- Herring, Jonathan. Medical Law and Ethics. 4th ed. New York : Oxford University Press, 2012.
- Holder, Angela Roddey. Medical Malpractice Law. 2nd ed. New York : Wiley Medical Publication, 1978.
- Horsey, Kirsty and Erika Rackley. Tort Law. Oxford : Oxford University Press, 2009.
- Ian R. Freckelton, Kerry Anne Petersen. Disputes and Dilemmas in Health Law. Australia : Federation Press, 2006.
- Jackson, Emily. Medical Law: Text, Cases, and Materials. 2nd ed. Oxford : Oxford University Press, 2010.
- Jones, Michael A. Textbook on Torts. 8th ed. New York : Oxford University Press, 2002.
- Kemp, David and Peter Mantle. Damages for Personal Injury and Death. 7th ed. London : Sweet & Maxwell, 1999.
- Kennedy, Ian and Andrew Grubb. Principles of Medical Law. Clarendon : Butterworths, 1998.
- Kidner, Richard A. W. Casebook on Torts. 11 ed. Oxford : Oxford University Press, 2010.
- Koch, B.A. Medical Liability in Europe: A Comparison of Selected Jurisdictions Tort and Insurance Law Vol 29. Germany : De Gruyter, 2011.
- Koziol, Helmut and Barbara C Steininger. European Tort Law 2001. Germany : SpringerWienNewYork, 2002.
- _____. European Tort Law 2002. Germany : SpringerWienNewYork, 2003.
- _____. European Tort Law 2007. Germany : SpringerWienNewYork, 2007.
- Koziol, Helmut and Reiner Schulze. Tort Law of the European Community. Germany : SpringerWienNewYork, 2008.
- Maclean, Alasdair Briefcase on Medical Law. London : Cavendish Publishing, 2001.
- Magnus, Ulrich. Unification of Tort Law : Damages. London : Kluwer Law International, 2001.
- Markesinis, B.S. A Comparative Introduction to the German Law of Tort. Oxford : Clarendon Press, 1994.

- Markesinis, Basil and Hannes Unberath. The German Law of Torts : A Comparative Treatise. 4th ed. Oxford : Hart Publishing, 2002.
- Marshall, Enid A. General Principals of Scots Law. 6 ed. Edinburgh : Sweet & Maxwell, 1995.
- Mason, J. K., Sharon Cowan and A. C. Hunt. Mason's Forensic Medicine for Lawyers. Haywards Heath ,England : Tottle Publishing, 2008.
- Mason, J.K. The Troubled Pregnancy: Legal Wrongs and Rights in Reproduction. New York : Cambridge University Press, 2007.
- Mcbride, Nicholas J. and Roderick Bagshaw. Tort Law Longman Law Series. Harlow : Pearson Education, 2001.
- Mchale, Jean Vanessa. Health Care Law: Text and Materials. 2nd ed. London : Sweet & Maxwell, 2007.
- McLean, Sheila A.M. Contemporary Issues In Law Medicine and Ethics. England : Dartmouth Publishing, 1996.
- Milunsky, Aubrey. Genetic Disorders and the Fetus: Diagnosis, Prevention, and Treatment. Baltimore : Johns Hopkins University Press, 1998.
- Mullis, Alastair and Ken Oliphant. Torts. 3rd ed. Palgrave Law Masters. New York : Palgrave Macmillan, 2003.
- Nelson, Erin. Law, Policy and Reproductive Autonomy. Portland : Hart Publishing, 2013.
- Okrent, Cathy J. Torts and Personal Injury Law. 5th ed. New York : Cengage Learning, 2015.
- Oliphant, K. and R.W. Wright. Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective. Germany : De Gruyter, 2013.
- Pattinson, Shaun D. Medical Law & Ethics. 3rd ed. London : Sweet & Maxwell, 2011.
- Picard, Ellen and Gerald B Robertson. Legal Liability of Doctors and Hospitals in Canada. 4th ed. Toronto : Thomson Carswell, 2007.
- Pozgar, George D. Legal Aspects of Health Care Administration. 11th ed. Burlington : Jones & Bartlett Learning, 2012.
- Priaulx, Nicolette. The Harm Paradox : Tort Law And The Unwanted Child In An Era Of Choice. New York : Routldge-Cavendish, 2007.
- Reimann, Mathias and Joachim Zekoll. Introduction to German Law. Hague, Netherland : Kluwer Law International, 2005.

- Richards, Edward P. and Katharine C. Rathbun. Law and the Physician : A Practical Guide. Boston : Little Brown, 1993.
- Robbers, Gerhard. An Introduction to German Law. 5th ed. Baden-Baden : Nomos, 2012.
- Spier, Jaap Unification of Tort Law : Causation. London : Kluwer Law International, 2000.
- Spitzmiller, Rebecca. Selected Areas of Italian Tort Law : Case and Materials in a Comparative Perspective. Fagnano Alto : Editrice il Sirente, 2011.
- Statsky, William P. Family Law : The Essentials. 3rd ed. Stamford : Cengage Learning, 2015.
- Stauch, Marc, Kay Wheat and John Tingle. Sourcebook on Medical Law. 2nd ed. Cavendish Sourcebook Series. London : Cavendish Publishing, 2002.
- _____. Text, Cases and Materials on Medical Law. 3rd ed. Oxon : Routledge Cavendish, 2006.
- Stauch, Marc. The Law of Medical Negligence in England and Germany: A Comparative Analysis. Oxford : Hart Publishing, 2008.
- Steinbock, Bonnie. Legal and Ethical Issues in Human Reproduction. England : Dartmouth Publishing, 2002.
- _____. Life before Birth: The Moral and Legal Status of Embryos and Fetuses. 2nd ed. New York : Oxford University Press, 2011.
- Steiner, Eva. French Law: A Comparative Approach. Oxford, New York : Oxford University Press, 2010.
- Stolker, Carel. Rethinking the Law School : Education, Research, Outreach and Governance. United Kingdom : Cambridge University Press, 2014.
- Tovey, Gwyn Nutcases Medical Law. London : Sweet & Maxwell, 2008.
- Treitel, Guenter Heinz. Remedies for Breach of Contract. Oxford : Clarendon Press, 1989.
- Turner, Chris and Sue Hodge. Unlocking Torts Unlocking the Law. London : Hodder Education, 2007.
- Wang, Chung-Hui. The German Civil Code. London : Stevens, 1907.
- Weir, John Antony. A Casebook on Tort. London : Sweet & Maxwell, 2000.
- Weir, Tony. Tort Law Clarendon Law Series. Oxford : Oxford University Press, 2002.
- Widmer, P. Unification of Tort Law : Fault. London : Kluwer Law International, 2005.

Williams, Glanville Llewelyn and B. A. Hepple. Foundations of the Law of Tort. London : Butterworths, 1984.

Winiger, Bénédicte, Helmut Koziol, Reinhard Zimmermann and Bernhard A. Koch. Essential Cases on Damage Digest of European Tort Law. Berlin : De Gruyter, 2011.

_____. Koch. Digest of European Tort Law : Essential Cases on Natural Causation. Berlin : De Gruyter, 2007.

Youngs, Raymond. English, French & German Comparative Law. 3rd ed. New York : Routledge, 2014.

_____. Sourcebook on German Law. 2nd ed. Great Britain: Cavendish Publishing Limited, 2002.

Zweigert, Konrad and Hein Kötz. An Introduction to Comparative Law. 3rd ed. Oxford : Oxford University Press, 2011.

Articles

"Cause of Action for Wrongful Life: (a Suggested Analysis)." Minnesota Law Review. Volume 55. Issue 1. (1971) : pp.58-81.

"Judicial Limitations on Damages Recoverable for the Wrongful Birth of a Healthy Infant." Virginia Law Review. Volume 68. Issue 6. (1982) : pp.1311-1332.

"Medical Negligence: Damages for Wrongful Pregnancy." Medical Law Review. Issue 1. Volume 9. (2001) : p.54.

"One More Mouth to Feed: A Look at Physicians' Liability for the Negligent Performance of Sterilization Operations." Arizona Law Review. Volume 25. Issue 4. (1984) : pp.1047-1088.

"Tort- Wrongful Death- a Viable Fetus Is a "Person" under the New Mexico Wrongful Death Statue : Salazar v. St.Vincent Hospital." New Mexico Law Review. Volume 12. (Spring 1982) : pp.843-859.

- "What Damages Should Be Payable for the Birth of an Unplanned Baby?" Medico-Legal Journal. Issue 2. Volume 51. (June 1983) : pp.65-66.
- "Wrongful Birth Actions: The Case against Legislative Curtailment." Harvard Law Review. Issue 8. Volume 100. (1987) : p.2017.
- "Wrongful Birth Claim -- Child Missing Upper Limbs Bilaterally." Clinical Risk. Issue 6. Volume 17. (2011) : pp.234-237.
- "Unborn Child and the Constitutional Conception of Life." Iowa Law Review. Issue 4. Volume 56. (April 1971) : pp.994-1014.
- A. Koch, Bernhard. "Austrian Cases on Medical Liability." European journal of health law Issue 2. Volume 10. (2003) : pp.91-114.
- Agcaoilo, Alastair J. "Wrongful Death and Survival Actions for Torts in Violation of International Law." San Diego Law Review. Issue 2. Volume 50. (May-June 2013) : pp.383-440.
- Andrews, Deborah K. "Wrongful Death: O'Grady v. Brown - Recovery for the Wrongful Death of a Viable Fetus in Missouri." UMKC Law Review. Issue 4. Volume 52. (Summer 1984) : pp.692-704.
- Anjana Ahuja. "Children Who Sue for Being Born." New Scientist 212, no. 2836 (2011) : pp.6-7
- Anna Walsh and Carly Meagher. "Update on Wrongful Life and Wrongful Birth Actions." health law bulletin volume 13, (2005)
- Ashman, Allan. "Torts. . . Wrongful Birth." American Bar Association Journal Issue 12. Volume 65. (1979) : p.1853.
- Athena Liu. "Wrongful Pregnancy and Ho Yee-Sup & Chan Kwai-Chun V Dr May Chan Yuk-May & Others Case Note." Asia Pacific Law Review 1, (1992) : pp.134-150.
- B R Grumet. "Reproductive Freedom and the Prevention of Birth Defects : A New and Development Standard of Medical Care." Medicolegal News. Issue 5. Volume 8. (1980) : pp.4-9.
- Bagaric, Mirko and Penny Dimopoulos, "The High Court and Wrongful Life Claims: How Should It Decide." High Court Quarterly Review. Issue 4. Volume 1. (2005) : pp.173-198.

- Bagińska, Ewa. "Wrongful Birth and Non-Pecuniary Loss : Theories of Compensation." Journal of European Tort Law. Issue 2. Volume 1. (2010) : pp.171-203.
- Bainham, Andrew "Do Babies Have Rights?" The Cambridge Law Journal. Issue 1. (1997) : pp.48-50.
- Baugher, Patricia. "Fundamental Protection of a Fundamental Right : Recovery of Child-Rearing Damages for Wrongful Pregnancy." Washington Law Review. Volume 75. Issue 4. (October 2000) : pp.1025-1236.
- Begeal, Brady. "Burdened by Life: A Brief Comment on Wrongful Birth and Wrongful Life." Albany Government Law Review Issue 4. Volume 4 (2011) : pp.869-876.
- Berstein, Paula. "Fitting a Square Peg in a Round Hole: Why Traditional Tort Principles Do Not Apply to Wrongful Birth Actions." Journal of Contemporary Health Law and Policy. Volume 18. Issue 1. (2002) : pp.297-322.
- Bickenbach, Jerome E. "Damages for Wrongful Conception: Doiron v. Orr." University of Western Ontario Law Review. Issue 2. Volume 18. (1980) : pp.493-504.
- Bickford-Smith, Margaret. "Failed Sterilisation Resulting in the Birth of a Disabled Child: The Issues." Journal of Personal Injury Law. Volume 4. (2001) : pp.401-410.
- Block, Norman M. "Wrongful Birth: The Avoidance of Consequences Doctrine in Mitigation of Damages." Fordham Law Review. Volume 53. Issue 5. (1984-1985) : pp.1107-1126.
- Booth, Penny. "A Child Is a Blessing – Heavily in Disguise, Right?" New Law Journal. Volume 151. (2001) : p.1738.
- Bopp, James Jr., Barry A. Bostrom and Donald A. Mckinney. "Rights and Wrongs of Wrongful Birth and Wrongful Life: A Jurisprudential Analysis of Birth Related Torts." Duquesne Law Review. Volume 27. Issue 3. (1988-1989) : pp.461-516.
- Borowski, T. A. Jr. "No Liability for the Wrongful Death of Unborn Children - The Florida Legislature Refuses to Protect the Unborn." Florida State University Law Review. Issue 3. Volume 16. (Fall 1988) : pp.835-862.
- Botkin, J. R. and M. J Mehlman. "Wrongful Birth: Medical, Legal and Philosophical Issues." The Journal of Law, Medicine & Ethics. Volume 22. Issue 1. (1994) : pp.21-28.

- Botkin, Jeffrey R. "Ethical Issues and Practical Problems in Preimplantation Genetic Diagnosis." The Journal of Law, Medicine & Ethics. Volume 26. Issue 1. (1998) : pp.17-28.
- _____. "Prenatal Diagnosis and the Selection of Children." Florida State University Law Review. Issue 2. Volume 30. (Winter 2003) : pp.265-294.
- Bottis, Maria Canellopoulou. "Wrongful Birth and Wrongful Life Actions." European Journal of Health Law. Issue 1. Volume 11. (2004) : pp.55-59.
- Braverman, Philip. "Wrongful Conception: Who Pays for Bringing up Baby." Fordham Law Review. Volume 47. Issue 3. (1978-1979) : pp.418-436.
- Brejcha, William D. "Torts - The Illinois Wrongful Death Act Held Inapplicable to a Viable Fetus." Loyola University of Chicago Law Journal. Issue 2. Volume 3. (Summer 1972) : pp.402-420.
- Brown, Holly B. and Sega P.Howell. "No Wrongful Death Recovery for a Viable Unborn Fetus in North Carolina: DiDonato v. Wortman, 80 N.C. A 117, 341 S.E.2d 58 (1986)." North Carolina Central Law Journal. Issue 2. Volume 16. (1987) : pp.207-221.
- Brown, Hutton. "Legal Rights and Issues Surrounding Conception, Pregnancy, and Birth." Vanderbilt Law Review. Volume 39. (May 1986) : pp.602-850.
- Brunetta D'usseaux, Francesca. "Wrongful Life and Wrongful Birth Cases: A Comparative Approach." Seton Hall Law Review. Volume 40. Issue 3. (2011) : pp.1117-1168.
- Burke, David J. "Wrongful Pregnancy : Child Rearing Damages Deserve Full Judicial Consideration." Pace Law Review. Issue 2. Volume 8. (Spring 1988) : pp.313-372.
- Burns, Thomas A. "When Life Is an Injury : An Economic Approach to Wrongful Life Lawsuits." Duke Law Journal. Issue 4. Volume 52. (February 2003) : pp.807-839.
- Caldwell, Natasha. "Wrongful Life. An Exploration of Whether the Concept of 'Wrongful Life Should be Included Within the Tort of Negligence.'" New Zealand Law Students Journal. Volume 2 (2010) : p.267.
- Callus, Thérèse. "'Wrongful Life' a La Francaise." Medical Law International. Issue 2. Volume 5. (March 2001) : pp.117-125.
- Cameron-Perry, J. Ellis. "Return of the Burden of the ' 'Blessing' ." New Law Journal. Volume 149. (1999) : pp.1887-1888.

- Cane, Peter. "Another Failed Sterilisation." Law Quarterly Review. Volume 120. (2004) : pp.189-193.
- Capron, Alexander Morgan. "Tort Liability in Genetic Counseling." Columbia Law Review. (1979) : pp.618-684.
- Cheslik, Julie M. . "Wrongful Conception." Federation of Insurance & Corporate Counsel quarterly. Volume 35. (Spring 1985) : p.289.
- Chico, Victoria. "Wrongful Conception : Policy, Inconsistency and the Conventional Award." Medical Law International. Issue 2. Volume 8. (March 2007) : pp.139-164.
- Clayton Thompson, Jack. "You Should Never Look a Gift Horse in the Mouth : One-Size-Fits-All Compensation in Wrongful Conception." Westminster Law Review. Issue 1. Volume 2. (2012) : pp.73-96.
- Cleaver, Bruce. "Wrongful Birth - The Dawning of a New Action." South African Law Journal. Issue 1. Volume 108. (February 1991) : pp.47-66.
- Cleckner, Richard W. "Torts - Negligence - Child En Ventre Sa Mere - Prenatal Injuries." Dickinson Law Review. Issue 2. Volume 56. (1951) : pp.248-249.
- Cohen, Liza F. "Recovery of Limited Damages in Wrongful Pregnancy Action : Johnson v. University Hospitals of Cleveland." Journal of Law And Health. Issue 1. Volume 4. (1989) : pp.83-109.
- Collins, Elizabeth F. "An Overview and Analysis: Prenatal Torts, Preconception Torts, Wrongful Life, Wrongful Death, and Wrongful Birth: Time for a New Framework." Journal of Family Law. Issue 4. Volume 22. (1983-1984) : pp.677-712.
- Coplan, James. "Wrongful Life and Wrongful Birth: New Concepts for the Pediatrician." Pediatrics. Issue 1. Volume 75. (1985) :p.65.
- Crane, Tara R. "Mistaken Baby Switches: An Analysis of Hospital Liability and Resulting Custody Issues." Journal of Legal Medicine. Issue 1. Volume 21. (2000) : pp.109-124.
- Crooks, Susan D. "Wrong without a Remedy - North Carolina and the Wrongful Death of a Stillborn." Campbell Law Review. Issue 1. Volume 9. (Winter 1986) : pp.93-126.
- Crosby Owings, Caroline. "Right to Recovery for Emotional Distress Arising from a Claim for Wrongful Birth, The." American Journal of Trial Advocacy. Volume 32. (2008) : pp.143-182.

- Cuomo, Jason. "Life Begins at the Moment of Conception for the Purposes of W.Va Code 55-7-5 : The Supreme Court of Appeals of West Virginia "Rewrites" Our Wrongful Death Statute." West Virginia Law Review. Issue 2. Volume 99. (Winter 1997) : pp.237-262.
- Curran, William J.. "Tay-Sachs Disease, Wrongful Life, and Preventative Malpractice." American Journal of Public Health Issue 6. Volume 67. (1977) : p.568.
- Curtis, Justin. "Including Victims without a Voice: Amending Indiana's Child Wrongful Death Statute." Valparaiso University Law Review. Issue 3. Volume 43. (Spring 2009) : pp.1211-1264.
- Dales, David G. "Wrongful Life: New Cause of Action Recognized Based upon Medical Malpractice Theory." Nebraska Law Review. Issue 1. Volume 62. (1983) : pp.175-200.
- Daly, Brenda. "Wrongful Birth, Wrongful Conception, and the Irish Constitution." European Journal of Health Law. Issue 1. Volume 12. (March 2005) : pp.57-76.
- Dawe, Timothy J. "Wrongful Life : Time for a Day in Court." Ohio State Law Journal. Issue 2. Volume 51. (1990) : pp.473-498.
- Diller, William. "The Unborn Child: Consistency in the Law." Suffolk University Law Review. Issue 2. Volume 2. (Spring 1968) : pp.228-243.
- Dimopoulos, Penny and Mirko Bagaric. "Moral Status of Wrongful Life Claims." Common Law World Review. Volume 32. Issue 1. (2003) : pp.35-64.
- Dina, Amber N. "Wrongful Death and the Legal Status of the Preivable Embryo : Why Illinois Is on the Cutting Edge of Determining a Definitive Standard for Embryonic Legal Rights." Regent University Law Review. Issue 1. Volume 19. (2006) : pp.251-274.
- Dixon, Clare. "An Unconventional Gloss on Unintended Children." New Law Journal. Volume 153. (2004) : pp.1732-1733.
- Dixon, Darrin P. "Informed Consent or Institutionalized Eugenics - How the Medical Profession Encourages Abortion of Fetuses with Down Syndrome." Issues in Law & Medicine. Volume 24. Issue 1. (2009) : pp.3-60.
- Donaldson, Lisa. "Traditional Principles and Wrongful Conception Child- Rearing Damages." Boston University Law Review. Issue 3. Volume 73. (May 1993) : pp.407-426.

- Donnelly, Mary. "The Injury of a Parenthood: The Tort of Wrongful Conception." Northern Ireland Legal Quarterly. Issue 1. Volume 48. (Spring 1997) : pp.10-23.
- Dorozynski, Alexander. "Highest French Court Awards Compensation for "Being Born." British Medical Journal. Volume 323. Issue 7326. (2001) : p.1384.
- Dow, Phyllis A. "California's Response for Wrongful Death of a Stillborn Fetus: Justus v. Atchison." Pepperdine Law Review. Issue 2. Volume 5. (1977-1978) : pp.589-608.
- Duguet, Anne-Marie. "Wrongful Life : The Recent French Cour De Cassation Decisions." European Journal of Health Law. Volume 9. Issue 2. (2002) : pp.139-149.
- E. Nelson and G. Robertson. "Liability for wrongful birth and wrongful life." Canadian Journal of Policy Research. Issue 2. Volume 3. (2001)
- Eaton, John Anthony. "Wrongful Life Claims : A Comparative Analysis." Hong Kong Law Journal. Issue 3. Volume 35. (2005) : p.694.
- Edwards, Christopher P. "DiDonato v. Wortman and Wrongful Death of a Viable Fetus in North Carolina: The Case against Unreasonably Restricting Damages." North Carolina Law Review. Issue 5. Volume 66. (June 1988) : pp.1291-1310.
- Elliott, Herb. "Damages For the Wrongful Death of a Fetus - Proof of Fetal Viability." Chicago-Kent Law Review. Issue 1. Volume 51. (Summer 1974) : pp.227-243.
- Elste, Sandra Birgitta. "Analysis of Common Law Judgments in Regards of "Wrongful Birth" Cases." The New Zealand Postgraduate Law e-Journal. Volume 4. : pp.1-25.
- Ettorre, Elizabeth. "Reproductive Genetics, Gender and the Body:Please Doctor, May I Have a Normal Baby?" Sociology. Volume 34. Issue 3. (2000) : pp.403-420.
- Evgenia, Smrynaki. "Wrongful Life and Birth." Medicine and law. Volume 31. Issue 1. (2012) : pp.97-118.
- Ewing, Julie. "Case Note: The Perruche Case." Journal of Law & Family Studies. Issue Volume 317. (2002) : pp.317-321.
- Fahrenhorst, Irene C. "Sterilisation, Abortion, and the Unwanted Child - Developments in English, West German and American Law - Part II: The Defective Child." International Legal Practitioner. Issue 3. Volume 11. (September 1986) : pp.62-67.
- Feinberg, J. "Wrongful life and the counterfactual element in harming." Philosophy and Social Policy. Volume 14. Issue 1. (1986) : pp.145-178.

- Feuillet, Brigitte. "The Perruche Case and French Medical Liability." Drexel Law Review. 4. (2011) : pp.139-149.
- Fleisher, L. "Wrongful births: When is there liability for prenatal injury?" American Journal of Diseases in Children. Volume 141. (1987) : pp.1260-1265.
- Fordham, Margaret. "An Ivf Baby and a Catastrophic Error- Actions for Wrongful Conception and Wrongful Birth Revisited in Singapore- *Acb V Thomson Medical Pte Ltd and Others*." Singapore Journal of Legal Studies. (2015) : pp.1-9.
- Fordham, Margaret. "Blessing or Burden - Recent Developments in Actions for Wrongful Conception and Wrongful Birth in the U.K. and Australia." Singapore Journal of Legal Studies. Issue 2. Volume 2004. (2004) : pp.462-483.
- Forsyth, Mary Beth. "Tort Law - to Be or Not to Be : The Wrongful Life Cause of Action." Campbell Law Review. Issue 2. Volume 5. (Spring 1983) : pp.435-450.
- Fortin, Jane Es. "Legal Protection for the Unborn Child." The Modern Law Review. Issue 1. Volume 51. (1988) : pp.54-83.
- Foutz, Thomas Keasler. ""Wrongful Life" : The Right Not to Be Born." Tulane Law Review. Volume 54. (1980) : pp.480-1187.
- Fox, Michael Lanning. "Remedy for the Reluctant Parent: Physicians' Liability for the Post- Sterilization Conception and Birth of Unplanned Children." University of Florida Law Review. Volume 27. (1974) : pp.158-174.
- Fox, Pamela Sarsfield. "Legislative Prohibition of Wrongful Birth Actions." Washington and Lee Law Review. Issue 4. Volume 44. (Fall 1987) : pp.1331-1356.
- Frasca, Ralph R. "Negligence Beginnings : Damages in Wrongful Conception, Wrongful Birth and Wrongful Life." Journal of Forensic Economics. Issue 2. Volume 19. (Spring 2006) : pp.185-205.
- Frey, A. B. "Injuries to Infants En Ventre Se Mere." St. Louis Law Review. Issue 2. Volume 12. (February 1927) : pp.85-95.
- Friedl, Birgit. "Wrongful Birth Claims in Germany." King's College Law Journal. Volume 5. (1994-1995) : pp.161-165.
- Gaines, Irving D. "The Infant's Right of Action for Prenatal Injuries." Wisconsin Law Review. Issue 3. Volume 1951. (1951) : pp.518-528.

- Gallagher, Kathleen. "Wrongful Life : Should the Action Be Allowed?" Louisiana Law Review. Issue 6. Volume 47. (July 1987) : pp.1319-1333.
- Gamble, William T. "Tort Actions for Injuries to Unborn Infants." Vanderbilt Law Review. Issue 2. Volume 3. (February 1949) : pp.282-297.
- Gantz, Julie. "State Statutory Preclusion of Wrongful Birth Relief : A Troubling Re-Writing of a Woman's Right to Choose and the Doctor-Patient Relationship." Virginia Journal of Social Policy & the Law. Issue 3. Volume 4. (Spring 1996) : pp.795-826.
- Garfinkle, Jill E. "Burke v. Rivo: Toward a More Rational Approach to Wrongful Pregnancy." Villanova Law Review. Issue 3&4. Volume 36. (August 1991) : pp.805-830.
- Giesen, Ivo. "Of Wrongful Birth, Wrongful Life, Comparative Law and the Politics of Tort Law Systems." Comparative Law and the Politics of Tort Law Systems. Volume 72. (2009) : pp.257-274.
- _____. "Use and Influence of comparative Law in Wrongful Life Cases, The Special Issue on Highest Courts and Transnational Interaction." Utrecht Law Review. Issue 2. Volume 8. (May 2012) : pp.35-54.
- Ginsberg, Marc D. "How Much Anguish Is Enough-Baby Switching and Negligent Infliction of Emotional Distress." DePaul Journal of Health Care Law. Issue 2. Volume 13. (Winter 2010) : pp.255-272.
- Glazebrook, P. R. . "What Care Must Be Taken of an Unborn Baby?" The Cambridge Law Journal. Volume 52. Issue 1. (1993) : pp.20-22.
- Gold, Stephanie S. "Equality Approach to Wrongful Birth Statutes." Fordham Law Review. Volume 65. Issue 3. (1997) : pp.1005-1042.
- Golder, Ben. "From Mcfarlane to Melchior and Beyond: Love, Sex, Money and Commodification in the Anglo-Australian Law of Torts." Torts Law Journal. Volume 12. Issue 2. (2004) : pp.128-154.
- Granchi, Jennifer R. "Wrongful Birth Tort: A Policy Analysis and the Right to Sue for an Inconvenient Child." South Texas Law Review. Volume 43. Issue 4. (2001-2002) : pp.1261-1288.
- Grey, Alice. "Harriton v Stephens: Life, Logic and Legal Fictions." Sydney Law Review. Volume 28. Issue 3. (2006) : pp.545-560.

- Griffith, Richard. "Wrongful Birth, Wrongful Life." British Journal of Midwifery. Issue 2. Volume 21. (2013) : pp.145-146.
- Guttman, Robert A. "Wrongful Life and Wrongful Pregnancy." Journal of Juvenile Law. Volume 9. Issue 1. (1985) : pp.159-164.
- Harmon, Shawn H. E. and Graeme T. Laurie. "Yearworth v. North Bristol Nhs Trust: Property, Principles, Precedents and Paradigms." Cambridge Law Journal. Volume 69. Issue 3. (2010) : pp.476-494.
- Harris, Cailin. "Statutory Prohibitions on Wrongful Birth Claims & Their Dangerous Effects on Parents." Boston College Journal of Law & Social Justice. Volume 34. Issue 2. (2014) : pp.365-396.
- Heins, Jonny. "Accounting for the Neglected: Taking Steps toward More Equitable Treatment of Stepchildren in Texas's Wrongful Death Statute." Houston Law Review. Issue 5. Volume 50. (Spring 2013) : pp.1473-1506.
- Helbling, Jill D Washburn. "To Recover or Not to Recover: A State by State Survey of Fetal Wrongful Death Law." West Virginia Law Review. Issue 2. Volume 99. (Winter 1996) : pp.363-432.
- Hendriks, Aart. "Wrongful Suits - Suing in the Name of Terri Schiavo and Kelly Molenaar." European Journal of Health Law. Volume 12. Issue 2. (2005) : pp.97-102.
- Hensel, Wendy Fritzen. "The Disabling Impact of Wrongful Birth and Wrongful Life Actions." Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review. Volume 40. (2005) : pp.141-195.
- Hersch, Philip. "Tort Liability for Wrongful Life." University of New South Wales Law Journal. Issue 1. Volume 6. (1983) : pp.133-142.
- Hershberger, P. E., A. M. Gallo, K. Kavanaugh, E. Olshansky, A. Schwartz and I. Turkaspa. "The Decision-Making Process of Genetically at-Risk Couples Considering Preimplantation Genetic Diagnosis: Initial Findings from a Grounded Theory Study." Social science & medicine. Volume 74. Issue 10. (2012) : pp.1536-1543.
- Hewitt, Robin C. "Farley v. Sartin: Viability of a Fetus No Longer Required for Wrongful Death Liability." West Virginia Law Review. Issue 4. Volume 98. (Spring 1996) : pp.955-978.

- Heyd, David "Are Wrongful Life Claims Philosophically Valid - A Critical Analysis of a Recent Court Decision." Israel Law Review. Issue 3 and 4. Volume 21. (Summer-Autumn 1986) : pp.574-590.
- Heyd, David. "Prenatal Diagnosis: Whose Right." Journal of Medical Ethics. Volume 21. Issue 5. (1995) : pp.292-297.
- Hibbert, Michelle Lynn. "Wrongful Birth: Shaping the Future Generation through Negligence Actions." Medical Trial Technique Quarterly. Issue 1. Volume 46. (1999) : pp.103-143.
- Hilliard, Lexa. "Wrongful Birth: Some Growing Pains." The Modern Law Review. Volume 48. Issue 2. (1985) : pp.224-229.
- Hirsch, David. "Rights and Responsibilities in Wrongful Birth/Wrongful Life Cases Forum : Reproductive Rights and the Law." University of New South Wales Law Journal. Issue 2. Volume 29. (2006) : pp.233-238.
- Hogan, Joshua. "Recovery of Child-Rearing Expenses in Wrongful Conception Cases - A Comparative Analysis." Hibernian Law Journal. Volume 3. (2002) : pp.41-64.
- Hogg, Martin. "Damages for Pecuniary Loss in Cases of Wrongful Birth." Journal of European Tort Law. Issue 2. Volume 1. (2010) : pp.156-170.
- Hom, Renee Madeleine. "Wrongful Conception : North Carolina's Newest Prenatal Tort Claim -- Jackson v. Bumgardner." North Carolina Law Review. Volume 65. Issue 6. (1986-1987) : pp.1077-1099.
- Houseman, Gordon T. "Wrongful Birth as Negligent Misrepresentation." University of Toronto Faculty of Law Review. Issue 1. Volume 71. (Winter 2013) : pp.9-30.
- Howlett, M. J., Denise Avard and B. M. Knoppers, "Physicians and Genetic Malpractice." Medicine and Law. Issue 4. Volume 21. (2002) : pp.661-680.
- Hoyano, Laura C. H. "Misconceptions About Wrongful Conception." The Modern Law Review. Issue 6. Volume 65. (2002) : pp.883-906.
- Human, Sonia and Lize Mills. "The Immeasurable Wrongfulness of Being: the Denial of the Claim for Wrongful Life." Stellenbosch Law Review. Issue 1. Volume 21. (2010) : pp.67-89.

- Hutcherson, Jim. "Tort Law-North Carolina Recognizes a Cause of Action for the Wrongful Death of a Viable Fetus-DiDonato v. Wortman." Wake Forest Law Review. Issue 4. Volume 23. (1988) : pp.849-847.
- Huycke, Patrick G. and E. Pennock Gheen. "Libbee v. Permanente Clinic: Wrongful Death Actions for Death of Viable Unborn Children." Willamette Law Journal. Issue 2. Volume 10. (Spring 1974) : pp.296-306.
- J E Bickenbach. "Damages for Wrongful Conception : Doiron v Orr." University of Western Ontario Law Review. Volume 18. (1980) : pp.493-503
- Jackson, Anthony. "Action for Wrongful Life, Wrongful Pregnancy, and Wrongful Birth in the United States and England." Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review. Issue Volume Volume 17. (1995) : pp.535-613.
- Jerram, Christopher D. "Child Rearing Expenses as a Compensable Damage in a Wrongful Conception Case : Burke v. Rivo." Creighton Law Review. Issue 4. Volume 24. (June 1990) : pp.1643-1666.
- Jhaveri, Swati. "Judicial Strategies in Recognising New Areas for Recovery in Negligence - Lessons Learned from Wrongful Conception Cases." Tort Law Review Issue 2. Volume 21. (2013) : pp.63-86.
- Johnsen, Dawn E. "The Creation of Fetal Rights: Conflicts with Women's Constitutional Rights to Liberty, Privacy, and Equal Protection." Yale Law Journal. Issue 3. Volume 95. (January 1986) : pp.599-625.
- Johnston, R. Keith. "Medical Malpractice and Wrongful Birth: A Critical Analysis of Wilson v. Kuenzi." UMKC Law Review. Issue 2. Volume 57. (1989) : pp.337-354.
- Jost, Timothy Stoltzfus. "Rights of Embryo and Foetus in Private Law." The American Journal of Comparative Law. Issue 3. Volume 50. (2002) : pp.633-646.
- Jr, Donald L. Devries and Alan M. Rifkin. "Wrongful Life, Wrongful Birth, and Wrongful Pregnancy : Judicial Divergence in the Birth-Related Torts." American Bar Association. Issue 2. Volume 20. (1985) : pp.207-221.
- K Capen. "New Prenatal Screening Procedures Raise Spectre of more "Wrongful-Birth" claims." Canadian Medical Association Journal. Issue 5. Volume 152. (March 1995) : pp.734-737.

- K. Holt, Donna. "Wrongful Pregnancy." South Carolina Law Review. Issue 4. Volume 33. (1982) : pp.759-796.
- Kancler, Magdalena. "To Be or Not to Be Born? Civil Liability for Damage Resulting from Birth in a Comparative Context: Recent Polish and Irish Caselaw Concerning Wrongful Birth and Wrongful Conception." Electronic Journal of Comparative Law. Volume 13. Issue 3. (2009) : pp.1-9.
- Kashi, Joseph S. "The Case of the Unwanted Blessing : Wrongful Life." University of Miami Law Review. Issue 5. Volume 31. (November 1976) : pp.1409-1433.
- Kearl, Kurtis J. "Turpin v. Sortini : Recognizing the Unsupportable Cause of Action for Wrongful Life." California Law Review. Issue 4. Volume 71. (July 1983) : pp.1278-1297.
- Keasler Foutz, Thomas "Wrongful Life : The Right Not to Be Born." Tulane Law Review. Volume 54. Issue 2. (1980) : pp.416-499.
- Keirse, Anne and Martien Schaub. "Self-Determination with a Price Tag ; the Legal and Financial Consequences of Wrongful Conception and Wrongful Birth and the Decision of the Parents to Keep the Child." Journal of European Tort Law. Issue 3. Volume 1. (2010) : pp.243-265.
- Kelley, Patrick J. "Wrongful Life, Wrongful Birth, and Justice in Tort Law." Washington University Law Quarterly. Issue 4. Volume 1979. (Fall 1979) : pp.919-964.
- Kelly, Michael B. "Rightful Position in Wrongful Life Actions." Hastings Law Journal. Volume 42. Issue 2. (1991) : pp.505-590.
- Kennedy, Bernadette. "The Trend toward Judicial Recognition of Wrongful Life : A Dissenting View." UCLA Law Review. Volume 31. Issue 2. (1983-1984) : pp.473-502.
- Kerrane, David. "Damages for Wrongful Pregnancy." Journal of Contemporary Legal Issue Volume 11, (2000-2001) : pp.467-471.
- Klodowski, Harry F. Jr. "Wrongful Life and a Fundamental Right to be Born Healthy: Park v. Chessin; Becker v. Schwartz." Buffalo Law Review. Issue 3. Volume 27. (Summer 1978) : pp.537-562.
- Kolondra, Grazyna. "Protecting the Viable Unborn Child." Medical Trial Technique Quarterly. Issue 1. Volume 52. (2005) : pp.193-212.

- Kowitz, Julie F. "Not Your Garden Variety Tort Reform: Statutes Barring Claims for Wrongful Life and Wrongful Birth Are Unconstitutional under the Purpose Prong of *Planned Parenthood v. Casey*." Brooklyn Law Review. Volume 61. Issue 1. (1995) : pp.235-274.
- Kryworuk, Peter W. "Revisiting Wrongful Life Claims in Canada - Can There Be a Cause of Action : *Bovingdon v. Hergott*." Advocates' Quarterly. Issue 1. Volume 34. (2008) : pp.216-239.
- L.S.M. "Personal Injuries: Recovery by Child for Prenatal Injuries Due to Negligence of Physician." California Law review. Issue 1. Volume 28. (November 1939) : pp.107-109.
- Laudor, Michael B. "In Defense of Wrongful Life : Bringing Political Theory to the Defense of a Tort." Fordham Law Review. Issue 6. Volume 62. (1993) : pp.1675-1704.
- Lemennicier, Bertrand. "Comment on "Compensation and Wrongful Life: A Positive Economic Perspective." Journal of Legal Economics Issue 2. Volume 15. (2009) : pp.49-57.
- Lewis, Penney. "The Necessary Implications of Wrongful Life Claims : Lessons from France." European Journal of Health Law. Issue 2. Volume 12. (2005) : pp.135-153.
- Linchey, Daniel. "A Cause of Action for" Wrongful Life" in California: Breech Birth or Abortion?" Golden Gate University Law Review. Issue 2. Volume 12. (1982) : pp.423-447.
- Lind, Craig. "Wrongful-Birth and Wrongful-Life Actions." South African Law Journal. Issue 3. Volume 109. (August 1992) : pp.428-446.
- Liu, A. N. "Wrongful Life: Some of the Problems." Journal of Medical Ethics. Volume 13. Issue 2. (1987) : pp.69-73.
- _____. "Wrongful Pregnancy and *Ho Yee-sup & Chan Kwai-Chun v Dr May Chan Yuk-may & Others*." Asia Pacific Law Review. Issue 2. Volume 1. (1992) : pp.134-150.
- Loitherstein, Judy S. "Toward Full Recovery-the Future of Damage Awards in Wrongful Pregnancy Cases." Suffolk University Law Review. Issue 3. Volume 25. (Fall 1991) : pp.735-764.

- Loquist, Sarah J. "The Wrongful Death of a Fetus : Erasing the Barrier between Viability and Nonviability." Washburn Law Journal. Issue 2. Volume 36. (Winter 1996) : pp.259-289.
- Lysaught, M. Therese. " Wrongful Life? The Strange Case of Nicholas Perruche." Commonweal. Volume 129. (March 2002) : pp.9-11.
- M. Starczewski. "Note : Wrongful Death of a Fetus : Does a Cause of Action Arise When There is no Live Birth." Villanova Law Review. Volume 31. (1986)
- Mackenzie, Robin. "From Sancity to Screening: Genetic Disabilities, Risk and Rhetorical Strategies in Wrongful Birth and Wrongful Conception Cases." Feminist Legal Studies. Issue 2. Volume 7. (May 1999) : pp.175-191.
- Mahoney, Kathleen A. "Malpractice Claims Resulting from Negligent Preconception Genetic Testing : Do These Claims Present a Strain of Wrongful Birth or Wrongful Conception, and Does the Categorization Even Matter." Suffolk University Law Review. Issue 3. Volume 39. (2005) : pp.773-794.
- Mark; Fuzzell, Cherie. "Special Project Legal Rights and Issues Surrounding Conception, Pregnancy, and Birth." Vanderbilt Law Review. Issue 3. Volume 39. (April 1986) : pp.597-850.
- Mary B. Student Author Sullivan. "Wrongful Birth and Wrongful Conception: A Parent's Need for a Cause of Action." Journal of Law & Health. Issue 1. Volume 15. (2000) : pp.105-120.
- Marzano- Parisoli, Maria Michela. " Disability, Wrongful- Life Lawsuits, and Human Difference: An Exercise in Ethical Perplexity." Social theory and practice. Volume 27. Issue 4. (2001) : pp.637-569.
- Mason, J. K. . "Unwanted Pregnancy: A Case of Retroversion." Edinburgh Law Review. Volume 4. Issue 2. (2000) : pp.191-206.
- _____. " Wrongful Pregnancy, Wrongful Birth and Wrongful Terminology. " Edinburgh Law Review. Issue 1. Volume 6. (January 2002) : pp.44-66.
- _____. "From Dundee to Darlington: An End to the Mcfarlane Line?" Juridical Review. (2004) : pp.365-386.

- _____. "Wrongful Life : The Problem of Causation." Medical Law International. Issue 2. Volume 6. (March 2004) : pp.149-161.
- McCready, Michael P. "Recovery for the Wrongful Death of a Fetus." University of Richmond Law Review. Issue 2. Volume 25. (Winter 1991) : pp.391-406.
- Meade, Daniel S. "Wrongful Death and the Unborn Child : Should Viability Be a Prerequisite for a Cause of Action." Journal of Contemporary Health Law and Policy. Issue 2. Volume 14. (Spring 1997) : pp.421-450.
- Meadowsa, Gary A. . "Wrongful Death and the Lost Society of the Unborn." Journal of Legal Medicine. Volume 13. Issue 1. (1992) : pp.99-114.
- Mee, Jennifer. "Wrongful Conception : The Emergence of A Full Recovery Rule." Washington University Law Quarterly. Issue 3. Volume 70. (1992) : pp.887-914.
- Memmer, Michael. "The Decisions of the Supreme Court to ' Family Planning Harm.'" Imago Hominis. Volume 14. Issue 3. (2007) : pp.195-211.
- Mertz, Barbara K. "Wrongful Death - The Fetus as a Person is Entitled to Recovery under Arizona's Wrongful Death Statute - Summerfield v. Superior court." Arizona State Law Journal. Issue 4. Volume 1985. (1985) : pp.995-1019.
- Meyers, Patricia A. "Wrongful Death and the Unborn Child: A Look at the Viability Standard." South Dakota Law Review. Issue 1. Volume 29. (Winter 1983) : pp.86-97.
- Michael L. Timm Jr. "Redefining Duty: The Future of New Mexico Negligence Law and Wrongful Conception after Provencio v. Wenrich." New Mexico Law Review. Issue 1. Volume 44. (2014) : pp.253-276.
- Milani, Adam A. "Better Off Dead Than Disabled: Should Courts Recognize a Wrongful Living Cause of Action When Doctors Fail to Honor Patients' Advance Directives." Washington and Lee Law Review. Issue 1. Volume 54. (1997) : pp.149-228.
- Mitrovich, Paul H. "Ohio Wrongful Pregnancy, Wrongful Birth, and Wrongful Life Law Needs to Be Revisited to Obtain a More Equitable Result and Consistency of Law." Ohio Northern University Law Review. Volume 33. Issue 2. (2007) : pp.623-640.
- Mogill, Michael A. "Misconceptions of the Law: Providing Full Recovery for the Birth of the Unplanned Child." Utah Law Review. Volume 1996. Issue 3. (1996) : pp.827-916.

- Moinfar, Yasmin. "Pregnancy Following Failed Sterilisation under the Accident Compensation Scheme." Victoria University of Wellington Law Review. Issue 4. Volume 40. (2010) : pp.805-826.
- Morreim, E. Haavi. "The Concept of Harm Reconceived: A Different Look at Wrongful Life." Law and philosophy. Volume 7. Issue 1. (1988) : pp.3-33.
- Morris, Anne and Severine Saintier. "To Be or Not to Be : Is That the Question? Wrongful Life and Misconceptions." Medical Law Review. Issue 2. Volume 11. (January 2003) : pp.167-193.
- Most, Ada F. "By What Measure : The Issue of Damages for Wrongful Pregnancy." North Carolina Central Law Journal. Issue 1. Volume 16. (1986) : pp.59-84.
- Mullis, Alastair. "Wrongful Conception Unravalled." Medical Law Review. Issue 3. Volume 1. (Autumn 1993) : pp.320-335.
- Munson, Judith W. "Fetal Research: A View from Right to Life to Wrongful Birth." Chicago-Kent Law Review. Issue 1. Volume 52. (1975) : pp.133-156.
- Murtaugh, Michael T. "Wrongful Birth: The Courts' Dilemma in Determining a Remedy for a Blessed Event." Pace Law Review. Volume 27. Issue 2. (2007) : pp.241-304.
- N C Liu, Athena. "Wrongful Life : Some of the Problems." Journal of Medical Ethics. Issue 2. Volume 13. (1987) : pp.67-93.
- Nolan, Donal. "Damage in the English Law of Negligence." Journal European Tort Law. Volume 4. (2013) : pp.271 – 274, 276.
- Norrie, Kenneth Mck. "Damages for the Birth of a Child." Scots Law Times. (1985) : pp.69-74.
- Norton, Fred. "Assisted Reproduction and the Frustration of Genetic Affinity: Interest, Injury, and Damages." New York University Law Review. Volume 74. Issue 3. (1999) : pp.793-843.
- Nsunwara. A. "Wrongful Life: A Cause of Action against Negligent Parent in the Conception of a Disabled Child." Medical Trial Technique Quarterly Issue 1. Volume 52. (2005) : pp.213-232.
- Nys, H F L and J C J Dute. "A Wrongful Existence in the Netherlands." Journal of Medical Ethics. Issue 4. Volume 30. (August 2004) : pp.393-394.

- O'Neill, C. James. "Damages and the Unwanted Child." Auckland University Law Review. Volume 5. Issue 2. (1985) : pp.180-205.
- O'Shea, Stephen M. "Burke v. Rivo : A Massachusetts Approach to Wrongful Pregnancy." New England Law Review. Issue 3. Volume 26. (Spring 1991) : pp.963-994.
- Pace, Pj. "Civil Liability for Pre-Natal Injuries." The Modern Law Review. Volume 40. Issue 2. (1977) : pp.141-158.
- Pallesen, Michael C. "Wrongful Pregnancy Actions : Should Courts Allow Recovery for Childrearing Expenses-Burke v. Rivo, 406 Mass. 764, 551 Ne 2d 1 (1990)." Nebraska Law Review. Issue 2. Volume 70. (1991) : pp.361-380.
- Pancevski, Bojan. " Doctor Must Pay Child Support after Inadequate Warning of Disability." British Medical Journal. Volume 333. Issue 7560. (2006) : p.168.
- Pattinson, Shaun D. " Wrongful Life Actions as a Means of Regulating Use of Genetic and Reproductive Technologies." Health Law Journal. Volume 7. (1991) : pp.19-32.
- Pearson, Françoise L. " Liability for So-Called Wrongful Pregnancy, Wrongful Birth and Wrongful Life." South African Law Journal. Issue 1. Volume 114. (1997) : pp.91-107.
- Peck, Douglas Edward. " Azzolino v. Dingfelder: North Carolina Court of Appeals Recognizes Wrongful Birth and Wrongful Life Claims. " North Carolina Law Review, Issue 6. Volume 63. (August 1985) : pp.1329-1344.
- Pedain, Antje. "Unconventional Justice in the House of Lords." Cambridge Law Journal. Volume 63. (2004) : pp.19-21.
- Perry, Roman. "It's a Wonderful Life." Cornell Law Review. Issue 2. Volume 93. (January 2007) : pp.329-400.
- Perry, Ronen and Yehuda Adar. "Wrongful Abortion : A Wrong in Search of a Remedy." Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics. Issue 2. Volume 5. (2 2013) : pp.507-586.
- Peters Jr, Philip G. "Rethinking Wrongful Life : Bridging the Boundary between Tort and Family Law." Tulane Law Review. Issue 2. Volume 67. (1992) : pp.397-454.
- Petersen, Kerry. "Medical Negligence and Wrongful Birth Actions: Australian." Journal of Medical Ethics. Issue 5. Volume 23. (1997) : p.319.

- _____. "Wrongful Conception and Birth the Loss of Reproductive Freedom and Medical Irresponsibility." Sydney Law Review. Issue 4. Volume 18. (December 1996) : pp.503-522.
- Phillips, Pauline. "Medical Negligence and Wrongful Birth : Cattanach v. Melchior — a Discussion of the Medical, Legal and Policy Issues." Insurance Law Journal. Issue 3. Volume 15. (2004) : pp.203-224.
- Picker, Eduard. "Wrongful Life - Legal and Ethical Controversies in Western Society of Today Symposium on Israel and European Law." Tel Aviv University Studies in Law. Volume 13. (1997) : pp.75-96.
- Pioro, Mark, Roxanne Mykitiuk and Jeff Nisker. "Wrongful Birth Litigation and Prenatal Screening." CMAJ: Canadian Medical Association Journal Issue 10. Volume 179. (2008) : pp.1027-1030.
- Podewils, Lisa A. "Traditional Tort Principles and Wrongful Conception Child-Rearing Damages." Boston University Law Review. Volume 73. Issue 3. (1993) : pp.407-426.
- Pollard, Deana A. "Wrongful Analysis in Wrongful Life Jurisprudence." Alabama Law Review. Issue 2. Volume 55. (Winter 2004) : pp.327-374.
- Priault, Nicolette M. "A Letter from the Uk : Tort Law and Damages for the Unwanted Child." Journal of Legal Economics. Issue 3. Volume 14. (March 2008)
- _____. "Damages for the "Unwanted" Child : Time for a Rethink?" Medico-Legal Journal. Issue 4. Volume 73. (January 2005) : pp.152-163.
- _____. "Conflicting Analyses of Wrongful Birth: A Response to Chris Bruce." Journal of Legal Economics. Issue 1. Volume 16. (October 2009) : pp.55-70.
- _____. "Joy to the World! A (Healthy) Child Is Born! Reconceptualizing Harm in Wrongful Conception." Social & Legal Studies. Issue 1. Volume 13. (March 2004) : pp.5-26.
- _____. "Managing Novel Reproductive Injuries in the Law of Tort: The Curious Case of Destroyed Sperm." European Journal of Health Law. Volume 17. Issue 1. (2010) : pp.81-96.
- _____. "Conceptualising Harm in the Case of the "Unwanted" Child." European Journal of Health Law. Issue 4. Volume 9. (2002) : pp.337-359.

- _____. "That's One Heck of an "Unruly Horse" Riding Roughshod over Autonomy in Wrongful Conception." Feminist Legal Studies. Issue 3. Volume 12. (2004) : pp.317-331.
- Pritchard, Megan. "Can there be such a thing as a 'wrongful birth'?" Disability and Society. Volume 20. Issue 1. (2005) : pp.81-93.
- R. Hakimian. "Caveat Doctor: Medical Negligence and Genetic Testing." Genetics Law Monitor. Volume 2. (2001). : pp.7-9.
- Radley-Gardner, Oliver. "Wrongful Birth Revisited." The Law Quarterly Review. Volume 118. (2002) : pp.11-15.
- Ramsay, Marc. "Wrongful Pregnancy and the Offset/Benefits Approach." Canadian Journal of Law & Jurisprudence. Issue 1. Volume 28. (2015) : pp.129-154.
- Reichman, Anne C. "Damages in Tort for Wrongful Conception-Who Bears the Cost of Raising the Child." Sydney Law Review. Issue 3. Volume 10. (March 1983) : pp.568-590.
- Reisman, Matthew. "Harm and the Fluid Nature of Identity in Wrongful Life Cases Involving Preimplantation Genetic Diagnosis." Cardozo Journal of Law & Gender. Issue 2. Volume 20. (2013) : pp.405-430.
- Reuter, Shelley Z. "The Politics of 'Wrongful Life' Itself: Discursive (Mal)Practices and Tay-Sachs Disease." Economy & Society. Issue 2. Volume 36. (2007) : pp.236-262.
- Rhinehart, Kelly E. "The Debate over Wrongful Birth and Wrongful Life." Law and Psychology Review. Volume 26. (2002) : pp.141-158.
- Richards, Erica. "Loss of Potential Parenthood as a Statutory Solution to the Conflict between Wrongful Death Remedies and Roe v. Wade." Washington and Lee Law Review. Issue 2. Volume 63. (Spring 2006) : pp.809-848.
- Richardson, Janice. "The Concept of Harm in Actions for Wrongful Birth: Nature and Pre-Modern Views of Women." Australian Feminist Law Journal. Volume 35. (December 2011) : pp.127-146.
- Robert C. Baumiller. "The Right to Be Born Healthy—the Ethical Problems of Human Genetics in Hungary." American Journal of Human Genetics 44, no. 1 (1989) : pp.157-157.

- Roberts, M. A. "What Is the Wrong of Wrongful Disability? From Chance to Choice to Harms to Persons." Law and philosophy. Issue 1. Volume 28. (2009/01/01 2009) : pp.1-57.
- Robertson Jr, Horace B. "Toward Rational Boundaries of Tort Liability for Injury to the Unborn: Prenatal Injuries, Preconception Injuries and Wrongful Life." Duke Law Journal. (1979) : pp.1401-1457.
- Robertson, Gerald B. " Civil Liability Arising from Wrongful Birth Following an Unsuccessful Sterilization Operation." American Journal of Law & Medicine. Issue 2. Volume 4. (Summer 1978) : pp.131-158.
- Robertson, Horace B. Jr. "Toward Rational Boundaries of Tort Liability for Injury to the Unborn: Prenatal Injuries, Preconception Injuries and Wrongful Life." Duke Law Journal. Issue 6. Volume 1978. (January 1979) : pp.1401-1458.
- Roederer, Christopher J. "Wrongly Conceiving Wrongful Conception : Distributive Vs. Corrective Justice." South African Law Journal. Issue 2. Volume 118. (2001) : pp.347-373.
- Rogers Iii, Thomas Dewitt. "Wrongful Life and Wrongful Birth : Medical Malpractice in Genetic Counseling and Prenatal Testing." South Carolina Law Review. Issue 4. Volume 33. (1981) : pp.713-758.
- Ruda, Albert. " 'I didn't ask to be born' : Wrongful Life from a Comparative Perspective." Journal of European Tort Law. Volume 1. Issue 2. (August 2010) : pp.204-241.
- S. Bird. "Clinical Practice: Risk Management. Contraception Failure and Wrongful Birth Claims." Australian Family Physician. Issue 10. Volume 31. (2002) : pp.935-936.
- Sakaihara, Mitsuo. "Claims Made by Children in Japan for Injuries Caused before Birth." Medicine, Science and the Law. Issue 1. Volume 47. (January 2007) : pp.61-63.
- _____ . "Wrongful Birth Claim in Japan." Medicine, Science and the Law. Issue 3. Volume 42. (July 2002) : pp.258-260.
- Saltz, Irwin. " Better Off Never Born?." American Bar Association Journal. Issue 4. Volume 22. (April 1986) : pp.46-48.

- Sarno, Gregory G. "Tort Liability for Wrongfully Causing One to Be Born." American law reports. ALR 3d. Cases and annotations. Volume 83. (1977) : pp.15-110.
- Savulescu, J. "Is There a "Right Not to Be Born"? Reproductive Decision Making, Options and the Right to Information." Journal of Medical Ethics. Volume 28. Issue 2. (1 April 2002) : pp.65-67.
- Scheel, Kerstin, Christina Lambert, Matthew Barnes, Sarah White and Margaret Bowron. "Case : Wrongful Birth Claim – Child Missing Upper Limbs Bilaterally : Cw V Hospital Nhs Trust." Clinical Risk. Issue 6. Volume 17. (November 2011) : pp.234-237.
- Scheuber, Kylie-Maree. "Damages for Wrongful Conception: Moving away from Policy Considerations." University of Queensland Law Journal. Issue 2. Volume 21. (2001) : pp.230-234.
- Scotfield, Tyler J. "Recovery for Tortious Death of the Unborn Symposium: Torts and the Unborn--The Rights of Parent and Child." South Carolina Law Review. Issue 4. Volume 33. (1982) : pp.797-818.
- Scott, Rosamund. "Prenatal Screening, Autonomy and Reasons : The Relationship between the Law of Abortion and Wrongful Birth." Medical Law Review. Volume 11. (2003) : pp.265-325.
- _____. "The English Fetus and the Right to Life." European Journal of Health Law. Volume 11. Issue 4. (2004) : pp.347-364.
- Scott, Steven R. "Torts - Wrongful Death - A Child Is Not Born Alive until He or She Acquires an Existence Separate and Independent from the Mother - Duncan v. Flynn." Florida State University Law Review. Issue 1. Volume 8. (Winter 1980) : pp.137-150.
- Seneviratne, Mary. "Pre-Natal Injury and Transferred Malice: The Invented Other." The Modern Law Review. Volume 59. Issue 6. (1996) : pp.884-892.
- Seymour, John. "Cattanach v. Melchior: Legal Principles and Public Policy." Torts Law Journal. Issue 3. Volume 11. (2003) : pp.208-217.

- Shapero, Wendy C. "Does a Nonviable Fetus's Right to Bring a Wrongful Death Action Endanger a Woman's Right to Choose." Southwestern University Law Review. Issue 2. Volume 27. (1997) : pp.325-352.
- Shapira, Amos. "Wrongful Life' ' Lawsuits for Faulty Genetic Counselling : Should the Impaired Newborn Be Entitled to Sue." Journal of Medical Ethics. Volume 24. Issue 6. (1998) : pp.369-375.
- Shaw, Josephine. "Wrongful Birth and the Politics of Reproduction: West German and English Law Considered." International Journal of Law and the Family. Issue 3. Volume 4. (1990) : pp.52-82.
- Sheldon, Tony. "Court Awards Damages to Disabled Child for Having Been Born." British Medical Journal. Volume 326. Issue 7393. (2003) : p.784.
- _____. "Dutch Supreme Court Backs Damages for Child for Having Been Born." British Medical Journal. Issue 7393. Volume 330. (2005) : p.326.
- Sheth, Darpana M. "Better Off Unborn? An Analysis of Wrongful Birth and Wrongful Life Claims under the Americans with Disabilities Act." Tennessee Law Review. Issue 4. Volume 73. (Summer 2006) : pp.641-668.
- Shiffrin, Seana Valentine. "Wrongful Life, Procreative Responsibility, and the Significance of Harm." Legal Theory. Issue 2. Volume 5. (1999) : pp.117-148.
- Silva, Vesta T. "Lost Choices and Eugenic Dreams: Wrongful Birth Lawsuits in Popular News Narratives." Communication and Critical/Cultural Studies. Issue 1. Volume 8. (March 2011) : pp.22-40.
- Singer, Samantha. "Casenote : Ree v. Darlington." Journal of Social Welfare and Family Law. Volume 26. (2004) : 403-415.
- Smith, Bryan W. "Tort Law: Recovery of Wrongful Birth Damages in Kansas Arche v. United States, 247 Kan. 276, 798 P.2d 477 (1990)." Washburn Law Journal. Issue 3. Volume 30. (Spring 1991) : pp.566-577.
- Smith-Groff, Melissa K. "Wrongful Conception : When an Unplanned Child Has a Birth Defect, Who Should Pay the Cost." Missouri law review. Issue 1. Volume 61. (Winter 1996) : pp.135-154.

- Snow, Brenda Daugherty. "Torts-Wrongful Death : A Viable Fetus Is Not a Person under the Arkansas Wrongful Death Statute." University of Arkansas at Little Rock Law Journal. Issue 2. Volume 19. (Winter 1996) : pp.307-326.
- Sohn, Francis. "Products Liability and the Fertility Industry: Overcoming Some Problems in Wrongful Life 2010 Symposium : Gender-Based Violence and Justice in Conflict and Post-Conflict Areas." Cornell International Law. Issue 1. Volume 44. (Winter 2011) : pp.145-178.
- Sonnenburg, Maxine A. "Preference for Nonexistence : Wrongful Life and a Proposed Tort of Genetic Malpractice, A." Southern California Law Review. Issue 2. Volume 55. (January 1981) : pp.477-510.
- Soritsa, Dina and Janno Lahe. " Possibility of Compensation for Damages in Cases of Wrongful Conception, Wrongful Birth and Wrongful Life; An Estonian Perspective." European Journal of Health Law. Issue 2. Volume 21. (April 2014) : pp.141-160.
- Spriggs, M. "Ivf Mixup: White Couple Have Black Babies." Journal of Medical Ethics. Volume 29. Issue 2. (2003) : p.65.
- Spriggs, M. and J. Savulescu. "The Perruche Judgment and the "Right Not to Be Born." Journal of Medical Ethics. Volume 28. Issue 2. (2002) : pp.63-64.
- Springer, Victoria. " Reason, Resources, and Wrongful Life: Using Social Psychological Models of Health and Evolutionary Theory to Assess Behavioral Claims in Wrongful Life Litigation." Children's Legal Rights Journal. Issue 4. Volume 31. (Winter 2011) : pp.40-48.
- Stanley, Jonathan Dyer. "Fetal Surgery and Wrongful Death Actions on Behalf of the Unborn: An Argument for a Social Standard." Vanderbilt Law Review. Volume 56. (October 2003) : pp.1523-1555.
- Steinbock, Bonnie. "The Logical Case for "Wrongful Life" ." Hastings Center Report Volume 16. (1986) : pp.15-20.
- Steininger, Barbara C. "Wrongful Birth and Wrongful Life : Basic Questions." Journal of European Tort Law. Issue 2. Volume 1. (2010) : pp.125-155.

- Stewart, Angus. "Damages for the Birth of a Child." Journal of the Law Society of Scotland. Volume 40. (1995) : pp.298-302.
- Stich, Janet I. "Recovery for the Wrongful Death of a Viable Fetus : Werling v. Sandy." Akron Law Review. 19. (1985) : pp.127-140.
- Stolker, Carel J. J. M. "Wrongful Life: The Limits of Liability and Beyond." International and Comparative Law Quarterly. Issue 3. Volume 43. (July 1994) : pp.521-536.
- Stoll, Hans. "A Doctor's Liability for the Unwanted Birth of a Child." Comparative and International Law Journal of Southern Africa. Issue 2. Volume 22. (1989) : pp.206-214.
- Strasser, Mark. " Misconceptions and Wrongful Births : A Call for a Principled Jurisprudence." Arizona State Law Journal. Issue 1. Volume 31. (Spring 1999) : pp.161-202.
- _____. "Wrongful Life, Wrongful Birth, Wrongful Death, and the Right to Refuse Treatment : Can Reasonable Jurisdictions Recognize All but One." Missouri law review. Issue 1. Volume 64. (Winter 1999) : pp.29-76.
- _____. "Yes, Virginia, There Can Be Wrongful Life: On Consistency, Public Policy, and the Birth-Related Torts." Georgetown Journal of Gender and the Law. Volume 4. Issue 3. (2002) : pp.821-862.
- _____. "Wrongful Life, Wrongful Birth, Wrongful Death, and the Right to Refuse Treatment: Can Reasonable Jurisdictions Recognize All But One." Missouri Law Review. Issue 1. Volume 64. (Winter 1999) : pp.29-76.
- Strauss, Sa. "An Unusual Case of Wrongful Pregnancy: Liability of Doctor Resulting from Misrepresentation." Medicine and law. 17. 1. (1997) : pp.7-11.
- _____. "'Wrongful Conception', 'Wrongful Birth' and ' wrongful Life' : The First South African Cases." Medicine and law. Volume 15. Issue 1. (1995) : pp.161-173.
- Stretton, Dean. "Birth Torts: Damages for Wrongful Birth and Wrongful Life, The." Deakin Law Review. Volume 10. (2005) : pp.319-364.
- _____. "Harriton v. Stephens - Waller v. James - Wrongful Life and the Logic of Non-Existence." Melbourne University Law Review. Volume 30. (2006) : pp.972-1001.

- Sullivan, Mary B. "Wrongful Birth and Wrongful Conception : A Parent's Need for a Cause of Action." Journal of Law and Health. Issue 1. Volume 15. (2000) : pp.105-120.
- Symmons, C. R. "Policy Factors in Actions for Wrongful Birth." Modern Law Review. Volume 50. Issue 3. (1987) : 269-306.
- Symonds, Sheryl Anne. "Wrongful Death of the Fetus : Viability Is Not a Viable Distinction." University of Puget Sound Law Review. Vol. 8, (1984) : pp.103-122.
- Taylor, Joel. "Torts - Wrongful Birth - Public Policy Forbids Award of Damages for Expense of Raising a Healthy, but Unwanted Child." University of Arkansas at Little Rock Law Journal. Issue 4. Volume 5. (1982) : pp.593-604.
- Tedeschi, G. "On Tort Liability for Wrongful Life." Israel Law Review. Issue 4. Volume 1. (October 1966) : pp.513-538.
- Teff, Harvey. "The Action for "Wrongful Life" in England and the United States." International And Comparative Law Quarterly. Volume 34. Issue 3. (1985) : pp.423-441.
- Thomas, Cordelia. "Claims for Wrongful Pregnancy and Damages for the Upbringing of the Child." University of New South Wales Law Journal. 26. (2003) : pp.125-158.
- Thouvenin, Dominique. "French Medical Malpractice Compensation since the Act of March 4, 2002 : Liability Rules Combined with Indemnification Rules and Correlated with Several Kinds of Proceedings." Drexel Law Review. Volume 4. Issue 1. (2011) : pp.165-198.
- Todd, Stephen. "Wrongful Conception, Wrongful Birth and Wrongful Life." Sydney L. Rev. Volume 27. (2005) : p.525.
- Troke, Ben. "The Price of Life : Law, Policy and Ethics in Wrongful Existence Claims." Clinical Risk. Issue 5. Volume 13. (September 2007) : pp.179-182.
- _____. "The Price of Life : Wrongful Existence Case Law and International Comparisons." Clinical Risk. Issue 5. Volume 13. (September 2007) : pp.183-186.
- _____. "Wrongful Existence Claims : The 'Mcfarlane Approach', Trends in Policy and Ethics, and the Future." Clinical Risk. Issue 5. Volume 13. (September 2007) : pp.187-190.

- Trotzig, Marten A. "The Defective Child and the Actions for Wrongful Life and Wrongful Birth." Journal of Legal Medicine. Volume 2. Issue 1. (1980) : pp.85-111.
- Tucker, Janet L. "Wrongful Life: A New Generation." Journal of Family Law. Issue 3. Volume 27. (1988) : pp.673-696.
- Tug, A and Hd Ozguven. "A Long-Term Baby Mix-up Case in the Eastern Mediterranean Region." EMHJ. Volume 17. Issue 3. (2011) : pp.257-258.
- U. S. A. Staff Lawyers Weekly. "Ohio Supreme Court Rules Child-Rearing Costs Not Recoverable in Wrongful Birth Suit." : (c) 2006 Dolan Media, all Rights Reserved.
- _____. "Illinois Supreme Court Says Terminated Pregnancy Can't Support Wrongful Death Claim." : (c) 2008 Dolan Media, all Rights Reserved.
- Um, Young-Rhan. "A Critique of a 'Wrongful Life' Lawsuit in Korea." Nursing Ethics. Issue 3. Volume 7. (May 2000) : pp.250-261.
- Van Gundy, Sharon. "Rhode Island's Fetal Tort Law: Viability Determines Legal Personality of Fetuses in Wrongful Death Cases." Suffolk University Law Review. Issue 2. Volume 27. (1993) : pp.425-446.
- Veazey, Lex H. "Torts--An Action for Wrongful Life Brought on Behalf of the Wrongfully Conceived Infant." Wake Forest Law Review. Issue 3. Volume 13. (Fall 1977) : pp.712-728.
- Vranken, Martin. "Damages for Wrongful Birth: Where to After Cattanach." Adelaide Law Review. Issue 2. Volume 24. (2003) : pp.243-262.
- Walsh, Anna and Carly Meagher. "Update on Wrongful Life and Wrongful Birth Actions." Australian Health Law Bulletin. Volume 13. Issue 10. (2005) : pp.117-120.
- Watson, Penelope. "Wrongful Life Actions in Australia." University Law Review. Volume 26. (2002) : pp.736-749.
- Weaver, Raina. "Torts - Wrongful Death - The Birth of Fetal Rights under Arkansas's Wrongful Death Statute: The Arkansas Supreme Court Recognizes a Fetus as a Person." University of Arkansas at Little Rock Law Review. Issue 2. Volume 24. (Winter 2002) : pp.359-388.

- Weir, Tony. "The Unwanted Child." The Cambridge Law Journal. Volume 59. Issue 2. (2000) : pp.235-272.
- _____. "Unwanted Child." Edinburgh Law Review. Volume 6. Issue 2. (2002) : pp.244-253.
- _____. "Wrongful Life—Nipped in the Bud." The Cambridge Law Journal. Volume 41. Issue 2. (November 1982) : pp.225-228.
- Wevers, Kate. "Prenatal Torts and Pre-Implantation Genetic Diagnosis." Harvard Journal of Law & Technology. Issue 1. Volume 24. (Fall 2010) : pp.257-280.
- Whitfield, Adrian. "Common Law Duties to Unborn Children." Medical Law Review. Volume 1. Issue 1. (1993) : pp.28-52.
- Whitney, Daniel W. and Kenneth N. Rosenbaum. "Recovery of Damages for Wrongful Birth." Journal of Legal Medicine. Volume 32. Issue 2. (April 2011) : pp.167-204.
- Wilcoxon, Kimberly D. "Statutory Remedies for Judicial Torts: The Need for Wrongful Birth Legislation." University of Cincinnati Law Review. Volume 69. Issue 3. (2001) : pp.1023-1053.
- Wilkinson, Dominic. "Is It in the Best Interests of an Intellectually Disabled Infant to Die?" Journal of Medical Ethics. Volume 2. Issue 8. (2006) : pp.454-459.
- Williams, Robert A. "Johnson v. University Hospitals of Cleveland: Public Policy over Traditional Principles." Akron Law Review. Volume 23. Issue 3. (1989-1990) : pp.599-610.
- Williams, Toni R. "Wrongful Life : When Birth Is an Injury." Southern University Law Review. Issue 1. Volume 18. (1991) : pp.57-67.
- Wilmoth, David D. "Wrongful Life and Wrongful Birth Causes of Action - Suggestions for a Consistent Analysis." Marquette Law Review. Volume 63. Issue 4. (1980) : pp.611-642.
- Witting, Christian. "Physical Damage in Negligence." The Cambridge Law Journal. Volume 61. Issue 1. (2002) : pp.189-208.
- _____. "Tort Law, Policy and the High Court of Australia." Melbourne University Law Review. Volume 31. Issue 2. (2007) : pp.569-590.

- Wolfe, Alexander D. “ Wrongful Selection: Assisted Reproductive Technologies, Intentional Diminishment, and the Procreative Right.” Thomas M. Cooley Law Review. Issue 3. Volume 25. (2008) : pp.475-502.
- Wood, Richard E. "Wrongful Death and the Stillborn Fetus-a Common-Law Solution to a Statutory Dilemma." University of Pittsburgh Law Review. Volume 43. Issue 3. (1982) : pp.819-835.
- Y. Um. "A Critique of a 'Wrongful Life' Lawsuit in Korea." Nursing Ethics Issue 3. Volume 7. (2000) : pp.250-261.

Other Materials

- Anne M. Payne, J.D. “ Sexual Partner's Tort Liability to other partner for fraudulent misrepresentation regarding sterility or use of birth control resulting in pregnancy.” in 2 American Law Reports ALR5th 301.
- Catherine Palo, J.D. “Cause of Action for Wrongful Birth or Wrongful Life.” in 23 Causes of Action 2d 55.
- Chase, Roland F. “Liability for Prenatal Injuries.” in 40 American Law Reports 3d 1222 (1971).
- Donaldson, Russell G. “Recoverability of Cost of Raising Normal, Healthy Child Born As Result of Physician's Negligence or Breach of Contract Or Warranty.” in 89 American Law Reports 4th 632
- Gregory G. Sarno, J. D. “Recoverability of Compensatory Damages for Mental Anguish or Emotional Distress for Tortiously Causing Another's Birth,” in 74 American Law Reports 4th 798.
- _____. “Tort Liability for Wrongfully Causing One To Be Born.” in 83 American Law Reports 3d 15.
- Isham, James L. “ Excessiveness or adequacy of damages awarded for parents' noneconomic loss caused by personal injury or death of child.” in 61 American Law Reports 4th 413 (1988).
- _____. “Recovery of damages for grief or mental anguish resulting from death of child—modern cases.” in 45 American Law Reports 4th 234 (1986).

- Jonathan M. Purver, J.D. "Damages for Wrongful Death of or Injury to Child." in 65 American Jurisprudence Trials 261.
- Jones, Andrew H. "Prenatal Torts: Reproductive Rights with Teeth." (2014)
- Klein, A. S. "Medical Malpractice, and Measure and Element of Damages, In Connection with Sterilization or Birth Control Procedures." in 27 American Law Reports 3d 906 (1969).
- Making Amends : A Consultation Paper Setting Out Proposals for Reforming the Approach to Clinical Negligence in the NHS. DH : London, 2003.
- Margaret E. Vroman, J.D. "Medical Malpractice in Performance of Legal Abortion." in 69 American Law Reports 4th 875.
- Michael P. Penick, J.D. "Wrongful Death of Fetus." in 19 American Jurisprudence Proof of Facts 3d 107.
- Payne, Anne M. "Prenatal Injuries; Wrongful Life, Birth, or Conception." in 62A American Jurisprudence 2d Prenatal Injuries.
- Roland F. Chase, J.D. "Liability for Prenatal Injuries." in 40 American Law Reports 3d 1222.
- Sarno, Gregory G. "Recoverability of Compensatory Damages for Mental Anguish or Emotional Distress for Tortiously Causing Another's Birth." in 74 American Law Reports 4th 798 (1989).
- _____. "Recoverability of Compensatory Damages for Mental Anguish or Emotional Distress for Breach Of Service Contract." in 54 American Law Reports 4th 901 (1987).
- _____. "Tort Liability for Wrongfully Causing One to Be Born." in 83 American Law Reports 3d 15 (1978).
- Shapiro, Sheldon R. "Right to Maintain Action or to Recover Damages for Death of Unborn Child." in 84 American Law Reports 3d 411 (1978).
- Sheldon R. Shapiro, J.D. "Right to Maintain Action or to Recover Damages for Death of Unborn Child." in 84 American Law Reports 3d 411.
- Theodore I. Koskoff "Wrongful Death Actions." in 12 American Jurisprudence Trials 317.

Verbeke, Alian. "Rights of Parents and Child in Cases of 'Wrongful Conception/Life/Birth' in Contract and Tort Law a Comparative View on Germany and France." Katholoeke Universitei Leuven Academic Year 2002/03 Second Semester.

Books Section

A Koch, Bernhard. "Austria." in Medical Liability in Europe : A comparative of Selected Jurisdictions, edited by Bernhard A Koch, pp.1-60. Germany : De Gruyter, 2012.

André Gonçalo Dias Pereira. "Portugal." in European Tort Law 2009. edited by Helmut Koziol and Barbara C Steininger, pp.503-524. Germany : De Gruyter, 2010.

B. Dickens. "Wrongful Birth and Life, Wrongful Death before birth, and Wrongful Law." in Legal Issues in Human Reproduction. edited by McLean S. (England : Gower Publishing, 1989)

Bagińska, Ewa. "Poland." in European Tort Law 2004. edited by Helmut Koziol and Barbara C Steininger, pp.462-478. Austria : SpringerWienNewYork, 2005.

_____. "Poland." in European Tort Law 2005. edited by Helmut Koziol and Barbara C Steininger, pp.457-482. Austria : SpringerWienNewYork, 2006.

_____. "Poland." in European Tort Law 2006. edited by Helmut Koziol and Barbara C Steininger, pp.373-393. Germany : SpringerWienNewYork, 2007.

_____. "Poland." in European Tort Law 2009. edited by Helmut Koziol and Barbara C Steininger, pp.475-502. Germany : De Gruyter, 2010.

Bargelli, Elena. "Italy." in European Tort Law 2009. edited by Helmut Koziol and Barbara C Steininger, pp.335-359. Germany : De Gruyter, 2010.

_____. "Italy." in European Tort Law 2010. edited by Helmut Koziol and Barbara C Steininger, pp.307-333. Germany : De Gruyter, 2011.

Dacoronía, Eugenia. "Greece." in European Tort Law 2006. edited by Helmut Koziol and Barbara C Steininger, pp.237-268. Germany : SpringerWienNewYork, 2007.

_____. "Greece." in European Tort Law 2009. edited by Helmut Koziol and Barbara C Steininger, pp.264-291. Germany : De Gruyter, 2010.

- Demajo, G. Caruana, L. Quintano and D. Zammit. "Malta." in European Tort Law 2008. edited by Helmut Koziol and Barbara C Steininger, pp.435-460. Germany : SpringerWienNewYork, 2009.
- Durant, Isabelle C. "Belgium," in European Tort Law 2010. edited by Helmut Koziol and Barbara C Steininger, pp.30-60. Germany : De Gruyter, 2011.
- Faure, Michael and Ton Hartlief. "The Netherlands." in European Tort Law 2005. edited by Helmut Koziol and Barbara C Steininger, pp. 414- 443. Austria : SpringerWienNewYork, 2006.
- _____. "The Netherlands." in European Tort Law 2006. edited by Helmut Koziol and Barbara C Steininger, pp.338-360. Germany : SpringerWienNewYork, 2007.
- Friedrich Heubel. "Ownership of the Human Body: Philosophical Considerations on the Use of the Human Body and Its Parts in Healthcare." edited by H.A. Ten Have and Jozef Welie. London: Kluwer Academic Publishers, 2013.
- Lorentz, Romain M. "The Use of Comparative Law by Courts in Birth-Related Tort Cases," in Courts and Comparative Law, Eds. Mads Andeneas and Duncan Fairgrieve, pp.640-656. Oxford : Oxford University Press, 2015.
- Menyhárd, Attila. "Hungary." in European Tort Law 2004. edited by Helmut Koziol and Barbara C Steininger, pp.349-362. Austria : SpringerWienNewYork, 2005.
- _____. "Hungary." in European Tort Law 2005. edited by Helmut Koziol and Barbara C Steininger, 332-347. Austria : SpringerWienNewYork, 2006.
- _____. "Hungary." in European Tort Law 2006. edited by Helmut Koziol and Barbara C Steininger, pp.269-280. Germany : SpringerWienNewYork, 2007.
- _____. "Hungary." in European Tort Law 2008. edited by Helmut Koziol and Barbara C Steininger, pp.343-363. Germany : SpringerWienNewYork, 2009.
- _____. "Hungary." in European Tort Law 2009. edited by Helmut Koziol and Barbara C Steininger, pp.292-312. Germany : De Gruyter, 2010.
- Moréteau, Olivier. "France." in European Tort Law 2006. edited by Helmut Koziol and Barbara C Steininger, pp.196-212. Germany : SpringerWienNewYork, 2007.

- Papp, Florian Wagner-von and Jörg Fedtke. "Germany." in European Tort Law 2008. edited by Helmut Koziol and Barbara C Steininger, pp.285-323. Germany : SpringerWienNewYork, 2009.
- Quill, Eoin. "Ireland." in European Tort Law 2007. edited by Helmut Koziol and Barbara C Steininger, pp.352-372. Germany : SpringerWienNewYork, 2008.
- Ruda, Albert. "Spain." in European Tort Law 2006. edited by Helmut Koziol and Barbara C Steininger, pp.429-455. Germany : SpringerWienNewYork, 2007.
- _____. "Spain." in European Tort Law 2010. edited by Helmut Koziol and Barbara C Steininger, pp.563-595. Germany : De Gruyter, 2011.
- Smith, D.C. "Wrongful Birth, Wrongful Life : Emerging theories of liability" in Abortion, Medicine and the Law, edited by J.D. Butler and F. Walbert. (USA : Fideli Publishing, 1986)
- Stauch, Marc S. "Medical Malpractice and Compensation in Germany." in Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective, edited by Ken Oliphant and Richard W. Wright, pp.179-210. Germany: de Gruyter, 2013.
- Steininger, Barbara C. "Austria." in European Tort Law 2006. edited by Helmut Koziol and Barbara C Steininger, pp. 68-92. Germany : SpringerWienNewYork, 2007.
- _____. "Austria," in European Tort Law 2007. edited by Helmut Koziol and Barbara C Steininger, pp.134-172. Germany : SpringerWienNewYork, 2008.
- _____. "Austria," in European Tort Law 2008. edited by Helmut Koziol and Barbara C Steininger, pp.108-144. Germany : SpringerWienNewYork, 2009.
- _____. "Austria," in European Tort Law 2010. edited by Helmut Koziol and Barbara C Steininger, pp. 1-29. Germany : De Gruyter, 2011.

Electronic Media

- " 2 Moms Suing over Sons Switched at Birth." Retrieved on 23 June 2015. from http://nl.newsbank.com/nl-search/we/Archives?p_product=NewsLibrary&p_multi=DSNB&d_place=DSNB&p_theme=newslibrary2&p_action=search&p_ma

xdocs = 200&p_topdoc= 1&p_text_direct- 0= 0F360DC14A813699&p_field_direct- 0=document_id&p_perpage=10&p_sort=YMD_date:D&s_trackval=GooglePM

"Babies Switched at Birth Verdict: Hospital to Pay 3.3m." Retrieved on 23 June 2015. from <https://czechdaily.wordpress.com/2009/01/30/babies-switched-at-birth-verdict-hospital-to-pay-33m/>

"Embryo Mix-Up: Twins Must Stay with Birth Mum." Retrieved on 23 June 2015. from <http://www.thelocal.it/20140811/embryo-mix-up-twins-must-stay-with-birth-mother>

"Families Win €1.8m Compensation after Babies Switched at Birth." Retrieved on 2 March. from <http://www.theguardian.com/world/2015/feb/10/families-win-2m-euros-compensation-babies-switched-at-birth>

"France Upholds 'Right Not to Be Born'." Retrieved on 23 June 2015. from <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/1437335.stm>

"Court rules on 'wrongful life' claim - South Africa." Retrieved on 15 August 2015. From <http://www.iol.co.za/news/south-africa/court-rules-on-wrongful-life-claim-1.403126#.Vc2tZPk2U1k>

"Embryo mix-up: twins must stay with birth mum." Retrieved on 5 August 2015. from <http://www.thelocal.it/20140811/embryo-mix-up-twins-must-stay-with-birth-mother>

"France rejects 'right not to be born'." Retrieved on 10 September 2015. from <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/1752556.stm>

"IVF Mix-up Case: Children's rights and parental responsibility." Retrieved on 6 August 2015. From <http://ionsg.blogspot.com/2015/01/ivf-mix-up-case-childrens-rights-and.html>

"IVF mother gives birth to another woman's child in mix-up." Retrieved on 5 August 2015. From <http://www.thenews.pl/1/9/Artykul/195727,IVF-mother-gives-birth-to-another-womans-child-in-mixup>

"IVF mother: 'I love him to bits. But he's probably not mine'." Retrieved on 5 August 2015. From <http://www.theguardian.com/lifeandstyle/2009/oct/30/ivf-errors-baby-mix-up>

- “Judge rules woman in IVF mix-up can sue for expenses to raise child.” Retrieved on 4 August 2015. From <http://www.todayonline.com/singapore/judge-rules-woman-ivf-mix-can-sue-expenses-raise-child>
- “ Mom seeks justice in 'wrongful life' claim. ” Retrieved on 15 August 2015. From <http://www.news24.com/SouthAfrica/News/Mom-seeks-justice-in-wrongful-life-claim-20141211>
- “ Prenatal Torts: Reproductive Right with teeth. ” Retrieved on 5 August 2015. from http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=andrew_jones
- “Singapore woman refused 'upkeep' compensation for IVF mix-up - Vardags .” Retrieved on 5 August 2015. From <http://vardags.com/blog/vardags-blog/singapore-woman-refused-upkeep-compensation-ivf-mix/>
- “Summary of Cattanach v Melchior (2003) 199 ALR 131.” Retrieved on 12 August 2015. from <http://www.healthlawcentral.com/cases/cattanach-v-melchior/>
- “Summary of Harriton v Stephens (2006) 226 CLR 52, Waller v James; Waller v Hoolahan (2006) 226 CLR 136.” Retrieved on 13 August 2015. From <http://www.healthlawcentral.com/cases/Harriton/>
- “taly: Custody battle over IVF mix-up babies.” Retrieved on 5 August 2015. From <http://www.bbc.com/news/blogs-news-from-elsewhere-28707895>
- “The curse of thalidomide limb defects is explained 50 years.” Retrieved on 30 May 2015. from www.dailymail.co.uk/The-curse-thalidomide-limb-defect.
- “White mother sues sperm bank after racial mixup,” (Retrieved on 5 August 2015) from <http://kdvr.com/2014/10/02/ohio-white-mother-sues-sperm-bank-after-giving-birth-to-mixed-race-baby/>
- “ Wrongful Birth. ” Retrieved on 12 August 2015. from <http://www.healthlawcentral.com/pregnancy-birth/wrongful-birth/>
- “ Wrongful Pregnancy, Birth & Life Claims. ” Retrieved on 13 August 2015. From <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/44118/wrongful-pregnancy-birth-life-claims>

- Blackburn-Starza , Antony . “Judge awards birth mother custody of twins after Italian IVF mix-up.” Retrieved on 5 August 2015. From [http:// www. Bionews .org.uk /page_446215.asp](http://www.Bionews.org.uk/page_446215.asp)
- Blackburn-Starza, Antony. “The Ohio sperm-mix up: What's the harm in giving birth to a healthy, beautiful baby girl?,” Retrieved on 5 August 2015. From [http:// www.bionews.org.uk/page_476147.asp](http://www.bionews.org.uk/page_476147.asp)
- Chee Hoe Low. “Ohio woman sues fertility clinic after daughter born from 'wrong sperm'.” .Retrieved on 5 August 2015. from [http:// www. bionews. org. Uk /page_458434.asp](http://www.bionews.org.uk/page_458434.asp)
- Chiang, Harriet. “Mom awarded \$1 million over embryo mix-up.” Retrieved on 5 August 2015. From <http://www.sfgate.com/bayarea/article/BAY-AREA-Mom-awarded-1-million-over-embryo-2736123.php>
- Cuevas, Mayra. “Woman sues sperm bank after racial mix-up,” (Retrieved on 5 August 2015) from <http://edition.cnn.com/2014/10/02/us/sperm-bank-race-lawsuit/>
- Donnelly, Beau. “Baby mix-up at St Vincent's Private Hospital.” Retrieved on 5 August 2015. From <http://www.theage.com.au/victoria/baby-mixup-at-st-vincent-private-hospital-20150324-1m6rcg.html>
- Hearsay ... the electronic journal of the Bar Association of Queensland.” Retrieved on 28 July 2015. from [http:// www. hearsay. org. au/ index. php? option= com _content&task=view&id=415&Itemid=4](http://www.hearsay.org.au/index.php?option=com_content&task=view&id=415&Itemid=4)
- Holt, Jim "The Year in Ideas: A to Z.; the Right Not to Be Born." Retrieved on 23 June 2015. from <http://www.nytimes.com/2001/12/09/magazine/the-year-in-ideas-a-to-z-the-right-not-to-be-born.html>
- John Anderson, “Cattanach Decision: Statement by the Acting Prime Minister.” Retrieved on 20 June 2015. from [http:// www. ministers. dotars. gov. au/ ja/ releases/2003/july/a80_2003.htm](http://www.ministers.dotars.gov.au/ja/releases/2003/july/a80_2003.htm)
- Krishnadev Calamur, "Japanese 'Prince' Switched at Birth Was Raised a Pauper," (Retrieved on 22 June 2015) , from [http:// www. npr. org/ sections/ thetwo-way/2013/11/29/247807768/japanese-prince-switched-at-birth-was-raised-a-pauper](http://www.npr.org/sections/thetwo-way/2013/11/29/247807768/japanese-prince-switched-at-birth-was-raised-a-pauper)

- Neil A. Holtzman and Michael S. Watson. "Promoting Safe and Effective Genetic Testing in the United States," Retrieved on 10 November 2015. from [http:// biotech.law.lsu.edu /research/fed/tfgt](http://biotech.law.lsu.edu/research/fed/tfgt)
- Pereira, Shaun. "Case comment on *ACB v Thomson Medical Pte Ltd and others* [2015] SGHC 9." Retrieved on 4 August 2015. From [http:// www. Singapore lawblog.sg/blog /article/83up-baby](http://www.Singaporelawblog.sg/blog/article/83up-baby).
- Picciuto, Elizabeth. "Parents Sue for 'Wrongful Birth'." Retrieved on 15 August 2015. From <http://www.thedailybeast.com/articles/2014/08/17/parents-sue-for-wrongful-birth.html>
- Romo, Rafael and Erin McLaughlin. "El Salvador babies switched at birth, back with parents 3 months later." Retrieved on 10 September 2015. from [http://www.cnn.com /2015/09/08/americas/el-salvador-babies-switched-at-birth/index.html?sr=fb090815 babiesswitched730pVODtopLink](http://www.cnn.com/2015/09/08/americas/el-salvador-babies-switched-at-birth/index.html?sr=fb090815babiesswitched730pVODtopLink)
- Sanderson, Sertan. "Born to die? Cape Town woman sues for "wrongful life"." Retrieved on 15 August 2015. from <http://www.thesouthafrican.com/born-to-die-cape-town-woman-sues-for-wrongful-life/>
- Simons, Marlise. "French Uproar Over Right to Death for Unborn." Retrieved on 10 September 2015. from <http://www.nytimes.com/2001/10/19/world/french-uproar-over-right-to-death-for-unborn.html>
- Stevens, Ailsa. "Wrong embryo implanted in woman at Cardiff fertility clinic." Retrieved on 5 August 2015. from http://www.bionews.org.uk/page_46158.asp
- Ungku, Fathin. "Real Life Jane the Virgin: S'porean woman cannot claim compensation after giving birth to child in IVF sperm mix-up." Retrieved on 5 August 2015. from <http://mothership.sg/2015/01/real-life-jane-the-virgin-sporean-woman-cannot-claim-compensation-after-giving-birth-to-child-in-ivf-sperm-mix-up/>
- Vijayan , K.C . "Court says 'no' to upkeep claim for IVF mix- up baby," Retrieved on 4 August 2015. from <http://www.straitstimes.com/singapore/courts-crime/court-says-no-to-upkeep-claim-for-ivf-mix->
- Wolbring, Gregor. " Wrongful life/ birth. " Retrieved on 15 August 2015. from <http://www.bioethicsanddisability.org/wrongfulbirth.html>



ภาคผนวก

ภาคผนวก ก

ข้อสอบและธงคำตอบเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา ในปัญหาว่าด้วยการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรพิการ (Wrongful Birth) และการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต (Wrongful Life)*

คำถามข้อที่ 3 ให้อธิบายหรือวินิจฉัย

Imagine yourself a Research Judge at the Supreme Court of Thailand. You are instructed by the President of the Supreme Court to give your opinion on the following facts applying the existing Thai laws:

Mrs. Ben was two-month old pregnant. She went to Siam Global Hospital (SCH), an internationally renowned private hospital based in Bangkok for diagnosis and examination. The doctors at SGH failed to diagnose a genetic impairment in Mrs. Ben which later led her to give birth to Baby Charlie, who was born with severe brain damage. It was established at the trial that the failure to diagnose the genetic disposition was due to negligence on the part of the medical staff at SGH. Mrs. Ben and Baby Charlie sued SGH for damages.

Give your advice on the following issues. Since no reported Supreme Court cases can be found, back up your answer with sound reasoning.

1. To what extent does the negligence of the medical staff at SGH cause the damage?
2. What damage can be attributable to medical staff at SGH and hence SGH?
3. Can Baby Charlie claim for damages resulting from a wrongful life, based on the Constitution of Thailand's protection of "Human Dignity" and the Civil and Commercial Code (CCC) section 420?

* สำนักงานศาลยุติธรรม, รวมข้อสอบการทดสอบความรู้ พร้อมธงคำตอบ เพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา เฉพาะผู้สมัครตามมาตรา 25 (2)(ก)(ข) 5 สมัย พ.ศ. 2548-2555, น.132-133.

ธงคำตอบข้อ 3

- 1) The fact that Baby Charlie was born with brain damage was due to Mrs. Ben's genetic disposition. The negligence of the medical staff, though established, did not cause the damage. The failure of the medical staff to diagnose correctly, as may legitimately from Mrs. Ben, a SGH's patient, did in fact cause Mrs. Ben's false expectation of healthy baby. As such, SGH fails to perform their part of the contract for medical service to give competent professional advice. Thus damages for loss of expectation to have a contractual obligation performed may be claimed and in this case a contractual claim may be easier to establish the tortious one.
- 2) Should the medical staff not fail to deliver a competent professional advice, Mrs. Ben would be in a position to prepare herself with the predicament of a child with brain damage. However, under Thai law, abortion in this case is not an option. The Thai Penal Code only allows abortion performed by medical practitioner in cases of necessity for the mother's health. (section 305 (1)) Hence Mrs. Ben cannot anticipate an abortion even with the knowledge of her child's brain damage.
- 3) Under the constitution of the Kingdom of Thailand article 4, human dignity, right, liberty and equality shall be protected. Such human dignity, right, liberty and equality may also be deemed "other right" under Section 420 of the Civil and Commercial Code. If Baby Charlie's claim of wrongful life were to be successful, it would tantamount to accepting that the life of a disabled person is less valuable than the that of a non-disabled person. This cannot be the case. Therefore, the claim cannot be successful for it would violate the human dignity principle under article 4 of the Constitution.

ภาคผนวก ข

ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์
ตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2548

หน้า ๗

เล่ม ๑๒๒ ตอนที่ ๑๑๘ ง

ราชกิจจานุเบกษา

๑๕ ธันวาคม ๒๕๔๘

ข้อบังคับแพทยสภา

ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์
ตามมาตรา ๓๐๕ แห่งประมวลกฎหมายอาญา
พ.ศ. ๒๕๔๘

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๒๑ (๓) (ฎ) และด้วยความเห็นชอบของสภานายกพิเศษ
ตามมาตรา ๒๕ แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. ๒๕๒๕ อันเป็นพระราชบัญญัติที่มี
บทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา ๒๘ ประกอบกับ
มาตรา ๕๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติให้กระทำได้ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติ
แห่งกฎหมาย คณะกรรมการแพทยสภาออกข้อบังคับ ดังต่อไปนี้

ข้อ ๑ ข้อบังคับนี้เรียกว่า “ข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติ
การตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา ๓๐๕ แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. ๒๕๔๘”

ข้อ ๒ ข้อบังคับนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

ข้อ ๓ การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา ๓๐๕ แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้น
จะกระทำได้เมื่อหญิงมีครรภ์นั้นยินยอม

ข้อ ๔ แพทย์ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามข้อบังคับนี้ ต้องเป็นผู้ประกอบ
วิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมาย

ข้อ ๕ การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา ๓๐๕ (๑) แห่งประมวลกฎหมายอาญา
ให้เป็นไปตามเงื่อนไข ดังนี้

(๑) เป็นกรณีที่ต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางกายของหญิงมีครรภ์ หรือ

(๒) เป็นกรณีที่ต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางจิตของหญิงมีครรภ์ ซึ่งจะต้องได้รับ
การรับรองหรือเห็นชอบจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์ อย่างน้อยหนึ่งคน

ในกรณีที่หญิงนั้นมีความเครียดอย่างรุนแรง เนื่องจากพบว่าทารกในครรภ์มีหรือมีความเสี่ยงสูง
ที่จะมีความพิการอย่างรุนแรง หรือเป็นหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็นโรคพันธุกรรมอย่างรุนแรง เมื่อหญิงนั้น
ได้รับการตรวจวินิจฉัยและการปรึกษาแนะนำทางพันธุศาสตร์ (genetic counseling) และมีการลงนามรับรอง

ในเรื่องดังกล่าวข้างต้น โดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคน ให้ถือว่าหญิงมีครรภ์นั้นมีปัญหาสุขภาพจิตตาม (๒)

ทั้งนี้ ต้องมีข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ที่ชัดเจนว่าหญิงนั้นมีปัญหาสุขภาพทางกายหรือทางจิตและต้องมีการบันทึกการตรวจและวินิจฉัยโรคไว้ในเวชระเบียนเพื่อเป็นหลักฐาน

ข้อ ๖ การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา ๓๐๕ (๒) แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้น ต้องมีหลักฐานหรือข้อเท็จจริงอันควรเชื่อได้ว่า หญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดอาญา ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓๐๕ (๒) แห่งประมวลกฎหมายอาญา

ข้อ ๗ การยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามข้อ ๕ และข้อ ๖ ต้องกระทำในสถานพยาบาล ดังต่อไปนี้

(๑) โรงพยาบาลหรือหน่วยงานของรัฐที่ให้บริการรับผู้ป่วยไว้ค้างคืน หรือสถานพยาบาลเวชกรรม ที่มีเตียงรับผู้ป่วยไว้ค้างคืน ตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาล ทั้งนี้ โดยสามารถปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ได้ตามความเหมาะสม

(๒) คลินิกเวชกรรม ตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาล โดยสามารถปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ที่อายุครรภ์ไม่เกินสิบสองสัปดาห์

ข้อ ๘ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามข้อบังคับนี้ จะต้องทำรายงานเสนอต่อแพทยสภา ตามเงื่อนไขและระยะเวลาในแบบฟอร์มที่แพทยสภากำหนด

ข้อ ๙ ในกรณีที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ไม่ปฏิบัติตามข้อบังคับนี้ ให้ถือว่าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้นั้นประกอบวิชาชีพเวชกรรมโดยไม่รักษามาตรฐานในระดับที่ดีที่สุด

ข้อ ๑๐ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามข้อบังคับนี้ ให้ถือว่าได้กระทำ ตามมาตรา ๓๐๕ แห่งประมวลกฎหมายอาญา

ประกาศ ณ วันที่ ๑๐ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๔๘

สมศักดิ์ โล่ห์เลขา

นายกแพทยสภา

ภาคผนวก ค

ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่)

(ปรับปรุงกฎหมายละเมิดของกระทรวงยุติธรรม)*

ร่างที่ฝ่ายเลขานุการยกร่างตามมติที่ประชุมคณะอนุกรรมการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายละเมิด
เมื่อวันที่ 9 มิถุนายน 2551 (หลังการประชุมครั้งที่ 6)

ร่าง

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ..)

พ.ศ.

(ปรับปรุงกฎหมายละเมิด)

.....
.....
.....

.....
.....
โดยที่เป็นการสมควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

พระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา 29 ประกอบกับมาตรา 32 มาตรา 41 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

.....
.....
มาตรา 1 พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า "พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ...) พ.ศ."

มาตรา 2 พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับนับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

มาตรา 3 ให้ยกเลิกความในบรรพ 2 ของลักษณะ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

* แหล่งที่มา นิพัฏกุล อัสวชิน, "ปัญหาการกำหนดค่าเสียหายทางจิตใจ," หลักสูตร "ผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง (บ.ย.ส.)" รุ่นที่ 13 วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม 2552, น.152-167.

“ลักษณะ 5

ละเมิด

หมวด 1

ความรับผิดโดยละเมิด

ส่วนที่ 1

ความรับผิดในความผิดของตนเอง

มาตรา 420 ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยมิชอบ¹ ให้เขาได้รับความเสียหาย ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น (มาตรา 420)

ความเสียหายตามวรรคหนึ่ง หมายความว่าถึง ความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย จิตใจ เสรีภาพ ชื่อเสียง เกียรติยศ ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ สิทธิในครอบครัว ความเป็นอยู่ส่วนตัวทรัพย์สิน [ทางทำมาหาได้] สิทธิในการประกอบอาชีพการงาน หรือสิทธิอื่นใด

สิทธิอื่นใดตามวรรคสอง หมายความว่ารวมถึง ประโยชน์ที่แม้มิได้มีกฎหมายบัญญัติรับรองคุ้มครองไว้โดยชัดแจ้ง แต่เป็นสิทธิประโยชน์ที่บุคคลพึงมีพึงได้ในสังคม รวมทั้งสิทธิต่าง ๆ ของทารกในครรภ์มารดา หากว่าภายหลังคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก²

¹ หลักการ : เปลี่ยนแปลงคำว่า “โดยผิดกฎหมาย” เป็น “โดยมิชอบด้วยกฎหมาย” เพื่อให้สอดคล้องกับต้นแบบกฎหมายของเยอรมันและเพื่อให้มีขอบข่ายการบังคับใช้ที่กว้างขวางกว่าเดิม โดยคำว่า “โดยมิชอบ” นี้หมายถึง “ไม่มีสิทธิ ไม่มีอำนาจ ไม่มีข้อแก้ตัวให้ทำความเสียหายเช่นนั้นได้” ตามที่ท่านศาสตราจารย์จิตติ ตึงศภัทย์ ได้ให้คำอธิบายไว้

ที่มา : Section 823 (1) ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน แก้ไขปรับปรุงปี ค.ศ. 2002

Liability in damages

(1) A person who, intentionally or negligently, unlawfully injures the life, body, health, freedom, property or another right of another person is liable to make compensation to the other party for the damage arising from this

² หลักการ : เพื่อเป็นการอธิบายความหมายของคำว่า “ความเสียหาย” และ “สิทธิอื่น” ให้มีความชัดเจนขึ้น โดยเฉพาะการรับรองสิทธิอื่น ๆ ถือเป็นกรรองรับสิทธิประโยชน์ใหม่ ๆ ที่อาจเกิดขึ้นในสังคมได้แม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติรับรองไว้เป็นลายลักษณ์อักษร การกำหนดสิทธิอย่างชัดแจ้งไว้ในกฎหมายโดยไม่ต้องรอให้กฎหมายรัฐธรรมนูญรับรองก่อนจะทำให้กฎหมายละเมิดมีความร่วมสมัยและมีพัฒนาการทางกฎหมายมากยิ่งขึ้น และสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ที่ต้องการจะให้กฎหมายละเมิดทำหน้าที่กำหนดหรือรับรองสิทธิ นอกเหนือจากการชดใช้เยียวยาค่าเสียหายแต่ประการเดียว

ที่มา : ความเสียหายประเภทต่าง ๆ ตามวรรคสองนำมาจากสิทธิพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญให้การรับรอง

มาตรา 421 การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดเสียหายแก่บุคคลอื่น หรือการใช้สิทธิที่มีได้มุ่งหวังประโยชน์อันเป็นปกติธรรมดาแห่งสิทธินั้น หรือการใช้สิทธิในลักษณะข่มเหงรังแก ล่วงเกิน คุกคาม หรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญแก่บุคคลอื่นเกินกว่าที่ควรคิดคาดหมายได้³ ท่านว่าเป็นการกระทำอันมิชอบ[ตามมาตรา 420]⁴ (มาตรา 421)

มาตรา 422 ถ้าบุคคลหลายคนก่อให้เกิดเสียหายแก่บุคคลอื่นโดยร่วมกันทำ ละเมิดหรือต่างกระทำก่อให้เกิดความเสียหายที่มีอาจแบ่งแยกได้ว่าส่วนไหนเกิดจากการกระทำของบุคคลใดไซ้⁵ ท่านว่าบุคคลเหล่านั้นจะต้องร่วมกันรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อ ความเสียหายนั้น ความข้อนี้ท่านให้ใช้ตลอดถึงกรณีที่ไม่สามารถสืบรู้ตัวได้แม้ว่าในจำพวกที่ทำ ละเมิดร่วมกันนั้น คนไหนเป็นผู้ก่อให้เกิดเสียหายนั้นด้วย อนึ่ง บุคคลผู้ยุงส่งเสริมหรือช่วยเหลือ แก่การกระทำอันเป็นเหตุให้เกิดละเมิดนั้น ท่านก็ให้ถือว่าเป็นผู้กระทำละเมิดร่วมกันด้วย

บุคคลผู้ได้รับความเสียหายจะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนทั้งหมดหรือบางส่วน จากผู้ที่ต้องรับผิดชอบตามวรรคหนึ่งทุกคนหรือคนใดคนหนึ่งก็ได้ เว้นแต่โดยพฤติการณ์แห่งคดีจะ ปรากฏว่ามีความสัมพันธ์ระหว่างผู้เสียหายกับผู้ที่ต้องรับผิดชอบบางคนในลักษณะที่ควรจะแบ่งส่วน ความรับผิดชอบแต่ละคนออกจากกันเพื่อความเป็นธรรมแก่ผู้ที่ต้องรับผิดชอบอื่น ศาลจะวินิจฉัยให้ ผู้ที่ต้องรับผิดชอบแต่ละคนรับผิดชอบตามส่วนแห่งการกระทำของตนก็ได้⁶

³ หลักการ : เป็นบทขยายคำว่า "โดยมิชอบ" ของร่างมาตรา 420 หมายถึง การใช้สิทธิโดยที่ตนเอง ไม่ได้รับประโยชน์มีแต่ไปสร้างความเสียหายแก่ผู้อื่นถือว่าเป็นการใช้สิทธิไม่ปกติ และบัญญัติเพิ่มเติมให้ถือว่าการ ใช้สิทธิในลักษณะข่มเหงรังแก ล่วงเกิน คุกคาม หรือก่อความเดือดร้อนรำคาญให้แก่บุคคลอื่นเกินกว่าที่ควร คิดคาดหมายได้เป็นการใช้สิทธิโดยมิชอบด้วย กรณีนี้มีที่มาจากบางครั้งผู้กระทำมีสิทธิและอำนาจที่จะกระทำ ได้ ตามความสัมพันธ์บางประการ เช่น ผู้บังคับบัญชามีสิทธิใช้ผู้ใต้บังคับบัญชา แต่ใช้ในลักษณะข่มเหงที่มีใช้ปกติ ธรรมดา จึงต้องมาพิจารณาก่อนว่าเป็นการใช้สิทธิที่มีชอบหรือเป็นการกระทำผิดเลย ซึ่งหากได้มีการบัญญัติ ถ้อยคำเหล่านี้จะทำให้ ร่างมาตรา 421 มีความชัดเจนยิ่งขึ้น

⁴ เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าเป็นการกระทำที่มีชอบตามร่างมาตรา 420

⁵ หลักการ : กำหนดให้บุคคลหลายคนที่ต่างกระทำเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับความเสียหายอันมีอาจ แบ่งแยกได้ว่าส่วนไหนเกิดจากการกระทำของผู้ใด จะต้องร่วมกันรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายนั้นโดยไม่คำนึงว่าจะกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

ที่มา : การบัญญัติเพิ่มเติมหลักการนี้ ศาลฎีกาหรือความเห็นทางตำราของไทยและต่างประเทศต่างใช้ หลักการมาตรา 301 คือให้รับผิดชอบอย่างลูกหนี้ร่วมซึ่งถือเป็นหลักการที่ถูกต้อง แต่ความเป็นจริงมีคำพิพากษา ศาลชั้นต้นมากมายที่ตัดสินว่าเมื่อต่างคนต่างประมาทเลินเล่อไม่สามารถนำมาตรา 432 มาใช้ได้ ส่งผลให้ไม่ อาจนำมาตรา 301 มาใช้บังคับกับกรณีต่างคนต่างประมาทแล้วเกิดละเมิด ซึ่งหากได้มีการขยายความเพิ่มเติม กรณีต่างคนต่างประมาทก่อให้เกิดความเสียหายที่มีอาจแบ่งแยกได้ว่าส่วนไหนเกิดจากการกระทำของบุคคลใด ให้ถือว่าเป็นการกระทำละเมิด ย่อมทำให้กฎหมายละเมิดมีความชัดเจน สามารถนำกฎหมายมาใช้ได้สะดวก ยิ่งขึ้น โดยไม่จำเป็นต้องยึดหลักในเรื่องหนึ่งอย่างเดียว ซึ่งการบัญญัติเพิ่มเติมเช่นนี้ผู้กระทำละเมิดยังรับผิดชอบตาม มาตรา 301

⁶ หลักการ : กำหนดเพิ่มเติมให้ผู้เสียหายสามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนทั้งหมดหรือบางส่วนจาก ผู้ที่ต้องรับผิดชอบจากการกระทำละเมิดคนใดคนหนึ่งก็ได้ และกำหนดให้ศาลสามารถกำหนดให้ผู้ทำละเมิดคนใดคน

ในระหว่างบุคคลทั้งหลายซึ่งต้องรับผิดชอบร่วมกันใช้คำสินไหมทดแทนนั้น ท่านว่าต่างต้องรับผิดชอบเป็นส่วนเท่า ๆ กัน เว้นแต่โดยพฤติการณ์ ศาลจะวินิจฉัยเป็นประการอื่น (มาตรา 432)

มาตรา 423⁷ ผู้ว่าจ้างทำของไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายอันผู้รับจ้างได้ก่อให้เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอกในการทำงานที่ว่าจ้าง เว้นแต่ผู้ว่าจ้างจะเป็นผู้ผิดในส่วนการทำงานที่สั่งให้ทำ หรือในคำสั่งที่ตนให้ไว้ หรือในการเลือกหาผู้รับจ้าง (มาตรา 428)

ส่วนที่ 2

บทสันนิษฐานความรับผิด

มาตรา 424 ถ้าความเสียหายเกิดแต่การฝ่าฝืนบทบังคับแห่งกฎหมายใดอันมีที่ประสงค์เพื่อจะปกป้องบุคคลอื่น สิ่งแวดล้อม หรือสวัสดิภาพของประชาชน ผู้ใดทำการฝ่าฝืนเช่นนั้น ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้นั้นเป็นผู้ผิด เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายนั้นเกิดแต่เหตุสุดวิสัย หรือเกิดเพราะความผิดของผู้ต้องเสียหายนั่นเอง⁸ (มาตรา 422)

หนึ่งรับผิดชอบตามส่วนแห่งการกระทำของเขาก็ได้ เพื่อแก้ไขปัญหาความไม่เป็นธรรมกรณีที่ผู้เสียหายมีความสัมพันธ์กับผู้กระทำละเมิดร่วม

ที่มา : คำพิพากษาในประเทศและต่างประเทศ เช่น คำพิพากษาของประเทศฝรั่งเศสมาจากคดี *faute ami* (เพื่อนของฉัน) ข้อเท็จจริงคือ ผู้เสียหายเป็นเพื่อนกับผู้ร่วมกระทำละเมิดฝ่ายหนึ่ง ผู้เสียหายฟ้องผู้กระทำละเมิดฝ่ายตรงข้ามให้รับผิดชอบเต็มจำนวน เมื่อผู้กระทำละเมิดฝ่ายที่ถูกฟ้องได้จ่ายคำสินไหมทดแทนไปแล้วสามารถไปไล่เบี้ยเอาจากผู้ร่วมกระทำละเมิดที่เป็นเพื่อนของผู้เสียหายนั้นได้เนื่องจากตามหาตัวไม่พบ หรือเมื่อพบก็ไม่มียุติธรรมที่จะไล่เบี้ยได้ หรือแม้จะเรียกคืนได้ก็เป็นการยาก ศาลฎีกาของประเทศฝรั่งเศสจึงออกแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาออกมาเหมือนในประเทศอังกฤษ โดยกำหนดให้ศาลกำหนดหรือจำกัดความรับผิดของผู้กระทำละเมิดให้รับผิดชอบเพียงเท่าส่วนที่ตนได้กระทำละเมิด ซึ่งกรณีเดียวกันนี้ก็เกิดที่ประเทศไทยเช่นกัน เพราะฉะนั้นหากนำหลักกฎหมายนี้รวมมาใช้โดยไม่กำหนดข้อยกเว้นอาจไม่เป็นธรรม ศาลไทยจึงได้นำหลักการนี้มาใช้โดยมีแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาฎีกาที่ชัดเจนแต่ไม่มีคนนำมาใช้เนื่องจากไม่เข้าใจความเป็นมาและเหตุผลในการใช้ ซึ่งท่านอาจารย์จิตติ ดิงศภัทริย์ ได้ทำวิจัยและบันทึกไว้ว่ากรณีนี้มีที่มาจากความสัมพันธ์ระหว่างผู้เสียหายและผู้กระทำละเมิดบางคนบางฝ่าย เพราะฉะนั้น เพื่อความเป็นธรรมควรมีข้อยกเว้นสำหรับกรณีพิเศษเช่นนี้ซึ่งไม่มีในกฎหมายนี้

นอกจากนี้ “การแบ่งแยกความเสียหายที่ต้องรับผิดชอบ” ก็ไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนว่าแบ่งแยกอย่างไร จึงให้นำมาตรา 301 มาใช้ การบัญญัติเช่นนี้น่าจะทำให้เกิดความชัดเจนและมีความเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น

⁷ หลักการ : มาจากมาตรา 428 เดิม โดยย้ายจากส่วนความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่น (Vicarious Liability) มาเป็นความรับผิดในการกระทำของตนเอง (Fault Liability) เนื่องจากสาระสำคัญของเนื้อหาในมาตรานี้อธิบายหลักในเรื่อง Fault ของผู้ว่าจ้างตามองค์ประกอบต่าง ๆ ที่กำหนดไว้

⁸ หลักการ ปรับปรุงเพิ่มเติมเพื่อให้ครอบคลุมถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม และสวัสดิภาพของประชาชน รวมทั้งเขียนข้อยกเว้นให้ชัดเจนเพื่อให้จำเลยสามารถพิสูจน์ได้ถึงความรับผิดได้

มาตรา 425⁹ ในกรณีที่ความเสียหายเกิดจากวัตถุหรือกิจการที่อยู่ภายใต้การควบคุมดูแล หรือบริหารจัดการของบุคคลใด หากปรากฏจากสภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์ว่าความเสียหายจะไม่พึงบังเกิดขึ้นได้เลย ถ้าบุคคลนั้นได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่และพฤติการณ์ ท่านว่าบุคคลดังกล่าวจะต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายนั้น เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่พฤติการณ์และหน้าที่ของตนแล้ว

มาตรา 426 ผู้ใดกล่าวหรือโฆษณาแพร่หลาย ซึ่งข้อความอันฝ่าฝืนต่อความจริง เป็นที่เสียหายแก่ชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของบุคคลอื่นก็ดี หรือเป็นที่เสียหายแก่ทางทำมาหาได้ หรือทางเจริญของเขาโดยประการอื่นก็ดี ท่านว่าผู้นั้นจะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่เขาเพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันเกิดแต่การนั้น เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้รู้ว่าการนั้นไม่จริง และไม่อยู่ในฐานะที่ควรจะรู้ได้¹⁰

ผู้ใดส่งข่าวสารอันตนมิได้รู้ว่าเป็นความไม่จริง หากว่าตนเองหรือผู้รับข่าวสารนั้นมีทางได้เสียโดยชอบในการนั้นด้วยแล้ว ท่านว่าเพียงที่ส่งข่าวสารเช่นนั้นหาทำให้ผู้นั้นต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนไม่ (มาตรา 423)

มาตรา 427 บุคคลใดครอบครองหรือควบคุมดูแลยานพาหนะอย่างใด ๆ อันเดินด้วยกำลังเครื่องจักรกล บุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่ยานพาหนะนั้น เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายนั้นเกิดแต่เหตุสุดวิสัย หรือเกิดเพราะความผิดของผู้ต้องเสียหายนั้นเอง

ความในมาตรานี้ให้ ใช้บังคับได้ตลอดถึงผู้มีไว้ในครอบครองของตนซึ่งทรัพย์อันเป็นของเกิดอันตรายได้โดยสภาพหรือโดยความมุ่งหมายที่จะใช้ หรือโดยอาการกลไกของทรัพย์ หรือโดยปริมาณหรือน้ำหนักของทรัพย์นั้น ¹¹(มาตรา 437)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์กิตติศักดิ์ ปรกติ เสนอให้ใช้ถ้อยคำว่า "ให้สันนิษฐานว่าผู้นั้นต้องรับผิด เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายเกิดจากพฤติการณ์ที่ผู้นั้นไม่ต้องรับผิดชอบ"

⁹ หลักการ : เพื่อคุ้มครองบุคคลจากวัตถุ กิจการหรือกิจกรรมที่ผู้ควบคุมดูแล หรือบริหารจัดการไม่ใช้ความระมัดระวังตามหน้าที่และพฤติการณ์ส่งผลให้วัตถุ กิจการหรือกิจกรรมที่อยู่ภายใต้การควบคุมนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น โดยนำหลักการ Res Ipsa Loquiter มาใช้

¹⁰ หลักการ : ผู้กล่าว หรือเผยแพร่ข้อความต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกล่าวหรือเผยแพร่ข้อความของตนแม้การกล่าวหรือเผยแพร่ข้อความนั้นจะเป็นจริงก็ตาม โดยกำหนดบทยกเว้นความรับผิดไว้เฉพาะกรณีไม่รู้ว่าข้อความนั้นไม่เป็นจริง

¹¹ หลักการ : เพื่อคุ้มครองผู้เสียหายที่เกิดจากทรัพย์ที่แม้โดยสภาพไม่เป็นอันตราย แต่โดยปริมาณหรือโดยน้ำหนักแล้วเป็นอันตราย

ในกรณีที่บุคคลหลายคนต่างครอบครองหรือควบคุมยานพาหนะตามวรรคหนึ่ง หรือครอบครองทรัพย์สินอันตราตามวรรคสองด้วยกัน หากบุคคลใดในบรรดาบุคคลเหล่านั้นได้รับความเสียหายอันเกิดแต่ยานพาหนะหรือทรัพย์สินดังกล่าว บุคคลนั้นไม่อาจเรียกร้องให้ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนระหว่างกันตามมาตรานี้ แต่ทั้งนี้ ไม่ตัดสิทธิบุคคลภายนอกซึ่งมิได้ครอบครองหรือควบคุมยานพาหนะหรือทรัพย์สินอันตราตามวรรคหนึ่งหรือทรัพย์สินดังกล่าวในอันที่จะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนตามมาตรานี้¹²

มาตรา 428¹³ บุคคลใดเพื่อแสวงหาประโยชน์ทางการค้า ประกอบกิจการหรือกิจกรรมใดที่อาจก่อให้เกิดอันตรายได้โดยสภาพหรือโดยวิธีการ บุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่กิจการหรือกิจกรรมนั้น เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายนั้นเกิดแต่เหตุสุดวิสัยหรือเกิดเพราะความผิดของผู้เสียหายนั้นเอง

มาตรา 429 ถ้าความเสียหายเกิดขึ้นเพราะเหตุที่โรงเรียน อาคารสาธารณะ¹⁴ หรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่นก่อสร้างไว้ชำรุดบกพร่องกีด หรือบำรุงรักษาไม่เพียงพอ กีด ท่านว่าผู้ครองโรงเรียน อาคารสาธารณะ หรือสิ่งปลูกสร้างนั้น ๆ จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน แต่ถ้าผู้ครองได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรเพื่อป้องกันมิให้เกิดเสียหายนั้นแล้ว ท่านว่าผู้เป็นเจ้าของหรือผู้ก่อสร้าง หรือผู้จำหน่ายจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน

บทบัญญัติที่กล่าวมาในวรรคหนึ่งนั้น ให้ใช้บังคับได้ตลอดถึงอาคารสาธารณะ โรงเรียนหรือสิ่งปลูกสร้างที่อยู่ระหว่างก่อสร้าง รวมทั้งความบกพร่องในการปลูก หรือคำจูนต้นไม้หรือกอไม้ด้วย

ในกรณีที่กล่าวมาในสองวรรคข้างต้นนั้น ถ้ายังมีผู้อื่นอีกที่ต้องรับผิดชอบในการก่อให้เกิดเสียหายนั้นด้วยไซ้ ท่านว่าผู้ที่ต้องรับผิดชอบไปตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสองจะใช้สิทธิไล่เบียดเอาแก่ผู้นั้นก็ได้ (มาตรา 434)

¹² หลักการ : เพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอกที่ได้รับความเสียหายกรณีบุคคลสองฝ่ายต้องบทสันนิษฐานการละเมิดร่วมกัน เช่น คดีที่รถทัวร์ชนกับรถบรรทุก และศาลได้มีคำพิพากษาคัดสิทธิผู้เสียหายซึ่งเป็นบุคคลภายนอกที่ไม่สามารถนำคดีมาฟ้องตามมาตรา 437 วรรคหนึ่งได้ ซึ่งเป็นคำพิพากษาในเชิงลบและยังไม่มีคดีที่จะเปิดช่องให้ศาลแก้ไขข้อบกพร่องนี้ได้ สมควรที่จะได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อมิให้มีการตัดสิทธิบุคคลภายนอกในการฟ้องเรียกค่าเสียหายตามกฎหมายละเมิด

¹³ หลักการ : เพื่อคุ้มครองบุคคลที่อาจได้รับความเสียหายจากผู้ประกอบการค้าที่ให้บริการหรือกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดอันตรายโดยสภาพหรือโดยวิธีการได้ ทั้งนี้ไม่รวมถึงกิจการหรือกิจกรรมที่มีได้แสวงหาประโยชน์ทางการค้า

¹⁴ หลักการ : เพื่อให้ครอบคลุมความรับผิดชอบในส่วนอาคารสาธารณะ โรงเรียนหรือสิ่งปลูกสร้างระหว่างการก่อสร้าง รวมทั้งขยายความรับผิดชอบไปยังบุคคลอื่นที่มีส่วนต้องรับผิดชอบ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในความสัมพันธ์เรื่องความรับผิดชอบระหว่างผู้ครอบครอง เจ้าของ และผู้ก่อสร้างหรือจำหน่ายสิ่งปลูกสร้าง

มาตรา 430¹⁵ ถ้าความเสียหายเกิดจากสิ่งของตกหล่นจากโรงเรือน อาคาร สาธารณะ หรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่น หรือเพราะทิ้งขี้ขางสิ่งของออกจากโรงเรือน หรือสิ่งปลูกสร้าง อย่างอื่นไปตกในที่อันมิควร ท่านว่าผู้ครองโรงเรือน หรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่นนั้นจำต้องรับผิดชอบเพื่อ ความเสียหายนั้น แต่ถ้าผู้ครองได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรเพื่อป้องกันมิให้เกิดเสียหายนั้น แล้ว ท่านว่าผู้เป็นเจ้าของจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน (มาตรา 436)

บทบัญญัติที่กล่าวมาในวรรคหนึ่ง ให้ใช้บังคับได้ตลอดถึงโรงเรือน อาคาร สาธารณะหรือสิ่งปลูกสร้างที่อยู่ระหว่างก่อสร้างด้วย

ในกรณีที่กล่าวมาในสองวรรคข้างต้นนั้น ถ้ายังมีผู้อื่นอีกที่ต้องรับผิดชอบ ในการก่อให้เกิดเสียหายนั้นด้วย ท่านว่าผู้ที่ต้องรับผิดชอบไปตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสองจะใช้สิทธิไล่ เบี้ยเอาแก่ผู้นั้นก็ได้

มาตรา 431 ถ้าความเสียหายเกิดขึ้นเพราะสัตว์ ท่านว่าเจ้าของสัตว์หรือบุคคล ผู้รับเลี้ยงรับรักษาไว้แทนเจ้าของจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ฝ่ายที่ต้องเสียหายเพื่อความ เสียหายอย่างใด ๆ อันเกิดแต่สัตว์นั้น เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าคนได้ใช้ความระมัดระวังอันสมควรแก่ การเลี้ยงการรักษาตามชนิดและนิสัยของสัตว์ หรือตามพฤติกรรมอย่างอื่น หรือพิสูจน์ได้ว่าความ เสียหายนั้นย่อมจะต้องมีขึ้นทั้งที่ได้ใช้ความระมัดระวังถึงเพียงนั้น

ในกรณีที่ความเสียหายตามวรรคหนึ่งเกิดจากสัตว์ร้าย เจ้าของสัตว์หรือบุคคล ผู้รับเลี้ยงรับรักษาไว้แทนเจ้าของจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ฝ่ายที่ต้องเสียหายเพื่อความ เสียหายอย่างใด ๆ อันเกิดจากสัตว์นั้น รวมทั้งต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ต้อง เสียหาย แม้ว่าความเสียหายนั้นจะเกิดขึ้นภายหลังหลุดพ้นจากการดูแลรักษาหรือพันกรรมสิทธิ์ ของตนไปแล้ว เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าเป็นเหตุสุดวิสัย หรือความผิดของผู้เสียหายเองโดยแท้¹⁶

บุคคลผู้ต้องรับผิดชอบดังกล่าวมาในวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง จะใช้สิทธิไล่เบี้ยเอา แก่บุคคลผู้ที่เร้าหรือยั่วสัตว์นั้นโดยมิชอบ หรือเอาแก่เจ้าของสัตว์อื่นอันมาเร้าหรือยั่วสัตว์นั้น ๆ ก็ได้ (มาตรา 433)

¹⁵ หลักการ : ขยายความรวมไปถึงสิ่งของตกหล่นจากสิ่งปลูกสร้างอื่น ๆ รวมทั้งขยายความรับผิดชอบไปยังบุคคลที่มีส่วนต้องรับผิดชอบคล้อยกับร่างมาตรา 429 โดยกำหนดข้อยกเว้นกรณีบุคคลไม่ต้องรับผิดชอบไว้

¹⁶ หลักการ เพิ่มเติมให้ครอบคลุมกรณีสัตว์ร้ายที่มีผู้นิยมนำมาเลี้ยงและไม่ให้การดูแลตามระดับ ความดุร้ายของสัตว์ รวมไปถึงควบคุมพฤติกรรมของเจ้าของสัตว์มิให้ละละสิทธิความเป็นเจ้าของหรือนำสัตว์ไป ปลดปล่อยไว้ในที่สาธารณะซึ่งอาจก่อให้เกิดอันตรายแก่บุคคลอื่นได้อันจะเป็นการช่วยป้องกันภัยให้แก่สังคม ประการหนึ่ง

ส่วนที่ 3

ความรับผิดในการกระทำของบุคคลอื่น

มาตรา 432 นายจ้างต้องร่วมกันรับผิดกับลูกจ้างในผลแห่งละเมิด ซึ่งลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้างนั้น (มาตรา 425)

มาตรา 433 นายจ้างซึ่งได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอก เพื่อละเมิดอันลูกจ้างได้กระทำไปในทางการที่จ้างชอบที่จะได้รับชดใช้จากลูกจ้างนั้นแต่ถ้าผลแห่งละเมิดได้เกิดขึ้นเพราะนายจ้างหรือตัวแทนหรือลูกจ้างอื่นของนายจ้างมีส่วนผิดประกอบด้วย ให้นายจ้างได้รับชดใช้เพียงเท่าส่วนแห่งความผิดของลูกจ้างผู้ทำละเมิดเท่านั้น¹⁷ (มาตรา 426)

มาตรา 434 บทบัญญัติในมาตรา 432 และมาตรา 433 ท่านให้ใช้บังคับแก่ตัวการและตัวแทนด้วยโดยอนุโลม (มาตรา 427)

ตัวแทนตามวรรคหนึ่ง ให้หมายความรวมถึง ตัวแทนโดยปริยาย ตัวแทนเชิด และการได้รับมอบหมายให้ทำกิจการงานใด ๆ แทนผู้อื่น หรือได้รับการใช้ หรือวานของเจ้าของกิจการงานนั้นด้วย¹⁸

มาตรา 435 บุคคลใดแม้ไร้ความสามารถเพราะเหตุเป็นผู้เยาว์ หรือวิกลจริตก็ยังคงรับผิดในผลที่ตนทำละเมิด บิดามารดาหรือผู้อนุบาลของบุคคลเช่นว่านี้ย่อมต้องรับผิดร่วมกับเขาด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่ดูแล ซึ่งบิดามารดาหรือผู้อนุบาลพึงต้องกระทำตามพฤติการณ์ โดยให้คำนึงถึงการอบรมสั่งสอน และพฤติกรรมของผู้เยาว์หรือคนวิกลจริตนั้นด้วย¹⁹ (มาตรา 429)

¹⁷ หลักการ : เป็นการแก้ไขเพื่อให้เกิดความชัดเจนตามหลักการเรื่อง Vicarious Liability หรือการร่วมรับผิดต่อผู้เสียหายว่าเป็นความรับผิดในลักษณะ Jointly หรือ Severally Liability ซึ่งศาลฎีกาได้วางแนวนโยบายไว้ชัดเจนในคำพิพากษาคดีแรงงานว่า กรณีที่นายจ้างมีส่วนผิด เช่น ใช้ลูกจ้างเกินกำลังจะไล่เบียดเพิ่มจำนวนไม่ได้ นอกจากนี้ยังทำให้ทั้งฝ่ายนายจ้างและลูกจ้างต่างมีหน้าที่ต้องระมัดระวังในการทำหน้าที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น

¹⁸ หลักการ : กำหนดนิยามของคำว่า "ตัวแทน" ให้มีความครอบคลุมและชัดเจนขึ้น หมายความว่ารวมถึงตัวแทนทางนิติบัญญัติและตัวแทนทางพฤตินัย โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่ามีสัญญาตัวแทนหรือไม่

¹⁹ หลักการ : ให้พิจารณาไปถึงประวัติการอบรม เลี้ยงดู สั่งสอนของบิดามารดาและผู้อนุบาลนั้น ประกอบมาตรฐานความระมัดระวังในการดูแลด้วย และรวมถึงพิจารณาพฤติกรรมของเด็กด้วย

มาตรา 436 ครูอาจารย์ นายจ้าง หรือบุคคลอื่นซึ่งรับดูแลผู้เยาว์หรือผู้มีความผิดปกติทางกายหรือจิตใจ หรือคนวิกลจริต²⁰ อยู่เป็นนิตย์ก็ดี ชั่วคราวก็ดี จำต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอันเกิดจากการกระทำของบุคคลดังกล่าว ซึ่งเขาได้กระทำลงในระหว่างที่อยู่ในความดูแลของตน ถ้าหากพิสูจน์ได้ว่าบุคคลนั้น ๆ มิได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร (มาตรา 430)

มาตรา 437 ในการพิพากษาคดีข้อความรับผิดชอบเพื่อละเมิด และกำหนดค่าสินไหมทดแทนนั้น ท่านว่าศาลไม่จำเป็นต้องคำนึงตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายอาญาอันว่าด้วยการที่จะต้องรับโทษ และไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงการทำผิดต้องคำพิพากษาลงโทษทางอาญาหรือไม่ (มาตรา 424)

หมวด 3

เหตุยกเว้นหรือลดหย่อนความรับผิด²¹

มาตรา 438 บุคคลใดเมื่อกระทำการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายก็ดี กระทำตามคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมายก็ดี หากก่อให้เกิดเสียหายแก่ผู้อื่นไซ้ ท่านว่าบุคคลนั้นหาต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนไม่

ผู้ต้องเสียหายอาจเรียกค่าสินไหมทดแทนจากผู้เป็นต้นเหตุให้ต้องป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือจากบุคคลผู้ให้คำสั่งโดยละเมิดนั้นก็ได้ (มาตรา 449)

มาตรา 439 ถ้าบุคคลทำบุบสลาย หรือทำลายทรัพย์สินหนึ่งสิ่งใด เพื่อจะบำบัดปิดป้องภัยอันตรายซึ่งมีมาเป็นสาธารณะโดยฉุกเฉิน ท่านว่าไม่จำเป็นต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนหากความเสียหายนั้นไม่เกินสมควรแก่เหตุภัยอันตราย

ถ้าบุคคลทำบุบสลาย หรือทำลายทรัพย์สินหนึ่งสิ่งใด เพื่อจะบำบัด ปิดป้องภัยอันตรายอันมีแก่เอกชนโดยฉุกเฉิน ผู้นั้นจะต้องใช้ทรัพย์สินนั้น

ถ้าบุคคลทำบุบสลาย หรือทำลายทรัพย์สินหนึ่งสิ่งใด เพื่อจะป้องกันสิทธิของตนหรือของบุคคลภายนอกจากภัยอันตรายอันมีมาโดยฉุกเฉินเพราะตัวทรัพย์สินนั้นเองเป็นเหตุ บุคคลเช่นว่านี้หาต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนไม่ หากว่าความเสียหายนั้นไม่เกินสมควรแก่เหตุ แต่ถ้าภัยอันตรายนั้นเกิดขึ้นเพราะความผิดของบุคคลนั้นเองแล้ว ท่านว่าจำต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้ (มาตรา 450)

²⁰ หลักการ : กำหนดให้ครูบาอาจารย์ นายจ้าง หรือบุคคลอื่นที่จะต้องเป็นผู้รับผิดชอบหลักในการกระทำของผู้เยาว์ ผู้มีความผิดปกติทางกายหรือจิตใจ หรือคนวิกลจริตที่ตนดูแล เว้นแต่จะมีข้อยกเว้นตามกฎหมาย

²¹ เปลี่ยนแปลงชื่อหมวดจากนิรโทษกรรมเป็นบทยกเว้นหรือลดหย่อนความรับผิดเพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติในหมวดนี้ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการได้รับยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดและเพื่อมิให้เกิดความสับสนกับชื่อหมวดในกฎหมายอาญา

มาตรา 440²² บุคคลใช้กำลังในกรณีจำเป็นเพื่อป้องกันหรือสงวนรักษาสิทธิของตนหรือผู้อื่น ถ้าตามพฤติการณ์จะขอให้ศาลหรือเจ้าหน้าที่ช่วยเหลือให้ทันท่วงที่ไม่ได้ และถ้ามิได้ทำในทันใด ภัยมีอยู่ด้วยการที่ตนหรือผู้ทรงสิทธิจะได้สมดังสิทธินั้นจะต้องประวิงไปมากหรือถึงแก่สาบสูญได้ไซ้ ท่านว่าบุคคลนั้นหาต้องรับผิดชอบใช้คำสินไหมทดแทนไม่

การใช้กำลังดังกล่าวมาในวรรคก่อนนั้น ท่านว่าต้องจำกัดครั้งเคร่งแต่เฉพาะที่จำเป็น เพื่อจะบำบัดป้องภัยอันตรายเท่านั้น

ถ้าบุคคลผู้ใดกระทำการดังกล่าวมาในวรรคต้น เพราะหลงสันนิษฐานพลาดไปว่ามีเหตุอันจำเป็นที่จะทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายไซ้ ท่านว่าผู้นั้นจะต้องรับผิดชอบใช้คำสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลอื่น แม้ทั้งการที่หลงพลาดไปนั้นจะมีไซ้เป็นเพราะความประมาทเลินเล่อของตน (มาตรา 451)

มาตรา 441 ผู้ครองอสังหาริมทรัพย์ชอบที่จะจับสัตว์ของผู้อื่นอันเข้ามาทำความเสียหายในอสังหาริมทรัพย์นั้น และยึดไว้เป็นประกันคำสินไหมทดแทนอันจะพึงต้องใช้แก่ตนได้ และถ้าเป็นการจำเป็นโดยพฤติการณ์ แม้จะฆ่าสัตว์นั้นเสียก็ชอบที่จะทำได้

แต่ว่าผู้นั้นต้องบอกกล่าวแก่เจ้าของสัตว์โดยไม่ชักช้า ถ้าและหาตัวเจ้าของสัตว์ไม่พบผู้ที่จับสัตว์ไว้ต้องจัดการตามสมควรเพื่อสืบหาตัวเจ้าของ (มาตรา 452)

มาตรา 442²³ การกระทำใดอันอาจเป็นละเมิดตามความในลักษณะนี้ หากผู้ที่จะได้ได้รับความเสียหายจากการนั้นได้รับรู้ข้อมูลอันเป็นสาระสำคัญของการกระทำและผลของการ

²² หลักการ : บัญญัติเพิ่มเติมเพื่อให้เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้น

²³ หลักการ : นำเรื่องความยินยอมมาบัญญัติไว้ให้ชัดเจน โดยไม่ต้องอิงกับพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ดังนี้

1. วรรคหนึ่งและวรรคสอง เรื่อง Informed Consent บัญญัติเพื่อให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการการให้ความยินยอม

2. วรรคสาม เรื่อง Presume Consent บัญญัติให้บุคคลอื่นสามารถให้ความยินยอมแทนผู้เสียหายที่ไม่อยู่ในสถานะที่จะให้ความยินยอมได้ ทั้งนี้ต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของผู้เสียหายโดยใช้หลักวิญญูชน คำว่า "บุคคลอื่น" ไม่จำกัดเพียงคู่สมรส ผู้ปกครอง ผู้ใช้อำนาจปกครอง ผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์เท่านั้น

3. วรรคสี่ เรื่อง Right to withdraw consent บัญญัติให้ผู้เสียหายสามารถถอนความยินยอมได้ตลอดเวลาไม่ว่าผู้เสียหายหรือบุคคลตามวรรคสามจะเป็นผู้ให้ความยินยอมเพื่อมิให้นำการกระทำหลังจากนั้นมาอ้างความยินยอมเป็นเหตุยกเว้นมิให้เป็นละเมิดได้อีก และเคารพหลักสิทธิในการแสดงเจตนาของผู้เสียหาย

ที่มา : ประมวลกฎหมายแพ่งโปรตุเกส

"mere sciens is not volens"

Art. 340 Portugal Civil Code

1. The act violating rights of another is lawful if he consented to the violation

กระทำโดยชัดแจ้งแล้วได้ยินยอมให้บุคคลใดกระทำการนั้น ให้ถือว่าการกระทำดังกล่าวไม่เป็นละเมิด และผู้กระทำไม่จำเป็นต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น (informed consent)

การให้ความยินยอมตามวรรคหนึ่งต้องเป็นไปด้วยความสมัครใจ (voluntarily given) และต้องไม่เป็นการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (not prohibited by law or in conflict with bonos mores)

ในกรณีที่ผู้เสียหายอยู่ในสภาวะที่ไม่สามารถจะให้ความยินยอมได้ แต่มีเหตุอันควรที่บุคคลอื่นจะต้องกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อประโยชน์แก่ผู้เสียหายเอง และบุคคลนั้นได้กระทำการดังกล่าวไปในทางที่วิญญูชนอาจคาดเห็นได้ว่าตรงกับความประสงค์ของผู้เสียหาย ก็ให้ถือว่าผู้เสียหายได้ให้ความยินยอมแก่การกระทำนั้นแล้ว (presumed consent)

ความยินยอมที่ผู้เสียหายได้ให้หรือถือว่าได้ให้ตามมาตรานี้ ผู้เสียหายจะถอนคืนเสียเมื่อใดก็ได้ และเมื่อผู้เสียหายได้ถอนคืนความยินยอมแล้ว การกระทำหลังจากนั้นไม่อาจอ้างความยินยอมที่ผู้เสียหายให้ไว้แต่เดิมมาเป็นเหตุยกเว้นมิให้เป็นละเมิดได้อีกต่อไป (right to withdraw consent)

2. The injured's consent does not exclude the unlawfulness of the act if it violate a statutory prohibition or bonos mores.
3. Consent is considered to have been given if the injury occurred in the interest of the injured and in accordance with his presumed wishes.

* Consent is only a defense if and in so far as it is part of the defendant's burden of proof

หลัก : Volenti non fit injuria

No injury is done to the one who consents. "ความยินยอมของผู้เสียหายทำให้ไม่เป็นละเมิด"

เงื่อนไข :

1. ต้องเป็นการให้ความยินยอมของผู้เสียหาย (ในการกระทำของจำเลย)
2. เป็นความยินยอมโดยสมัครใจ (Volition) มิได้ถูกบังคับ-ขู่เข็ญ-หลอกลวงหรือสำคัญผิด
3. ได้รับแจ้งข้อมูลที่เป็นสาระสำคัญต่อการเข้าเสี่ยงภัยนั้น (Informed Consent) และ
4. ไม่ต้องห้ามตามกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อย

มาตรา 443²⁴ ในกรณีที่ผู้ต้องเสียหายสมัครใจเข้าทะเลาะวิวาทหรือสมัครใจเข้าร่วมกระทำกิจกรรมใด อันเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และได้รับความเสียหายเนื่องมาจากการกระทำของผู้ร่วมทะเลาะวิวาท หรือร่วมกระทำกิจกรรมนั้น ศาลจะกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้น้อยลงเพียงใด หรือจะไม่กำหนดให้เลยก็ได้ (ex turpi causa non oritur actio)

มาตรา 444 ถ้าความเสียหายได้เกิดขึ้นเพราะความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดของผู้ต้องเสียหายประกอบด้วยไซ้ ท่านให้นำส่วนผิดของผู้ต้องเสียหายนั้นมาหักลดความรับผิดของผู้ที่ต้องรับผิดลงตามส่วน ทั้งนี้ ไม่ว่าฝ่ายใดจะมีส่วนผิดมากหรือน้อยกว่ากันหรือเท่าเทียมกัน²⁵
(มาตรา 442) (contributory fault)

มาตรา 445 ผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งเพื่อให้ความเห็นประกอบการพิจารณาพิพากษาคดี ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดแก่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหากได้จงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงในการให้ความเห็นที่เป็นเท็จหรือไม่เป็นไปตามมาตรฐานวิชาชีพ และศาลได้ตัดสินหรือมีคำพิพากษาให้คู่ความฝ่ายนั้นต้องเสียหายอันเนื่องมาจากความเห็นนั้น²⁶

ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงตามความในวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำโดยปราศจากความระมัดระวังที่เบี่ยงเบนไปจากเกณฑ์มาตรฐานอย่างมาก ซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจำต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์²⁷

²⁴ หลักการ : มาจากหลัก ex turpi causa no oritur actio ในกรณีที่ผู้ต้องเสียหายสมัครใจเข้าทะเลาะวิวาทหรือสมัครใจเข้าร่วมกระทำกิจกรรมใดอันเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และได้รับความเสียหายเนื่องมาจากการกระทำของผู้ร่วมทะเลาะวิวาท หรือร่วมกระทำกิจกรรมนั้น ศาลจะกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้น้อยลงเพียงใด หรือจะไม่กำหนดให้เลยก็ได้ เพื่อแสดงให้เห็นว่ากฎหมายละเมิดไม่คุ้มครองผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดที่เกิดขึ้นระหว่างการกระทำหรือดำเนินกิจกรรมชั่วร้ายที่กฎหมายไม่คุ้มครอง

²⁵ หลักการ : มาจากหลัก "Contributory Fault" เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้กระทำละเมิดในการรับผิดชอบผู้เสียหาย

²⁶ หลักการ : เพื่อให้ความคุ้มครองคู่ความในคดีที่อาจได้รับความเสียหายจากการกระทำจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งขึ้นเพื่อให้ความเห็นและศาลได้มีคำตัดสินหรือคำพิพากษาบนความเห็นนั้น

ที่มา : Section 839 a ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน แก้ไขปรับปรุง ปี ค.ศ. 2002

If an expert appointed by the court intentionally or by gross negligence submits a false expert opinion, then he is liable to make compensation for the damage incurred by a party to the proceedings as a result of a court decision based on this expert opinion.

²⁷ หลักการ : เพื่อกำหนดนิยามคำว่า "ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง"

ที่มา : คำตอบข้อหารือของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 61/2540

หมวด 4

คำสั่งใหม่ทดแทน

มาตรา 446 คำสั่งใหม่ทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด (มาตรา 438)

²⁸ คำสั่งใหม่ทดแทนตามวรรคหนึ่ง นอกจากค่าเสียหายแล้วให้หมายความรวมถึงมาตรการป้องกันและเยียวยาตั้งต่อไปนี้ด้วย

(1) คำสั่งห้ามมิให้กระทำการอันจะเป็นละเมิดหรือเป็นการกระทำซ้ำหรือกระทำต่อไปซึ่งละเมิด

(2) คำสั่งบังคับให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อป้องกันภัยพิบัติหรือความเสียหายที่ใกล้จะเกิดขึ้นอันจะเป็นละเมิดต่อบุคคลอื่นหรือให้กระทำการแก้ไขเยียวยาเพื่อกำจัดหรือบรรเทาผลร้ายที่เกิดจากการทำละเมิดให้หมดไป

(3) คำพิพากษาหรือคำสั่งแสดงสิทธิของผู้ที่ได้รับความเสียหายอันถูกโต้แย้งโดยมิชอบ บุคคลใดจะประจบความเสียหายอันพึงเกิดจากโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่นของผู้อื่น บุคคลผู้นั้นชอบที่จะเรียกให้จัดการตามที่จำเป็นเพื่อบำบัดป้องกันตรายนั้นเสียได้ (มาตรา 435)

บุคคลใดทำให้เขาต้องเสียหายแก่ชื่อเสียง เมื่อผู้ต้องเสียหายร้องขอ ศาลจะสั่งให้บุคคลนั้นจัดการตามควรเพื่อทำให้ชื่อเสียงของผู้นั้นกลับคืนดีแทนให้ใช้ค่าเสียหายหรือทั้งให้ใช้ค่าเสียหายด้วยก็ได้ (มาตรา 447)

มาตรา 447 บุคคลผู้จำต้องคืนทรัพย์สินอันผู้อื่นต้องเสียไปเพราะละเมิดแห่งตนนั้น ยังต้องรับผิดชอบตลอดถึงการที่ทรัพย์สินนั้นทำลายลงโดยอุบัติเหตุหรือการคืนทรัพย์สินตกเป็นพันวิสัย เพราะเหตุอย่างอื่นโดย อุบัติเหตุ หรือทรัพย์สินนั้นเสื่อมเสียลงโดยอุบัติเหตุด้วย เว้นแต่เมื่อการที่ทรัพย์สินนั้นทำลาย หรือตกเป็นพันวิสัยจะคืนหรือเสื่อมเสียนั้น ถึงแม้ว่าจะมิได้มีการทำละเมิด ก็คงจะต้องตกไปเป็นอย่างนั้นอยู่เอง (มาตรา 439)

มาตรา 448 ในกรณีที่ต้องใช้ราคาทรัพย์สินอันได้เอาของเขาไปก็ดี ในกรณีที่ต้องใช้ราคาทรัพย์สินลดน้อยลงเพราะบุบสลายก็ดี ฝ่ายผู้ต้องเสียหายจะเรียกดอกเบี้ยในจำนวนเงินที่จะต้องใช้คิดตั้งแต่เวลาอันเป็นฐานที่ตั้งแห่งการประมาณราคานั้นก็ได้ (มาตรา 440)

²⁸ หลักการ : เพื่อกำหนดประเภทของคำสั่งใหม่ทดแทนให้ชัดเจนขึ้น โดยนำหลักการเรื่อง Injunction Measure, Preventive, Restorative Measure และ Declaration of right มาใส่ไว้

มาตรา 449 ถ้าบุคคลจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ เพราะเอาสังหาริมทรัพย์ของเขาไปกิติ หรือเพราะทำของเขาให้บุบสลายกิติ เมื่อใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลซึ่งเป็นผู้ครองทรัพย์สินนั้นอยู่ในขณะที่เอาไป หรือขณะที่ทำให้บุบสลายนั้นแล้ว ท่านว่าเป็นอันหลุดพ้นไปเพราะการที่ได้ใช้ให้เช่นนั้น แม้กระทั่งบุคคลภายนอกจะเป็นเจ้าของทรัพย์สินหรือมีสิทธิอย่างอื่นเหนือทรัพย์สินนั้น เว้นแต่สิทธิของบุคคลภายนอกเช่นนั้นจะเป็นที่รู้อยู่แก่ตน หรือมิได้รู้เพราะความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตน (มาตรา 441)

มาตรา 450 ในกรณีทำให้เขาถึงตายนั้น ค่าสินไหมทดแทน ได้แก่ ค่าปลงศพ รวมทั้งค่าใช้จ่ายอันจำเป็นอย่างอื่น ๆ อีกด้วย

ถ้ามิได้ตายในทันที ค่าสินไหมทดแทน ได้แก่ ค่ารักษาพยาบาล รวมทั้งค่าเสียหายที่ต้องขาดประโยชน์ทำมาหาได้เพราะไม่สามารถประกอบกิจการนั้นด้วย

ถ้าว่าเหตุที่ตายลงนั้นทำให้บุคคลหนึ่งคนใดต้องขาดไว้อุปการะตามกฎหมายหรือตามความเป็นจริงไปด้วยไซ้ ท่านว่าบุคคลคนนั้นชอบที่จะได้รับค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น (มาตรา 443)

มาตรา 451 ในกรณีทำให้เสียหายแก่ร่างกายหรืออนามัยนั้น ผู้ต้องเสียหายชอบที่จะได้รับชดใช้ค่าใช้จ่ายอันตนต้องเสียไป และค่าเสียหายเพื่อการที่เสียความสามารถประกอบกิจการสิ้นเชิงหรือแต่บางส่วน ทั้งในเวลาปัจจุบันนั้นและในเวลาอนาคตด้วย

ถ้าในเวลาพิพากษาคดี เป็นพันวิสัยจะหยั่งรู้ได้แน่ว่าความเสียหายนั้นได้มีแท้จริงเพียงใด ศาลจะกล่าวในคำพิพากษาว่ายังสงวนไว้ซึ่งสิทธิที่จะแก้ไขคำพิพากษานั้นอีกภายในระยะเวลาไม่เกินห้า²⁹ ปีก็ได้ (มาตรา 444)

มาตรา 452 ในกรณีทำให้เขาถึงตาย หรือให้เสียหายแก่ร่างกาย หรืออนามัยก็ดี ในกรณีทำให้เขาเสียเสรีภาพก็ดี ถ้าผู้ต้องเสียหายมีความผูกพันตามกฎหมายจะต้องทำการงานให้เป็นคุณแก่บุคคลภายนอก ท่านว่าบุคคลผู้จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้นจะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่บุคคลภายนอก เพื่อที่เขาต้องขาดประโยชน์จากการอันนั้นไปด้วย (มาตรา 445)

²⁹ หลักการ : ขยายระยะเวลาในการให้ศาลแก้ไขคำพิพากษาจาก 2 ปี เป็น 5 ปี

มาตรา 452/1 ในกรณีทำให้เขาถึงแก่ความตาย หรือเสียหายแก่ร่างกาย อนามัย สุขภาพ เสรีภาพ ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ สิทธิในการประกอบอาชีพการงาน สิทธิในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง หรือความเป็นอยู่ส่วนตัว สามัญ ภริยา บุพการี หรือผู้สืบสันดานของผู้ตาย หรือ³⁰ ผู้ต้องเสียหายแล้วแต่กรณีจะเรียกร้องเอาค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอย่างอื่น อันมิใช่ตัวเงินด้วยอีกก็ได้

อนึ่ง บุคคลที่ต้องเสียหายเพราะผู้ใดทำละเมิดเป็นทุณศีลธรรม หรือการล่วงเกิน คุกคามทางเพศแก่ตนก็ย่อมมีสิทธิเรียกร้องทำนองเดียวกันนี้ (มาตรา 446)

มาตรา 452/2 นอกจากค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดในหมวดนี้ หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าการละเมิดนั้นได้กระทำต่อผู้เสียหายโดยเจตนาร้าย โดยจงใจหรือประมาท เลินเล่ออย่างร้ายแรง มีพฤติการณ์ทารุณโหดร้าย ช่มเหรงรังแก กลั่นแกล้ง แสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ หรือมิได้คำนึงถึงสิทธิของบุคคลอื่น ให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษ เพิ่มขึ้นจากจำนวนค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงที่ศาลกำหนดได้ตามที่ศาลเห็นสมควร แต่ไม่เกินสองเท่าของค่าสินไหมทดแทนที่แท้จริงนั้น ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ต่าง ๆ เช่น ความร้ายแรง ของความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ สถานะทางการเงินของผู้กระทำละเมิด การที่ผู้กระทำละเมิด ได้บรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้น และการที่ผู้เสียหายมีส่วนในการก่อให้เกิดความเสียหายด้วย³¹

ความรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการลงโทษตามวรรคหนึ่ง มิให้นำไปใช้เป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาประกันภัย³²

³⁰ หลักการ : ขยายขอบเขตในการเรียกค่าสินไหมทดแทนที่ไม่ใช่ตัวเงินให้สอดคล้องกับความเสียหายตามมาตรา 420 วรรคสองหรือวรรคสาม พร้อมทั้งขยายสิทธิในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนไปยังสามัญ ภริยา บุพการี หรือผู้สืบสันดานในกรณีผู้เสียหายตาย

³¹ หลักการ : 1. กำหนดให้ศาลสามารถกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษได้เพื่อให้กฎหมายละเมิด นอกจากจะมีบทบทเพื่อเยียวยาความเสียหายแล้ว ยังมีบทบทในการป้องกันและยับยั้งมิให้มีการกระทำละเมิด ในลักษณะร้ายแรงและเป็นพฤติกรรมที่ชั่วร้ายเกิดขึ้นในสังคมซ้ำอีก

2. จำนวนค่าสินไหมทดแทนที่ให้ศาลมีอำนาจกำหนดเพื่อการลงโทษเพิ่มขึ้น 2 เท่า เป็นแนวคิดที่นำมาจากพระราชบัญญัติส่งเสริมคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 ที่ได้มีการประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมายแล้ว นอกจากนี้หลักการดังกล่าวยังปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติความรับผิดจากสินค้าไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551

³² หลักการ : มิให้มีการประกันภัยค่าเสียหายในเชิงลงโทษ เพราะจะทำให้เจตนาที่กฎหมายตั้งใจจะลงโทษผู้กระทำผิดไม่มีความหมาย

ที่มา ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1371 แก้ไขปี ค.ศ. 2002

Article 1371 A person, who commits a manifestly deliberate fault, and notably a fault with a view to gain, can be condemned in addition to compensatory damages to pay punitive damages, part of which the court may in its discretion allocate to the Public Treasury. A court's decision to order payment of damages of this kind must be supported with specific reasons and their amount distinguished from any other damages awarded to the victim. Punitive damages may not be the object of insurance.

มาตรา 452/3 สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดแต่มูลละเมิดนั้น ท่านว่าขาดอายุความเมื่อพ้นสองปี³³ นับแต่วันที่ผู้ต้องเสียหายรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน หรือเมื่อพ้นสิบปีนับแต่วันที่ละเมิด

ในกรณีที่มีความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพ อนามัยจะต้องใช้เวลาในการแสดงอาการผู้เสียหายต้องใช้สิทธิเรียกร้องภายในสามปีนับแต่วันที่รู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน แต่ไม่เกินสิบปีนับแต่รู้ถึงความเสียหาย³⁴

แต่ถ้าเรียกร้องค่าเสียหายในมูลอันเป็นความผิดมิโทษตามกฎหมายอาญา และมีกำหนดอายุความทางอาญายาวกว่าที่กล่าวมานั้นไซ้ ท่านให้อายุความที่ยาวกว่านั้นมาบังคับ" (มาตรา 448)

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

.....

นายกรัฐมนตรี

³³ หลักการ : ขยายอายุความ เพื่อคุ้มครองผู้เสียหายจาก 1 ปี เป็น 2 ปี

³⁴ หลักการ : เพิ่มเติมเป็นข้อยกเว้นเรื่องอายุความสำหรับการกระทำละเมิดต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพ อนามัยซึ่งต้องใช้เวลาในการแสดงอาการ

ที่มา : พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 13

มาตรา 13 ในกรณีความเสียหายเกิดขึ้นต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพ หรืออนามัยโดยผลของสารที่สะสมอยู่ในร่างกายของผู้บริโภคหรือเป็นกรณีที่ต้องใช้เวลาในการแสดงอาการ ผู้บริโภคหรือผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภคต้องใช้สิทธิเรียกร้องภายในสามปีนับแต่วันที่รู้ถึงความเสียหายและรู้ตัวผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องรับผิดชอบ แต่ไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่รู้ถึงความเสียหาย

ภาคผนวก ง

กฎหมายลายลักษณ์อักษรในบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา
ที่บัญญัติห้ามมิให้มีการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการให้กำเนิดบุตรที่พิการ
และบัญญัติห้ามมิให้มีการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการเกิดขึ้นมามีชีวิต

มลรัฐแอริโซนา

Ariz Rev Stat § 12-719 Civil liability; wrongful birth or life claims ; applicability

A. A person is not liable for damages in any civil action for wrongful birth based on a claim that, but for an act or omission of the defendant, a child or children would not or should not have been born.

B. A person is not liable for damages in any civil action for wrongful life based on a claim that, but for an act or omission of the defendant, the person bringing the action would not or should not have been born.

C. This section applies to any claim regardless of whether the child is born healthy or with a birth defect or other adverse medical condition.

D. This section does not apply to any civil action for damages for an intentional or grossly negligent act or omission, including an act or omission that violates a criminal law

มลรัฐไอดาโฮ

Idaho Code § 5-334 Act or omission preventing abortion not actionable

(1) A cause of action shall not arise, and damages shall not be awarded, on behalf of any person, based on the claim that but for the act or omission of another, a person would not have been permitted to have been born alive but would have been aborted.

(2) The provisions of this section shall not preclude causes of action based on claims that, but for a wrongful act or omission, fertilization would not have occurred, maternal death would not have occurred or disability, disease, defect or deficiency of an individual prior to birth would have been prevented, cured or ameliorated in a manner that preserved the health and life of the affected individual.

มลรัฐอินดีแอนา

Ind.Code § 34-12-1-1 Negligence action; damages

A person may not maintain a cause of action or receive an award of damages on the person's behalf based on the claim that but for the negligent conduct of another, the person would have been aborted.

มลรัฐมิชิแกน

Mich. Comp. Laws § 600-2971 Wrongful birth or wrongful life claims; prohibitions; exceptions

(1) A person shall not bring a civil action on a wrongful birth claim that, but for an act or omission of the defendant, a child or children would not or should not have been born.

(2) A person shall not bring a civil action for damages on a wrongful life claim that, but for the negligent act or omission of the defendant, the person bringing the action would not or should not have been born.

(3) A person shall not bring a civil action for damages for daily living, medical, educational, or other expenses necessary to raise a child to the age of majority, on a wrongful pregnancy or wrongful conception claim that, but for an act or omission of the defendant, the child would not or should not have been conceived.

(4) The prohibition stated in subsection (1), (2), or (3) applies regardless of whether the child is born healthy or with a birth defect or other adverse medical condition. The prohibition stated in subsection (1), (2), or (3) does not apply to a civil action for damages for an intentional or grossly negligent act or omission, including, but not limited to, an act or omission that violates the Michigan penal code, 1931 PA 328, MCL 750.1 to 750.568.

มลรัฐมิชิแกน

Minn.Stat. § 145.424 Prohibition of tort actions

Subdivision 1. Wrongful life action prohibited. No person shall maintain a cause of action or receive an award of damages on behalf of that person based on the claim that but for the negligent conduct of another, the person would have been aborted.

Subdivision 2. Wrongful birth action prohibited. No person shall maintain a cause of action or receive an award of damages on the claim that but for the negligent conduct of another, a child would have been aborted.

Subdivision 3. Failure or refusal to prevent a live birth. Nothing in this section shall be construed to preclude a cause of action for intentional or negligent malpractice or any other action arising in tort based on the failure of a contraceptive method or sterilization procedure or on a claim that, but for the negligent conduct of another, tests or treatment would have been provided or would have been provided properly which would have made possible the prevention, cure, or amelioration of any disease, defect, deficiency, or disability; provided, however, that abortion shall not have been deemed to prevent, cure, or ameliorate any disease, defect, deficiency, or disability. The failure or refusal of any person to perform or have an abortion shall not be a defense in any action, nor shall that failure or refusal be considered in awarding damages or in imposing a penalty in any action.

มลรัฐมิสซูรี

Mo.Rev.Stat. § 188.130 No cause of action for wrongful life

1. No person shall maintain a cause of action or receive an award of damages on behalf of himself or herself based on the claim that but for the negligent conduct of another, he or she would have been aborted.

2. No person shall maintain a cause of action or receive an award of damages based on the claim that but for the negligent conduct of another, a child would have been aborted.

มลรัฐนอร์ทดาโคตา

N.D. Cent.Code § 32-03-43 Wrongful life action prohibited - Definition

No person may maintain a claim for relief or receive an award for damages on that person's own behalf based on the claim that, but for the act or omission of another, that person would have been aborted. As used in this section, "abortion" means the termination of human pregnancy with an intention other than to produce a live birth or to remove a dead embryo or fetus.

มลรัฐเพนซิลเวเนีย

42 Pa. Cons.Stat. § 8305 Actions for wrongful birth and wrongful life

(a) Wrongful birth.--There shall be no cause of action or award of damages on behalf of any person based on a claim that, but for an act or omission of the defendant, a person once conceived would not or should not have been born. Nothing contained in this subsection shall be construed to prohibit any cause of action or award of damages for the wrongful death of a woman, or on account of physical injury suffered by a woman or a child, as a result of an attempted abortion. Nothing contained in this subsection shall be construed to provide a defense against any proceeding charging a health care practitioner with intentional misrepresentation under the act of October 5, 1978 (P.L. 1109, No. 261), known as the Osteopathic Medical Practice Act, the act of December 20, 1985 (P.L. 457, No. 112), known as the Medical Practice Act of 1985, or any other act regulating the professional practices of health care practitioners.

(b) Wrongful life.--There shall be no cause of action on behalf of any person based on a claim of that person that, but for an act or omission of the defendant, the person would not have been conceived or, once conceived, would or should have been aborted.

(c) Conception.--A person shall be deemed to be conceived at the moment of fertilization.

มลรัฐเซาท์ดาโคตา

S.D. Codified Laws Ann. §§ 21-55-1 & 21-55-2

Action or damages for conception or birth prohibited--“Conception” defined

There shall be no cause of action or award of damages on behalf of any person based on the claim of that person that, but for the conduct of another, he would not have been conceived or, once conceived, would not have been permitted to have been born alive. The term “conception,” as used in this section, means the fertilization of a human ovum by a human sperm, which occurs when the sperm has penetrated the cell membrane of the ovum.

มลรัฐยูทาห์

Utah Code § 78-11-24 Act or omission preventing abortion not actionable

(1) The Legislature finds and declares that it is the public policy of this state to encourage all persons to respect the right to life of all other persons, regardless of age, development, condition, or dependency, including all persons with a disability and all unborn persons.

(2) A cause of action may not arise, and damages may not be awarded, on behalf of any person, based on the claim that but for the act or omission of another, a person would not have been permitted to have been born alive but would have been aborted.

(3) The failure or refusal of any person to prevent the live birth of a person may not be a defense in any action, and may not be considered in awarding damages or child support, or imposing a penalty, in any action.

มลรัฐเมน

Me.Rev.Stat. tit. 24, § 2931 Wrongful birth; wrongful life

1. Intent. It is the intent of the Legislature that the birth of a normal, healthy child does not constitute a legally recognizable injury and that it is contrary to public policy to award damages for the birth or rearing of a healthy child.

2. Birth of healthy child; claim for damages prohibited. No person may maintain a claim for relief or receive an award for damages based on the claim that the birth and rearing of a healthy child resulted in damages to him. A person may maintain a claim for relief based on a failed sterilization procedure resulting in the birth of a healthy child and receive an award of damages for the hospital and medical expenses incurred for the sterilization procedures and pregnancy, the pain and suffering connected with the pregnancy and the loss of earnings by the mother during pregnancy.

3. Birth of unhealthy child; damages limited. Damages for the birth of an unhealthy child born as the result of professional negligence shall be limited to damages associated with the disease, defect or handicap suffered by the child.

4. Other causes of action. This section shall not preclude causes of action based on claims that, but for a wrongful act or omission, maternal death or injury would not have occurred or handicap, disease, defect or deficiency of an individual prior to birth would have been prevented, cured or ameliorated in a manner that preserved the health and life of the affected individual.

ประวัติผู้เขียน

| | |
|--|--|
| ชื่อ | นายคมชาญ สว่างแจ้ง |
| วันเดือนปีเกิด | 19 ตุลาคม 2533 |
| วุฒิการศึกษา | ปีการศึกษา 2555 : นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 1) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2556 : เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 66 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2556 : ประกาศนียบัตรวิชาว่าความรุ่นที่ 39 สภาทนายความ |
| ตำแหน่ง | ทนายความอิสระ |
| ผลงานทางวิชาการ | |
| คมชาญ สว่างแจ้ง. “ความผิดพลาดทางการแพทย์เกี่ยวกับการเกิด.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายเอกชน) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558. | |
| ประสบการณ์ทำงาน | 2556 ทนายความอิสระ |