

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความคุ้มครองสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ :
ศึกษกรณีเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์

อรรถกรณ์ อ้นอาจ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2556

**Legal Problems Concerning Protection Rights and Human Dignity:
A Case Study Children Issue On Assisted Reproduction Technology (ART)**



Attakorn On-art

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws

Department of Law

Pridi Bhanomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2013

กิตติกรรมประกาศ

ความสำเร็จของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เกิดขึ้นด้วยความเมตตาและเอาใจใส่จากบุคคลทั้งหลาย โดยได้รับความกรุณาจาก รองศาสตราจารย์ ดร.วิระ โลจายะ ที่ท่านได้สละเวลาอันมีค่ารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และผลักดันให้ข้าพเจ้ามีความมุ่งมั่นในการศึกษาค้นคว้าหาข้อมูลอย่างต่อเนื่องและสม่ำเสมอ และท่านยังได้ให้คำแนะนำ คำชี้แนะ และให้แนวความคิดทางด้านวิชาการ ทั้งด้านแหล่งข้อมูลต่างๆ ซึ่งท่านให้การดูแลเอาใจใส่อย่างใกล้ชิด และท่านยังได้อ่านวิทยานิพนธ์ฉบับสมบูรณ์อย่างละเอียดพร้อมทั้งแนะนำข้อบกพร่องต่างๆ เพื่อให้วิทยานิพนธ์มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล ที่ท่านได้กรุณารับเป็นประธานในการสอบวิทยานิพนธ์ และรองศาสตราจารย์ประเสริฐ ตันศิริ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พรชัย เลื่อนฉวี ที่ท่านได้ให้ความกรุณามาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ และให้คำแนะนำอย่างดียิ่งในการตรวจสอบเนื้อหาทั้งหมดเพื่อความสมบูรณ์ถูกต้องของวิทยานิพนธ์

ขอขอบคุณ คุณพศธร พันธุ์สุวรรณ คุณภูวเดช วงศ์เคี่ยม และคุณศิระ อังสัจจะพงษ์ ที่ช่วยค้นคว้าหาข้อมูลทางกฎหมายและเสนอแนะในประเด็นที่เป็นประโยชน์ต่อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ขอกราบขอบพระคุณอย่างสูงสำหรับบิดามารดาของผู้เขียน รวมทั้งขอบคุณทุกคนในครอบครัวที่คอยสนับสนุนและเป็นกำลังใจสำคัญในการศึกษาของผู้เขียนตลอดมา รวมทั้งอาจารย์ทุกๆ ท่าน เจ้าหน้าที่บัณฑิตศึกษา และเจ้าหน้าที่ห้องสมุด ที่อำนวยความสะดวกให้แก่ผู้เขียน ตลอดจนเพื่อนๆ ทุกคนที่คอยเป็นกำลังใจและมอบสิ่งดีๆ ให้ตลอดมา

อนึ่ง หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สามารถก่อให้เกิดความรู้และข้อคิดที่มีประโยชน์อันควรแก่การศึกษาหรือปฏิบัติ ผู้เขียนขอมอบความดีครั้งนี้ด้วยความระลึกถึงพระคุณบิดามารดา ครูบาอาจารย์ทุกท่าน ตลอดจนผู้แต่งหนังสือ ตำราทุกท่านที่ผู้เขียนได้ใช้อ้างอิงในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และผู้มีพระคุณของผู้เขียนทุกท่าน หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อผิดพลาดหรือข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

อรรถกรณ์ อ้นอาจ

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ณ
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	ณ
กิตติกรรมประกาศ.....	๗
บทที่	
1. บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	6
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	6
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	7
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	7
2. แนวคิดที่ว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และแนวคิดเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยี ช่วยการเจริญพันธุ์และการตั้งครรภ์แทน	9
2.1 แนวคิดที่ว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์	9
2.1.1 ความหมายสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์.....	10
2.1.2 สาระตละอันเป็นรากฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์.....	17
2.1.3 สถานะในทางกฎหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์	19
2.1.4 ขอบเขตการคุ้มครองของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์.....	22
2.1.5 แนวความคิดทางทฤษฎีว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์.....	24
2.1.6 ประเภทของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์.....	31
2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และการตั้งครรภ์แทน.....	35
2.2.1 วิวัฒนาการของเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์.....	36
2.2.2 ประวัติและความเป็นมาของของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์.....	38
2.2.3 ประเภทของเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์.....	39
2.2.4 การตั้งครรภ์แทน	44
2.2.5 เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และการรับตั้งครรภ์แทนในประเทศไทย	50
2.2.6 เหตุผลที่มีการยอมรับเอาเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มาใช้	53

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
2.2.7 ผลกระทบที่อาจตามมาเนื่องจากการไม่มีกฎหมายให้ความคุ้มครองเด็ก จากเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์.....	59
2.3 ข้อเท็จจริงกรณีการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยี ช่วยการเจริญพันธุ์เป็นการเฉพาะในประเทศไทย.....	64
2.4 ข้อเท็จจริงกรณีการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยี ช่วยการเจริญพันธุ์เป็นการเฉพาะในต่างประเทศ.....	66
3. มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยี ช่วยการเจริญพันธุ์ในประเทศไทยและต่างประเทศ.....	76
3.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับมาตรการคุ้มครองสิทธิของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยี ช่วยการเจริญพันธุ์ในประเทศไทย.....	76
3.1.1 การคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.....	76
3.1.2 การคุ้มครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.....	80
3.1.3 การคุ้มครองตามประกาศแพทยสภา.....	81
3.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับมาตรการคุ้มครองสิทธิของเด็กที่เกิดจากการใช้ เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในต่างประเทศ.....	85
3.2.1 หลักกฎหมายระหว่างประเทศคุ้มครองสิทธิของเด็กที่เกิดจากการใช้ เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์.....	85
3.2.2 กฎหมายต่างประเทศที่คุ้มครองสิทธิของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยี ช่วยการเจริญพันธุ์.....	94
4. วิเคราะห์ปัญหาการคุ้มครองสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดจากการ ใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในประเทศไทยและแนวทางแก้ไขปัญหา.....	122
4.1 ปัญหาการไม่เคารพสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดจากการใช้ เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในประเทศไทยและแนวทางแก้ไขปัญหา.....	122
4.1.1 ปัญหาการไม่เคารพสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดจาก การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในประเทศไทย.....	122
4.1.2 แนวทางแก้ไขปัญหา.....	130

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
4.2 ปัญหาการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของ เด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และแนวทางแก้ไขปัญหา.....	131
4.2.1 ปัญหาการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของ เด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์.....	131
4.2.2 แนวทางแก้ไขปัญหา.....	137
4.3 ปัญหาการใช้สิทธิฟ้องเรียกคืนบุตรของตนจากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนและ แนวทางแก้ไขปัญหา.....	146
4.3.1 ปัญหาการใช้สิทธิฟ้องเรียกคืนบุตรของตนจากหญิงที่ตั้งครรภ์แทน	146
4.3.2 แนวทางแก้ไขปัญหา.....	149
4.4 มาตรการในการควบคุมดูแลและวินิจฉัยเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยี ช่วยการเจริญพันธุ์และแนวทางแก้ไขปัญหา.....	150
4.4.1 มาตรการในการควบคุมดูแลและวินิจฉัยเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการใช้ เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์.....	150
4.4.2 แนวทางแก้ไขปัญหา.....	155
4.5 ปัญหาการให้องค์กรวิชาชีพเป็นผู้ควบคุม ตรวจสอบ หรือกำกับดูแลการ ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และแนวทางแก้ไขปัญหา.....	157
4.5.1 ปัญหาการให้องค์กรวิชาชีพเป็นผู้ควบคุม ตรวจสอบ หรือกำกับดูแล การให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์.....	157
4.5.2 แนวทางแก้ไขปัญหา.....	160
4.6 ปัญหาการตีความคำนิยามเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และแนวทาง แก้ไขปัญหา	161
4.6.1 ปัญหาการตีความคำนิยามเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์	161
4.6.2 แนวทางแก้ไขปัญหา.....	163
4.7 ปัญหาการสมรสกันเองของเด็กที่เกิดจากเชื้อของผู้บริจาคและแนวทาง แก้ไขปัญหา	163
4.7.1 ปัญหาการสมรสกันเองของเด็กที่เกิดจากเชื้อของผู้บริจาค	163
4.7.2 แนวทางแก้ไขปัญหา.....	166

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	168
5.1 บทสรุป.....	168
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	173
บรรณานุกรม.....	180
ภาคผนวก.....	189
ก ประกาศแพทยสภา ที่ 1/2540 เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยี ช่วยการเจริญพันธุ์.....	190
ข ประกาศแพทยสภา ที่ 21/2544 เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับ เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (ฉบับที่ 2).....	196
ประวัติผู้เขียน.....	202

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความคุ้มครองสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์: ศึกษากรณีเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์
ชื่อผู้เขียน	อรรถกรรณ์ อ้นอาจ
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์ ดร.วิระ โลจายะ
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2555

บทคัดย่อ

คำว่า “เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์” (Assisted Reproductive Technology) หมายถึง เทคโนโลยีที่ใช้ในการช่วยเหลือรักษาคู่สามีภริยาที่มีบุตรยาก โดยการใช้เทคโนโลยีช่วยให้ไข่ของฝ่ายหญิงและอสุจิของฝ่ายชาย สามารถผสมกันเกิดเป็นตัวอ่อนได้นั่นเอง ในปัจจุบันมีคู่สามีภริยาหลายคู่ประสบภาวะมีบุตรยาก แต่ด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ซึ่งเป็นความก้าวหน้าด้านวิทยาศาสตร์การแพทย์พัฒนา รุดหน้าไปอย่างรวดเร็ว จึงทำให้แพทย์สามารถช่วยหาคู่สามีภริยาที่มีบุตรยากมีโอกาสมีบุตรตามความปรารถนามากขึ้น โดยทำให้คู่สามีภริยาประสบความสำเร็จในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ทั้งนี้ ก็ขึ้นอยู่กับความพร้อมของสภาพร่างกายของคู่สามีภรรยา ความพร้อมทางการเงินเพราะมีค่าใช้จ่ายสูงในการรักษา และแม้ว่าแพทย์จะสามารถช่วยเหลือคู่ที่มีบุตรยาก ซึ่งไม่สามารถจะรักษาได้ในอดีต ประสบความสำเร็จอย่างมากและมีพัฒนาการอย่างต่อเนื่อง แต่การรักษาด้วยวิธีนี้ก็ก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายบางประการตามมาด้วยเช่นกัน

ประเทศไทยมีคู่สามีภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรและให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้น และมีการปฏิบัติกันมาหลายปีแล้ว แต่เนื่องจากที่ยังไม่มีกฎหมายรองรับสถานะความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น จึงเกิดปัญหาเรื่องสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ขึ้น ดังนั้นวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์มุ่งศึกษาปัญหาและผลกระทบต่างๆ ที่เกิดขึ้นเนื่องจากการไม่มีกฎหมายรับรองสิทธิของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ และเมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ในหลักเรื่องสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ คู่สามีภริยามีสิทธิในชีวิตและร่างกาย กล่าวคือ มีสิทธิในการสืบพันธุ์และมีสิทธิในการเป็นส่วนตัว คู่สามีภริยา ย่อมมีสิทธิที่จะมีบุตรของตนเองได้แม้ให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนก็ตาม และเมื่อเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ถือกำเนิดขึ้นมา เด็กนั้นก็ย่อมได้รับสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เช่นเดียวกันกับเด็กที่เกิดโดยวิธีการสืบพันธุ์ตามธรรมชาติ แต่การที่จะรับรองสิทธิและศักดิ์ศรี

ความเป็นมนุษย์ของเด็กได้นั้น รัฐต้องมีการออกกฎหมายให้สอดคล้องกับ เจตนารมณ์ของ รัฐธรรมนูญที่ได้รับรองสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กไว้ด้วย

ปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในประเทศไทย ยังมี ปัญหาทางกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องด้วยสิทธิ และการควบคุมดูแลบุคคลหลายฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการใช้ เทคโนโลยีทางการแพทย์นี้ ได้แก่ ปัญหาการไม่เคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์กับการคุ้มครองสิทธิ เด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ปัญหาการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดา ที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ปัญหาการใช้สิทธิฟ้องเรียกคืนบุตรของตนจากหญิงที่ตั้งครรภ์แทน ปัญหาการให้องค์กรวิชาชีพซึ่ง เป็นผู้ควบคุมตรวจสอบ หรือกำกับดูแลในเรื่องนี้ ปัญหาการตีความนิยามเทคโนโลยีช่วย การเจริญพันธุ์ ปัญหาการสมรสกันเองของเด็กที่เกิดจากเชื้อของผู้บริจาค ตลอดจนปัญหาการ ควบคุมดูแล และวินิจฉัยเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยเฉพาะ การตั้งครรภ์แทนให้อยู่ในกรอบกฎหมาย ซึ่งมีการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากหญิง ที่รับตั้งครรภ์แทน ในหลายประเทศทั่วโลกมีการออกกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนไว้ โดยเฉพาะ และในประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ องค์กรวิชาชีพ ทางทางการแพทย์จะมีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในการควบคุมไม่ให้มีการนำเทคโนโลยีนี้ไปใช้ในทาง มิชอบ ซึ่งองค์กรดังกล่าวจะมีการกำหนดมาตรฐานวิชาชีพภายในองค์กรของตนเองและกำหนด มาตรฐานในการให้บริการแก่ผู้เข้ารับบริการ เพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องอีกด้วย ซึ่งเป็นมาตรการที่สามารถควบคุมการดำเนินการโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ทางทางการแพทย์และสามารถคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ดังกล่าว

เมื่อประเทศไทยยังไม่มีมาตรการทางกฎหมายใดๆ มารองรับต่อปัญหาที่เกิดขึ้นได้ มีเพียงประกาศของแพทยสภาที่กำหนดไว้ แต่ประกาศนั้นก็มิใช่กฎหมายอันมีผลใช้บังคับให้ทุกคน ต้องปฏิบัติตาม แต่ประกาศของแพทยสภาดังกล่าวเป็นแต่เพียงกรอบในการปฏิบัติของแพทย์เท่านั้น จึงเท่ากับว่าไม่มีองค์กรหรือหน่วยงานที่จะดำเนินการในเรื่องนี้ได้โดยตรง อีกทั้งกฎหมายไทยที่มี ใช้บังคับอยู่ก็ไม่สอดคล้องกับความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีทางการแพทย์ดังกล่าว เพราะเมื่อนำกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้กับสถานภาพทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วย การเจริญพันธุ์โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนแล้ว โดยผลในทางกฎหมายนั้นจากการศึกษาพบว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายไทยและอีกหลายประเทศถือว่าหญิงใดเป็นผู้คลอดบุตร หญิงนั้นเป็นมารดา ชอบด้วยกฎหมายของบุตรที่เกิดมาเสมอ ซึ่งหญิงที่คลอดทารกแม้จะเป็นการตั้งครรภ์แทนผู้อื่นก็ถือ ว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น แต่บิดามารดาเจ้าของอสุจิและไข่ซึ่งเป็นบิดามารดาที่ แท้จริงกลับมิใช่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นแต่อย่างใด จึงทำให้เกิดข้อบกพร่อง

และไม่สามารถขจัดปัญหาที่เกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ ด้วยเหตุนี้เอง ผู้เขียนมีความเห็นว่า เพื่อให้สถานะทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ และสถานะความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กดังกล่าว สอดคล้องกับความสัมพันธ์ในทางพันธุกรรม จึงควรออกกฎหมายมารองรับสิทธิของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ไว้โดยเฉพาะ เพื่อเด็กที่เกิดมาได้รับการคุ้มครองสิทธิ สวัสดิภาพ และประโยชน์ต่างๆ เป็นประการสำคัญตามสิทธิของเด็กที่ได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ

Thesis Title	Legal Problems Concerning Protection Rights and Human Dignity: A Case Study Children Issue on Assisted Reproductive Technology (ART)
Author	Attakorn On-art
Thesis Advisor	Associate Professor Dr. Vira Lochaya
Department	Law
Academic Year	2012

ABSTRACT

Assisted Reproductive Technology is the technology that is used to help couples, who have difficulties having children, reproduce by using the help of modern day science to successfully bind the female egg and male sperm together to form a baby.

Currently, many couples face this problem of not being able to conceive but with use of modern technology and sciences, we are able to help make this happen. However many factors are involved: the health and fitness level of the male and female whose sperms and eggs will be used in the procedure plays an important role; the financial status of the couple, due to the high costs of these methods; and whether the results may be positive in helping the couples conceive has no guarantee, although today's results have been more successful than the past.

No matter how successful modern sciences have proven to us of their advantages, assisted reproductive methods have caused many problems with the law. There are many couples in Thailand who have chosen surrogacy in which a woman carries and delivers a child for another couple; and this method has been done for a long time. There is not yet a law existed which states the legal guardianship of the child conceived through surrogacy, which has caused issues involving parental rights, and the child's human rights as a person not created by technology. The objective of this article is to portray the problems on this issue and its effects.

The Thai Constitution of 2550 intends that any Thai citizen, in this case specifically intended towards married couples, reserve the right to have children by will, whether their child or children was conceived by another female with no relations within their marriage. It also includes that once the child is born, the child deserves equal rights as those conceived by natural methods. But for the equal rights for children conceived through such technology, the state

enforce laws that meet the intention of the Constitution which fully gives these children their deserved equal human rights.

Assisted reproductive technology also has faced legal issues follows:

Legal Parental Rights.

The lack of law to regulate the contract between the family and the hired surrogate mother which has been many cases of the family takes advantage of the hired surrogate mother, and vice versa.

The lack of regulation of procedures to make sure it is practiced correctly, and that this technology will only be used for the right purposes.

The law also states that the birth mother is the legal mother of any child, including children who were conceived by a surrogate mother for another family; however the owners of the sperm and egg used in creating the child, or the patronage family in this case are not legally considered as parents.

To create equality, and fairness, laws should be enforced to protect the rights of the parents and especially children born through assisted reproductive technology; for these children to have normal and equal rights as stated and intended in the constitution.

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

สภาพการณ์ของสังคมและเศรษฐกิจและการเมืองที่เปลี่ยนแปลงไปประกอบกับความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีที่เพิ่มมากขึ้น จึงจำเป็นต้องมีการเปลี่ยนแปลงให้เหมาะสมกับสภาพความเป็นจริงให้สอดคล้องกับกระบวนการความก้าวหน้าที่เกิดขึ้นด้วย ซึ่งสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบันคงหนีไม่พ้นภาวะการมีบุตรยากของคู่สามีภรรยา ซึ่งการแพทย์สมัยใหม่สามารถช่วยให้คู่สามีภรรยาที่มีบุตรยากสามารถมีบุตรได้โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เช่น การคัดเลือกเชื้ออสุจิ และฉีดผสมเทียม (Intrauterine insemination: IUI) การทำกิ๊ฟท์ (Gamete Intrafallopian Transfer: GIFT) การทำเด็กหลอดแก้ว (In-Vitro Fertilization: IVF) การทำอิกซี่ (Intracytoplasmic Sperm Injection: ICSI) เป็นต้นซึ่งเทคโนโลยีดังกล่าวเป็นการนำเอามาใช้เพื่อบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยาก

ในสังคมปัจจุบันนี้ไม่ว่าจะเป็นสังคมภายในประเทศหรือสังคมต่างประเทศ ภาวะของการมีบุตรยากทั้งที่เกิดขึ้นเองมาตั้งแต่แรกเกิดกำเนิดขึ้นของทั้งเพศหญิงหรือเพศชาย หรือภาวะของการมีบุตรยากที่เป็นอาการเกิดขึ้นในภายหลัง ทั้งที่เกิดขึ้นจากความพร่องของอวัยวะภายในร่างกาย และยังหมายความรวมไปถึงภาวะของการมีบุตรยากหรือไม่สามารถมีได้ ด้วยการเกิดอุบัติเหตุส่วนบุคคลขึ้น ส่วนใหญ่ของการมีบุตรยากเกิดจากฝ่ายชายร้อยละ 40 จากฝ่ายหญิงร้อยละ 50 และอีกร้อยละ 10 ไม่พบสาเหตุของการมีบุตรยาก

ภาวะการมีบุตรยากนี้เป็นปัญหาที่สำคัญและเริ่มทวีความรุนแรงมากขึ้นเป็นลำดับ หากปล่อยให้ปัญหาของการมีบุตรยากดำเนินการต่อไปโดยไม่มีการแก้ไขปัญหาดังกล่าว อาจกระทบถึงการดำรงอยู่หรือการสูญสิ้นของเผ่าพันธุ์มนุษย์ของประเทศใดประเทศหนึ่งซึ่งอาจรวมถึงประชากรในประเทศไทย หรือการสูญสิ้นผู้สืบทอดทายาทของครอบครัวใดครอบครัวหนึ่งก็เป็นได้ และเมื่อปัญหาดังกล่าวนี้มีการลุกลามและขยายวงกว้างออกไปในประเทศก็จะส่งผลกระทบต่อมากมายและเป็นปัญหาของการพัฒนาประเทศได้ เช่น จำนวนทรัพยากรบุคคลกรภายในประเทศ ความมั่นคงแห่งกองกำลังทหารที่จะทำหน้าที่ปกป้องอำนาจอธิปไตยของประเทศ ระบบเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ ปัญหาการเกิดขึ้นของอาชญากรรม เป็นต้น แต่ในปัจจุบันนี้วิทยาการและเทคโนโลยีทางด้านทางการแพทย์มีการพัฒนาขยายตัวออกไปอย่างรวดเร็ว ในอดีตการที่คู่สามีภรรยาซึ่งเป็นเพศชาย

และเพศหญิงต้องการที่จะมีทายาทเพื่อสืบสายเลือดหรือสายพันธุ์กรรมของตนทั้งคู่นั้นก็จำเป็นต้องอาศัยวิถีทางตามธรรมชาติเท่านั้น กล่าวคือ อาศัยการมีเพศสัมพันธ์กันตามปรกติเท่านั้นที่จะสามารถให้ทายาทหรือผลผลิตที่มีสายเลือดหรือสายพันธุ์กรรมเช่นเดียวกับผู้บิดามารดา แต่ในยุคปัจจุบันไม่ได้จำกัดวิธีการที่จะมีทายาททางสายเลือดหรือสายพันธุ์กรรมด้วยวิถีตามธรรมชาติ คือ การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างเพศชายและเพศหญิงเพียงวิธีการเดียวเท่านั้น แต่สามารถสร้างทายาทหรือผลผลิตที่มีสายเลือดหรือสายพันธุ์กรรมเช่นเดียวกับบิดามารดาตามธรรมชาติทางสายเลือดของตนเองได้ ซึ่งวิธีการดังที่กล่าวมานี้ คือ การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์นั่นเอง ด้วยวิธีการดังกล่าวนี้ทำให้ คู่สามีภรรยาที่ไม่สามารถมีบุตรหรือทายาทของตนเองได้ด้วยข้อจำกัดทางสายเลือดโรคทางพันธุกรรม อุบัติเหตุ หรือด้วยเหตุผลอื่นใดก็ตามที่จะทำให้คู่สามีภรรยาหรือคนใดคนหนึ่งไม่สามารถมีบุตรที่มีสายสัมพันธ์ทางพันธุกรรมของคู่สามีภรรยาของตนเองได้ สามารถที่จะมีทายาทที่มีเลือดเนื้อเชื้อไขแห่งสายเลือดและสายพันธุ์กรรมเดียวกับตนเองได้นอกเหนือจากการรับเด็กที่มีสายเลือดและสายพันธุ์กรรมอื่นเป็นบุตรบุญธรรม

แต่ถึงอย่างนั้นก็ดีแม้จะมีการแก้ไขปัญหาและหาวิธีการทางด้านวิทยาศาสตร์เข้ามาช่วยเหลือคู่สามีภรรยาที่มีบุตรยากได้เป็นผลสำเร็จ แต่ก็เกิดปัญหาทางด้านสังคมศาสตร์และปัญหาด้านกฎหมายตามมามากมายทั้งในประเทศไทยและในต่างประเทศ ซึ่งการให้บุคคลอื่นมาตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นเรื่องที่ต้องอาศัยการใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์มาช่วยผู้ที่ประสบภาวะมีบุตรยากอันเนื่องมาจากความบกพร่องของมดลูกโดยนำตัวอ่อนที่เกิดจากการปฏิสนธิภายนอกของคู่สามีภรรยาไปฝังตัวในมดลูกของหญิงอื่น ซึ่งถือว่าเป็นการก่อกำเนิดชีวิตมนุษย์ด้วยวิธีผิดธรรมชาติ ปัจจุบันคู่สามีภรรยาหลายคู่ได้ดำเนินการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนให้และมีเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนแล้วจำนวนหนึ่ง แต่ยังไม่มียกกฎหมายรับรองให้เด็กนั้นเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของคู่สามีภรณานั้น ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาต่อเด็กและบุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายตามมา สำหรับปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในประเทศไทย มีปัญหาดังนี้

1) ปัญหาการไม่เคารพสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในประเทศไทย

เนื่องจากการไม่มีกฎหมายรับรองให้เด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ เมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 ในหลักเรื่องสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ คู่สามีภรณามีสิทธิในชีวิตและร่างกาย กล่าวคือ มีสิทธิในการสืบพันธุ์และมีสิทธิในการเป็นส่วนตัว คู่สามีภรณาย่อมมีสิทธิที่จะมีบุตรของตนเองได้แม้ให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนก็ตาม โดยสิทธิดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิในชีวิตร่างกายอันเป็นสาระสำคัญประการหนึ่งของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” และเมื่อเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วย

การเจริญพันธุ์ถือกำเนิดขึ้นมาเด็กนั้นก็ย่อมได้รับสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เช่นเดียวกับเด็กที่เกิดโดยวิธีการสืบพันธุ์ตามธรรมชาติ ฉะนั้น สิทธิของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ก็ย่อมได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญ

2) ปัญหาการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

เนื่องจากปัจจุบันมีคู่สามีภริยาหลายคู่ได้ดำเนินการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนให้และมีเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนแล้วจำนวนหนึ่ง แต่ยังไม่มีความหมายรับรองให้เด็กนั้นเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของคู่สามีภริยา ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาต่อเด็กและบุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายตามมา และเมื่อคู่สามีภริยาที่ต้องการมีบุตร ได้ดำเนินการโดยให้แพทย์นำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มาใช้เพื่อให้ตนเองมีบุตรได้แล้วโดยการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ปัญหาของกฎหมายไทยจึงมีอยู่ว่ากฎหมายไทยนั้น ไม่ได้บัญญัติสถานภาพของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ไว้ โดยเฉพาะ การพิจารณาสถานภาพของเด็กดังกล่าวจึงต้องพิจารณาจากกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันซึ่งก็คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว โดยพิจารณาจากบุคคลใดควรเป็นมารดาและบิดาของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์

3) ปัญหาการใช้สิทธิฟ้องเรียกคืนบุตรของตนจากหญิงที่ตั้งครรภ์แทน

แม้ว่าการมีวิทยาการและเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่สามารถทำให้คู่สามีภริยาที่มีบุตรยากอันเนื่องมาจากความผิดปกติของมดลูก ข้อจำกัดทางสายเลือด โรคทางพันธุกรรม อุบัติเหตุ หรือด้วยเหตุผลอื่นใดก็ตามที่ทำให้บุคคลดังกล่าวไม่สามารถที่จะมีทายาทได้ก็ตาม แต่ถึงอย่างไรก็มีผลเสียตามมาด้วย โดยปัญหามักเกิดขึ้น เมื่อผู้รับตั้งครรภ์แทนได้ตั้งครรภ์มา 9 เดือนอีกทั้งเด็กที่คลอดออกมายังหน้าตาน่ารัก ผู้รับตั้งครรภ์แทน อาจไม่ต้องการส่งมอบเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ให้กับผู้ว่าจ้างที่เป็นคู่สามีภริยาซึ่งเป็นเจ้าของไข่หรือเชื้ออสุจิ หรือมีการส่งมอบเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีดังกล่าว แต่เด็กนั้นยังคงหาได้รับสิทธิเช่นเดียวกับบิดามารดาทางสายเลือดและสายพันธุกรรมเดียวกับตนไม่ เพราะข้อจำกัดทางด้านกฎหมายของหลายๆ ประเทศและรวมถึงประเทศไทย อาจกล่าวได้ว่า บิดามารดาตามธรรมชาติหาได้มีความเป็นบิดามารดาตามกฎหมายแต่อย่างใดไม่ และเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ก็ไม่ได้รับสิทธิและความคุ้มครองตามบิดามารดาผู้เป็นต้นกำเนิดแห่งชีวิตแต่อย่างใด ซึ่งปัญหาดังกล่าวยังมีการฟ้องร้องหรืออาศัยอำนาจของศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิที่เกิดขึ้นจากสายเลือดและสายพันธุกรรมอย่างมากและในประเทศไทยก็เช่นกัน แต่ในทางกลับกัน หากเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์คลอดออกมาแล้วพิการไม่สมประกอบ คู่สามีภริยาที่ประสงค์ให้ตั้งครรภ์แทน เกิดไม่ยอมรับเด็กนั้น ผู้รับตั้งครรภ์แทนก็ต้องรับผิดชอบเลี้ยงดูทารกคนนั้นไป ซึ่งปัญหาเหล่านี้กฎหมายไทยยังไม่มีการ

รองรับเพื่อให้คนที่อยากมีบุตรได้สมดังที่ปรารถนา และกฎหมายควรบัญญัติออกมาอย่างชัดเจนว่า บิดามารดาผู้เป็นเจ้าของเชื้อเป็นบิดามารดาที่ถูกต้อง เพื่อจะได้ไม่ส่งผลกระทบต่ออย่างเช่นทุกวันนี้ ทั้งในเรื่องของการรับมรดก หรือการเบิกค่าใช้จ่ายของบุตรจากสวัสดิการต่างๆ ในกรณีที่พ่อแม่เป็นข้าราชการ หรือจากประกันสังคม

4) ปัญหาการควบคุมดูแลและวินิจฉัยเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์

เนื่องจากปัจจุบันภาคเอกชนมีการประกอบธุรกิจเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เพิ่มมากขึ้น ทั้งที่เป็นลักษณะทางการค้า ดังจะเห็นได้จากข่าวที่ปรากฏตามหน้าหนังสือพิมพ์ที่มีการบุกจับธุรกิจอู่บุญที่ให้หญิงชาวเวียดนามตั้งครรภ์แทน จากปัญหาดังกล่าวที่เกิดขึ้น หากไม่มีการควบคุมกำกับดูแลการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยเฉพาะให้การตั้งครรภ์แทนอยู่ในกรอบของกฎหมายแล้ว ย่อมจะส่งผลกระทบต่อทั้งในด้านสังคมและกฎหมายได้ ดังนั้นจึงจำเป็นต้องกำหนดกรอบทางกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินการควบคุมการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เพื่อให้สอดคล้องกับการรักษาจริยธรรมด้านการแพทย์ต่อไป

5) ปัญหาการให้องค์กรวิชาชีพเป็นผู้ควบคุม ตรวจสอบ หรือกำกับดูแลการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

องค์กรวิชาชีพที่ควบคุมความประพฤติของแพทย์ในการให้บริการด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ คือ แพทยสภาและราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทยโดยมีประกาศแพทยสภาฉบับที่ 1/2540 และประกาศแพทยสภาฉบับที่ 21/2544 ซึ่งเป็นเพียงหลักเกณฑ์ภายในองค์กรวิชาชีพซึ่งมุ่งที่จะควบคุมความประพฤติของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์เท่านั้น แต่ประกาศดังกล่าวไม่ได้ให้ความคุ้มครองแก่เด็กที่จะเกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนแต่อย่างใด และการควบคุมตรวจสอบการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ขององค์กรวิชาชีพดังกล่าวก็ไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร ฉะนั้น ในปัจจุบันจึงยังไม่มีองค์กรใดที่มีอำนาจตามกฎหมายในการควบคุมหรือกำกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และการรับตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยโดยตรง

6) ปัญหาการตีความคำนิยามเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์

การให้ความหมายของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ที่ต้องจำกัดความหมาย ให้หมายถึงวิธีการใดวิธีหนึ่งเท่านั้น มิได้มีการขยายความหมายของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์อื่นที่เป็นวิธีการตามวิทยาศาสตร์การแพทย์ทั้งหมด เพราะหากไม่มีการให้นิยามความหมายของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ หรือมีการให้ความหมายของคำนิยามที่ครอบคลุมถึงวิธีการใช้เทคโนโลยีช่วย

การเจริญพันธุ์อันยอมก่อให้เกิดความเข้าใจคลาดเคลื่อน และสับสนต่อการบังคับใช้กฎหมายในประเทศไทย

7) ปัญหาการสมรสกันเองของเด็กที่เกิดจากเชื้อของผู้บริจาค

เนื่องจากปัจจุบันมีการอนุญาตให้ใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ทำให้เด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทนโดยประกาศแพทยสภาอนุญาตให้คู่สมรสต้องการมีบุตรโดยให้ภรรยาเป็นผู้ตั้งครรภ์ โดยการใช้เซลล์สืบพันธุ์จากผู้บริจาคเพื่อการปฏิสนธิไม่ว่าจะทำให้เกิดขึ้นภายในหรือภายนอกร่างกาย หรือรับบริจาคตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์¹ ซึ่งการใช้เซลล์สืบพันธุ์จากผู้บริจาคอาจก่อให้เกิดปัญหาที่สำคัญตามมาคือ การสมรสกันเองของเด็กที่เกิดจากเชื้อของผู้บริจาคพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ก็ห้ามมิให้ผู้เป็นญาติทางสายโลหิตเข้าทำการสมรสกันมิได้ ตามมาตรา 1450 บัญญัติว่า “ชายหญิงที่เป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมาที่ดี เป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาที่ดีจะทำการสมรสไม่ได้ ความเป็นญาติดังกล่าวมานี้ให้ถือตามสายโลหิต โดยไม่คำนึงว่าจะจะเป็นญาติโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่” เนื่องด้วยการที่มีเซลล์สืบพันธุ์หรือหน่วยของพันธุกรรมที่เหมือนกันนั้นจะทำให้เกิดความบกพร่องทางด้านร่างกายหรือสติปัญญาของเด็กที่เกิดมา

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องที่ใช้บังคับอยู่ของไทยบางฉบับมีการบัญญัติสิทธิทำนองเดิมนี้นานกว่า 88 ปี แม้ว่าวิทยาการทางด้านวิทยาศาสตร์และการแพทย์ของประเทศไทยจะมีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องแล้วก็ตาม แต่บทบัญญัติแห่งกฎหมายของประเทศไทยก็หาได้อนุวัติตามวิวัฒนาการทางด้านวิทยาศาสตร์และการแพทย์เพื่อแก้ไขรับรองสิทธิของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์แต่อย่างใด ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ไม่ควรปล่อยให้ปัญหาดังกล่าวดำเนินอยู่ต่อไปและควรหาแนวทางในการแก้ไขรับรองสิทธิของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ เพื่อมิให้เกิดผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศไทยในด้านต่างๆ ดังนั้นเพื่อป้องกันปัญหาและผลกระทบที่จะเกิดขึ้นตามมาและเพื่อยังผลให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษาปัญหาดังกล่าวนี้ตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันของประเทศไทยและในต่างประเทศ พร้อมทั้งตัวอย่างการตีความคำพิพากษาหรือคำสั่งของหน่วยงานที่มีอำนาจตีความหรือเสนอความเห็นเกี่ยวกับสิทธิของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ วิวัฒนาการของเทคโนโลยีดังกล่าวเพื่อทำการสรุปและเสนอแนะแนวทางแก้ปัญหา ดังที่จะได้กล่าวในบทต่อไป

¹ ประกาศแพทยสภา ที่ 21/2544 เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (ฉบับที่ 2) ข้อ 4/2 (1) (ก).

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาถึงปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับเด็กที่เกิด ผู้ตั้งครรภ์แทน และผู้ที่ประสงค์จะมีบุตร โดยขอให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน
2. เพื่อศึกษาถึงผลกระทบในด้านต่างๆ เกี่ยวกับจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ผู้รับตั้งครรภ์แทน และคู่สามีภรรยาที่ขอให้ผู้อื่นตั้งครรภ์แทน
3. เพื่อศึกษาถึงปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดโดยจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดจากวิธีการดังกล่าว
4. เพื่อศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนของต่างประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย ฝรั่งเศส สหพันธรัฐเยอรมนี กับกฎหมายไทย
5. เพื่อศึกษาและหามาตรการทางกฎหมาย แนวทางการจัดทำกฎหมายที่เกี่ยวกับการให้การคุ้มครองรับรองสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กเฉพาะที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ดังกล่าว

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

ความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีทางการแพทย์ได้ช่วยให้ผู้มีบุตรยากให้มีบุตรได้โดยการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อันมีผลทำให้บทบาทญัตติของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันในเรื่องสถานะความเป็นบิดามารดาที่ขัดแย้งกับกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ไม่สอดคล้องกับความสัมพันธ์ในทางพันธุกรรมระหว่างเด็กกับบิดามารดาที่แท้จริง ซึ่งคู่สามีภรรยาขอมีสิทธิในการสืบพันธุ์และสิทธิในความเป็นส่วนตัวที่จะมีบุตรได้ อันเป็นสิทธิของปัจเจกบุคคลที่มีอยู่ในสภาวะธรรมชาติตามหลักศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติให้การรับรองถึงสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ แต่กฎหมายลำดับรองอื่น ที่มีฐานะต่ำกว่ารัฐธรรมนูญหาได้ให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ดังนั้นเพื่อให้สภาพภาพของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ และสถานะความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กดังกล่าวสอดคล้องกับหลักพันธุกรรมตามสิทธิที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ จึงควรออกกฎหมายรองรับสิทธิของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ไว้โดยเฉพาะ

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

เป็นการศึกษาในเรื่องสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสถานภาพทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ และสถานะความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น โดยจะทำการศึกษาวิเคราะห์จากกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนในต่างประเทศและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนของประเทศไทยซึ่งปัจจุบันไม่มีกฎหมายเฉพาะบัญญัติไว้โดยตรง แต่ผู้เขียนจะศึกษาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และประกาศแพทยสภาฉบับที่ 1/2540 และฉบับที่ 21/2544 ที่ได้กำหนดมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ เพื่อหาแนวทางในการปรับปรุง หรือเสนอแนะจัดทำกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้การคุ้มครองรับรองสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ต่อไป

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

ในการศึกษาครั้งนี้ได้ทำการศึกษาวิจัยจากเอกสาร (Documentary Research) ทั้งเอกสารทางวิชาการของไทยและต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน โดยศึกษาค้นคว้าจากหนังสือวิทยานิพนธ์ บทความในวารสารวิชาการทางนิติศาสตร์ วิทยาศาสตร์การแพทย์ ข้อบังคับแพทยสภา รายงานการศึกษาวิจัย เอกสารต่างๆ ที่เกี่ยวข้องรวมทั้งบทบัญญัติกฎหมาย คำพิพากษาของศาล และข้อมูลจากเครือข่ายอินเทอร์เน็ตซึ่งเอกสารเหล่านี้จะนำมาศึกษาและวิเคราะห์ เพื่อหาข้อสรุปและแนวทางที่จะแก้ไขปัญหาต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับเด็กที่เกิด ผู้ตั้งครรภ์แทน และผู้ที่ประสงค์จะมีบุตร โดยขอให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน
2. ทำให้ทราบถึงผลกระทบในด้านต่างๆเกี่ยวกับจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ผู้รับตั้งครรภ์แทน และคู่สามีภรรยาที่ขอให้ผู้อื่นตั้งครรภ์แทน
3. ทำให้ทราบถึงปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดโดยจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดจากวิธีการดังกล่าว

4. ทำให้ทราบกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนของต่างประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย ฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กับกฎหมายไทย

5. ทำให้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมาย แนวทางการจัดทำกฎหมายที่เกี่ยวกับการให้การคุ้มครองรับรองสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กเฉพาะที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ดังกล่าว

บทที่ 2

แนวคิดที่ว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และแนวคิดเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และการตั้งครรภ์แทน

คำว่า “สิทธิและเสรีภาพ” และคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ในสังคมประชาธิปไตยนั้น มักจะถูกนำมากล่าวอ้างหรือกระทำหรือห้ามมิให้ผู้อื่นกระทำกร รวบรวมทั้งเรียกร้องให้รัฐกระทำ การหรือโต้แย้งการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดของรัฐ คำว่า “สิทธิและเสรีภาพ” และคำว่า “ศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์” จึงถือเป็นคำที่มีความสำคัญต่อพื้นฐานการปกครองระบอบประชาธิปไตย อันมี รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดอย่างยิ่ง¹

2.1 แนวคิดที่ว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

สังคมปัจจุบันมักละเลยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เพราะมีการให้คุณค่าของคน แตกต่างกันไปให้คุณค่าของความเป็นคนที่สถานภาพทางสังคมของผู้นั้น เช่น เป็นนายทหาร เป็นนายกรัฐมนตรี เป็นผู้พิพากษา เป็นต้น สถานภาพทางสังคมของคนแต่ละคน ไม่ใช่ตัวชี้วัดว่ามนุษย์หรือคนคนนั้นมีศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์หรือไม่ แต่ศักดิ์ศรีความเป็น มนุษย์ คือ การให้คุณค่าความเป็นคนตามธรรมชาติของมนุษย์ไม่ว่าจะเกิดมาเป็นผู้หญิง ผู้ชาย ยากจน หรือเกิดมาเป็นคนพิการ ปัญญาอ่อน คนทุกคนที่เกิดมาถือว่ามีความเท่ากัน ต้องปฏิบัติต่อกัน เชื่อมมนุษย์อย่างเสมอหน้ากัน เพราะการปฏิบัติต่อกันของผู้คนในสังคมอย่างเสมอหน้ากันเป็น การเคารพศักดิ์ศรีมนุษย์²

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นมาตรฐานบ่งบอกถึงสถานภาพบางอย่างให้มนุษย์อื่นๆ รับทราบประกอบเป็นข้อมูลเพื่อใช้ในการความสัมพันธ์โดยเฉพาะ ตามนัยสำคัญในเรื่องการปกป้อง ศักดิ์ศรี เช่น กรณีการถูกข่มขืนหรือการข่มขืน หรือในการเชิดชูศักดิ์ศรี เช่น การต้องรักษาเกียรติของ ชายชาติทหารหรือการต้องรักษาชื่อเสียงของวงศ์ตระกูล ในการศึกษาจึงขอแบ่งเป็นแนวคิด

¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2548). การใช้สิทธิประชาชนฟ้องศาลรัฐธรรมนูญกรณีละเมิดสิทธิเสรีภาพ ตามรัฐธรรมนูญ (รายงานการวิจัย). หน้า 7-8

² สว่าง กันศิริเวียง. (2555). สิทธิมนุษยชนในกระแสโลกาภิวัตน์. สืบค้นเมื่อ 1 เมษายน 2555, จาก http://www.baanjomyut.com/library/global_community/06.html

วิวัฒนาการ และภาวะในปัจจุบันของซีกโลกตะวันตกส่วนหนึ่ง และอีกส่วนหนึ่งจึงหันมาดูแลสังคมไทยว่าเรามีภาพ และมีความเข้าใจในองค์ความรู้นี้อย่างไร³

เนื่องจากการพัฒนาแห่งองค์ความรู้เกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้เริ่มต้นขึ้นก่อนในซีกโลกตะวันตก ในการศึกษาจึงขอศึกษาถึงความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สารัตถะอันเป็นรากฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สถานะในทางกฎหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ขอบเขตการคุ้มครองของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และประเภทของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

2.1.1 ความหมายสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

สิทธิเป็นสิ่งที่ติดตัวมนุษย์ทุกคนตามธรรมชาติที่ได้เกิดมาเป็นมนุษย์ ซึ่งไม่มีใครล่วงละเมิดได้ คนทุกคนที่เกิดมามีสิทธิที่จะมีชีวิตอยู่รอด และต้องมีชีวิตอยู่อย่างสมเกียรติและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ความมีอยู่ของสิทธิตามธรรมชาตินี้ แม้เมื่อยังไม่มีกฎหมายมารองรับสิทธิก็ยังมีอยู่ ซึ่งสิทธิสามารถอธิบายในเชิงวิชาการ โดยพอสรุปความได้ดังนี้

คำว่า “สิทธิ” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 อธิบายความหมาย “สิทธิ” ไว้ว่า ความสำเร็จ หรืออำนาจที่จะกระทำการใดๆ ได้อย่างอิสระ โดยได้รับการรับรองจากกฎหมาย⁴ แต่ในทางนิติศาสตร์มีความหมายได้สองอย่าง คือ สิทธิตามธรรมชาติ และสิทธิตามกฎหมาย สิทธิตามกฎหมายเป็นสิทธิตามที่ระบุไว้ในตัวบทกฎหมาย คือกฎหมายรองรับความหมายแห่งสิทธินั้นด้วย

ขุนประเสริฐสุภมาตรา ได้อธิบายว่า “สิทธิ” หมายถึงอำนาจหรือความสามารถซึ่งกฎหมายรับรองป้องกันให้บุคคลผู้หนึ่งมีอำนาจร้องขอให้ผู้อื่นมีหน้าที่ต้องเคารพ⁵

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายว่า “สิทธิ” เป็นการก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่น ในอันที่จะต้องปฏิบัติการให้เป็นไปตามสิทธิที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ รวมถึงมีหน้าที่ที่จะไม่รบกวนต่อสิทธิหรือหน้าที่ที่จะกระทำการหรือเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้เป็นไปตามสิทธิ ทั้งนี้แล้วแต่ประเภทของสิทธินั้นด้วย⁶

รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิสรุตพิชญ์ได้ให้คำจำกัดความคำว่า “สิทธิ” (Right) คืออำนาจหรือประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น โดยเป็นอำนาจที่กฎหมายรับรองหรือยอมรับว่ามีอยู่จริงในตัวบุคคลใด

³ อุดม รัฐอมฤต, นพนธิ สุริยะ และบรรเจิด สิงคะเนติ. (2545). *การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28*. หน้า 61.

⁴ ราชบัณฑิตยสถาน. (2546). *พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542*. หน้า 254.

⁵ ขุนประเสริฐสุภมาตรา. (2477). *หนังสือว่าด้วยกฎหมายภาคสิทธิ*. หน้า 1.

⁶ หยุด แสงอุทัย. (2535). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายภาคทั่วไป*. หน้า 224.

บุคคลหนึ่งในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นมากระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง บางอย่างบางประการให้เกิดประโยชน์แก่ตน⁷

ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ได้ให้คำนิยามคำว่า “สิทธิ” ตามบทบัญญัติของ รัฐธรรมนูญ หรือที่เรียกว่า สิทธิตามกฎหมายมหาชน ว่า หมายถึงอำนาจที่กฎหมายสูงสุดได้บัญญัติ ให้การรับรองแก่บุคคลในอันที่จะกระทำการใด ไม่กระทำการใด รวมทั้งก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่ จะไม่ให้บุคคลอื่นโดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรของรัฐเข้าแทรกแซงในขอบเขตของสิทธิของบุคคลนั้น ในบางกรณีก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิตามกฎหมายของ รัฐธรรมนูญจึงเป็นสิ่งที่ต้องผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจทั้งหมดที่จะต้องให้ความเคารพปกป้อง ค้ำครองสิทธิตามกฎหมายของรัฐธรรมนูญเพื่อให้สิทธิเหล่านั้นมีผลในทางปฏิบัติ⁸

สิทธิ (Right) คือ ประโยชน์ที่ได้รับการคุ้มครองและรับรองโดยกฎหมาย หรือหมายถึง ประโยชน์อันบุคคลมีอยู่และบุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพ⁹

สิทธิ (Right) หมายถึง อำนาจหรือประโยชน์อันมีกฎหมายรับรอง และคุ้มครองให้ แต่ความหมายนี้ เป็นความหมายโดยทั่วไปของสิทธิ สำหรับกลุ่มประเทศเสรี ยกเว้น กลุ่มประเทศ คอมมิวนิสต์ ซึ่งได้ตีความคำว่า “สิทธิ” หมายถึง การที่บุคคลกระทำการใดๆ ได้ทั้งสิ้นเพื่อประโยชน์ ของชนชั้นกรรมาชีพ คำว่า สิทธิ มีความเป็น 2 นัย คือ สิทธิทางกฎหมาย (Positive Rights) ได้แก่ อำนาจ หรือประโยชน์กฎหมายสามารถรับรองและคุ้มครอง เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติรับรองสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลไว้เป็นสิทธิที่บุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพต่อสิทธิของ เจ้าของทรัพย์สิน หากมีบุคคลอื่นมาเอาทรัพย์สินนั้นไปเสียจากการครอบครอง เจ้าของกรรมสิทธิใน ทรัพย์สินนั้นมีสิทธิฟ้องศาลเพื่อให้คุ้มครองสิทธิของตนได้ กับ สิทธิทางศีลธรรม (Moral Rights) ได้แก่ สิทธิที่เกิดจากความรู้สึกนึกคิดของคนทั่วไปว่า วิธีทางที่ถูกต้อง และเป็นธรรมในกรณีหนึ่ง กรณีใดควรเป็นเช่นนั้นอย่างนี้ แต่วิถีที่ถูกต้องและเป็นธรรมในกรณีนั้นๆ อาจยังไม่มีรับรอง คุ้มครอง หรือบังคับให้การเป็นไปตามสิทธิดังกล่าว

สิทธิ (Right) คือ ประโยชน์หรืออำนาจของบุคคลที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองมิให้มีการละเมิด รวมทั้งบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิในกรณีที่มีการละเมิดด้วย เช่น สิทธิในครอบครัว สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว สิทธิในเกียรติยศ ชื่อเสียง สิทธิในการเลือกอาชีพ ถิ่นที่อยู่ การเดินทาง สิทธิในทรัพย์สิน เป็นต้น

⁷ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2538). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ*. หน้า 21.

⁸ บรรเจิด สิงคะเนติ ก (2544). *สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) หลักพื้นฐานของสิทธิ เสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*. หน้า 3.

⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 124/2487.

สิทธิ (Right) หมายถึง อำนาจหรือประโยชน์ที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง เช่น หากเรามีสิทธิในการซื้อสินค้าจากตลาดเมื่อชำระเงินให้แม่ค้า หากได้ชำระเงินแล้ว ผู้ใดจะบังคับมิให้เราซื้อได้ไม่ หากบังคับ กฎหมายย่อมคุ้มครอง การได้รับสิทธิตามกฎหมายนั้นย่อมไม่ก่อให้เกิดความยุติธรรมกับผู้มีส่วนได้เสียอื่นๆ ในทางนิติศาสตร์และกฎหมาย “สิทธิ” หมายถึง สิทธิตามกฎหมายหรือศีลธรรม ที่จะทำหรือไม่ทำบางอย่าง หรือที่จะได้รับหรือไม่ได้รับบางอย่างในสังคมอารยะ (Civil society) สิทธิทำหน้าที่เหมือนกฎในการปฏิสัมพันธ์ระหว่างบุคคล¹⁰

สิทธิ (Right) คือ ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ ซึ่งความหมายว่าเป็นประโยชน์ที่กฎหมาย “รับรอง” ว่ามีอยู่และเป็นประโยชน์ที่กฎหมาย “คุ้มครอง” คือ คุ้มครองมิให้มีการละเมิดสิทธิ รวมทั้งบังคับให้เป็นไปตามสิทธิในกรณีที่มีการละเมิดด้วย เช่น สิทธิในครอบครัว สิทธิความเป็นอยู่ส่วนตัว สิทธิในเกียรติยศชื่อเสียง สิทธิในการเลือกอาชีพ ถิ่นที่อยู่ สิทธิในการเดินทาง สิทธิในทรัพย์สิน เป็นต้น

ปัญหาเกี่ยวกับนิยามความหมายของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ดูเป็นเรื่องคลุมเครือสำหรับคนไทยจำนวนมาก ซึ่งยังมีความเคลือบคลุมว่าอะไรคือ “ศักดิ์ศรี” อะไรคือ “ความเป็นมนุษย์” ศักดิ์ศรีดังกล่าวมีความหมายเดียวกับสิ่งที่คนไทยจำนวนไม่น้อย หรือเด็กนักเรียนอาชีวะมักนำมาเป็นข้ออ้าง เพื่อทำหั่นทำลายชีวิตกัน เช่นเดียวกับ “ความเป็นมนุษย์” จะมองกันในด้านดีอย่างเดียวหรือกินความถึงความเป็น “ปูลุขชน” ที่เป็นด้านหยาบหนาเชิงลบในตัวธรรมชาติของมนุษย์ด้วย

อย่างไรก็ดี ในเบื้องต้นหากเราพยายามเข้าถึงความหมายอย่างหยาบๆ ชนิดแปลไทยเป็นไทยโดยอ้างอิงพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน ถึงแม้พจนานุกรมฯ ของทางการจะไม่มีคำอธิบายวลีดังกล่าวโดยตรง แต่หากไล่เลียงถอดความที่ละคำแล้วนำมาประกอบกัน “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ก็อาจแปลความให้ชัดขึ้น โดย หมายถึง ความยกย่องนับถือความเป็นมนุษย์ ซึ่งเป็นสัตว์ที่รู้จักใช้เหตุผลหรือเป็นสัตว์ที่มีจิตใจสูง¹¹ ความหมายโดยพหุชนะในข้อความที่ขยายให้ละเอียดขึ้นนี้ นับสำคัญคงพึงเล็งไปที่ การเคารพนับถือมนุษย์ ความเป็นมนุษย์ที่มีคุณสมบัติเชิงบวกสูงกว่าสัตว์โลกอื่น¹²

¹⁰ วิกิพีเดีย สารานุกรมเสรี. (2552). สิทธิ. สืบค้นเมื่อ 1 มกราคม 2555, จาก

<http://th.wikipedia.org/wiki/สิทธิ>

¹¹ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ให้ความหมายของ “ศักดิ์ศรี” ว่าหมายถึง เกียรติศักดิ์ ความยกย่องนับถือ ส่วนคำว่า “มนุษย์” มีความหมายถึง สัตว์ที่รู้จักใช้เหตุผลหรือที่มีจิตใจสูง.

¹² จรรย์ โฆษณานันท์ ก (2544). รัฐธรรมนูญ 2540: จาก “ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์” สู “ธัมมิกสิทธิมนุษยชน.” หน้า 15-16.

สำหรับความหมายของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” อธิบายได้ว่า ศักดิ์ศรี คือ การยอมรับของบุคคลในสังคม แม้ว่าพฤติกรรมที่บุคคลกระทำนั้น หรือต้องการกระทำนั้นๆ อาจจะถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ก็ได้ ถือว่าเป็นเรื่องดีงาม สมควรยกย่อง และต้องถือปฏิบัติ จะเป็นองค์กรรมติขององค์กร การยอมรับขององค์กรต่างๆ นั้นด้วยก็ได้ สิทธิเสรีภาพ หรือ อำนาจและหน้าที่ก็ถือเป็นศักดิ์ศรีด้วยเช่นกัน ส่วน “มนุษย์” คือ บุคคลทั่วไปไม่เลือกที่จะเป็นชนชาติใด เผ่า ศาสนา ผิวสี ภาษา และอื่นๆ ที่มีสภาพเป็นที่ยอมรับว่าเป็นส่วนของสังคม ตลอดจนองค์กร องค์กร ที่อาศัยมติเป็นข้อปฏิบัติไปตามประสงค์ขององค์กร องค์กรก็ให้ถือเป็นมนุษย์ด้วยเช่นกัน ดังนั้น คำว่าสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในรัฐธรรมนูญให้ถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วยเช่นกัน¹³

ส่วน “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” นั้นเป็นคำที่อธิบายความหมายของสิทธิมนุษยชนในแง่ของการให้คุณค่าแก่ความเป็นคนว่า คนทุกคนมีคุณค่าเท่าเทียมกัน ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นหลักการสำคัญของสิทธิมนุษยชนที่กำหนดสิทธิที่ติดตัวมาตั้งแต่เกิด ใครจะละเมิดไม่ได้ และไม่สามารถถ่ายโอนให้แก่กันได้ สิทธินี้คือสิทธิในการมีชีวิตและมีความมั่นคงในการมีชีวิตอยู่ คนทุกคนที่เกิดมาบนโลกมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังนั้น การปฏิบัติต่อกันของผู้คนในสังคมจึงต้องเคารพความเป็นมนุษย์ ห้ามทำร้ายร่างกาย ทรมานอย่างโหดร้าย หรือกระทำการใดๆ ที่ถือเป็นการเหยียดหยามความเป็นมนุษย์ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ได้รับการรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศ อนุสัญญา และปฏิญญาระหว่างประเทศหลายฉบับ

ในทางตำรากฎหมายของต่างประเทศ โดยเฉพาะของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้พยายามที่จะให้ความหมายของคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” แต่อย่างไรก็ตามจนถึงปัจจุบันก็ยังไม่มีนิยามความหมายใดที่ได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไป ดังนั้น การที่จะทำความเข้าใจเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงจำเป็นต้องย้อนกลับไปศึกษาความเป็นมาในประวัติศาสตร์ตัวเอง คำว่า “ศักดิ์ศรี” ซึ่งในทางประวัติศาสตร์ได้มีคำนิยามของ “ศักดิ์ศรี” แตกต่างกันไป¹⁴

ศักดิ์ศรี (Dignitas) ในความหมายของชาวโรมัน หมายถึงเกียรติในทางส่วนบุคคลที่ปรากฏต่อสาธารณะ ดังนั้น ศักดิ์ศรีในความหมายของชาวโรมันจึงไม่ใช่เรื่องของบุคคลทุกคน หากแต่หมายถึงเฉพาะบุคคลที่ได้รับเกียรติจากสาธารณะ¹⁵ แต่ศักดิ์ศรีในความหมายของ

¹³ ความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. สืบค้นเมื่อ 1 มิถุนายน 2553, จาก

http://www.thailaws.com/aboutthailaw/general_33.htm

¹⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ ข (2547). *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540*. หน้า 104-105.

¹⁵ Albert Bleckmann. (1997). *Staatsrecht II-Die Grundrechte*, 4 Aufl. p. 542 อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ ค (2552). *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญใหม่*. หน้า 86.

ศาสนาคริสต์ หมายถึง ความเมตตาของพระเจ้า มนุษย์นั้นถูกสร้างขึ้นตามความประสงค์ของ พระผู้เป็นเจ้า ดังนั้น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีอาจถูกทำลายหรือถูกพรากไปได้โดยการกระทำของ บุคคลอื่น หากแต่ถูกทำลายได้โดยบาปของตนเอง¹⁶ คำสอนว่ามนุษย์ทุกคนเสมอเหมือนกันใน สายตาของพระเจ้า เพราะต่างเป็นบุตรของพระเจ้าทุกคนเช่นกัน มนุษย์จึงไม่อาจยอมรับให้อำนาจ รัฐอยู่เหนือกว่าความเป็นมนุษย์ โดยนัยดังกล่าวมนุษย์เป็นฉายาของพระเจ้า มีศักดิ์ศรีอันศักดิ์สิทธิ์ที่ ได้รับจากพระเจ้า ความเป็นมนุษย์จึงเป็นสิ่งสูงสุด มนุษย์เป็นศูนย์กลางแห่งสรรพสิ่ง มนุษย์จึงไม่ อาจปฏิบัติต่อมนุษย์เหมือนไม่ใช่มนุษย์ หรือไม่มองมนุษย์เป็นเครื่องมือหรือเป็นวัตถุ ตรงกันข้าม มนุษย์ต้องมีความเคารพต่อกันหรือรู้จักรับใช้ซึ่งกันและกัน¹⁷

ในศตวรรษที่ 18 ปรัชญาของ Kant ซึ่งได้รับยกย่องอย่างแพร่หลาย โดย Kant เข้าใจว่า ศักดิ์ศรี หมายถึงความอิสระของมนุษย์ แต่ความเป็นอิสระอันเป็นพื้นฐานของมนุษย์จะสามารถ บรรลุคุณค่าอันดีงามได้ Kant มีความเชื่ออันมั่นคงต่อศักดิ์ศรีอันมีมาแต่กำเนิด (Inherent Dignity) ของบุคคล คำสอนของ Kant เห็นว่าไม่มีมนุษย์คนใดมีสิทธิที่จะใช้มนุษย์ด้วยกันเองให้เป็นดัง เครื่องมือชิ้นหนึ่งได้¹⁸

ความหมายของคำว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในทางกฎหมาย นักกฎหมายของประเทศ สหพันธ์รัฐเยอรมัน Guenter Duerig ได้ให้คำอธิบายคำว่า “ศักดิ์ศรี” ว่า มนุษย์ทุกคนเป็นมนุษย์โดย อำนาจแห่งจิตวิญญาณของเขาเอง ซึ่งทำให้เขาแตกต่างจากความเป็นอยู่ในสภาวะธรรมชาติที่ ปราศจากความเป็นส่วนบุคคล และการทำให้บรรลุเป้าหมายภายในขอบเขตส่วนบุคคลนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับ การตัดสินใจของบุคคลนั่นเอง ในอันที่จะกำหนดตนเองและในการสร้าง สภาพแวดล้อมของตนเอง¹⁹

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) ในทางกฎหมายนั้น นักกฎหมายชาวเยอรมัน ที่ชื่อเคล้าส สเตรน (Klaus Stern) ได้ให้ความหมายว่า หมายถึง คุณค่าอันมีลักษณะเฉพาะที่ผูกพัน อยู่กับความเป็นมนุษย์ ซึ่งบุคคลในฐานะที่เป็นมนุษย์ทุกคนได้รับคุณค่าดังกล่าวโดยไม่ต้องคำนึงถึง เพศ เชื้อชาติ ศาสนา วัย หรือคุณสมบัติอื่นๆ ของบุคคล จากความหมายข้างต้นจะเห็นได้ว่า ศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะอันสืบเนื่องมาจากความเป็นมนุษย์และคุณค่าที่ผูกพัน

¹⁶ แหล่งเดิม. หน้า 542.

¹⁷ จรัญ โฆษณานันท์ ข (2545). *สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน ปรัชญา กฎหมาย และความเป็นจริงทาง สังคม*. หน้า 99.

¹⁸ แหล่งเดิม. หน้า 122.

¹⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ ง (2543). *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตาม รัฐธรรมนูญ*. หน้า 106.

อยู่เฉพาะกับความเป็นมนุษย์เท่านั้น โดยไม่ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขอื่นใดทั้งสิ้น เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เป็นต้น คุณค่าของความเป็นมนุษย์ดังกล่าวนี้มีอยู่เพื่อให้มนุษย์มีความอิสระในการพัฒนาบุคลิกภาพส่วนบุคคลภายใต้ความรับผิดชอบของตนเองโดยอิสระและถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิ่งสูงสุดที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้²⁰

คำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” หมายถึง ความมีค่าของมนุษย์แต่ละคน ทั้งในแง่ของความมีค่าในตัวของผู้คนเองและในสถานะภาพของความเป็นมนุษย์ของแต่ละคนด้วย ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ย่อมเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญของมนุษย์แต่ละคนอันไม่อาจจะพรากเสียได้ การที่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้กลายมาเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญของมนุษย์แต่ละคนอันไม่อาจจะพรากเสียได้นี้ ทำให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้กลายมาเป็นความหมายจำเพาะและเป็นตัวกำหนดความหมายของความเป็นมนุษย์ไปโดยปริยาย ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นี้มีอยู่ในตัวของมนุษย์ทุกคนโดยไม่คำนึงถึงเพศ วัย สีผิว สัญชาติ หรือศาสนา นอกจากนี้แล้ว เมื่อพูดถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้วจะต้องไม่คำนึงถึงสามารถทางสติปัญญาในการรับรู้สิ่งต่างๆ ของผู้คนด้วย เรียกได้ว่าเพียงความเป็นมนุษย์เท่านั้นที่เป็นเงื่อนไขที่นำไปสู่ความมีศักดิ์ศรีดังกล่าว ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่มีอยู่ในตัวของมนุษย์ทุกคนดังกล่าวนี้ จึงถือได้ว่าได้กลายมาเป็นแก่นสาระสำคัญตามธรรมชาติของความเป็นมนุษย์ไปแล้ว อย่างปฏิเสธไม่ได้ และเมื่อเป็นเช่นนี้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงเป็นสิ่งที่ไม่อาจถูกพรากหรือทำให้สูญหายไปด้วยวิธีการใดๆ ได้²¹

Klaus Stern ได้สรุปสาระสำคัญของ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ว่าหมายถึงคุณค่าอันมีลักษณะเฉพาะและเป็นคุณค่าที่มีความผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์ ซึ่งบุคคลในฐานะที่เป็นมนุษย์ทุกคนได้รับคุณค่าดังกล่าวโดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงเพศ เชื้อชาติ ศาสนา วัยหรือคุณสมบัติอื่นๆ ของบุคคล²² และโดยที่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิมนุษยชน (Human Right) หรือกล่าวอีกนัยว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นรากฐานแห่งสิทธิมนุษยชน จึงต้องมีการให้ความหมายของสิทธิมนุษยชนว่าให้หมายถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคที่ได้รับการรับรองคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือตามกฎหมายไทยหรือตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม อย่างไรก็ตามขอบเขตความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ยังไม่มี ความหมายชัดเจน

²⁰ แหล่งเดิม. หน้า 35-36.

²¹ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2549). *หลักการใช้อำนาจขององค์กรที่ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ*. หน้า 22-23.

²² แหล่งเดิม.

ศาสตราจารย์ ดร. สมคิด เลิศไพฑูรย์ ได้อธิบายว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่ใช่เรื่องของความจนความรวย ไม่ใช่เรื่องสภาพของสังคม แต่เป็นเรื่องของสิ่งที่มีอยู่ติดตัวมนุษย์ทุกคนใน ส่วนของรัฐธรรมนูญต่างประเทศได้บัญญัติเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้เช่นกัน เช่น รัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 1 ความว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นที่มาของสิทธิและ เสรีภาพ” ดังนั้น จึงอาจสรุปความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ว่าหมายถึง สิทธิอย่างหนึ่ง ที่เป็นสาระสำคัญของความเป็นมนุษย์และทรงความเป็นคุณค่าของมนุษย์ทุกคนที่จะต้องได้รับการ ปฏิบัติที่เหมาะสมกับความเป็นมนุษย์ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จึงเป็นสิทธิอย่างหนึ่งที่เป็นสิทธิ ขั้นพื้นฐานของทุกๆ คน

ส่วนการให้ความหมายในเชิงกฎหมายนั้นในคราวที่มีการร่างรัฐธรรมนูญ มีผู้ให้ ข้อสังเกตเกี่ยวกับ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิอย่างหนึ่งที่รับรอง คุ่มครองให้แก่บุคคล มิให้ได้รับการปฏิบัติที่ไม่สมกับความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้น โดยพิจารณา เชิงภาวะวิสัยว่า การกระทำใดที่เห็นกันทั่วไปว่าละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งมีใช้การพิจารณา ในลักษณะอัตตะวิสัยตามความคิดเห็นของแต่ละบุคคล บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการพัฒนาการแห่ง การรับรองคุ้มครองสิทธิบุคคล และเป็นที่ยอมรับในต่างประเทศ ดังปรากฏตามรัฐธรรมนูญ แอฟริกาใต้ รัฐธรรมนูญเยอรมัน ส่วนการใช้สิทธิทางศาลนั้น บุคคลที่ถูกกระทำละเมิดศักดิ์ศรีความ เป็นมนุษย์สามารถนำคดีมาฟ้องได้ ตามลักษณะการกระทำละเมิดว่าเป็นประการใด เช่น ข้อพิพาท ระหว่างเอกชนกับเอกชนที่ฟ้องศาลยุติธรรม ฝ่ายปกครองกับเอกชนที่ฟ้องศาลปกครอง เป็นต้น ซึ่ง การดำเนินคดีในชั้นศาลจะเป็นการสร้างบรรทัดฐานต่อไปว่า การกระทำใดเป็นการละเมิดศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์

ส่วนในการกำหนดความหมายของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ในบริบททางความคิด เชิงปรัชญานั้น มีการให้ความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามทัศนะการแปลความหมายของ แต่ละฝ่ายในแง่มุมต่างๆ เช่น ฝ่ายสังคมนิยม ถือสาระสำคัญของชีวิตให้มีความเป็นอยู่ที่ดีทางวัตถุขั้นต่ำ แต่มิได้ถือเอาการมีสมบัติเป็นองค์ประกอบเดียวของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ปัจเจกชนจะมีศักดิ์ศรี ต่อเมื่อเขาเป็นผู้กำหนดความเป็นตัวเอง (Self – determining) และมีชีวิตที่ปรารถนาการดำรงอยู่ ร่วมกันอย่างมีลักษณะริเริ่มสร้างสรรค์ ส่วนฝ่ายเสรีนิยม ถือสาระของความเป็นมนุษย์อยู่ที่ โลกภายใน มีอิสระ มีเสรีภาพในความคิดเห็น สิทธิของความเสมอภาคเท่าเทียมกับสิทธิแห่ง เสรีภาพดังกล่าวเป็นการให้ความหมายในเชิงสาระของด้านปรัชญา

จากการให้ความหมายของคำว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของนักกฎหมายและนักทฤษฎี จึงอาจสรุปได้ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นคุณค่าที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะอันสืบเนื่องมาจากการ เป็นมนุษย์และเป็นคุณค่าที่ผูกพันอยู่กับเฉพาะมนุษย์เท่านั้น โดยไม่ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขใดๆ และ

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นถือว่ามีค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญด้วยเช่นกัน หรือที่กล่าวกันว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นหลักสูงสุดของรัฐธรรมนูญก็ได้

2.1.2 สารัตถะอันเป็นรากฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

“ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นเป็นการกล่าวถึง “คุณค่า” ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าที่ไม่ขึ้นอยู่กับเวลาสถานที่ และจะต้องทำให้คุณค่าดังกล่าวนั้นมีผลในทางกฎหมาย ตามที่ Guenter Duerig ได้อธิบายคำว่า “ศักดิ์ศรี” ว่า มนุษย์ทุกคนเป็นมนุษย์โดยอำนาจแห่งจิตวิญญาณของเขาเอง ซึ่งทำให้เขาแตกต่างจากความเป็นอยู่ในสถานะธรรมชาติที่ปราศจากความเป็นส่วนบุคคล และการทำให้บรรลุเป้าหมายภายในขอบเขตส่วนบุคคลนั้นย่อมขึ้นอยู่กับ การตัดสินใจของบุคคลนั่นเอง ในอันที่จะกำหนดตนเองและในการสร้างสภาพแวดล้อมของตนเอง จากแนวความคิดดังกล่าวนี้ อันเป็นการให้ความหมายของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ซึ่งประกอบด้วยรากฐานอันเป็นสาระสำคัญ 2 ประการ ที่ไม่อาจแยกออกจากกันได้คือ สิทธิในชีวิต ร่างกาย และสิทธิในที่จะได้รับความเสมอภาค

“สิทธิในชีวิตและร่างกาย” (Recht auf Leben) เป็นสิ่งที่ติดตัวบุคคลมาตั้งแต่เกิดเป็นสิทธิของปัจเจกบุคคลที่มีอยู่ในสถานะธรรมชาติ สิทธิในชีวิตและร่างกายจึงไม่อาจจะถูกพรากไปจากบุคคลได้ แต่ในทางตรงกันข้ามอาจทำให้ได้รับหลักประกันมากขึ้นโดยบทบัญญัติกฎหมายของรัฐได้ สิทธิในชีวิตและร่างกาย เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่จำเป็นอย่างยิ่งต่อการดำรงอยู่ของมนุษย์ และเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่แสดงให้เห็นว่ามนุษย์มีอิสระที่จะกำหนดตนเองได้ตามเจตจำนงที่ตนประสงค์ จากการที่มนุษย์มีเจตจำนงโดยอิสระในอันจะสร้างสภาพแวดล้อมของตนเองหรือพัฒนาบุคลิกภาพของตนเองนี้เองที่ทำให้มนุษย์แตกต่างจากสิ่งมีชีวิตอื่นๆ ดังนั้น เพื่อเป็นการเคารพในสิทธิในชีวิตและร่างกายของปัจเจกบุคคล บุคคลแต่ละคนจึงต้องเคารพในขอบเขตปริมณฑลส่วนบุคคลของแต่ละคน และด้วยเหตุนี้สิทธิในชีวิตและร่างกาย จึงเป็นรากฐานอันสำคัญของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์”

“สิทธิในความเสมอภาค” (Gleichheitsrecht) สิทธิในความเสมอภาคเป็นการแสดงว่ามนุษย์ทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกัน ในขณะที่สิทธิในชีวิตและร่างกายเป็นการแสดงถึงปริมณฑลส่วนบุคคลของปัจเจกบุคคล แต่ในขณะที่ “สิทธิในความเสมอภาค” เป็นการแสดงถึงความสัมพันธ์ของปัจเจกบุคคลต่อปัจเจกบุคคลและต่อสังคม ดังนั้น ถึงแม้มนุษย์จะมีสิทธิในชีวิตและร่างกายของตนก็ตาม แต่หากขาดหลักประกันในเรื่องหลักความเสมอภาคแล้วบุคคลนั้นอาจได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกับบุคคลอื่นๆ ในสังคม หรืออาจถูกเลือกปฏิบัติจากใช้อำนาจรัฐด้วยเหตุนี้ เพื่อให้มนุษย์สามารถดำรงตนอยู่ได้อย่างมีศักดิ์ศรีอย่างแท้จริง นอกจากปัจเจกบุคคลจะมี

สิทธิในชีวิตและร่างกายแล้ว ปัจเจบุคคลยังจะต้องมีหลักประกันในเรื่องหลักความเสมอภาคด้วย หลักความเสมอภาคจึงเป็นรากฐานที่สำคัญอีกประการหนึ่งของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์”

แต่อย่างไรก็ตาม ในทางความเข้าใจถึงคุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะที่มีอยู่ในเสรีภาพของมนุษย์นั้นจะต้องเข้าใจว่าเสรีภาพในการกำหนดตนเองของมนุษย์ในทางความคิดนั้นถือว่า มนุษย์ทุกคนมีความเท่าเทียมกันในเสรีภาพทางนามธรรมเท่านั้น ดังนั้น คุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” นี้ แท้จริงแล้วไม่อาจจะทำให้เท่าเทียมกันได้สำหรับมนุษย์ทุกคน แต่อย่างน้อยที่สุดมีความเป็นไปได้ในทางนามธรรมที่บุคคลแต่ละบุคคลอาจจะทำให้บรรลุเป้าหมายของตนในทางกฎหมายได้อย่างเท่าเทียมกัน โดยมีข้อพิจารณาดังนี้

ก) คุณค่าอันมีลักษณะเฉพาะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น จะต้องเข้าใจว่ายังคงดำรงอยู่ถึงแม้ว่าบุคคลใดบุคคลหนึ่งจะไม่สามารถที่จะกำหนดตนเองได้ โดยอิสระตั้งแต่เริ่มต้น อันเนื่องมาจากความมีจิตบกพร่อง จิตผิดปกติ หรือจะด้วยเหตุผลใดก็ตาม ในกรณีนี้ยังต้องถือว่าในทางกฎหมายแล้วบุคคลนั้นมีความสามารถที่จะกำหนดตนเองได้ และบุคคลนั้นมีสิทธิที่จะใช้เสรีภาพนั้นอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งย่อมมีผลว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ยังคงดำรงอยู่กับบุคคลนั้นอย่างสมบูรณ์ ทั้งนี้ โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาความจริงว่าบุคคลนั้นสามารถใช้เสรีภาพนั้นได้หรือไม่

ข) คุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ยังคงดำรงอยู่ถึงแม้บุคคลใดบุคคลหนึ่งจะสร้างความเสื่อมเสียให้แก่ตนเอง เช่น อาชญากรได้ใช้เสรีภาพไปในทางที่ผิดก่อให้เกิดความอับอายสร้างความเสื่อมเสียให้แก่ตนเอง การใช้เสรีภาพที่ทำให้เกิดความอับอายและสร้างความเสื่อมเสียให้แก่ตนเองเช่นนั้น ย่อมเป็นเครื่องพิสูจน์ว่ามนุษย์นั้นมีศักดิ์ศรีของตนเอง มีศักดิ์ศรีที่จะกำหนดตนเองได้อย่างอิสระ หากแต่บุคคลนั้นได้ใช้เสรีภาพนั้นไปในทิศทางที่ไม่ถูกต้องหรือเป็นการใช้เสรีภาพไปในทางที่ผิด

ค) คุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นมิได้ขึ้นอยู่กับทำให้บรรลุเป้าหมายที่เป็นจริงในทางปฏิบัติของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ดังนั้น การแทรกแซงของรัฐอาจเป็นการละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้ แม้ว่าบุคคลนั้นได้ตัดสินใจอย่างอิสระยินยอมให้รัฐทำการแทรกแซงดังกล่าวได้ ทั้งนี้ เพราะจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญให้เป็นภาระหน้าที่ของรัฐที่จะต้องให้ความคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น จากบทบัญญัติดังกล่าวรัฐย่อมไม่มีอำนาจที่จะไปขอความยินยอมจากบุคคลใดบุคคลหนึ่งเพื่อการแทรกแซงในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หากแต่ต้องปกป้องมิให้มีการละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ง) เพราะคุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่ได้ขึ้นอยู่กับทำให้เป็นจริงของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ดังนั้น กรณีจึงอาจเป็นการแทรกแซงในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้ แม้ว่าบุคคลนั้นจะยังไม่ถือกำเนิดหรือบุคคลนั้นได้ตายไปแล้วก็ตาม ดังนั้น ในกรณีนี้จึงไม่อาจจะ

อาศัยหลักสิทธิเรียกร้องในทางแพ่งมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเรื่องดังกล่าวได้ เช่น เด็กในครรภ์ มารดายอมได้รับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เช่นเดียวกันถึงแม้ชีวิตมนุษย์จะเริ่มต้นเมื่อมีการให้กำเนิด การให้กำเนิดนั้นก่อให้เกิดชีวิตใหม่และบุคลิกภาพส่วนบุคคลใหม่ขึ้น ดังนั้น การทำแท้งเด็กในครรภ์มารดาที่มีได้เป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมาย หรือการที่รัฐมิได้เข้าไปปกป้องต่อชีวิตของเด็กในครรภ์มารดาดังกล่าว กรณียอมเป็นการขัดกับมาตรา 1 (ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์) ของรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมัน ได้วินิจฉัยว่ากฎหมายอาญาที่อนุญาตให้ทำแท้งได้นั้น เป็นโมฆะ โดยได้ให้เหตุผลว่า ชีวิตที่ได้รับการพัฒนาอยู่ในครรภ์มารดานั้นถือเป็นชีวิตอีกชีวิตหนึ่ง ซึ่งอยู่ภายใต้การคุ้มครองของรัฐธรรมนูญ หรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นอาจให้ความคุ้มครองไปถึงบุคคลที่เสียชีวิตแล้ว เช่น การใช้ประโยชน์จากศพของมนุษย์ในทางการวิจัยเพื่อการอุตสาหกรรมนั้น อาจเป็นการละเมิดในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แต่อย่างไรก็ตาม หากผู้ตายได้ตัดสินใจด้วยตนเองการที่จะอุทิศร่างกายของตนเพื่อการศึกษาวิจัยในทางแพทย์อันเป็นประโยชน์ในการศึกษาค้นคว้าเพื่อการรักษาเยียวยาผู้ที่ยังมีชีวิตอยู่ในกรณีเช่นนี้ย่อมไม่เป็นการขัดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์²³

2.1.3 สถานะในทางกฎหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ในการพิจารณาถึงสถานะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะแบ่งการพิจารณาถึงสถานะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ออกเป็น 3 ประการ²⁴คือ

2.1.3.1 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

“ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” นั้นถือว่าเป็นคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญหรือที่กล่าวกันว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นหลักสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การกระทำของรัฐทั้งหลายจึงต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับคุณค่าอันสูงสุดของรัฐธรรมนูญดังกล่าว เพราะมนุษย์นั้นเป็นเป้าหมายการดำเนินการของรัฐ มนุษย์มิใช่เป็นเพียงเครื่องมือในการดำเนินการของรัฐและการดำรงอยู่ของรัฐ นั้นก็ดำรงอยู่เพื่อมนุษย์ มิใช่มนุษย์ดำรงอยู่เพื่อรัฐ ด้วยเหตุนี้ ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ จึงถือว่าเป็นพื้นฐานสำหรับการวางรากฐานของหลักเสรีภาพของบุคคลและหลักความเสมอภาคดังที่ทราบกันโดยทั่วไป สิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นสิทธิที่ไม่อาจจำหน่ายโอนได้และเป็นสิทธิที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้ ทั้งนี้ เพื่อให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมีผลเป็นจริงในทางปฏิบัติ ซึ่งย่อมหมายความว่าสิทธิและเสรีภาพทั้งหลายที่บัญญัติไว้ โดยสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวนั้นเป็นการแสดงถึงผลอันมีพื้นฐานมาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งก่อให้เกิดผลสำคัญ 2 ประการ ประการแรก การตีความเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพทั้งหลายจะต้องถือว่าเนื้อหาของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นพื้นฐานที่จะต้องนำมาใช้ประกอบในการตีความสิทธิและเสรีภาพอื่นๆ ด้วย

²³ บรรเจิด สิงคะเนติ ง เล่มเดิม. หน้า 88-91.

²⁴ แหล่งเดิม. หน้า 91-94.

ประการที่สอง อาจกล่าวได้ว่าเนื้อหาในทางหลักการทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพทั้งหลาย รวมทั้งความหมายของการแทรกแซงในขอบเขตที่ได้รับการคุ้มครองของสิทธิและเสรีภาพทุกประเภทนั้นได้รับการพัฒนามาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ความสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งถือว่าในบทบัญญัติที่อยู่ในลำดับชั้นสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้น อาจแสดงให้เห็นได้ในเรื่องดังต่อไปนี้

1) การกำหนดทิศทางของรัฐ เรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นมีผลในทางการกำหนดกฎเกณฑ์ที่จะต้องทำให้บรรลุเป้าหมายต่อคุณค่าดังกล่าว สำหรับการกระทำของรัฐทั้งหลาย เพราะศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์นั้นเป็นตัวกำหนดและเป็นตัวจำกัดวัตถุประสงค์และภาระหน้าที่ของรัฐ

2) การบัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น ไม่เพียงแต่ก่อให้เกิดสิทธิในทางมหาชนที่มุ่งหมายต่อการกระทำของรัฐเท่านั้น หากแต่ยังบังคับให้รัฐต้องกำหนดเป็นหลักของกฎหมายทั้งหลาย (โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) ว่าอำนาจอื่นๆ นอกเหนือจากอำนาจรัฐก็ไม่อาจที่จะละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้ ถึงแม้จะไม่ก่อให้เกิดสิทธิในทางมหาชนในการเรียกร้องให้บัญญัติกฎหมายเพื่อการคุ้มครองดังกล่าวก็ตาม แต่จากบทบัญญัติกฎหมายที่มีอยู่จะต้องตีความให้สอดคล้องกับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ นอกจากนี้รัฐยังจะต้องปกป้องคุ้มครองเพื่อมิให้มีการละเมิดในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในการทำให้บรรลุเป้าหมายต่อหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นได้ก่อให้เกิดคำถามว่าในกฎหมายแพ่งนั้นจะต้องคำนึงถึงระบบคุณค่าในทางรัฐธรรมนูญ เช่น หลักอันละเมิดมิได้ของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือไม่เพียงใด ซึ่งในทางตำราของเยอรมัน ต่างยอมรับตรงกันว่าหลักดังกล่าวนี้มีอิทธิพลต่อกฎหมายแพ่งด้วย

2.1.3.2 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ

ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของไทย นอกเหนือจากที่ได้กำหนดสิทธิและเสรีภาพไว้ อย่างหลากหลายแล้ว ยังได้กำหนดให้มีหลักประกันของสิทธิและเสรีภาพ เช่น ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 29 วรรค 2 หลัก คือห้ามมิให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพอันมีผลเพื่อใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง หลักการอ้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพและหลักการจำกัดและเสรีภาพจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพมิได้ จากหลักประกันดังกล่าวนี้เอง ก่อให้เกิดคำถามขึ้นว่าอะไรคือสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพแต่ละประเภท และมีขอบเขตแค่ไหนเพียงใด ซึ่งในเรื่องนี้นับว่าเป็นปัญหาที่มีความยุ่งยากซับซ้อนในการกำหนดขอบเขตสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ ในปัญหาดังกล่าวแม้ในทางตำรากฎหมายของเยอรมันเองจนถึงปัจจุบันนี้ก็ยังไม่สามารถที่จะกำหนดกฎเกณฑ์ออกมาเป็นหลักทั่วไปได้ว่า อะไรคือสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ แต่อย่างไรก็ตามได้มีความพยายาม

ในการนำเกณฑ์ของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Wuerde des Menschen) มาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ ด้วยเหตุนี้ การแทรกแซงใดที่เป็นการละเมิดต่อศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ กรณีย่อมถือว่าเป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ ดังนั้น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสาระอันเป็นแก่นของสิทธิและเสรีภาพแต่ละประเภท ซึ่งภายในขอบเขตดังกล่าวรัฐมิอาจล่วงละเมิดได้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพจึงมีความมุ่งหมายที่จะปกป้องคุ้มครองการแทรกแซงของรัฐ มิให้กระทบต่อสาระแห่งสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล

2.1.3.3 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นสิทธิประเภทหนึ่ง

ในประเด็นนี้มีข้อถกเถียงในทางวิชาการว่า ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์นั้นเป็นเพียงหลักการกว้างๆ ที่ครอบคลุมสิทธิและเสรีภาพทั้งหลายหรือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นถือว่าเป็นสิทธิที่มีลักษณะเฉพาะตนสิทธิหนึ่งต่อกรณีปัญหาดังกล่าวในทางวิชาการของเยอรมันนั้นมีความเห็นแบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายแรกเห็นว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่ถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่ง เพราะการบัญญัติถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามมาตรา 1 วรรคหนึ่ง²⁵ ของรัฐธรรมนูญนั้น มีลักษณะเป็นการประกาศหลักการของสิทธิขั้นพื้นฐาน และเนื่องจากในมาตรา 1 วรรคสาม²⁶ ของรัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้สิทธิขั้นพื้นฐานในมาตราต่อมา ผู้กผันอำนาจรัฐทั้งหมดแต่ไม่หมายความรวมถึงศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ด้วย นอกจากนี้ ขอบเขตในการพิจารณาถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นขาดความแน่นอนชัดเจนว่ามีขอบเขตแค่ไหนเพียงใด ดังนั้นตามความเห็นฝ่ายแรกจึงเห็นว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญ ไม่ถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่ง อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่ง ทั้งนี้ โดยพิจารณาจากการจัดระบบในเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานและการพัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้ว ถือได้ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่ง โดยฝ่ายนี้ได้โต้แย้งความเห็นฝ่ายแรกที่กล่าวว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีลักษณะเป็นการประกาศหลักการและขาดความแน่นอนชัดเจนนั้น ซึ่งฝ่ายนี้เห็นว่า

²⁵ กฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) ของสหพันธรัฐเยอรมนี มาตรา 1 วรรคหนึ่ง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นสิ่งที่มิอาจล่วงละเมิดได้เป็นภาระหน้าที่ของรัฐที่จะต้องให้ความเคารพและให้ความคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์.”

²⁶ กฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) ของสหพันธรัฐเยอรมนี มาตรา 1 วรรคสาม “สิทธิขั้นพื้นฐานที่จะกล่าวต่อไปนี้ ย่อมผูกพันอำนาจ นิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ โดยถือว่าเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้โดยตรง.”

ลักษณะดังกล่าวนี้ปรากฏอยู่ในสิทธิขั้นพื้นฐานอื่นๆ ด้วย ซึ่งปัญหาในเรื่องดังกล่าวต่อมาศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของเยอรมันได้วินิจฉัยยอมรับว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่ง และต่อมาได้วินิจฉัยว่าถึงแม้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มิได้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตราที่ระบุให้ผูกพันอำนาจรัฐทั้งหมดก็ตาม แต่อำนาจรัฐทั้งหลายก็ยังคงผูกพันกับหลักการสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์) ด้วยซึ่งจากลักษณะดังกล่าวนี้เอง Zippelius ได้กล่าวว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นมีความมุ่งหมาย 2 ประการ ประการแรกถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งมีลักษณะเป็นสิทธิๆ หนึ่ง ส่วนความมุ่งหมายอีกประการหนึ่ง ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยในทางคุณค่าอันแสดงถึงทิศทางของการกระทำ โดยเรียกร้องให้สิทธิขั้นพื้นฐานต่างนั้น สามารถบรรลุเป้าหมายได้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ นอกเหนือจากการให้หลักประกันที่จะไม่ล่วงละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน

สำหรับกรณีของไทยตามที่ได้บัญญัติถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในมาตรา 4 มาตรา 26 และมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญ เช่น มาตรา 4 บัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สิทธิ และเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง” ในกรณีนี้ย่อมเห็นได้ชัดเจนว่ารัฐธรรมนูญของไทยได้ให้ความรับรองคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างชัดเจน โดยแยกออกจากสิทธิและเสรีภาพ ในกรณีเช่นนี้ในแง่ของสถานะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญของไทยนั้นย่อมถือได้ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าหรือวัตถุในทางกฎหมายอย่างหนึ่งที่ได้รับรองคุ้มครองแยกต่างหากจากสิทธิและเสรีภาพแล้ว ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญของไทย นอกจากจะเป็นสิ่งที่กฎหมายให้ความคุ้มครองแล้วยังต้องถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นรากฐานของสิทธิและเสรีภาพทั้งปวงด้วย เพราะโดยสภาพพื้นฐานแล้วสิทธิและเสรีภาพต่างๆ นั้นเป็นเพียงผลของการรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

2.1.4 ขอบเขตการคุ้มครองของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

การกำหนดขอบเขตของการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นเรื่องที่ยาก เพราะนิยามของคำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ในปัจจุบันนั้นยังไม่มีนิยามที่ได้รับการยอมรับเป็นนิจการทั่วไป การกล่าวถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มักจะมีความสัมพันธ์กับเวลาและสถานการณ์ ภายใต้สภาพการณ์ใดที่ถือว่าการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นไม่อาจจะกำหนดไว้เป็นการทั่วไปได้ หากแต่ต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นรายๆ ไป สภาพการณ์โดยรวมทางสังคม วัฒนธรรมของสังคมหนึ่งๆ จึงเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาที่แตกต่างกันออกไป นอกจากนี้ ยังมีปัญหาว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นรวมอยู่ในสิทธิขั้นพื้นฐานใดบ้างนอกเหนือจากสิทธิในชีวิต ร่างกายและสิทธิในความเสมอภาคอันถือว่าเป็นหลักประกันพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ปัญหาเรื่องขอบเขตการคุ้มครองของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นสามารถกำหนดได้หรือไม่อย่างไรนั้น มีแนวความคิด 2 แนว²⁷ แนวความคิดแรก เห็นว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นสามารถกำหนดเป็น “คุณค่า” ได้ โดยถือว่ามีคุณค่าที่เป็นอิสระ มีลักษณะเป็นของตนเอง อันเป็นคุณค่าที่เป็นธรรมชาติของความเป็นมนุษย์ แนวความคิดนี้เป็นแนวความคิดทางปรัชญาของ Kant และแนวความคิดทางทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ ส่วนอีกแนวความคิดหนึ่ง เห็นว่าลักษณะอันเป็นสาระสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นขึ้นอยู่กับความสามารถที่มนุษย์สามารถที่จะกำหนดตนเองได้ แนวความคิดที่สองเป็นแนวความคิดที่พิจารณาความสามารถของมนุษย์ในทางข้อเท็จจริง

แนวความคิดทั้งสองแนวนั้นล้วนแต่ไปกระทบกับสาระสำคัญของปัญหาของค่านิยามว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” นั้น มีความหมายเช่นใด ซึ่งจากนิยามดังกล่าวนี้เองจึงสามารถจะกำหนดขอบเขตได้ว่าภายในขอบเขตดังกล่าวนี้เองเป็นสิ่งซึ่งไม่อาจล่วงละเมิดได้ แต่อย่างไรก็ตามตามความเห็นของฝ่ายที่สองนั้น ยังไม่อาจอธิบายได้ว่าในกรณีที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งเป็นผู้ไร้ความสามารถอันไม่สามารถจะดำเนินการใดๆ ตามเจตจำนงของตนได้ ในกรณีนี้ตามแนวคิดที่สองจะอธิบายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลเหล่านี้ได้อย่างไร ซึ่งในกรณีของบุคคลเหล่านี้ก็จะต้องให้ความเคารพว่าบุคคลเหล่านี้เป็นมนุษย์คนหนึ่งในสังคมที่พึงจะได้รับการปฏิบัติและได้รับความเคารพเช่นเดียวกับบุคคลอื่นๆ ซึ่งหากถือตามแนวความคิดแรกนั้น ถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นไม่ได้ขึ้นอยู่กับเจตจำนงของปัจเจกบุคคลแต่ละคน หากแต่เป็นคุณค่าที่เป็นอิสระจากความเป็นมนุษย์แต่ละคน

สิทธิเรียกร้องเพื่อให้ความเคารพและคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น ในด้านหนึ่งเป็นการป้องกันการแทรกแซงจากรัฐ แต่ในอีกด้านหนึ่ง หากพิจารณาอย่างสมเหตุสมผลสิทธิเรียกร้องที่จะได้รับความเคารพจากรัฐ หมายรวมถึง สิทธิเรียกร้องจากรัฐ เพื่อให้รัฐกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อเป็นการปกป้องคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เฉพาะในกรณีของสิทธิที่จะได้รับความเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น สิทธิดังกล่าวมิได้ผูกพันเฉพาะรัฐเท่านั้น หากยังหมายรวมถึงบุคคลอื่นที่ไม่ใช่รัฐด้วย เช่น ปัจเจกบุคคล หรือกลุ่มสังคมใดสังคมหนึ่งหรือรัฐต่างประเทศ หน้าที่ในการให้ความคุ้มครองของรัฐต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นการรับรองว่าสิทธิความเป็นมนุษย์นั้นเป็นสิทธิเรียกร้องที่สมบูรณ์ ซึ่งหมายความว่า สิทธิเรียกร้องที่จะได้รับความเคารพนั้นมีจุดมุ่งหมายเพื่อปกป้องต่อการแทรกแซงทั้งหลาย โดยมีต้องคำนึงถึงว่าการกระทำที่เป็นการแทรกแซงนั้นเป็นการกระทำของรัฐหรือไม่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า บุคคลทุกคนย่อมมี

²⁷ Pieroth/Schlink, Grundrecht – Staatsrecht II, S. 88. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ ก. เล่มเดิม. หน้า 94.

หน้าที่ที่จะต้องให้ความเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลอื่น²⁸ สำหรับในกรณีของอำนาจรัฐที่มีต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีภาระหน้าที่อยู่ 2 ประการ คือ ประการแรก การให้ความเคารพและการให้ความคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น หมายความว่า อำนาจอ้างสิทธิ์นั้นเองจะไม่กระทำการใดๆ อันก่อให้เกิดความเสียหายต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในกรณีนี้ถือว่าเป็นหน้าที่ของการคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งในกรณีนี้รัฐจะต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อเป็นการปกป้องคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มิให้ถูกละเมิด และประการที่สอง การป้องกันขัดขวางความทุกข์ยากทรมานของมนุษย์ย่อมถือว่าเป็นหน้าที่ในการให้ความคุ้มครองของรัฐด้วย²⁹

2.1.5 แนวความคิดทางทฤษฎีว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพทั้งปวง เป็นคำกล่าวที่ไม่เกินความจริงที่ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพทั้งปวง ทั้งนี้เป็นวิวัฒนาการที่ดำเนินมาตามขั้นตอนของประวัติศาสตร์ และเนื่องจากวิวัฒนาการดังกล่าวนี้มีได้เกิดขึ้นในประเทศไทย หากแต่เกิดขึ้นในประเทศแถบยุโรป และอเมริกา ด้วยเหตุนี้เอง จึงเป็นความจำเป็นที่จะต้องศึกษาและทำความเข้าใจเกี่ยวกับวิวัฒนาการเหล่านี้เสียก่อน เพื่อจะทำให้ทราบถึงความสำคัญของถ้อยคำๆ นี้ อันจะทำให้สามารถกำหนดสถานภาพและความสำคัญของคำว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

2.1.5.1 แนวความคิดในสมัยกลางของอิตาลี

แนวความคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มิใช่เรื่องใหม่ มีการกล่าวถึงกันมาตั้งแต่สมัยกรีกและโรมันแล้ว แต่อย่างไรก็ตามในแง่ที่จะตั้งเป็นข้อเรียกร้องถึงระดับที่ว่าเป็นสิทธิอันแต่ต้องไม่ได้มัน อาจกล่าวได้ว่า ยังไม่เป็นที่รู้จักกันในสมัยนั้น แม้แต่แนวความคิดของพวก Stoic ในสมัยโรมัน ซึ่งกล่าวถึงความเสมอภาคของมนุษย์ และมีการเปิดกว้างทางความคิดที่ยอมรับชาติพันธุ์อื่นๆ แต่แนวความคิดดังกล่าวก็เป็นเพียงแนวความคิดในเชิงจริยธรรมทางสังคม มิใช่เป็นข้อเรียกร้องทางการเมือง หรือเศรษฐศาสตร์ดังเช่นที่มีการคิดคำนึงกันในปัจจุบันแต่อย่างใด ในสมัยกลางของยุโรปซึ่งแนวความคิดทั้งหลายถูกรวบงำโดยความเชื่อทางศาสนานิกบุญโรมัส อ ไควนัส ซึ่งเป็นนักปราชญ์ที่มีชื่อเสียงในสมัยนั้นได้เริ่มใช้คำว่า Dignitas Humana ซึ่งความหมายก็คือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั่นเอง ในช่วงปลายของยุคกลางซึ่งมีการค้นพบอารยธรรมเก่าแก่สมัยกรีกและสมัยโรมัน และมีการศึกษาลึกลับที่มีการค้นพบอย่างจริงจังได้ชื่อว่าเป็นยุคแห่งการฟื้นฟูหรือการเกิดใหม่ของอารยธรรมโบราณดังกล่าว ได้มีนักมนุษยนิยมชาวอิตาลีคนหนึ่งชื่อว่า Giovanni Pico

²⁸ Duerig, in: Maunz/Duerig, G-Kommentar, Art. 1, Abs. 1, Rdnr. 2. อ้างถึงใน บรรเจิด สิงคะเนติ ค เล่มเดิม. หน้า 94.

²⁹ แหล่งเดิม.

Count of Mirandora and Concordia (1463-1494) ที่ให้ความสนใจกับแนวความคิดทางด้านนี้โดย เริ่มต้นจากคำถามที่ว่ามนุษย์ต่างจากสัตว์อย่างไร หลังจากที่ได้พิจารณาในแง่มุมต่างๆ แล้วจึงได้ ขื่อสรุปเป็นแนวความคิดที่ว่า มนุษย์ต่างจากสัตว์ตรงที่มนุษย์มีความสามารถในการใคร่ครวญ เกี่ยวกับเหตุและผลได้ ซึ่งเป็นการสะท้อนแนวความคิดที่มีมาแต่สมัยโรมันของ Cicero และจากจุด นี้เองที่ Pico ได้พัฒนาความคิดต่อไปว่า ความสามารถในการใคร่ครวญเกี่ยวกับเหตุและผลได้นี้ อาจ กล่าวได้ว่าเป็นลักษณะเฉพาะของมนุษย์โดยแท้ และทำให้มนุษย์สามารถสร้างสรรค์สิ่งต่างๆ ขึ้นมา ได้ด้วยตนเอง ความสามารถดังกล่าวนี้ทำให้มนุษย์สามารถพัฒนาตนเองขึ้นมา ในบริบทที่เปี่ยมไป ด้วยเสรีภาพ บนพื้นฐานของความเป็นตัวของตัวเองจนสำเร็จได้ ความสามารถเหล่านี้เองที่ ประกอบขึ้นมาเป็นศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Hominis Dignitas) การคิดค้นดังกล่าวนี้ นักประวัติศาสตร์ ระดับปรมาจารย์ชาวสวิสเซอร์แลนด์ถึงกับกล่าวว่า “เป็นมรดกที่มีค่าที่สุดชิ้น หนึ่งที่ตกทอดมาสู่มวลมนุษยชาติจากอารยธรรมช่วงนั้น”

ความสามารถในการใช้เหตุและผล ความคิดนี้เองที่ทำให้มนุษย์สามารถยกฐานะของ ตนให้ต่างจากสัตว์อื่นๆ ได้ ถึงแม้ว่าวิวัฒนาการในทางชีววิทยาจะได้มีความแตกต่างจากสัตว์อื่นๆ ก็ตาม และจากสติปัญญาของมนุษย์นี้เองที่ทำให้มนุษย์ “มีจิตสำนึกของตนเอง ทำให้สามารถ กำหนดความเป็นไปของตัวเองได้ และสามารถสร้างสรรค์ตัวเองและสรรค์สร้างสิ่งแวดล้อมรอบตัว ได้ในที่สุด”³⁰

2.1.5.2 แนวความคิดของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

เป็นที่น่าสนใจว่า ในขณะที่นักคิดยุคใหม่ของชาติอื่นๆ ให้ความสนใจกับเรื่องของสิทธิ เสรีภาพ แต่กลับมองข้ามประเด็นที่มีความลึกซึ้งยิ่งไปกว่านั้น คือ ประเด็นเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็น มนุษย์ จนกระทั่งได้มีนักคิดชาวเยอรมันบางท่าน เช่น Samuel Pufendorf ได้จุดประกายทาง ความคิดเกี่ยวกับประเด็นนี้ขึ้นมา แต่อย่างไรก็ตามยอมรับว่าแม้จะมีนักคิดเยอรมันหลายท่านได้ชื่อ ว่าเป็นผู้บุกเบิกทางความคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แต่เหตุการณ์ในยุคที่เยอรมันอยู่ภายใต้ ระบอบการปกครองแบบเผด็จการของ Adolf Hitler ซึ่งได้ก่ออาชญากรรมต่อชนชาวยิวโดยการ ฆ่าแบบล้างเผ่าพันธุ์กันทีเดียว ทำให้นักกฎหมายเยอรมันต้องตั้งคำถามกับตัวเองว่าเกิดอะไรขึ้น ในช่วงนั้น จนเป็นที่มาของการบัญญัติการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในรัฐธรรมนูญเป็น ประเทศแรก และบัญญัติดังกล่าวในกฎหมายพื้นฐาน มาตรา 1 นั้น ก็มักจะมีผู้กล่าวอ้างอยู่เสมอว่ามี พื้นฐานมาจากแนวความคิดของ Immanuel Kant แต่ก็ยังมีนักกฎหมายชื่อดังบางท่านเช่นกัน ที่อ้างว่า บทบัญญัติดังกล่าวน่าจะมีพื้นฐานมาจากความเชื่อในทางศาสนาของคริสต์ศาสนิกชน ซึ่ง

³⁰ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. เล่มเดิม. หน้า 23-25.

แนวความคิดทั้งสองแนวทางดังกล่าวนี้คงต้องนำมาศึกษาในรายละเอียดต่อไปว่า มีความน่าเชื่อถือมากน้อยเพียงใด

1) แนวทางที่เชื่อกันว่าเป็นที่มาของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญ) ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

(1) แนวความคิดของ Immanuel Kant

สำหรับแนวความคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเยอรมันนั้น นอกจาก Pufendorf ซึ่งเป็นนักวิชาการชาวเยอรมันรุ่นแรกๆ ที่เน้นเป็นอย่างมากถึงความเชื่อมโยงทางจารีตประเพณีระหว่างเสรีภาพกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้ว นักปราชญ์ชาวเยอรมันที่เดินรอยตาม Pufendorf ในการศึกษาถึงพื้นฐานสำคัญสำหรับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยโยงไปถึงลักษณะของธรรมชาติของมนุษย์ที่มีความสามารถในการใช้เหตุผล ก็คือ Immanuel Kant

สำหรับนักปราชญ์ท่านนี้ เหน็บสำคัญที่จะนำมาพิจารณาก็คือ “ความเป็นตัวของตัวเองตามจารีตประเพณี” กล่าวคือ การที่มนุษย์เราสามารถมีความเป็นตัวของตัวเองได้ตามจารีตประเพณี ย่อมเป็นที่มาของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และของผู้ที่ก่อปรด้วยเหตุผลใดๆ แต่อย่างไรก็ตามเป็นที่น่าสังเกตว่า ศูนย์กลางความสนใจของ Kant นั้นมิได้อยู่ที่ประเด็นของศักดิ์ศรีโดยตรง คำว่า ศักดิ์ศรีจะปรากฏให้เห็นในงานเขียนของ Kant เป็นครั้งคราว และมีลักษณะเป็นตัวประกอบเมื่อกล่าวถึงประเด็นอื่นๆ เท่านั้น

แนวความคิดของ Kant เริ่มต้นจากความคิดคำนึงของตนเองตามเหตุผลง่ายๆ ว่า “มนุษย์นั้น...มีอยู่ (Exist) โดยมีวัตถุประสงค์ในตัวเอง มิใช่มีอยู่เพื่อเป็นเครื่องมือของเจตจำนงอื่นใด การกระทำใดๆ ก็ตามของมนุษย์ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำต่อตนเองหรือต่อผู้อื่นซึ่งเป็นผู้ที่มีเหตุผลเช่นกัน ก็จะต้องพิจารณาว่ายอมก่อปรด้วยวัตถุประสงค์เช่นเดียวกัน” บนพื้นฐานของความคิดคำนึงดังกล่าว จึงเป็นที่มาของกฎเหล็กของ Kant ว่าด้วยโอองการหรือบทบัญญัติที่มีลักษณะเบ็ดเสร็จ (Categorical Imperative) ซึ่งแปลงมาเป็น โอองการเชิงปฏิบัติ (Practical imperative) ว่า “จงปฏิบัติต่อมนุษยชาติ ไม่ว่าจะเป็นการปฏิบัติต่อตัวเจ้าเองหรือต่อบุคคลอื่นและไม่ว่าเวลาใด ในฐานะที่ผู้นั้นมีวัตถุประสงค์ในตัวเอง มิใช่ทำให้ผู้นั้นกลายเป็นเพียงเครื่องมือสำหรับวัตถุประสงค์อื่นๆไป”

สิ่งที่น่าสนใจก็คือ สำหรับ Kant แล้วเชื่อว่ามนุษย์ทุกคนจะมีศักดิ์ศรีได้โดยไม่มีเงื่อนไข หากแต่การที่จะมีศักดิ์ศรีได้นั้นจะต้องบรรลุเงื่อนไขเสียก่อน และ “เงื่อนไขดังกล่าวนี้ก็คือจะต้องเป็นผู้ที่มีวัตถุประสงค์ในตัวเองให้ได้เสียก่อนนั่นเอง” แนวความคิดดังกล่าวนี้ฟังดูแล้วจะมีแนวโน้มออกไปทางระบบศีลธรรม และเป็นคำสอนเกี่ยวกับหน้าที่ของบุคคลที่ค่อนข้างจะเคร่งครัดเกินไปเสียด้วย ด้วยเหตุนี้เอง ทำให้ Prof. Dr. Klaus Stern กล่าวว่า แนวความคิดของ Kant จึงมักจะ

ถูกมองข้ามจากบรรดานักกฎหมายที่ศึกษาเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เนื่องจากแนวความคิดของ Kant นั้น การที่จะมีศักดิ์ศรีได้จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขบางประการในแง่ของเหตุและผลและศีลธรรมเสียก่อน ฉะนั้นตามแนวความคิดนี้ จึงมิได้หมายความว่ามนุษย์ทุกคนจะมีศักดิ์ศรีโดยสาเหตุเพียงแค่ว่าเกิดเป็นคนเท่านั้น โดยไม่ต้องคำนึงถึงคุณสมบัติและพฤติกรรมของผู้นั้นเลย ด้วยเหตุนี้เองจึงสามารถสรุปได้ว่า โดยหลักแล้วศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามแนวความคิดของ Kant ดังกล่าว มิได้มีไว้สำหรับมนุษย์แต่ละคน หากแต่มีไว้สำหรับมนุษยชาติเท่านั้น

แนวความคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของ Kant ซึ่งมีฐานมาจากศีลธรรมและคำสอนเกี่ยวกับหน้าที่ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วจึงเป็นที่ยอมรับในหมู่นักนิติศาสตร์เยอรมันว่า มิได้เป็นไปได้ในแนวทางเดียวกันกับคำว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามความหมายของกฎหมายพื้นฐานของเยอรมัน มาตรา 1 อนุมาตรา 1 เนื่องจากคำว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามความหมายของกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันมาตรา 1 อนุมาตรา 1 นั้น มิได้มีการกำหนดเงื่อนไขในแง่ของศีลธรรมและหน้าที่ไว้แต่อย่างใด อีกทั้งแนวคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามความหมายของกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันมาตรา 1 อนุมาตรา 1 ยังมีการพุ่งประเด็นของการคุ้มครองมนุษย์ให้พ้นจากความขาดแคลนปัจจัยที่ถือว่าเป็นพื้นฐานขั้นต่ำสำหรับการดำรงชีพอีกด้วย ซึ่งแนวความคิดทำนองนี้อาจกล่าวได้ว่าไม่มีความเป็น Kant เลยก็ว่าได้ นอกจากนี้แล้วก็จะถือไม่ได้เช่นกันว่า แนวความคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของ Kant ซึ่งเรียกร่องเงื่อนไขทางด้านศีลธรรมและหน้าที่ดังที่ได้กล่าวมานี้จะเป็นที่มาของสิทธิมนุษยชนอื่นๆ ที่ได้มีการพัฒนาขึ้นมาในกลุ่มประเทศแองโกลแซกซอน แต่ในทีนี้ก็คงเป็นที่เข้าใจให้ตรงกันว่า ตามความเป็นจริงแล้ว แนวความคิดเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น ย่อมเป็นพื้นฐานที่สำคัญของสิทธิมนุษยชนอื่นๆ อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

(2) ความเชื่อในทางศาสนาคริสต์ศาสนิกชน

ตามความเชื่อทางศาสนาคริสต์นั้น มีคำสอนทางเทววิทยาเกี่ยวกับ Imago Dei ที่ว่า พระผู้เป็นเจ้าทรงสร้างมนุษย์ขึ้นมาให้มีรูปลักษณะที่เหมือนกับพระองค์เอง จากพื้นฐานความเชื่อดังกล่าวนี้ทำให้ความเป็นมนุษย์มีคุณค่าในตัวเอง ที่เหนือกว่าสิ่งอื่นใดที่พระผู้เป็นเจ้าทรงสร้างขึ้นมา มนุษย์จึงเป็นเสมือนสิ่งมีค่าจากสรวงสวรรค์ที่ก่อปรด้วยจิตวิญญาณอันเปี่ยมด้วยเหตุผลและมีเจตจำนงอันเป็นเสรี ซึ่งทำให้มนุษย์กลายเป็นนายแห่งสิ่งสร้างสรรค์ทั้งหลายของพระผู้เป็นเจ้า อันมองเห็นด้วยตาได้ และจากพื้นฐานดังกล่าวนี้เองที่ทำให้นำมาสู่ข้อสรุปว่าเป็นที่มาของการยอมรับในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์ชน

จุดอ่อนของการให้เหตุผลดังกล่าวมานี้ อาจพิจารณาได้จากประเด็นที่ว่า ความเชื่อทางศาสนาคริสต์นั้น มิใช่สิ่งที่เป็นที่ยึดถือกันโดยทั่วไปในสังคมกฎหมายในปัจจุบันอีกต่อไปแล้ว การที่จะให้ความสำคัญกับความเชื่อดังกล่าวว่ามีฐานะเป็นความจริงอันไม่อาจโต้แย้งได้แล้ว ย่อมนำไปสู่ปัญหาความยอมรับของคนทั่วไปในสังคม ซึ่งอาจจะมีได้มีส่วนร่วมในความเชื่อดังกล่าวด้วย ในหมู่นักวิชาการส่วนหนึ่งของเยอรมันจึงมีความเห็นว่าเป็นการสมควรที่จะนำความเชื่อของคนบางกลุ่มมาเป็นพื้นฐานสำหรับสิ่งที่ควรจะมีลักษณะสากล โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเมื่อกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันเองก็ใช้ถ้อยคำที่มีลักษณะกลางๆ ที่ทุกฝ่ายต่างก็ยอมรับได้อยู่แล้ว

2) เหตุและผลของการที่ต้องคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

(1) ธรรมชาติของมนุษย์และภารกิจของรัฐ

เป็นที่ยอมรับกันมาตั้งแต่สมัยกรีกแล้วว่ามนุษย์มิได้อยู่คนเดียว แต่เป็นเรื่องปกติธรรมดาที่มนุษย์จะอยู่ร่วมกันเป็นประชาคม จากคำกล่าวสมัย Aristotle ที่ว่า “Zoon politikon” หรือ “Animal soziale” โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในปัจจุบันนี้ การดำรงชีวิตของมนุษย์แต่ละคนมีความจำเป็นต้องพึ่งพาผู้อื่นอย่างมาก จนอาจกล่าวได้ว่า การอยู่อย่างไม่ต้องพึ่งพาผู้ใดในสมัยปัจจุบันนี้เป็นสิ่งที่เป็นไปได้ยากยิ่งกว่าได้ ฉะนั้น จึงอาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า ความเป็นปัจเจกบุคคลในปัจจุบัน มีความสัมพันธ์อย่างลึกซึ้งกับความจำเป็นของมนุษย์ที่ต้องอยู่ร่วมกันเป็นสังคม อย่างแยกไม่ออก ในประเด็นนี้ Pufendorf เคยใช้คำว่า “Socialitas” ซึ่งหมายถึง “ธรรมชาติของมนุษย์ที่ต้องอยู่ร่วมกันเป็นสังคม” นั่นเอง ธรรมชาติดังกล่าวนี้ เรียกได้ว่าเป็นหัวใจของความเป็นมนุษย์ เนื่องจากด้วยธรรมชาติดังกล่าวนี้เอง ที่ทำให้ความเป็นมนุษย์พัฒนาตนเองอย่างมีเอกลักษณ์และบรรลุถึงเป้าหมายที่พึงปรารถนาได้ และด้วยการที่ได้อยู่ท่ามกลางเพื่อนมนุษย์ด้วยกันนี้เท่านั้นที่ทำให้มนุษย์ได้มาซึ่งศักดิ์ศรีที่แท้จริง (Dignatio Nominis Humani) ความสามารถในการอยู่ร่วมกันของมนุษย์นี้ อาจเป็นเงื่อนไขสำหรับสภาพทางร่างกายและจิตใจของมนุษย์ กระนั้นก็ตาม ยังมีได้หมายความว่า จะนำไปสู่ข้อสรุปได้ว่า เมื่อเป็นมนุษย์แล้วจำเป็นต้องอยู่ร่วมกันเสมอไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากจะเน้นความเป็นหนึ่งเดียวของมนุษย์แต่ละคน

แต่อย่างไรก็ตาม การอยู่ร่วมกันเป็นประชาคม ไม่ว่าจะอย่างเป็นทางการหรือไม่เป็นทางการ หากอยู่ภายใต้ร่มธงของรัฐแล้ว ย่อมมีบทบาทเสริมหรือหนุนช่วยบทบาทของรัฐเท่านั้น และเพื่อให้การอยู่ร่วมกันภายใต้ร่มธงของรัฐยังคงดำรงอยู่ต่อไปได้ อาจมีความจำเป็นอยู่บ้างที่ต้องมีการ “จำกัด” หรือก้าวล่วงเข้าไปในเสรีภาพต่างๆ ซึ่งมีที่มาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้บ้าง แต่ไม่ว่ากรณีจะเป็นเช่นใด ข้ออ้างดังกล่าวข้างต้นก็ไม่มีน้ำหนักพอที่จะ “จำกัด” เสรีภาพเหล่านี้ อย่างสิ้นเชิงได้ มิฉะนั้นแล้วก็คงจะเป็นการกระทำผิดวัตถุประสงค์ของการมีรัฐขึ้นมา และจะกลายเป็นว่ามนุษย์ทั้งหลายถูกช่วงชิงในส่วนที่เป็นหนึ่งของความเป็นหนึ่งเดียวของมนุษย์แต่ละคนไป

ความเข้าใจในส่วนนี้จะช่วยให้สามารถทำความเข้าใจความหมายของการที่ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นสิ่งที่แต่ละต้องไม่ได้ตามกฎหมายพื้นฐานของเยอรมัน ได้ดียิ่งขึ้น

หากองค์กรที่ทำหน้าที่รักษากฎเกณฑ์สำหรับการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ลึกรอนสิทธิของ สมาชิกแม้เพียงคนเดียว ในส่วนที่เป็นธรรมชาติของมนุษย์ กฎเกณฑ์ดังกล่าวก็ไม่อาจจะได้ชื่อว่า เป็นเกณฑ์แห่งการอยู่ร่วมกันฉันมนุษย์อีกต่อไป หากแต่เป็นการล่วงละเมิดต่อความเป็นมนุษย์ ที่ผู้นั้นก็มิได้อยู่เช่นกัน ซึ่งการกระทำดังกล่าวย่อมไม่อาจที่จะอ้างความชอบธรรมใดๆ จากธรรมชาติ ของความเป็นมนุษย์ได้อีกต่อไป ด้วยเหตุนี้เอง มาตรา 1 อนุมาตรา 1 ประโยคที่สองของกฎพื้นฐาน ของเยอรมัน จึงกำหนดให้เป็นหน้าที่ขององค์กรของรัฐทั้งหลายที่จะต้อง “เคารพ” ในศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์ และกำหนดเป็นหน้าที่ขององค์กรของรัฐที่จะต้องมีหน้าที่ในการ “คุ้มครอง” ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ดังกล่าวนี้ด้วย

(2) ความเป็นปัจเจกบุคคลในฐานะที่เป็นเงื่อนไขของสิทธิต่างๆ

สถานะพิเศษของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ดังที่ได้มีการกล่าวถึงข้างต้นมาโดยตลอดแล้วนั้น ตามความหมายของกฎหมายพื้นฐานของเยอรมันแล้วเป็นสถานะที่ตกแก่มนุษย์ที่มีเนื้อหนังแต่ละคน โดยแท้มิใช่ตกแก่ความเป็นนามธรรมใดๆ ไม่ว่าจะเป็นเงื่อนไขของส่วนรวมหรือประชาคมใดๆ ของ มนุษย์ หรือแม้กระทั่งมนุษยชาติ หรือกล่าวได้ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะต้องมีผู้ถือที่เป็น รูปธรรม

ฉะนั้นการที่ผู้เสนอว่า ควรจะขยายการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ออกไปสู่มนุษย์ รุ่นต่อๆ ไป ซึ่งเป็นประเด็นที่มีการยกกันขึ้นมาเมื่อมีการอภิปรายกันในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับ เทคโนโลยีทางการแพทย์ที่สามารถคัดและเพาะพันธุ์มนุษย์ในหลอดแก้วหรือกระทั่งเทคโนโลยีทาง พันธุกรรมที่สามารถที่จะตัดแต่งพันธุกรรมของมนุษย์ได้ ข้อเสนอเหล่านี้อาจจัดเข้าอยู่ในจำพวก เดียวกันกับข้อเสนอที่ให้รวมเอาสิ่งแวดล้อม สภาพธรรมชาติ สัตว์ต่างๆ หรือสิ่งอื่นๆ เข้ามาอยู่ ภายใต้อำนาจของการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นี้ด้วย ซึ่งเมื่อฟังดูแล้ว ในเบื้องต้นอาจชวนให้ คล้อยตาม แต่เมื่อพิจารณาอย่างถี่ถ้วนแล้วจะพบว่าน่าจะมีปัญหาเพราะวัตถุประสงค์ของผู้ที่ร่วม ยกร่างกฎหมายพื้นฐานของเยอรมัน ได้มีการบันทึกไว้อย่างชัดเจนว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของ มนุษย์แต่ละคนเท่านั้นที่สมควรจะได้รับความคุ้มครอง

การพิจารณาเกี่ยวกับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ดังกล่าวข้างต้น ได้แสดงออก ให้เห็นอย่างชัดเจนโดยผู้ร่างว่าเป็นการพิจารณาแบบปัจเจกชนนิยม แต่กระนั้นก็ตามก็มีผู้ที่พยายาม ที่จะโจมตีแนวความคิดดังกล่าวมาโดยตลอด แม้ว่าเยอรมันจะได้ผ่านเหตุการณ์สมัย Adolf Hitler มาได้ไม่นานนักก็ตาม การพยายามที่จะขัดแย้งคุณค่า ที่จะมีฐานะสูงกว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือสิ่งที่เป็นนามธรรมอื่นๆ เข้ามาผสมโรงด้วย ทำยที่สุดก็คงจะหนีไม่พ้นที่จะทำให้การคุ้มครอง

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์กลายเป็นเรื่องกลวงๆ ไปในที่สุด เนื่องจากมนุษย์แต่ละคนจะถูกบดบังจาก สิ่งแปลกปลอมที่ยิ่งใหญ่เหล่านี้นั่นเอง การหยิบยกเอาวัตถุสิ่งของ หรือ “สิ่ง” อื่นๆ ก็ตามที่ให้ขึ้นมา เป็นผู้ทรงสิทธินั้น นักกฎหมายคนสำคัญท่านหนึ่งของเยอรมัน ได้กล่าวเตือนไว้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1956 แล้วว่า ทำให้นึกถึงเหตุการณ์ในสมัยที่เยอรมันอยู่ภายใต้การปกครองของ Adolf Hitler ที่มีการออกกฎหมายกำหนดให้ “ที่ดิน” มีฐานะสูงกว่า “เจ้าของที่ดิน” และก็ได้สรุปว่า ไม่ว่าที่ใดก็ตามที่เริ่มมีการปรากฏความเป็นผู้ทรงสิทธิออกจากตัวมนุษย์ เท่ากับว่าที่นั่น ได้เริ่มเข้าสู่ยุคแห่งความเสื่อมถอยของระบบกฎหมายแล้ว

ลักษณะของความเป็นปัจเจกชนนิยม ในฐานะที่เป็นพื้นฐานของความเป็นมนุษย์นี้ เริ่มสะท้อนให้เห็นในตัวบทกฎหมายที่ออกมาใช้บังคับ ตั้งแต่สมัยศตวรรษที่ 16 แล้ว ก้าวแรกของกฎหมายที่ดำเนินมาในทิศทางดังกล่าวก็คือ การรับรองความสามารถทางกฎหมายของปัจเจกบุคคล หรือความเป็นบุคคลของมนุษย์แต่ละคนตามกฎหมายแพ่ง จากที่ก่อนหน้านี้ในแว่นแคว้นของชนเผ่าเยอรมัน ยังมีแนวความคิดว่ามนุษย์เป็นเพียงส่วนหนึ่งของประชาคมที่ตนดำรงชีวิตอยู่ จะมีสิทธิและหน้าที่เพียงใดก็ต้องเป็นไปตามที่ประชาคมจะมอบหมายให้ เรียกได้ว่า กลุ่มต้องมาก่อน ปัจเจกบุคคลเป็นเรื่องรอง การยอมรับในความเป็นปัจเจกบุคคลในฐานะที่เป็นจุดเริ่มต้นแห่งสิทธิและหน้าที่นั้น นับได้ว่าเป็นขั้นตอนของการพัฒนาการที่สูงขึ้นไปอีกขั้นหนึ่งของวัฒนธรรมทางกฎหมายและจากพัฒนาการดังกล่าวนี้เองจึงได้ทำให้คำว่า บุคคลหรือสิ่งที่เป็นส่วนบุคคล หรือบุคลิกภาพซึ่งติดตัวอยู่กับมนุษย์แต่ละคนนั้น มีบทบาทที่มีความสำคัญมากขึ้นจนบางครั้งถูกนำมาใช้เป็นเนื้อหาในการอธิบายเกี่ยวกับสาระสำคัญ คุณค่า และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เลยทีเดียว

แต่อย่างไรก็ตามในฐานะนักกฎหมายจำเป็นจะต้องถือตามคำนิยามของกฎหมายซึ่งกำหนดไว้แล้วว่าบุคคล คืออะไร ในประมวลกฎหมายทั่วไปแห่งแคว้นปรัสเซีย ปี ค.ศ. 1794 มาตรา 1/1 ได้มีการกำหนดว่า “มนุษย์คนใด หากเป็นผู้มีสิทธิบางประการในสังคมกระฎุมพีแล้ว ย่อมเรียกได้ว่าเป็นบุคคลได้” บทบัญญัติดังกล่าวนี้แสดงให้เห็นว่าความเป็น “มนุษย์” กับความเป็น “บุคคล” ในสมัยนั้น ไม่ใช่สิ่งเดียวกัน กล่าวคือ มิใช่มนุษย์ทุกคน และไม่เพียงแต่มนุษย์เท่านั้นที่จะเป็นบุคคลได้ ความเป็น “บุคคล” จึงมิใช่สิ่งที่จะให้แก่ใครก็ได้ โดยไม่มีเงื่อนไข หากแต่มนุษย์ผู้นั้นจะต้องมีสิทธิบางประการเสียก่อนแสดงว่า ในสมัยนั้นต้องมีพัฒนาการบางอย่างเสียก่อน จึงจะยอมให้สิทธิแก่มนุษย์ได้

ปัญหาดังกล่าวนี้ มิใช่ปัญหาทั่วไปในแว่นแคว้นเยอรมันสมัยนั้น เพราะในแว่นแคว้นเยอรมันอื่นๆ ซึ่งความเชื่อที่ว่ามนุษย์แต่ละคนย่อมมีสิทธิต่างๆ โดยกำหนดนั้น ก็จะไม่ปรากฏในปัญหานี้แต่อย่างใด ในเยอรมัน นักปราชญ์หลายท่าน ทั้ง Pufendorf, Christian Wolff และ Kant ก็ได้ต่างก็ช่วยกันสร้างผลงานในทิศทางดังกล่าวนี้ ซึ่งทั้งนี้และทั้งนั้น ก็มีอิทธิพลจากความเชื่อทาง

ศาสนาคริสต์นิกายโปรเตสแตนต์ ตามแนวทางของกาลแวง ซึ่งมีคำสอนเกี่ยวกับสิทธิตามกำเนิดของมนุษย์ เป็นพื้นฐานด้วย ประมวลกฎหมายแห่งแคว้นบาวาเรีย ปี ค.ศ. 1756 ก็ได้แสดงออกถึงอิทธิพลของสำนักกฎหมายธรรมชาติและยุคแห่งความรู้แจ้ง (Enlightenment) โดยได้บัญญัติแนวความคิดแบบปัจเจกนิยมลงไว้ในกฎหมาย และที่ชัดเจนที่สุดก็คือประมวลกฎหมายทั่วไปทางแพ่งแห่งอาณาจักรออสเตรีย ปี ค.ศ. 1811 ซึ่งได้บัญญัติไว้ในมาตรา 16 ว่า “มนุษย์ทุกคน ย่อมมีสิทธิต่างๆ โดยกำเนิด ซึ่งรู้แจ้งด้วยเหตุผล และด้วยเหตุดังกล่าวจึงมีฐานะเป็นบุคคล” ซึ่งเท่ากับเป็นการยอมรับสถานะความเป็นบุคคลของมนุษย์ทุกคน โดยไม่มีข้อยกเว้น เพียงเพราะความเป็นมนุษย์นี้เท่านั้น การยอมรับในสิทธิความเป็นบุคคลของมนุษย์ว่าเป็นสิทธิโดยกำเนิด และเป็นสิทธิที่สามารถใช้อ้างยันกับรัฐได้ด้วยนี้ นับเป็นพื้นฐานที่สำคัญ³¹

2.1.6 ประเภทของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ในที่นี้แบ่งประเภทของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในส่วนนี้เป็น 3 ประการ คือประการแรก ศักดิ์ศรีของชนิดพันธุ์มนุษย์ทั้งปวง ประการที่สอง ศักดิ์ศรีภายในชนิดพันธุ์มนุษย์ และประการที่สาม ศักดิ์ศรีของปัจเจกชน³²

2.1.6.1 ศักดิ์ศรีของชนิดพันธุ์มนุษย์ทั้งปวง

เป็นมุมมองทางด้านภาวะวิสัย ได้แก่ การแยกชนิดพันธุ์มนุษย์ออกจากชนิดพันธุ์อื่นๆ เช่น ลิง และโดยที่ “มนุษย์” เป็นสัตว์ประเสริฐ มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากสัตว์อื่นๆ จึงจำเป็นต้องรักษาบูรณภาพชนิดพันธุ์เอาไว้มิให้กลายพันธุ์หรือสูญเสียลักษณะของชนิดพันธุ์

ในสหราชอาณาจักรมีเจ้าหน้าที่ดูแลเรื่องนี้โดยเฉพาะภายใต้กฎหมายที่เรียกว่า “พระราชบัญญัติว่าด้วยการเจริญพันธุ์และตัวอ่อนของมนุษย์”³³ เพื่อควบคุมดูแลการสอดแทรกของวิทยาการต่อการเจริญพันธุ์และการสร้างพันธุกรรมของมนุษย์ที่ไม่เป็นไปตามธรรมชาติ

ด้วยเจตนารมณ์ดังกล่าว ความคิดของแพทย์ นักวิทยาศาสตร์และนักชีววิทยาที่ร่วมกันประกาศว่าจะทำการโคลนนิ่ง (Cloning)³⁴ มนุษย์นั้นจึงถูกวิพากษ์วิจารณ์และโต้แย้งอย่างหนัก เพราะนอกจากจะมีปัญหาเกี่ยวกับความปลอดภัยของมนุษย์ซึ่งเกิดขึ้นใหม่ด้วยวิธีนี้แล้ว ยังมีปัญหาเกี่ยวกับชีวจริยธรรม (Bioethics) ซึ่งเชื่อมโยงโดยตรงต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

³¹ แหล่งเดิม. หน้า 25-34.

³² อุดม รัฐอมฤตย์, นพนิธิ สุริยะ และบรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 61-70.

³³ พระราชบัญญัติการปฏิสนธิและตัวอ่อนมนุษย์ ค.ศ. 1990 (Human Fertilisation and Embryology Act 1990).

³⁴ ทำสำเนามนุษย์ขึ้นอันมิได้มีการผสมพันธุ์ตามธรรมชาติโดยเชื่อว่าจะสามารถถอดรูปของต้นแบบไว้.

อนึ่ง ถ้าจะมองกาลข้างหน้า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามความหมายนี้อาจจะรวมถึง การวางหลักเกณฑ์ควบคุมนิเวศวิทยาและโภชนาการด้วย

2.6.1.2 ศักดิ์ศรีภายในชนิดพันธุ์มนุษย์

สาเหตุที่ทำให้มนุษย์มารวมกันเป็นกลุ่มชนได้เพราะมีอะไรบางอย่างหรือหลายอย่างที่เหมือนกัน และสมาชิกเห็นว่าเป็นลักษณะเฉพาะของกลุ่มที่ต้องบำรุงรักษา หวงแหวน หรือเชิดชูไว้ เช่น กลุ่มที่นับถือศาสนาเดียวกัน มีปรัชญาให้มนุษย์พึ่งตนเองและทำความดี จึงต้องการรักษาและเชิดชูแนวทางนี้ไว้ ถ้ามีบุคคลภายนอกกลุ่มได้แย่งหรือเสียดสีก็จะทำให้สมาชิกในกลุ่มนั้นเกิดความรู้สึกร่วมกันว่าถูกลดคุณค่าหรือถูกข่มขู่

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ล้วนแต่มีที่มาจากอับเฉาของมนุษย์³⁵ ซึ่งจากเหตุการณ์ในอดีต กาลที่ผ่านมามีตัวอย่างที่แสดงว่าศักดิ์ศรีของกลุ่มชนถูกข่มขู่อยู่สองเหตุการณ์ที่เห็นได้ชัด คือ

เหตุการณ์แรก เกิดขึ้นในยุโรประหว่างสงครามโลกครั้งที่สอง ประมาณ ค.ศ. 1944-1945 เหล่านาซีอันประกอบด้วย เอส.เอส (S.S.)³⁶ และเกสตาโป (Gestapo)³⁷ ภายใต้การนำของอดอล์ฟ ไอชมาน (Adolf Eichmann) ได้ดำเนินวิธีการต่างๆ ที่มนุษย์ไม่พึงปฏิบัติต่อกันแก่ชนชาติยิว เช่น

1. โคนหัวสตรี แล้วนำเอามมไปทอเป็นเครื่องนุ่งห่มเพื่อความอบอุ่นแก่ร่างกาย โดยไม่คำนึงว่าผู้ที่เป็นเจ้าของมเหล่านั้นจะหนาวเหน็บเพียงใดในฤดูหนาว

2. การใช้มนุษย์เป็นเครื่องทดลองยาโดยฉีดสารต่างๆ เข้าร่างกาย การทดลองที่นิยมมากคือคัดเอามนุษย์ฝาแฝดมาใช้ทดลอง โดยความเชื่อว่าจะมีคุณสมบัติเหมือนกันมากกว่ามนุษย์อื่นๆ ปรากฏการณ์ที่ได้จากการทดลองคงจะแสดงผลได้ใกล้ความจริงที่สุด ส่วนผลร้ายที่เกิดแก่มนุษย์เหล่านั้น ไม่ว่าจะความพิการหรือความตาย เหล่านาซีไม่เคยสนใจ

3. เมื่อพวกยิวมาถึงค่ายกักกันจะถูกสั่งให้เปลื้องผ้าและเข้าแถวเพื่อคัดเอาไว้เฉพาะพวกที่แข็งแรง ส่วนพวกที่อ่อนแอจะให้เดินไปเข้าห้องโถงใหญ่ โดยหลอกว่าจะมีน้ำฝักบัว (Shower) ทำความสะอาดร่างกาย แต่ความจริงมีก๊าซพิษออกมาทำลายชีวิต ซึ่งคาดว่ามีประมาณวันละกว่าหนึ่งพันคนที่ถูกทำลายชีวิตด้วยวิธีนี้ ศพเปลือยเหล่านั้นยังถูกค้นหาทรัพย์สินซึ่งอาจเสีรรอดจากการตรวจ เช่น แหวน และที่น่าสลดใจ คือ การเปิดปากศพเพื่อเลาะเอาฟันปลอม ซึ่งส่วนใหญ่ มักเป็นทองคำออกมา

³⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ ัง เล่มเดิม, หน้า 84.

³⁶ Schutzstaffel กองกำลังรักษาความปลอดภัยของนาซี.

³⁷ Ge(heime) Sta (ats) Po(lizei) ตำรวจลับของรัฐ.

เหตุการณ์ที่สองเกิดขึ้นในทวีปแอฟริกาได้ในราวศตวรรษที่ 20 ชนชาวผิวขาวที่อาศัยอยู่ในแอฟริกาได้จะปฏิบัติต่อชนผิวดำซึ่งอยู่ในสังคมเดียวกันเสมือนว่าชนผิวดำเหล่านั้นมิใช่คนตัวอย่างเช่น

1. ที่อยู่อาศัยจะต้องแยกจากกันเด็ดขาดคนละเขตปะปนกันไม่ได้
2. การขึ้นรถประจำทาง ชนผิวขาวเท่านั้นที่ขึ้นประตูด้านหน้า ชนผิวอื่นต้องขึ้นประตูด้านหลัง และจะเดินมานั่งข้างหน้าไม่ได้
3. ในกตตาคารส่วนใหญ่จัดไว้เฉพาะชนผิวขาว โดยมีชนผิวดำเป็นผู้ให้บริการ
4. ห้องน้ำสาธารณะก็ต้องแยกชนผิวขาวกับชนผิวดำ
5. การศึกษาชนผิวดำแทบไม่มีโอกาสเลย

ผู้ใดฝ่าฝืนกฎเหล่านี้จะถูกลงโทษอย่างหนัก เหตุการณ์ในแอฟริกาใต้ที่มีการแบ่งแยกผิวอย่างกว้างขวางโดยใช้ความรุนแรง ได้นำไปสู่การเปลี่ยนแปลงสังคม โดยมีการบันทึกยืนยันในรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1993 ของสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ในหมวด 1 ข้อ 1 ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าที่จะต้องยึดถือ”³⁸

เหตุการณ์สำคัญที่มีผู้บันทึกไว้และเป็นที่รู้จักกันในหมู่นักสิทธิมนุษยชนคือ การจับ สตีฟ บิโก (Steve Biko) ผู้นำทางการเมืองผิวดำ เขาถูกทรมานและตายในห้องขังโดยไม่มีกรกล่าวหาว่ากระทำความผิดประการใด และมีได้มีการพิจารณาคดี ผลการพิสูจน์ศพยืนยันว่าเขามิได้ตายโดยธรรมชาติ ความตายของชายคนนี้เป็นส่วนหนึ่งของการเปลี่ยนแปลงสู่ความเป็นแอฟริกาใต้ที่รัฐธรรมนูญซึ่งทันสมัยในปลายศตวรรษที่ 20 ภายใต้การนำของประธานาธิบดีเนลสัน แมนเดลา

จากเหตุการณ์ทั้งสองกรณีทำให้เข้าใจได้ว่า มนุษย์บางกลุ่มชนิดพันธุ์แม้ว่าจะมีพัฒนาการบางด้านที่ด้อยกว่า อ่อนแอกว่า แต่ไม่ได้หมายความว่ากลุ่มอื่นจะถืออำนาจบาตรใหญ่ทำอะไรได้ตามอำเภอใจ

การปฏิบัติที่เลวร้ายต่อชนชาติยิวในระหว่างสงครามโลกครั้งที่สองทำให้เยอรมันตระหนักถึงคุณค่าของมนุษย์ โดยเขียนรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1949 มาตรา 1 (1) ว่า

“ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะถูกล่วงละเมิดมิได้ การเคารพและคุ้มครองเป็นหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจแห่งรัฐทั้งปวง”³⁹

³⁸ The Republic of South Africa is one, sovereign, democratic state founded on the following values:
(a) human dignity,

³⁹ Article I (Human Dignity) (1) Human dignity shall be inviolable to respect and protect, it shall be the duty of all state authority.

เหตุการณ์ในแอฟริกาใต้ที่มีการแบ่งแยกผิวอย่างกว้างขวางโดยใช้ความรุนแรง ก็ได้นำไปสู่การเปลี่ยนแปลงสังคม โดยมีการบันทึกยืนยันในรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1993 ของสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ในหมวด 1 ข้อหนึ่งว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าซึ่งจะต้องยึดถือ”⁴⁰

การป้องกันศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของกลุ่มชนประเภทดังกล่าว ข้างต้นอาจทำได้โดยสร้างหลักเกณฑ์ “ห้ามเลือกปฏิบัติ” เป็นการให้กลุ่มชนอ้างสิทธิที่จะให้ผู้อื่นเคารพในความเป็นมนุษย์ และการสร้างความแข็งแกร่งเพื่อรักษาวัฒนธรรม ขนบธรรมเนียมประเพณีเอาไว้

ในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันว่าในบรรดาหลักกฎหมายเด็ดขาดที่ห้ามยกเลิก Jus Cogens นั้น รวมถึงการห้ามฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide) และการห้ามแบ่งแยกผิว (Apartheid) ด้วย

2.6.1.3 ศักดิ์ศรีของปัจเจกชน

แนวคิดในระดับปัจเจกชนบางส่วนเป็นเรื่องอัตวิสัย กล่าวคือ ความรู้สึกที่ตนเองมีอยู่ และต้องการให้ผู้อื่นรู้ด้วย อันได้แก่ การประเมินค่าของตนเอง ทั้งนี้ อาจเนื่องจากความเชื่อว่าตนเองมีอะไรดีกว่าคนอื่น เมื่อตนรู้สึกว่าแตกต่างจากผู้อื่น ในเชิงที่เหนือกว่าก็จะนำไปสู่ “การถือตัว” พฤติกรรมจึงเป็นไปในทำนองสื่อความหมายดังกล่าวเพื่อให้บุคคลภายนอกยอมรับ เช่น ถ้าบุคคลมีความรู้ทางกีฬาจนถึงระดับผู้ชนะเลิศ การประเมินค่าของตนเองก็เหมือนมีอยู่ในระดับแนวหน้า การถือตัวก็คือจะไม่ยอมเล่นกับฝีมือต่ำกว่ามากๆ ความรู้สึกเช่นนี้ย่อมมีอยู่ในตัวของผู้ชนะเลิศ แต่จะแสดงออกหรือไม่ มากน้อยเพียงใด เป็นเรื่องของมรรยาทซึ่งเป็นอีกประเด็นหนึ่งต่างหากจากเรื่องของศักดิ์ศรี

ศักดิ์ศรีของปัจเจกชนอาจเป็นเรื่องของภาวะวิสัยก็ได้ นั่นคือ ท่าทีหรือทัศนคติของประชาชนทั่วไปที่มีต่อปัจเจกชนภายใต้กรอบของความคาดหมาย หรือบรรทัดฐานของสังคม การที่จะต้องใช้เกณฑ์ของสังคมก็เพราะปัจเจกชนไม่สามารถใช้ดุลพินิจของตนได้ เช่น เด็กทารกหรือผู้ป่วยที่ยังมีลมหายใจอยู่นอนนิ่งๆ แต่ตัดสินใจอะไรไม่ได้ ก็ชอบที่จะมีศักดิ์ศรี คือ การยอมรับการถือตัวว่าเป็นมนุษย์คนหนึ่ง เพราะฉะนั้นก็ไม่ใช่ว่าคนอื่นจะทำอะไรต่อเขาได้ตามใจชอบ ตรงกันข้ามผู้ที่เกี่ยวข้องมีหน้าที่จะต้องคำนึงถึงประโยชน์และสิทธิต่างๆ เมื่อจะตัดสินใจทำอะไรที่กระทบต่อสวัสดิภาพของเด็กทารกหรือผู้ป่วยดังกล่าว

ปรากฏการณ์ทางนิติศาสตร์ซึ่งแสดงโดยนัยว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองศักดิ์ศรีของปัจเจกชนที่มองเห็นได้ คือ ในสมัยโรมัน ได้แก่การดำเนินการทางกฎหมายกับผู้ที่ถูกเกียรติ (Action Injuriarum) ลำดับต่อมาคือการอนุญาตให้ผู้ที่ถูกกล่าวหาได้มีโอกาสแก้ข้อกล่าวหาในศาล ต่อจากนั้นเราก็มีกฎหมายต่างๆ ที่คุ้มครองในกรณีการหมิ่นประมาทและการดูหมิ่น

⁴⁰ The Republic of South Africa is one, sovereign, democratic state founded on the following values:

(a) human dignity,

ในกฎหมายระหว่างประเทศ ข้อ 3 ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1950 ก็ได้บัญญัติห้ามการลงโทษหรือปฏิบัติต่อบุคคลอันเป็นการไร้มนุษยธรรม หรือการลดค่าของคนลง (No one shall be subjected to...or to inhumane or degrading treatment or punishment.)

ในปัจจุบันประเทศต่างๆ ในยุโรปได้ยกเลิกโทษประหารชีวิตกันไปมากแล้ว เพราะถือว่ามนุษย์ไม่ควรจะปฏิบัติต่อกันเช่นนั้น ซึ่งมีผู้ตีความว่าเป็นการยอมรับนับถือศักดิ์ศรีของมนุษย์ด้วยกันนั่นเอง

โดยสรุปเมื่อใดก็ตามที่สังคมตระหนักถึงวาระที่จะต้องยอมรับนับถือศักดิ์ศรีของปัจเจกชนในเรื่องใด สังคมนั้นๆ ก็จะใช้กลไกที่ตนมีอยู่เพื่อให้ความคุ้มครอง ซึ่งถ้าเป็นเรื่องภายในของรัฐก็จะมีกรออกกฎหมายภายใน อาทิ การเข้มงวดกวดขันและการกำหนดหลักเกณฑ์การช่วยเหลือผู้ป่วยที่ไม่ต้องการมีชีวิตอยู่ต่อไปให้จากไปโดยสงบ หรือถ้าเป็นเรื่องระหว่างประเทศก็จะมีข้อตกลงระหว่างประเทศ เช่น กรณีที่มีการตรวจค้นอวัยวะเพศของเด็กหญิง อายุ 13 ปี ก่อนที่จะอนุญาตให้เข้าไปเยี่ยมญาติซึ่งเป็นนักโทษ คณะกรรมการซึ่งตั้งขึ้นตามอนุสัญญาอเมริกันว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1969 มีความเห็นว่าเป็นการละเมิดสิทธิในเกียรติยศและศักดิ์ศรี ซึ่งได้บัญญัติรับรองไว้ในอนุสัญญา ข้อ 11 (1) ว่าทุกๆ คนมีสิทธิที่จะให้เกียรติยศได้รับการเคารพ และที่จะให้ศักดิ์ศรีได้รับการยอมรับนับถือ (Everyone has the right to have his honor respected and his dignity recognized)⁴¹

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และการตั้งครรภ์แทน

วิทยาการสมัยใหม่มีการนำเทคโนโลยีทางการแพทย์มาเพื่อช่วยบำบัดรักษาคู่สมรสที่อยู่ในภาวะมีบุตรยากอย่างกว้างขวาง เทคนิคและกรรมวิธีใหม่ๆ ที่นำมาใช้เพื่อช่วยให้คู่สมรสสามารถมีบุตรได้จึงได้รับการพัฒนาอยู่ตลอดเวลา เทคโนโลยีนี้ ซึ่งเรียกโดยรวมว่า เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (Assisted Reproductive Technology หรือ ART) กระบวนการในการกำเนิดของมนุษย์ ซึ่งแต่เดิมต้องเริ่มต้นมาจากการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายชายกับฝ่ายหญิงได้เปลี่ยนแปลงไป เพราะแพทย์ไม่เพียงแต่สามารถทำให้การปฏิสนธิเกิดขึ้นได้โดยฝ่ายชายและฝ่ายหญิงไม่จำเป็นต้องมีเพศสัมพันธ์ต่อกัน ด้วยกรรมวิธีการฉีดน้ำเชื้อสุจิของฝ่ายชายเข้าไปในโพรงมดลูกของฝ่ายหญิงเท่านั้น แต่ยังสามารถทำให้กระบวนการในการเริ่มต้นปฏิสนธิสามารถเกิดขึ้นได้ภายนอกร่างกายของมนุษย์ด้วย แม้ว่าเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ในปัจจุบันจะมีความก้าวหน้ามากก็ตาม แต่ก็ไม่สามารถช่วยให้ฝ่ายหญิงมีบุตรได้โดยปราศจากการตั้งครรภ์ ดังนั้น จึงได้มีการริเริ่ม

⁴¹ Report No. 38/96 of October 15, 1996, Case 10,506 X v. Argentina, (1999) 6 B.H.C.R. 314 para 93-94. อ้างถึงใน อุดม รัฐอมฤตย์, นพนิติ สุริยะ และบรรเจิด สิงคะเนติ. เล่มเดิม. หน้า 70.

นำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เช่นนี้มาใช้กับคู่สมรสที่ฝ่ายหญิงไม่สามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเอง โดยการนำเอาเชื้ออสุจิของคู่สมรสฝ่ายชายที่ผสมกับไข่ของคู่สมรสฝ่ายหญิงแล้วภายนอก ใส่เข้าไปที่โพรงมดลูกของหญิงอื่นซึ่งอาสาเข้ารับตั้งครรภ์แทน การนำเอาเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มาใช้ไม่ว่ากับคู่สมรสที่มีบุตรยากหรือกับหญิงที่อาสาเข้ารับตั้งครรภ์แทนนั้นได้รับความสนใจจากสาธารณชนอย่างกว้างขวาง เพราะการใช้เทคโนโลยีในสาขานี้ไม่เพียงแต่สามารถช่วยให้คู่สมรสที่อยู่ในภาวะมีบุตรยากมีโอกาสที่จะมีบุตรได้สมตามความปรารถนาเท่านั้น แต่ยังก่อให้เกิดปัญหาทั้งในทางกฎหมายอีกหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของเด็กที่เกิดจากใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ตลอดจนปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และบุคคลที่เกี่ยวข้อง

การศึกษาในบทนี้ ผู้ศึกษาจะนำเสนอภาพรวมของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยทำการศึกษาวิวัฒนาการของเทคโนโลยีดังกล่าวในส่วนต่อมานำเสนอประเภทและวิธีการของการรับตั้งครรภ์แทน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่มีการนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มาใช้ในการรับตั้งครรภ์แทน ในที่สุดท้ายจะได้นำเสนอประวัติความเป็นมาของเทคโนโลยีดังกล่าวและข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนในประเทศไทย

2.2.1 วิวัฒนาการของเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์

มีการประมาณการว่า ผู้หญิงคนหนึ่งจะมีโอกาสในการตั้งครรภ์สูงถึงร้อยละ 63 หากมีเพศสัมพันธ์ตามปกติกับคู่สมรสภายในระยะเวลา 6 เดือน และโอกาสในการตั้งครรภ์จะเพิ่มขึ้นเป็นร้อยละ 80 เมื่อมีเพศสัมพันธ์ภายในระยะเวลาหนึ่งปี⁴² แต่คู่สมรสบางส่วนก็ไม่สามารถมีบุตรได้ทั้งที่มีเพศสัมพันธ์กันตามปกติและไม่ได้มีการคุมกำเนิด ซึ่งโดยเฉลี่ยแล้วจะมีคู่สมรสประมาณหนึ่งในหกคู่ที่อยู่ในภาวะเช่นนี้ หรือที่เรียกกันว่า “ภาวะมีบุตรยาก” (Infertility)

การที่จะพิจารณาว่าภาวะเช่นใดถือเป็นภาวะมีบุตรยากนั้นจะต้องปรากฏว่าคู่สมรสนั้นได้มีเพศสัมพันธ์กันตามปกติโดยไม่ได้คุมกำเนิดภายในระยะเวลาหนึ่ง แต่ระยะเวลาานเท่าใดที่จะถือว่าการคู่สมรสอยู่ในภาวะมีบุตรยากนั้นยังไม่อาจหาข้อสรุปที่ชัดเจนได้ ในทางการแพทย์ถือว่า ภาวะที่คู่สมรสไม่สามารถมีบุตรได้ภายในระยะเวลาหนึ่งปีเป็นภาวะมีบุตรยากขณะที่องค์การอนามัยโลก (World Health Organization) ให้ถือว่าภาวะมีบุตรยากเกิดขึ้นเมื่อคู่สมรสไม่สามารถมีบุตรได้ภายในระยะเวลา 2 ปี⁴³

⁴² Douglas, G. (1991). *Law, Fertility, and Reproduction*. pp. 104-105.

⁴³ Ibid.

โดยทั่วไปแล้ว ภาวะมีบุตรยากอาจถูกแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทคือ ภาวะมีบุตรยากขั้นต้น (Primary infertility) กับภาวะมีบุตรยากขั้นรอง (Secondary infertility) โดยภาวะมีบุตรยากขั้นต้นหมายความว่า ภาวะมีบุตรยากซึ่งเกิดขึ้นกับคู่สมรสที่ไม่เคยมีบุตรมาก่อน ส่วนภาวะมีบุตรยากขั้นรอง หมายความว่า ภาวะมีบุตรยากซึ่งเกิดขึ้นกับคู่สมรสที่เคยมีบุตรมาก่อนแล้ว แต่ในปัจจุบันมีเหตุอย่างใดเกิดขึ้นจนไม่สามารถมีบุตรได้

สาเหตุของภาวะมีบุตรยากที่เกิดขึ้นกับคู่สมรสแต่ละคู่ที่มีความแตกต่างกันออกไป แต่โดยเฉลี่ยแล้ว สาเหตุเหล่านี้จะเกิดขึ้นจากความผิดปกติของฝ่ายชายร้อยละ 40 ความผิดปกติของฝ่ายหญิงร้อยละ 50 และความผิดปกติของทั้งสองฝ่ายร้อยละ 10 จากการประมาณการขององค์การอนามัยโลกพบว่า มีคู่สมรสประมาณ 50 ถึง 80 ล้านคู่ทั่วโลกที่อยู่ในภาวะมีบุตรยาก⁴⁴

ในอดีตที่ผ่านมา ก่อนที่เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์จะเจริญก้าวหน้าเช่นในปัจจุบัน การบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากของคู่สมรสเหล่านี้เป็นไปด้วยวิธีการดั้งเดิม เช่น การให้คำแนะนำแก่คู่สมรสในการดูแลสุขภาพ หรือให้คำแนะนำเกี่ยวกับช่วงระยะเวลาที่เหมาะสมในการมีเพศสัมพันธ์ สำหรับคู่สมรสบางคู่ แพทย์อาจให้การบำบัดโดยการให้ยาบำรุงหรือยาเพิ่มฮอร์โมน หรือโดยการผ่าตัดอย่างใดอย่างหนึ่ง แต่การบำบัดรักษาด้วยวิธีการดั้งเดิมเช่นนี้มีโอกาสที่จะประสบความสำเร็จไม่มากนักและต้องใช้ระยะเวลาในการบำบัดรักษาค่อนข้างนาน และโดยส่วนใหญ่ การบำบัดรักษาฮอร์โมนหรือโดยการผ่าตัด (Hormonal or Surgical Therapies) จะใช้ได้ผลดีกับการรักษาภาวะมีบุตรยากของฝ่ายหญิงเท่านั้น⁴⁵

สำหรับคู่สมรสที่ไม่ประสบความสำเร็จในการบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากด้วยวิธีการดังกล่าวข้างต้น คู่สมรสเหล่านี้จะมีบุตรได้ก็แต่โดยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมเท่านั้น แต่อุปสรรคสำคัญของการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมก็คือ การรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมมีกระบวนการที่ยุ้งยากและยาวนาน นอกจากนั้นสาเหตุสำคัญที่ทำให้คู่สมรสส่วนใหญ่ไม่ประสงค์ที่จะรับเด็กมาเป็นบุตรบุญธรรมก็คือเด็กนั้นจะไม่มีความสัมพันธ์ทางสายเลือดหรือทางพันธุกรรมกับคู่สมรสนั้น แม้แต่น้อย การบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์จึงเป็นหนทางเดียวที่จะช่วยให้คู่สมรสเหล่านี้สามารถมีบุตรซึ่งมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับตนเองได้

⁴⁴ WHO Scientific Group. (1992). *Recent advances in medically assisted conception. WHO Technical Report Series 820*, pp.1-7. อ้างใน จักรกฤษณ์ ควรวจน์ และคณะ. (2548). *การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่น ตั้งครรภ์แทน* (รายงานการวิจัย). หน้า 9.

⁴⁵ Ontario Law Reform Commission. (1985). *Report on Human Artificial Reproduction and Related Matters*. p. 15. อ้างใน จักรกฤษณ์ ควรวจน์ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 9.

ในส่วนนี้จะเสนอประวัติและความเป็นมาของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ตั้งแต่มีการนำเทคโนโลยีนี้มาใช้กับสิ่งมีชีวิตชนิดอื่นจนกระทั่งมีการนำมาใช้กับมนุษย์ และจะได้จำแนกประเภทของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์แต่ละประเภท โดยเฉพาะที่มีการนำไปใช้กับการรับตั้งครรภ์แทน เพื่อเป็นพื้นฐานของความเข้าใจต่อไป

2.2.2 ประวัติและความเป็นมาของของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์

ก่อนที่จะมีการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์สมัยใหม่กับมนุษย์ ปรากฏว่ามีการใช้เทคนิคการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อกับสัตว์หลายชนิดมาเป็นเวลานานหลายศตวรรษแล้ว โดยสัตว์ชนิดแรกที่ได้รับการผสมเทียมด้วยวิธีนี้คือ ม้าตระกูลอาหรับ (Arabian Horse) ต่อมาวิธีการดังกล่าวนี้ได้ถูกนำมาใช้กับมนุษย์จนประสบความสำเร็จเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1790 โดยศัลยแพทย์ชาวอังกฤษชื่อ Hunter หลังจากนั้นในปี ค.ศ. 1884 การใช้เทคนิคเดียวกันนี้ก็ประสบความสำเร็จในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยแพทย์ชาวอเมริกันสามารถทำให้หญิงซึ่งสามีเป็นหมัน สามารถตั้งครรภ์ได้จากการใช้เชื้ออสุจิที่ได้รับการบริจาค

เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ได้รับการพัฒนาขึ้นโดยตลอดในปี ค.ศ. 1890 Walter Heape ประสบความสำเร็จในการย้ายฝากตัวอ่อน (Embryo transfer) โดยการนำตัวอ่อนจากท้องของกระต่ายพันธุ์แองโกรัน (Angoran de rabbit) ย้ายไปฝากไว้ในท้องของกระต่ายป่าพันธุ์เบลเยียม (Belgian hare) Heape สรุปผลการทดลองนี้ว่า การย้ายฝากตัวอ่อนสามารถกระทำได้โดยไม่มีผลกระทบต่อพัฒนาการทางร่างกายของตัวอ่อนนั้น จากความสำเร็จนี้ทำให้ระหว่างปี ค.ศ. 1930 ถึงปี ค.ศ. 1950 มีการใช้เทคนิคในการย้ายฝากตัวอ่อนในสัตว์หลายชนิด จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1959 นักวิทยาศาสตร์ชื่อ Chang ก็สามารถทำให้กระต่ายคลอดลูกด้วยวิธีการปฏิสนธินอกร่างกายได้⁴⁶

สำหรับการใช้เทคนิคการปฏิสนธินอกร่างกายของมนุษย์นั้นได้เริ่มต้นขึ้นที่ประเทศอังกฤษในราวทศวรรษที่ 60 ในปี ค.ศ. 1970 คณะนักวิจัยของมหาวิทยาลัยเคมบริดจ์ ได้ประสบความสำเร็จในการเลี้ยงตัวอ่อนมนุษย์จนถึงระยะที่แบ่งตัวเป็น 16 เซลล์ (หรือเรียกว่าระยะ Morula) ต่อมาในปี ค.ศ. 1973 มีรายงานว่า แพทย์ในกรุงเมลเบิร์น ประเทศออสเตรเลียได้ใช้เทคนิคการปฏิสนธินอกร่างกายจนสามารถทำให้หญิงคนหนึ่งตั้งครรภ์ได้สำเร็จ แต่หญิงคนนี้ก็แท้งครรภ์ก่อนที่จะทารกจะครบกำหนดคลอด จนกระทั่งเมื่อวันที่ 25 กรกฎาคม ค.ศ. 1978 แพทย์ชาวอังกฤษสองคนคือ Dr. Patrick Steptoe และ Dr. Robert Edwards ก็สามารถใช้เทคนิคการปฏิสนธินอกร่างกายผสมกับการย้ายตัวอ่อนโดยการนำไข่จากรังไข่ของฝ่ายหญิงมาผสมกับน้ำอสุจิของฝ่ายชาย

⁴⁶ จักรกฤษณ์ ควรวจน์ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 10-11.

จนมีการแบ่งเซลล์ 4-8 เซลล์ จากนั้นจึงย้ายตัวอ่อนนี้เข้าไปในโพรงมดลูก⁴⁷ จนทำให้หญิงคลอดบุตรได้เป็นผลสำเร็จ ทารกที่กำเนิดมานี้มีชื่อว่า ลูอิส บราวน์ (Louise Brown) ซึ่งถือว่าเป็นเด็กคนแรกที่เกิดจากวิธีการปฏิสนธินอกร่างกายหรือที่เรียกว่าเป็น “เด็กหลอดแก้ว” (Test tube baby) ต่อมากรรมวิธีปฏิสนธินอกร่างกายได้ ประสบความสำเร็จในประเทศออสเตรเลียและประเทศสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 1980 และ ค.ศ. 1981 ตามลำดับ

สำหรับเด็กหลอดแก้วที่เกิดจากกระบวนการปฏิสนธินอกร่างกายและย้ายฝากตัวอ่อนซึ่งได้มาจากการผสมของไข่ที่ได้รับการบริจาคนั้นเกิดขึ้นเป็นครั้งแรกเมื่อเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1980 ในประเทศออสเตรเลีย โดยเด็กคนนี้มีชื่อว่า Candice Elizabeth Reed ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาเพิ่งประสบความสำเร็จในปี ค.ศ. 1982 ประเทศออสเตรเลียยังเป็นประเทศแรกที่ประสบความสำเร็จในการย้ายฝากตัวอ่อนที่แช่แข็ง (Frozen embryo) ด้วยโดยเมื่อปี ค.ศ. 1984 ได้มีการนำตัวอ่อนที่แช่แข็งไว้เป็นเวลา 2 เดือนของคู่สมรสคู่หนึ่งย้ายฝากไปใส่ในครรภ์ของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนซึ่งต่อมาหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็สามารถคลอดบุตรออกมาได้เป็นผลสำเร็จ⁴⁸ หลังจากนั้นเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ก็มีการพัฒนาขึ้นอย่างรวดเร็ว จนกระทั่งถึงปัจจุบันนี้มีทารกที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์นี้ในโลกนี้มากกว่า 1 ล้านคน และในบางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกามีทารกที่เกิดกระบวนการนี้คลอด 1 รายในทุก 200 รายของทารกที่คลอด⁴⁹

2.2.3 ประเภทของเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่า ตลอดระยะเวลาหลายสิบปีที่ผ่านมา เทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ได้เจริญรุดหน้าอย่างรวดเร็ว นอกเหนือไปจากการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อ ตลอดจนการปฏิสนธินอกร่างกายและการย้ายฝากตัวอ่อนแล้ว ในปัจจุบันยังมีการนำเทคนิคอื่นๆ มาใช้กับเพื่อบำบัดภาวะมีบุตรยากด้วย เช่น การย้ายฝากเซลล์สืบพันธุ์เข้าไปในท่อหน้าไข่ (Gamete Intrafallopian Transfer หรือ GIFT) การย้ายฝากตัวอ่อนระยะไข่โคตเข้าไปในท่อหน้าไข่ (Zygote Intrafallopian Transfer หรือ ZIFT) หรือเทคนิคที่เรียกกันว่า “อิกซี่”(Intracytoplasmic Sperm Injection หรือ ICSI) ซึ่งเป็นการฉีดเชื้ออสุจิเพียงตัวเดียวเข้าไปในไข่เพื่อให้เกิดการปฏิสนธิ นอกจากนี้ยังมีเทคนิคอื่นๆ เกิดขึ้นอีกหลายประเภท แต่เทคนิคเหล่านี้ไม่ได้ก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายและจริยธรรมที่

⁴⁷ Steptoe PC, Edwards RG. (1978). *Birth after the reimplantation of a human embryo*. Lancet. 1978 Aug 12; 2(8085): 366.

⁴⁸ จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 11-12.

⁴⁹ โอภาส เศรษฐบุตร. (ม.ป.ป.). เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์. สืบค้นเมื่อ 1 มิถุนายน 2555, 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

แตกต่างไปจากการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อและการปฏิสนธิในอกร่างกายมากเท่าใดนัก ในที่นี้จึงจะพิจารณารายละเอียดของการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อและการปฏิสนธิในอกร่างกายเท่านั้น

2.2.3.1 การผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อ (Artificial Insemination)

การผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อคือ การฉีดน้ำเชื้ออสุจิเข้าไปในช่องคลอด (Vagina) ของฝ่ายหญิง ไม่ว่าจะบริเวณปากมดลูก โพรงมดลูก ท่อนำรังไข่ หรือที่มดลูก (Uterus) ในช่วงที่มีการตกไข่ เพื่อให้เกิดการปฏิสนธิระหว่างตัวอสุจิกับไข่ในร่างกายของฝ่ายหญิงนั้น (In vivo Fertilization) และทำให้หญิงนั้นตั้งครรภ์โดยไม่ต้องมีสัมพันธ์ทางเพศกับฝ่ายชายโดยวิธีตามธรรมชาติ

โดยปกติแล้ว การผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อมักจะกระทำโดยนำเอาน้ำเชื้ออสุจิที่ผ่านการล้างเอาเชื้อแบคทีเรียและสารต่างๆ ออกและคัดเฉพาะเชื้ออสุจิที่แข็งแรงในปริมาณพอเหมาะมาฉีดผ่านท่อกลวงที่สอดเข้าไปในช่องคลอด (Cannula) หรือโดยใช้กระบอกฉีด (Syringe) ซึ่งจะทำให้เชื้ออสุจิของฝ่ายชายเข้าไปผสมกับไข่ของฝ่ายหญิง การผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อนี้จะต้องกระทำในช่วงระยะเวลาที่ไข่ใกล้สุกเพราะเป็นช่วงระยะเวลาที่ฝ่ายหญิงมีโอกาสตั้งครรภ์มากที่สุด น้ำเชื้ออสุจินี้อาจนำมาจากเชื้อสด (Fresh sperm) หรือเชื้อที่ผ่านการแช่แข็ง (Frozen sperm) มาก่อนก็ได้ การผสมเทียมด้วยวิธีนี้มีอัตราการตั้งครรภ์ประมาณร้อยละ 10 – 20 ต่อรอบเดือน ตามปกติจะเห็นผลภายใน 3 – 6 รอบเดือนของการรักษา

การผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อนี้เป็นวิธีการที่ง่าย สิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายน้อย และไม่จำเป็นต้องใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญทางการแพทย์มากนัก แต่ถ้การผสมเทียมด้วยวิธีการนี้ได้กระทำภายใต้การควบคุมดูแลของแพทย์ก็จะทำให้มีโอกาสประสบความสำเร็จในการตั้งครรภ์มากขึ้น และยังช่วยให้เด็กที่เกิดมามีความเสี่ยงในการเกิดโรคทางพันธุกรรม (Genetic disease) น้อยลง เนื่องจากแพทย์สามารถใช้ความชำนาญในการคัดเลือกเชื้ออสุจิที่เหมาะสมเพื่อประโยชน์ในการตั้งครรภ์หรือเพื่อหลีกเลี่ยงโอกาสในการเกิดโรคทางพันธุกรรมบางชนิดกับทารกได้ การผสมเทียมโดยการฉีดเชื้ออาจแบ่งได้เป็นหลายชนิด แต่เมื่อพิจารณาจากแหล่งที่มาของเชื้ออสุจิ การผสมเทียมดังกล่าวนี้อาจแบ่งได้เป็น 3 ประเภท คือ การผสมเทียมโดยใช้เชื้อของสามี การผสมเทียมโดยใช้เชื้อของผู้บริจาค และการผสมเทียมโดยใช้เชื้อจากผสมระหว่างสามีกับผู้บริจาค

(1) การผสมเทียมโดยใช้น้ำเชื้อจากสามี (Artificial Insemination by the Husband หรือ AIH)

การผสมเทียมด้วยวิธีนี้เป็นวิธีการบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากอย่างหนึ่งที่จะนำมาใช้ต่อเมื่อฝ่ายชายซึ่งเป็นสามีสามารถผลิตน้ำอสุจิได้อย่างสมบูรณ์ แต่ไม่สามารถมีเพศสัมพันธ์ได้เนื่องจากเป็นกามตายด้าน หรือมีความผิดปกติทางกายวิภาค ไม่ว่าโดยกำเนิดหรือที่เกิดขึ้นภายหลัง

ซึ่งทำให้ตัวอสุจิไม่สามารถผ่านเข้าไปผสมกับไข่ได้โดยสะดวก หรือฝ่ายชายนั้นไม่สามารถหลั่งน้ำอสุจิระหว่างการมีเพศสัมพันธ์ได้หรือกรณีที่ในน้ำเชื้อของฝ่ายชายมีตัวอสุจิน้อย (Oligozoospermia) แต่ยังคงมีรูปร่างและการเคลื่อนไหวที่เป็นปกติ การผสมเทียมด้วยวิธีนี้ยังถูกนำไปใช้เพื่อบำบัดภาวะมีบุตรยากที่เกิดจากความผิดปกติของฝ่ายหญิงด้วย เช่น หากฝ่ายหญิงมีเยื่อที่บริเวณปากมดลูกทำให้เชื้ออสุจิไม่สามารถผ่านเข้าไปผสมกับไข่ได้ (Mucus hostility) ในกรณีเช่นนี้ก็จะต้องฉีดเชื้ออสุจิเข้าไปที่มดลูกของฝ่ายหญิงเพื่อให้เกิดการปฏิสนธิกับไข่ในบริเวณดังกล่าวการใช้น้ำเชื้อจากสามีในการผสมเทียมอาจเกิดจากสาเหตุอื่นที่ไม่ใช่ภาวะมีบุตรยากของกลุ่มสมรสทั้งสองฝ่ายก็ได้ เช่น ระหว่างสงครามโลกครั้งที่สอง ทหารอเมริกันได้ส่งน้ำเชื้ออสุจิลับประเทศเพื่อใช้ในการผสมเทียมเป็นจำนวนมาก⁵⁰ การผสมเทียมโดยวิธีนี้อาจนำไปใช้เมื่อฝ่ายสามีต้องเข้ารับการทำเคมีบำบัด (Chemotherapy) หรือรังสีบำบัด (Radiotherapy) ซึ่งอาจส่งผลให้ชายคนนั้นต้องเป็นหมัน ฝ่ายชายก็อาจจะเลือกที่จะให้แพทย์เก็บน้ำเชื้อของตนเองไว้ก่อนและนำมาใช้เมื่อถึงคราวจำเป็นได้⁵¹

ในทางกฎหมาย การผสมเทียมโดยใช้เชื้ออสุจิของสามีอาจก่อให้เกิดปัญหาว่าฝ่ายชายซึ่งเป็นสามีโดยชอบด้วยกฎหมายจะปฏิเสธว่าเด็กที่เกิดมานั้นมิใช่บุตรของตนเองได้หรือไม่ เนื่องจากเด็กนั้นไม่ได้เกิดมาจากการร่วมประเวณีตามธรรมชาติ และหากเป็นกรณีที่คู่สมรสนั้นไม่ได้จดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมาย หากฝ่ายชายปฏิเสธที่จะรับเด็กเป็นบุตรหรือจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดู ฝ่ายหญิงและเด็กที่กำเนิดมานั้นจะมีสิทธิดำเนินคดีอย่างไรได้บ้าง นอกจากนี้อาจมีปัญหามากกว่าหากการผสมเทียมได้กระทำขึ้นภายหลังจากที่สามีถึงแก่ความตายแล้ว จะถือว่าเด็กที่เกิดมานั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายและมีสิทธิรับมรดกของชายผู้เป็นสามีหรือไม่⁵² คำตอบของปัญหาเหล่านี้ยังมีความไม่ชัดเจนนักเมื่อพิจารณาของกฎหมายไทยในปัจจุบัน

⁵⁰ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2531). “การผสมเทียมกับกฎหมาย.” *บทบัญญัติคดี*, เล่ม 44 ตอน 2. หน้า 56.

⁵¹ Warnock, M. (1985). *A Question of Life: The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology*. p. 17.

⁵² ปัญหาทั้งในทางกฎหมายและจริยธรรมเกี่ยวกับการผสมเทียมด้วยวิธีการอื่นนอกจากการรับตั้งครรภ์แทนเป็นปัญหาสำคัญที่ควรได้รับการพิจารณาอย่างลึกซึ้ง แต่ปัญหาดังกล่าวอยู่นอกกรอบของงานวิจัยนี้ ผู้สนใจอาจเปรียบเทียบบทวิเคราะห์ทางกฎหมายของไทยที่สำคัญ ระหว่าง วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. เล่มเดิม. หน้า 55-56. กับ ประสพสุข บุญเดช ก (2538, ธันวาคม) “การปฏิสนธิเทียมยุคโลกาภิวัตน์.” *วารสารกฎหมาย*, ปีที่ 16, ฉบับที่ 1. หน้า 17-18.

(2) การผสมเทียมโดยใช้น้ำเชื้อจากผู้บริจาค (Artificial Insemination by the Donor หรือ AID) เป็นการผสมเทียมที่ใช้เทคนิคเช่นเดียวกับการผสมเทียมโดยใช้น้ำเชื้อของสามี เพียงแต่เป็นการนำน้ำเชื้อของผู้ที่บริจาคมาใช้ในการผสมเทียมแทนที่จะเป็นน้ำเชื้อของสามีของหญิงนั้น สาเหตุที่ต้องใช้น้ำเชื้อของในการผสมเทียมนั้นก็เนื่องมาจากฝ่ายสามีเป็นหมันไม่ว่ามาจากสาเหตุใดก็ตาม รวมทั้งการเป็นหมันหลังจากการทำหมันชาย (Vasectomy) แล้วแก้ไขไม่สำเร็จ หรือสามีมีปริมาณตัวอสุจิในน้ำอสุจิน้อยหรือไม่มีเลย รวมทั้งในกรณีที่ฝ่ายสามีมีความผิดปกติของยีน (Gene error) ทำให้มีความผิดปกติในการสืบพันธุ์ แต่การผสมเทียมด้วยวิธีนี้จะทำให้เด็กมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมเฉพาะกับฝ่ายหญิงซึ่งเป็นเจ้าของไข่เท่านั้น ส่วนฝ่ายชายซึ่งไม่ได้เป็นเจ้าของอสุจิจะไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมาเลย

การผสมเทียมโดยใช้น้ำเชื้อของผู้บริจาคก่อให้เกิดปัญหาทางจริยธรรมและกฎหมายมากกว่าการผสมเทียมที่ใช้น้ำเชื้อจากสามีหลายประการ ผู้ที่คัดค้านเห็นว่า การผสมเทียมด้วยวิธีการนี้เป็นการทำลายสถาบันครอบครัวเพราะมีบุคคลที่สามเข้ามาเกี่ยวข้องในชีวิตสมรสมีการเปรียบเทียบว่าการผสมเทียมด้วยวิธีการนี้เป็นการกระทำความผิดฐานมีชู้ (Adultery) ในอดีตศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา⁵³ และในประเทศแคนาดา⁵⁴ ถือว่าการผสมเทียมด้วยวิธีการนี้เป็นการมีชู้และเด็กที่เกิดมานั้นเป็นเด็กที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁵⁵ แต่ในปัจจุบันแนวคำพิพากษาของศาลต่างประเทศโดยส่วนใหญ่ได้เปลี่ยนแปลงไปแล้ว⁵⁶ โดยถือว่าการมีชู้จะต้องเกิดจากการมีเพศสัมพันธ์ไม่ใช่การปฏิสนธิของไข่กับเชื้ออสุจิ แต่กระนั้นก็ตามศาลต่างประเทศก็ยังคงถือว่าการผสมเทียมโดยใช้น้ำเชื้อของผู้บริจาคที่ไม่ได้รับความยินยอมจากสามีเป็นการกระทำที่เป็นปรปักษ์ต่อการเป็นสามีภรรยาอย่างรุนแรง⁵⁷

(3) การผสมเทียมโดยใช้น้ำเชื้อจากการผสมระหว่างสามีกับผู้บริจาค (Combined or Confused Artificial Insemination หรือ CAI)

ในกรณีที่น้ำเชื้อของสามีมีปริมาณตัวอสุจิน้อย แพทย์อาจใช้วิธีการผสมน้ำเชื้ออสุจิระหว่างน้ำเชื้ออสุจิของสามีกับของผู้บริจาค เพื่อเพิ่มโอกาสในการที่เชื้ออสุจิของสามีสามารถเข้าไปปฏิสนธิกับไข่ได้มากกว่าที่จะใช้น้ำเชื้อของผู้บริจาคแต่เพียงอย่างเดียว และทำให้คู่สมรสฝ่าย

⁵³ Doornbos v. Doornbos, 12 Ill. App. 2d 473, 139 N.E. 2d 844 (1956).

⁵⁴ Orford v. Orford, 58 D.L.R. 251 (1921).

⁵⁵ Kopytoff, B. (1988). *Surrogate Motherhood: Questions of Law and Values*. pp. 205, 216.

⁵⁶ ศาลอังกฤษ ในคดี McLennan v McLennan 1958 S.C. 105.

⁵⁷ ศาลในประเทศสหรัฐ คดี People v. Sorensen, 68 Cal. 2d 280, 437, 139 N.E. 2d 844 (1956).

ชายรู้สึกว่าจะเชื่อสุจิที่ปฏิสนธิกับไข่เป็นของตนเอง⁵⁸ อย่างไรก็ตาม การใช้วิธีการผสมเทียมในลักษณะนี้ได้กระทำมาตั้งแต่ก่อนที่เทคโนโลยีเกี่ยวกับการตรวจเลือด (Blood testing) หรือการตรวจลายพิมพ์ดีเอ็นเอ (DNA fingerprint) จะมีความเจริญก้าวหน้าและให้ผลที่น่าเชื่อถือเช่นในปัจจุบัน ดังนั้น เมื่อสามารถใช้วิธีการดังกล่าวตรวจสอบความเป็นบิดาของเด็กได้อย่างแม่นยำแล้ว จึงปรากฏว่ามีการนำวิธีการผสมเทียมเช่นนี้มาใช้บ่อยลง⁵⁹

2.2.3.2 การปฏิสนธินอกร่างกาย (In vitro Fertilisation หรือ IVF)

การปฏิสนธิแต่เดิมต้องเกิดขึ้นในร่างกายของฝ่ายหญิงให้สามารถเกิดขึ้นนอกร่างกายของมนุษย์ได้ ในระยะเริ่มต้น เทคนิคการปฏิสนธินอกร่างกายจะนำมาใช้เมื่อฝ่ายหญิงอยู่ในภาวะที่มีบุตรยาก เช่น ท่อนำไข่ทั้งสองข้างตัน ซึ่งทำให้ไข่ไม่สามารถผ่านจากรังไข่มายังมดลูกได้ แพทย์จะคำนวณเวลาก่อนที่ไข่ตกตามธรรมชาติในรอบประจำเดือนของหญิงนั้นแล้วนำไข่สุกเต็มที่จากรังไข่มาผสมกับเชื้อสุจิของฝ่ายชายที่ผ่านการล้างเอาเมือกออกในจานแก้วที่มีสารเลี้ยงตัวอ่อนอยู่เตรียมไว้ โดยต้องควบคุมอุณหภูมิ ความชื้น ปริมาณก๊าซต่างๆ ในบรรยากาศให้เหมาะสมเมื่อเกิดการปฏิสนธิและไข่เริ่มแบ่งตัวแล้ว แพทย์จะนำไข่ที่ได้รับการผสมนั้นกลับเข้าไปยังมดลูกเพื่อให้ไปฝังตัวที่ผนังมดลูกและเจริญเติบโตต่อไป

แม้ว่ากระบวนการในการบำบัดรักษาผู้มีบุตรยากโดยใช้เทคนิคการปฏิสนธินอกร่างกายดูเหมือนจะเกิดขึ้นได้ไม่ยากนัก แต่ในความจริงแล้ว กระบวนการเหล่านั้นล้วนแต่ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของแพทย์อย่างเข้มงวด ความสำเร็จของเทคนิคนี้ไม่ได้อยู่ที่ทำอย่างไรจึงจะทำให้ไข่ผสมกับเชื้อสุจินอกร่างกาย แต่อยู่ที่ทำอย่างไรตัวอ่อนนั้นจึงจะสามารถกลับไปฝังตัวอยู่ที่ผนังมดลูกแล้วเจริญเติบโตต่อไปได้ ในระยะเริ่มต้นของความพยายามในการใช้เทคนิคนี้ ปรากฏว่าแม้จะสามารถนำไข่ที่ได้รับการผสมนั้นกลับเข้าไปในมดลูกของฝ่ายหญิงได้ แต่ไข่ที่ผสมแล้วนั้นกลับไม่สามารถที่จะเข้าไปฝังตัวที่ผนังมดลูกได้ การใช้เทคนิคนี้จึงไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควร

ด้วยสาเหตุดังกล่าวข้างต้น ในการบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากด้วยเทคนิคการปฏิสนธินอกร่างกาย แพทย์จึงต้องนำไข่ที่ได้รับการผสมแล้วเข้าไปในมดลูกของฝ่ายหญิงมากกว่าหนึ่งฟอง เพื่อเพิ่มโอกาสในการที่ตัวอ่อนนั้นจะฝังตัวในผนังมดลูก เนื่องจากความจำเป็นดังกล่าวนี้แพทย์จึงจำเป็นต้องนำตัวอ่อนหลายตัวกลับเข้าไปในมดลูกของฝ่ายหญิง ในหลายกรณี จึงมีตัวอ่อนหลายตัวสามารถเข้าไปฝังตัวที่ผนังมดลูกได้เป็น ผลสำเร็จ ส่งผลให้คู่สมรสนั้นมีบุตรมากกว่าหนึ่งคน ซึ่งในบางครั้งก็เกินกว่าความต้องการของคู่สมรสนั้นปัญหาที่ตามมาก็คือ คู่สมรสนั้นต้องขอให้แพทย์ทำแท้งตัวอ่อนที่มากเกินไปกว่าความต้องการ ซึ่งอาจเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายได้

⁵⁸ Wadlington, W. (1983). *Artificial Conception: The Challenge For Family Law*. pp. 465, 469.

⁵⁹ Ontario Law Reform Commission. Op.cit. p. 17.

กระบวนการในการปฏิสนธิอกร่างกายไม่เพียงแต่ทำให้ฝ่ายหญิงที่มีไข่สมบูรณ์สามารถตั้งครรภ์ได้เท่านั้น แต่กระบวนการนี้ยังเปิดโอกาสให้ฝ่ายหญิงที่ไม่สามารถผลิตไข่ได้สามารถตั้งครรภ์ได้เช่นกัน โดยการที่นำไข่ที่ได้รับการบริจาคมาผสมกับเชื้ออสุจิของฝ่ายสามีแล้วนำกลับเข้าไปในมดลูกของตนเอง ด้วยวิธีการดังกล่าวนี้เอง จึงสามารถทำให้หญิงที่มีอายุมากหรือแม้แต่อยู่ในวัยที่หมดประจำเดือนแล้วสามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเองได้โดยการนำไข่ที่ได้รับการบริจาค ตัวอย่างเช่น มีรายงานว่าเมื่อปี ค.ศ. 1995 หญิงชาวอิตาลีวัยประมาณ 60 ปีได้สูญเสียบุตรวัย 17 ปีไป หญิงคนนี้ได้พยายามที่จะขอรับเด็กอื่นเป็นบุตรบุญธรรมแต่ไม่ได้รับอนุญาตเนื่องจากเธอมีอายุมากเกินไป หญิงคนนี้จึงขอให้แพทย์ช่วยให้เธอตั้งครรภ์โดยใช้ไข่ที่ได้รับการบริจาคผสมกับเชื้ออสุจิของสามี ซึ่งประสบความสำเร็จและถือว่าเป็นหญิงที่มีอายุมากที่สุดที่สามารถตั้งครรภ์ได้ในขณะนั้น นอกจากนี้ในปีเดียวกันนั้นเอง ปรากฏว่ามีหญิงชาวอิตาลีคนเดียวกันนำไข่ของหญิงผิวขาวมาใช้ผสมกับเชื้ออสุจิของสามีของเธอ แล้วนำไข่ที่ได้รับการผสมนั้นกลับเข้าไปในมดลูกของตัวเองเพื่อตั้งครรภ์ โดยเธอให้เหตุผลของการนำไข่ของหญิงผิวขาวว่า เด็กผิวขาวจะได้รับโอกาสมากกว่าเด็กผิวดำ⁶⁰ การปฏิสนธิอกร่างกายด้วยวิธีการนี้จะช่วยให้คู่สมรสสามารถมีบุตรได้ และในบางครั้งวิธีการนี้ก็เป็นที่เดียวเท่านั้นที่จะทำให้เด็กเกิดมาโดยมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสนั้น

การปฏิสนธิอกร่างกายหลีกเลี่ยงไม่พ้นที่จะก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายเช่นกัน สถานภาพของเด็กที่เกิดจากการปฏิสนธิอกร่างกายดูเหมือนจะยังไม่มีความชัดเจนมากนัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากการปฏิสนธิอกร่างกายนั้นมีการนำไข่หรือเชื้ออสุจิหรือทั้งไข่และเชื้ออสุจิที่ได้รับการบริจาคมาร่วมใช้ในการผสมเทียม มีปัญหาว่าใครเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมาและเด็กนั้นจะมีสิทธิในทางกฎหมายตามบิดามารดาผู้เป็นเจ้าของพันธุกรรมหรือไม่อย่างไร

2.2.4 การตั้งครรภ์แทน

ในปัจจุบันปัญหาการมีบุตรยากในคู่สามีภรรยาที่มีการสมรสทั้งชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม นับว่าเป็นปัญหาที่สำคัญของการมีครอบครัวระหว่างคู่สามีภรรยา นั้น ปัญหาการมีบุตรยากนั้นอาจเกิดขึ้นได้ในสาเหตุหลายประการด้วยกัน อาจเป็นสาเหตุที่เกิดขึ้นก่อนการมีชีวิตคู่หรืออาจเป็นสาเหตุที่เกิดขึ้นหลังจากการมีชีวิตคู่ระหว่างสามีภรรยาได้ สาเหตุต่างๆ ที่เกิดขึ้นอาจเป็นสาเหตุที่เกิดขึ้นมาตั้งแต่แรกเกิด หรืออาจเป็นสาเหตุที่เกิดขึ้นจากอุบัติเหตุในภายหลัง หรืออาจเป็นสาเหตุที่เกิดมาจากการเสื่อมสมรรถภาพของอวัยวะหรือเซลล์บางเซลล์ก็เป็นได้ หรืออาจเกิด

⁶⁰ Hinman, L, Reproductive Technology and Surrogacy: An Introduction to the Issues. สืบค้นเมื่อ 1 มกราคม 2555, จาก <http://ethics.acusd.edu>

จากการที่หญิงนั้นมีประวัติการแท้งครรภ์บ่อยครั้ง ซึ่งหากตั้งครรภ์อาจเกิดอันตรายแก่สุขภาพของหญิงนั้นได้⁶¹ ในปัจจุบันยังไม่มีเทคโนโลยีที่สามารถทำให้ฝ่ายหญิงสามารถตั้งครรภ์โดยปราศจากมดลูกได้และไม่ปรากฏว่าการผลิตมดลูกเทียมประสบความสำเร็จ วิธีการอย่างเดียวกันที่สามารถทำให้คู่สมรสฝ่ายหญิงที่ไม่สามารถตั้งครรภ์มีบุตร ได้ก็คือการให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทน

1) ลักษณะของการตั้งครรภ์แทน

ในปัจจุบัน ยังไม่ปรากฏว่ามีนิยามศัพท์ของคำว่า “การรับตั้งครรภ์แทน” ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันทั่วไป นักกฎหมาย นักวิชาการ หรือแม้แต่บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทนต่างก็กำหนดขอบเขตหรือความหมายของการรับตั้งครรภ์แทนแตกต่างกันออกไป ในความหมายอย่างแคบ การรับตั้งครรภ์แทนครอบคลุมเฉพาะการรับตั้งครรภ์แทนที่เป็นไปโดยอาศัยเทคโนโลยีทางการแพทย์เท่านั้น แต่ในความหมายอย่างกว้าง การรับตั้งครรภ์แทนจะครอบคลุมถึงการรับตั้งครรภ์แทนทุกกรณี ไม่ว่าจะมีการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์หรือไม่ก็ตาม เช่น การรับตั้งครรภ์แทน ที่ฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีเพศสัมพันธ์กับฝ่ายชายที่ต้องการมีบุตร ก็จะถือว่าเป็นการรับตั้งครรภ์แทนเช่นกัน ดังเช่นกรณีที่ปรากฏอยู่ในคัมภีร์ไบเบิล Old Testament ซึ่งมีเรื่องราวว่าซาราห์ซึ่งเป็นภรรยาของอับราฮัมไม่สามารถมีบุตรได้ จึงได้ให้สาวใช้ที่มีชื่อว่า ฮาการ์ เป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน การรับตั้งครรภ์แทนนี้ได้เป็นไปโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เช่นที่มีในปัจจุบันแต่เป็นไปโดยการมีเพศสัมพันธ์กับอับราฮัม⁶²

กรรมวิธีในการบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากโดยการรับตั้งครรภ์แทนได้เจริญก้าวหน้าไปพร้อมกันกับความก้าวหน้าของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ โดยเฉพาะเทคนิคการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อและการปฏิสนธิในอกร่างกาย ซึ่งกรรมวิธีที่ทำให้การรับตั้งครรภ์แทนสามารถเป็นไปโดยฝ่ายชายที่ว่าจ้างนั้นไม่จำเป็นต้องมีเพศสัมพันธ์กับฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน⁶³ การรับตั้งครรภ์แทนโดยนำเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์เข้ามาช่วยด้วยนั้นสามารถทำให้คู่สมรสที่ว่าจ้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายสามารถที่จะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมา

⁶¹ McEwen, A. (1999). *So You're Having Another Woman's Baby: Economics and Exploitation in Gestational Surrogacy*. pp. 271, 274.

⁶² ในยุคก่อนคริสตกาล เทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ยังไม่ได้เจริญเท่าทุกวันนี้ การที่ฮาการ์ตกลงรับตั้งครรภ์ก็เป็นไปด้วยวิธีการมีเพศสัมพันธ์กับอับราฮัม แม้ว่ากรณีเช่นนี้จะมีข้อเถียงว่าฮาการ์ไม่ได้เป็นหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในความหมายที่ใช้กันในปัจจุบัน แต่มีฐานะเป็นภรยาน้อยตามกฎหมายของอับราฮัมเท่านั้น อย่างไรก็ตาม การที่มีข้อตกลงส่งมอบเด็กเมื่อคลอดเด็กนั้นออกมาก็อาจนับได้ว่าเป็นการรับตั้งครรภ์แทนอย่างหนึ่ง ซึ่งการกระทำเช่นนี้ในปัจจุบันถือว่าเป็นการผิดประเวณี แต่ขอบเขตของงานวิจัยนี้จำกัดอยู่เพียงเฉพาะในปัญหาเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนที่ต่ออาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เท่านั้น.

⁶³ Warnock, M. Op.cit. p. 42.

2) ประเภทของการรับตั้งครรภ์แทน

นับตั้งแต่ที่มีการนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มาใช้กับการรับตั้งครรภ์แทนทำให้การรับตั้งครรภ์แทนมีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น เพราะมีบุคคลเกี่ยวข้องกับหลายฝ่ายที่สามารถอ้างสิทธิความเป็นบิดามารดาของเด็กได้ นอกจากนั้นการที่จำนวนของกลุ่มสมรสที่ไม่สามารถมีบุตรด้วยวิธีการตามธรรมชาติมีแนวโน้มที่จะเพิ่มขึ้น การรับตั้งครรภ์แทนในปัจจุบันจึงอาจแบ่งได้เป็นหลายประเภท โดยพิจารณาได้ทั้งจากเทคโนโลยีที่ใช้ในการรับตั้งครรภ์ และจากวัตถุประสงค์ของการรับตั้งครรภ์นั้น ดังนี้

(1) ประเภทของการรับตั้งครรภ์แทนโดยพิจารณาจากเทคโนโลยีที่ใช้ในการรับตั้งครรภ์

แต่เดิมการรับตั้งครรภ์แทนไม่อาจเกิดขึ้นได้โดยที่ฝ่ายชายและฝ่ายหญิงไม่มีความสัมพันธ์ทางเพศต่อกัน แต่เมื่อได้มีการพัฒนาเทคโนโลยีดังกล่าวขึ้นและนำมาใช้กับการรับตั้งครรภ์แทน การรับตั้งครรภ์แทนในปัจจุบันจึงเกิดขึ้นโดยฝ่ายชายที่ว่าจ้างไม่จำเป็นต้องมีเพศสัมพันธ์กับฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนดังนั้น เมื่อแบ่งแยกประเภทของการรับตั้งครรภ์แทนโดยพิจารณาจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ที่นำมาใช้ การรับตั้งครรภ์แทนอาจแบ่งได้เป็น 3 ประเภทคือ⁶⁴

ก. การรับตั้งครรภ์แทนโดยการฉีดเชื้อ (Artificial Insemination Surrogacy)

การรับตั้งครรภ์แทนโดยการฉีดเชื้อเป็นกรณีที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นตั้งครรภ์โดยมีการนำเชื้ออสุจิของฝ่ายชายที่ว่าจ้างให้ตั้งครรภ์ มาฉีดเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงนั้น การรับตั้งครรภ์แทนในลักษณะเช่นนี้ได้กระทำก่อนการรับตั้งครรภ์แทนประเภทอื่น โดยมีการพัฒนาหลังจากที่เทคโนโลยีการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อเจริญขึ้นไม่นานนัก ในบางครั้งจึงเรียกการรับตั้งครรภ์ประเภทนี้ว่า “การรับตั้งครรภ์แบบดั้งเดิม” (Traditional Surrogacy)⁶⁵ การรับตั้งครรภ์แทนด้วยวิธีการนี้จะทำให้เด็กที่เกิดมามีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับฝ่ายชายที่ว่าจ้างและกับฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเพราะหญิงนั้นเป็นเจ้าของไข่ที่ได้รับการผสม แต่เด็กนั้นจะไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสฝ่ายหญิงที่ว่าจ้างเลยการรับตั้งครรภ์แทนเช่นนี้ในบางครั้งจึงถูกเรียกว่า “การรับตั้งครรภ์แทนแบบไม่สมบูรณ์” (Partial Surrogacy) เพราะเด็กที่เกิดมานั้นจะมีความสัมพันธ์บางส่วนกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและมีความสัมพันธ์บางส่วนกับคู่สมรสฝ่ายชายที่ต้องการมีบุตรนั้น

⁶⁴ Archer, C. (2002). *Scrambled Eggs: Defining Parenthood and Inheritance Rights of Children Born of Reproductive Technology*. pp. 152, 152-153.

⁶⁵ Kerian, C. (1997). *Surrogacy: A Last Resort Alternative for Infertile Women or a Commodification of Women's Bodies and Children*. pp. 113, 114.

ข. การรับตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธินอกร่างกาย (In Vitro Fertilisation Surrogacy)

การรับตั้งครรภ์แทนประเภทนี้จะมีการนำเอาไข่ของคู่สมรสที่ว่าจ้างฝ่ายหญิงมาผสมกับเชื้ออสุจิของคู่สมรสที่ว่าจ้างฝ่ายชาย นอกร่างกายของฝ่ายหญิง หลังจากนั้นเมื่อเกิดการปฏิสนธิแล้วก็จะนำไปที่ได้รับการผสมนั้นใส่เข้าไปยังมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเพื่อให้ฝังตัวยังผนังมดลูกแล้วเจริญเติบโตต่อไปด้วยวิธีการดังกล่าวข้างต้น เด็กที่เกิดมาจะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสทั้งสองฝ่ายเพราะฝ่ายชายเป็นเจ้าของเชื้ออสุจิ ส่วนฝ่ายหญิงเป็นเจ้าของไข่ ส่วนหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นแม้จะได้รับสารอาหารจากหญิงนั้นผ่านทางสายรก แต่ก็จะไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมานั้นเลย กรณีเช่นนี้จึงมีผู้เปรียบเทียบกับเป็นเสมือนการเช่ามดลูก (Womb Leasing) เท่านั้น การรับตั้งครรภ์แทนประเภทนี้ในบางครั้งจึงถูกเรียกว่า “การรับตั้งครรภ์แทนโดยการตั้งครรภ์” (Gestational Surrogacy) หรือ “การรับตั้งครรภ์แทนโดยสมบูรณ์” (Full Surrogacy) เนื่องจากคู่สมรสที่ว่าจ้างทั้งสองฝ่ายจะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กนั้นทั้งหมด

ค. การรับตั้งครรภ์แทนโดยใช้ตัวอ่อนที่ได้รับการบริจาค (Donated Embryo Surrogacy)

ในกรณีที่คู่สมรสทั้งสองฝ่ายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถมีบุตรได้โดยสิ้นเชิง คู่สมรสนั้นอาจว่าจ้างให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนโดยการขอรับบริจาคตัวอ่อนจากบุคคลอื่น แล้วนำตัวอ่อนที่ได้รับการบริจาคมานั้นย้ายฝากเข้าไปยังมดลูกของฝ่ายหญิงที่ตกลงรับตั้งครรภ์แทน เมื่อทารกคลอดออกมา หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็จะส่งมอบทารกนั้นให้แก่คู่สมรสที่ว่าจ้าง การรับตั้งครรภ์แทนในลักษณะเช่นนี้จะทำให้ทั้งคู่สมรสที่ว่าจ้างและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมาเลย การรับตั้งครรภ์แทนประเภทนี้อาจถือเป็นการรับตั้งครรภ์แทนโดยการตั้งครรภ์ (Gestational Surrogacy) ประเภทหนึ่งได้ เพราะหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็ไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมาเช่นกัน การรับตั้งครรภ์แทนเช่นนี้เกิดขึ้นไม่บ่อยครั้งนักเนื่องจากต้องเสียค่าใช้จ่ายสูงโดยส่วนใหญ่แล้วคู่สมรสในภาวะเช่นนี้มักจะเลือกวิธีการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมมากกว่าเพราะเสียค่าใช้จ่ายน้อยและได้ผลที่เท่าเทียมกัน

อย่างไรก็ดี มีรายงานว่าเมื่อปี ค.ศ. 1994 ที่รัฐแคลิฟลอเนีย คู่สมรสคู่หนึ่งมีชื่อว่า จอห์น และลูแอน บัซแซนคา ได้ตกลงว่าจ้างหญิงคนหนึ่งให้ตั้งครรภ์แทน โดยการนำไข่และเชื้ออสุจิที่ได้รับการบริจาคมานอกจากบุคคลภายนอกมาผสมเทียม แล้วนำตัวอ่อนนั้นเข้าไปฝังตัวในมดลูกของหญิงที่ตกลงรับตั้งครรภ์แทน แต่ต่อมาปรากฏว่าก่อนที่เด็กจะเกิดมาหนึ่งเดือนฝ่ายชายได้ฟ้องว่าฝ่ายหญิงโดยอ้างว่าทั้งสองไม่มีบุตรที่ต้องปกครอง แต่ฝ่ายหญิงให้การต่อสู้ว่าเธอกับสามีกำลังจะมีบุตรตามกฎหมายที่เกิดจากการว่าจ้างให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนและขอให้ศาลสั่งให้ฝ่ายชายจ่ายค่าเลี้ยงดูด้วย

คดีนี้ศาลชั้นต้นพิพากษาว่า ศาลไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะสั่งให้ฝ่ายชายจ่ายค่าเลี้ยงดูบุตร แต่ศาลอุทธรณ์แห่งรัฐแคลิฟอร์เนีย (California Court of Appeal) พิพากษากลับเป็นว่า ฝ่ายชายเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กและมีหน้าที่ต้องจ่ายค่าเลี้ยงดูเด็กที่เกิดมานั้น⁶⁶

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นว่า การรับตั้งครรภ์แทนโดยใช้ตัวอ่อนที่ได้รับการบริจาคนี้ถือเป็นการรับตั้งครรภ์แทนที่มีบุคคลเข้ามาเกี่ยวข้องทั้งหมด 6 คน ดังนี้

(1) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน (Surrogate Mother) คือ ฝ่ายหญิงที่ตกลงรับตั้งครรภ์แทนคู่สมรสที่ว่าจ้าง ในกรณีนี้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะเป็นผู้ให้กำเนิดเด็กและมีความสัมพันธ์ทางสายเลือดหรือทางชีวภาพกับเด็กนั้น แต่จะไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก จึงอาจเรียกหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในกรณีนี้ว่า “มารดาทางชีวภาพ” (Biological Mother) หรือ “มารดาที่ตั้งครรภ์” (Gestational Mother)

(2) สามีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เนื่องจากการรับตั้งครรภ์แทนอาจมีข้อจำกัดว่าต้องกระทำกับหญิงที่มีหรือเคยมีสามีและบุตรมาก่อนเท่านั้น โดยส่วนใหญ่แล้วสามีของฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมักจะเข้ามาเป็นคู่สัญญาพร้อมกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนด้วย กฎหมายในบางประเทศจึงถือว่าเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์ที่สามีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนให้ความยินยอมเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีนั้น

(3) คู่สมรสฝ่ายหญิงที่ว่าจ้าง ซึ่งก็คือฝ่ายหญิงที่ประสงค์ที่จะเป็นแม่ของเด็กจึงตกลงที่จะทำสัญญาว่าจ้างให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทน ในกรณีเช่นนี้คู่สมรสฝ่ายหญิงที่ว่าจ้างจะไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมหรือทางชีวภาพกับเด็กที่เกิดมาแม่แต่น้อย เพราะมิได้ทั้งเป็นผู้บริจาคไข่หรือตั้งครรภ์เด็กดังกล่าว จึงมีการเรียกหญิงที่ประสงค์จะมีบุตรนี้ว่า “มารดาตามความประสงค์” (Intended Mother) หรือ “มารดาทางสังคม” (Social Mother)

(4) คู่สมรสฝ่ายชายที่ว่าจ้าง ในทำนองเดียวกัน ฝ่ายชายที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กนั้นเนื่องจากไม่ได้เป็นเจ้าของเชื้อสุมิ แต่ประสงค์ที่จะเลี้ยงดูและเป็นบิดาของเด็กอาจเรียกได้ว่าเป็น “บิดาตามความประสงค์” (Intended Father) หรือ “บิดาทางสังคม” (Social Father)

(5) ฝ่ายหญิงที่บริจาคไข่ ในกรณีที่มีการบริจาคไข่เพื่อใช้ในการรับตั้งครรภ์แทน แม้หญิงที่บริจาคไข่นั้นจะไม่มี ความประสงค์ที่จะเป็นมารดาหรือเลี้ยงดูเด็กนั้นเลยแต่หญิงนั้นจะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมา ดังนั้น หญิงนี้จึงเป็น “มารดาทางพันธุกรรม” (Genetic Mother) ของเด็กที่เกิดมานั้น

⁶⁶ 61 Cal. App. 4th 1410 (1997). อ้างถึงใน จักรกฤษณ์ วรรณ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 25.

(6) ฝ่ายชายที่บริจาคเชื้ออสุจิ ในทำนองเดียวกัน ฝ่ายชายที่บริจาคเชื้ออสุจิ แต่ไม่มีความประสงค์ที่จะเลี้ยงดูหรือเป็นบิดาตามกฎหมายของเด็ก อาจถูกเรียกว่าเป็น “บิดาทางพันธุกรรม” (Genetic Father)

2) ประเภทของการรับตั้งครรภ์แทนโดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการรับตั้งครรภ์⁶⁷

นอกเหนือไปจากการแบ่งแยกประเภทของการรับตั้งครรภ์แทนโดยพิจารณาจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ที่นำไปใช้กับการรับตั้งครรภ์แทนแล้ว การแบ่งประเภทของการรับตั้งครรภ์แทนอาจพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการรับตั้งครรภ์แทนก็ได้ ซึ่งหากแบ่งตามวัตถุประสงค์ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน การรับตั้งครรภ์แทนจะแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

ก. การรับตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ (Commercial Surrogacy)

แม้ว่าการตั้งครรภ์จะมีความเสี่ยงและก่อให้เกิดภาระเพิ่มมากขึ้น แต่ผู้หญิงส่วนใหญ่ยังคงตัดสินใจที่จะตั้งครรภ์เพราะความต้องการมีทายาทไว้สืบสกุล การตั้งครรภ์จึงถือเป็นเรื่องปกติตามธรรมชาติ แต่การที่หญิงคนหนึ่งตกลงรับตั้งครรภ์แทนให้แก่ผู้อื่นโดยตกลงว่าจะส่งมอบเด็กที่เกิดมานั้นให้แก่ผู้อื่นนั้น ไม่ใช่เรื่องที่ปกตินัก ความตกลงเช่นนี้จึงมักจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์นั้น การรับตั้งครรภ์แทนที่มีการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจึงเรียกได้ว่าเป็น “การรับตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์” (Commercial Surrogacy)

โดยปกติแล้ว ในสัญญารับตั้งครรภ์แทนนั้น คู่สมรสฝ่ายที่ว่าจะจำเป็นต้องเป็นฝ่ายชำระค่าใช้จ่ายทั้งหมดที่เกิดจากการตั้งครรภ์นั้นให้แก่ฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์เสมอ เช่นค่าบริการทางการแพทย์ ค่ายา ค่าอาหารเสริม ค่าเสื้อผ้า ค่าเดินทางไปพบแพทย์ ค่าประกันสุขภาพ ค่าขาดประโยชน์จากการทำงาน เป็นต้น นอกจากนี้อาจมีการกำหนดเงินหรือผลประโยชน์อย่างหนึ่งอย่างใดเป็นค่าตอบแทนให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์ด้วย เพื่อเป็นแรงจูงใจให้ฝ่ายหญิงนั้นตกลงที่จะเข้าทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนกับคู่สมรสที่มีบุตรยาก ซึ่งในต่างประเทศมีการกำหนดค่าใช้จ่ายประมาณ 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ หรือประมาณ 300,000 บาท

ข. การรับตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น (Altruistic Surrogacy)

ในบางกรณี ผลประโยชน์เชิงพาณิชย์อาจมิได้เป็นวัตถุประสงค์หลักของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็ได้ เพราะการรับตั้งครรภ์แทนในระหว่างพี่น้องหรือเพื่อนสนิทอาจไม่มีผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เข้ามาเกี่ยวข้อง ดังนั้น จึงไม่มีการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน กรณีเช่นนี้เรียกกันว่า “การรับตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น” และในบาง

⁶⁷ จักรกฤษณ์ ควรวจน์ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 27-30.

กรณีการรับตั้งครุฑแทนเช่นนี้อาจมีการจ่ายเงินให้แก่หญิงที่รับตั้งครุฑแทนบ้าง แต่เงินดังกล่าวจะเป็นเงินที่มีไว้เพื่อใช้จ่ายเกี่ยวกับการตั้งครุฑเท่านั้น การรับตั้งครุฑแทนเช่นนี้ก็ยังคงถือว่าเป็นการรับตั้งครุฑแทนเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น เพราะหญิงที่รับตั้งครุฑแทนนั้นจะไม่ได้รับประโยชน์ทางพาณิชย์ใดๆ จากการรับตั้งครุฑแทนเลย

การแยกแยะความแตกต่างระหว่างการรับตั้งครุฑแทนเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์กับการรับตั้งครุฑแทนเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่นนับว่าเป็นสิ่งที่สำคัญ เพราะกฎหมายของบางประเทศห้ามมิให้มีการรับตั้งครุฑแทนในเชิงพาณิชย์ แต่อนุญาตให้มีการรับตั้งครุฑแทนเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่นได้

2.2.5 เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และการรับตั้งครุฑแทนในประเทศไทย

ภาวะมีบุตรยากเป็นภาวะที่เกิดขึ้นกับคู่สมรสจำนวนมากในประเทศไทย จากการศึกษาพบว่า มีคู่สมรสที่อยู่ในภาวะมีบุตรยากโดยเฉลี่ยประมาณร้อยละ 8 ถึงร้อยละ 10 โดยในจำนวนนี้เป็นคู่สมรสที่มีบุตรยากโดยยังไม่ตั้งครุฑมาก่อน (Primary infertility) ประมาณร้อยละ 2 และคู่สมรสที่มีบุตรยากแต่เคยตั้งครุฑมาแล้ว (Secondary infertility) ประมาณร้อยละ 8 ถึงร้อยละ 11⁶⁸ ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากจำนวนประชากรในประเทศไทยจึงมีผู้ประเมินว่า มีคู่สมรสที่ต้องการตรวจรักษาให้มีบุตรประมาณ 1 ล้านคู่⁶⁹

สาเหตุของภาวะความมีบุตรยากในประเทศไทยไม่ได้มีความแตกต่างไปจากในต่างประเทศเท่าใดนัก จากการศึกษาความผิดปกติในระบบสืบพันธุ์ของคู่สมรสจำนวน 1,333 คู่ในโรงพยาบาลรามธิบดีระหว่างปี พ.ศ. 2525 ถึง 2530 พบว่า ความผิดปกติในฝ่ายหญิงที่สำคัญได้แก่ความผิดปกติของการตกไข่ ท่อนำไข่อุดตันและเยื่อพังผืดในอุ้งเชิงกราน ส่วนในฝ่ายชายพบความผิดปกติของอสุจิถึงร้อยละ 49⁷⁰

สำหรับวิธีการบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากในประเทศไทยนั้นก็ไม่ได้มีความแตกต่างจากการบำบัดรักษาในต่างประเทศนัก ซึ่งอาจแบ่งออกได้เป็น 2 แนวทาง กล่าวคือ⁷¹

⁶⁸ Virutamasen P. (1993). *Need of developing countries for MAC. Presented at workshop on medical assisted conception.* อ่างใน จักรกฤษณ์ ควรวจน์ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 31.

⁶⁹ พวงเพ็ญ ริมคูสิต. (2533). *การประเมินปัญหาในคู่สมรสที่มีบุตรยาก, ใน พวงเพ็ญ ริมคูสิต, บก. ความก้าวหน้าในหลักการและวิธีการแก้ไขปัญหามีบุตรยาก.* หน้า 1-29.

⁷⁰ มงคล เตชะกำพูน. (2543). *เทคโนโลยีการย้ายฝากตัวอ่อนเพื่อการปรับปรุงพันธุ์ในปศุสัตว์.* หน้า 361-381.

⁷¹ สุภักดี จุลวิจิตรพงษ์. (2544). “ความหวังใหม่ของผู้มีบุตรยาก.” *นิตยสารใกล้หมอ, ปีที่ 25, ฉบับที่ 5.*

แนวทางที่หนึ่ง การรักษาแบบดั้งเดิม ซึ่งเป็นการรักษาตามสาเหตุที่ตรวจพบ เช่น ถ้าพบว่าไข่ของกลุ่มสมรสฝ่ายหญิงไม่ตก แพทย์ก็อาจกระตุ้นด้วยการให้ยากระตุ้นการตกไข่ หรือในบางรายที่พบว่ามี การอุดตันของท่อนำไข่ หรือมีพังผืดในช่องเชิงกราน ก็อาจทำการผ่าตัดท่อนำไข่ใหม่ หรือ ผ่าตัดเลาะพังผืด เป็นต้น อย่างไรก็ตาม มีกลุ่มสมรสจำนวนไม่มากนักที่ประสบความสำเร็จในการมีบุตรด้วยการรักษาโดยวิธีการดังกล่าว เนื่องจากขบวนการตั้งครรภ์ยังจำเป็นต้องอาศัยปัจจัยทางธรรมชาติอื่นๆ อีกหลายประการ นอกจากนั้น ความผิดปกติบางประการก็ไม่อาจบำบัดรักษาได้โดยง่าย

แนวทางที่สอง การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ซึ่งไม่ได้พึ่งพากระบวนการของการตั้งครรภ์ตามธรรมชาติ การรักษาด้วยวิธีการนี้เป็นการนำเอาเซลล์สืบพันธุ์ คือ ไข่ของเพศหญิง และเชื้ออสุจิของเพศชาย มาเลี้ยงภายนอกร่างกายให้ผสมเป็นตัวอ่อน แล้วจึงใส่กลับเข้าไปในโพรงมดลูกเพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์

การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เพื่อบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากเป็นวิธีการที่มีค่าใช้จ่ายค่อนข้างสูง เช่น ในการทำเด็กหลอดแก้ว มีค่าใช้จ่ายครั้งละประมาณ 50,000-100,000 บาท ซึ่งขึ้นอยู่กับหน่วยงานที่ให้บริการ⁷² ในปัจจุบันการให้บริการบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากถือว่าเป็นธุรกิจทางการแพทย์ที่สำคัญอย่างหนึ่ง ดังจะเห็นได้จากการจัดตั้งศูนย์รักษาผู้มีบุตรยากหลายแห่งทั้งในโรงพยาบาลรัฐบาล และโรงพยาบาลเอกชนทั้งในกรุงเทพมหานครและต่างจังหวัด

สำหรับการรับตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยนั้น ยังไม่ปรากฏหลักฐานแน่ชัดว่ามีการรับตั้งครรภ์แทนครั้งแรกตั้งแต่เมื่อใด แต่มีการคาดการณ์ว่า โรงพยาบาลจุฬาลงกรณ์เป็นโรงพยาบาลแห่งแรกที่มีการให้บริการในการจัดการให้มีการรับตั้งครรภ์แทน โดยเริ่มให้บริการมาตั้งแต่ปี 2534 และมีเด็กที่เกิดจากกระบวนการนี้ไม่น้อยกว่า 5 ราย⁷³ ซึ่งเทคนิคที่นำมาใช้ก็คือ การทำเด็กหลอดแก้ว จากความสามารถของศาสตราจารย์ นายแพทย์ประมวล วิรุฒมเสน และคณะ⁷⁴ เมื่อปี พ.ศ. 2530 ส่วนเด็กหลอดแก้วรายแรกของภาคเหนือซึ่งเป็นผลงานของภาควิชาสูติศาสตร์และนรีเวชวิทยา คณะแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ได้ถือกำเนิดที่โรงพยาบาลมหาราชนครเชียงใหม่ เมื่อวันที่ 7 มกราคม 2535 เป็นทารกเพศชาย น้ำหนัก 3,680 กรัม⁷⁵ นอกจากเด็กหลอดแก้ว

⁷² เสรี ชีรพงษ์. (2539, กรกฎาคม). "บทความพิเศษ." *หมอชาวบ้าน*. 18, 207.

⁷³ กิตติอาภา คำคำ. (2537). *อุ้มบุญให้เกิดหนทางของผู้มีลูกยาก*. หน้า 2.

⁷⁴ เด็กหลอดแก้ว. (2530, กันยายน-ตุลาคม). *นิตยสารยาสูบ*. หน้า 60.

⁷⁵ โอภาส เศรษฐบุตร. (ม.ป.ป.). เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์. สืบค้นเมื่อ 1 มิถุนายน 2555, 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

แล้วเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ยังมีเทคโนโลยีอื่นๆอีก เช่น การใส่เซลล์สืบพันธุ์เข้าไปในท่อ นำไข่ (GIFT: Gamete intrafallopian transfer) การนำตัวอ่อนที่ได้รับการผสมแล้วเข้าไปในท่อ นำไข่ (ZIFT: Zygote intrafallopian transfer) การฉีดอสุจิเข้าไปในไข่ (ICSI: Intracytoplasmic sperm injection) การย้ายตัวอ่อนในระยะต่าง เช่น ระยะการแบ่งตัวในวันที่ 2-3 หลังการปฏิสนธิในอกร่างกาย (Cleavage stage) หรือระยะบลาสโตซิสต์ในวันที่ 5 ของการปฏิสนธิในอกร่างกาย นอกจากนี้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ยังรวมไปถึงกระบวนการตัดแยกเซลล์ของตัวอ่อน (Blastomere Biopsy) เพื่อทำการตรวจวินิจฉัยตัวอ่อนก่อนการฝังตัว (Preimplantation Genetics Diagnosis) ด้วย

การรับตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยโดยส่วนใหญ่จะกระทำในหมู่เครือญาติ เช่น พี่สาวรับตั้งครรภ์แทนน้องสาว หรือน้องสาวรับตั้งครรภ์แทนพี่สาว เป็นต้น ซึ่งเป็นการรับตั้งครรภ์แทนโดยไม่เปิดเผยให้บุคคลภายนอกทราบ จวบจนถึงปัจจุบัน มีการรับตั้งครรภ์เพียงรายเดียวเท่านั้นที่มีการเปิดเผยต่อสาธารณชน กล่าวคือ ในปี 2537 มีดาราสาวคนหนึ่งเปิดเผยว่าได้รับตั้งครรภ์แทนให้แก่พี่สะใภ้ของสามีโดยมีการนำเชื้ออสุจิของพี่ชายสามีมาผสมกับไข่ของพี่สะใภ้ของสามีในอกร่างกาย หลังจากนั้นได้ย้ายตัวอ่อนเข้ามาฝังตัวในมดลูกของดาราสาวคนนั้นซึ่งปรากฏว่าต่อมาเมื่อทารกนั้นได้กำเนิดมา ดาราสาวคนดังกล่าวได้ยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของพี่ของสามีและพี่สะใภ้ของสามีนั้น⁷⁶

นอกจากการรับตั้งครรภ์แทนที่เกิดขึ้นดังกล่าวข้างต้นแล้ว การรับตั้งครรภ์แทนอีกกรณีหนึ่งที่ปรากฏข้อเท็จจริงโดยชัดแจ้งก็คือ กรณีที่ข้าราชการในสังกัดมหาวิทยาลัยแห่งหนึ่งได้แจ้งจำนวนบุตรเพื่อขอรับสิทธิเบิกเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลและการศึกษาของบุตร โดยแสดงหลักฐานของทางราชการว่าเด็กนั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ข้อเท็จจริงที่ปรากฏเป็นที่รู้ทั่วไปในหมู่ข้าราชการที่ร่วมงานในสถานที่ทำงานแห่งเดียวกันกลับปรากฏว่าข้าราชการฝ่ายหญิงนั้นไม่ได้ตั้งครรภ์ด้วยตนเอง แต่ได้นำเชื้ออสุจิของฝ่ายชายมาผสมกับไข่ของฝ่ายหญิง แล้วนำไข่ที่ได้รับการผสมนั้นไปฝากไว้ในครรภ์ของหญิงอื่น ดังนั้น เมื่อข้าราชการทั้งสองคนดังกล่าวได้ยื่นหลักฐานแจ้งจำนวนบุตรเพื่อขอรับสิทธิเบิกค่ารักษาพยาบาลและการศึกษาของบุตรมหาวิทยาลัยซึ่งเป็นต้นสังกัดของข้าราชการดังกล่าวจึงได้หารือไปยังกรมบัญชีกลางว่า กรณีเช่นนี้ถือว่าเด็กที่เกิดมานั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของข้าราชการทั้งสองหรือไม่

ต่อมา กรมบัญชีกลาง ได้มีหนังสือที่ กค. 0526.5/1988 ลงวันที่ 20 สิงหาคม 2541 ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อหารือปัญหาดังกล่าว ซึ่งในที่สุดคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 3) มีความเห็นว่า หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและให้กำเนิดเด็กนั้นเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ส่วนข้าราชการหญิงซึ่งเป็นเจ้าของไข่ไม่อาจอ้างหลักการตาม

⁷⁶ สหทยา สุนทรเกตุ. (2539). ปัญหาทางกฎหมายของการตั้งครรภ์แทน. หน้า 16.

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ว่าตนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นในทำนองเดียวกัน เมื่อข้าราชการฝ่ายชายไม่ได้เป็นสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจึงไม่อาจอ้างได้ว่าตนเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมานั้น แม้ว่าตนจะเป็นเจ้าของเชื้ออสุจิก็คงตาม ดังนั้น ในกรณีเช่นนี้ ข้าราชการทั้งสองคนดังกล่าวจึงไม่สามารถใช้สิทธิในความเป็นข้าราชการเบิกค่ารักษาพยาบาลและค่าการศึกษาให้แก่เด็กที่กำเนิดมาจากเชื้ออสุจิและไข่ของตนได้

จากข้อเท็จจริงดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า (1) การรับตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยนั้นได้มีการนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มาใช้ด้วย (2) การรับตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะในหมู่เครือญาติสนิทเท่านั้น แต่อาจมีบุคคลภายนอกที่ไม่ได้เป็นญาติเข้ารับตั้งครรภ์แทนด้วย และ (3) พบว่ามีการจัดแจ้งหลักฐานทางทะเบียนว่าเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรของคู่สมรสที่ว่าจ้าง

2.2.6 เหตุผลที่มีการยอมรับเอาเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มาใช้

การตั้งครรภ์แทนเป็นการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ที่มีการยอมรับกันมากขึ้นตามความก้าวหน้าของเทคโนโลยีทางการแพทย์ แม้หลักทางศาสนาบางศาสนาจะห้ามมิให้มีการกำเนิดชีวิตโดยการสืบธรรมชาติก็ตาม แต่สังคมส่วนใหญ่ก็ให้การยอมรับวิธีการมีบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีมากขึ้น โดยเฉพาะการตั้งครรภ์แทน⁷⁷ การรับตั้งครรภ์แทนเป็นแนวทางปฏิบัติทางหนึ่งที่นักวิทยาศาสตร์และแพทย์คิดค้นขึ้นมาทำให้ความก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยีทางการแพทย์มีความเจริญมากยิ่งขึ้น เพื่อมาแก้ไขปัญหาสำหรับผู้มีบุตรยากหรือไม่สามารถมีบุตรได้เองตามธรรมชาติ⁷⁸ ซึ่งบุคคลที่มีปัญหาการมีบุตรยากดังกล่าวในประเทศที่พัฒนาแล้วมีการนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาช่วยแก้ไขปัญหาดังกล่าวจึงทำให้ปริมาณการรับตั้งครรภ์แทนเพิ่มขึ้นมากตามลำดับ โดยเหตุผลสำคัญในการให้หญิงสามารถตั้งครรภ์แทนมีอยู่ว่า เนื่องจากการรับตั้งครรภ์แทนมีความเกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ทุกคน ไม่ว่าจะเป็นของคู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรได้ด้วยวิธีการตามธรรมชาติและของหญิงที่อาสารับจะตั้งครรภ์แทนบุคคลอื่น การรับตั้งครรภ์แทนจึงไม่อาจถูกแทรกแซงหรือถูกจำกัดไม่ให้มีการรับตั้งครรภ์แทนได้เพราะเป็นสิทธิและเสรีภาพของของมนุษย์ทุกคน โดยเหตุผลที่สนับสนุนการรับตั้งครรภ์แทนนั้น อาจกล่าวได้ว่าเมื่อวิทยาการทางการแพทย์เจริญก้าวหน้าอย่างรวดเร็ว เดิมปัญหาการมีบุตรยากเป็นปัญหาหนักอกของคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร ปัจจุบันเพื่อให้ได้ครอบครัวที่สมบูรณ์ ทางออกของคู่สมรสบางคู่จำเป็นต้องใช้กรรมวิธีช่วยการเจริญพันธุ์หรือเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ การใช้เทคโนโลยีดังกล่าว

⁷⁷ ญัฐวิวรรณ อภิสิทธิ์โยธิน. (2543). การตั้งครรภ์แทน: ปัญหาทางกฎหมายครอบครัวและมรดก. หน้า 27.

⁷⁸ แหล่งเดิม. หน้า 18.

ช่วยให้คู่สมรสจำนวนหนึ่งมีบุตรได้ตามประสงค์ ซึ่งเทคโนโลยีดังกล่าววิธีหนึ่งนั้นคือการรับตั้งครรภ์แทน⁷⁹ ซึ่งเหตุผลที่สนับสนุนการรับตั้งครรภ์แทนนั้นก็คือ คู่สมรสที่มีบุตรยากจะใช้วิธีการรับตั้งครรภ์แทน ก็ต่อเมื่อความพยายามในการตั้งครรภ์ด้วยวิธีการตามปกติไม่ประสบความสำเร็จหรือกรณีที่ฝ่ายหญิงไม่สามารถตั้งครรภ์ได้อย่างแน่นอนเนื่องจากสภาพความผิดปกติของระบบสืบพันธุ์อย่างถาวรเช่น ไม่มีมดลูก เป็นต้น การรับตั้งครรภ์แทนจึงเป็นวิธีการสุดท้ายประการเดียวเท่านั้นที่จะช่วยคู่สมรสที่ไม่อาจมีบุตรได้ด้วยวิธีการปกติให้สามารถมีบุตรได้สมความปรารถนาอันเป็นสิทธิและเสรีภาพของบุคคลทุกคนที่สามารถมีบุตรของตนเองได้โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยสิทธิและเสรีภาพที่นี้ก็คือ สิทธิในการสืบพันธุ์ (Procreative Rights) อดิภาพของบุคคล (Personal Autonomy) และสิทธิในความเป็นส่วนตัว (Right to Privacy)

การสืบพันธุ์อาจนับได้ว่าเป็นกิจกรรมพื้นฐานของมนุษย์ที่ทำให้มนุษย์คงดำรงสายพันธุ์มาได้จวบจนทุกวันนี้ แต่ก็ยังไม่มีความชัดเจนนักว่า มนุษย์จะมีสิทธิในการสืบพันธุ์หรือไม่และสิทธิดังกล่าวจะอยู่ภายใต้เงื่อนไขหรือมีขอบเขตเพียงใด เมื่อหลายสิบปีก่อนศาลประเทศสหรัฐอเมริกาเคยให้การรับรองสิทธิของบุคคลในการตัดสินใจทำแท้งภายในช่วงเริ่มต้นของการปฏิสนธิ ฝ่ายที่สนับสนุนการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์จึงมักจะตีความว่า สิทธิในการสืบพันธุ์เป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองตามกฎหมาย กระนั้นก็ตาม แม้ว่าสิทธิในการสืบพันธุ์จะมีอยู่แต่สิทธินี้ดูเหมือนจะเป็นสิทธิในทางปฏิเสธ (Negative Rights) เท่านั้น กล่าวคือ บุคคลย่อมมีสิทธิเสรีภาพในการสืบสายพันธุ์ของตนได้โดยรัฐไม่มีอำนาจที่จะเข้าไปแทรกแซง เช่น รัฐไม่สามารถห้ามมิให้ชายหญิงที่ต่างเชื้อชาติต่างศาสนาสมรสกันด้วยเหตุผลเพียงว่าชายและหญิงนั้นมีเชื้อชาติหรือศาสนาที่ต่างกัน เป็นต้น ในทำนองเดียวกัน รัฐไม่สามารถบังคับให้บุคคลใดทำหมันด้วยเหตุผลว่าบุคคลนั้นไม่ควรมีทายาทสืบสกุลต่อไป กระนั้นก็ตาม แม้สิทธิในการสืบพันธุ์จะได้รับการรับรองว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างหนึ่ง แต่สิทธินี้ก็ไม่ใช่สิทธิในทางบวก (Positive Rights) กล่าวคือ รัฐไม่มีหน้าที่ที่จะต้องให้ความช่วยเหลือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเพื่อให้บุคคลนั้นสามารถสืบพันธุ์หรือดำรงสายพันธุ์ของตนต่อไปได้ เช่น เมื่อชายคนหนึ่งไม่มีคู่สมรส รัฐก็ไม่มีหน้าที่ช่วยเหลือให้ชายคนดังกล่าวในการมีคู่สมรสแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม ขอบเขตของสิทธิในการสืบพันธุ์ก็ยังคงมีความไม่ชัดเจนมากเท่าใดนัก ศาสตราจารย์จอห์น โรเบิร์ตสัน กล่าวว่า การสืบพันธุ์เป็นกิจกรรมที่ซับซ้อน มีพัฒนาการตลอดเวลา และเกี่ยวข้องกับพฤติกรรมและกิจกรรมที่หลากหลาย ไม่ว่าจะเป็นการตั้งครรรภ์การคลอดบุตร หรือการเลี้ยงดูบุตร กิจกรรมเช่นนี้แม้จะมีความเกี่ยวเนื่องกัน แต่ก็สามารถแบ่งแยกจากกันได้ กล่าวคือ

⁷⁹ ภัคดี ราชเป็น. (2551, ธันวาคม-มกราคม). “กฎหมายอุ้มบุญ.” *วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์*, ปีที่ 3, ฉบับที่ 2. หน้า 35-47.

ฝ่ายหญิงจะมีส่วนร่วมในการสืบพันธุ์ เนื่องจากเป็นผู้ตั้งครรภ์และคลอดบุตร ส่วนฝ่ายชายก็มีส่วนร่วมในการสืบพันธุ์เช่นกัน เพราะเป็นเจ้าของเชื้ออสุจิที่ได้ปฏิสนธิกับไข่ และกลายมาเป็นทายาทที่สืบสายพันธุ์นั้น ดังนี้ จะเห็นได้ว่า แม้ฝ่ายชายจะไม่ได้ตั้งครรภ์หรือคลอดบุตรด้วยตนเอง แต่ก็ถือว่าฝ่ายชายมีส่วนร่วมในการสืบพันธุ์เช่นกัน นอกจากการเป็นเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ที่มีการปฏิสนธิตลอดจนการตั้งครรภ์และคลอดบุตรแล้ว ศาตราจารย์จอห์น โรเบิร์ตสัน ยังกล่าวต่อไปว่า การเลี้ยงดูเด็กก็เป็นกิจกรรมหนึ่งของการสืบพันธุ์เช่นกัน เพราะหากปราศจากการเลี้ยงดูเด็ก เด็กนั้นก็จะเป็นไม่สามารถดำรงชีวิตต่อไปได้ สายพันธุ์ของมนุษย์ก็จะสูญสิ้นไป ด้วยเหตุนี้ บุคคลทุกคนที่มีส่วนในการทำให้มนุษย์สามารถดำรงสายพันธุ์ต่อไปได้ ย่อมมีสิทธิในการสืบพันธุ์ทั้งสิ้น แม้บุคคลนั้นจะไม่ได้เป็นเจ้าของเชื้ออสุจิหรือไข่ หรือไม่ได้ตั้งครรภ์ด้วยตนเองก็ตาม ดังนั้นเมื่อคู่สมรสใดตัดสินใจที่จะใช้วิธีการมีบุตรด้วยการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนแล้ว รัฐก็ย่อมไม่มีอำนาจที่จะเข้าแทรกแซงได้ เพราะการปิดกั้นโอกาสของบุคคลในการเลี้ยงดูเด็กก็ย่อมถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลในการสืบพันธุ์เช่นกัน

สิทธิในการสืบพันธุ์ได้ถูกนำมาใช้เพื่อเป็นเหตุผลหลักในการสนับสนุนการรับตั้งครรภ์แทน โดยฝ่ายที่สนับสนุนเห็นว่า เมื่อคู่สมรสใดไม่สามารถมีบุตรได้ด้วยวิธีการปกติตามธรรมชาติ คู่สมรสนั้นย่อมสามารถใช้วิธีการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อให้ตนมีบุตรไว้สืบพันธุ์ได้ ข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ล้วนแต่เป็นสิ่งที่ไม่มีน้ำหนักหักล้างประโยชน์ของการนำเทคโนโลยีนี้มาใช้เพื่อช่วยให้คู่สมรสสามารถมีบุตรได้ เมื่อการรับตั้งครรภ์แทนเป็นวิธีการหนึ่งในการช่วยให้มีบุตร จึงเป็นสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้บริบทของสิทธิในการสืบพันธุ์ด้วย

สิทธิอีกประการหนึ่งที่ถูกนำมาใช้สนับสนุนการรับตั้งครรภ์แทนก็คือ สิทธิในความเป็นส่วนตัวและอัตภาพของบุคคล (Right to Privacy and Personal Autonomy) ฝ่ายที่สนับสนุนการรับตั้งครรภ์แทนไม่เพียงแต่เห็นว่า การรับตั้งครรภ์แทนเป็นสิทธิในความเป็นส่วนตัวของคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรเท่านั้น แต่ยังอ้างด้วยว่าบุคคลทุกคนย่อมมีเสรีภาพที่จะกำหนดว่าการกระทำอันใดสามารถกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของเขาได้ ดังนั้น เมื่อหญิงใดตัดสินใจที่จะอาสารับตั้งครรภ์แทนบุคคลอื่นแล้ว รัฐย่อมไม่สามารถใช้อำนาจบังคับมิให้หญิงนั้นเข้ารับตั้งครรภ์ได้เพราะเป็นการล่วงล้ำต่อสิทธิความเป็นส่วนตัวของหญิงนั้น และยังเป็นการไม่เคารพต่อเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom to Contract) ของหญิงนั้นอีกด้วย

ปัญหาสำคัญที่ต้องพิจารณาก็คือ หากสิทธิในการสืบพันธุ์เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองไม่ว่าในทางกฎหมายหรือในทางจริยธรรม สิทธิเช่นนี้จะครอบคลุมไปถึงอำนาจในการตัดสินใจที่จะกำหนดให้มีการรับตั้งครรภ์แทนด้วยหรือไม่

มีข้อพึงคำนึงว่า “ไม่มีสิทธิมนุษยชนใดเป็นสิทธิที่สมบูรณ์ (Absolute Rights) โดยปราศจากการควบคุม” แม้ว่าสิทธิในการสืบพันธุ์อาจจะถูกรับรองว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าบุคคลทุกคนสามารถมีเพศสัมพันธ์ได้โดยปราศจากขอบเขต เพราะสังคมส่วนใหญ่ยังถือว่าการมีเพศสัมพันธ์ในบางกรณีเป็นสิ่งที่ต้องห้าม เช่น การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุพการีกับผู้สืบสายโลหิต หรือระหว่างมนุษย์กับสัตว์ เป็นต้น นอกจากนี้ กฎหมายของหลายประเทศยังบัญญัติให้การมีเพศสัมพันธ์กับผู้เยาว์บางกรณีเป็นความผิดทางอาญาด้วยแม้จะปรากฏว่าเด็กหญิงนั้นยินยอมก็ตาม ในกรณีเช่นนี้ บุคคลย่อมไม่สามารถอ้างสิทธิในการสืบพันธุ์มาเป็นข้อแก้ตัวเพื่อให้พ้นความรับผิดชอบได้ สิทธิในการสืบพันธุ์จึงไม่ได้หมายความว่าบุคคลสามารถมีบุตรหรือเป็นบิดามารดาได้ตามความปรารถนาเสมอไป

สิทธิในความเป็นส่วนตัวก็เช่นเดียวกัน สิทธินี้ไม่ได้เป็นไปโดยปราศจากขอบเขตหากพิจารณาจากกรณีของการทำแท้ง แม้ว่าในบางประเทศจะยอมรับให้หญิงที่ตั้งครรภ์สามารถทำแท้งในบางกรณีได้โดยไม่มีความคิด แต่รัฐก็ยังมีอำนาจห้ามมิให้ทำแท้งในบางกรณี เช่น เมื่อทารกในครรภ์เจริญวัยมาจนสามารถมีชีวิตอยู่รอดภายนอกครรภ์ได้ เป็นต้น โดยในกรณีดังกล่าว จะถือว่ารัฐสามารถเข้าแทรกแซงสิทธิในความเป็นส่วนตัวด้วยการห้ามมิให้มีการทำแท้งทารกในครรภ์ได้ ดังนั้น ฝ่ายที่คัดค้านการรับตั้งครรภ์แทนจึงเห็นว่า แม้สิทธิในการสืบพันธุ์และสิทธิในความเป็นส่วนตัว (สำหรับกรณีของการรับตั้งครรภ์แทน) จะเป็นสิทธิที่ได้รับการยอมรับในทางศีลธรรมหรือกฎหมาย แต่รัฐก็ย่อมจะมีอำนาจที่จะเข้าแทรกแซงโดยห้ามมิให้มีการรับตั้งครรภ์แทนในบางกรณี เช่น การรับตั้งครรภ์แทนที่มีผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ ทั้งนี้ก็เพื่อที่จะคุ้มครองมิให้มีการใช้ประโยชน์ในเนื้อตัวร่างกายของหญิงที่จะเข้ารับตั้งครรภ์แทนโดยมิชอบนั่นเอง

ส่วนข้ออ้างที่ว่าบุคคลทุกคนต้องมีเสรีภาพในการตัดสินใจว่าจะใช้เนื้อตัวร่างกายของตนเองในการรับตั้งครรภ์แทนผู้อื่นได้โดยเสรีนั้น ฝ่ายที่คัดค้านการตั้งครรภ์ได้แย้งว่า หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่มีทางที่จะได้รับข้อมูลอย่างเพียงพอ ความยินยอมในการตัดสินใจเข้ารับตั้งครรภ์แทนผู้อื่น จึงไม่ใช่ความยินยอมที่แจ้งให้ทราบและไม่ใช่ความยินยอมที่แท้จริง (Real and Informed Consent)

“ความยินยอมที่แจ้งให้ทราบ” (Informed Consent) เป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญที่สุดประการหนึ่งในมาตรฐานจริยธรรมทางการแพทย์ หลักการนี้มีรากฐานมาจากความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย (Doctor-Patient Relationship) ซึ่งถือเป็นหลักว่า ในการบำบัดรักษาผู้ป่วยนั้น แพทย์จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยก่อนเสมอ เว้นแต่ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อรักษาชีวิตของผู้ป่วยและการบำบัดรักษานั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยนั่นเอง ความยินยอมในการบำบัดรักษาทางการแพทย์มีหน้าที่สำคัญ 2 ประการคือ เพื่อเป็นหลักประกันว่าแพทย์จะไม่มี

ความผิดต่อชีวิตหรือร่างกายหากการบำบัดรักษานั้นเป็นไปตามมาตรฐานทางการแพทย์ และเพื่อให้การบำบัดรักษาเป็นไปโดยสมบูรณ์ที่สุดเท่าที่เป็นไปได้เพราะเมื่อผู้ป่วยได้ให้ความยินยอมในการบำบัดรักษาแล้ว ผู้ป่วยย่อมจะให้ความร่วมมือแก่แพทย์ในการบำบัดรักษานั้นมากที่สุด ไม่ว่าจะด้วยการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับความเจ็บป่วยของตนเอง หรือการปฏิบัติตามคำแนะนำของแพทย์ในการบำบัดรักษา

ในปัจจุบัน หลักความยินยอมที่แจ้งให้ทราบไม่ได้เป็นหลักการพื้นฐานแต่เฉพาะการบำบัดรักษาทางการแพทย์เท่านั้น แต่กิจกรรมใดๆ ของแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับเนื้อตัวร่างกายของบุคคลล้วนแต่ต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลนั้นทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นการศึกษาวิจัยในมนุษย์ การบริจาคโลหิต การบริจาคอวัยวะ การบริจาคเซลล์สืบพันธุ์ หรือแม้แต่การรับตั้งครรภ์แทนก็ตาม

ในกรณีของการรับตั้งครรภ์แทนนั้น ฝ่ายที่ไม่สนับสนุนเห็นว่า หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่สามารถให้ความยินยอมที่แท้จริงได้ ด้วยเหตุผลหลัก 2 ประการคือ ประการแรก หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นมักจะตกอยู่ภายใต้อิทธิพลบางอย่างที่ทำให้การตัดสินใจคลาดเคลื่อนได้ ไม่ว่าจะเป็นอิทธิพลทางการเงินที่มักจะจูงใจให้หญิงที่มีฐานะยากจน อาสาเข้ารับตั้งครรภ์แทนผู้อื่นหรืออิทธิพลที่เกิดจากความแตกต่างทางชนชั้นหรือสังคม ที่จะทำให้ฝ่ายหญิงที่มีฐานะทางสังคมต่ำกว่า อาสาเข้ารับตั้งครรภ์แทนผู้มีฐานะทางสังคมเหนือกว่า

เหตุผลประการที่สองก็คือ หญิงที่อาสาเข้ารับตั้งครรภ์แทน ไม่มีทางที่จะให้ความยินยอมที่แท้จริงได้ในขณะที่ตัดสินใจเข้ารับตั้งครรภ์แทนนั้น เนื่องจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะได้รับความกดดันอย่างจำกัด ซึ่งทำให้ไม่สามารถคาดหมายถึงผลกระทบในระยะยาวที่อาจเกิดขึ้นได้ และการรับตั้งครรภ์แทนเป็นกระบวนการที่ยาวนานและเกี่ยวข้องกับชีวิตของเด็กที่จะเกิดขึ้นใหม่อีกหนึ่งชีวิต ตลอดระยะเวลาประมาณเก้าเดือนที่ตั้งครรภ์ หญิงที่ตั้งครรภ์นั้นจะได้รับประสบการณ์ที่หลากหลาย ความรู้สึกผูกพันระหว่างหญิงที่ตั้งครรภ์กับทารกนั้นจะเพิ่มมากขึ้นตามลำดับ เมื่อทารกนั้นคลอดมา ความรู้สึกผูกพันต่อทารกนั้นก็จะมีเพิ่มขึ้น ซึ่งอาจทำให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ไม่ต้องการให้มีการพรากเด็กนั้นไป ความยินยอมที่เข้ารับตั้งครรภ์แทนผู้อื่น โดยตกลงล่วงหน้าว่าจะสละอำนาจปกครองเด็กนั้น จึงถือไม่ได้ว่าเป็นความยินยอมที่แท้จริง

อย่างไรก็ตาม ฝ่ายที่สนับสนุนการรับตั้งครรภ์แทนก็ได้แย้งว่า การตีความหลักความยินยอมที่แจ้งให้ทราบดังกล่าวเป็นการตีความที่คลาดเคลื่อน เพราะหากตีความเช่นนั้น ก็จะไม่มีการทำอะไรเลย ผู้ป่วยย่อมจะให้ความยินยอมในการบำบัดรักษาทางการแพทย์ได้เลย ไม่ว่าจะเป็นการทำหัตถการ การผ่าตัดหัวใจ หรือการบำบัดรักษาทางการแพทย์อื่นๆ เพราะผู้ป่วยเหล่านั้นย่อมไม่สามารถจะคาดการณ์ผลของการบำบัดรักษาในแต่ละกรณีได้อย่างถูกต้อง ประเด็นสำคัญของความยินยอมในการรับตั้งครรภ์แทนจึงไม่ได้อยู่ที่ว่าหญิงนั้นจะสามารถคาดคะเนความรู้สึกล่วงหน้าได้

หรือไม่ แต่อยู่ที่ว่าหญิงนั้นได้ตกลงใจที่จะเข้ารับตั้งครรภ์แทนหรือไม่เมื่อทราบว่า การส่งมอบเด็กตามข้อตกลงนั้นอาจมีผลกระทบต่อจิตใจของตนเองได้⁸⁰

สำหรับเหตุผลที่ประเทศไทยมีการยอมรับให้มีการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ โดยเฉพาะการตั้งครรภ์แทนกันอาจเป็นเพราะประเทศไทยเองก็มีความเจริญก้าวหน้าของเทคโนโลยีทางการแพทย์มากขึ้น และสังคมส่วนใหญ่ก็ให้การยอมรับวิธีการมีบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีมากขึ้นด้วย โดยเฉพาะการตั้งครรภ์แทน เพราะเห็นว่าเป็นกรณีที่ต้องการมีบุตรแต่ไม่สามารถตั้งครรภ์เองได้และยังเป็นความยินยอมของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเอง แต่ข้อเท็จจริงที่ปรากฏส่วนใหญ่แล้วการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยมักจะเกิดขึ้นในหมู่เครือญาติมากกว่าจะเป็นการว่าจ้างหญิงอื่นมาตั้งครรภ์โดยได้รับค่าตอบแทน แต่ก็ยังคงมีการรับจ้างตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์เกิดขึ้นจริงๆแต่ไม่เป็นที่เปิดเผย เหตุเพราะอาจจะกลัวว่าเป็นความผิดในทางกฎหมายก็ว่าได้

การเปิดเผยเรื่องการตั้งครรภ์แทนเท่าที่ปรากฏกรณีดาราสาวผู้หนึ่งเท่านั้นที่รับตั้งครรภ์ให้กับญาติทางสามี นอกจากนี้ก็ยังมีกรณีที่ดาราสาวลูกครึ่งอีกท่านหนึ่งที่ไม่สามารถตั้งครรภ์เองได้จึงให้ญาติที่เป็นชาวต่างชาติตั้งครรภ์แทนและก็ประสบความสำเร็จในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ดังกล่าวซึ่งเด็กที่เกิดมาก็มีหน้าตาน่ารักอีกด้วย สำหรับดาราสาวอีกหลายคนที่มีปัญหาในเรื่องการมีบุตรออกมาให้สัมภาษณ์ทางสื่อมวลชนว่าตนเองก็ให้ความสนใจกับการตั้งครรภ์แทน ทำให้สังคมส่วนใหญ่เห็นว่าการตั้งครรภ์แทนไม่ใช่เรื่องแปลก เท่ากับเป็นการยอมรับไปโดยปริยาย

ทัศนคติและการยอมรับในเรื่องการตั้งครรภ์แทนที่กำลังขยายวงกว้างออกไปเรื่อยๆ สาเหตุหนึ่งเป็นเพราะสังคมมีค่านิยมในเรื่องการมีบุตรไว้สืบสกุล ซึ่งค่านิยมเช่นนี้กลายเป็นวัฒนธรรมทางความคิดว่า เมื่อทำการสมรสแล้วครอบครัวที่สมบูรณ์จะต้องประกอบด้วยพ่อแม่และลูกทั้งๆ ที่ในความเป็นจริงแล้วการมีบุตรเป็นความรับผิดชอบที่ยิ่งใหญ่มาก หากเด็กได้รับการอบรมดูแลอย่างดีก็จะเป็นทรัพยากรที่มีคุณภาพของสังคม แต่ถ้าเด็กนั้นไม่ได้รับการอบรมดูแลที่ดีก็จะกลายเป็นปัญหาทางสังคม สามีภรรยาบางคู่ไม่ยอมมีบุตรเหตุเพราะกลัวว่าตนจะเลี้ยงดูบุตรได้ไม่ดี ทั้งนี้ไม่ใช่ว่าไม่มีความรัก ความเมตตา แต่สภาวะทางสังคมในปัจจุบันที่มีปัญหามากมาย เช่น ปัญหายาเสพติด ปัญหาของคนในสังคมที่เปิดรับเอาค่านิยมทางตะวันตกมาแบบผิดๆ อาจจะทำให้เด็กนั้นกลายเป็นปัญหาของสังคมได้ แต่ผู้ที่คิดเช่นนี้ก็มิได้อยู่ไม่มากนัก

⁸⁰ จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 37-40.

เหตุที่สังคมยอมรับเอาวิทยาการด้านการเจริญพันธุ์โดยง่ายก็เพราะมนุษย์ในเกือบทุกสังคมถูกสั่งสอนว่า การมีลูก มีทายาทเป็นเรื่องดี ชายหญิงเมื่อแต่งงานกันแล้วก็คาดหวังจะมีลูกเพื่อสร้างครอบครัวที่สมบูรณ์ (ตามที่สังคมบอกไว้) ถ้าชายหญิงคู่ใดยังไม่มีลูก คนคู่นั้นก็จะถูกผลักดันสนับสนุน (โดยค่านิยมของสังคม) ให้พยายามลองทุกวิธีทางที่จะได้ลูก ความพยายามที่จะมีลูกของคนนั้นเป็นเรื่องเข้าใจได้ไม่ยาก เพราะการมีลูกเป็นผลในทางบวกต่อการดำรงชีวิตในสังคม เช่น ทำให้ใครๆ ยอมรับ ทำให้รู้สึกว่ามีผู้ที่สืบสกุลของตนต่อไป รู้สึกเป็นผู้ใหญ่ที่มีความรับผิดชอบและมีที่พึ่งในยามแก่เฒ่า⁸¹ เป็นต้น ดังนั้น คู่สมรสที่ยังไม่มีบุตรก็จะเกิดความรู้สึกผิดหวังในชีวิต ความภาคภูมิใจในตัวเองลดลง บางคนรู้สึกว่าจะไร้อานาจที่จะสร้างชีวิตขึ้นมาสักชีวิตหนึ่ง ทำให้เกิดความพยายามที่จะลองทุกวิธีทางเพื่อให้มีลูกให้ได้ ไม่ว่าจะใช้วิธีการใด หรือเสียค่าใช้จ่ายเท่าไรก็ตาม แต่เดิมที่พึ่งแห่งแรกของคู่สมรสที่มีบุตรยาก หรือยังไม่มีบุตรมักจะนิยมใช้วิธีการบนบานศาลกล่าวต่อสิ่งศักดิ์สิทธิ์ แต่ในปัจจุบัน เทคโนโลยีทางการเจริญพันธุ์มีความก้าวหน้ามากจนทำให้เกิดการตั้งครรภ์แทนขึ้น คู่สมรสหลายคู่จึงใช้วิธีตั้งครรภ์แทนเพื่อให้ได้ลูกไว้เชยชมเพราะเป็นวิธีการที่คิดว่าให้สามีไปมีความสัมพันธ์กับหญิงอื่น อีกทั้งการตั้งครรภ์แทนนั้นคู่สมรสทั้งคู่อาจมีส่วนร่วมในการให้กำเนิดด้วยเพราะเป็นเจ้าของตัวอสุจิและไข่ที่ใช้ในการผสมเทียม

จากรายงานผลการวิจัยทัศนคติของคนในสังคมไทยที่มีต่อการตั้งครรภ์แทน จะเห็นได้ว่าสังคมไทยส่วนใหญ่ให้การยอมรับวิทยาการกำเนิดชีวิตโดยเทคโนโลยีหรือการตั้งครรภ์แทนสาเหตุหนึ่งอาจจะมาจากความเห็นอกเห็นใจผู้ที่มีปัญหา หรือเห็นว่าเป็นเรื่องของความยินยอมสมัครใจของทั้งผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนกับหญิงรับจ้างตั้งครรภ์แทนก็ได้ ประการสำคัญวิทยาการในเรื่องการตั้งครรภ์แทนถูกนำไปใช้จนประสบผลสำเร็จเรียบร้อยไปแล้วก่อนที่จะมาถกเถียงถึงข้อดี ข้อเสีย หรือคำนึงถึงปัญหาอันอาจจะเกิดขึ้นในอนาคต แม้จะไม่เห็นด้วยกับการตั้งครรภ์แทนก็เป็นเรื่องยากที่จะห้ามให้มีการตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้นได้⁸²

2.2.7 ผลกระทบที่อาจตามมาเนื่องจากการไม่มีกฎหมายให้ความคุ้มครองเด็กจากเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์

เนื่องจากประเทศไทยได้ร่วมลงนามในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1789 และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1898 แล้ว อีกทั้งนานาประเทศก็ได้มีกฎหมายที่กำหนดให้การยอมรับกฎแห่งธรรมชาติความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ที่ปรากฏอยู่ในเนื้อตัวร่างกายและหน่วยแห่งพันธุกรรมของเด็กนั้นตามหลักการของสากล

⁸¹ กฤตยา อาชวนิจกุล. (2529-2530, พฤศจิกายน - มกราคม). “วิทยาการสร้างลูกนอกไข่: ผู้หญิงได้หรือเสีย.” *สตรีทัศน์*. หน้า 17.

⁸² สหทยา สุนทรเกตุ. เล่มเดิม. หน้า 50.

ที่กำหนดว่า “หน่วยพันธุกรรมบิดามารดานั้น ย่อมถ่ายทอดไปยังผู้เป็นบุตร โดยบุตรนั้นรับมาจากบิดาครึ่งหนึ่งและรับมาจากมารดาอีกครึ่งหนึ่ง” ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ก็ได้รับการยอมรับมาโดยตลอดและได้รับการพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์

แม้ความจริงข้อนี้จะได้รับการพิสูจน์และยอมรับจากประเทศต่างๆ และอนุสัญญาที่ประเทศไทยได้รวมลงนามแล้วก็ตาม แต่ประเทศไทยเองในปัจจุบันก็หาได้มีการยอมรับหลักการดังกล่าวนี้แต่อย่างใดไม่ ยังคงถือว่าผู้ที่คลอดทารกออกมาเท่านั้นที่เป็นมารดาและผู้เป็นสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่คลอดทารกออกมาแม้จะมีการยกเลิกความเป็นคู่สามีภริยากันแล้ว แต่หญิงนั้นก็ยังคงคลอดทารกออกมาภายใน 310 วันก็จักได้รับความเป็นบิดาของทารกที่คลอดออกมาติดตัวไปด้วย ทั้งที่ในความเป็นจริงบิดาและมารดาตามหลักการของกฎหมายไทยหาได้มีความสัมพันธ์ทางสายเลือดหรือหน่วยพันธุกรรมกับทารกที่คลอดออกมาโดยได้ชื่อว่าเป็นบุตรแห่งตนแต่อย่างใด ผู้ศึกษามีความเห็นว่าหากปล่อยให้ความจริงที่กำหนดมาโดยธรรมชาติถูกบิดเบือน โดยกฎหมายหรือสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ต้องถูกบิดเบือนให้คลาดเคลื่อนต่อความจริงโดยอาศัยอำนาจรัฐในการประกาศบังคับใช้กฎหมายแล้ว ก็จะทำให้เกิดผลกระทบที่ต่อวัฒนธรรม ประเพณี วิถีชีวิตของประชาชน และระบบกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในประเทศไทยให้ต้องเสื่อมเสียไปทั้งหมด

โดยผลกระทบที่อาจตามมาเนื่องจากการไม่มีกฎหมายให้ความคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ที่ผู้ศึกษาได้ทำการคิดวิเคราะห์และรวบรวมมา มีดังต่อไปนี้

ผลกระทบประการแรก ในอดีตการตรวจพิสูจน์ความเป็นบิดามารดาของเด็กที่ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นบุตรของชายหรือหญิงใด วิธีในการพิสูจน์นั้นก็มักที่จะใช้วิธีทางการแพทย์ในการพิสูจน์ เนื่องจากเป็นหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ที่ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ โดยการพิสูจน์นี้สามารถทำการพิสูจน์ได้ทั้งการตรวจหาหมู่เลือดของเด็กที่ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นบุตรกับหมู่เลือดของบิดาหรือมารดา หรืออาจจะเป็นการตรวจพิสูจน์ทางหน่วยพันธุกรรมหรือ DNA ของเด็กที่ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นบุตรกับ DNA ของชายที่ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นบิดาหรือของหญิงที่ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นมารดา หากหลักฐานทางวิทยาศาสตร์เหล่านี้แม้จะพิสูจน์ความเป็นบิดามารดาทางธรรมชาติได้ก็ตาม แต่ก็ยังหาได้รับการยอมรับในทางกฎหมายแต่อย่างใดไม่ แม้หญิงที่ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นมารดาจะมีสายสัมพันธ์แห่งหน่วยพันธุกรรมเดียวกับหญิงที่ถูกกล่าวอ้างว่าเป็นมารดาของบุตรที่เกิดมานั้นจริง แต่กฎหมายของประเทศไทยในปัจจุบันก็ยังคงหาได้ยอมรับหลักการดังกล่าวแต่อย่างใดไม่ โดยยังคงหาได้มีการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเพื่อรองรับสิทธิและศักดิ์ศรีในความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ในการที่จะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายที่มีใช้เป็นที่มาแต่เพียงบุตรบุญธรรมของบิดามารดาตามธรรมชาติที่มีหน่วยแห่งพันธุกรรมเป็นหลักฐานได้แต่อย่างใด

และแม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปัจจุบันจะได้มีการแก้ไขปรับปรุงใหม่เพื่อให้มีความสอดคล้องการอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กแล้วก็ตาม แต่ก็ยังคงเป็นการบัญญัติกฎหมายไว้ในลักษณะเลื่อนลอย โดยมีการบัญญัติเพิ่มเติมต่อท้ายมาตรา 1546⁸³ เพียงแค่ ว่า “เว้นแต่จะมีกฎหมายการบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” แต่ปัจจุบันก็ยังคงมีกฎหมายที่จำเป็นต้องมีการบัญญัติขึ้นใหม่เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ที่จะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายที่มีใช้ไม่ได้แต่เพียงบุตรบุญธรรมของบิดามารดาตามธรรมชาติที่มีหน่วยแห่งพันธุกรรมเป็นหลักฐานได้แต่อย่างใด หากปล่อยให้เป็นอย่างนี้ต่อไปแล้ว หลักการพิสูจน์ความเป็นบิดามารดาตามหลักการทางวิทยาศาสตร์ที่ใช้ในหลักการของสากลก็จะหาได้มีประโยชน์ในการใช้เป็นหลักฐานการพิสูจน์ความเป็นบิดามารดาที่มีต่อบุตรซึ่งเป็นเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ได้แต่อย่างใด

ผลกระทบประการที่สอง หากมีการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์โดยผู้ลงมือกระทำเป็นบิดาของตน แม้ภายหลังจากการที่มีการตรวจพิสูจน์หลักฐานครอบครัวซึ่งเป็นหน่วยพันธุกรรมของผู้เป็นเจ้าของที่ไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้ตามหลักการของวิทยาศาสตร์แล้วว่าเป็นชายผู้ที่มีหน่วยพันธุกรรมกับผู้ที่ตนลงมือข่มขืนกระทำชำเรา แต่ชายผู้ที่เป็นผู้กระทำซึ่งมีฐานะเป็นบิดาตามกฎหมายของธรรมชาติแต่หาได้เป็นบิดาตามกฎหมายก็จะมิได้รับโทษที่มีการบัญญัติให้ต้องรับโทษที่มีความรุนแรงกว่าการข่มขืนกระทำชำเรา ในกรณีทั่วไปแต่อย่างใดและหากเป็นกรณีที่เกิดขึ้นแล้วในที่มีใช้เป็นที่เปิดเผยต่อสาธารณะชนแล้ว ก็จะเป็นความผิดที่ขอมความได้ สิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ก็จะหาได้รับการคุ้มครอง คุ้มครองและปกป้องจากรัฐได้แต่อย่างใด

ผลกระทบประการที่สาม สืบเนื่องมาจากการผลกระทบประการที่สอง หากชายผู้เป็นบิดาตามธรรมชาติได้ข่มขืนกระทำชำเราเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์และได้มีการขอมความหรือมิได้มีการฟ้องร้องคดีกันภายในกำหนดอายุความที่ขอมความกันได้แล้ว ต่อมามีการตั้งครรภ์โดยเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์นั้นและภายหลังมีการคลอดทารกออกมา ชายที่ผู้กระทำการข่มขืนกระทำชำเราเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ก็จะมีสถานะเป็นทั้งบิดาของเด็กที่เกิดมาจากการข่มขืนกระทำชำเราและเป็นทั้งปู่หรือตาของเด็กที่เกิดมาจากการข่มขืนกระทำชำเราในคราวเดียวกัน รวมทั้งมีความเป็นบิดาตามธรรมชาติที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตและเป็นสามีโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรืออาจชอบด้วยกฎหมายหากภายหลังศาลได้มีคำพิพากษาให้ทั้งคู่สามารถจดทะเบียนกันได้ชายที่เป็นบิดาก็จะมี

⁸³ มาตรา 1546 แก้ไขโดยมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2551.

สถานะเป็นสามมีโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ตามผลแห่งกฎหมายดังกล่าว ซึ่งเหตุแห่งการห้ามมิให้มีการสมรสกันได้นั้น

หากกรณีเป็นไปตามที่ผู้ศึกษาคาดว่าจะเกิดขึ้นกับประเทศไทยในอนาคตแล้วก็จะเป็นการทำลายระบบกฎหมายและระบบของสถาบันครอบครัวอันเป็นหน่วยที่เล็กที่สุดและเป็นจุดเริ่มแรกของการรวมกลุ่มกันเพื่อเป็นสังคมที่มีระดับที่ใหญ่และมีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้นไปจนมีปัญหาลุกลามไปในสังคมระดับประเทศก็เป็นได้

ผลกระทบประการที่สี่ ผลกระทบต่อสิทธิโดยธรรมชาติโดยเป็นสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในการรับมรดกที่บุตรควรจะได้รับจากผู้เป็นบิดามารดาตามสายสัมพันธ์แห่งพันธุกรรมของตน ซึ่งหากประเทศไทยยังคงหาได้มีกฎหมายที่กำหนดรับรองสิทธิและศักดิ์ศรีความสัมพันธ์ดังกล่าวของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์แล้วนั้นให้มีความสัมพันธ์อย่างใด ๆ กับชายและหญิงผู้เป็นบิดามารดาตามธรรมชาติ สิทธิและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ที่มนุษย์คนหนึ่งพึงมีก็จะหาได้รับการคุ้มครอง รับรองและปกป้องแต่อย่างใด

ผลกระทบประการที่ห้า เกิดปัญหาของเด็กที่จะถูกทอดทิ้งจากผู้เป็นบิดามารดาตามกฎหมาย ซึ่งหากว่าเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์นั้น ได้เกิดมาขณะที่ผู้เป็นบิดามารดาตามธรรมชาติและมีสายสัมพันธ์แห่งพันธุกรรมได้ตายลงก่อนที่เด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์จะ ได้เกิดมา และสิทธิรับมรดกในฐานะบุตรตามธรรมชาติที่มีหน่วยแห่งพันธุกรรมและสายโลหิตเป็นหลักฐานประกอบกับตามหลักของสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของความเป็นบุตรตามหน่วยพันธุกรรมแห่งธรรมชาติมิได้รับการคุ้มครอง รับรองและปกป้องโดยอำนาจแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน และผู้เป็นมารดาตามกฎหมายซึ่งเป็นผู้ตั้งครรภ์และคลอดเด็กนั้นออกมาก็มิได้มีความประสงค์ที่จะรับเด็กนั้นและเลี้ยงดูเด็กนั้นดังบุตรของตนก็จะมีการทอดทิ้งเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์เหล่านั้น แม้ภายหลังจะมีการจับกุมผู้ที่ถูกกฎหมายบังคับความเป็นมารดาให้ได้ก็ตาม แต่มารดาที่ถูกกฎหมายบังคับก็จะขอพิสูจน์ความว่าตนมิได้เป็นมารดาโดยใช้หลักฐานตามหลักการทางวิทยาศาสตร์ คือ ผลตรวจหน่วยพันธุกรรมว่าตนมิได้มีหน่วยพันธุกรรมที่เกี่ยวข้องกับเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ที่ถูกทอดทิ้งแต่อย่างใด

หากกรณีเป็นไปตามที่ผู้ศึกษาคาดว่าจะเกิดขึ้นกับประเทศไทยในอนาคตแล้วก็จะเป็นการเพิ่มปัญหาด้านบุคคลของประเทศไทยเพิ่มมากขึ้น ซึ่งเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ที่ถูกทอดทิ้งเหล่านี้ก็จะไม่ได้รับสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ตนควรมีและควรได้รับการคุ้มครอง รับรองและปกป้องจากกฎหมายภายในประเทศไทยได้ เนื่องจากเด็กที่เกิดจาก

การใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ที่ถูกทอดทิ้งเหล่านี้ก็จะกลายเป็นบุคคลที่ไร้ซึ่งบิดามารดาไปอย่างสิ้นเชิง

ผลกระทบประการที่หก เกิดปัญหาของเด็กที่จะถูกทอดทิ้งจากผู้เป็นบิดามารดาตามธรรมชาติผู้เป็นเจ้าของหน่วยพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ ซึ่งหากว่ากฎหมายหาได้มีการรองรับสิทธิและศักดิ์ศรีตามธรรมชาติในการเป็นบุตรของบิดามารดา ผู้มีหน่วยพันธุกรรมเดียวกันกับเด็กที่เกิดมานี้แล้วภายหลังเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์มีกายพิการหรือพิการด้านสมองผู้เป็นบิดามารดาตามธรรมชาติผู้เป็นเจ้าของหน่วยพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมาก็จะสามารถทอดทิ้งและปฏิเสธหน้าที่ที่ตนต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรนั้นได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย และบิดามารดาตามกฎหมายนั้นก็ย่อมปฏิเสธที่จะรับภาระการเลี้ยงดูบุตรที่มีได้มีสายสัมพันธ์ทางพันธุกรรมหรือสายสัมพันธ์ทางสายโลหิตกับตน หากกรณีเป็นไปตามที่ผู้ศึกษาคาดว่าจะเกิดขึ้นกับประเทศไทยในอนาคตแล้วก็จะเป็นการเพิ่มปัญหาด้านบุคคลของประเทศไทยเพิ่มมากขึ้น ซึ่งเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ก็จะทำลายสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไปในที่สุดนั่นเอง

ผลกระทบประการที่เจ็ด จะเกิดปัญหาเกี่ยวกับความเชื่อทางศาสนาของประชาชนที่นับถือศาสนาพุทธในประเทศไทย ที่มีความเชื่อในเรื่องของบาปและบุญ อีกทั้งประชาชนชาวไทยก็มักที่จะได้รับการปลูกฝังในเรื่องของความกตัญญูต่อผู้เป็นบิดามารดาของตน หากระบบกฎหมายที่มีส่วนสำคัญในการตีความและกำหนดบทบาทวิถีชีวิตของบุคคลในประเทศไทยแล้วได้มีการกำหนดให้ผู้เป็นบิดามารดาที่แท้จริงตามธรรมชาติให้มีความแตกต่างกับความเป็นบิดามารดาตามกฎหมายแล้ว ผู้ที่ควรได้รับค่าแห่งการกตัญญูทดแทนพระคุณที่ทำให้เด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์กำเนิดออกมา ควรที่จะเป็นบุคคลที่เป็นบิดามารดาที่แท้จริงตามธรรมชาติหรือผู้ที่เป็นบิดามารดาตามกฎหมาย หากเกิดกรณีที่เป็นว่าผู้ที่เป็นบิดามารดาตามกฎหมาย เมื่อมีการตั้งครรภ์จนคลอดเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ออกมาตามวัตถุประสงค์แห่งการว่าจ้างแล้วได้หลีกหนีออกไปจากครอบครัวของผู้ว่าจ้างซึ่งเป็นบิดามารดาตามธรรมชาติ แต่มิได้เป็นบิดามารดาตามระบบกฎหมายของประเทศไทย เด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ก็จะมี ความสับสนในเรื่องของศีลธรรมว่าตนควรที่จะทดแทนหรือกตัญญูต่อผู้ใด ต่อผู้ที่เป็นบิดามารดาตามธรรมชาติหรือผู้ที่เป็นบิดามารดาตามหลักกฎหมาย

ปัญหาต่างๆที่เกิดขึ้นเหล่านี้จากการที่ประเทศไทยไม่มีกฎหมายที่ให้การคุ้มครอง รับรองและปกป้องสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ เพื่อให้มีการสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและกฎแห่งสายสัมพันธ์ตามพันธุกรรมแล้วก็จะก่อให้เกิดปัญหาด้านสิทธิ

และศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์นั้นควรจะได้รับการดูแลจากระบบกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ภายในประเทศ

ผู้ศึกษาจึงได้ทำการศึกษา รวบรวมพร้อมทั้งวิเคราะห์ปัญหาต่างๆที่เกิดขึ้นเหล่านี้ เพื่อที่จะได้ทำการสรุปและเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาต่างๆที่เกิดขึ้น โดยผู้ศึกษา มีความเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะทำการเพิ่มเติมแก้ไขหรือปรับปรุงกฎหมายต่างๆ ที่ผู้ศึกษาได้ ทำการศึกษาถึงปัญหาที่เกิดขึ้นจากเหล่านี้ โดยผู้ศึกษาได้ทำการเสนอร่างกฎหมายที่กำหนดการ ค้ำครอง คุ้มครองและปกป้องสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยี ช่วยในการเจริญพันธุ์เพื่อให้ความสอดคล้องและส่งเสริมกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ ปัจจุบันของประเทศไทยให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นจะเป็นวิธีการที่มีความเหมาะสมมากที่สุด สำหรับการพัฒนาการให้ความคุ้มครองในสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดจากการใช้ เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ ในบทที่ 5 ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ต่อไป

2.3 ข้อเท็จจริงกรณีการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ เป็นการเฉพาะในประเทศไทย

ประเทศไทยก็เป็นอีกประเทศหนึ่งที่มีบุคคลภายในประเทศได้อาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เพื่อช่วยคู่สามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย สำหรับการมีบุตรซึ่งคู่สามีภรรยาเหล่านั้นที่ต้องอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์นี้ก็ด้วยสาเหตุที่ว่าคู่สามีภรณานั้นไม่สามารถที่จะมีบุตรที่มีสายสัมพันธ์แห่งพันธุกรรมเดียวกันกับตนได้ด้วยวิธีการตามธรรมชาติ ซึ่งเมื่อคู่สามีภรรยาเหล่านั้นอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ดังกล่าว โดยให้มีการปฏิสนธิภายนอกแล้วจึงมีการฝังตัวอ่อนที่มีการปฏิสนธิแล้วนั้น เข้าไปในร่างกายของหญิงอื่นซึ่งมีร่างกายที่เหมาะสมสำหรับการ ตั้งครรภ์และการกำเนิดของเด็ก ที่จะเกิดมาจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ดังกล่าว

แต่เมื่อเด็กที่จะเกิดมาจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ได้ถือกำเนิดและมีความเป็นบุคคลหรือความเป็นมนุษย์แล้ว แต่สิทธิและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ในฐานะบุตรของบิดามารดาตามธรรมชาติผู้เป็นเจ้าของหน่วยแห่งพันธุกรรมและมีสายสัมพันธ์ที่ธรรมชาติเป็นผู้กำหนดให้มีตามผู้เป็นบิดามารดา กลับไม่ได้รับการคุ้มครอง คุ้มครองและปกป้องจากกฎหมายที่มีสภาพบังคับใช้อยู่ในประเทศไทยแต่อย่างใด ในกรณีนี้ผู้ศึกษาได้หยิบยกเอาบันทึกเรื่อง การใช้สิทธิ เบิกเงินสวัสดิการค่ารักษาพยาบาลและการศึกษาของบุตรที่เกิดจากการผสมเทียม โดยให้หญิงอื่น ตั้งครรภ์แทน ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาขึ้นมาเพื่อยกเป็นตัวอย่างปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศไทย ดังนี้

กรมบัญชีกลางได้มีหนังสือที่ กค. 0526.5/1988 ลงวันที่ 20 สิงหาคม 2541 ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สรุปความได้ว่า กรมบัญชีกลางได้รับข้อหาหรือจากมหาวิทยาลัยศิลปากร กรณีคู่สมรสซึ่งเป็นข้าราชการในสังกัดได้แจ้งจำนวนบุตรเพื่อขอรับสิทธิเบิกเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลและการศึกษาของบุตร โดยมีเอกสารของทางราชการแสดงว่าตนเป็นบิดามารดา โดยชอบด้วยกฎหมายประกอบการพิจารณา แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าบุตรของข้าราชการดังกล่าวเป็นบุตรที่เกิดจากการใช้เทคนิคทางการแพทย์โดยแพทย์ได้นำเชื้ออสุจิของข้าราชการชายผสมกับไข่ของข้าราชการหญิงแล้วนำไข่ที่ได้รับการผสมแล้วไปฝากในครรภ์ของหญิงอื่นเพื่อตั้งครรภ์แทน กรมบัญชีกลางพิจารณาแล้วเห็นว่า บุตรของข้าราชการที่จะได้รับการช่วยเหลือตามพระราชกฤษฎีกาเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล พ.ศ. 2523 และพระราชกฤษฎีกาเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการศึกษาของบุตร พ.ศ. 2523 จะต้องเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยผู้มีสิทธิจะต้องยื่นคำขอพร้อมหลักฐานที่เกี่ยวข้อง เช่น ทะเบียนสมรส ใบสูติบัตร ฯลฯ เพื่อแสดงว่าเป็นผู้มีสิทธิได้รับเงินสวัสดิการดังกล่าวจริง กรมบัญชีกลางจึงขอหาหรือว่าบุตรที่เกิดจากการใช้เทคนิคทางการแพทย์เพื่อการมีบุตรดังกล่าวจะถือว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของข้าราชการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ อย่างไร เพื่อจักได้ถือเป็นแนวทางในการพิจารณาการเบิกจ่ายเงินสวัสดิการตามพระราชกฤษฎีกาต่อไป

คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 3) ได้พิจารณาข้อหาหรือดังกล่าว โดยได้รับฟังคำชี้แจงจากผู้แทนกระทรวงการคลัง (กรมบัญชีกลาง) ผู้แทนทบวง มหาวิทยาลัย (มหาวิทยาลัยศิลปากร) และผู้แทนกระทรวงมหาดไทย (กรมการปกครอง) แล้ว มีความเห็นว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้วางหลักของสภาพบุคคลไว้ในมาตรา 15 ว่าสภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก เมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรา 15 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติขยายความคำว่า “ทารก” ไว้ว่าหมายถึง ทารกในครรภ์มารดา กล่าวคือ บุตรที่เกิดนั้นต้องเกิดจากครรภ์มารดาของผู้เป็นบุตร นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังได้วางหลักกฎหมายครอบครัวไว้ในบรรพ 5 มาตรา 1546 ว่าในกรณีที่หญิงชายไม่ได้สมรสกันเด็กที่เกิดจากหญิงให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น แต่ถ้าหญิงชายสมรสกันเด็กที่เกิดจากหญิงขณะที่เป็นภริยาชาย มาตรา 1536 ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรของหญิงชายนั้น แต่ถ้าหากการสมรสสิ้นสุดลง มาตรา 1536 ได้วางหลักไว้ว่า เด็กเกิดแต่หญิงภายในสามร้อยสิบวันนับแต่การสมรสสิ้นสุดลงให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามี และตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ว่าด้วยมรดก มาตรา 1604 ก็ได้บัญญัติยืนยันหลักไว้ว่าบุคคลธรรมดาจะเป็นทายาทได้ต่อเมื่อมีสภาพบุคคลหรือสามารถมีสิทธิได้ตามมาตรา 15 ในเวลาที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตาย และให้ถือว่าเด็กที่เกิดมารอดอยู่ภายในสามร้อยสิบวันนับแต่เจ้ามรดกตาย

เป็นทารกในครรภ์มารดาอยู่ในเวลาที่เจ้ามารดาตาย สรุปแล้วเห็นว่ากฎหมายบัญญัติรับรองเฉพาะบุตรที่เกิดจากครรภ์ของหญิงผู้เป็นมารดาเท่านั้น

ดังนั้น บุตรที่เกิดจากการใช้เทคนิคทางการแพทย์โดยการนำเชื้ออสุจิของสามีผสมกับไข่ของภริยาและให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน หญิงซึ่งเป็นผู้ตั้งครรภ์แทนและคลอดทารกจึงเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกนั้น ส่วนหญิงที่เป็นเจ้าของไข่ แต่มิได้เป็นผู้ตั้งครรภ์จึงหาอาจอ้างว่าเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของทารกนั้นไม่ ส่วนชายเจ้าของเชื้ออสุจิก็มิได้เป็นสามีของหญิงผู้ตั้งครรภ์จึงไม่อาจอ้างว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของทารกนั้นเช่นเดียวกัน

อนึ่ง คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 3) เห็นว่า บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวซึ่งเริ่มใช้มาตั้งแต่ พ.ศ. 2477 และมีการปรับปรุงใหม่เมื่อ พ.ศ. 2519 และ พ.ศ. 2533 ซึ่งเป็นการใช้มา 64 ปีแล้ว ไม่มีบทบัญญัติในมาตราใดที่กล่าวถึงการปฏิสนธิด้วยวิธีการนำเชื้ออสุจิของสามีผสมกับไข่ของภริยาเข้าไปอยู่ในครรภ์หญิงอื่น โดยรับอาหารจากร่างกายของหญิงอื่นภายในระยะเวลาสามร้อยสิบวันนั้น จะเป็นบุตรของสามีภริยาเจ้าของเชื้ออสุจิและไข่ และในเรื่องนี้จะนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 มาใช้เพื่ออนุโลมโดยวิธีการต่างๆ ตามมาตรา 4 นั้น ย่อมทำไม่ได้เพราะเป็นปัญหาครอบครัวอันเกี่ยวกับขนบธรรมเนียมประเพณีและการดำเนินชีวิตอันละเอียดอ่อนของคนไทย โดยเฉพาะ ถ้าจะยอมรับในเรื่องนี้ก็จะต้องมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยบัญญัติให้ชัดเจนว่าการนำเชื้ออสุจิและไข่ของสามีภริยาไปอาศัยในมดลูกของหญิงอื่นนั้นได้ทำอย่างถูกต้องทางวิชาการ และรับรองด้วยว่าหญิงที่รับไข่ที่ได้รับการผสมแล้วนั้นไม่มีเชื้อของชายอื่นอยู่ในครรภ์มาก่อน ตลอดจนบังคับด้วยว่าบุตรเช่นนี้ต้องมีการจดทะเบียน กรณีจึงเป็นเรื่องของคู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรได้ และเป็นเรื่องที่ยังไม่มีกฎหมายบัญญัติรับรองไว้⁸⁴

2.4 ข้อเท็จจริงกรณีการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เป็นการเฉพาะในต่างประเทศ

ในต่างประเทศโดยเกิดปัญหาที่เกี่ยวกับสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดมาจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เป็นจำนวนมาก ผู้ศึกษาจึงได้ทำการรวบรวมไว้เพื่อยกเป็นตัวอย่างปัญหาที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ ดังนี้

⁸⁴ บันทึกเรื่อง “การใช้สิทธิเบิกเงินสวัสดิการค่ารักษาพยาบาลและการศึกษาของบุตรที่เกิดจากการผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน” เรื่องเสร็จที่ 100/2543.

เมื่อต้นปี ค.ศ. 1985 ได้มีรายงานว่าได้มีคดีฟ้องร้องเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์โดยมีคนกลางเข้ามาเกี่ยวข้องเป็นครั้งแรกในประเทศอังกฤษในคดีนี้ ซึ่งเรียกกันโดยทั่วไปว่าคดี Baby Cotton⁸⁵ มีข้อเท็จจริงอยู่ว่า คู่สมรสคู่หนึ่งซึ่งฝ่ายหญิงไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ตามธรรมชาติได้ติดต่อกันกลางในประเทศสหรัฐอเมริกาเพื่อให้หาหญิงที่ต้องการรับจ้างตั้งครรภ์แทน และต่อมาได้พบหญิงคนหนึ่งในประเทศอังกฤษที่ประสงค์ที่จะรับจ้างตั้งครรภ์ คู่สมรส ฝ่ายชายจึงได้เดินทางมาที่ประเทศอังกฤษและมอบเชื้ออสุจิให้แก่พยาบาลคนหนึ่งเพื่อให้นำไปฉีดใส่โพรงมดลูกของหญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์ หลังจากนั้นหญิงคนนี้ได้ตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรซึ่งชื่อมวชนเรียกว่า Cotton ที่โรงพยาบาลแห่งหนึ่งในกรุงลอนดอน เมื่อคลอดทารกแล้ว หญิงคนนี้ได้เดินทางออกจากโรงพยาบาลโดยมิได้นำทารกไปด้วย ส่วนคู่สามีภรรยาที่ว่าจ้างได้เดินทางเข้ามาในประเทศอังกฤษเพื่อรับตัวทารกไปดูแล

คดีได้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลโดยมีประเด็นว่า โรงพยาบาลสามารถมอบเด็กคนนี้ได้แก่คู่สามีภรรยาที่ว่าจ้างตั้งครรภ์ได้หรือไม่ ในที่สุดศาลได้วินิจฉัยว่าสมควรที่จะให้สามีภรรยาคนนี้เป็นผู้ปกครองเด็กคนดังกล่าว

ในปี ค.ศ. 1990 ที่มลรัฐแคลิฟอร์เนียมีการฟ้องร้องคดีที่เกี่ยวกับการให้กำเนิดทารกโดยใช้เชื้ออสุจิและไข่ของคู่สมรสที่ว่าจ้างมาปฏิสนธิในร่างกาย แล้วย้ายฝากเข้าไปยังโพรงมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ซึ่งการรับตั้งครรภ์แทนในคดีนี้กระทำโดยใช้วิธีการช่วยการเจริญพันธุ์ด้วยเทคโนโลยี ซึ่งวิธีการเช่นนี้นั้นหญิงรับตั้งครรภ์แทนอาจจะไม่มีส่วนเกี่ยวข้องทางชีววิทยากับตัวเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนก็ได้ เพราะเป็นตัวอ่อนที่ได้รับนั้นเป็นการปฏิสนธิของไข่และอสุจิของผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเอง อันเป็นการรับตั้งครรภ์แทนโดยใช้วิธีการช่วยการเจริญพันธุ์ด้วยเทคโนโลยีนั้น⁸⁶ คดีนี้ก็คือคดี Johnson v. Calvert⁸⁷ โดยในคดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า คู่สมรสคู่หนึ่งมีชื่อว่านายมาร์ก และนางคริสปีนา คาลเวิร์ท ต้องการที่จะมีบุตร แต่เนื่องจากนางคริสปีนา มีเนื้องอกในมดลูก ทำให้ต้องตัดมดลูกออก จึงไม่สามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเองได้ เธอจึงได้ติดต่อเพื่อนซึ่งทำงานในโรงพยาบาลเดียวกันชื่อว่านางแอนนา จอห์นสัน เพื่อให้ตั้งครรภ์แทน โดยมีข้อตกลงที่จะใช้ไข่ของนางคริสปีนาผสมกับเชื้ออสุจิของนายมาร์ก แล้วนำเข้าไปฝังตัวที่โพรงมดลูกของนางแอนนา ในการนี้นางแอนนาจะได้รับค่าใช้จ่ายเป็นเงิน 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ พร้อมกับการประกันชีวิตในวงเงิน 200,000 ดอลลาร์สหรัฐ เมื่อเด็กเกิดมาแล้วนายมาร์ก และนางคริสปีนาก็จะรับเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนมาเลี้ยงดูด้วยความภาคภูมิใจว่าเด็กนั้นเป็นเลือดเนื้อเชื้อไขของตนเอง โดยเธอตกลง

⁸⁵ Re C (A Minor) (Wardship : Surrogacy) (1985) F.L.R. 486.

⁸⁶ ฌ็องวีวรรณ อภิสิทธิ์โยธิน. เล่มเดิม. หน้า 60.

⁸⁷ จักรกฤษณ์ ควรวจน์ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 106-108.

ที่จะละสิทธิความเป็นมารดาของเด็กและส่งมอบเด็กนั้นให้แก่นางคริสปีนาและนายมาร์ก หลังจากทีนางแอนนาตั้งครรภ์ คริสปีนาและมาร์กได้ผัดสัญญาไม่ยอมทำประกันชีวิตให้แก่นางแอนนา ในขณะที่นางแอนนาก็ได้ปกปิดข้อมูลว่าเธอเคยแท้งครรภ์มาแล้วหลายครั้งและยังเรียกร้องเงินค่าจ้างล่วงหน้า และต่อมาก็ปรากฏว่านางแอนนาได้ปฏิเสธที่จะส่งมอบเด็กนั้นตามสัญญา ก่อนที่เด็กจะคลอด นางคริสปีนาและนายมาร์กได้ยื่นฟ้องต่อศาลขอให้บังคับนางแอนนาปฏิบัติตามสัญญาและขอให้ศาลมีคำสั่งว่าทั้งคู่เป็นมารดาและบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ส่วนนางแอนนาก็ได้ยื่นฟ้องต่อศาลขอให้มีคำสั่งว่าสัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะและสั่งให้เธอเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก โดยกล่าวอ้างว่านางควรเป็นผู้มีสิทธิในตัวเด็ก แม้ว่านางจะไม่มีความสัมพันธ์ทางชีววิทยากับเด็กก็ตาม แต่เพราะนางมีความผูกพันกับเด็กในขณะที่ตั้งครรภ์อยู่และนางคริสปีนาและมาร์ก ทอดทิ้งนางในขณะที่นางตั้งครรภ์ รวมถึงการไม่ปฏิบัติตามสัญญาว่าจ้างตั้งครรภ์แทนในข้อที่ว่าจะจ่ายค่าตอบแทนให้ตามที่นางต้องการ⁸⁸ ศาลชั้นต้นที่พิจารณาคดีทั้งสองได้มีคำสั่งให้รวมการพิจารณาเข้าด้วยกัน ในชั้นศาลมีพยานหลักฐานที่พิสูจน์ได้ว่า นางคริสปีนาและนายมาร์กเป็นมารดาและบิดาทางพันธุกรรมของเด็ก

ผู้พิพากษาพาร์สโลว์จึงใช้พยานหลักฐานนี้ชี้ว่านางคริสปีนาเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้น ส่วนนางแอนนามีฐานะเสมือนเป็นมารดาที่รับเลี้ยงเด็ก (Foster parent) เท่านั้น จึงไม่มีสิทธิใดๆ ในตัวเด็กที่กำเนิดมา ในชั้นพิจารณาของศาลอุทธรณ์แห่งมลรัฐแคลิฟลอเนีย (The California Court of Appeals) ศาลได้นำบทบัญญัติของกฎหมาย U.P.A. ซึ่งใช้ในแคลิฟลอเนียมาประยุกต์ใช้ในคดีนี้แม้ศาลจะเห็นว่ากฎหมายนี้ไม่ได้มีวัตถุประสงค์โดยตรงที่จะกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมาจากการใช้เทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ก็ตาม แต่ศาลยังคงเห็นว่ากฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายเดียวเท่านั้นที่สามารถนำมาใช้กำหนดสถานภาพความเป็นบิดามารดาของเด็กได้

ผู้พิพากษาซิลส์ ซึ่งเป็นผู้เขียนคำพิพากษาในคดีนี้เห็นว่า ตามบทบัญญัติของกฎหมาย U.P.A. นั้น ความเป็นมารดาของเด็กย่อมพิสูจน์ได้ทั้งจากการให้กำเนิดบุตรและความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม แต่ผู้พิพากษาซิลส์ได้ตีความบทบัญญัติดังกล่าวว่า การพิสูจน์ความเป็นมารดาของเด็กนั้นจะต้องพิสูจน์จากความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมก่อน หากไม่สามารถพิสูจน์ได้ ก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าหญิงนั้นเป็นผู้ให้กำเนิดบุตรหรือไม่ เมื่อข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่านางแอนนาไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก นางจึงไม่ใช่มารดาตามธรรมชาติ (Natural mother) ตามความหมายของกฎหมาย U.P.A. ในที่สุดศาลจึงพิพากษานางคริสปีนาและนายมาร์กเป็นมารดาและบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กเท่านั้น คดีได้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสูงสุดของศาลสูงสุด

⁸⁸ ญัฐวิวรรณ อภิสิทธิ์โยธิน. เล่มเดิม. หน้า 60.

ของมลรัฐแคลิฟลอเนีย (California Supreme Court) ในชั้นนี้ ศาลได้ให้ความเห็นว่าการตีความกฎหมาย U.P.A. ของศาลอุทธรณ์มีความคลาดเคลื่อนเพราะทั้งนางแอนนาและนางคริสปีนาสามารถพิสูจน์ความเป็นมารดาตามธรรมชาติของเด็กได้ทั้งสองคน แต่ศาลยังคงเห็นว่ากฎหมายแคลิฟลอเนีย ยอมรับให้เด็กมีมารดาแต่เพียงคนเดียวเท่านั้น ศาลจึงเห็นว่าในสถานการณ์เช่นนี้หญิงที่มีเจตจำนงที่จะให้เด็กเกิดมาและมีความประสงค์ที่จะเลี้ยงดูเด็กนั้นย่อมถือว่าเป็นมารดาตามธรรมชาติแต่เพียงผู้เดียวตามกฎหมายแคลิฟลอเนีย หลักการเช่นนี้อาจเรียกได้ว่าเป็นหลักเจตจำนง (Intent-Based Approach) และศาลสูงสุดยังตัดสินโดยอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งว่า สัญญาจ้างตั้งครรภ์แทนนั้นไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ และไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนใช้บังคับได้ ซึ่งตามสัญญานางแอนนาซึ่งเป็นหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้ สละสิทธิในตัวเด็กที่เกิดมาแล้ว และผลของการสละสิทธินั้นได้มีขึ้นก่อนการเพาะตัวอ่อน ดังนั้นนางแอนนาจึงหมดสิทธิในการใช้อำนาจปกครองบุตรที่เกิดมา⁸⁹ โดยถือว่านางคริสปีนาเป็นมารดาตามกฎหมายแคลิฟลอเนีย

ปัญหาการรับตั้งครรภ์แทนที่ทำให้นักกฎหมายทั้งหลายได้ตื่นตัวเกี่ยวกับปัญหาคือคดีของศาลครอบครัวมลรัฐนิวเจอร์ซีย์⁹⁰ ในประเทศสหรัฐอเมริกาเมื่อปี ค.ศ. 1987 ได้เกิดคดี In re Baby M⁹¹ โดยคดีนี้มีข้อเท็จจริงโดยย่อว่า นายวิลเลียม สเตร์น และนางอลิซาเบธ สเตร์น ภรรยาซึ่งไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ ทั้งสองจึงได้ติดต่อและได้ตกลงว่าจ้างนางเมรี เบธ ไวท์เฮด แม่บ้านวัย 30 ปี ซึ่งมีสามีและบุตรอีกสองคน ให้เป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน โดยนางไวท์เฮดนั้นเข้ารับอาสาตั้งครรภ์โดยติดต่อผ่านทางศูนย์ช่วยเหลือผู้เป็นหมั้นแห่งรัฐนิวเจอร์ซีย์ ด้วยเหตุผลว่าด้วยต้องการช่วยเหลือคู่สมรสที่ไม่อาจมีบุตรได้ หลังจากที่ได้รับทราบการทดสอบทางจิตใจและปรึกษากับที่ปรึกษาทางกฎหมายแล้วนางไวท์เฮดก็ได้รับการฉีดเชื้ออสุจิ⁹² เข้าไปในโพรงมดลูกของนางไวท์เฮด และมีข้อตกลงว่านางไวท์เฮดจะได้รับค่าใช้จ่ายเป็นเงิน 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ เมื่อนางไวท์เฮดสละสิทธิความเป็นมารดาและส่งมอบเด็กให้แก่ชายสเตร์น และอีก 10,000 เหรียญ แก่ศูนย์ช่วยเหลือผู้เป็นหมั้นรวมถึงค่าใช้จ่ายอื่นๆ อีกประมาณ 5,000 เหรียญ ต่อมาเมื่อนางไวท์เฮดให้กำเนิดบุตร ซึ่งมีชื่อว่าเด็กหญิงมาลิสสา (หรือที่เรียกกันว่า Baby M) นางไวท์เฮดก็ได้ส่งมอบเด็กให้อยู่ในความปกครองของนายสเตร์นตามข้อตกลง แต่ภายหลังเธอได้ติดต่อขอรับเด็กมาดูแลเป็นเวลาหนึ่งอาทิตย์เมื่อครบ

⁸⁹ วิชา มหาคุณ. (2537, ธันวาคม). “จริยธรรมและกฎหมายกับการกำเนิดมนุษย์โดยเทคโนโลยีแผนใหม่”. *วารสารกฎหมาย*, 15, 1. หน้า 12.

⁹⁰ ญัฐวิวรรณ อภิสัทธโยธิน. เล่มเดิม. หน้า 57.

⁹¹ 525 A. 2d. 1128 (N.J. Super. Ct. Ch. Div. 1987)

⁹² ญัฐวิวรรณ อภิสัทธโยธิน. เล่มเดิม. หน้า 57.

กำหนดเชอกลับ ไม่ยอมที่จะส่งมอบเด็กคืนให้กับนายสเตอร์น และไม่ยอมรับเงินตามที่ได้ตกลงกันไว้ เงินจำนวนดังกล่าวจึงถูกนำไปฝากไว้ในบัญชีกลาง อีก 2 เดือนต่อมา สามีภริยาสเตอร์นขอให้ตำรวจ ช่วยนำตัวเด็กกลับคืนให้ แต่นางไวท์เฮดกลับให้นายริชาร์ดผู้เป็นสามีพาเด็กนั้นย้ายหนีจากรัฐนิวเจอร์ซีย์ไปยังรัฐฟลอริดา ในที่สุด เอฟ บี ไอ และนักสืบเอกชนก็สามารถติดตามตัวเด็กกลับคืนมาได้ นายสเตอร์นได้ฟ้องต่อศาลของรัฐนิวเจอร์ซีย์ขอให้บังคับนางไวท์เฮดปฏิบัติตามสัญญา ระหว่างการพิจารณาคดี เด็กหญิงมาลิสสาได้ถูกนำมาอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของศาล แต่อนุญาตให้นางไวท์เฮดเข้าเยี่ยมเยียนได้เป็นครั้งคราวและการที่นางไวท์เฮดไม่ยอมส่งมอบเด็กให้แก่สามีภริยาสเตอร์นผู้ว่าจ้างตั้งครรรค์ และไม่ยอมรับเงินค่าจ้างตามที่ได้ตกลงไว้ นั้น นางไวท์เฮดอ้างว่าสัญญารับตั้งครรรค์แทนที่ทำไว้เป็นโมฆะ เพราะการจ้างหรือจ่ายเงินเพื่อรับเด็กเป็นบุตรเป็นการขัดต่อกฎหมายของมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ บุตรที่เกิดมาอาจจะเป็นบุตรของสามีคนก็ได้ และคนเป็นผู้เหมาะสมที่จะดูแลบุตรได้ดีกว่า เพราะเป็นแม่บ้านที่มีเวลาดูแลบุตรต่างกับนางอลิซาเบธ สเตอร์น ผู้ว่าจ้างตั้งครรรค์แทนซึ่งประกอบอาชีพเป็นแพทย์กุมารเวช⁹³ ศาลแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์วินิจฉัยว่านางไวท์เฮดมารดารับจ้างตั้งครรรค์ต้องส่งมอบเด็กอันเกิดจากการตั้งครรรค์แทนให้แก่สามีภริยาสเตอร์นตามสัญญา และมีสิทธิได้รับค่าจ้างตามที่ได้ตกลงกันไว้เท่านั้น อย่างไรก็ตาม ศาลแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ (New Jersey Superior Court) ไม่ได้วินิจฉัยโดยตรงว่า สัญญารับตั้งครรรค์แทนมีผลบังคับใช้ตามกฎหมายได้ในทุกกรณีหรือไม่ แต่ศาลเห็นว่าในคดีนี้ สัญญารับตั้งครรรค์แทนมีผลบังคับตามกฎหมายได้ เพราะสอดคล้องกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก (Best interests of the child) ศาลจึงมีคำสั่งว่าอำนาจปกครองบุตรตกแก่นายสเตอร์นแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้น ส่วนนางไวท์เฮดไม่มีสิทธิใดๆ ในเด็กหญิงมาลิสสาเลย รวมทั้งสิทธิในการเยี่ยมเยียนเด็ก (Right to visitation) ด้วย ต่อมาคดีได้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสูงสุดแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ (New Jersey Supreme Court) ในเบื้องต้นศาลได้วินิจฉัยว่า สัญญารับตั้งครรรค์แทนในคดีนี้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี เนื่องจากกฎหมายของนิวเจอร์ซีย์ ได้ห้ามมิให้มีการจ่ายค่าตอบแทนเพื่อแลกเปลี่ยนกับการสละอำนาจปกครองเด็ก การจ่ายค่าตอบแทนแก่นางไวท์เฮด ในกรณีนี้จึงเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการป้องกันมิให้มีการซื้อขายเด็ก ศาลจึงเห็นว่าสัญญารับตั้งครรรค์แทนในกรณีนี้ไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย เพราะมีวัตถุประสงค์ในการซื้อขายเด็ก⁹⁴ หรืออย่างน้อยก็เป็นการขายสิทธิ

⁹³ ประสพสุข บุญเดช ข (2539). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว. หน้า 536-537.

⁹⁴ ศาลสูงสุดแห่งรัฐเคนตักกีมีความเห็นที่แตกต่างออกไป โดยกล่าวว่ากฎหมายเกี่ยวกับการซื้อขายเด็ก ไม่อาจปรับใช้กับกรณีรับจ้างตั้งครรรค์แทน ซึ่งผู้พิพากษาอาร์วีวี ซอร์โกว์แห่งศาลครอบครัวมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ได้วินิจฉัยในคดีของครอบครัวของนายมาร์กและนางคริสทีนา คาลเวร์ทว่า สัญญารับจ้างตั้งครรรค์แทนแตกต่างจาก

ความเป็นแม่ ซึ่งขัดต่อนโยบายสาธารณสุขและกฎหมายของมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ ก็ห้ามการจ่ายเงินหรือรับเงินเพื่อการรับบุตรบุญธรรมด้วย ซึ่งศาลสูงสุดได้วินิจฉัยต่ออีกว่า การยอมรับที่จะตั้งครรรภ์แทนโดยสมัครใจโดยไม่มีค่าตอบแทน ไม่ถือว่าเป็นเรื่องผิดกฎหมายแต่อย่างใด แต่ในกรณีเช่นนี้จะต้องมีข้อตกลงยกเลิกสิทธิความเป็นมารดาของตนควบคู่กันไปด้วย⁹⁵

สำหรับปัญหาว่าบุคคลใดสมควรเป็นผู้มีอำนาจปกครองเด็กนั้น ศาลเห็นด้วยกับคำพิพากษาของศาลล่างที่มีคำสั่งให้อำนาจปกครองตกแก่นายสเตอร์น ด้วยเหตุผลอย่างเดียวกันคือเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก แต่ศาลเห็นว่าหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interests of the Child Principle) นำไปใช้ได้เฉพาะการกำหนดอำนาจปกครองบุตรเท่านั้นแต่ในการเพิกถอนอำนาจปกครองบุตรจะพิจารณาจากหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กแต่เพียงอย่างเดียวไม่ได้ แต่ต้องพิจารณาถึงประโยชน์ของมารดาบิดาในทางวัฒนธรรม ศีลธรรม และตามรัฐธรรมนูญด้วย ในกรณีนี้ เมื่อไม่ปรากฏข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นว่านางไวท์เฮดสละสิทธิความเป็นมารดาของเด็กหรือไม่ มีความเหมาะสมที่จะเป็นผู้มีอำนาจปกครองเด็กต่อไป การเพิกถอนสิทธิในความเป็นมารดาของเด็กทั้งหมดจึงไม่ชอบ ศาลจึงมีคำสั่งอนุญาตให้นางไวท์เฮดมีสิทธิในการเยี่ยมเยียนตามสมควรได้

จะเห็นได้ว่า ในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการรับตั้งครรรภ์แทน หากมีปัญหาคือต้องวินิจฉัยเรื่องการแย่งชิงอำนาจปกครองบุตร (Custody Battle) ศาลจะพิจารณาจากหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ ซึ่งหลักการเช่นนี้เป็นการหลักการที่ใช้ในกฎหมายครอบครัวตามปกติ⁹⁶

นอกจากนี้แล้ว ที่มลรัฐมิชิแกนยังมีคดีที่เกี่ยวกับการตั้งครรรภ์แทนที่น่าสนใจอีกคดีหนึ่งคือ คดี Doe V Kelley ซึ่งมีสามีภรรยา Doe ได้ว่าจ้าง Mary Roe ตั้งครรรภ์แทนโดยการผสมเทียม โดยใช้ไข่เชื้ออสุจิของสามี Doe และเมื่อ Mary Roe คลอดบุตรออกมาแล้ว สามีภรรยา Doe จะรับเป็นผู้ปกครองเด็กในทันทีที่เด็กออกจากโรงพยาบาล โดยหญิงรับตั้งครรรภ์แทนให้ความยินยอมแก่ผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์แทนในการจดทะเบียนรับเด็กที่เกิดมาเป็นบุตรบุญธรรม ผู้ว่าจ้างตั้งครรรภ์และหญิงรับตั้งครรรภ์แทนได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลสั่ง มิให้รัฐฟ้องคดีแก่ผู้ร้องในการทำสัญญาตั้งครรรภ์แทน

การซื้อขายเด็กที่ต้องห้ามตามกฎหมาย เพราะการจ่ายเงินค่าจ้างเป็นเสมือนการให้ค่าตอบแทนในการบริการ มิใช่จ่ายเนื้อตัวเด็ก ผู้รับจ้างตั้งครรรภ์แทนมิได้ขายเด็ก หากแต่ขายความเจ็บปวดและทุกข์ทรมานตลอดจนความยากลำบากอันเกิดจากการที่ต้องอุ้มท้อง ซึ่งในคดีนี้ศาลอุทธรณ์ได้พิพากษาขึ้นโดยถือความข้อเท็จจริงที่ว่า จากการพิสูจน์เลือดของเด็กแล้ว นางแอนนา จอร์นสันหญิงรับตั้งครรรภ์แทนมิใช่มารดาตามธรรมชาติของเด็ก (Natural mother).

⁹⁵ ประสพสุข บุญเดช ข เล่มเดิม. หน้า 536-537.

⁹⁶ จักรกฤษณ์ ควรวจน์ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 111-112.

เพราะกฎหมายของรัฐมิชิแกนมีข้อห้ามในการให้เงิน หรือของมีค่าเป็นการตอบแทนการรับบุตรบุญธรรม ผู้ร้องขอให้ศาลวินิจฉัยใน 3 ประเด็นดังต่อไปนี้ คือ

1) กฎหมายว่าด้วยการรับบุตรบุญธรรมของมลรัฐมิชิแกนเป็นโมฆะ เพราะปราศจากความชัดเจน มีลักษณะกำกวมไม่แน่นอน

2) ผู้ร้องมีสิทธิ (Right of privacy) ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐจะมารบกวนไม่ได้ และ

3) เหตุผลที่จะคุ้มครองผลประโยชน์ของรัฐในการตรากฎหมายดังกล่าวยังมีน้ำหนักหรือความสำคัญน้อยกว่าสิทธิส่วนตัวของผู้ร้อง

ศาลชั้นต้นมลรัฐมิชิแกน พิจารณาแล้ววินิจฉัยว่า สิทธิส่วนตัวของผู้ร้องในกรณีนี้มีใช้สิทธิที่สมบูรณ์ ผลประโยชน์ของรัฐที่เป็นเจตนารมณ์ของกฎหมายดังกล่าวคือ การป้องกันการนำกิจการค้าเข้ามาเกี่ยวข้องกับการตัดสินใจของมารดาเด็ก ที่จะยอมให้เด็กเป็นบุตรบุญธรรมแก่ผู้อื่น และศาลเห็นว่าการซื้อขายแลกเปลี่ยนเด็กเป็นการผิดกฎหมายของรัฐว่าด้วยการรับบุตรบุญธรรม และเป็นการฝ่าฝืนความรู้สึกร่วมของสาธารณชน (Public policy) เพราะหลักเกณฑ์พื้นฐานก็คือการยอมรับว่าเด็กไม่อาจเป็นวัตถุแห่งการซื้อขายไม่ว่ากรณีใดๆ ทั้งสิ้นจึงสั่งยกคำร้อง และศาลยังเห็นว่า รัฐธรรมนูญนั้นคุ้มครองการตัดสินใจที่จะมีบุตรโดยวิธีให้ผู้อื่นตั้งครรภ์แทนได้ แต่เป็นคนละเรื่องกับสัญญาที่คู่กรณีทำต่อกัน ศาลสนับสนุนการตัดสินใจที่จะมีบุตรโดยวิธีนี้แต่ไม่อาจยินยอมให้มีข้อตกลงเช่นนั้นได้ และวินิจฉัยว่า

1) กฎหมายว่าด้วยการรับบุตรบุญธรรมของมลรัฐมิชิแกน มีได้ขัดกับรัฐธรรมนูญและเป็นบทบัญญัติที่แน่นอนชัดเจนแล้ว ซึ่งใครๆ ย่อมปฏิบัติได้

2) แม้ว่าสิทธิส่วนตัวจะครอบคลุมถึงความสัมพันธ์ในชีวิตสมรส การให้กำเนิดบุตร และการคุมกำเนิดด้วยก็ตาม แต่ผู้ร้องก็ไม่มีสิทธิที่จะใช้อำนาจของศาลเพื่อขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม โดยมีสัญญาจะให้ค่าตอบแทนต่อกันได้

คดีนี้ผู้ร้องได้ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์มิชิแกนและศาลอุทธรณ์ได้มีคำพิพากษาขึ้นตามคำพิพากษาศาลชั้นต้น โดยสรุปว่า บทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้ห้ามสามีภรรยา Doe และ Mary Roe ที่จะมีการตามวิธีของตนโดยตรงแต่กฎหมายของรัฐมิชิแกนไม่ยอมให้ผู้ร้องจ่ายค่าตอบแทนโดยผ่านขบวนการรับบุตรบุญธรรมของรัฐเท่านั้น ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์นี้ถึงที่สุดเพราะศาลสูงสุดของรัฐและศาลสูงของสหพันธ์ไม่รับฎีกาของผู้ร้องไว้พิจารณา⁹⁷

ปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้นโดยมากแล้วมักจะเกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งอาจจะเพราะเป็นตลาดแห่งการผสมเทียมที่ใหญ่ที่สุด จำนวนเด็กทารกที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนก็มี

⁹⁷ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. เล่มเดิม. หน้า 61.

จำนวนมากที่สุดเช่นกัน ประกอบกับสถานพยาบาลเหล่านั้นไม่จำเป็นจะต้องขออนุญาต หรือขึ้นทะเบียนก็สามารถดำเนินการช่วยการเจริญพันธุ์ในเชิงธุรกิจได้แล้ว แต่อย่างไรก็ตาม ในประเทศอื่นๆ ก็มีคดีต่างๆ ที่เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้นเช่นกัน เช่น

ประเทศฝรั่งเศส แม้จะยังไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะในเรื่องนี้ แต่เคยมีเรื่องเกิดขึ้นที่เมืองมงเปอลีเย (Montpellier) พี่น้องฝาแฝดชื่อ มากาลี (Magali) และคริสติน (Christine) มากาลีไม่สามารถจะมีลูกได้ จึงขอให้คริสตินอุ้มท้องแทนโดยการผสมเทียมจากการนำเชื้ออสุจิของสามีเธอไปใส่ให้แก่คริสติน ต่อมาคริสตินก็ให้กำเนิดเด็กชายสเตฟาน (Stephan) ขึ้นมา และจำเป็นต้องทอดทิ้งเด็กทันทีหลังคลอด เพื่อให้มากาลีและสามีสามารถรับเป็นบุตรบุญธรรมได้ ส่วนกรณีที่เกิดในประเทศแถบแอฟริกาได้ ขยายซึ่งได้รับการผสมเทียมจากไข่ของลูกสาวและเชื้ออสุจิของลูกชายได้คลอดลูกแฝดออกมา ซึ่งเด็กสามคนนี้เป็นลูกของลูกสาวนางแต่ตามกฎหมายผู้เป็นยายเท่านั้นที่มีสิทธิเป็นมารดาเด็ก เพราะเป็นผู้ให้กำเนิด แม้ว่าเด็กจะปฏิสนธิจากไข่ของลูกสาวก็ตาม อย่างไรก็ตามได้ทราบว่าเมื่อต้นปี ค.ศ. 1992 นี้ ประเทศฝรั่งเศสได้ออกกฎหมายห้ามการกระทำดังกล่าวแล้ว⁹⁸

ประเทศออสเตรเลีย ในรัฐวิกตอเรีย มีคดีเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนอยู่คดีหนึ่ง คือ คดีของ Baby Alice คดีมีอยู่ว่า นางลินดา (Linda) ซึ่งสมรสแล้วมีบุตรหลายคน ได้อาศัยตั้งครรภ์แทนให้กับพี่สาวของเธอ คือ นางแมกกี (Maggie Kirkman) ซึ่งไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ด้วยตนเอง การตั้งครรภ์ครั้งนี้อาศัยกรรมวิธีของเด็กหลอดแก้ว (IVE) โดยใช้ไข่ของนางแมกกี (Maggie Kirkman) ผสมกับเชื้ออสุจิของผู้บริจาคในห้องทดลอง แล้วเคลื่อนย้ายตัวอ่อนเข้าสู่มดลูกของนางลินดา (Linda) หลังจากทีนางลินดา (Linda) คลอด Baby Alice แล้ว ก็ได้ส่งมอบเด็กให้กับนางแมกกี (Maggie) และสามีทันทีที่เด็กเกิด และต่อมาผู้พิพากษาก็ได้มีคำสั่งให้นางแมกกี (Maggie) และสามีรับ Baby Alice เป็นบุตรบุญธรรม ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการรับบุตรบุญธรรมของรัฐวิกตอเรีย (The Provision of Victoria's Adoption Legislation) อย่างไรก็ตามนางลินดา (Linda) และสามีก็ยังคงเป็นมารดาและบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ของ Baby Alice ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยสถานะของเด็ก (ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม) พ.ศ. 2527 (the Status of Children (Amendment) Act 1984) มาตรา 10D และ 10E⁹⁹

⁹⁸ พิมลรัตน์ วรรณระนหทัย และคณะ. (2535, 1 มกราคม-กุมภาพันธ์.). “วงการกฎหมายทั่วไป.” *คู่มือ*, 39. หน้า 111-112.

⁹⁹ Louis Waller. “Surrogate parenting.” First world congress on family law and children's right, 5 July 1993. P.4.

สำหรับในประเทศสหราชอาณาจักร มีคดีอยู่เรื่องหนึ่ง สามีภริยาไม่อาจมีบุตรได้จึงเดินทางเข้าไปในประเทศอังกฤษเพื่อนำน้ำอสุจิมาให้ทำการผสมเทียมกับหญิงที่อาสาสมัครตั้งครรภ์ โดยหญิงอาสาสมัครทำสัญญายินยอมตกลงจะให้เด็กที่เกิดมากับสามีภริยานั้นทันทีที่เด็กเกิด โดยหญิงอาสาสมัครได้รับค่าตอบแทนเป็นเงิน 6,500 ปอนด์ แต่ต่อมาหญิงอาสาสมัครคลอดบุตรเป็นหญิงและทันทีที่เด็กคลอด เด็กถูกจัดให้ได้รับการคุ้มครองจากกรมประชาสงเคราะห์สามีและภริยาได้ยื่นคำร้องขอเป็นผู้ปกครองเด็ก ซึ่งเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นของกรมประชาสงเคราะห์ได้ทำการสอบสวนแล้วมีความเห็นว่าสามีภริยากู่นั้น มีความเหมาะสมที่จะเป็นบิดามารดาของเด็กหลายประการ และสามารถจะให้ความอบอุ่นแก่เด็ก และทำให้เด็กเจริญเติบโตขึ้นมามีสภาพร่างกายและจิตใจที่สมบูรณ์ และศาลได้ทำการไต่สวนแล้วเห็นว่ามารดาเด็กได้เต็มใจสละสิทธิ์ทางกฎหมายที่มีต่อเด็กแล้ว ข้อโต้แย้งที่ว่าสามีภริยามีส่วนในการจัดการเชิงพาณิชย์ในการทำให้เด็กเกิดมาและไม่เหมาะสมที่จะเป็นมารดาเด็กนั้นฟังไม่ขึ้น ศาลจึงอนุญาตให้สามีภริยากู่นั้นเป็นผู้ปกครองเด็กและนำเด็กออกนอกประเทศอังกฤษได้¹⁰⁰

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีคดีที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้น แต่เป็นความผิดตามกฎหมายในเรื่องการรับบุตรบุญธรรม ดังนี้ ชายคนหนึ่งในเมืองบาดโอเยนเฮาเซน ถูกปรับเป็นจำนวนเงิน 1,750 เหยริยูดสหรัฐ เนื่องมาจากการลงโฆษณาหาหญิงที่สามารถรับอุ้มครรภ์โดยการฉีดตัวอ่อน และเมื่อทารกคลอดแล้วให้ยกทารกนั้นให้แก่คู่สมรสที่ไม่มีบุตรคู่หนึ่งรับเป็นบุตรบุญธรรม แต่ไม่ทันที่ชายคนดังกล่าวจะหาหญิงตั้งครรภ์แทนได้ก็ถูกจับเสียก่อน เพราะกฎหมายของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีข้อห้ามมิให้ทำการโฆษณาใดๆ ที่เกี่ยวกับการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม¹⁰¹

ปัญหาหรือข้อพิพาทที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน มักจะเกิดจากการไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงที่ได้ตกลงกันไว้ ซึ่งโดยมากแล้วจะมีสาเหตุมาจากกรณีที่หญิงรับตั้งครรภ์แทน ปฏิเสธการส่งเด็กอันเป็นการตั้งครรภ์แทนให้กับผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนมากกว่าจะเป็นกรณีที่ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนจะเป็นฝ่ายปฏิเสธการรับอุปการเลี้ยงดูเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน โดยผู้เขียนเห็นว่าในต่างประเทศนั้น ทั้งในประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาเองก็มักจะตีความของความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ให้สอดคล้องกับหลักพันธุกรรม

¹⁰⁰ สนิท ตรีภูมิตราภรณ์. (2536, พฤศจิกายน-ธันวาคม). “ปัญหากฎหมายที่เกิดจากการผสมเทียม.” *ศาลแพท. 40, 6*. หน้า 92.

¹⁰¹ พิมลรัตน์ วรรณระหทัย และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 111.

และเป็นการสอดคล้องกับกฎหมายธรรมชาติที่มีอาจใช้อำนาจอรัฐหรืออำนาจอื่นใดมาเปลี่ยนแปลงความจริงทางพันธุกรรมที่ธรรมชาติเป็นผู้กำหนดได้แต่อย่างไร¹⁰²



¹⁰² ญัฐวิวรรณ อภิสิทธิ์โยธิน. เล่มเดิม. หน้า 62-63.

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดจาก การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในประเทศไทยและต่างประเทศ

ในหลายประเทศทั่วโลกที่มีความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มาก และประเทศเหล่านั้นก็มีศักยภาพสูงในการจัดการให้มีการตั้งครุฑแทน ซึ่งประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีดังกล่าวนี้ส่วนใหญ่จะมีกฎหมายในการจำกัดหรือควบคุมการใช้เทคโนโลยีนี้โดยเฉพาะ ทั้งนี้ ก็เพื่อมิให้มีการนำเทคโนโลยีดังกล่าวไปใช้ในทางที่มีขอบ ประเทศเหล่านั้นก็จะมีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์กำหนดขึ้น โดยมีกฎหมายควบคุมการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยส่วนใหญ่จะมีบทบัญญัติที่กำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ด้วย ซึ่งหลักการดั้งเดิมในกฎหมายแพ่งซึ่งว่าด้วยเรื่องครอบครัวได้กำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กไว้อย่างหนึ่งแต่ในเรื่องนี้จะกำหนดไว้อีกอย่างหนึ่งก็ได้ ทั้งนี้ วัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าวก็จะนำไปเพื่อประโยชน์และสวัสดิภาพของเด็กนั่นเอง

3.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับมาตรการคุ้มครองสิทธิของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ในประเทศไทย

ประเทศไทยก็เป็นประเทศหนึ่งที่มีพัฒนาด้านการแพทย์จนเป็นที่ยอมรับของสากลและประเทศไทยก็ยังมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของเด็กที่เกิดมาจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์อยู่เป็นอันมาก โดยผู้ศึกษาได้ทำการรวบรวมกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของเด็กที่เกิดมาจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ และการคุ้มครองตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ดังต่อไปนี้

3.1.1 การคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้ให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพกับประชาชนทุกคน ซึ่งย่อมคุ้มครองไปถึงเด็กที่เกิดมาจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ด้วย

เนื่องจากสิทธิในความเป็นบุตรของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์นั้น เป็นสิทธิมนุษยชนประเภทหนึ่ง กล่าวคือ สิทธิการมีบิดาและมารดาที่มีโครโมโซมหรือหน่วย

พันธุกรรมเดียวกับตนเอง หรือการสืบสายเลือดโดยตรงกับบิดาหรือมารดาตนเอง สิทธิดังกล่าว
 นี้นอกจากจะได้รับการคุ้มครองและรับรองตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้วนั้น ยังคงได้รับการ
 คุ้มครองและรับรองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอีกด้วย โดยนับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่ง
 ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นต้นมา ประเทศไทยก็ได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิของ
 ประชาชนในประเทศไทยให้มีความสอดคล้องกับนานาอารยประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศ
 เรื่อยมา จนกระทั่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันก็ยังคงหลักการที่จะให้ความคุ้มครองสิทธิในฐานะ
 ความเป็นมนุษย์ของประชาชนคนไทยไว้ รวมทั้งเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์
 ก็ได้รับรองสิทธิต่างๆ ด้วยเช่นกัน ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีมาตรา
 ที่เกี่ยวข้องโดยบทบัญญัติมาตรา 4¹ ที่วางหลักทั่วไปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน โดยคุ้มครอง
 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล ซึ่งจะเห็นได้ว่า ศักดิ์ศรีความ
 เป็นมนุษย์ เป็นหลักการแม่บทที่กำหนดหลักพื้นฐานความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับปัจเจกบุคคลว่า
 รัฐจะต้องให้ความคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของบุคคลซึ่งก่อให้เกิดผล
 เกี่ยวพัน โดยรัฐจะต้องดำเนินการจัดทำกฎหมายต่างๆ ให้สอดคล้องหรือแม้หากเป็นกฎหมายที่มีใช้
 อยู่แล้วก็ควรจะต้องแก้ไขเพิ่มเติมให้เป็นไปทางแนวทางเดียวกันสำหรับเจตนารมณ์ของ
 รัฐธรรมนูญไทยในบทบัญญัติดังกล่าวมีจุดประสงค์ เพื่อวางหลักทั่วไปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิ
 มนุษยชน โดยคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เสรีภาพอื่น และความเสมอภาคของบุคคลการ
 รับรองและคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ ความเสมอภาคของบุคคลที่ปฏิญญา
 สากลหรืออนุสัญญาแห่งองค์การสหประชาชาติรับรอง และประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคี
 เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ทุกคนพึงได้รับ โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ โดยไม่คำนึงถึงว่า
 บุคคลนั้นๆ จะเป็นคนสัญชาติไทยหรือไม่ เช่น คนต่างด้าว คนไร้รัฐ คนไร้สัญชาติ ชนกลุ่มน้อย
 ในฐานะที่เป็นมนุษย์และอาศัยอยู่ในราชอาณาจักรไทยไม่ว่าชั่วคราวหรือถาวรย่อมได้รับความ
 คุ้มครองเช่นเดียวกับชนชาวไทย เพียงแต่บุคคลดังกล่าวจะกล่าวอ้างสิทธิตามกฎหมายทำนอง
 เดียวกับชนชาวไทยมิได้ เด็กที่เกิดแต่บุคคลดังกล่าวย่อมมีสิทธิมีชีวิตอยู่รอด มีสิทธิได้รับการบันทึก
 การเกิดเพื่อให้ปรากฏตัวตน มีสิทธิได้รับการดูแลขั้นพื้นฐานตามสมควร เด็กที่เกิดในราชอาณาจักรไทย

¹ มาตรา 4 บัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครอง.”

² ยศศักดิ์ โกสยگانนท์. (2544). ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. หน้า 152.

โดยไม่ปรากฏบิดาหรือมารดาว่าเป็นบุคคลใด ย่อมได้รับความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และมีสิทธิได้รับการดูแลขั้นพื้นฐาน รวมทั้งรับรองสถานภาพด้วย³

นอกจากนี้ บทบัญญัติมาตรา 26 ยังวางหลักให้การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ โดยรัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพของชนชาวไทยจากการใช้อำนาจใดๆ โดยองค์กรของรัฐทุกองค์กร องค์กรของรัฐทุกประเภท เช่น หน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น รวมถึงไปถึงรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรตามรัฐธรรมนูญนี้หรือกฎหมายอื่น จะต้องปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจบังคับตามกฎหมายหรือตรากฎหมาย กฎข้อบังคับใดๆ หรือการตีความกฎหมายที่มีผลกระทบต่อประชาชน จะต้องตระหนักและเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยแจ้งชัดหรือโดยปริยาย แม้บุคคลนั้นจะถึงแก่ความตายไปแล้ว ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์พึงได้รับความเคารพเช่นกัน⁴ แสดงให้เห็นว่าเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ก็ย่อมได้รับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และองค์กรต่างๆ ของรัฐก็ต้องให้ความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้ทุกประการแก่เด็กนั้นด้วย โดยสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้แล้วก็ย่อมได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ จึงเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพแก่เด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีดังกล่าว

นอกจากนี้ มาตรา 28 ยังกำหนดให้บุคคลสามารถอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน และเมื่อบุคคลนั้นถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้ แสดงให้เห็นว่า รัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ให้เด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์สามารถใช้สิทธิเรียกร้องต่างๆ โดยอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เพื่อขอให้ศาลกำหนดสถานะให้เด็กเป็นบุตรของบิดามารดาที่มีพันธุกรรมเดียวกับตนได้ แต่ปัจจุบันยังไม่มียกคดีของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องนี้ แต่อย่างไรก็ดี บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ต้องมีหน้าที่ให้

³ สำนักกรรมการ 3 สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. (2550). เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550. หน้า 3-4

⁴ แหล่งเดิม. หน้า 18

⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 27 บัญญัติว่า “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยายหรือโดยวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความรับรอง และผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่น ของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง.”

ความเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ และต้องไม่กระทำการใดๆ อันเป็นการล่วงละเมิด สิทธิและเสรีภาพของบุคคล หรือเป็นปฏิกิริยาต่อรัฐธรรมนูญ หรือขัดต่อศีลธรรมอันดีของ ประชาชน หากชนชาวไทยถูกละเมิดหรือองค์การของรัฐล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่บทบัญญัติ แห่งรัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยแจ้งชัด โดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับการปกป้องคุ้มครองและแก้ไขเยียวยาด้วยกระบวนการทางศาลโดยตรง เว้นแต่การใช้ สิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ ก็ให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการนั้นๆ อนึ่งเพื่อประกันการใช้สิทธิทางศาลในกรณีที่บุคคลซึ่งเป็นชนชาวไทยถูกล่วงละเมิดสิทธิและ เสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญประสงค์จะใช้สิทธิทางศาลย่อมได้รับความสะดวกและ ได้รับการช่วยเหลือตามกฎหมาย⁶

เจตนารมณ์ของ มาตรา 30 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550⁷ ต้องการที่จะกำหนดหลักความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติแก่บุคคลที่มีความแตกต่างกัน รัฐมี หน้าที่ในการจัดอุปสรรคและส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น โดยไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม อันเป็นหลักการสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และความแตกต่างเรื่อง “เพศ” นอกจากหมายถึงความแตกต่างระหว่างชายหรือหญิงแล้ว ยังหมาย รวมถึงความแตกต่างของบุคคลที่มีอัตลักษณ์ทางเพศ (Sexual Identity) หรือเพศสภาพ (Gender) หรือความหลากหลายทางเพศ (Sexual Diversity) แตกต่างจากเพศที่ผู้้นถือกำเนิดอยู่ด้วย จึงไม่ได้ บัญญัติคำดังกล่าวข้างต้นไว้ในมาตรา 30 เนื่องจากคำว่า “เพศ” ได้หมายความรวมถึงคำดังกล่าวอยู่แล้ว และจะต้องไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลนั้นๆ⁸

⁶ เล่มเดิม. หน้า 20.

⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 30 บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทาง ศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้ เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”

⁸ เล่มเดิม. หน้า 22-23.

3.1.2 การคุ้มครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

นอกจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดที่ใช้บริหารและปกครองประเทศไทยแล้ว ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ซึ่งเกี่ยวข้องกับข้อสันนิษฐานของบุคคลนั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มี มาตรการที่เกี่ยวข้องดังนี้

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 บัญญัติถึงการเริ่มและการสิ้นสุดของสภาพบุคคลภายหลังคลอดและสิทธิของบุคคลภายหลังคลอดและมีชีวิตหลังคลอด⁹ จะเห็นได้ว่าตามหลักกฎหมายดังกล่าว เมื่อเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์นั้นเกิดมา เด็กนั้นย่อมมีสภาพบุคคลและสิทธิตามกฎหมายแพ่งทุกประการ แต่สิทธิที่จะมีบิดามารดาตามสายพันธุ์กรรมของตนเองย่อมหมดไป เพราะกฎหมายแพ่งยังไม่มีการรับรองเมื่อพิจารณาตามกฎหมายนี้สภาพบุคคลของเด็กดังกล่าวก็ยังคงเป็นบุตรของมารดาผู้คลอด

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1536 บัญญัติถึงข้อสันนิษฐานตามกฎหมายกรณีที่เด็กเกิดภายใน 310 วันภายหลังการสมรสสิ้นสุดลง ให้ถือว่าเด็กนั้นเป็นบุตรของชายผู้ที่เป็นหรือเคยเป็นสามีของหญิงนั้น¹⁰

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1537 บัญญัติถึงข้อสันนิษฐานกรณีที่หญิงได้สมรสใหม่และคลอดบุตรภายใน 310 วันนับการสมรสสิ้นสุด ให้ถือว่าเด็กที่เกิดเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีใหม่¹¹

⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 บัญญัติว่า “สภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารกและสิ้นสุดลงเมื่อตาย ทารกในครรภ์มารดาที่สามารถมีสิทธิต่างๆ ได้ หากว่าภายหลังคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก.”

¹⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1536 บัญญัติว่า “เด็กเกิดแต่หญิงขณะเป็นภริยาชายหรือภายในสามร้อยสิบวันนับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลง ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามี หรือเคยเป็นสามี แล้วแต่กรณีให้นำ ความในวรรคหนึ่งมาใช้บังคับแก่บุตรที่เกิดจากหญิงก่อนที่ได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดของศาลแสดงว่าการสมรสเป็นโมฆะ หรือภายในระยะเวลาสามร้อยสิบวันนับแต่วันนั้น.”

¹¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1537 บัญญัติว่า “ในกรณีที่หญิงทำการสมรสใหม่นั้นเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 1453 และคลอดบุตรภายในสามร้อยสิบวันนับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลง ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเด็กที่เกิดแต่หญิงนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีคนใหม่ และห้ามมิให้นำข้อสันนิษฐานในมาตรา 1536 ที่ว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีเดิมมาใช้บังคับ ทั้งนี้ เว้นแต่มีคำพิพากษาของศาลแสดงว่าเด็กมิใช่บุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีคนใหม่นั้น.”

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1538 บัญญัติถึงข้อสันนิษฐานกรณีที่ชายหรือหญิงทำการจดทะเบียนสมรสซ้อน ให้ถือว่าเด็กที่เกิดเป็นบุตรของชายที่ได้จดทะเบียนสมรสครั้งหลัง¹²

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1539 บัญญัติถึงกรณีการใช้ข้อสันนิษฐานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าเด็กเป็นบุตรของชายผู้เป็นหรือเคยเป็นสามี ชายผู้บิดาตามข้อสันนิษฐานดังกล่าว สามารถยื่นฟ้องมารดาหรือเด็ก หรือร้องต่อศาลขอให้ศาลมีคำสั่งแสดงว่าตนมิได้เป็นบิดาของเด็ก และจะต้องพิสูจน์ได้ว่าเหตุที่ตนมิได้เป็นบิดาของเด็กเพราะตนไม่ได้อยู่ร่วมกับมารดาเด็กในระยะเวลาตั้งครรถ์คือ ระหว่างหนึ่งร้อยแปดสิบวันถึงสามร้อยสิบวันก่อนเด็กเกิดหรือตนไม่สามารถเป็นบิดาของเด็กได้เพราะเหตุอย่างอื่น¹³

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1546 บัญญัติถึงข้อสันนิษฐานของกฎหมายกรณีที่เด็กเกิดมาโดยหญิงและชายไม่ได้จดทะเบียนสมรสกัน ให้ถือว่าเด็กเป็นบุตรของฝ่ายหญิง¹⁴

3.1.3 การคุ้มครองตามประกาศแพทยสภา

นอกจากกฎหมายหลัก ที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไปแล้ว ยังคงมีกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เพื่อให้ได้เด็กที่เกิดมาโดยมิได้อาศัยวิธีการตามธรรมชาติซึ่งออกโดยแพทยสภาจำนวน 2 ฉบับ ด้วยกัน คือ 1) ประกาศแพทยสภา ที่ 1/2540 เรื่อง มาตรฐานการ

¹² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1538 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ชายหรือหญิงสมรสฝ่าฝืนมาตรา 1452 เด็กที่เกิดในระหว่างการสมรสที่ฝ่าฝืนนั้น ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีซึ่งได้จดทะเบียนสมรสครั้งหลัง ในกรณีที่หญิงสมรสฝ่าฝืนมาตรา 1452 ถ้ามีคำพิพากษาถึงที่สุดแสดงว่าเด็กมิใช่บุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีซึ่งได้จดทะเบียนสมรสครั้งหลัง ให้นำข้อสันนิษฐานในมาตรา 1536 มาใช้บังคับให้นำความในวรรคหนึ่งมาใช้บังคับแก่เด็กที่เกิดภายในสามร้อยสิบวันนับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้การสมรสเป็นโมฆะเพราะฝ่าฝืนมาตรา 1452 ด้วย.”

¹³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1539 บัญญัติว่า “ในกรณีที่สันนิษฐานว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นหรือเคยเป็นสามีตามมาตรา 1536 มาตรา 1537 หรือมาตรา 1538 ชายผู้เป็นหรือเคยเป็นสามีจะไม่รับเด็กเป็นบุตรของตนก็ได้ โดยฟ้องเด็กกับมารดาเด็กร่วมกันเป็นจำเลยและพิสูจน์ได้ว่าตนไม่ได้อยู่ร่วมกับมารดาเด็กใน ระยะเวลาตั้งครรถ์คือ ระหว่างหนึ่งร้อยแปดสิบวันถึงสามร้อยสิบวันก่อนเด็กเกิด หรือตนไม่สามารถเป็นบิดาของเด็กได้เพราะเหตุอย่างอื่น แต่ถ้าในขณะที่ยื่นฟ้องมารดาเด็กไม่มีชีวิตอยู่ จะฟ้องเด็กแต่ผู้เดียวเป็นจำเลยก็ได้ ถ้าเด็กไม่มีชีวิตอยู่ไม่ว่ามารดาของเด็กจะมีชีวิตอยู่หรือไม่ จะยื่นคำร้องขอให้ศาลแสดงว่าเด็กนั้นไม่เป็นบุตรก็ได้ ในกรณีที่มารดาของเด็กหรือทายาทของเด็กยังมีชีวิตอยู่ ให้ศาลส่งสำเนาคำร้องนี้ไปให้ด้วย และถ้าศาลเห็นสมควรจะส่งสำเนาคำร้องไปให้อัยการพิจารณาเพื่อดำเนินคดีแทนเด็กด้วยก็ได้.”

¹⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1546 บัญญัติว่า “เด็กเกิดจากหญิงที่มีได้มีการสมรสกับชาย ให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น.”

ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ และ 2) ประกาศแพทยสภา ที่ 21/2544 เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (ฉบับที่2) ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.1.3.1 ประกาศแพทยสภา ที่ 1/2540 เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์¹⁵ เพื่อให้การบริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ของผู้ประกอบวิชาชีพด้านเวชกรรมเป็นไปอย่างมีมาตรฐาน สามารถคุ้มครองผู้รับบริการให้เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมของประเทศอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 21 (1) แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 คณะกรรมการแพทยสภาจึงได้มีมติในการประชุมครั้งที่ 10/2540 วันที่ 9 ตุลาคม พ.ศ. 2540 ให้ออกประกาศกำหนดมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ดังนี้

ข้อ 1 การให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ หมายความว่า กรรมวิธี ใดๆ ที่เป็นการช่วยการเจริญพันธุ์ที่แตกต่างไปจากกระบวนการตามธรรมชาติ โดยการนำเซลล์สืบพันธุ์ ทั้งเพศหญิงและเพศชาย (Gamete) ออกจากร่างกายของผู้รับบริการ และ

(1) การเคลื่อนย้ายเซลล์สืบพันธุ์เข้าไปในมดลูกและ/หรือหลอดมดลูก (Itrauterine Insemination, Gamete intrafallopian transfer) หรือ

(2) การปฏิสนธินอกร่างกาย (In vitro fertilization) ด้วยวิธีการต่างๆ และการเคลื่อนย้ายตัวอ่อนเข้าไปในหลอดมดลูกและ/หรือโพรงมดลูก (Embryo Transfer)

ข้อ 2 ผู้ดำเนินการสถานพยาบาลหรือผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งมีหน้าที่ในลักษณะเดียวกันในหน่วยงานที่ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทั้งของรัฐและเอกชนจะต้องรับผิดชอบหรือจัดให้มีผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นผู้รับผิดชอบในการให้บริการดังกล่าว

ข้อ 3 ผู้รับผิดชอบในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ตามข้อ 2 ของหน่วยงานใด จะต้องได้รับหนังสือรับรองจากราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทย ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในหน่วยงานใดซึ่งให้บริการก่อนวันที่ประกาศฉบับนี้ใช้บังคับ ให้ดำเนินการขอหนังสือรับรองจากราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทย ภายในร้อยแปดสิบวันนับแต่วันประกาศนี้ใช้บังคับ

ในกรณีมีการเปลี่ยนแปลงผู้รับผิดชอบตามวรรค หนึ่งหรือวรรคสอง ให้ขอหนังสือรับรองจากราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทยภายใน 60 วัน นับแต่วันที่มีการเปลี่ยนแปลง

¹⁵ ราชกิจจานุเบกษาฉบับประกาศทั่วไป เล่ม 114 ตอนพิเศษ 123 ง ลงวันที่ 26 ธันวาคม 2540.

ข้อ 4 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบตามข้อ 3 หรือเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ต้องรักษามาตรฐานการให้บริการให้เป็นไปตามมาตรฐานที่กำหนดไว้ในแนบท้ายประกาศนี้

ข้อ 5 ให้ราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทยเป็นผู้กำกับดูแลการดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของประกาศฉบับนี้ และรายงานผลการดำเนินการต่อแพทยสภาเป็นประจำปีละครั้ง

ข้อ 6 ประกาศนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา เป็นต้นไป จะเห็นได้ว่าประกาศแพทยสภาดังกล่าวมีขึ้นเพื่อควบคุมมาตรฐานการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ โดยเป็นประกาศแพทยสภา ที่ 1/2540 เรื่องมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ซึ่งมีการกำหนดชัดเจนว่าผู้ที่จะสามารถดำเนินการได้ต้องเป็นแพทย์ที่มีความเชี่ยวชาญด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ และใบรับรองจากราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทย และผู้ที่ให้บริการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์จะต้องเป็นผู้ที่มีปัญหาเรื่องการมีบุตรยาก และผู้ที่รับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์จะต้องไม่ใช่หญิงโสด มีคู่สมรส ผ่านการคลอดบุตรมาแล้ว เพื่อให้การคลอดบุตรง่าย และต้องเป็นผู้ที่ไม่มีสายเลือดใกล้ชิดกันกับคู่สมรส โดยตรงที่ขอรับเทคโนโลยี เพื่อตัดปัญหาความผูกพัน ความผิดปกติกของทารก ประกาศแพทยสภาฉบับนี้ยังไม่มีบทลงโทษ จะเอาผิดได้ก็เฉพาะแพทย์ ซึ่งต้องมีผู้ร้องเรียน ทำให้เหมือนเป็นหลักเกณฑ์ที่ปราศจากอำนาจ¹⁶

3.1.3.2 ประกาศแพทยสภา ที่ 21/2544 เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (ฉบับที่ 2) ประกาศ ณ วันที่ 20 มิถุนายน พ.ศ. 2545¹⁷

ตามที่แพทยสภาได้ออกประกาศฉบับที่ 1/2540 ลงวันที่ 22 ตุลาคม พ.ศ. 2540 กำหนดมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น บัดนี้เห็นเป็นการสมควรกำหนดมาตรฐานการให้บริการในเรื่องดังกล่าว เป็นการเพิ่มเติมเพื่อคุ้มครองผู้รับบริการให้เหมาะสมยิ่งขึ้น

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 21 (1) แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 ซึ่งเป็นพระราชบัญญัติที่มีบทบัญญัติ บางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา 29 ประกอบกับมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย คณะกรรมการแพทยสภาจึงได้มีมติในการประชุมครั้งที่ 10/2544 ลงวันที่ 11 ตุลาคม 2544 ให้ออกประกาศไว้ ดังต่อไปนี้

¹⁶ ความเห็นของศาสตราจารย์ นายแพทย์สมศักดิ์ โล่ห์เลขา นายกแพทยสภา.

¹⁷ ราชกิจจานุเบกษาฉบับประกาศทั่วไปเล่ม 119 ตอนที่ 68 ง วันที่ 22 สิงหาคม 2545.

ข้อ 1. ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นข้อ 4/1 และข้อ 4/2 ของประกาศแพทยสภาฉบับที่ 1/2540 ลงวันที่ 22 ตุลาคม 2540 เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ดังนี้

ข้อ 4/1 การให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์จะต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะเป็นการทำสำเนาชีวิต (Human Cloning) เพื่อการเจริญพันธุ์

ข้อ 4/2 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบตามข้อ 3 หรือเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ จะต้องรักษามาตรฐานการให้บริการในส่วนที่เกี่ยวกับการบริจาคเซลล์สืบพันธุ์ จากหญิงหรือชาย หรือตัวอ่อน ที่ใช้ในกระบวนการช่วย การเจริญพันธุ์ดังนี้

(1) กรณีที่คู่สมรสต้องการมีบุตร โดยให้ภรรยาเป็นผู้ตั้งครรภ์ ผู้ประกอบ วิชาชีพเวชกรรมอาจให้บริการโดย

(ก) ใช้เซลล์สืบพันธุ์จากผู้บริจาคเพื่อการปฏิสนธิไม่ว่าจะทำให้เกิดขึ้นภายในหรือภายนอกร่างกาย

(ข) รับบริจาคตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์

(2) กรณีที่คู่สมรสต้องการมีบุตร โดยให้หญิงอื่นซึ่งมิใช่ภรรยาตั้งครรภ์แทน ผู้ประกอบ วิชาชีพเวชกรรมจะให้บริการได้เฉพาะกรณีใช้ตัวอ่อนที่มาจากเซลล์สืบพันธุ์ของคู่สมรสเท่านั้น

(3) การให้บริการตาม (1) หรือ (2) ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข ดังนี้

(ก) ไม่มีการจ่ายค่าตอบแทนแก่ผู้บริจาคเซลล์สืบพันธุ์ในลักษณะที่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการซื้อขาย

(ข) ไม่มีการจ่ายค่าตอบแทนแก่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนในลักษณะที่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการรับจ้างตั้งครรภ์

(ค) หญิงที่ตั้งครรภ์แทน จะต้องเป็นญาติโดยสายเลือดของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

(ง) การตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมของตัวอ่อนก่อนย้ายเข้าสู่โพรงมดลูก (Pre-implantation Genetic Diagnosis) ให้กระทำได้เฉพาะการตรวจเพื่อวินิจฉัยโรคตามความจำเป็นและสมควรทั้งนี้จะต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะที่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการเลือกเพศ โดยจะต้องมีหนังสือแสดงความยินยอมตามแบบแนบท้ายประกาศนี้

(4) การให้บริการนอกเหนือไปจากมาตรฐานที่กำหนดไว้ใน (1) (2) และ (3) ผู้ประกอบ วิชาชีพเวชกรรม ซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบหรือเป็นผู้ให้บริการต้องได้รับความเห็นชอบจากราชวิทยาลัย สูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทยก่อนการให้บริการทุกครั้ง

ข้อ 2 ประกาศนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

3.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับมาตรการคุ้มครองสิทธิของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในต่างประเทศ

สิทธิและเสรีภาพของประชาชน นอกจากจะได้รับการคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญแล้ว ในความเป็นประชาคมโลกที่มีความแตกต่างกันตามอัตลักษณ์ของแต่ละประเทศ จึงมีวิถีปฏิบัติต่อประชาชนของตนแตกต่างกัน และเพื่อให้มนุษย์ได้รับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานเหมือนกัน จึงได้มีข้อตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับที่ประเทศภาคีสมาชิกยึดถือปฏิบัติ เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน หากพบว่า ประเทศภาคีสมาชิกใดละเมิดหรือไม่ปฏิบัติตาม ข้อตกลงดังกล่าวที่ประเทศตนได้มีข้อตกลงไว้ย่อมได้รับการลงโทษ ตอบโต้ หรือนำมาตรการทางเศรษฐกิจมากำหนดด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศได้¹⁸ และเมื่อประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ ฉะนั้น ประเทศไทยจึงต้องแก้ไขหรือนำวินิจฉัยกฎหมายภายในตาม ข้อตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยได้ลงนามเอาไว้ด้วย

3.2.1 หลักกฎหมายระหว่างประเทศคุ้มครองสิทธิของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ได้แก่

3.2.1.1 กฎบัตรสหประชาชาติ (Charter of the United Nations)

ในอารัมภบทของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้ยืนยันหลักการพื้นฐานต่างๆ ในเรื่องสิทธิมนุษยชนภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติ โดยยอมรับในเกียรติภูมิที่มีติดตัวและสิทธิที่เท่าเทียมกัน และไม่อาจเพิกถอนได้ของมนุษย์ทุกคน เป็นรากฐานของเสรีภาพ ความยุติธรรม และสันติภาพในโลก

หลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนภายใต้กฎบัตรนี้ถือได้ว่าเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่รัฐสมาชิกขององค์การสหประชาชาติต้องปฏิบัติตาม ซึ่งพันธกรณีดังกล่าวได้รับการยืนยันจากอารัมภบทของกฎบัตร คือ “เราบรรดาประชาชนแห่งสหประชาชาติได้ตั้งเจตจำนง...ที่จะยืนยันความเชื่อมั่นในสิทธิมนุษยชน อันเป็นหลักมูลในเกียรติศักดิ์ และคุณค่าของมนุษยชน...”¹⁹ ประกอบกับมาตรา 1 (3), 13 (1) (b), 55 (c), 62 (2), 68 และมาตรา 76 (c)²⁰ ของกฎบัตรดังกล่าว ก็ได้

¹⁸ สุเทพ เอี่ยมคง. สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย. (ฐานข้อมูลสถาบันพระปกเกล้า). สืบค้นเมื่อ 1 มิถุนายน 2550, จาก www.kpi.ac.th/wiki/index.php/สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย

¹⁹ อารัมภบทกฎบัตรสหประชาชาติ.

²⁰ กฎบัตรสหประชาชาติ มาตรา 1 (3) “...ส่งเสริมและสนับสนุนการเคารพสิทธิมนุษยชนและอิสรภาพอันเป็นหลักมูลสำหรับทุกคน โดยปราศจากความแตกต่างในทางเชื้อชาติ เพศ ภาษา หรือ ศาสนา...”

มาตรา 13 (1) (b) “...ส่งเสริมความร่วมมือระหว่างประเทศในด้านเศรษฐกิจ การสังคม วัฒนธรรม การศึกษา และอนามัย และช่วยเหลือให้ประจักษ์ผลในสิทธิมนุษยชนและอิสรภาพอันเป็นหลักมูลสำหรับทุกคน โดยปราศจากความแตกต่างในทางเชื้อชาติ เพศ ภาษา หรือศาสนา”

ยืนยันหลักการเคารพสิทธิมนุษยชนและอิสรภาพอันเป็นหลักมูลสำหรับทุกคนไว้เช่นเดียวกัน ซึ่งในทางกฎหมายระหว่างประเทศสิทธิมนุษยชนไม่ใช่เป็นเพียงสิทธิทางศีลธรรม (Moral rights) เท่านั้น แต่เป็นสิทธิทางกฎหมายที่มีผลผูกพันอีกด้วย²¹

อย่างไรก็ตามกฎบัตรสหประชาชาติ มิได้กำหนดคำนิยามและขอบเขตเนื้อหาของคำว่าสิทธิมนุษยชน รวมทั้งมิได้กำหนดวิธีการทางกฎหมายที่เพียงพอต่อการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอย่างมีประสิทธิภาพ²² จึงเห็นได้ว่าสิทธิมนุษยชนตามกฎบัตรสหประชาชาติ ดังกล่าวยังไม่ชัดเจนเพียงพอ ดังนั้นสหประชาชาติจึงได้จัดทำและประกาศใช้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ขึ้น ทั้งนี้เพื่อยืนยันความเชื่อมั่นและการเคารพต่อหลักสิทธิมนุษยชนให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้น ซึ่งกรณีดังกล่าวมีอาจปฏิเสธได้ว่าการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามกฎบัตรสหประชาชาตินี้ รวมหมายถึงการคุ้มครองสิทธิเด็กในฐานะที่เป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานด้วย

3.2.1.2 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights)

สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติได้มีมติยอมรับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948²³ โดยวัตถุประสงค์ของการประกาศใช้ปฏิญญานี้คือเพื่อยืนยันเจตนารมณ์ของสหประชาชาติถึงความเชื่อมั่นในสิทธิมนุษยชน โดยกำหนดคำนิยามและขอบเขตเนื้อหาของสิทธิมนุษยชนให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้น โดยระบุถึงสิทธิต่างๆ ที่ให้การรับรองไว้ทั้งหมด 30 ข้อ แต่ไม่ได้แยกประเภทของสิทธิไว้ว่าสิทธิใดเป็นสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม หรือสิทธิใดเป็นสิทธิพลเมืองหรือสิทธิทางการเมือง แต่ในปฏิญญาดังกล่าวมีบทบัญญัติที่กล่าวถึงการคุ้มครองสิทธิเด็กในข้อ 25 (2) คือ “มารดาและเด็กมีสิทธิที่จะได้รับการดูแลรักษาและ

มาตรา 55 (c) “... การเคารพโดยสากลและการปฏิบัติตามสิทธิมนุษยชนและอิสรภาพอันเป็นมูลฐานสำหรับทุกคน โดยปราศจากความแตกต่างในทางเชื้อชาติ เพศ ภาษา หรือศาสนา”

มาตรา 62 (2) “คณะมนตรีอาจทำคำแนะนำเพื่อความมุ่งหมายที่จะส่งเสริมการเคารพและการปฏิบัติตามสิทธิมนุษยชนและอิสรภาพอันเป็นหลักมูลสำหรับทุกคน”

มาตรา 68 “...คณะมนตรีเศรษฐกิจและการสังคมจัดตั้งคณะกรรมการต่างๆ ขึ้นในด้านเศรษฐกิจและการสังคม และสำหรับการส่งเสริมสิทธิมนุษยชน...”

มาตรา 76 (c) “สนับสนุนการเคารพต่อสิทธิมนุษยชน และอิสรภาพอันเป็นหลักมูลฐานสำหรับทุกคน โดยปราศจากความแตกต่างในทางเชื้อชาติ เพศ ภาษา หรือศาสนา...”

²¹ ประสิทธิ์ เอกบุตร. (2530, พฤศจิกายน). “อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กขององค์การสหประชาชาติ.” *วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช 1*. หน้า 130.

²² แหล่งเดิม.

²³ มติที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติที่ 217 (III).

ช่วยเหลือเป็นพิเศษ เด็กที่ป่วยไม่ว่าจะเกิดในหรือนอกสมรสจะต้องได้รับการคุ้มครองทางสังคม เช่นเดียวกัน”²⁴ และจากบทบัญญัติก็ได้รับการยืนยันอีกครั้งในวรรคที่สี่ของอารัมภบทของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

อย่างไรก็ตาม ปริญญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชนนี้ได้กล่าวถึงความคุ้มครองสิทธิเด็กไว้เพียงส่วนหนึ่งเท่านั้น จึงเห็นว่า ไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองสิทธิเด็กที่มีความต้องการอย่างเป็นพิเศษ ประกอบกับสถานะทางกฎหมายของปริญญาไม่มีผลผูกพันรัฐภาคีที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีแต่อย่างใด ทั้งนี้ เนื่องจากปริญญาเป็นคำประกาศหลักการโดยทั่วไปที่บรรดารัฐต่างๆ ยอมรับ แต่ไม่กำหนดข้อผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตาม ในกรณีนี้มีความเห็นของนักกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น Kelsen²⁵ ให้ความเห็นว่า ปริญญาเป็นเพียงถ้อยแถลง (Statement) ไม่ก่อให้เกิดพันธกรณีทางกฎหมายที่รัฐจะต้องปฏิบัติตาม หรือ Brierly²⁶ มีความเห็นว่าปริญญาไม่ใช่สนธิสัญญาและไม่ก่อให้เกิดพันธะทางกฎหมายแต่อย่างใด ด้วยเหตุผลดังกล่าวที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติจึงได้จัดตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Human Rights Commission) ขึ้นมาเพื่อยกร่างกติกาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนอีก 2 ฉบับ ได้แก่ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ทั้งนี้ก็เพื่อให้วัตถุประสงค์ของปริญญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชนมีผลผูกพันทางกฎหมายต่อรัฐภาคีที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณี

3.2.1.3 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic Social and Cultural Rights 1966)

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม นี้มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 3 มกราคม ค.ศ. 1976 ซึ่งกติกานี้ได้มีบัญญัติในข้อ 10 ที่กล่าวถึงการคุ้มครองของสิทธิเด็ก คือ ข้อ 10 รัฐภาคีแห่งกติกานี้รับรองว่า :

1) ครอบครัว ซึ่งเป็นหน่วยรวมของสังคมที่เป็นพื้นฐานและเป็นธรรมชาติควรได้รับการคุ้มครอง และช่วยเหลืออย่างกว้างขวางที่สุดเท่าที่จะทำได้ โดยเฉพาะในการจัดตั้งและในขณะที่

²⁴ ปริญญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 25 (2).

²⁵ Kelsen, Hans. Principles of International Law, 2 (The United States of America, 1966). p. 227. อ้างถึงใน อิงอร จินตนาเลิศ. (2541). *กลไกระหว่างประเทศเพื่อการปฏิบัติตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิเด็ก*. หน้า. 10.

²⁶ James Leslie Brierly The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace, (Oxford: Clarendon, 1963), p. 294. อิงอร จินตนาเลิศ. เล่มเดิม. หน้า. 10.

ต้องรับผิดชอบต่อการดูแล และการศึกษาของเด็กที่ยังพึ่งตนเองไม่ได้ การสมรสต้องกระทำโดยความยินยอมอย่างเสรีของผู้ที่เจตนาจะสมรส

2) มารดาควรได้รับการคุ้มครองพิเศษระหว่างช่วงระยะเวลาตามควรก่อนหรือหลังการให้กำเนิดบุตร ในระหว่างช่วงระยะเวลาเช่นนี้ มารดาซึ่งทำงาน ควรได้รับอนุญาตให้ลา โดยได้รับค่าจ้าง หรือลาโดยมีสิทธิประโยชน์ด้านสวัสดิการสังคมอย่างเพียงพอ

3) มาตรการคุ้มครองและช่วยเหลือพิเศษแก่เด็กและผู้เยาว์ที่พึ่งพิง โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติเนื่องจากชาติกำเนิดหรือเงื่อนไขอื่น ๆ เด็กและผู้เยาว์ควรได้รับการคุ้มครองจากการแสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจและสังคม การว่าจ้างเด็กให้ทำงานซึ่งเป็นภัยต่อจิตใจหรือสุขภาพหรือเป็นอันตรายต่อชีวิตหรืออาจจะขัดขวางพัฒนาการตามปกติของเด็กควรได้รับการลงโทษตามกฎหมาย รัฐควรกำหนดอายุขั้นต่ำซึ่งห้ามไม่ให้มีการจ้างแรงงานเด็กและกำหนดให้มีโทษตามกฎหมาย²⁷

นอกจากกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม จะมีผลผูกพันทางกฎหมายต่อรัฐภาคีที่จะต้องปฏิบัติตามแล้ว กติกานี้ยังได้กำหนดหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนไว้ กล่าวคือ ในกติกาดังกล่าวได้กำหนดให้มีคณะกรรมการว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญที่มีความเป็นอิสระจำนวนหนึ่งทำหน้าที่ตรวจตรารายงานที่รัฐภาคีได้เสนอมา ซึ่งกลไกดังกล่าวจะทำให้การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ²⁸

3.2.1.4 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights 1966)

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองนี้มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 26 มีนาคม ค.ศ. 1976 ซึ่งกติกานี้มีบทบัญญัติที่กล่าวถึงการคุ้มครองสิทธิเด็กไว้ในข้อ 6 (5), 10 (2) (b), 14 (4), 18 (4) และข้อ 24 กล่าวคือ

ข้อ 6 (5) จะไม่มีการพิพากษาให้ประหารชีวิตในคดีอาชญากรรมที่กระทำโดยบุคคลผู้มีอายุต่ำกว่า 18 ปี และจะลงโทษนี้ต่อหญิงมีครรภ์มิได้

ข้อ 10 (2) (b) พึงแยกผู้ต้องหาว่ากระทำผิดที่เป็นเยาวชนออกจากผู้ใหญ่และให้นำตัวขึ้นพิจารณาพิพากษาคดีให้เร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้

²⁷ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ข้อ 10.

²⁸ รายละเอียดของวิธีการคุ้มครองสิทธิตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม มีบทบัญญัติอยู่ในข้อ 16 ถึงข้อ 25 แห่งกติกาดังกล่าว.

ข้อ 14 (4) ในกรณีที่ถูกกระทำผิดเป็นเด็กหรือเยาวชน วิธีพิจารณาความให้เป็นไปโดยคำนึงถึงอายุและความประสงค์จะส่งเสริมการแก้ไขความประพฤติของบุคคลนั้น

ข้อ 18 (4) รัฐภาคีทั้งหลายแห่งกติกาฉบับนี้รับที่จะเคารพเสรีภาพของบิดา มารดาและผู้ปกครองตามกฎหมาย ในกรณีที่มีในอันที่จะให้การศึกษาด้านวิทยาศาสตร์และศีลธรรมแก่เด็กให้เป็นไปตามความเชื่อของตน

ข้อ 24 (1) เด็กทุกคนย่อมมีสิทธิในมาตรการต่างๆ เพื่อการคุ้มครองเท่าที่จำเป็นแก่สถานะแห่งผู้เยาว์ในส่วนของครอบครัวของตน สังคม และรัฐ โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากเชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา เผ่าพันธุ์แห่งชาติ หรือสังคม ทร์พัยสิน หรือกำเนิด

(2) เด็กทุกคนย่อมมีหลักฐานทางทะเบียนพื้นที่ที่ถือกำเนิดและย่อมได้รับการตั้งชื่อ

(3) เด็กทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับสัญชาติ²⁹

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองนี้มีผลผูกพันรัฐภาคีที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณี และที่สำคัญมีบทบัญญัติที่กำหนดวิธีดำเนินการเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิต่างๆ ที่รับรองไว้

นอกจากนี้กติกาดังกล่าวยังมีบทบัญญัติในเรื่องการให้สิทธิร้องเรียนแก่รัฐภาคีในกรณีที่รัฐภาคีหนึ่งเห็นว่ารรัฐภาคีอื่นๆ ไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีในกติกานี้ ซึ่งการร้องเรียนดังกล่าวมีเงื่อนไขอยู่คือ เรื่องร้องเรียนนี้จะถูกรับไว้พิจารณาก็ต่อเมื่อรัฐภาคีที่ได้ประกาศยอมรับอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนเป็นผู้ยื่นเท่านั้น และเรื่องร้องเรียนนี้จะไม่ถูกรับไว้พิจารณาถ้าเป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับรัฐภาคี ซึ่งมีได้ประกาศยอมรับอำนาจของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน³⁰

3.2.1.5 หลักการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989

เด็กถือว่าเป็นทรัพยากรมนุษย์ที่มีค่าต่อมวลมนุษยชาติ เนื่องจากเด็กต้องเติบโตเป็นผู้ใหญ่และเป็นคนกำลังสำคัญต่อไปในการพัฒนาประเทศ จึงต้องได้รับความคุ้มครองในสิทธิขั้นพื้นฐานและความคุ้มครองจากการเอารัดเอาเปรียบจากบุคคลในสังคม ซึ่งจากการเห็นความสำคัญของการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กของประชาคมโลกนี้เอง ทำให้เกิดแนวความคิดในการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กขึ้น และมีการจัดทำกฎหมายและตราสารระหว่างประเทศ (International Instrument) หลายฉบับที่ให้การรับรองสิทธิของเด็ก เช่น ปฏิญญาแห่งกรุงเจนีวา ค.ศ. 1924 (Declaration of Geneva 1924), ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1948 (Declaration of the Rights of the Child 1948) ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1959 (United Nation Declaration of the Rights of the Child 1959) และ

²⁹ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ 6 (5), 10 (2) (b), 14 (4), 18 (4) และข้อ 24.

³⁰ กุมพล พลวัน. (2547). พัฒนาการสิทธิมนุษยชน. หน้า 114.

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 (Convention on the Rights of the Child 1989) เป็นต้น ในปัจจุบันกฎหมายระหว่างประเทศที่มีบทบาทสำคัญต่อการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กเป็นอย่างมาก ได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 เนื่องจากอนุสัญญานับดังกล่าว เป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กในหลายๆ ด้าน เช่น สิทธิขั้นพื้นฐาน และสิทธิในครอบครัว เป็นต้น อีกทั้งอนุสัญญานับนี้ ยังสามารถที่จะให้ความคุ้มครองแก่เด็กทุกคนที่มีความแตกต่างในเชื้อชาติ วัฒนธรรม ประเพณี และศาสนาได้

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ถือว่ามีความสำคัญต่อการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กในปัจจุบันเป็นอย่างยิ่ง โดยถือว่าเป็นอนุสัญญาที่ให้ความคุ้มครองสิทธิแก่เด็กฉบับแรกที่มีผลผูกพันทางกฎหมายที่รัฐภาคีมีพันธะต้องปฏิบัติตาม เพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กอันเป็นพลเมืองของตน ซึ่งการจัดทำอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ได้มีการนำเอาหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีความสำคัญและมีความจำเป็นต่อการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็ก โดยเฉพาะหลักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนมาบัญญัติไว้ นอกจากนี้ยังมีการนำเอาหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นใหม่นำมาใช้ในการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กด้วย

การพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศที่ให้ความคุ้มครองสิทธิเด็ก ได้เริ่มมีมาตั้งแต่ต้นศตวรรษที่ 20 โดยได้มีการพัฒนาไปพร้อมๆ กับการพัฒนาของกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ โดยตราสารระหว่างประเทศที่เป็นเครื่องมือของสิทธิมนุษยชนที่ให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กสามารถจำแนกได้ตามวิวัฒนาการของตราสารระหว่างประเทศได้ดังนี้

1) ปฏิญญาแห่งกรุงเจนีวาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1924 (The Geneva Declaration of the Rights of the Child of 1924) ถือว่าเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่เป็นเครื่องมือของสิทธิมนุษยชนฉบับแรกที่ทำให้การคุ้มครองสิทธิของเด็ก โดยการร่างปฏิญญานี้ได้รับการสนับสนุนจากสหภาพกองทุนช่วยเหลือเด็กระหว่างประเทศ (Save the Children Fund International Union)³¹ ซึ่งได้รับการยอมรับจากองค์กรของรัฐบาลประเทศต่างๆ และสันนิบาตชาติ (the Assembly of the League of Nations) ได้ลงมติรับรองปฏิญญาสากลดังกล่าวเมื่อวันที่ 26 กันยายน ค.ศ. 1924³² เมื่อพิจารณาเนื้อหาของปฏิญญานี้ ในส่วนของอารัมภบทได้กำหนดว่า “มนุษยชาติเป็นหนี้สิ่งที่ดีที่สุดที่จะพึงต้องมอบให้แก่เด็ก” (Mankind owes to the best)³³ อีกทั้งยังกำหนดหน้าที่ในการปฏิบัติต่อเด็กเพื่อคุ้มครองสิทธิของเด็กตามปฏิญญานับนี้ให้เป็นหน้าที่ของทั้งชายและหญิงไม่ว่าจะเป็นชาติใดก็ตาม

³¹ อิงอร จินตนาเลิศ. เล่มเดิม. หน้า. 15.

³² แหล่งเดิม.

³³ The Geneva Declaration of the Rights of the Child 1924.

(Men and women of all nation)³⁴ โดยมีได้กำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐแต่อย่างใด ซึ่งในการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กตามปฏิญญานี้ได้กำหนดหลักการพื้นฐานไว้ 5 ประการกล่าวคือ

- (1) เด็กจะต้องได้รับการพัฒนาตามสภาวะปกติทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจ
- (2) เด็กจะต้องได้รับอาหาร เด็กที่ป่วยจะต้องได้รับการรักษาพยาบาล เด็กที่ด้อยโอกาสจะต้องได้รับการช่วยเหลือ เด็กที่เป็นผู้กระทำความผิดกฎหมายจะต้องได้รับการปรับปรุง และเด็กทารกและเด็กที่ถูกทอดทิ้งจะต้องได้รับความคุ้มครองและการสงเคราะห์
- (3) เด็กจะต้องเป็นกลุ่มแรกที่ได้รับช่วยเหลืออย่างทันที่ในภาวะยากลำบาก
- (4) เด็กจะต้องอยู่ในฐานะที่สมควรที่จะดำรงชีวิตอยู่ และต้องได้รับการปกป้องจากการแสวงหาประโยชน์จากเด็กในทุกรูปแบบ
- (5) เด็กจะต้องได้รับการเลี้ยงดูโดยตระหนักว่าพรสวรรค์ของเด็กจะต้องได้รับการช่วยเหลือจากมนุษยชาติ

เมื่อพิจารณาจากหลักการพื้นฐานทั้ง 5 ประการแล้ว พบว่า เนื้อหาของปฏิญญา กล่าวถึงสิทธิของเด็ก แต่ไม่ได้กล่าวถึงความต้องการของเด็กเป็นพิเศษได้แต่อย่างใด นอกจากนี้ข้อความปฏิญญาดังกล่าวใช้คำว่า “เด็กจะต้องได้รับ...” ซึ่งเท่ากับว่าเด็กเป็นบุคคลที่ต้องถูกคุ้มครอง (Object) มิใช่บุคคลผู้ทรงสิทธิโดยตัวของเด็กเอง (Subject)³⁵ และโดยที่ปฏิญญานี้เป็นสนธิสัญญานฉบับแรกที่จัดทำขึ้นโดยความคิดทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิของเด็ก ฉะนั้นการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กนั้นจึงมีขอบเขตที่จำกัด อีกทั้งยังไม่มีกรกล่าวถึงภาระหน้าที่ของรัฐที่จะต้องปฏิบัติเพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิแก่เด็กแต่อย่างใด

2) ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1959 (The Declaration of the Rights of the Child 1948) ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลงก็ได้มีการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติขึ้นโดยปลายปี ค.ศ. 1940 องค์การสหประชาชาติได้มีการนำเอาปฏิญญาแห่งกรุงเจนีวาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1924 ขึ้นมาพิจารณาใหม่และได้มีการยกร่างปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็กขึ้น ซึ่งร่างดังกล่าวได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการเป็นเอกฉันท์จากที่ประชุมทั่วไปขององค์การสหประชาชาติในปี ค.ศ. 1948 หลักการและเนื้อหาส่วนใหญ่ของปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1924 ไว้ และมีการเพิ่มเติมเนื้อหาบางส่วนเท่านั้น โดยปฏิญญาดังกล่าวได้กำหนดหลักการพื้นฐานไว้ 7 ประการ³⁶ ได้แก่

³⁴ Ibid.

³⁵ Malfrid Grude Flekkoy. (1991). *A Voice for the Children: Speaking Out as Their Ombudsman*. p. 213. อังอิง อิงอร จินตนาเลิศ. เล่มเดิม. หน้า 15.

³⁶ The Declaration of the Rights of the Child 1948.

(1) เด็กจะต้องได้รับความคุ้มครองโดยไม่คำนึงถึงเชื้อชาติ สัญชาติ หรือข้อปฏิบัติทางศาสนา

(2) เด็กจะต้องได้รับความดูแลเอาใจใส่ที่เหมาะสมจากครอบครัว

(3) เด็กจะต้องได้รับวิธีการที่จำเป็นสำหรับการพัฒนาตามปกติ ทางกาย ศิลปกรรม และศาสนา

(4) เด็กหิวโหยจะต้องได้รับอาหาร เด็กที่ป่วยจะต้องได้รับการรักษาพยาบาล เด็กที่มีความบกพร่องทางกายหรือจิตใจจะต้องได้รับความช่วยเหลือ เด็กที่ปรับตัวต่อสภาพแวดล้อมไม่ได้จะต้องได้รับการศึกษาใหม่ เด็กกำพร้าหรือเด็กที่ถูกทอดทิ้งต้องได้รับที่พำนักและการช่วยเหลือ

(5) เด็กจะต้องเป็นกลุ่มแรกที่ได้รับการช่วยเหลืออย่างทันท่วงทีในภาวะลำบาก

(6) เด็กจะต้องได้รับการช่วยเหลืออย่างเต็มที่จากโครงการของรัฐ สวัสดิการสังคมและความช่วยเหลือจากรัฐ เด็กจะต้องได้รับการฝึกฝนที่จะสามารถกระทำได้ตามเวลาที่เหมาะสมแก่การดำรงชีวิต และต้องได้รับการปกป้องจากการแสวงหาประโยชน์ในทุกรูปแบบ

(7) เด็กจะต้องได้รับการเลี้ยงดูโดยตระหนักว่าพรสวรรค์ของเด็กจะต้องได้รับการช่วยเหลือจากมนุษยชาติ

จะเห็นได้ว่า ปฏิญญานี้ได้มีการปรับปรุงเนื้อหาในบางส่วนที่มีการให้ความคุ้มครองเพิ่มเติมจากปฏิญญาแห่งกรุงเจนีวา ว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1924

3) ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1959 (The Declaration of the Rights of the Child 1959) ปฏิญญานี้มีการยกร่างตั้งแต่ปี ค.ศ. 1949 โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนของคณะมนตรีความมั่นคงและสังคมแห่งสหประชาชาติ ซึ่งในการยกร่างปฏิญญาดังกล่าวนี้ประเทศต่างๆ ที่มีความแตกต่างในเรื่องของวัฒนธรรมและการพัฒนาในเรื่องเศรษฐกิจก็ได้เข้ามามีส่วนร่วมในการร่างปฏิญญาฉบับนี้ โดยเลขาธิการสหประชาชาติยอมรับเอาความคิดเห็นของรัฐบาล 21 ประเทศอันประกอบด้วย พม่า โคลัมเบีย เช็ก โกลส โลวาเกีย สาธารณรัฐโดมินิกัน อินเดีย อิรัก เนเธอร์แลนด์ ฟิลิปปินส์ สหรัฐอเมริกา เวเนซุเอลา เบลเยียม แคนาดา เดนมาร์ก เอกวาดอร์ อียิปต์ เม็กซิโก นิวซีแลนด์ ปานามา แอฟริกาใต้ สวีเดน และสหราชอาณาจักร ซึ่งจากการร่วมมือของรัฐบาลประเทศต่างๆ นี้แสดงให้เห็นถึงแนวความคิดที่จะให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กไม่ได้มาจากแนวความคิดของประเทศตะวันตกแต่เพียงฝ่ายเดียว

บทบัญญัติของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1959 นี้ประกอบด้วย 2 ส่วนหลัก คือ ส่วนแรกเป็นในส่วนของอาร์มบทที่ได้กล่าวรับรองสิทธิของเด็กทั้งก่อนและหลังกำเนิด และส่วนที่สองเป็นส่วนของบทบัญญัติอันประกอบด้วยหลักการที่ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของเด็กทั้งสิ้น 10 ประการ ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้เป็นสิทธิมนุษยชนที่มีความสำคัญที่นำมาจากปฏิญญา

สากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 จะเห็นได้จากการที่ปฏิญญานี้ได้รับรองสิทธิเด็กให้สามารถมีสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองเป็นฉบับแรก³⁷ ถือได้ว่าเป็นความสำเร็จอีกขั้นหนึ่งของแนวความคิดที่จะให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของเด็กที่จะให้เด็กได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษแตกต่างจากบุคคลกลุ่มอื่น นอกจากนี้ยังได้ปรากฏหลักการที่สำคัญในการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กอีกสองประการ คือ หลักการไม่เลือกปฏิบัติต่อเด็ก (Non-discrimination) และหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กที่จะต้องได้รับการพิจารณาว่ามีความสำคัญสูงสุด (The best interests of the Child shall be the paramount consideration) ซึ่งหลักการนี้สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่เสนอขึ้นในการร่างปฏิญญาเพื่อนำมาประกอบการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็ก

4) อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 (The U.N. Convention on the Rights of the Child (1989)) ในปลายปี ค.ศ. 1970 รัฐสมาชิกสหประชาชาติซึ่งนำโดยรัฐบาลแห่งประเทศโปแลนด์ ได้มีการอภิปรายที่จะให้มีการพิจารณาร่างตราสารระหว่างประเทศเพื่อนำมาใช้คุ้มครองสิทธิของเด็ก ทั้งนี้เนื่องจากตราสารระหว่างประเทศที่ให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กทั้ง 3 ฉบับ ได้แก่ ปฏิญญาแห่งกรุงเจนีวาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1924 ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1948 และปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1959 นั้นยังคงเป็นเพียงถ้อยแถลง (Statement) หลักการทั่วไปจึงไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมาย มีสถานะเพียงข้อผูกพันทางศีลธรรมและการเมืองเท่านั้น³⁸ โดยรัฐสมาชิكدังกล่าวมีความเห็นว่า ตราสารระหว่างประเทศที่ให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กนั้นจะไม่ใช่เป็นเพียงแนวทางในการให้รัฐปฏิบัติตามหลักการแต่เพียงอย่างเดียว แต่จะต้องมีผลผูกพันทางกฎหมายระหว่างประเทศให้รัฐภาคีต้องปฏิบัติตาม ต่อมาในปี ค.ศ. 1978 รัฐบาลประเทศโปแลนด์ได้จัดทำต้นร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กขึ้นและได้มีการนำเสนอต่อที่ประชุมคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งองค์สหประชาชาติ (the U.N. Commission on Human Rights (UNHCR)) ในสมัยประชุมครั้งที่ 34 จากนั้นข้อเสนอดังกล่าวได้ถูกนำเสนอต่อคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคม (the Economic and Social Council (ECOSOC)) เพื่อพิจารณาโดยรัฐบาลประเทศโปแลนด์ได้มีการร้องขอให้สมาชิกสหประชาชาติพิจารณาร่างอนุสัญญาดังกล่าวเป็นกรณีพิเศษขึ้นเพื่อให้มีการรับรองในปี ค.ศ. 1979³⁹

ในปี ค.ศ. 1979 ซึ่งถือได้ว่าเป็นปีที่การบังคับใช้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1959 ครบยี่สิบปี สหประชาชาติจึงเห็นควรประกาศให้ปีดังกล่าวเป็นปีเด็กสากล

³⁷ จีราวัฒน์ แซ่มชัยพร. (2551). การคุ้มครองสิทธิเด็กโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามมาตรา 3 (1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989. หน้า 11.

³⁸ อิงอร จินตนาเลิศ. เล่มเดิม. หน้า 19.

³⁹ แหล่งเดิม. หน้า 20.

(The International Tear of the Child) และในปลายปีนี้เองสหประชาชาติได้ลงมติรับร่างอนุสัญญาที่จัดทำโดยรัฐบาลประเทศโปแลนด์มาพิจารณา อย่างไรก็ตามเมื่อเลขาธิการสหประชาชาติได้เวียนร่างอนุสัญญาดังกล่าวให้ตัวแทนจากหลายประเทศได้พิจารณาถ้อยคำของร่างอนุสัญญาดังกล่าว เช่น ตัวแทนจากประเทศเดนมาร์ก ก็ได้รับความคิดเห็นจากตัวแทนของประเทศต่างๆ ว่าถ้อยคำที่ปรากฏในร่างอนุสัญญาดังกล่าวยังขาดความถูกต้องและความชัดเจนที่จะก่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายได้ อีกทั้งบางถ้อยคำไม่สามารถที่จะนำมาปรับใช้คุ้มครองสิทธิของเด็กได้ทุกกรณี ฉะนั้นคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งองค์การสหประชาชาติได้จัดตั้ง An open-ended Working Group on the Question of a Convention on the Rights of the Child เพื่อเป็นคณะทำงานในการร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กขึ้น โดยประกอบด้วยผู้แทนจากรัฐต่างๆ จาก 43 รัฐ นอกจากนี้ยังมีตัวแทนจากองค์กรระหว่างประเทศ องค์กรเอกชน และผู้แทนจากรัฐสมาชิกและสหประชาชาติเข้าร่วมในฐานะผู้สังเกตการณ์ (Observers) ซึ่งในการจัดทำร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนี้ได้รวบรวมหลักการคุ้มครองสิทธิเด็กที่กระจายอยู่ตามตราสารระหว่างประเทศต่างๆ และพิจารณาประกอบกับร่างอนุสัญญาที่รัฐบาลประเทศโปแลนด์ได้จัดทำขึ้น

ต่อมาในเดือนธันวาคม ค.ศ. 1988 คณะทำงานได้ยอมรับร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและได้นำเสนอต่อที่ประชุมใหญ่สมัชชาสหประชาชาติเพื่อพิจารณา ซึ่งที่ประชุมใหญ่สมัชชาสหประชาชาติได้มีมติอย่างเป็นทางการเป็นเอกฉันท์รับรองอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน ค.ศ. 1989 โดยเปิดให้มีการลงนามครั้งแรกเมื่อวันที่ 26 มกราคม ค.ศ. 1990 และเปิดให้สัตยาบันและภาคยานุวัติ เมื่อวันที่ 26 มกราคม ค.ศ. 1990 ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 2 กันยายน ค.ศ. 1990 ในปัจจุบันมีรัฐที่เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาดังกล่าวทั้งสิ้น 193 ประเทศ⁴⁰

3.2.2 กฎหมายต่างประเทศที่คุ้มครองสิทธิของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์

ในต่างประเทศนั้นการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มีความก้าวหน้าและได้รับการพัฒนามาเป็นเวลานานแล้ว อีกทั้งยังเกิดเป็นปัญหาในการฟ้องร้องอันเกี่ยวข้องกับสิทธิของเด็กที่เกิดมาจากการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์เป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ด้วยวิธีการให้หญิงอื่นเป็นผู้ตั้งครรภ์แทนมารดาผู้เป็นเจ้าของหน่วยพันธุกรรม โดยผู้ศึกษาได้ทำการรวบรวมข้อกฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ดังต่อไปนี้

3.2.2.1 ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษนับว่าเป็นประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์อีกประเทศหนึ่งของโลก ดังจะเห็นได้จากการกำเนิดของลูอิส บราวน์ จากกรรมวิธีปฏิสนธินอกร่างกายเกิดขึ้นเป็นครั้งแรกในประเทศอังกฤษ นอกจากความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์

⁴⁰ จีราวัฒน์ แซ่มชัยพร. เล่มเดิม. หน้า 10-12.

ดังกล่าวแล้ว ประเทศอังกฤษยังเป็นประเทศที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีความขึ้นสู่ศาลเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนจำนวนหลายคดี ซึ่งส่งผลให้มีการตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และการรับตั้งครรภ์แทนมาใช้บังคับ โดยเฉพาะ

แม้ว่าความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ในประเทศอังกฤษจะมีการพัฒนาต่อเนื่องมาโดยตลอด แต่ความคิดริเริ่มที่จะออกกฎหมายเกี่ยวกับการจัดการเทคโนโลยีดังกล่าวนี้เพิ่งเริ่มขึ้นอย่างจริงจังหลังจากความสำเร็จของการให้กำเนิดมนุษย์ด้วยการปฏิสนธิออกร่างกายเมื่อปี ค.ศ. 1978 เท่านั้น⁴¹ โดยในปี ค.ศ. 1982 กระทรวงสุขภาพและประกันสังคม (Department of Health and Social Security) ได้จัดตั้งคณะกรรมการชุดหนึ่งเรียกว่า The Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology ให้มีหน้าที่ศึกษาวิเคราะห์ถึงผลกระทบทางจริยธรรมของเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ ซึ่งรวมไปถึงการรับตั้งครรภ์แทนด้วย คณะกรรมการชุดนี้มี Dame Mary Warnock ศาสตราจารย์ด้านปรัชญาจากมหาวิทยาลัยอ็อกฟอร์ดเป็นประธาน คณะกรรมการชุดนี้จึงถูกเรียกชื่อว่า “คณะกรรมการวอร์นอค” (The Warnock Committee)

คณะกรรมการชุดนี้ได้เสนอรายงานการศึกษาวิจัยรวมทั้งข้อเสนอแนะต่อรัฐบาลอังกฤษ รายงานการวิจัยฉบับนี้ (ซึ่งมักเรียกกันว่า The Warnock Report) คณะกรรมการวอร์นอคได้สรุปความเห็นว่าการที่คู่สมรสไม่สามารถมีบุตรด้วยวิธีการตามธรรมชาติถือเป็นความเจ็บป่วยประการหนึ่งที่สามารถได้รับการบำบัดรักษาภายใต้การบริการสาธารณสุขของรัฐ คณะกรรมการชุดนี้จึงเสนอให้รัฐออกกฎหมายเพื่อให้การเข้าถึงการบำบัดรักษาเช่นนี้เป็นไปด้วยความสะดวกมากยิ่งขึ้น

1) สถานะของสัญญารับตั้งครรภ์แทน

แม้ว่าการรับตั้งครรภ์แทนจะไม่ถือเป็นความผิดตามกฎหมาย Surrogacy Arrangement Act แต่ก็มีปัญหาที่ควรพิจารณาว่าการรับตั้งครรภ์แทนที่มีข้อตกลงว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องส่งมอบเด็กที่เกิดมานั้นให้แก่ผู้ว่าจ้างและผู้ว่าจ้างตกลงที่จะจ่ายค่าตอบแทนให้แก่หญิงนั้นเป็นความผิดตามฐานซื้อขายเด็ก (Baby Selling) หรือไม่ ในปัญหานี้ มีผู้เห็นว่าการกระทำเช่นนี้ไม่ถือเป็นความผิดตามกฎหมายคอมมอนลอว์เพราะกฎหมายคอมมอนลอว์เพียงแต่ถือว่าการซื้อขายเด็กเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดี (contra bonos mores) เท่านั้น โดยมีได้ถือว่าเป็นอาชญากรรม⁴²

⁴¹ Kennedy, I and A. Grubb. (1994). *Medical Law: Text with Materials*, Butterworths. p. 759. อ้างถึงใน จักรกฤษณ์ วรรพจน์ และคณะ. (2548). *การผสมเทียม โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน* (รายงานการวิจัย). หน้า 67.

⁴² Kennedy, I, and A. Grubb, Op.cit. p. 839. อ้างใน จักรกฤษณ์ วรรพจน์ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 70.

หากผู้ว่าจ้างมีวัตถุประสงค์ที่จะรับเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรรค์แทนเป็นบุตรบุญธรรม การจ่ายเงินให้แก่หญิงที่รับตั้งครรรค์แทนจะเป็นความผิดตามกฎหมายการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม เพราะตามพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ค.ศ. 1976 (Adoption Act 1976) มาตรา 57 ถือว่าการชำระเงินหรือมอบผลประโยชน์อื่นใดเพื่อเป็นการตอบแทนที่เกี่ยวข้องกับการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย⁴³ ตัวอย่างในคดี Re an Adoption Application (Surrogacy)⁴⁴ โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า คู่สมรสคู่หนึ่งได้ทำสัญญากับหญิงคนหนึ่งให้รับตั้งครรรค์แทนโดยมีการตกลงกันว่า จะชำระเงินจำนวน 10,000 ปอนด์ให้แก่หญิงนั้น ต่อมาหญิงที่รับจ้างได้มีเพศสัมพันธ์กับคู่สมรสฝ่ายชายที่ว่าจ้างและได้ให้กำเนิดเด็กคนหนึ่ง เด็กคนนี้ได้อยู่อาศัยกับคู่สมรสที่ว่าจ้างมาโดยตลอด จนกระทั่งเด็กมีอายุได้ 2 ปี 4 เดือน คู่สมรสคู่นี้ได้ยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ศาลสูงของอังกฤษ (High Court) โดยผู้พิพากษา Lately ได้วินิจฉัยว่าการชำระเงินดังกล่าวให้แก่หญิงที่รับจ้างตั้งครรรค์แทน ไม่ถือว่าขัดต่อมาตรา 50 (ซึ่งต่อมาก็คือมาตรา 57) ของพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ด้วยเหตุผลที่ว่าจำนวนเงินที่จ่ายให้แก่หญิงที่รับจ้างตั้งครรรค์แทนนั้นเป็นเงินที่ชำระให้เป็นการตอบแทนสำหรับการใช้จ่ายในการตั้งครรรค์ ในขณะที่มีการทำข้อตกลงรับตั้งครรรค์แทน ทั้งสองฝ่ายมิได้มีเจตนาที่เกี่ยวข้องกับการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม เงินดังกล่าวจึงไม่ถือว่าเป็นค่าตอบแทนสำหรับการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม

ในเรื่องของอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรรค์แทน ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ ข้อตกลงที่จะสละอำนาจปกครองไม่อาจฟ้องร้องบังคับคดีได้หากขัดกับ ความประสงค์ของคู่สัญญา ในขณะที่มีการฟ้องร้องกันนั้น ศาลอังกฤษเคยวินิจฉัยว่า มารดาไม่อาจสละสิทธิในอำนาจปกครองบุตรได้ เพราะกฎหมายให้สิทธินั้นแก่มารดาเพียงเพื่อให้มารดาปฏิบัติหน้าที่ในฐานะมารดาได้โดยสมบูรณ์เท่านั้น

คดีแรกที่มีการฟ้องร้องกันเกี่ยวกับสัญญารับตั้งครรรค์แทนในประเทศอังกฤษ คือ คดี A v. C ซึ่งเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1978 ในขณะนั้นยังไม่มีกฎหมาย Surrogacy Arrangement Act ใช้บังคับ

⁴³ S. 57(1) of the Adoption Act “Subject to the provisions of this section, it shall not be lawful to make or give any person any payment or reward for or in consideration of –

- (a) the adoption by that person of a child;
- (b) the grant by that person of any agreement or consent required in connection with the adoption of a child;
- (c) the handing over of a child by that person of a view to the adoption of a child; or
- (d) the making by that person of any arrangement for the adoption of a child.”

⁴⁴ [1987] Fam 81, [1987] All ER 826. อ้างใน จักรกฤษณ์ ควรวจน์ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 70.

ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีอยู่ว่า นาย A ได้นำสัญญาว่าจ้างนาง C ซึ่งเป็นหญิงโสเภณีให้รับตั้งครรภ์แทน โดยวิธีการฉ้อโกง โดยได้ตกลงว่าจ้างเป็นเงิน 3,000 ปอนด์ แต่ต่อมาภายหลังคลอดบุตร นาง C กลับเปลี่ยนใจที่จะไม่รับเงินค่าจ้างและไม่ยอมส่งมอบบุตรตามข้อตกลง คดีได้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาล โดยนาย A ขอให้ศาลบังคับให้นาง C ส่งมอบเด็กให้ตามสัญญาศาลชั้นต้นโดยผู้พิพากษา Comyn กล่าวว่า สัญญารับตั้งครรภ์แทนดังกล่าวเป็นสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน โดยให้เหตุผลว่าสัญญาประเภทนี้เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ในการซื้อขายเด็ก เมื่อคดีได้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลอุทธรณ์ ผู้พิพากษา Ormrod มีความเห็นไปในทำนองเดียวกัน โดยประณามสัญญา นี้ว่าเป็นสัญญาที่คู่สัญญาขาดสำนึกความรับผิดชอบอย่างไรก็ดีมีข้อสังเกตว่า ความเห็นดังกล่าวข้างต้นเป็นเพียงการให้ความเห็นทางนิติศาสตร์ (Judicial comment) เท่านั้น ศาลมิได้มีคำพิพากษา โดยตรงเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของสัญญารับตั้งครรภ์แทน แต่น่าเชื่อว่าหากศาลต้องวินิจฉัย ปัญหาดังกล่าวแล้ว ศาลก็จะต้องพิพากษาว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของสัญญารับตั้งครรภ์แทนได้ถูกพิจารณาโดยคณะกรรมการวอร์นอคเช่นกัน คณะกรรมการชุดนี้เสนอให้บัญญัติกฎหมายให้ชัดเจนว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งคณะกรรมการนี้มีความเห็นว่า สัญญารับตั้งครรภ์แทนควรที่จะเป็นสัญญาที่ขัดต่อกฎหมายและไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้⁴⁵

ภายหลังคณะกรรมการวอร์นอคได้จัดทำรายงานเสนอต่อรัฐบาลอังกฤษไม่นานนักเมื่อต้นปี ค.ศ. 1985 ได้มีคดีเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์เกิดขึ้นอีกคดีหนึ่งทำให้รัฐสภาของอังกฤษพยายามที่จะเร่งรัดออกกฎหมายการรับตั้งครรภ์แทนโดยเร็ว และในปีเดียวกันนั้นเอง รัฐสภาอังกฤษจึงได้ออกกฎหมาย Surrogacy Arrangement Act 1985 ห้ามมิให้มีคนกลางดำเนินการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกแก่การทำสัญญารับตั้งครรภ์แทน อย่างไรก็ตามรัฐสภาของอังกฤษได้ทิ้งปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของสัญญารับตั้งครรภ์แทนไว้ เนื่องจากไม่มีเวลาที่จะพิจารณาอย่างละเอียดรอบคอบได้ กฎหมายรับตั้งครรภ์แทนฉบับนี้จึงได้บัญญัติหลักการแต่เพียงกว้างๆ ว่า กฎหมายฉบับนี้ให้ใช้บังคับกับสัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่ว่าสัญญานั้นจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม⁴⁶

ในปีค.ศ. 1987 รัฐบาลอังกฤษได้ออกสมุดปกขาว (White Paper) เสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายรับตั้งครรภ์แทนหลายประเด็น รวมทั้งให้มีการกำหนดสถานะทางกฎหมาย

⁴⁵ จักรกฤษณ์ ครอบงำ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 71-72.

⁴⁶ Section 1 (9) of the Surrogacy Arrangement Act 1985. "This Act applies to arrangements whether or not they are lawful."

ของสัญญารับตั้งครรภ์ให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น⁴⁷ จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1990 ได้มีการออกกฎหมาย Human Fertilisation and Embryology Act มาควบคุมการใช้เทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ มาตรา 36 (1) ของกฎหมายฉบับนี้ได้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย Surrogacy Arrangement Act โดยได้เพิ่มเติมมาตรา 1A ว่า สัญญารับจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่ไม่อาจฟ้องร้องบังคับคดีได้ไม่ว่าโดยคู่สัญญาฝ่ายใด⁴⁸ โดยผลของบทบัญญัตินี้ คู่สมรสที่ว่าจ้างจึงไม่อาจฟ้องร้องบังคับให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนส่งมอบเด็กแก่ตนเองได้ และในทำนองเดียวกัน หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็ไม่อาจเรียกร้องให้คู่สมรสที่ว่าจ้างชำระค่าตอบแทนตามสัญญาได้เช่นกัน

2) การควบคุมการจัดการให้มีการรับตั้งครรภ์แทน

หลังจากคณะกรรมการวอร์นอคได้เสนอความเห็นต่อรัฐบาลอังกฤษได้ไม่นานนัก เมื่อต้นปี ค.ศ. 1985 ได้มีรายงานว่าได้มีคดีฟ้องร้องเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์โดยมีคนกลางเข้ามาเกี่ยวข้องเป็นครั้งแรกในประเทศอังกฤษในคดีนี้ ซึ่งเรียกกันโดยทั่วไปว่าคดี Baby Cotton⁴⁹ มีข้อเท็จจริงอยู่ว่า คู่สมรสคู่หนึ่งซึ่งฝ่ายหญิงไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ตามธรรมชาติได้ติดต่อกันคนกลางในประเทศสหรัฐอเมริกาเพื่อให้หาหญิงที่ต้องการรับจ้างตั้งครรภ์แทน และต่อมาได้พบหญิงคนหนึ่งในประเทศอังกฤษที่ประสงค์ที่จะรับจ้างตั้งครรภ์ คู่สมรสฝ่ายชายจึงได้เดินทางมาที่ประเทศอังกฤษและมอบเชื้ออสุจิให้แก่พยาบาลคนหนึ่งเพื่อนำไปฉีดใส่โพรงมดลูกของหญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์ หลังจากนั้นหญิงคนนี้ได้ตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรซึ่งชื่อมวลชนเรียกว่า Cotton ที่โรงพยาบาลแห่งหนึ่งในกรุงลอนดอน เมื่อคลอดทารกแล้ว หญิงคนนี้ได้เดินทางออกจากโรงพยาบาลโดยมิได้นำทารกไปด้วย ส่วนคู่สามีภรรยาที่ว่าจ้างได้เดินทางเข้ามาในประเทศอังกฤษเพื่อรับตัวทารกไปดูแล⁵⁰ คดีได้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลโดยมีประเด็นว่า โรงพยาบาลสามารถมอบเด็กคนนี้ให้แก่คู่สามีภรรยาที่ว่าจ้างตั้งครรภ์ได้หรือไม่ ในที่สุดศาลได้วินิจฉัยว่าสมควรที่จะให้สามีภรรยาคนนี้เป็นผู้ปกครองเด็กคนดังกล่าว⁵¹

จากคดีนี้จึงเป็นที่มาของการออกกฎหมาย Surrogacy Arrangement Act มาตรา 2 ซึ่งบัญญัติให้การติดต่อ จัดหา หรือเข้าร่วมในการเจรจาต่อรองสัญญารับจ้างตั้งครรภ์แทนในทางการค้าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ดังที่ได้กล่าวแล้ว คู่สมรสที่ว่าจ้างหรือหญิงที่

⁴⁷ Human Fertilisation and Embryology: A Framework for Legislation (1987, Cmnd 259) para. 65.

⁴⁸ Section 1A of the Surrogacy Arrangement Act “No surrogacy arrangement is enforceable by or against any of the persons making it.”

⁴⁹ Re C (A Minor) (Wardship: Surrogacy) (1985) F.L.R. 486.

⁵⁰ จักรกฤษณ์ ครอบงำ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 74

⁵¹ แหล่งเดิม. หน้า 75.

รับจ้างตั้งครรภ์แทนจะไม่ถือว่ามีคามผิดตามมาตรา ๒๖ เพราะมีกฎหมายบัญญัติยกเว้นไว้โดยชัดแจ้ง⁵² กฎหมายดังกล่าวห้ามเฉพาะคนกลางมิให้แสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์จากการรับตั้งครรภ์แทนเท่านั้น แต่มิได้ห้ามมิให้คนกลางดำเนินการให้คำปรึกษาหรือจัดหาหญิงเพื่อรับจ้างตั้งครรภ์แทน หากเป็นการดำเนินการเพื่อมิได้มุ่งประโยชน์ทางการค้าหรือการแสวงหากำไรย่อมสามารถกระทำได้ ซึ่งกฎหมายฉบับนี้สนับสนุนแนวความคิดที่ว่า การแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์โดยคนกลางจากการรับตั้งครรภ์แทนเท่านั้นที่เป็นสิ่งที่น่ารังเกียจและไม่สามารถกระทำได้

ภายหลังจากกฎหมายฉบับนี้มีผลใช้บังคับ ได้มีการจัดตั้งองค์กรเอกชนที่ไม่แสวงหากำไรซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการหาหญิงที่ต้องการรับตั้งครรภ์แทนหลายองค์กรด้วยกัน โดยมีองค์กรที่มีชื่อเสียง 2 องค์กรคือ Childlessness Overcome Through Surrogacy (COTS) และ Surrogate Parenting Center (SPC) องค์กรแรก ได้ช่วยคู่สมรสจัดหาหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนประมาณ 250 ราย ส่วนองค์กรหลังได้ทำการจัดหาประมาณ 16 ราย⁵³

3) สิทธิในการรับบริการการรับตั้งครรภ์แทน

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่รัฐมีบทบาทในการให้บริการด้านสุขภาพอย่างมากโดยรัฐได้จัดสรรงบประมาณสำหรับการให้บริการสาธารณสุขภายใต้โครงการที่เรียกว่า “การบริการสุขภาพแห่งชาติ” (National Health Service หรือ NHS) สิทธิในการรับบริการการบำบัดรักษาจึงเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างหนึ่ง ในการพิจารณาปัญหาว่า ผู้มีบุตรยากสามารถขอรับการบำบัดรักษาภายใต้โครงการ NHS ได้หรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาก่อนว่าความมีบุตรยากเป็นความเจ็บป่วยชนิดหนึ่งหรือไม่ ซึ่งมาตรา 128 ของพระราชบัญญัติการบริการสุขภาพแห่งชาติ (National Health Service Act 1977) กำหนดความหมายของคำว่า “ความเจ็บป่วย” (Illness) ไว้แต่เพียงกว้างๆ ว่า “ความเจ็บป่วยให้รวมถึงการบาดเจ็บหรือพิการที่ต้องการการบำบัดรักษาทางการแพทย์หรือทางทันตกรรมหรือการรักษาพยาบาล”⁵⁴

คณะกรรมการวอร์นอคไม่ได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ปัญหานี้มากเท่าใดนัก แต่คณะกรรมการชุดดังกล่าวมุ่งความสนใจในประเด็นปัญหา 2 ประเด็น คือ

⁵² มาตรา 2 พระราชบัญญัติการจัดการตั้งครรภ์แทน ค.ศ.1985. (the Surrogacy Arrangement Act 1985) อ้างใน กานต์ กาญจนะไพบูลย์. (2550). ปัญหาทางกฎหมายของสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน. หน้า 66.

⁵³ จักรกฤษณ์ ควรวจน์ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 75.

⁵⁴ Section 128 of the National Health Service Act 1977 “...‘illness’ includes any injury or disability requiring medical or dental treatment or nursing.”

ประเด็นแรก ปัญหาว่าสมควรที่จะมีการนำเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์มาใช้ในการบำบัดรักษาความมีบุตรยากหรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้คณะกรรมการวอร์นอคยอมรับว่าเทคโนโลยีนี้อาจฝ่าฝืนสำนึกทางศีลธรรมของคนบางกลุ่ม แต่ก็สมควรที่จะอนุญาตให้มีการนำเทคโนโลยีดังกล่าวมาใช้ภายใต้ข้อจำกัดที่เข้มงวด คณะกรรมการวอร์นอคยังได้เสนอด้วยว่าควรที่จะนำเทคโนโลยีดังกล่าวนี้มาใช้ต่อไปภายใต้โครงการ NHS ซึ่งหมายความว่าผู้ที่ไม่สามารถมีบุตรได้ด้วยวิธีการปกติสามารถที่จะขอรับการบริการสาธารณสุขจากรัฐได้มีรายงานว่าเมื่อเดือนเมษายน ค.ศ. 1996 องค์การสุขภาพแห่งเมืองยอร์กเชียร์ ได้ใช้วิธีการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อช่วยคู่สมรสคู่หนึ่งในการมีบุตร โดยได้เสียค่าใช้จ่ายเป็นเงิน 5,000 ปอนด์ กรณีนี้จึงถือเป็นครั้งแรกที่การรับตั้งครรภ์แทนได้รับการสนับสนุนภายใต้โครงการบริการสุขภาพแห่งชาติ⁵⁵

ประเด็นต่อไปเกี่ยวกับการเข้าถึงการบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากก็คือ ผู้สมควรได้รับการบำบัดรักษาโดยเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ ในประเด็นนี้อาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณี คือ ความเหมาะสมของบุคคลที่จะเป็นบิดามารดา (Suitability to be a parent) และความเหมาะสมของคู่สมรสที่มีได้จดทะเบียนสมรสตามกฎหมาย (Suitability of unmarried couple)

ในกรณีแรกนั้น ความเหมาะสมที่จะเป็นบิดามารดามักจะถูกกำหนดเป็นเงื่อนไขหนึ่งของการบำบัดรักษาความมีบุตรยากเสมอ โดยทั่วไปแล้วหน่วยงานที่ให้บริการด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์จะถูกกำหนดให้จัดตั้งคณะกรรมการจริยธรรมขึ้นเพื่อที่จะทำการพิจารณาว่าการให้บริการบำบัดรักษาคู่สมรสที่อยู่ในภาวะมีบุตรยากแต่ละกรณีนั้นเป็นไปโดยคุ้มครองสิทธิของผู้เข้ารับการบำบัดและเป็นไปเพื่อประโยชน์ของทารกที่จะกำเนิดมาหรือไม่ ดังนั้น คณะกรรมการจริยธรรมจึงมักจะพิจารณาความเหมาะสมที่จะเป็นบิดามารดาของผู้เข้ารับการบำบัดรักษาด้วยเพื่อประกอบการพิจารณา

ประเด็นปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่งก็คือ เป็นการสมควรหรือไม่ที่จะให้บริการบำบัดรักษาภาวะความมีบุตรยากเฉพาะแก่คู่สมรสที่จดทะเบียนสมรสตามกฎหมายเท่านั้น คณะกรรมการวอร์นอคเห็นว่าการให้บำบัดรักษาผู้ป่วยเช่นนี้ไม่ควรที่จะพิจารณาจากสถานภาพของการสมรสตามกฎหมายเท่านั้น คู่สมรสที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสควรที่จะเข้าถึงเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ได้เช่นกัน ตามหลักการทั่วไปแล้ว การกำเนิดในครอบครัวที่มีทั้งบิดาและมารดาย่อมเป็นประโยชน์แก่เด็กมากกว่า

⁵⁵ McHale J, Fox M, and Murphy J. Op.cit. p. 651. อ้างถึงใน จักรกฤษณ์ วรรพจน์ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 71.

4) สถานภาพของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน

ตามกฎหมายอังกฤษ สถานะทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนับว่ามีความสำคัญมาก เนื่องจากเด็กที่เป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นจึงจะมีสิทธิภายในครอบครัวตามที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น หากพิจารณาในแง่ของสิทธิภายในครอบครัว บุตรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็จะมีสถานภาพที่ต่ำกว่าบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่เดิมกฎหมายคอมมอนลอว์ไม่ได้พิจารณาสถานภาพทางกฎหมายของเด็กจากความสัมพันธ์ระหว่างเด็กนั้นกับบิดามารดา แต่จะพิจารณาจากสถานภาพทางสมรสระหว่างสามีกับภรรยาเป็นสำคัญ เด็กที่เกิดมาจะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีและภรรยาต่อเมื่อได้ปฏิสนธิหรือคลอดเป็นทารกในขณะที่สามีภรณานั้นเป็นสามีภรรยาตามกฎหมายเท่านั้น

แต่ในช่วงหลายสิบปีที่ผ่านมา สังคมอังกฤษได้เปิดกว้างยอมรับเสรีภาพของคู่สมรสในการกำหนดสถานภาพทางการสมรสของตนเองมากยิ่งขึ้น หลักการข้างต้นของกฎหมายคอมมอนลอว์จึงได้เปลี่ยนแปลงไป โดยถือว่าเด็กที่เกิดจากการสมรสที่เป็น โฆษะหรือ โฆษิมะ จะเป็นเด็กที่ชอบด้วยกฎหมาย หากต่อมาบิดามารดาได้สมรสกัน นอกจากนั้นสิทธิตามกฎหมายของเด็กที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็มีเพิ่มมากขึ้นด้วย จนในที่สุดได้มีการยกเลิกสถานะของ “เด็กที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย” จนหมดสิ้น สิทธิในทางกฎหมายของเด็กทุกคนจึงเท่าเทียมกัน ไม่ว่าจะเกิดมาจากครอบครัวที่บิดามารดาสมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม

5) ความเป็นมารดา

ในอดีตเมื่อเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ยังไม่มีความเจริญก้าวหน้านัก มารดาที่ให้กำเนิดทารกย่อมมีความสัมพันธ์ทั้งในทางสายเลือดและทางพันธุกรรมกับทารก ดังนั้น จึงไม่มีความจำเป็นที่กฎหมายต้องแยกสถานะระหว่างมารดาที่ตั้งครรภ์กับมารดาทางพันธุกรรม โดยถือว่าหญิงที่ให้กำเนิดบุตรมีหน้าที่ต้องแจ้งจดทะเบียนการเกิดของเด็กนั้นว่าเป็นบุตรของตน

แม้ว่าเมื่อเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มีความก้าวหน้ามากขึ้น หลักการดังกล่าวในกฎหมายอังกฤษก็ได้เปลี่ยนแปลงไปและได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมาย Human Fertilisation and Embryology Act 1990 ด้วย มาตรา 27 (1) ของกฎหมายฉบับนี้กล่าวไว้โดยชัดแจ้ง

ว่า “หญิงซึ่งกำลังตั้งครรภ์หรือได้ตั้งครรภ์เด็กอันสืบเนื่องมาจากการนำเอาตัวอ่อนหรือเชื้ออสุจิและไข่ไปใส่ไว้ในร่างกายย่อมถือว่าเป็นบุคคลคนเดียวเท่านั้นที่เป็นแม่ของเด็กที่กำเนิดมา”⁵⁶

⁵⁶ Section 27 (1) of the Human Fertilisation and Embryology Act 1990 บัญญัติว่า “The woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of embryo or sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child.”

กฎหมายอังกฤษจะใช้เกณฑ์ในการพิจารณาความเป็นมารดาของบุตรเฉพาะจากการให้กำเนิดบุตรเท่านั้น โดยมารดาที่ให้กำเนิดจะถือเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายสำหรับการรับตั้งครรภ์แทนนั้น มารดาที่ให้กำเนิดย่อมถือว่าเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายแต่เพียงผู้เดียวโดยไม่ถือว่าหญิงที่ทำสัญญาว่าจ้างให้ตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาตามกฎหมาย ไม่ว่าจะมีการนำไข่ของหญิงนั้นมาใช้ในการผสมเทียมหรือไม่ก็ตาม

6) ความเป็นบิดา

สามีของหญิงที่ให้กำเนิดบุตรจากการฉีดเชื้อสุจิของผู้บริจาคนั้นควรที่จะถือว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น หากสามีของหญิงนั้นให้ความยินยอมในการกระทำความผิดจากหลักการนี้สามารถแยกพิจารณาได้เป็น 2 ประการ คือ

ประการแรก หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย สามีของหญิงนั้นก็จะเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้ให้ความยินยอมในการรับตั้งครรภ์แทนนั้น⁵⁷ ในกรณีนี้ความยินยอมของสามีมีความสำคัญมากเพราะถึงแม้สามีจะพิสูจน์ได้ว่าเด็กที่เกิดมานั้นไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับตนเอง ชายคนดังกล่าวก็ยังคงถือเป็นบิดาตามกฎหมายของเด็กเพราะตนได้ให้ความยินยอมแล้ว หากสามีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนสามารถพิสูจน์ได้ว่าตนไม่ได้ให้ความยินยอมแล้ว ก็จะไม่ถือว่าเป็นบิดาของเด็กแต่จะถือว่าเด็กนั้นเป็นเด็กที่ไม่มีบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย (Legally fatherless child)⁵⁸ โดยหญิงที่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย นั่นก็คือ หญิงที่ได้จดทะเบียนสมรสกับชายโดยชอบด้วยกฎหมายสมควรที่จะต้องได้รับความยินยอมจากสามีเป็นลายลักษณ์อักษรก่อนเพราะการตั้งครรภ์แทนนี้ย่อมมีผลกระทบต่อผู้รับตั้งครรภ์แทนและครอบครัวของผู้รับตั้งครรภ์แทนซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาขึ้นระหว่างสามีและภริยาได้⁵⁹

ประการที่สอง เมื่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายต้องพิจารณาว่ากระบวนการตั้งครรภ์นั้นเกิดขึ้นในสถานบริการที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายหรือไม่ หากกระบวนการตั้งครรภ์เกิดขึ้นในสถานบริการที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย ชายที่ว่าจ้างให้ตั้งครรภ์จะมีสถานะเป็นเพียงผู้บริจาคเชื้อสุจิเท่านั้น ซึ่งตามกฎหมายจะไม่ถือว่าเป็นบิดาของเด็ก⁶⁰

⁵⁷ พระราชบัญญัติการปฏิสนธิและตัวอ่อนมนุษย์ ค.ศ. 1990 Section 28 (2) of the Human Fertilisation and Embryology Act 1990.

⁵⁸ จักรกฤษณ์ วรรพจน์ และคณะ. (2548). เล่มเดิม. หน้า 85.

⁵⁹ กานต์ กาญจนะไพบูลย์. เล่มเดิม. หน้า 42.

⁶⁰ พระราชบัญญัติการปฏิสนธิและตัวอ่อนมนุษย์ ค.ศ. 1990 Section 28 (6) of the Human Fertilisation and Embryology Act 1990.

เด็กที่เกิดมาก็จะถือว่าเป็นเด็กที่ไม่มีบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน แต่หากปรากฏว่า กระบวนการในการตั้งครรภ์นั้นไม่ได้เกิดขึ้นโดยความช่วยเหลือของแพทย์ในสถานบริการที่ได้รับ อนุญาตตามกฎหมาย ชายที่เป็นเจ้าของเชื้อสวจินนั้น ย่อมเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กตาม กฎหมายคอมมอนลอว์

ความเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนนั้นตามกฎหมายอังกฤษถือว่า ผู้ที่เป็นบิดาตามกฎหมายนั้น ต้องเป็นกรณีใดกรณีหนึ่งตามที่ได้กล่าวมาในข้างต้นนี้

3.2.2.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาคือประเทศที่มีการรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ใน รัฐธรรมนูญโดยชัดแจ้ง ทำให้ทุกมลรัฐมีหน้าที่ในการออกกฎหมายไปในทางที่เอื้อประโยชน์แก่ การใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชน ขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประเทศ สหรัฐอเมริกานั้นมีอยู่กว้างมาก สิทธิและเสรีภาพในการสืบพันธุ์ (Procreative rights and liberty) นับว่าเป็นสิทธิและเสรีภาพอย่างหนึ่งที่ได้รับการรับรองภายใต้รัฐธรรมนูญ การบัญญัติกฎหมาย หรือการวินิจฉัยคดีในศาลเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนไม่ว่าจะเป็นไปในทางส่งเสริมสนับสนุน หรือการจำกัดและควบคุมการรับตั้งครรภ์แทนจึงมักจะมีปัญหาตามมาอยู่เสมอว่ากฎหมายหรือ คำพิพากษาของศาลเช่นนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

ในปี ค.ศ. 1989 ได้มีการเสนอร่างกฎหมายสองฉบับเพื่อห้ามมิให้มีการรับตั้งครรภ์แทน ในประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายฉบับแรกซึ่งมีชื่อเรียกว่า “Surrogacy Arrangement Act of 1989” ได้ถูกเสนอโดยนายโรนัลด์ ลูเคน สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรคเดโมแครตจากรัฐโอไฮโอ ร่างกฎหมายฉบับนี้เสนอให้มีบทลงโทษทางอาญาแก่คู่สัญญาทุกฝ่ายในสัญญารับตั้งครรภ์แทน ตลอดจนตัวแทนหรือคนกลางในการจัดการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนนั้นหากการรับตั้งครรภ์แทน เป็นไปเพื่อประโยชน์ทางการค้า ร่างกฎหมายฉบับนี้ยังเสนอให้มีการแก้ไขกฎหมาย “Federal Trade Commission Act” เพื่อให้อำนาจคณะกรรมการการค้าของรัฐบาลกลางมีอำนาจสั่งห้ามมิให้มีการ โฆษณาใดๆ เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนด้วยแต่ในที่สุดร่างกฎหมายฉบับนี้ก็ไม่ผ่านการพิจารณา ของคณะกรรมการพลังงานและการค้าแห่งสภาผู้แทนราษฎร⁶¹

ร่างกฎหมายฉบับที่สองถูกเสนอโดยนายโรเบิร์ต ดอร์เนน สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พรรครีพับลิกันจากรัฐแคลิฟอร์เนีย ร่างกฎหมายฉบับนี้มีชื่อเรียกว่ากฎหมาย “Anti-Surrogate Mother Act of 1989” ภายใต้ร่างกฎหมายฉบับนี้ การกระทำทุกอย่างที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์ แทนไม่ว่าจะเป็นการจัดหาหญิงรับตั้งครรภ์แทน การโฆษณา หรือการให้ความช่วยเหลือทาง

⁶¹ Krim, T. (1996). *Beyond Baby M: International Perspectives on Gestational Surrogacy and the Demise of the Unitary Biological Mother*. p. 213-214. อ้างใน จักรกฤษณ์ ควรวจน์ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 91.

การแพทย์ ถือว่าเป็นความผิดทางอาญาทั้งสิ้น ร่างกฎหมายฉบับนี้ยังเสนอให้สัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่ว่าจะมีประโยชน์ทางการค้าหรือไม่ ถือเป็นสัญญาที่เป็น โฆษะอย่างไรก็ดี ร่างกฎหมายฉบับนี้ก็ไม่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการยุติธรรมของสภาผู้แทนราษฎรเช่นเดียวกัน⁶²

แม้จะมีความพยายามในการเสนอร่างกฎหมายเพื่อห้ามมิให้มีการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางพาณิชย์หลายครั้ง แต่ก็มักจะไม่ประสบความสำเร็จ ในปัจจุบันจึงยังไม่มีกฎหมายในระดับรัฐบาลกลางออกมาใช้บังคับ หลักเกณฑ์ของการรับตั้งครรภ์แทนจึงแตกต่างกันไปตามกฎหมายของแต่ละมลรัฐ โดยกฎหมายในระดับมลรัฐจะมีหลักเกณฑ์ใหญ่ๆ อยู่ 2 เรื่อง คือ การกำหนดสถานะทางกฎหมายของสัญญารับตั้งครรภ์แทนและการกำหนดความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนในส่วนนี้จะพิจารณาเฉพาะหลักเกณฑ์การกำหนดความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน

1) ความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน

แต่เดิมก่อนที่เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มีความก้าวหน้าดังเช่นในปัจจุบัน กฎหมายของทุกมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาที่เป็นเช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศในระบอบคอมมอนลอว์อื่น กล่าวคือ หญิงผู้ให้กำเนิดบุตรเท่านั้นที่ถือว่าเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของบุตรนั้น และหากหญิงนั้นมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย ชายผู้เป็นสามีย่อมถือว่าเป็นบิดาของเด็กที่กำเนิดมา⁶³ แต่เมื่อมีการพัฒนาเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์มากยิ่งขึ้น ทำให้มีบุคคลหลายฝ่ายอ้างสิทธิในความเป็นบิดามารดาของเด็กนั้น ปัญหาในลักษณะเช่นนี้เกิดขึ้นในทุกมลรัฐไม่ว่าจะเป็นมลรัฐที่มีกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนหรือไม่ก็ตาม ในส่วนนี้จะพิจารณาปัญหาความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน ทั้งตามกฎหมายในระดับรัฐบาลกลางและกฎหมายในระดับมลรัฐ ตลอดจนแนวคำพิพากษาของศาลในระดับมลรัฐด้วย ดังนี้

(1) กฎหมายระดับรัฐบาลกลาง (Federal Law)

ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีกฎหมายในระดับรัฐบาลกลางในการควบคุมการรับตั้งครรภ์แทนโดยเฉพาะ ในทำนองเดียว ก็ไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายของรัฐบาลกลางที่บัญญัติแสดงสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนไว้โดยตรงเช่นกันความพยายามในการสร้างกฎหมายกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันได้มีมานานแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในปี ค.ศ. 1973 ที่ประชุมคณะกรรมการแห่งชาติว่าด้วยกฎหมายที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของรัฐ (National Conference of Commissioners on Uniform State Law) ซึ่งประกอบ

⁶² แหล่งเดิม.

⁶³ Goodwin A. (1992). *Determination of Legal Parentage in Egg Donation, Embryo Transplantation, and Gestational Surrogacy Arrangements*. pp. 275, 277. อ้างถึงใน กานต์ กาญจนะไพบูลย์. เล่มเดิม. หน้า 79.

ไปด้วยตัวแทนนักกฎหมายจากทุกมลรัฐในประเทศสหรัฐ ได้เสนอรูปแบบของกฎหมายฉบับหนึ่ง เรียกว่า “กฎหมายว่าด้วยความเป็นบิดามารดาที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน” (The Uniform Parentage Act หรือ U.P.A.) เพื่อให้เป็นกฎหมายแม่แบบแก่มลรัฐต่างๆ ในการออกกฎหมายเกี่ยวกับสถานะ ความเป็นบิดามารดาของเด็กให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน

กฎหมาย U.P.A. ได้กลายเป็นกฎหมายแม่แบบในการร่างกฎหมายของมลรัฐในประเทศ สหรัฐเป็นอย่างมาก บางมลรัฐได้รับเอาหลักการตามกฎหมายนี้มาบัญญัติไว้ทั้งหมดโดยไม่มีการ แก้ไข บางมลรัฐก็ได้นำสาระสำคัญในกฎหมายดังกล่าวมาบัญญัติไว้โดยมีการแก้ไขเพียงเล็กน้อย ตามหลักการในกฎหมายฉบับนี้ ความเป็นมารดาตามธรรมชาติของเด็กย่อมพิสูจน์ได้จากการที่หญิง ได้ให้กำเนิดเด็กนั้นหรือตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับนี้⁶⁴

ประเด็นที่ถือว่ามีความสลับซับซ้อนในกฎหมาย U.P.A. ก็คือ สถานะความเป็นบิดาของเด็ก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ มีข้อสังเกตว่า แม้กฎหมาย ฉบับนี้ไม่ได้มุ่งที่จะกำหนดสถานะความเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญ พันธุ์โดยตรง แต่กฎหมายนี้ก็มิมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมด้วย ตามกฎหมายนี้ถือว่าสามีของหญิงที่ให้กำเนิดบุตรจะได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นบิดาของเด็กนั้น การโต้แย้งข้อสันนิษฐานตามกฎหมายนี้จะกระทำได้อต่อเมื่อมีพยานหลักฐานที่ชัดเจนและน่าเชื่อถือ เท่านั้น⁶⁵

สถานะของเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมนั้น ตามกฎหมายนี้ถือว่า หากการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อได้กระทำแก่หญิงมีสามีภายใต้การควบคุมดูแลของแพทย์ และสามีของหญิงนั้นได้ให้ความยินยอมแล้ว จะถือว่าสามีของหญิงนั้นเป็นบิดาของเด็ก นอกจากนั้นกฎหมายฉบับนี้ยังได้

⁶⁴ Section 3 of the Uniform Parentage Act “The parent and child relationship between a child and...the natural mother may be established [ascertained] by proof of her having giving birth to the child, or under this Act.”

⁶⁵ Section 4 of the Uniform Parentage Act “(a) A man is presumed to be the natural father of a child if: (1) he and the child’s natural mother are or have been married to each other and the child is born during the marriage,... (b) A presumption under this section may be rebutted in an appropriate action only by clear and convincing evidence. If two or more presumptions arise which conflict with each other, the presumption which on the facts is founded on the weightier considerations of policy and logic controls. The presumption is rebutted by a court decree establishing paternity of the child by another man.”

บัญญัติต่อไปว่า ผู้ที่บริจาคน้ำเชื้อให้แก่แพทย์ที่ได้รับอนุญาตนั้น ไม่ถือว่าเป็นบิดาของเด็ก เว้นแต่หญิงที่ได้รับการฉีดเชื้อนั้นจะเป็นภรรยาของชายดังกล่าว⁶⁶

แม้กฎหมาย U.P.A. จะสามารถนำไปใช้ในการกำหนดสถานะของเด็กที่เกิดจากการปฏิสนธิออกร่างกายได้ในบางกรณี แต่ก็ยังคงมีช่องว่างหากการปฏิสนธิออกร่างกายนั้นมีบุคคลหลายฝ่ายเข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น เมื่อมีการนำไข่บริจาคมาใช้ในการปฏิสนธิออกร่างกาย เป็นต้น ในปี ค.ศ. 1988 ที่ประชุมคณะกรรมการแห่งชาติว่าด้วยกฎหมายที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของรัฐจึงได้ประกาศรับรองรูปแบบของกฎหมายอีกฉบับหนึ่งเรียกว่า “กฎหมายว่าด้วยสถานะของเด็กที่เกิดจากการช่วยปฏิสนธิที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน” (Uniform Status of Children of Assisted Conception Act หรือ U.S.C.A.C.A.) โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะให้เป็นแม่แบบของกฎหมายที่กำหนดสถานะของเด็กที่เกิดจากการช่วยปฏิสนธิโดยเฉพาะ

กฎหมายฉบับนี้ได้เสนอรูปแบบของกฎหมายให้มลรัฐต่างๆ รับไปบัญญัติเป็นกฎหมาย โดยมี 2 ทางเลือกดังต่อไปนี้

ทางเลือกแรก (Alternative A) ได้เสนอให้การทำสัญญารับตั้งครรภ์แทน ต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อนเสมอ และเมื่อศาลได้อนุญาตแล้วให้มีการรับตั้งครรภ์แทนแล้ว หากการรับตั้งครรภ์แทนประสบความสำเร็จ คู่สมรสที่ว่าจ้างจะถือว่าเป็นบิดามารดาของเด็กที่กำเนิดมา แต่หากสัญญานั้นไม่ได้รับอนุญาตจากศาล หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนถือเป็นมารดาของเด็กที่กำเนิดมา ส่วนความเป็นบิดาของเด็กนั้น จะต้องพิจารณาว่าชายที่เป็นสามีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้เข้ามาเป็นคู่สัญญาด้วยหรือไม่ หากสามีของหญิงนั้นได้เข้ามาเป็นคู่สัญญาด้วย สามีของหญิงนั้นก็จะเป็นบิดาของเด็ก แต่หากสามีนั้นไม่ได้เข้ามาเป็นคู่สัญญาด้วยหรือในกรณีที่หญิงนั้นไม่มีสามีตามกฎหมาย ความเป็นบิดาของเด็กก็จะถูกกำหนดโดยกฎหมายของมลรัฐนั้น

⁶⁶ Section 5 of the Uniform Parentage Act “(a) If, under the supervision of a licensed physician and with the consent of her husband, a wife is inseminated artificially with semen donated by a man not her husband, the husband is treated in law as if he were the natural father of a child thereby conceived. The husband’s consent must be in writing and signed by him and his wife. The physician shall certify their signatures and the date of the insemination, and file the husband’s consent with the [State Department of Health], where it shall be kept confidential and in a sealed file. However, the physician’s failure to do so does not affect the father and child relationship. All papers and records pertaining to the insemination, whether part of the permanent record of a court or of a file held by the supervising physician or elsewhere, are subject to inspection only upon an order of the court for good cause shown. (b) The donor of semen provided to a licensed physician for use in artificial insemination of a married woman other than the donor’s wife is treated in law as if he were not the natural father of a child thereby conceived.

ทางเลือกที่สอง (Alternative B) สัญญารับตั้งครรภ์แทนจะตกเป็นโมฆะในทุกกรณี ส่วนความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนนั้นจะคล้ายกับที่กำหนดไว้ในกฎหมาย U.P.A. กล่าวคือ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะถือเป็นมารดาของเด็ก และสามีของหญิงนั้นจะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบิดาของเด็ก แต่สามีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีสิทธิพิสูจน์ว่าตนไม่ใช่บิดาของเด็กนั้น โดยต้องยื่นฟ้องคดีต่อศาลภายใน 2 ปีนับแต่ที่ทราบการกำเนิดของเด็ก

ในปี ค.ศ. 1989 แผนกกฎหมายครอบครัวของสมาคมเนติบัณฑิตแห่งอเมริกา (American Bar Association) ได้เสนอกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการรับตั้งครรภ์แทน (Model Surrogacy Act) ต่อที่ประชุมใหญ่ของสมาคม แต่ในที่สุดที่ประชุมใหญ่ก็มีมติไม่ยอมรับร่างกฎหมายดังกล่าว แต่ได้ประกาศยอมรับกฎหมาย U.S.C.A.C.A. ให้เป็นกฎหมายแม่แบบ⁶⁷

กระทั่งในปี ค.ศ. 2000 ที่ประชุมคณะกรรมการแห่งชาติว่าด้วยกฎหมายที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของรัฐได้ทำการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยสถานภาพของเด็กทั้งหมดโดยนำหลักการในกฎหมาย U.S.C.A.C.A. มาบัญญัติไว้ในกฎหมาย U.P.A. และได้ยกเลิกกฎหมาย U.S.C.A.C.A. ทั้งหมด ปัจจุบันกฎหมาย U.P.A. ซึ่งแก้ไขในปี ค.ศ. 2000 จึงเป็นรูปแบบของกฎหมายในระดับรัฐบาลกลางเพียงฉบับเดียวที่กำหนดสถานภาพของเด็กทั้งที่เกิดจากการผสมเทียม โดยสำหรับการรับตั้งครรภ์แทนนั้นตามกฎหมายนี้ถือว่าหากสัญญารับตั้งครรภ์แทนได้รับการพิจารณาจากศาลว่าเป็นสัญญาที่ชอบด้วยหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมาย คู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนนั้นก็จะถือว่าเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น⁶⁸

(2) กฎหมายระดับมลรัฐ

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ กฎหมายในระดับมลรัฐที่กำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่กำเนิดมาจะถือหลักการตามกฎหมายคอมมอนลอว์ กล่าวคือ มารดาที่ให้กำเนิดบุตรเท่านั้นที่ถือว่าเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ส่วนความเป็นบิดาของเด็กนั้นจะกำหนดจากสถานภาพการสมรสระหว่างหญิงที่ให้กำเนิดบุตรกับสามี โดยหากหญิงนั้นสมรสกับชายผู้เป็นสามีโดยถูกต้องตามกฎหมาย ก็จะถือว่าชายนั้นเป็นบิดาของเด็กที่กำเนิดมา เว้นแต่พิสูจน์ได้เป็นอย่างอื่น

เมื่อเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ก้าวหน้ามากขึ้น บางมลรัฐก็ได้แก้ไขกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไป แต่บางมลรัฐก็ยังคงใช้หลักการตามเดิมโดยเคร่งครัด

⁶⁷ Hey K. (1993). *Assisted Conception and Surrogacy-Unfinished Business*. pp. 775, 801.

⁶⁸ Uniform Parentage Act 2000 Section 803 “(a) If the requirements of subsection (b) are satisfied, a court may issue an order validating the gestational agreement and declaring that the intended parents will be the parents of a child born during the term of the agreement.”

ซึ่งอาจแบ่งกฎหมายของมลรัฐในสหรัฐที่กำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนได้เป็น 3 กลุ่ม คือ กลุ่มที่ถือว่าหญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์และสามีเป็นมารดาและบิดาของเด็ก กลุ่มที่ถือว่าคู่สมรสที่ว่าจ้างให้มีการตั้งครรภ์แทนเป็นบิดาหรือมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย และกลุ่มที่สันนิษฐานว่าคู่สมรสที่ว่าจ้างเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ให้สิทธิแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในการยกเลิกข้อตกลงภายในระยะเวลาที่กำหนด

ก) กลุ่มที่ถือว่าหญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์แทนและสามีเป็นมารดาและบิดาของเด็ก มลรัฐที่ใช้กฎหมายในลักษณะนี้คือ มลรัฐริโอฆา นอร์ทดาโกทา และยูทาห์ โดยมลรัฐเหล่านี้เป็นมลรัฐที่ถือว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย การกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กจึงยังคงยึดถือหลักการตามกฎหมายคอมมอนลอว์โดยเคร่งครัด

ข) กลุ่มที่สองคือ กลุ่มที่ถือว่าคู่สมรสที่ว่าจ้างให้มีการตั้งครรภ์แทนเป็นบิดาหรือมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยมีหลักเกณฑ์ คือหากชายและหญิงที่ว่าจ้างเป็นสามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อมีการรับตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะใช้เชื้อสุมของฝ่ายชายที่ว่าจ้างหรือไม่ก็ตามคู่สมรสที่ว่าจ้างนั้นก็จะถือว่าเป็นบิดาและมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นทันทีแต่หากชายและหญิงที่ว่าจ้างไม่ได้สมรสกันตามกฎหมาย กฎหมายจะถือว่าฝ่ายชายที่บริจาคเชื้อสุมเท่านั้นที่เป็นบิดาของเด็ก

สำหรับสถานะความเป็นมารดาของเด็กนั้น ตามกฎหมายถือว่า หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะมีฐานะเป็นมารดาของเด็กเพื่อประโยชน์ในการจดทะเบียนการเกิดเท่านั้น ส่วนฝ่ายที่ว่าจ้างให้มีการครรภ์แทนมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้เปลี่ยนแปลงชื่อของมารดาในสูติบัตรเป็นชื่อของฝ่ายหญิงที่ว่าจ้างได้⁶⁹ มลรัฐที่ใช้กฎหมายในลักษณะเช่นนี้ คือ มลรัฐอาร์คันซอร์

นอกจากกฎหมายของมลรัฐอาร์คันซอร์แล้ว ยังมีกฎหมายในสหรัฐอเมริกาอีก 2 มลรัฐ ซึ่งมีบทบัญญัติในทำนองเดียวกัน แต่กฎหมายของทั้งสองมลรัฐนี้ใช้เฉพาะกับกรณีที่เป็นารรับ

⁶⁹ Goodwin A. (1992). *Determination of Legal Parentage in Egg Donation, Embryo Transplantation, and Gestational Surrogacy Arrangements*. p. 278. อ้างถึงใน กานต์ กาญจนะไพบูลย์. เล่มเดิม. หน้า 113.

ตั้งครรภ์แทนซึ่งใช้ทั้งเชื้อสุจิและไข่ของกลุ่มสมรสที่จ้างเท่านั้น คือ กฎหมายของมลรัฐฟลอริดา⁷⁰ และกฎหมายของมลรัฐเนวาดา⁷¹

ค) กลุ่มที่สันนิษฐานว่ากลุ่มสมรสที่จ้างเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ให้สิทธิแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในการยกเลิกข้อตกลงภายในระยะเวลาที่กำหนด ในกรณีเช่นนี้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะถือว่าเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก มลรัฐที่ใช้กฎหมายในลักษณะเช่นนี้ประกอบด้วยมลรัฐเวอร์จิเนีย นิวแฮมป์เชียร์ และฟลอริดา แต่กฎหมายของมลรัฐเหล่านี้มีการกำหนดเงื่อนไขและรายละเอียดไว้แตกต่างกัน ซึ่งอาจพิจารณาได้ดังนี้

1) กฎหมายแห่งมลรัฐเวอร์จิเนีย⁷²

กฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนของมลรัฐเวอร์จิเนียมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1993 โดยตามกฎหมายฉบับนี้ สัญญาที่รับตั้งครรภ์แทนที่จะมีผลบังคับตามกฎหมายมี 2 ประเภท คือ สัญญาที่ได้รับอนุญาตจากศาลก่อน (Court-Approved Surrogacy Contract) กับสัญญาที่ต้องได้รับการปรับปรุงตามคำสั่งของศาล (Court-Reformed Surrogacy Contract)⁷³

⁷⁰ โปรดดู Fla. Stat. Ann. s 742. 15 ซึ่งบัญญัติว่า “(1) Prior to engaging in gestational surrogacy, a binding and enforceable gestational surrogacy contract shall be made between the commissioning couple and the gestational surrogate. A contract for gestational surrogacy shall not be binding and enforceable unless the gestational surrogate is 18 years of age or older and the commissioning couple are legally married and are both 18 years of age or older...” อ้างถึงใน จักรกฤษณ์ ควรวจน์ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 101.

⁷¹ โปรดดู Nev. Rev. Stat. Ann. s 126.045 ซึ่งบัญญัติว่า

“1. Two persons whose marriage is valid under chapter 122 of NRS may enter into a contract with a surrogate for assisted conception. Any such contract must contain provisions which specify the respective rights of each party, including:

- (a) Parentage of the child;
- (b) Custody of the child in the event of a change of circumstances; and
- (c) The respective responsibilities and liabilities of the contracting parties.

2. A person identified as an intended parent in a contract described in subsection 1 must be treated in law as a natural parent under all circumstances...” อ้างใน จักรกฤษณ์ ควรวจน์ และคณะ. (2548). เล่มเดิม. หน้า 101.

⁷² จักรกฤษณ์ ควรวจน์ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 101-103.

⁷³ สำหรับสัญญาที่จะขอรับความเห็นชอบจากศาลได้ต้องปรากฏข้อเท็จจริง ดังต่อไปนี้ คือ

- 1) คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดต้องมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลนั้น
- 2) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายและสามีต้องเข้าเป็นคู่สัญญาด้วย

2) กฎหมายแห่งมลรัฐนิวแฮมป์เชอร์

กฎหมายของมลรัฐนิวแฮมป์เชอร์มีลักษณะที่คล้ายคลึงกันกับกฎหมายของมลรัฐเวอร์จิเนียดังกล่าวข้างต้น แต่ในขณะที่กฎหมายของมลรัฐเวอร์จิเนียนั้น สัญญารับตั้งครรถ์แทนมีทั้งแบบที่ได้รับความเห็นชอบจากศาลก่อน และที่ไม่ได้รับความเห็นชอบจากศาล ส่วนกฎหมายของมลรัฐนิวแฮมป์เชอร์กำหนดให้สัญญารับตั้งครรถ์แทนต้องได้รับความเห็นชอบจากศาลก่อนเท่านั้น ส่วนสัญญาที่สร้างขึ้นโดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาลจะไม่สามารถนำมาขอรับความเห็นชอบได้ ตามกฎหมายนี้ เมื่อหญิงที่รับตั้งครรถ์แทนให้กำเนิดเด็ก คู่สมรสที่ว่าจ้างจะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นทันที แต่กฎหมายก็ให้สิทธิแก่หญิงที่รับตั้งครรถ์แทนในอันที่จะยกเลิกสัญญาได้ การยกเลิกสัญญาจะกระทำในเวลาใดๆ ก็ได้แต่ต้องกระทำก่อน 72 ชั่วโมง นับแต่การคลอดบุตรนั้น และในพฤติการณ์พิเศษ ระยะเวลาดังกล่าวอาจขยายได้จนถึงหนึ่งสัปดาห์นับแต่ที่เด็กนั้นกำเนิดมาในกรณีเช่นนี้ หญิงที่รับตั้งครรถ์แทนก็จะเป็นมารดาของเด็กนั้น⁷⁴

3) หญิงที่รับตั้งครรถ์แทนนั้นต้องเคยผ่านการมีบุตรมาก่อน

4) คู่สมรสฝ่ายหญิงที่ว่าจ้างต้องไม่สามารถตั้งครรถ์ด้วยตนเองได้ หรือสามารถตั้งครรถ์ได้ แต่การตั้งครรถ์นั้นอาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพของตัวเองหรือต่อเด็กที่จะกำเนิดมา

5) คู่สมรสที่ว่าจ้างคนใดคนหนึ่งต้องมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่จะเกิดมา กล่าวคือ คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องเป็นผู้บริจาคเชื้ออสุจิหรือไข่ที่ใช้ในการปฏิสนธิ

6) คู่สมรสที่ว่าจ้างต้องเป็นฝ่ายออกค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรถ์นั้นทั้งหมด

เมื่อศาลเห็นว่ากรณีเป็นไปตามเงื่อนไขข้างต้น ศาลจะแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ศาลขึ้นมาเพื่อให้ช่วยพิจารณาว่าสัญญาทุกฝ่ายนั้นมีความเหมาะสมที่จะเข้าทำสัญญาในลักษณะเช่นนี้หรือไม่ และจะพิจารณาความเหมาะสมของคู่สมรสที่ว่าจ้างในการเป็นบิดามารดาของเด็กด้วย โดยจะใช้หลักเกณฑ์ทำนองเดียวกันกับการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ในกรณีที่ศาลให้ความเห็นชอบกับสัญญารับตั้งครรถ์แทน เมื่อหญิงที่รับตั้งครรถ์ให้กำเนิดทารก ก็จะถือว่าคู่สมรสที่ว่าจ้างเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นทันที

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าศาลจะให้ความเห็นชอบสัญญารับตั้งครรถ์แทนแล้ว หญิงที่รับตั้งครรถ์แทนก็มีสิทธิที่จะยกเลิกสัญญาได้ภายในกำหนด 180 วันนับแต่วันที่ตั้งครรถ์ ในกรณีเช่นนี้ก็จะถือว่าหญิงที่รับตั้งครรถ์นั้นเป็นมารดาของเด็ก โดยที่ไม่ต้องรับผิดชอบชำระค่าเสียหายอย่างหนึ่งอย่างใดให้แก่คู่สมรสที่ว่าจ้างทั้งสิ้น

นอกจากกรณีที่สัญญารับตั้งครรถ์แทนได้รับความเห็นชอบจากศาลแล้ว หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าสัญญารับตั้งครรถ์แทนได้ถูกสร้างขึ้นโดยไม่ได้รับความเห็นชอบจากศาลก่อน ตามกฎหมายมลรัฐเวอร์จิเนียจะถือว่าหญิงที่รับตั้งครรถ์แทนและสามีเป็นมารดาและบิดาของเด็กนั้น แต่กฎหมายของเวอร์จิเนียก็ยังคงเปิดโอกาสให้มีการเปลี่ยนแปลงสถานภาพความเป็นบิดามารดาของเด็กได้ หากหญิงที่รับตั้งครรถ์แทนนั้นได้ยื่นคำร้องต่อศาลแสดงเจตนาละสิทธิในการเป็นมารดาของเด็ก แต่การยื่นคำร้องนี้ต้องกระทำภายหลัง 25 วันนับแต่การคลอดบุตรนั้น เมื่อศาลมีคำสั่งอนุญาต คู่สมรสที่ว่าจ้างจะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นทันที.

⁷⁴ จักรกฤษณ์ ควรวจน์ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 104-105.

3) กฎหมายแห่งมลรัฐฟลอริดา

กฎหมายแห่งมลรัฐฟลอริดาได้ถูกสร้างขึ้นเพื่อควบคุมการรับตั้งครรภ์แทน โดยเฉพาะกฎหมายนี้อนุญาตให้คู่สมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้นที่สามารถเข้าทำสัญญาจ้างให้มีการรับตั้งครรภ์แทน และกำหนดให้คู่สมรสนี้กับหญิงที่รับจ้างต้องมีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไปนอกจากนั้นกฎหมายยังห้ามมิให้มีการจ่ายค่าตอบแทนอื่นนอกเหนือไปจากค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการตั้งครรภ์และค่าใช้จ่ายในชีวิตประจำวันในจำนวนที่เหมาะสมเท่านั้น อย่างไรก็ตามกฎหมายดังกล่าวไม่ได้กำหนดเงื่อนไขว่าสัญญาตั้งครรภ์แทนจะต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อน คู่สัญญาจึงสามารถทำสัญญาตั้งครรภ์แทนได้โดยลำพัง ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมาย เมื่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนให้กำเนิดทารก คู่สมรสฝ่ายที่จ้างจะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นมารดาและบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ในเวลาใดๆ ภายใน 7 วันนับแต่การคลอดบุตร⁷⁵

(3) แนวคำพิพากษาของศาล

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายในระดับมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา มีความแตกต่างกันเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น ศาลในมลรัฐเหล่านี้ต้องอาศัยการตีความกฎหมายบ้างหรือสร้างหลักกฎหมายขึ้นเอง เมื่อศึกษาจากแนวคำพิพากษาของศาลแล้ว สถานะความเป็นบิดามารดาของทารกอาจถูกกำหนดขึ้นจากปัจจัย 3 ประการคือ เจตจำนงของคู่สัญญา ความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม และการให้กำเนิดทารก ในส่วนนี้จะได้พิจารณาเป็นลำดับไปดังนี้

ก) ความเป็นบิดามารดาโดยเจตจำนง (Intent-Based Parenthood)

การรับตั้งครรภ์แทนโดยใช้เชื้อสุจิและไข่ของคู่สมรสที่จ้างมาปฏิสนธิในอกร่างกายแล้วย้ายฝากเข้าไปยังโพรงมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้ประสบความสำเร็จเป็นครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ. 1984 แต่คดีพิพาทในกรณีเช่นนี้เพิ่งมีการนำมาฟ้องร้องต่อศาลเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1990 ที่มลรัฐแคลิฟอร์เนีย⁷⁶ คือกคดี Johnson v. Calvert⁷⁷ ในคดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า คู่สมรสคู่หนึ่งมีชื่อนายมาร์ก และนางคริสปีนา คาลเวิร์ท ต้องการที่จะมีบุตร แต่เนื่องจากนางคริสปีนามีเนื้องอกในมดลูก ทำให้ต้องตัดมดลูกออก จึงไม่สามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเองได้ เธอจึงได้ติดต่อเพื่อนซึ่งทำงานในโรงพยาบาลเดียวกันชื่อนางแอนนา จอห์นสัน เพื่อให้ตั้งครรภ์แทน โดยมีข้อตกลงที่จะ

⁷⁵ Behm, L. (1999). Legal Moral and International Perspective on Surrogate Motherhood: L. 557, 583. อังอิงใน จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 105.

⁷⁶ Krim, T. (1996). *Beyond Baby M: International Perspectives on Gestational Surrogacy and the Demise of the Unitary Biological Mother*. p. 196. อังอิงใน จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 114.

⁷⁷ คดี Johnson v. Calvert, No X 63 31 90 (Cal. Super. Ct 1990).

ใช้ไข่ของนางคริสปีนาผสมกับเชื้อสุจิของนายมาร์ก แล้วนำเข้าไปฝังตัวที่โพรงมดลูกของนางแอนนา ในการนี้นางแอนนาจะได้รับค่าใช้จ่ายเป็นเงิน 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ พร้อมกับการประกันชีวิตในวงเงิน 200,000 ดอลลาร์สหรัฐ โดยเธอตกลงที่จะสละสิทธิความเป็นมารดาของเด็กและส่งมอบเด็กนั้นให้แก่นางคริสปีนาและมาร์ก หลังจากที่นางแอนนาดังครรภ์ คริสปีนาและมาร์กได้ผลิตสัญญาไม่ยอมทำประกันชีวิตให้แก่นางแอนนา ในขณะที่นางแอนนาก็ได้ปกปิดข้อมูลว่าเธอเคยแท้งครรภ์มาแล้วหลายครั้งและยังเรียกร้อยเงินค่าจ้างล่วงหน้า ต่อมาก็ปรากฏว่านางแอนนาได้ปฏิเสธที่จะส่งมอบเด็กนั้นตามสัญญา ก่อนที่เด็กจะคลอด นางคริสปีนาและนายมาร์กได้ยื่นฟ้องต่อศาลขอให้บังคับ นางแอนนาปฏิบัติตามสัญญาและขอให้ศาลมีคำสั่งว่าทั้งคู่เป็นมารดาและบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ส่วนนางแอนนาก็ได้ยื่นฟ้องต่อศาลขอให้มีคำสั่งว่าสัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะ และสั่งให้เธอเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กเช่นกัน

ศาลชั้นต้นที่พิจารณาคดีทั้งสองได้มีคำสั่งให้ร่วมการพิจารณาเข้าด้วยกัน ในชั้นศาลมีพยานหลักฐานที่พิสูจน์ได้ว่า นางคริสปีนาและนายมาร์กเป็นมารดาและบิดาทางพันธุกรรมของเด็ก ผู้พิพากษาพาร์สโลว์จึงใช้พยานหลักฐานนี้ชี้ว่านางคริสปีนาเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ส่วนนางแอนนามีฐานะเสมือนเป็นมารดาที่รับเลี้ยงเด็ก (Foster parent) เท่านั้น จึงไม่มีสิทธิใดๆ ในตัวเด็กที่กำเนิดมา

ในชั้นพิจารณาของศาลอุทธรณ์แห่งมลรัฐแคลิฟลอเนีย ศาลได้นำบทบัญญัติของกฎหมาย U.P.A. ซึ่งใช้ในแคลิฟลอเนียมาประยุกต์ใช้ในคดีนี้ ผู้พิพากษาซิลส์ ซึ่งเป็นผู้เขียนคำพิพากษาในคดีนี้เห็นว่า ตามบทบัญญัติของกฎหมาย U.P.A. นั้น ความเป็นมารดาของเด็กย่อมพิสูจน์ได้ทั้งจากการให้กำเนิดบุตรและความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม แต่ผู้พิพากษาซิลส์ได้ตีความบทบัญญัติดังกล่าวว่า การพิสูจน์ความเป็นมารดาของเด็กนั้นจะต้องพิสูจน์จากความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมก่อน หากสามารถพิสูจน์ได้ ก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าหญิงนั้นเป็นผู้ให้กำเนิดบุตรหรือไม่ เมื่อข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่านางแอนนาไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก นางจึงไม่ใช่มารดาตามธรรมชาติ (Natural mother) ในที่สุดศาลจึงพิพากษาว่านางคริสปีนาและนายมาร์กเป็นมารดาและบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กเท่านั้น⁷⁸

คดีได้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสูงสุดของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ในชั้นนี้ ศาลได้ให้ความเห็นว่าการตีความกฎหมาย U.P.A. ของศาลอุทธรณ์มีความคลาดเคลื่อนเพราะทั้งนางแอนนาและนางคริสปีนาสามารถพิสูจน์ความเป็นมารดาตามธรรมชาติของเด็กได้ทั้งสองคน แต่ศาลยังคงเห็นว่ากฎหมายแคลิฟอร์เนียยอมรับให้เด็กมีมารดาแต่เพียงคนเดียวเท่านั้น ศาลจึงเห็นว่าหญิงที่มี

⁷⁸ 286 Cal. Rptr. 369, 377 (Cal. Ct. App. 1991). อ้างถึงใน จักรกฤษณ์ ภารพจน์ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 115.

เจตจำนงที่จะให้เด็กเกิดมาและมีความประสงค์ที่จะเลี้ยงดูเด็กนั้นย่อมถือว่าเป็นมารดาตามธรรมชาติแต่เพียงผู้เดียวตาม หลักการเช่นนี้อาจเรียกได้ว่าเป็นหลักเจตจำนง (Intent-Based Approach) คำพิพากษานี้ก็มีอิทธิพลอย่างสูงต่อศาลในคดีอื่นๆ ตัวอย่างเช่น ในคดี *In re Marriage of Buzzanca*⁷⁹ ซึ่งปรากฏว่ามีการนำตัวอ่อนมาฝังในโพรงมดลูกของหญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์แทนโดยที่ตัวอ่อนนั้นได้รับการผสมมาจากไข่และเชื้อสุจิของผู้บริจาค ซึ่งไม่ใช่ทั้งของฝ่ายคู่สมรสที่ว่าจ้างและหญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์แทน แต่ปรากฏว่าก่อนที่เด็กจะคลอด คู่สมรสที่ว่าจ้างนี้ได้ฟ้องหย่ากันต่อศาลและฝ่ายหญิงขอให้ศาลมีคำสั่งว่าเธอเป็นมารดาของเด็ก ในที่สุดศาลได้พิพากษาว่าคู่สมรสคู่นี้เป็นบิดามารดาของเด็กตามด้วยกฎหมาย โดยศาลได้นำหลักการที่ปรากฏในคำพิพากษาคดี *Johnson v. Calvert* มาเป็นเหตุผลหลักในการวินิจฉัย แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าทารกที่กำเนิดมานั้นไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสคู่นี้แม้แต่น้อย

ข) ความเป็นบิดามารดาโดยพันธุกรรม (Genetic-Based Parenthood)

นอกจากศาลชั้นต้นในคดี *Johnson v. Calvert* ซึ่งได้วินิจฉัยว่าความเป็นบิดามารดาของเด็กย่อมพิสูจน์ได้จากความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม ศาลของมลรัฐอื่นก็มีการนำหลักการเช่นเดียวกันนี้มาใช้บังคับเช่นกัน ในคดี *Belisto v. Clark* ซึ่งเกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทนโดยใช้เชื้อสุจิและไข่จากคู่สมรสที่ว่าจ้าง มีปัญหาที่ศาลต้องพิจารณาว่า ในการระบุชื่อบิดามารดาของเด็กในสูติบัตรนั้น สมควรระบุชื่อบุคคลใดระหว่างหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนกับคู่สมรสที่ว่าจ้าง

ศาลแห่งมลรัฐโอไฮโอได้ปฏิเสธที่จะนำหลักเจตจำนงมากำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กโดยให้เหตุผลไว้ 3 ประการแรกคือ อุปสรรคของการนำเอาหลักเจตจำนงมาใช้บังคับแม้ว่าจะมีการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็เป็นการยากที่จะพิสูจน์ว่าคู่สัญญาที่ว่าจ้างให้ตั้งครรภ์มีเจตนาที่จะเป็นบิดามารดาของเด็กอย่างแท้จริง ประการที่สองศาลอธิบายว่าการนำหลักเจตจำนงมาใช้บังคับเป็นการขัดต่อนโยบายสาธารณะ ในประเด็นนี้ศาลเห็นว่า การยอมรับให้บิดามารดาทางพันธุกรรมเป็นบิดามารดาตามกฎหมายจะสอดคล้องกับประโยชน์สูงสุดของเด็กและสังคมเนื่องจากบิดามารดาทางพันธุกรรมนั้นย่อมสามารถถ่ายทอดข้อมูลเกี่ยวกับลักษณะทางพันธุกรรมของตระกูลนั้นให้แก่เด็กที่กำเนิดมาได้ ประการที่สามศาลเห็นว่าหลักเจตจำนงไม่ได้ให้ความสำคัญแก่สิทธิที่จะยินยอมให้มีการสืบพันธุ์ (Right to consent to procreation) ของบุคคลที่เป็นเจ้าของหน่วยทางพันธุกรรมนั้น และหลักการดังกล่าวยังละเลยที่จะให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิที่จะสละสิทธิความเป็นบิดามารดา (Right to surrender potential parental rights) ด้วยอาศัยเหตุผลที่กล่าวมานี้ ศาลจึงสรุปว่า “บุคคลใดก็ตามที่ได้ถ่ายทอดพันธุกรรม

⁷⁹ 61 Cal. App. 4th 1410 (1997). อ้างใน จักรกฤษณ์ ควรวพจน์ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 116.

ให้แก่เด็ก บุคคลนั้นย่อมถือว่าเป็นบิดามารดาตามธรรมชาติและตามกฎหมาย เว้นแต่บุคคลเหล่านั้นจะได้สละสิทธิความเป็นบิดามารดานั้น”

การนำความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมมาเป็นเกณฑ์ในการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของศาลมลรัฐ โอไฮโอ เช่นนี้อาจเรียกได้ว่าเป็นหลักความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม (Genetic-Based Approach) ระหว่างบิดามารดาและบุตรของตน⁸⁰

ค) ความเป็นมารดาโดยการให้กำเนิด (Gestational Motherhood)

ศาลในบางมลรัฐก็ยังคงใช้หลักการตามกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ถือว่า หญิงซึ่งตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรเท่านั้นที่เป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกนั้น แม้ว่าหญิงที่ตั้งครรภ์นี้จะไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับทารกนั้นเลยก็ตาม ตัวอย่างเช่น ในคดี A.H.W v. G.H.B. คู่สมรสคู่หนึ่งได้จ้างให้หญิงคนหนึ่งตั้งครรภ์แทน โดยใช้เชื้อสุจิและไข่ของคู่สมรสคู่นี้ ต่อมาก่อนที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะให้กำเนิดทารก คู่สมรสดังกล่าวได้ยื่นคำร้องต่อศาลขอให้มีการสั่งให้ระบุชื่อของทั้งสองคนเป็นบิดาและมารดาของเด็กในทะเบียนสูติบัตร

ศาลแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์เห็นว่า ตลอดระยะเวลา 9 เดือนที่ตั้งครรภ์ หญิงที่ตั้งครรภ์ย่อมมีความสัมพันธ์อย่างลึกซึ้งกับตัวอ่อนที่อยู่ในท้อง การตั้งครรภ์มีส่วนสำคัญที่ทำให้ตัวอ่อนนั้นเจริญเติบโตขึ้น จนกระทั่งคลอดออกมามีชีวิตด้วยตนเองได้ ศาลเห็นว่า ตามกฎหมายของมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ มารดาจะสละสิทธิในความเป็นมารดาของเด็กได้ต่อเมื่อพ้นกำหนดเวลา 72 ชั่วโมงนับแต่การคลอดบุตร หากศาลยอมให้มีการเปลี่ยนแปลงชื่อบิดามารดาเป็นอย่างอื่นนอกจากที่กำหนดไว้ในกฎหมายก็จะเป็นการขัดกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีนอกจากนี้ ศาลยังเห็นว่าการเปลี่ยนแปลงสถานะความเป็นมารดาของเด็กในกรณีที่มีการรับตั้งครรภ์แทนจากมารดาที่ให้กำเนิดไปเป็นคู่สมรสฝ่ายหญิงที่จ้างก็จะเท่ากับเป็นการบังคับให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนสละสิทธิความเป็นมารดาของเด็ก ซึ่งจะก่อให้เกิดผลเสียมากกว่าผลดี ในที่สุดศาลจึงยังคงถือว่า หญิงที่ตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรเป็นบุคคลเดียวเท่านั้นที่เป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก โดยไม่ต้องคำนึงว่าหญิงนั้นจะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับทารกนั้นหรือไม่ก็ตาม

กล่าวโดยสรุป สถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามแนวคำพิพากษาของศาลในระดับมลรัฐนั้นจะแบ่งออกเป็น 3 กลุ่ม คือ กลุ่มที่ถือว่าความเป็นบิดามารดาต้องพิจารณาจากเจตจำนงของบุคคลที่ริเริ่มให้มีการตั้งครรภ์แทน กลุ่มที่สองถือว่าความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมจะเป็นสิ่งที่บ่งชี้ว่าผู้ใดเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก และกลุ่มที่สามถือว่าหญิงที่ตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรเท่านั้นที่เป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในกรณีนี้

⁸⁰ จักรกฤษณ์ ควรวจน์ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 116-117.

สถานะความเป็นบิดาก็จะถูกกำหนดตามกฎหมายอื่น ซึ่งโดยส่วนใหญ่ก็จะสันนิษฐานว่าสามีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย⁸¹

2) อำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน

คดีเกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตรซึ่งเกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนที่ในประเทศสหรัฐอเมริกา คงหลีกเลี่ยงไม่พ้นที่จะกล่าวถึงคดี In re Baby M ซึ่งเกิดขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1987 คดีนี้มีข้อเท็จจริงโดยย่อว่า นายวิลเลียม สเตร์น มีภรรยาซึ่งไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ จึงได้ติดต่อนางแมรี เบธ ไวท์เฮด ให้เป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน โดยวิธีการใช้เชื้ออสุจิของนายสเตร์นฉีดเข้าไปในโพรงมดลูกของนางไวท์เฮด และมีข้อตกลงว่านางไวท์เฮดจะได้รับค่าใช้จ่ายเป็นเงิน 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ เมื่อนางไวท์เฮดสละสิทธิความเป็นมารดาและส่งมอบเด็กให้แก่ นายสเตร์น ต่อมาเมื่อนางไวท์เฮดให้กำเนิดบุตร ซึ่งมีชื่อว่าเด็กหญิงมาลิสสา (หรือที่เรียกกันว่า Baby M) นางไวท์เฮดก็ได้ส่งมอบเด็กให้อยู่ในความปกครองของนายสเตร์นตามข้อตกลง แต่ภายหลังเธอได้ติดต่อขอรับเด็กมาดูแลเป็นเวลาหนึ่งอาทิตย์เมื่อครบกำหนดเธอกลับไม่ยอมที่จะส่งมอบเด็กคืนให้กับนายสเตร์น และได้พาเด็กนั้นย้ายหนีจากรัฐนิวเจอร์ซีย์ไปยังรัฐฟลอริดา นายสเตร์นได้ฟ้องต่อศาลของรัฐนิวเจอร์ซีย์ขอให้บังคับนางไวท์เฮดปฏิบัติตามสัญญา ระหว่างการพิจารณาคดีเด็กหญิงมาลิสสาได้ถูกนำมาอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของศาล แต่อนุญาตให้นางไวท์เฮดเข้าเยี่ยมเยียนได้เป็นครั้งคราว

ศาลแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ (New Jersey Superior Court) ไม่ได้วินิจฉัยโดยตรงว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนมีผลบังคับใช้ตามกฎหมายได้ในทุกกรณีหรือไม่ แต่ศาลเห็นว่าในคดีนี้สัญญารับตั้งครรภ์แทนมีผลบังคับตามกฎหมายได้เพราะสอดคล้องกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก (Best interests of the child) ศาลจึงมีคำสั่งว่าอำนาจปกครองบุตรตกแก่นายสเตร์นแต่เพียงผู้เดียว ส่วนนางไวท์เฮดไม่มีสิทธิใดๆ ในเด็กหญิงมาลิสสาเลย รวมทั้งสิทธิในการเยี่ยมเยียนเด็ก (Right to visitation) ด้วย

คดีได้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสูงสุดแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ ในเบื้องต้นศาลได้วินิจฉัยว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนในคดีนี้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี เนื่องจากกฎหมายของนิวเจอร์ซีย์ได้ห้ามมิให้มีการจ่ายค่าตอบแทนเพื่อแลกเปลี่ยนกับการสละอำนาจปกครองเด็ก การจ่ายค่าตอบแทนให้แก่ นางไวท์เฮดในกรณีนี้จึงเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการป้องกันมิให้มีการซื้อขายเด็ก ศาลจึงเห็นว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนในกรณีนี้ไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย

สำหรับปัญหาว่าบุคคลใดสมควรเป็นผู้มีอำนาจปกครองเด็กนั้น ศาลเห็นด้วยกับคำพิพากษาของศาลล่างที่มีคำสั่งให้อำนาจปกครองตกแก่นายสเตร์นด้วยเหตุผลอย่างเดียวกันคือ

⁸¹ แหล่งเดิม. หน้า 117-118.

เพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก แต่ศาลเห็นว่าหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็ก นำไปใช้ได้เฉพาะการกำหนดอำนาจปกครองบุตรเท่านั้น แต่ในการเพิกถอนอำนาจปกครองบุตรจะพิจารณาจากหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กแต่เพียงอย่างเดียวไม่ได้ แต่ต้องพิจารณาถึงประโยชน์ของมารดาบิดา ในทางวัฒนธรรม ศีลธรรมและตามรัฐธรรมนูญด้วย ในกรณีนี้ เมื่อไม่ปรากฏข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นว่านางไวท์เสดสละสิทธิความเป็นมารดาของเด็กหรือไม่มีความเหมาะสมที่จะเป็นผู้มีอำนาจปกครองเด็กต่อไป การเพิกถอนสิทธิในความเป็นมารดาของเด็กทั้งหมดจึงไม่ชอบ ศาลจึงมีคำสั่งอนุญาตให้นางไวท์เสดมีสิทธิในการเยี่ยมเยียนตามสมควรได้

จะเห็นได้ว่า ในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการรับตั้งครรรภ์แทน หากมีปัญหาต้องวินิจฉัยเรื่องการแย่งชิงอำนาจปกครองบุตร ศาลจะพิจารณาจากหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ ซึ่งหลักการเช่นนี้เป็นการหลักการที่ใช้ในกฎหมายครอบครัวตามปกติ ในบางมลรัฐเช่นที่มิชิแกน และวอชิงตัน จะมีการบัญญัติกฎหมายไว้โดยตรงว่า เมื่อมีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตรในคดีที่เกิดจากจากสัญญารับตั้งครรรภ์แทน ศาลต้องใช้หลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ⁸²

3.2.2.3 ประเทศออสเตรเลีย

ในปี ค.ศ. 1973 แพทย์ในประเทศออสเตรเลียได้ประสบความสำเร็จเป็นครั้งแรกในการใช้เทคนิคการปฏิสนธินอกร่างกายเพื่อทำให้หญิงคนหนึ่งตั้งครรรภ์ได้สำเร็จแม้ต่อมาหญิงคนดังกล่าวจะแท้งครรรภ์ก็ตาม หลังจากนั้น ในปี ค.ศ. 1980 ประเทศออสเตรเลียก็เป็นประเทศที่สองในโลกที่ประสบความสำเร็จในการช่วยให้หญิงมีบุตรจากกรรมวิธีการปฏิสนธินอกร่างกาย และในปี ค.ศ. 1984 ประเทศออสเตรเลียก็ยังเป็นประเทศแรกที่ประสบความสำเร็จในการนำตัวอ่อนที่แช่แข็งมาใช้ในการปฏิสนธินอกร่างกาย และในการทำให้ทารกถือกำเนิดจากไข่ที่ได้รับการบริจาคได้

สำหรับการรับตั้งครรรภ์แทนด้วยกรรมวิธีปฏิสนธินอกร่างกายในประเทศออสเตรเลียได้เริ่มต้นขึ้นในปี ค.ศ. 1988 แต่ก็มีจำนวนไม่มากนักแต่กรณีที่สร้างความสนใจมากที่สุดเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1984 เมื่อสองพี่น้องตระกูล Kirkman ได้ประกาศว่ามีการรับตั้งครรรภ์แทนกันขึ้นโดยนางลินดา มีพี่สาวคนหนึ่งชื่อว่านางแมคจี ซึ่งไม่สามารถตั้งครรรภ์ด้วยตนเองได้ ส่วนสามีของเธอก็อยู่ในภาวะที่มีบุตรยากเช่นกัน นางลินดาจึงตกลงที่จะรับตั้งครรรภ์แทนพี่สาว โดยการรับตั้งครรรภ์แทนนี้เป็นไปโดยใช้ไข่ของนางแมคจีผสมกับเชื้ออสุจิที่ได้รับการบริจาค ต่อมาภายหลังจากการคลอดบุตรนางแมคจีและสามีได้รับมอบเด็กจากนางลินดาและได้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐวิกตอเรียเพื่อขอรับเด็กดังกล่าวเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งศาลได้มีคำสั่งอนุญาต จากเหตุการณ์ในครั้งนี้ทำให้สาธารณชนในประเทศออสเตรเลียถกเถียงถึงปัญหาด้านจริยธรรมของการรับตั้งครรรภ์แทนเป็นอย่างมาก ซึ่งทำให้รัฐบาลของรัฐต่างๆต้องจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นมาศึกษาปัญหาเกี่ยวกับ

⁸² แหล่งเดิม. หน้า 111-112.

เทคโนโลยีการเจริญพันธุ์และการรับตั้งครรรภ์แทนหลายคน และในเวลาต่อมาก็ได้มีการออกกฎหมายเพื่อควบคุมการรับตั้งครรรภ์แทนขึ้นในหลายรัฐ⁸³

ประเทศออสเตรเลียไม่มีกฎหมายในระดับรัฐบาลกลางที่ควบคุมดูแลการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยเฉพาะ ทั้งนี้ เพราะว่าตามรัฐธรรมนูญของออสเตรเลียนั้น⁸⁴ การออกกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของประชาชนนั้นเป็นหน้าที่ของรัฐแต่ละรัฐโดยตรง รัฐบาลกลางจึงไม่มีอำนาจออกกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรรภ์แทนได้ ในปัจจุบันรัฐที่มีกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรรภ์แทนประกอบด้วย รัฐวิกตอเรีย (Victoria) เซาท์ออสเตรเลีย (South Australia)⁸⁵ ควีนส์แลนด์ (Queensland)⁸⁶ ทาสมาเนีย (Tasmania)⁸⁷ และออสเตรเลียแคปิตอล เทอร์ริทอรี (Australian Capital Territory)⁸⁸

1) สถานภาพความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรรภ์แทน

ประเทศออสเตรเลีย ไม่มีรัฐใดที่ออกกฎหมายแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักการตามกฎหมายคอมมอนลว์ที่ถือว่าหญิงที่ให้กำเนิดบุตรแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้นเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก

สำหรับในออสเตรเลีย แคปิตอล เทอร์ริทอรี ซึ่งยอมรับให้มีการรับตั้งครรรภ์แทนที่มีได้เป็นไปเพื่อการค้า ก็ไม่มีบทบัญญัติที่ถือว่าคู่สมรสที่ว่างให้มีการตั้งครรรภ์แทนเป็นบิดามารดา แม้ว่าในปี ค.ศ. 1997 ได้มีการเสนอกฎหมาย Artificial Conception (Amendment) Bill เพื่อเปิดโอกาสให้คู่สมรสที่ว่างให้ตั้งครรรภ์แทนสามารถเป็นบิดามารดาตามกฎหมายได้ แต่ร่างกฎหมายฉบับนี้ก็ไม่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภา ดังนั้น หากคู่สมรสที่ว่างประสงค์ที่จะเป็นบิดามารดาของเด็ก วิธีการเดียวที่สามารถทำได้ก็คือการรับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรม⁹⁹

2) อำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรรภ์แทน

แม้จะมีการรับตั้งครรรภ์แทนในประเทศออสเตรเลียมาเป็นเวลานานแล้วแต่การฟ้องร้องดำเนินคดีในศาลเพื่ออำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรรภ์แทน เพิ่งเกิดขึ้นเป็นครั้งแรกเมื่อ

⁸³ แหล่งเดิม, หน้า 113.

⁸⁴ Constitution Act, 1901, s 51 (Cth.).

⁸⁵ Family Relationships Act 1975 (SA), as amendment made in 1988.

⁸⁶ Surrogate Parenthood Act 1988 (Qld).

⁸⁷ Surrogate Contracts Act 1993 (Tas).

⁸⁸ Substitute Parent Agreement Act 1994.

⁹⁹ กฎหมายปัจจุบันที่กำหนดสถานะของความเป็นบิดามารดาของเด็กที่บังคับใช้ในรัฐ Australian Capital Territory คือ Parentage Act 2004 แต่กฎหมายนี้ก็ได้เปลี่ยนแปลงสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรรภ์แทนแต่อย่างใด.

ปี ค.ศ. 1997 ในคดี *Re Evelyn*⁸⁹ ซึ่งมีข้อเท็จจริงโดยย่อดังนี้ ครอบครัวของนาง S กับครอบครัวของนาง Q มีความสนิทสนมกันมาเป็นเวลานาน โดยนาง S มีบุตร 3 คน ส่วนนาง Q ไม่มีบุตร เนื่องจากเธอไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ ต่อมานาง S ได้เสนอตัวเข้าเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนให้แก่ครอบครัวของนาง Q โดยไม่ปรากฏว่ามีการจ่ายค่าตอบแทนกันแต่อย่างใด ในการรับตั้งครรภ์แทนนี้ได้ใช้เชื้ออสุจิของสามีของนาง Q โดยที่สามีของนาง S ได้ให้ความยินยอมด้วย จนกระทั่งนาง S คลอดบุตรซึ่งภายหลังมีการเรียกชื่อว่าเด็กหญิง Evelyn ครอบครัวของนาง S ได้ส่งมอบเด็กให้แก่ครอบครัวของนาง Q ตามข้อตกลง แต่ภายหลังปรากฏว่ามีการติดต่อกันระหว่างครอบครัวทั้งสองน้อยลง จนทำให้นาง S ต้องการที่จะได้เด็กหญิง Evelyn กลับมาเลี้ยงดูแต่เพียงผู้เดียว หลังจากนั้นเธอจึงได้พบครอบครัวของนาง Q แล้วนำเด็กกลับมาเลี้ยงดูโดยไม่ยอมส่งมอบเด็กให้แก่นาง Q ต่อไป นาง Q และสามีได้ยื่นฟ้องต่อศาลครอบครัวแห่งรัฐเซาท์ออสเตรเลียขอให้มีคำสั่งให้เด็กหญิง Evelyn อยู่ในอำนาจปกครองของบุคคลทั้งสอง ก่อนที่ศาลโดยผู้พิพากษาจอร์แดน (Justice Jordan) จะได้วินิจฉัยว่าอำนาจปกครองควรตกแก่บุคคลใด ศาลได้กล่าวว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นโมฆะและไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณารายละเอียดของสัญญาดังกล่าว สำหรับปัญหาว่าฝ่ายใดสมควรมีอำนาจปกครองเด็กนั้น ในเบื้องต้นศาลเห็นว่า ครอบครัวทั้งสองฝ่ายต่างมีความสามารถในการเลี้ยงดูเด็กได้เป็นอย่างดี และศาลได้ให้ความเห็นว่า

“เป็นการสมควรอย่างยิ่งที่ข้าพเจ้าจะพิจารณาเจตนาและความคาดหวังของบุคคลทั้งสองที่ได้มีส่วนร่วมกันให้เด็กกำเนิดมา ตลอดจนพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมดที่เกี่ยวกับการกำเนิดของเด็กหญิง Evelyn แต่สิ่งเหล่านี้ก็ย่อมไม่อยู่เหนือประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้น”

การนำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กมาใช้ทำให้ศาลสรุปว่า แม้ความสัมพันธ์ระหว่างเด็กหญิง Evelyn กับครอบครัวของนาง Q จะเป็นไปด้วยดี แต่ในอนาคตเด็กหญิง Evelyn จะต้องประสบกับปัญหาที่เกี่ยวข้องกับสถานภาพของตนเอง ซึ่งในกรณีเช่นนี้บุคคลซึ่งเป็นผู้ให้กำเนิดย่อมอยู่ในฐานะที่จะทำความเข้าใจกับเธอได้ดีที่สุด ศาลจึงมีคำสั่งให้อำนาจปกครองตกแก่นาง S และสามี แต่ก็ให้สิทธิแก่นาง Q และสามีในการติดต่อกับเด็กได้

แม้ต่อมาคดีนี้ได้เข้าสู่การพิจารณาของคณะใหญ่ของศาลครอบครัวฯ แต่ศาลก็มีได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงคำพิพากษาเป็นอย่างอื่น โดยศาลเห็นว่าในคดีที่เกี่ยวกับอำนาจปกครองนั้นไม่ว่าจะเป็นกรณีที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนหรือไม่ ก็จะไม่มีการตั้งสมมติฐานว่า เด็กต้องอยู่ในอำนาจปกครองของฝ่ายมารดาที่ให้กำเนิดเท่านั้น การกำหนดอำนาจปกครองเด็กจะต้องพิจารณาว่ากรณีใดที่จะเป็นประโยชน์สูงสุดแก่เด็กมากที่สุด ศาลก็ต้องพิจารณาพิพากษาไปตามนั้น

⁸⁹ *Re Evelyn* No. B.R. 7321 of 1997 (unreported) at 27, อ้างถึงใน Otowski, M. *Re Evelyn—Reflections on Australia’s First Litigated Surrogacy Case*.

การนำหลักประโยชน์สูงสุดมาใช้เพื่อกำหนดอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนเช่นนี้ จะเป็นการสอดคล้องกับหลักกฎหมายมาตรา 65 E ที่บัญญัติไว้ว่า “ในการพิจารณากำหนดอำนาจปกครองเด็กนั้น ศาลจำเป็นต้องพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ”⁹⁰ นอกจากนั้น หลักเกณฑ์เช่นนี้ยังสอดคล้องกับแนวคำพิพากษาของศาลในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาด้วย สรุปว่า กฎหมายของประเทศออสเตรเลียนั้น จะห้ามมิให้มีการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ และก็ไม่ส่งเสริมให้มีการรับจ้างตั้งครรภ์แทนแม้จะไม่มีผลประโยชน์เข้ามาเกี่ยวข้องก็ตาม สัญญารับตั้งครรภ์แทนส่วนใหญ่จะไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย คู่สัญญาจึงไม่สามารถนำมาฟ้องร้องบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามสัญญาได้ แต่เมื่อมีคดีเกิดขึ้น ศาลจะนำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กมาใช้เพื่อพิจารณาเกี่ยวกับการกำหนดอำนาจปกครองของเด็กนั้น

3.2.2.4 ประเทศฝรั่งเศส⁹¹

ประเทศฝรั่งเศสนั้น ได้มีการผสมเทียมโดยการฉีดเข้ามาเป็นเวลานานแล้ว และมีการนำเทคนิคการปฏิสนธินอกร่างกายมาใช้กับมนุษย์ในปี ค.ศ. 1982 แต่เดิมนั้น การนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มาช่วยคู่สมรสที่อยู่ในภาวะมีบุตรยากถือว่าเป็นเรื่องของเอกชนที่รัฐจะไม่เข้าไปควบคุมดูแล กลไกที่จะนำมาใช้ในการควบคุมดูแล ก็คือ มาตรฐานทางจริยธรรมของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์เท่านั้น ต่อมาในปี ค.ศ. 1984 รัฐได้เริ่มเข้ามามีบทบาทมากขึ้น โดยกรมสุขภาพ (Department of Health) ได้จัดตั้งเครือข่ายของธนาคารอสุจิในระดับชาติขึ้น โดยมีชื่อเรียกว่า “Centre d’Etude et de Conservation des Oeufs et du Sperme” หรือ CECOS และต่อมาในปี ค.ศ. 1978 ก็ได้มีการออกกฎหมายสาธารณสุข (Public Health Act) มาใช้บังคับ ซึ่งตามกฎหมายฉบับนี้ การบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากถือเป็นการให้บริการสาธารณสุขขั้นมูลฐานที่รัฐเข้ามามีการจัดการให้ ดังนั้นคู่สมรสที่มีบุตรยากจึงสามารถได้รับบริการการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อจากรัฐได้โดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย

ในปี ค.ศ. 1983 ได้มีเหตุการณ์เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เกิดขึ้น 2 เหตุการณ์ ทำให้รัฐบาลฝรั่งเศสต้องกลับมาทบทวนนโยบายในด้านนี้มากขึ้นกรณีแรกคือ มีการนำเทคโนโลยีนี้มาใช้ในการรับตั้งครรภ์แทน และกรณีที่สอง เมื่อมีหญิงหม้ายคนหนึ่งแสดงความจำนงค์ต่อ CECOS เพื่อขอให้นำเชื้ออสุจิของสามีของเธอที่ถึงแก่ความตาย แล้วมาใช้ในการ

⁹⁰ S. 65E ของกฎหมาย Family Law Act 1975 (Cth.) ซึ่งแก้ไขโดยกฎหมาย Family Law Reform Act (Cth.) “In deciding whether to make a particular parenting order in relation to a child, a court must regard the best interests of the child as the paramount consideration.”

⁹¹ สรุปความจาก Byk, C, France: Law Reform and Human Reproduction, in S. McLean (Ed.) Law Reform and Human Reproduction, Dartmouth, Aldershot, 1992, pp. 131–169.

ผสมเทียม รัฐบาลฝรั่งเศสจึงได้แต่งตั้งคณะกรรมการชุดหนึ่งเรียกว่า National Ethical Committee for Life Sciences and Health เพื่อทำการศึกษาประเด็นปัญหาด้านจริยธรรมเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์

ในเดือนตุลาคม ค.ศ. 1984 คณะกรรมการชุดดังกล่าวได้เสนอความเห็นต่อรัฐบาลฝรั่งเศส โดยคณะกรรมการชุดนี้มีความเห็นว่าการรับตั้งครรภ์แทนเปรียบเสมือนเป็นการซื้อขายเด็ก ส่วนสัญญารับตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ขัดกับกฎหมายรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งกำหนดให้ศาลพิจารณานุญาตให้มีการรับบุตรบุญธรรมจากประโยชน์สูงสุดของเด็ก ดังนั้นคนกลางที่ช่วยเหลือให้มีการรับตั้งครรภ์ จะต้องมีความผิดทางอาญาฐานยุยงให้หญิงละทิ้งเด็กนั้น ตามความเห็นของคณะกรรมการชุดนี้ การรับตั้งครรภ์แทนจึงเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย

ในปี ค.ศ. 1987 รัฐบาลฝรั่งเศสได้ดำเนินคดีกับองค์กรเอกชนที่จัดหาหญิงที่ประสงค์รับตั้งครรภ์แทนให้แก่คู่สมรสที่มีบุตรยาก ซึ่งในที่สุดศาลฎีกาของฝรั่งเศส Court de cassation ได้ตัดสินว่า การรับตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากฝ่าฝืนหลักการที่ห้ามมิให้มีการซื้อขายร่างกายมนุษย์และขัดต่อกฎหมายว่าด้วยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม⁹²

แต่การรับตั้งครรภ์แทนที่ไม่มีประโยชน์ทางพาณิชย์และคนกลางเข้ามาเกี่ยวข้องก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย แต่สำหรับประเด็นสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนนั้นก็จะเป็นไปตามหลักกฎหมายแพ่งซึ่งยังคงถือหลักการที่ว่า หญิงที่ให้กำเนิดเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก⁹³ และหากหญิงนั้นมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย ชายผู้เป็นสามีนั้นก็จะเป็นบิดาตามกฎหมายของเด็กแต่ข้อสันนิษฐานนี้สามารถที่จะพิสูจน์หักล้างได้⁹⁴ ดังนั้นหากมีการรับตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้นด้วยวิธีการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อของชายที่ว่าจ้างเข้าไปในมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็จะเป็นมารดาของเด็กและชายที่ว่าจ้างนั้นก็ได้รับการจัดแจ้งว่าเป็นบิดาของเด็ก ส่วนคู่สมรสของชายนั้นก็จะต้องรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมต่อไป โดยการรับบุตรบุญธรรมนี้ต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อนเสมอ

⁹² Procureur General v. Mme Guichard, cour de cassation, Plenary Assemble, 31 May 1991. อ้างใน จักรกฤษณ์ ควรวจน์ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 121.

⁹³ Article 341 of the Civil Code.

⁹⁴ Article 314 of the Civil Code.

3.2.2.5 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นประเทศที่มีกฎหมายเกี่ยวกับการศึกษาวิจัยในตัวอ่อนและการผสมเทียมเข้มงวดที่สุดประเทศหนึ่งในโลก เนื่องจากการห้ามมิให้มีการนำเอาไข่ของหญิงอื่นมาฝังตัวในผนังมดลูกของหญิงที่เข้ารับการบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยาก การฝ่าฝืนต่อกฎหมายนี้ถือเป็นการผิดทางอาญา

การกระทำที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทนนั้น ปรากฏในปี ค.ศ. 1985 ศาลของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้มีคำพิพากษาว่า การรับตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ดังนั้น สัญญารับตั้งครรภ์แทนจึงตกเป็นโมฆะ ซึ่งสอดคล้องกับรายงานของคณะกรรมการชุดหนึ่งของรัฐบาลที่ตั้งขึ้นมาเพื่อศึกษาปัญหาเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (หรือที่เรียกว่า Brenda report)⁹⁵

ปี ค.ศ. 1989 ถึง 1990 รัฐบาลแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้ออกกฎหมายสองฉบับที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทน กฎหมายฉบับแรกเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยคนกลางในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม (Adoptionsvermittlungsgesetz 1989) โดยกฎหมายฉบับนี้ได้ห้ามมิให้มีการจัดหาหญิงที่ประสงค์จะรับตั้งครรภ์แทนให้แก่คู่สมรสที่จะว่าจ้าง หรือหาคู่สมรสที่ต้องการจะว่าจ้างให้แก่หญิงที่ประสงค์จะรับตั้งครรภ์แทน รวมทั้งได้ห้ามมิให้มีการโฆษณาเกี่ยวกับการกระทำความดังกล่าวด้วย

นอกจากนี้ยังกฎหมายอีกฉบับหนึ่งคือกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองตัวอ่อน (Embryonenschutzgesetz 1990) โดยกฎหมายฉบับนี้ได้ห้ามมิให้แพทย์ใช้เทคนิคการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อหรือย้ายฝากตัวอ่อนให้แก่หญิงที่มีความประสงค์ที่จะส่งมอบเด็กให้แก่คู่สมรสที่ว่าจ้างตามสัญญารับตั้งครรภ์แทน และยังห้ามมิให้นำอสุจิของของชายที่เสียชีวิตแล้วมาผสมกับไข่เพื่อให้กำเนิดชีวิตใหม่⁹⁶ การฝ่าฝืนต่อบทบัญญัตินี้ถือเป็นการกระทำผิดทางอาญาที่มีโทษทั้งจำคุกและปรับตามกฎหมาย โดยผลของกฎหมายฉบับนี้ การรับตั้งครรภ์แทนจึงเป็นสิ่งที่ต้องห้ามตามกฎหมาย⁹⁷

⁹⁵ Keppler, V, and Bokelmann, M, Surrogate Motherhood – The Legal Situation in Germany. สืบค้นเมื่อ 1 มิถุนายน 2555, จาก <http://www.surrogacy.com/legals/article/germany.htm>

⁹⁶ แสง บุญเฉลิมวิภาส และ อนุก ขมจินดา. (2540). *กฎหมายการแพทย์*. หน้า 42.

⁹⁷ จักรกฤษณ์ ควรวจน์ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 122.

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาการคุ้มครองสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในประเทศไทยและแนวทางแก้ไขปัญหา

การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาช่วยผู้ที่ประสบภาวะการมีบุตรยากเพื่อให้คู่สามีภริยาสามารถมีบุตรได้สมความปรารถนา แต่เนื่องด้วยกฎหมายไทยในปัจจุบันถือว่าหญิงที่คลอดบุตรคือมารดา ขณะที่บิดามารดาที่แท้จริงซึ่งมีพันธุกรรมที่สัมพันธ์กันกับเด็กเป็นได้แค่เพียงพ่อแม่บุญธรรมของเด็กเท่านั้น ฉะนั้น การไม่มีกฎหมายรับรองให้เด็กนั้นเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดาที่แท้จริง ย่อมก่อให้เกิดปัญหาต่อเด็กและบุคคลที่เกี่ยวข้องตามมาได้ และในขณะที่ยังไม่มียกกฎหมายรองรับในเรื่องนี้ไว้ จึงเกิดปัญหาว่าสถานะภาพของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ จะเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของใคร การนำกฎหมายที่มีอยู่มาบังคับใช้ย่อมไม่เหมาะสมสอดคล้องกับความเป็นจริงและนำมาซึ่งปัญหานานาประการ การศึกษาในบทนี้จึงเป็นการวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวและแนวทางแก้ไข โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาดังต่อไปนี้

4.1 ปัญหาการไม่เคารพสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในประเทศไทยและแนวทางแก้ไขปัญหา

4.1.1 ปัญหาการไม่เคารพสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในประเทศไทย

ปัญหาการมีบุตรยากถือเป็นปัญหาครอบครัวประการหนึ่ง สำหรับผู้มีบุตรยากต้องการหาวิธีการรักษาต่างๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งการมีบุตร ไม่ว่าจะเป็นทางไสยศาสตร์ วิทยาศาสตร์ โดยพื้นฐานแล้วการที่ชายหญิงอยู่ด้วยกันซึ่งต้องการมีบุตร และมีเพศสัมพันธ์สม่ำเสมอ โดยไม่คุมกำเนิดเป็นระยะเวลา 1 ปีแล้ว ยังไม่สามารถมีบุตรไว้สืบสกุลได้เลย จะถือว่ามีปัญหาในการมีบุตรยาก ซึ่งในปัจจุบันนี้ความก้าวหน้าทางด้านวิทยาศาสตร์ได้เจริญไปอย่างมากมาเป็นผลทำให้มีเทคนิคในการรักษาใหม่ๆ เกิดขึ้น ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการทำกิฟท์ อันได้แก่ การที่นำไข่และเชื้ออสุจิของหญิงและชายใส่กลับเข้าหลอดมดลูกโดยที่ยังไม่ปฏิสนธิกัน หรือนำไข่และอสุจิมาปฏิสนธิกันแล้วใส่กลับเข้าไปในมดลูกโดยวิธีของเด็กหลอดแก้ว นอกจากนี้ ยังมีการแช่แข็งเชื้ออสุจิ แช่แข็งตัวอ่อน มีการบริจาคไข่ บริจาคตัวอ่อน เป็นต้น ในประเทศไทยนั้นเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มีความ

เจริญรุดหน้าไม่น้อยไปกว่าต่างประเทศ แพทย์ได้นำเทคโนโลยีนี้มาช่วยให้คู่สมรสที่อยู่ในภาวะมีบุตรยาก ได้มีบุตรตามความประสงค์เป็นจำนวนมาก การรับตั้งครรภ์แทนจึงเกิดขึ้นพร้อมกับความเจริญก้าวหน้าของเทคโนโลยีทางการแพทย์ ทั้งนี้ เนื่องจากคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรนั้นต้องพยายามทำทุกวิถีทางเพื่อให้ครอบครัวของตนเอง ได้มีบุตรเพื่อเติมเต็มชีวิตครอบครัวให้สมบูรณ์

ปัญหาการไม่เคารพต่อสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ โดยประเด็นของปัญหานี้จะเกิดจากการที่กฎหมายนั้นยังมีได้กำหนดให้เด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มีสิทธิเสมือนกับเด็กที่เกิดจากการสืบพันธุ์ตามธรรมชาติ แต่กลับมุ่งที่จะกำหนดสถานะสภาพของเด็กที่เกิดมาจากการใช้เทคโนโลยีให้ มีสถานะเป็นเพียง “วัตถุ” หรือเป็นได้เพียง “ผลผลิตหรือดอกผล” แห่งวิทยาการเทคโนโลยีทางการแพทย์เท่านั้น แต่หาได้ให้การยอมรับในสิ่งที่ธรรมชาติให้ติดตัวเด็กที่เกิดมาจากการใช้เทคโนโลยีดังกล่าวเหล่านั้นให้เป็นผู้ทรงสิทธิความเป็นมนุษย์แต่อย่างใด ตามหลักกฎหมายไทย กำหนดให้เพียงแต่ว่า “ลูกย่อมเกิดจากแม่ เหมือนกับลูกมะม่วงก็ย่อมเกิดจากแม่มะม่วงต้นแม่เท่านั้น” หรือ “ลูกของวัวก็ย่อมออกมาจากแม่ของวัวเท่านั้น” แต่หาได้คำนึงถึงความสัมพันธ์ในหน่วยแห่งพันธุกรรมแต่อย่างใด ซึ่งหน่วยแห่งพันธุกรรมนี้เป็นสิ่งที่ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงไปได้ ไม่ว่าจะเป็นเทคโนโลยีที่ทันสมัยเพียงใดก็ตามก็ไม่สามารถที่จะเปลี่ยนแปลงวิถีทางตามธรรมชาติที่ได้กำหนดมาแล้วแต่แรกเกิดซึ่งได้กำเนิดขึ้นมารวมทั้งสิทธิและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์เช่นกัน ที่ไม่ว่ารัฐใดหรืออำนาจใดแม้จะยิ่งใหญ่เพียงใดก็ตามก็ไม่สามารถพรากสิทธิศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และหน่วยแห่งพันธุกรรมไปจากบุคคลผู้เป็นเจ้าของสิทธิ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไปได้

ดังนั้น ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น แม้ว่าจะใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เด็กเกิดขึ้นก็ตาม เด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนนั้นย่อมมีสิทธิที่ได้รับการรับรองคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือตามกฎหมายไทยเช่นเดียวกับเด็กที่เกิดโดยวิธีทางธรรมชาติ เพราะสิทธิตามธรรมชาติของคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรนั้นย่อมมีสิทธิในการเป็นส่วนตัวและสิทธิในการสืบพันธุ์ โดยสิทธิดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิในชีวิตร่างกายอันเป็นสาระสำคัญประการหนึ่งของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ซึ่งสิทธิในชีวิตและร่างกาย เป็นสิ่งที่ติดตัวบุคคลมาตั้งแต่เกิดเป็นสิทธิของปัจเจกบุคคลที่มีอยู่ในสถานะธรรมชาติ สิทธิในชีวิตและร่างกายดังกล่าวไม่อาจถูกพรากไปจากบุคคลได้ แต่อาจทำให้ได้รับผลกระทบมากขึ้น โดยบทบัญญัติกฎหมายของรัฐ สิทธิในชีวิตและร่างกายเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ที่จำเป็นอย่างยิ่งต่อการดำรงอยู่ของมนุษย์ และเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่แสดงให้เห็นว่ามนุษย์มีอิสระที่จะกำหนดตนเองได้ตามเจตจำนงที่ตนประสงค์ ฉะนั้น สิทธิในการสืบพันธุ์ของปัจเจกชนย่อมมีสิทธิในการสืบพันธุ์อันเป็นสิทธิพื้นฐานประการหนึ่งโดยเป็นสิทธิที่ได้รับการ

รับรองตามกฎหมาย โดยบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการสืบสายพันธุ์ของตนได้โดยรัฐไม่มีอำนาจเข้าไปแทรกแซง แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า บุคคลทุกคนสามารถที่จะมีสิทธิสืบสายพันธุ์ได้โดยปราศจากขอบเขต โดยสิ่งที่ต้องคำนึงด้วยว่า “ไม่มีสิทธิมนุษยชนใดเป็นสิทธิที่สัมบูรณ์ (Absolute Rights) โดยปราศจากการควบคุม” แม้ว่าสิทธิในการเป็นส่วนตัวและสิทธิในการสืบพันธุ์จะเป็นสิทธิที่ได้รับการยอมรับทางศีลธรรมและทางกฎหมาย แต่รัฐก็ย่อมจะมีอำนาจในการที่จะเข้าไปแทรกแซงเพื่อมิให้มีการกระทำในเชิงพาณิชย์ โดยรัฐสามารถห้ามมิให้มีการกระทำการในบางกรณี เช่น การห้ามไม่ให้คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรโดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไปกระทำการว่าจ้างหญิงให้มาตั้งครรภ์แทนโดยมีผลประโยชน์ตอบแทน เป็นต้น

การให้ความเคารพและการให้ความคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น หมายความว่าอำนาจรัฐนั้นเองจะไม่กระทำการใดๆ อันก่อให้เกิดความเสียหายต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในกรณีนี้ถือว่าเป็นหน้าที่ของการคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ทั้งนี้ด้วยการที่รัฐจะต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อเป็นการปกป้องคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มิให้ถูกละเมิด¹ เมื่อรัฐมีอำนาจในการที่จะเข้าไปแทรกแซงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เพราะคุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่ได้ขึ้นอยู่กับทำให้เป็นจริงของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง รัฐจึงอาจแทรกแซงในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้ แม้ว่าบุคคลนั้นจะยังไม่ถือกำเนิดก็ตาม ดังนั้น ในกรณีนี้จึงไม่อาจจะอาศัยหลักสิทธิเรียกร้องในทางแพ่งมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเรื่องดังกล่าวได้ ดังเช่นเด็กในครรภ์มารดาย่อมได้รับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เช่นเดียวกันถึงแม้ชีวิตมนุษย์จะเริ่มต้นเมื่อการให้กำเนิด แต่การให้กำเนิดนั้นย่อมก่อให้เกิดชีวิตใหม่และบุคลิกภาพส่วนบุคคลใหม่ขึ้น ดังนั้น การทำแท้งเด็กในครรภ์มารดาที่มีได้เป็นไปตามเจตนาของกฎหมาย หรือการที่รัฐมิได้เข้าไปปกป้องต่อชีวิตของเด็กในครรภ์มารดาดังกล่าว กรณีย่อมเป็นการขัดกับมาตรา 1 (ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์) ของรัฐธรรมนูญสากลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้วินิจฉัยว่ากฎหมายอาญาที่อนุญาตให้ทำแท้งได้นั้นเป็นโมฆะ โดยได้ให้เหตุผลว่า ชีวิตที่ได้รับการพัฒนาอยู่ในครรภ์มารดานั้นถือเป็นชีวิตอีกชีวิตหนึ่งซึ่งอยู่ภายใต้การคุ้มครองของรัฐธรรมนูญ² และเมื่อพิจารณาถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดขึ้นมาจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนก็ต้องถือว่าเด็กในครรภ์มารดาของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนย่อมได้รับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เช่นเดียวกัน เพราะชีวิตที่ได้รับการพัฒนาอยู่ในครรภ์มารดานั้นถือเป็นชีวิตอีกชีวิตหนึ่งซึ่งอยู่ภายใต้การคุ้มครองของรัฐธรรมนูญ และการให้ความเคารพต่อ

¹ แหลงเคิม.

² บรรเจิด สิงคะเนติ. (2543). *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ*. หน้า 90.

หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และการคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ เป็นสิ่งที่ต้องรับรองและคุ้มครองให้แก่เด็กนั้น เพื่อมิให้ได้รับการปฏิบัติที่ไม่สมกับความเป็นมนุษย์ของเด็ก ดังนั้น รัฐก็ต้องให้ความเคารพและให้ความคุ้มครอง หน้าที่ในการคุ้มครองของรัฐมิได้หมายความว่ารัฐจะต้องเข้าไปแทรกแซงโดยตรงต่อชีวิตที่เติบโตในครรภ์ของมารดา แต่รัฐจะต้องให้ความคุ้มครองและปกป้องชีวิตดังกล่าวด้วย ซึ่งรัฐอาจมีการออกกฎหมายเพื่อควบคุม ดูแล ปกป้อง ตลอดจนให้ความคุ้มครองเด็กที่เกิดขึ้นมาทางเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยตรง ในทำนองเดียวกัน เด็กที่เกิดขึ้นมาโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ก็ต้องได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายด้วย แต่กฎหมายไทยในปัจจุบันแม้จะให้ความคุ้มครองเด็กนั้นอยู่ แต่กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่นั้นกลับมิได้ค้ำประกันว่าวิธีการกำเนิดของเด็กนั้นแตกต่างกัน การให้ความคุ้มครองของรัฐต่อเด็กควรแตกต่างกันด้วย และเนื่องจากเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้น เกิดมาโดยวิธีการที่แตกต่างจากเด็กที่เกิดมาโดยวิธีการตามธรรมชาติ โดยเด็กที่เกิดโดยวิธีการตามธรรมชาตินั้นก็เกิดมาจากคู่สมรสที่อยู่กันฉันสามีภริยากันและฝ่ายภริยานั้นก็ตั้งครรภ์และคลอดเด็กนั้นออกมาตามธรรมชาติ ส่วนเด็กที่เกิดมาจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์นั้นมิได้เกิดโดยวิธีการตามธรรมชาติแต่เกิดขึ้นจากการที่แพทย์ใช้กรรมวิธีการทางการแพทย์เพื่อช่วยให้คู่สมรสที่มีบุตรยากสามารถมีบุตรเพื่อให้เด็กนั้นเกิดขึ้นมาโดยการให้หญิงอื่นมาตั้งครรภ์แทน เช่นนี้ การกำเนิดของเด็กวิธีการนี้ รัฐก็ต้องให้ความเคารพและให้ความคุ้มครองแก่เด็กนั้นเป็นการเฉพาะเจาะจงด้วย โดยหน้าที่ในการคุ้มครองของรัฐจะต้องเข้าไปแทรกแซงโดยมีมาตรการต่างๆ ในบางประการ เพื่อให้ความคุ้มครองและปกป้องสิทธิของเด็กที่เกิดมาจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์

เมื่อพิจารณาถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดขึ้นมาทางเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนนั้น มีปัญหาอยู่ว่า การที่คู่สมรสที่ต้องการมีบุตร แต่มีบุตรเองไม่ได้ เนื่องจากสภาพทางร่างกายของฝ่ายหญิงไม่สามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเองได้ จึงจำเป็นต้องอาศัยบุคคลที่สามโดยให้หญิงอื่นมาตั้งครรภ์แทน ซึ่งเด็กในฐานะเป็นปัจเจกชนคนหนึ่ง ในสังคมย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ แม้ว่าเด็กจะยังมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดขึ้นมาทางเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ แต่เด็กยังมิได้รับสิทธิบางประการอันพึงได้รับจากรัฐธรรมนูญฯ โดยจะเห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญของไทยที่มีการบัญญัติรับรองว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง³ และประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่ากำเนิด เพศ หรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่ง

³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 4 บัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง.”

รัฐธรรมนูญฉบับนี้เสมอกัน⁴ เมื่อพิจารณาตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวแล้วพบว่า แม้ว่าจะมีบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรบัญญัติการรับรองสถานะศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือคุณค่าของความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดมาจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ไว้ แต่ในความเป็นจริงแล้ว รัฐกลับไม่ให้ความคุ้มครองสิทธิในการที่เด็กจะเป็นทายาทของบิดามารดาที่แท้จริง เพราะกฎหมายลำดับรองที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ารัฐธรรมนูญซึ่งอยู่ในระดับพระราชบัญญัติก็คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 กำหนดเพียงว่า หญิงที่คลอดเด็กเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย⁵ เท่านั้น แม้รัฐธรรมนูญจะมีบทบัญญัติที่คุ้มครองคุณค่าของความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดมาจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ แต่ในกฎหมายลำดับรอง ในระดับพระราชบัญญัติ คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 กลับยังไม่มีการบัญญัติคุ้มครองคุณค่าของความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดมาจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในส่วนนี้โดยกฎหมายไทยบัญญัติไว้ไม่สอดคล้องกับความเป็นทายาทของเด็กตามเจ้าของพันธุกรรมจริงซึ่งก็คือ บิดามารดาที่แท้จริงของเด็ก แต่กฎหมายไทยกลับบัญญัติว่า เด็กที่เกิดขึ้นมาจะต้องเป็นบุตรของมารดาที่คลอดตนเท่านั้น ซึ่งหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นไม่ใช่มารดาของเด็ก แต่เป็นเพียงผู้คลอดเด็ก โดยคุณค่าของความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ เมื่อเด็กคลอดออกมาและอยู่รอดจนมีสภาพบุคคลแล้ว จึงมีผลทำให้คุณค่าความเป็นมนุษย์ของเด็กย่อมถูกลดคุณค่าลงไป เนื่องจากตามกฎหมายไทย เมื่อหญิงนั้นตั้งครรภ์และหญิงนั้นคลอดเด็กออกมา หญิงที่คลอดก็จะเป็นมารดาที่ต้องตามกฎหมาย และหญิงนั้นมีโดยชอบด้วยกฎหมาย สามียของหญิงนั้นก็จะเป็นบิดาตามกฎหมายไปด้วย โดยที่กฎหมายไทยไม่ได้คำนึงหลักทางพันธุกรรม (Genetic-based Approach) หรือต้นตอของเด็กคนนั้นว่ามาจากแหล่งใด ไม่ได้คำนึงถึงหลักเจตจำนง (Intent-based Approach) ที่คู่สามีภรรยาที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นเป็นผู้ตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ที่ประสงค์จะมีบุตรตั้งแต่แรกเพราะคู่สามีภรณานั้นมีความต้องการเป็นบิดามารดาของเด็กตามหลักเจตจำนง แต่ในขณะที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นมีเจตนาแต่แรกว่าตนมีหน้าที่ต้องส่งมอบเด็กให้คู่สามีภรรยาที่ต้องการมีบุตร ดังนั้น ในกรณีที่เด็กอ้างสิทธิในความบุตรหรือความเป็นทายาทตามเจ้าของพันธุกรรมจริง (บิดามารดาที่แท้จริง) เด็กย่อมไม่สามารถอ้างสิทธิในความเป็นบุตรหรือความเป็นทายาทของตนได้เลย

⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 5 บัญญัติว่า “ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่ากำเนิด เพศ หรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญฉบับนี้เสมอกัน.”

⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1546 บัญญัติว่า “เด็กเกิดจากหญิงที่มีได้มีการสมรสกับชายให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น.”

นอกจากนี้ แม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งมีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันจะมีบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลไว้แล้วก็ตาม แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็หาได้ให้ความคุ้มครองสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์แต่อย่างใดไม่ ทั้งนี้ แม้จะมีบทบัญญัติทั่วไปที่ปรากฏในมาตรา 4 และมาตรา 5 แห่งรัฐธรรมนูญก็ตาม จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติทั้งสองมาตรานี้ไร้ซึ่งสภาพบังคับให้ไปไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครอง รับรองและปกป้องสิทธิและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ของบุคคลแต่อย่างใดไม่ โดยจะเห็นได้จากความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาในบันทึกความเห็นเรื่อง การใช้สิทธิเบิกเงินสวัสดิการค่ารักษาพยาบาลและการศึกษาของบุตรที่เกิดจากการผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน โดยมีเนื้อหาสรุปว่า คู่สมรสซึ่งเป็นข้าราชการชายแจ้งจำนวนบุตรพร้อมแสดงหลักฐานของทางราชการเพื่อขอรับสิทธิเบิกเงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลและการศึกษาของบุตร แต่บุตรดังกล่าวเป็นบุตรที่เกิดจากการนำสุจิของข้าราชการชายผสมกับไข่ของข้าราชการหญิงซึ่งเป็นภรรยา แล้วนำไข่ที่ได้รับการผสมแล้วไปฝากไว้ในครรภ์ของหญิงอื่นเพื่อตั้งครรภ์แทน เด็กที่เกิดมาจะไม่ถือว่าเป็นเด็กที่ชอบด้วยกฎหมายของข้าราชการทั้งสองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากกฎหมายรับรองเฉพาะแต่บุตรที่เกิดจากครรภ์ของหญิงผู้เป็นมารดาเท่านั้น

จากตัวอย่างข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในประเทศไทยนี้ จะเห็นได้ว่า กรณีนี้มีใช้การใช้อำนาจตีความเพื่อจำกัดสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์แต่อย่างใด แต่หากเป็นการใช้อำนาจตีความเพื่อไม่ได้ให้สิทธิและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์กับเด็กที่เกิดมาจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ซึ่งเด็กที่เกิดมานั้นก็ควรจะได้รับคุ้มครอง รักษาและปกป้องเช่นเดียวและเสมอเหมือนกันทุกคน แต่ในปัจจุบันประเทศไทยกลับเลือกมุ่งคุ้มครองเฉพาะแต่สิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลที่เกิดมาโดยวิธีการปฏิสนธิและคลอดออกมาตามธรรมชาติเท่านั้นที่จะได้รับการคุ้มครอง รับรองและปกป้องตามหลักกฎหมายของไทย ทั้งนี้ แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 4 จะได้วางหลักว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง แต่การคุ้มครองนั้น ก็ยังหาได้มีการคุ้มครองที่เป็นรูปธรรมหรือลายลักษณ์อักษรหรือมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเพื่อเป็นหลักประกันว่าสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลจักได้รับการคุ้มครอง รับรองและปกป้องจากกฎหมายดังที่ได้บัญญัติในรัฐธรรมนูญอย่างแท้จริง อีกทั้งความในรัฐธรรมนูญไทย มาตรา 5 ที่ได้วางหลักว่า ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่ากำเนิด เพศ หรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญฉบับนี้เสมอกัน ก็ยังคงหาได้รับรองถึงสิทธิและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดมาจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์อย่างแท้จริงแต่อย่างใดไม่

โดยรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวนี้ได้วางหลักประกันของการที่จะได้รับการคุ้มครองที่เสมอเหมือนกันตามรัฐธรรมนูญก็แต่โดยมิได้เลือกปฏิบัติเพราะเหล่ากำเนิด เพศ หรือศาสนาเท่านั้น แต่การที่เด็กเกิดขึ้นมาโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์นั้น กลับไม่ได้รับการคุ้มครองปกป้องจากรัฐธรรมนูญ เพราะหลักกฎหมายไทยยังยึดหลักการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 ที่กำหนดสภาพบุคคลไว้ว่าสภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่คลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก และเมื่อประกอบกับมาตรา 15 วรรคสองซึ่งบัญญัติขยายความคำว่า “ทารก” ไว้หมายถึง ทารกในครรภ์มารดา กล่าวคือ บุตรที่เกิดจากครรภ์มารดาของผู้เป็นบุตร⁶ อีกทั้งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในมาตรา 1546 ก็ยังได้กำหนดให้กรณีที่หญิงชายไม่ได้สมรสกันเด็กที่เกิดจากหญิงก็ให้เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น แต่หากชายและหญิงสมรสกันเด็กที่เกิดจากหญิงขณะที่เป็นภริยาของชายก็ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายและหญิงนั้น และหากว่าการสมรสของชายหญิงนั้นสิ้นสุดลงก็ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเด็กที่เกิดมาภายในสามร้อยสิบวันนับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลงเป็นบุตรของชายผู้เคยเป็นสามี ตามมาตรา 1536 ซึ่งสรุปว่า เด็กที่เกิดมาต้องเป็นบุตรของหญิงที่คลอดตนมานั่นเอง แม้เด็กที่เกิดขึ้นมาโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์นั้นจะเป็นเพียง “วิธีการกำเนิดของเด็ก” ก็ตาม แต่รัฐธรรมนูญของไทยก็ต้องให้การรับรองสิทธิและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดมาจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ไว้ด้วยเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญ

หากคำนึงถึงสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดมาจากการใช้เทคโนโลยีดังกล่าวนี้แล้ว ในการที่จะมีครอบครัวที่ผาสุกดังเช่นมนุษย์ในครอบครัวอื่นๆ ที่มีบิดาและมารดาให้ความรักและความเอ็นดู เลี้ยงดูบุตรของตนให้เจริญเติบโตใหญ่เพื่อสืบทอดความตั้งใจของผู้เป็นบิดาและมารดาพร้อมทั้งมีทายาทเพื่อสืบเชื้อสายแห่งสายสัมพันธ์แห่งหน่วยพันธุกรรมต่อไปให้ดำรงคงอยู่ในฐานะบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายที่มีฐานะบุตรบุญธรรมแล้ว สิทธิและศักดิ์ศรีที่มนุษย์พึงมีและได้รับการคุ้มครอง รับรอง ปกป้องจากรัฐ โดยการออกกฎหมายเพื่อคุ้มครอง รับรอง และปกป้องสิทธิดังกล่าวของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ก็ควรที่จะรับการดูแลรักษาในฐานะของสิทธิมนุษยชนเช่นกัน

ข้อสังเกต ในกรณีประเด็นเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ โดยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิอย่างหนึ่งที่เป็นสาระสำคัญของความเป็นมนุษย์และทรงความเป็นคุณค่าของมนุษย์ทุกคนที่จะต้องได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมกับความเป็นมนุษย์ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ จึงเป็นสิทธิอย่างหนึ่งที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของทุกๆ คน

⁶ บันทึกเรื่อง “การใช้สิทธิเบิกเงินสวัสดิการค่ารักษาพยาบาลและการศึกษาของบุตรที่เกิดจากการผสมเทียม โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน” เรื่องเสรีที่ 100/2543.

ซึ่งเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ไม่ว่าจะเกิดมาโดยการใส่ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิและไข่ของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน หรือเกิดมาโดยใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิหรือไข่ของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนกับอสุจิหรือไข่ของผู้อื่น ทั้งนี้ ห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เด็กนั้นก็ย่อมที่จะมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อยู่ เพราะตามกฎหมายไทยนั้นเด็กนั้นย่อมมีบิดาและมารดาเป็นบุพการีได้ตามกฎหมายอยู่ ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้ แม้ว่าเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนก็ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของคู่สามีและภริยาที่ตั้งครรภ์แทนนั้น แต่หากหญิงนั้นไม่มีสามีเด็กก็ย่อมเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั่นเอง ส่วนกรณีเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์นั้น ไม่มีทั้งบิดามารดาที่แท้จริงและไม่มีหญิงที่รับตั้งครรภ์เป็นมารดาแล้ว ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ย่อมเสียไป เพราะสาระสำคัญของความเป็นมนุษย์และทรงความเป็นคุณค่าของเด็กในการไม่มีบุพการีนั้นย่อมเสียไป ซึ่งทำให้เด็กไม่รับเด็กที่ตนคลอดมาเป็นบุตรแล้วเด็กก็ไม่อาจใช้สิทธิของตนตามมารดาได้

อย่างไรก็ตาม ในกรณีประเด็นเรื่องสิทธิของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์อาจถูกลดทอนลงไปตามฐานानุรูปของหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทน เมื่อพิจารณาตามบันทึกเรื่อง “การใช้สิทธิเบิกเงินสวัสดิการค่ารักษาพยาบาลและการศึกษาของบุตรที่เกิดจากการผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน” เรื่องเสรีที่ 100/2543 นั้น เมื่อมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นก็คือ หญิงซึ่งเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนและคลอดเด็ก ส่วนหญิงข้าราชการซึ่งเป็นเจ้าของไข่แต่มิได้เป็นผู้ตั้งครรภ์และชายข้าราชการซึ่งเป็นเจ้าของเชื้ออสุจิแต่มิได้เป็นสามีของหญิงผู้ตั้งครรภ์จึงมิใช่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กตามกฎหมายไทย ดังนั้น หากมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย (หญิงซึ่งเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน) ของเด็กจะใช้สิทธิเบิกเงินสวัสดิการค่ารักษาพยาบาลและการศึกษาของบุตร ต้องใช้สิทธิตามที่ตนมีอยู่ หากมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย (หญิงซึ่งเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน) ของเด็กไม่มีสิทธิอย่างไร เด็กก็ย่อมไม่มีสิทธิอยู่อย่างนั้น ดังนั้น สิทธิของเด็กที่จะได้รับการเบิกเงินสวัสดิการค่ารักษาพยาบาลและการศึกษาย่อมขึ้นอยู่กับว่ามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย (หญิงซึ่งเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน) ของเด็กนั้นมีสิทธิดังกล่าวหรือไม่ เพียงใด หากมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย (หญิงซึ่งเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน) ของเด็กมีฐานะทางการเงินที่ดี หรือเป็นข้าราชการ หรือเป็นพนักงานรัฐวิสาหกิจ หรือเป็นบุคคลที่มีสิทธิในการเบิกเงินสวัสดิการค่ารักษาพยาบาลและการศึกษาของบุตรได้ เด็กนั้นก็ย่อมได้รับสิทธิตามมารดาได้ แต่หากมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย (หญิงซึ่งเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน) ของเด็กมีฐานะทางการเงินที่ไม่ดี หรือมารดาของเด็กนั้นเป็นคนยากจน เป็นคนต่างด้าว หรือไม่ได้เป็นข้าราชการ ไม่ได้เป็นพนักงานรัฐวิสาหกิจ หรือไม่ได้

เป็นบุคคลที่มีสิทธิในการเบิกเงินสวัสดิการค่ารักษาพยาบาลและการศึกษาของบุตรได้ เด็กนั้นก็ย่อมไม่ได้รับสิทธิดังกล่าวเลย

จากที่กล่าวมานั้น จะเห็นได้ว่า สิทธิของเด็กที่จะได้รับนั้นย่อมขึ้นอยู่กับฐานानุรูปของหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนนั่นเอง หากหญิงนั้นเป็นคนที่มิฐานะทางการเงินที่ดี เด็กนั้นก็ย่อมได้รับสิทธิตามฐานะของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของตนเอง แต่หากหญิงนั้นเป็นคนยากจนเป็นคนต่างด้าว สิทธิของเด็กที่จะพึงรับย่อมเป็นไปตามฐานะของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย เมื่อมารดาของตนเองยากจน สิทธิของเด็กก็ด้อยลงไป หรือหากมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กเป็นคนต่างด้าว เด็กก็กลายเป็นคนต่างด้าวไปด้วย ดังที่ปรากฏตามข่าวหน้าหนังสือพิมพ์⁷ สิทธิของเด็กก็ด้อยลงไป นอกจากนี้ ในกรณีที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ยอมรับเด็กเกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์นั้นซึ่งคนเป็นผู้คลอดออกมาเป็นบุตรของตนเองแล้ว สิทธิของเด็กก็ย่อมเสียไปเพราะเด็กไม่มีสิทธิใดๆ เลย เนื่องจากมารดาตามกฎหมาย (หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน) ไม่ยอมรับว่าเด็กเป็นบุตร เพราะเมื่อมารดาตามกฎหมายของเด็กไม่รับเด็กที่ตนคลอดมาเป็นบุตรแล้ว เด็กก็ไม่อาจใช้สิทธิของตนตามมารดาได้

4.1.2 แนวทางแก้ไขปัญหา

ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า รัฐต้องให้ความเคารพต่อสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดมาจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เป็นสิ่งอันพึงมีและต้องได้รับการคุ้มครอง รับรอง ปกป้องจากรัฐเช่นเดียวกับเด็กที่เกิดโดยวิธีการตามธรรมชาติ แต่ในปัจจุบันกฎหมายไทยกลับเลือกมุ่งคุ้มครองเฉพาะแต่สิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลที่เกิดมาโดยวิธีการปฏิสนธิและคลอดออกมาตามธรรมชาติเท่านั้นที่จะได้รับการคุ้มครอง รับรองและปกป้อง แม้ว่ารัฐธรรมนูญไทยจะได้บัญญัติให้ความคุ้มครองสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แก่บุคคลทุกคนก็ตาม ซึ่งการคุ้มครองนั้นก็ยังหาได้มีการคุ้มครองที่เป็นรูปธรรมหรือลายลักษณ์อักษรหรือมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเพื่อเป็นหลักประกันว่าสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แก่บุคคลจักได้รับการคุ้มครอง รับรองและปกป้องดังที่ได้บัญญัติในรัฐธรรมนูญ ฉะนั้น รัฐต้องมีการออกกฎหมายเพื่อคุ้มครอง รับรอง และปกป้องสิทธิดังกล่าวของเด็กที่เกิดมาจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์

⁷ เนื้อหาในข่าวมีว่า พบแก๊งชาวจีน และชาวไต้หวันเปิดบริษัทบังหน้า แต่ลักลอบนำหญิงต่างด้าวมา กักขัง และให้บริการตั้งครรภ์แทนเสร็จสิ้นที่ไม่สามารถมีบุตรเองได้ โดยมีพฤติกรรมว่าจ้างหญิงสาวชาวเวียดนาม และกัมพูชามารับจ้างตั้งครรภ์ โดยจะให้ค่าจ้างรายละ 5,000 ดอลลาร์ หรือประมาณ 1.5 แสนบาท โดยเปิดบริษัท ในประเทศไทยตั้งแต่เมื่อปลายปี 52 โดยใช้โรงพยาบาลเอกชนย่านมินบุรีเป็นที่อุ้มบุญ. “ทลายแก๊งชาวจีน-ไต้หวัน ลวงหญิงเวียดนามอุ้มบุญให้เสร็จสิ้นต่างชาติ.” สืบค้นเมื่อ 1 ตุลาคม 2555, จาก

เป็นการเฉพาะเจาะจง แต่กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันที่เกี่ยวข้องกับสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์เจริญพันธุ์ในประเทศไทยนั้นยังคงมีความล้าหลังไม่ทันต่อเทคโนโลยีทางวิทยาศาสตร์หรือด้านการแพทย์ในสถานการณ์ปัจจุบันซึ่งก็คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยประกาศใช้มาตั้งแต่ปีพุทธศักราช 2477 จนถึงปัจจุบัน เป็นเวลามากกว่า 80 ปีแล้ว และในหลักกฎหมายไทยนั้นยังคงถือว่า หญิงที่คลอดทารกแม้จะเป็นการตั้งครรภ์แทนผู้อื่นก็ถือว่าเด็กก็เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้นอยู่ ทำให้บิดามารดาซึ่งเป็นเจ้าของอสุจิและไข่ต้องจดทะเบียนรับบุตรของตนเองเป็นบุตรบุญธรรมแทนเพราะกฎหมายยังไม่เปิดโอกาสให้เป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายตั้งแต่เด็กนั้นคลอดออกมา ดังนั้น ประเทศไทยจะต้องปรับปรุงกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องเหล่านี้ให้มีความสอดคล้องและทันต่อเทคโนโลยีทางการแพทย์ในยุคปัจจุบัน เพื่อให้เด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้รับสิทธิตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ โดยการที่รัฐต้องออกกฎหมายที่เกี่ยวกับให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เพื่อให้เด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีดังกล่าวได้รับความคุ้มครอง คุ้มครอง และปกป้องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญต่อไป

4.2 ปัญหาการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และแนวทางแก้ไขปัญหา

4.2.1 ปัญหาการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์

การให้บุคคลอื่นมาตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นเรื่องที่ต้องอาศัยการใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์มาช่วยผู้ที่ประสบภาวะสำหรับผู้ที่มิบุตรยาก ปัจจุบันคู่สมรสหลายคู่ได้ดำเนินการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนให้และมีเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนแล้วจำนวนหนึ่ง แต่ยังไม่มียกกฎหมายรับรองให้เด็กนั้นเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของคู่สมรส ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาต่อเด็กและบุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายตามมา ซึ่งการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนจึงเกิดปัญหาตามมาก็คือ การกำหนดสถานภาพทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ โดยกฎหมายไทยที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันนั้นยังตามไม่ทันเทคโนโลยี ซึ่งกำหนดสถานภาพทางกฎหมายของเด็กโดยพิจารณาจากสถานภาพสมรสของชายและหญิงที่ร่วมประเวณีกันเท่านั้น ซึ่งกฎหมายไทยที่บัญญัติขึ้นนอกจากจะก้าวไม่ทันเทคโนโลยีทางการแพทย์แล้ว ยังเป็นบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องต่อหลักเกณฑ์แห่งธรรมชาติอันเกี่ยวข้องกับเรื่องหน่วยแห่งพันธุกรรมของมนุษย์ ตามหลักการที่ว่า “ผู้เป็นบุตรย่อมรับหน่วยพันธุกรรมมาจากบิดาครึ่งหนึ่งและมาจากมารดาครึ่งหนึ่ง” ซึ่งในปัจจุบัน

เทคโนโลยีทางการแพทย์มีความก้าวหน้าไปมาก ทำให้การให้กำเนิดของเด็กไม่จำเป็นต้องเริ่มต้นจากการร่วมประเวณีระหว่างชายกับหญิงอีกต่อไป เพราะแพทย์สามารถนำเซลล์สืบพันธุ์ ไม่ว่าจะเป็นไข่หรือเชื้ออสุจิของบุคคลอื่นมาใช้ในการปฏิสนธิได้ โดยการผสมเทียมโดยวิธีต่างๆ เช่น การทำกิฟท์ (การที่นำไข่และเชื้ออสุจิของหญิงและชายใส่กลับเข้าหลอดมดลูกโดยที่ยังไม่ปฏิสนธิกัน) หรือ การทำเด็กหลอดแก้ว (การนำไข่และอสุจิมาปฏิสนธิกันแล้วใส่กลับเข้าไปในมดลูก) หรือการผสมเทียมโดยการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ซึ่งการให้หญิงอื่นมาตั้งครรภ์แทนนั้นกล่าวคือ ต้องมีบุคคลอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องกับตั้งครรภ์ด้วย หากหญิงที่ต้องการมีบุตรไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ โดยแพทย์ก็สามารถนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มาใช้โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนได้

การตั้งครรภ์แทนดังกล่าวนี้ก่อให้เกิดปัญหาว่าเมื่อคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรได้ดำเนินการโดยให้แพทย์นำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มาใช้เพื่อให้ตนเองมีบุตรได้แล้วโดยการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ปัญหาของกฎหมายไทยจึงมีอยู่ว่า กฎหมายไทยนั้นไม่ได้บัญญัติถึงสถานภาพของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ไว้โดยเฉพาะการพิจารณาสถานภาพของเด็กดังกล่าวจึงต้องพิจารณาจากกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันซึ่งก็คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว โดยพิจารณาจากบุคคลใดควรเป็นมารดาและบิดาของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ โดยผู้เขียนพิจารณาออกเป็น 2 ประการคือ

ประการแรก พิจารณาถึงความเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบ Common Law จะมีหลักกฎหมายพื้นฐานว่า “หญิงที่ให้กำเนิดบุตรเป็นมารดาของเด็กนั้น” ตามหลัก “Mater est quam questatio demonstrat” (The mother is demonstrated by gestation) ส่วนประเทศอื่นที่แม้จะใช้กฎหมายในระบบอื่นก็ใช้หลักการเช่นเดียวกันนี้ เพราะหญิงที่ให้กำเนิดบุตรก็ควรจะเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นนั่นเอง เช่น ในประเทศอังกฤษ การตั้งครรภ์แทนที่เกิดขึ้นโดยการฉีดเชื้ออสุจิและไข่เข้าไปในร่างกายหรือมีการปฏิสนธิในร่างกายแล้วย้ายฝากตัวอ่อนเข้าไปในร่างกาย ความเป็นมารดาของเด็กก็ถือตามกฎหมาย Human Fertilisation and Embryology Act 1990 มาตรา 27 (1) บัญญัติว่า “หญิงซึ่งกำลังตั้งครรภ์หรือได้ตั้งครรภ์เด็กอันสืบเนื่องมาจากการนำเอาตัวอ่อนหรือเชื้ออสุจิและไข่ไปใส่ไว้ในร่างกายย่อมถือว่าเป็นบุคคลคนเดียวเท่านั้นที่เป็นแม่ของเด็กที่กำเนิดมา”⁸ แต่หากการรับตั้งครรภ์เกิดจากการปฏิสนธิด้วยวิธีอื่นก็ต้องนำกฎหมาย Common Law มาใช้บังคับ ซึ่งจะเห็นได้ว่า กฎหมายอังกฤษนั้นใช้

⁸ Human Fertilisation and Embryology Act 1990 Section 27 (1) -“The woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of embryo or sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child.”

หลักเกณฑ์การพิจารณาความเป็นมารดาของบุตร โดยถือว่ามารดาที่ให้กำเนิดบุตรเท่านั้นที่เป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นการสะท้อนให้เห็นว่าความเชื่อที่ว่าหญิงซึ่งเป็นผู้อุทิศร่างกายและระยะเวลาตั้งครรภ์เป็นเวลาถึง 9 เดือนนั้นย่อมมีสิทธิในทางกฎหมายเหนือกว่าหญิงอื่นที่เป็นเจ้าของพันธุกรรมนั้นหรือหญิงผู้ประสงค์จะเลี้ยงดูเด็กนั้น โดยสำหรับประเทศไทยนั้น เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1546 ที่บัญญัติว่า “เด็กเกิดจากหญิงที่มีได้สมรสกับชายให้ถือว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น...” ซึ่งจะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้มีการบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่า หญิงที่ตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรถือว่าเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นซึ่งเป็นเพียงข้อสันนิษฐาน ซึ่งหลักของกฎหมายดังกล่าวนี้กำหนดว่า จะต้องเป็นหญิงที่คลอดเด็กออกมาถือว่าเป็นมารดาของเด็กนั้นแล้ว และหลักการนี้แสดงให้เห็นว่า หลักกฎหมายไทยยอมรับแต่เพียงว่า หญิงที่ให้กำเนิดบุตรยอมถือว่าเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น ดังนั้น สถานะความเป็นมารดาของเด็กนั้นจึงถูกกำหนดไว้เพียงแต่ผู้เป็นมารดาที่สามารถคลอดทารกของตนได้ และในทำนองเดียวกันผู้ที่จะเป็นบุตรของมารดานั้นก็ต้องคลอดออกมาจากครรภ์ของมารดาเท่านั้น ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือ เมื่อหญิงที่ตั้งครรภ์และหญิงนั้นให้กำเนิดบุตรขึ้นมา ตามกฎหมายหญิงที่ให้กำเนิดบุตรก็จะเป็นมารดาที่ถูกต้องตามกฎหมาย และสามีของหญิงให้กำเนิดบุตรนั้นก็จะเป็นบิดาตามกฎหมาย โดยที่กฎหมายไม่ได้คำนึงถึงต้นตอหรือพันธุกรรมของเด็กคนนั้นว่ามาจากแหล่งใด จะเห็นได้ว่า ในกรณีที่หญิงที่ให้กำเนิดบุตรยอมอ้างสิทธิในความเป็นมารดาได้ตามกฎหมาย แต่หญิงที่เป็นเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ (เจ้าของไข่) และเป็นผู้ที่ต้องการจะเป็นมารดาของบุตรตัวจริง กลับไม่มีสิทธิใดๆ ในตัวเด็กนั้นเลยและไม่สามารถอ้างสิทธิในความเป็นมารดาได้เลยเพราะกฎหมายไทยไม่ได้รับรองสิทธิของผู้เป็นเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ที่นำมาใช้ในการปฏิสนธิไว้ หญิงที่เป็นเจ้าของไข่จึงไม่อาจอ้างได้ว่า เป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น แม้จะพิสูจน์ได้โดยแจ้งชัดว่าเด็กนั้นเกิดจากเซลล์สืบพันธุ์ของตนเองก็ตาม ถึงแม้ปัจจุบันจะได้มีการแก้ไขบทบัญญัติในมาตรา 1546⁹ โดยเพิ่มเติมข้อความในตอนท้ายลงไปว่า “เว้นแต่จะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” ก็ตาม แต่ก็เป็นกรบัญญัติไว้เป็นลักษณะที่เลื่อนลอยหาได้มีบทบัญญัติหรือกฎหมายอื่นใดมาเพื่อรองรับสิทธิดังกล่าวแต่อย่างใด

นอกจากนี้ ในกรณีของการรับตั้งครรภ์แทนนั้น แม้จะปรากฏข้อเท็จจริงว่าก่อนการตั้งครรภ์หญิงที่ตั้งครรภ์แทนได้ตกลงกับคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรว่าเมื่อตนให้กำเนิดทารกแล้วจะยกเด็กนั้นให้เป็นบุตรหรืออยู่ในอุปการะของคู่สมรสนั้นก็ตาม กรณีเช่นนี้ก็ยังต้องถือว่าหญิงที่

⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1546 บัญญัติว่า “เด็กเกิดจากหญิงที่มีได้มีการสมรสกับชายให้ถือว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น (*แก้ไขเพิ่มเติมโดย มาตรา 4 แห่ง พระราชบัญญัติ แก้ไขเพิ่มเติม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2551).

รับตั้งครรถ์แทนนั้นเป็นมรดกโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นอยู่นั่นเอง เพราะความตกลงระหว่างเอกชนทั้งสองฝ่ายไม่สามารถไปเปลี่ยนแปลงสิทธิหน้าที่และสถานภาพทางกฎหมายในความเป็นมรดกของเด็กนั้นได้ วิธีการเดียวที่เด็กนั้นจะเป็นบุตร โดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรนั้นก็คือการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมเท่านั้น ซึ่งขั้นตอนของการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมในกรณีนี้ก็ต้องเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรจะต้องผ่านการเลี้ยงดูเด็กก่อนเพราะถือไม่ได้ว่าคู่สมรสนั้นเป็นญาติของเด็ก แม้จะปรากฏว่าเด็กนั้นจะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมเพราะคู่สมรสนั้นเป็นเจ้าของเชื้ออสุจิหรือไข่ที่ใช้ในการรับตั้งครรถ์แทนก็ตาม

จะเห็นได้ว่า กฎหมายไทยในปัจจุบันถือว่า หญิงที่ให้กำเนิดบุตรเป็นมรดกโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กเท่านั้น แม้จะปรากฏว่าหญิงนั้นตกลงที่จะรับตั้งครรถ์แทนบุคคลอื่นหรือไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่ให้กำเนิดมานั้นเลยก็ตาม

ในกรณีที่มีการใช้ไข่ที่ได้รับการบริจาคในการปฏิสนธิ เช่น มีการนำไข่ที่ได้รับการบริจาคมารวมกับเชื้ออสุจิของคู่สมรสฝ่ายชาย แล้วฉีดเข้าไปในโพรงมดลูกของคู่สมรสฝ่ายหญิง หรือนำตัวอ่อนที่ได้รับการบริจาคมารวมเข้าไปในมดลูกของคู่สมรสฝ่ายหญิง แล้วต่อมา คู่สมรสฝ่ายหญิงนั้นให้กำเนิดบุตร กรณีเช่นนี้จะเห็นได้ว่า หญิงที่บริจาคไข่นั้นจะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่กำเนิดมา ส่วนหญิงที่ให้กำเนิดเด็กจะไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมาเลย จึงก่อให้เกิดปัญหาว่าเด็กนั้นจะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ใดระหว่างหญิงที่ให้กำเนิดบุตรกับหญิงที่เป็นเจ้าของไข่นั้น แต่เมื่อพิจารณาจากหลักกฎหมายข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่า หญิงที่ให้กำเนิดบุตรเท่านั้นที่ถือว่าเป็นมรดกโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ส่วนหญิงที่บริจาคหรือเป็นเจ้าของไข่จะไม่มีสิทธิใดๆ ในตัวเด็กนั้นเลย เพราะกฎหมายไทยไม่ได้รับรองสิทธิของผู้บริจาคหรือเป็นเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ที่นำมาใช้ในการปฏิสนธิไว้ หญิงที่บริจาคหรือเป็นเจ้าของไข่จึงไม่อาจอ้างได้ว่าเป็นมรดกโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น แม้จะพิสูจน์ได้โดยแจ้งชัดว่าเด็กนั้นเกิดจากเซลล์สืบพันธุ์ของตนเองก็ตาม

ประการที่สองพิจารณาถึง ความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ในทุกประเทศทั่วโลก ความเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ถือเป็นประเด็นที่มีความสลับซับซ้อนและการพิสูจน์สถานะความเป็นบิดาที่แท้จริงเป็นปัญหาที่มีความสลับซับซ้อนกว่าการพิสูจน์สถานะความเป็นมารดา เพราะความเป็นมารดาของเด็กย่อมพิสูจน์ได้โดยชัดแจ้งจากการที่หญิงนั้นตั้งครรถ์และให้กำเนิดเด็กขึ้น และการตั้งครรถ์ของหญิงที่มีระยะเวลายาวนานถึงประมาณ 9 เดือน โดยการพิสูจน์สถานะความเป็นบิดาที่แท้จริงนั้นย่อมจะต้องพิสูจน์ว่า มีการร่วมประเวณีกันระหว่างหญิงกับชาย และชายนั้นเป็นเจ้าของเชื้ออสุจิ และอสุจิกับไข่ได้ปฏิสนธิ

จนเจริญเติบโตจนเกิดเป็นเด็กขึ้นมา ซึ่งการร่วมประเวณีกันระหว่างหญิงชายนั้น โดยปกติย่อมเป็นที่รับรู้กันเฉพาะหญิงชายคู่กันเท่านั้น ซึ่งในอดีตที่เทคโนโลยีพันธุกรรมยังไม่เจริญก้าวหน้า ดังเช่นในปัจจุบันการพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับเอกลักษณ์บุคคลหรือสารพันธุกรรม (Deoxyribonucleic acid: DNA) ว่าเด็กนั้นเกิดมาจากเชื้อสุมของบุคคลโดยอ้อมเป็นสิ่งที่กระทำได้ โดยยาก ด้วยเหตุนี้กฎหมายของประเทศต่างๆ จึงมักจะมิบทสันนิษฐานความเป็นบิดาของเด็กไว้ในกฎหมายของตนโดยพิจารณาจากสภาพสมรสของหญิงที่ให้กำเนิดบุตรเป็นสำคัญ โดยถือว่าสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ให้กำเนิดบุตรเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก แต่หากหญิงนั้นไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย เด็กนั้นก็จะเป็นเด็กที่ไม่มีบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่มีเพียงมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม บทสันนิษฐานดังกล่าวก็ไม่ได้เป็นบทสันนิษฐานที่เด็ดขาดแต่อย่างใด โดยชายผู้เป็นสามีโดยชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิในการพิสูจน์ว่าตนไม่ได้เป็นบิดาที่แท้จริงของเด็กนั้นได้ โดยพิสูจน์ว่าตนไม่ได้ร่วมประเวณีกับหญิงผู้เป็นภริยาจนกระทั่งหญิงนั้นให้กำเนิดบุตร ความยากง่ายของการพิสูจน์ข้อเท็จจริงเช่นนี้จึงขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นแต่ละกรณีไป สำหรับประเทศไทยนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวก็มีลักษณะเดียวกับกฎหมายต่างประเทศ แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะไม่ได้บัญญัติอย่างชัดเจนว่าการพิสูจน์สถานะความเป็นบิดาของเด็กจะต้องพิสูจน์จากการร่วมประเวณีระหว่างชายกับหญิง และชายนั้นเป็นเจ้าของเชื้อสุมที่ปฏิสนธิจนเป็นทารกนั้นก็ตาม แต่เมื่ออนุมานจากบทบัญญัติต่างๆ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ก็เป็นที่ยอมรับกันว่าการพิสูจน์สถานะความเป็นบิดาของเด็กย่อมกระทำได้โดยการพิสูจน์ว่าชายได้ร่วมประเวณีกับหญิงจนหญิงนั้นตั้งครรรภ์และให้กำเนิดทารกขึ้นมา อย่างไรก็ดี กฎหมายไทยยังคงมิบทบัญญัติสันนิษฐานความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกับหลักกฎหมายต่างประเทศ โดยมาตรา 1536 บัญญัติว่า “เด็กเกิดแต่หญิงขณะเป็นภริยาชายหรือภายในสามร้อยสิบวันนับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลง ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามี หรือเคยเป็นสามี แล้วแต่กรณี” ภายใต้อำนาจกฎหมายนี้ ชายผู้เป็นสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงหรือเคยเป็นสามีในช่วงระยะเวลาสามร้อยสิบวันก่อนที่เด็กจะเกิดย่อมได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น การพิสูจน์หักล้างบทสันนิษฐานตามกฎหมายนี้ย่อมกระทำได้ตามที่กฎหมายบัญญัติเท่านั้น กล่าวคือ ชายนั้นจะต้องพิสูจน์ว่าตนไม่ได้มีส่วนร่วมประเวณีกับหญิงภายในระยะเวลาที่หญิงนั้นอาจตั้งครรรภ์ คือ ในระหว่างหนึ่งร้อยแปดสิบวันถึงสามร้อยสิบวันก่อนเด็กนั้นเกิด หรือตนไม่สามารถเป็นบิดาของเด็กนั้นได้ด้วยเหตุประการอื่น และการพิสูจน์นี้ต้องกระทำโดยการฟ้องคดีต่อศาลภายในกำหนดหนึ่งปีนับแต่รู้ถึงการกำเนิดของเด็ก ทั้งนี้ต้องไม่เกินสิบปีนับแต่เด็กนั้นเกิดด้วย นอกจากนี้ยังต้องปรากฏว่า

ชายผู้เป็นสามีหรือเคยเป็นสามีจะต้อง ไม่ใช่บุคคลที่แจ้งการเกิดของเด็กหรือจัดให้มีการแจ้งการเกิดของเด็กนั้นในทางทะเบียนอีกด้วย

นอกจากนี้ สำหรับปัญหาที่เกิดขึ้นในไทยโดยส่วนใหญ่มักเป็นกรณีเด็กที่เกิดจากเชื้ออสุจิของบุคคลอื่น เช่น การรับบริจาคเชื้ออสุจิจากชายผู้บริจาคแล้วมาผสมกับไข่ของกลุ่มสมรสฝ่ายหญิงแล้ว และสามีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนยอมรับหรือกล่าวอ้างว่าเด็กเป็นบุตรของตนเอง เพราะในเมื่อกฎหมายไทยมีการบัญญัติให้บุตรที่เกิดมาจากหญิงที่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย เด็กนั้นย่อมเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของกลุ่มสมรสนั้น สามีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจึงอาศัยหลักกฎหมายดังกล่าวในการที่ตนจะกล่าวอ้างว่าเด็กเป็นบุตรของตนได้ และเมื่อสามีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนยอมรับเด็กเป็นบุตร โดยกล่าวอ้างว่าเป็นบุตรของเขา เด็กนั้นก็จะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เพราะกฎหมายไทยยังคงบัญญัติให้เด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของกลุ่มสามีภริยาที่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายอยู่ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวมิได้คำนึงถึงหลักทางพันธุกรรมที่เด็กควรจะต้องเป็นบุตรโดยชอบของกลุ่มสามีภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรโดยการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ฉะนั้น กรณีนี้ต้องนำเอาหลักความยินยอม¹⁰ มาใช้ ซึ่งหลักความยินยอมตามกฎหมายของฝรั่งเศส มาตรา 1108¹¹ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งบัญญัติว่า “ความยินยอมของกลุ่มซึ่งประสงค์จะผูกพันตนเองเป็นสิ่งสำคัญที่จะทำให้สัญญาอันสมบูรณ์ มีผลบังคับใช้ได้ตามกฎหมาย...” และในเรื่องหลักความยินยอมกรณีหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีสามีตามกฎหมายของอังกฤษปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติการปฏิสนธิและตัวอ่อนมนุษย์ ค.ศ. 1990 Section 28 (2) of the Human Fertilisation and Embryology Act 1990 บัญญัติว่า “หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย สามีของหญิงนั้นก็จะต้องถือว่าเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้ให้ความยินยอมในการรับตั้งครรภ์แทนนั้น”¹² ในกรณีนี้ความยินยอมของสามีจึงมีความสำคัญมากเพราะถึงแม้สามีจะพิสูจน์ได้ว่าเด็กที่เกิด

¹⁰ นิติกรรมเป็นบ่อเกิดแห่งหนี้เกิดขึ้นจากความยินยอมหรือข้อตกลงโดยชอบด้วยกฎหมายของบุคคลซึ่งมุ่งประสงค์ต่อกันเพื่อให้เกิดการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิได้แก่ การก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือ ระงับสิทธิ นิติกรรมจะสมบูรณ์ได้โดยการแสดงเจตนามาตรา 149 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ถ้าไม่ประสงค์ให้เกิดผลในทางกฎหมายย่อมไม่ใช่นิติกรรม.

¹¹ กฎหมายแพ่งของฝรั่งเศส มาตรา 1108 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส บัญญัติว่า “ความยินยอมของกลุ่มซึ่งประสงค์จะผูกพันตนเองเป็นสิ่งสำคัญที่จะทำให้สัญญาอันสมบูรณ์ มีผลบังคับใช้ได้ตามกฎหมาย (จารีตประเพณี) แม้แต่ในกรณีที่สัญญานั้นกำหนดหน้าที่ให้คู่สัญญาเพียงฝ่ายเดียวการเกิดขึ้นของสัญญาต้องใช้ความยินยอมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย.”

¹² พระราชบัญญัติการปฏิสนธิและตัวอ่อนมนุษย์ ค.ศ. 1990 Section 28 (2) of the Human Fertilisation and Embryology Act 1990.

มานั้น ไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับตนเอง ชายคนดังกล่าวก็ยังคงถือเป็นบิดาตามกฎหมายของเด็กเพราะตนได้ให้ความยินยอมแล้ว หากสามีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนสามารถพิสูจน์ได้ว่าตนไม่ได้ให้ความยินยอมแล้ว ก็จะไม่ถือว่าชายนั้นเป็นบิดาของเด็ก แต่จะถือว่าเด็กนั้นเป็นเด็กที่ไม่มีบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย (Legally fatherless child)¹³ โดยหญิงที่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นก็คือ หญิงที่ได้จดทะเบียนสมรสกับชายโดยชอบด้วยกฎหมาย สมควรที่จะต้องได้รับความยินยอมจากสามีเป็นลายลักษณ์อักษรก่อนเพราะการตั้งครรภ์แทนนี้ย่อมมีผลกระทบต่อผู้รับตั้งครรภ์แทนและครอบครัวของผู้รับตั้งครรภ์แทนซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาขึ้นระหว่างสามีและภริยาได้¹⁴ ซึ่งในกรณีนี้เมื่อนำหลักความยินยอมมาใช้กับหญิงที่ตั้งครรภ์แทนก่อนมีการรับตั้งครรภ์แทน โดยให้สามีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนให้ความยินยอมแล้ว ปัญหาเรื่องดังกล่าวนี้ก็จะหมดไป โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นจะต้องได้รับความยินยอมจากสามีก่อน ฉะนั้น หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นมีสามีจะต้องได้รับความยินยอมจากสามี และเมื่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้รับความยินยอมจากสามีแล้ว เด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนจึงมิใช่บุตรของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและมีบุตรของสามีของหญิง (รับตั้งครรภ์แทน) นั้นด้วย ดังนั้น สถานะความเป็นบิดาและมารดาของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนนั้น ควรกำหนดให้ทั้งสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร โดยการให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีสถานะความเป็นบิดาและมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

4.2.2 แนวทางแก้ไขปัญหา

เนื่องจากการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ซึ่งเด็กที่เกิดมาจากอสุจิ ไข่หรือตัวอ่อนของผู้บริจาคโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จากการตั้งครรภ์แทนนั้น ปัญหาว่า เด็กที่เกิดมานั้นเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของใคร จากการศึกษา ในกรณีสถานะความเป็นบิดาและมารดาของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ของอังกฤษนั้นพบว่า ซึ่งสถานะความเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 28 ของกฎหมาย Human Fertilisation and Embryology Act ซึ่งยอมรับสถานะความเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนซึ่งมีการนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ไว้โดยสถานะความเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนแยกไว้เป็น 2 กรณีคือ กรณีที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายและกรณีที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย

¹³ จักรกฤษณ์ วรรณ และคณะ. เล่มเดิม. หน้า 85.

¹⁴ กานต์ กาญจนะไพบูลย์. เล่มเดิม. หน้า 42.

ในกรณีแรก หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย สามีของหญิงนั้นก็จะถือว่าเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้ให้ความยินยอมในการรับตั้งครรภ์แทนนั้น¹⁵

ในกรณีที่สองคือ เมื่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายต้องพิจารณาว่ากระบวนการตั้งครรภ์นั้นเกิดขึ้นในสถานบริการที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายหรือไม่ หากกระบวนการตั้งครรภ์เกิดขึ้นในสถานบริการที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย ชายที่ว่าจ้างให้ตั้งครรภ์จะมีสถานะเป็นเพียงผู้บริจาคเชื้ออสุจิเท่านั้น ซึ่งตามกฎหมายจะไม่ถือว่าเป็นบิดาของเด็ก¹⁶ เด็กที่เกิดมาก็จะถือว่าเป็นเด็กที่ไม่มีบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายเช่นกันแต่หากปรากฏว่ากระบวนการในการตั้งครรภ์นั้นไม่ได้เกิดขึ้นโดยความช่วยเหลือของแพทย์ในสถานบริการที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย ชายที่เป็นเจ้าของเชื้ออสุจินั้นย่อมเป็นบิดาของเด็กตามกฎหมาย Common Law¹⁷

สำหรับการกำหนดสถานะความเป็นบิดาและมารดาของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยการของสหรัฐอเมริกา พบว่าบางมลรัฐก็ยังคงใช้หลักการตามกฎหมาย Common Law โดยเคร่งครัด ซึ่งอาจแบ่งกฎหมายของมลรัฐในสหรัฐที่กำหนดสถานะความเป็นบิดา มารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนได้เป็น 3 กลุ่ม¹⁸ คือ

1) กลุ่มที่ถือว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและสามีเป็นมารดาและบิดาของเด็ก ดังนั้นการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กจึงยังคงยึดถือหลักการตามกฎหมาย Common law โดยเคร่งครัด โดยมลรัฐที่ใช้กฎหมายในลักษณะนี้คือ มลรัฐอริโซนา นอร์ธดาโกตา และยูทาห์ โดยมลรัฐเหล่านี้ถือว่า การตั้งครรภ์แทนไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย

2) กลุ่มที่สอง คือ กลุ่มที่ถือว่าคู่สมรสที่ว่าจ้างให้มีการตั้งครรภ์แทนเป็นบิดาหรือมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย¹⁹ สำหรับสถานะความเป็นมารดาของเด็กนั้น ตามกฎหมายถือว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะมีฐานะเป็นมารดาของเด็กเพื่อประโยชน์ในการจดทะเบียนการเกิดเท่านั้น ส่วนฝ่ายที่ว่าจ้างให้ตั้งครรภ์แทนมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้เปลี่ยนแปลงชื่อของมารดาใน

¹⁵ Human Fertilisation and Embryology Act Section 28 (2).

¹⁶ Human Fertilisation and Embryology Act Section 28 (6).

¹⁷ จักรกฤษณ์ ควรวจน์ และคณะ. (2548). *การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่น ตั้งครรภ์แทน*. หน้า 85.

¹⁸ แหล่งเดิม. หน้า 99-101.

¹⁹ หลักเกณฑ์ คือ หากชายและหญิงที่ว่าจ้างเป็นสามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อมีการรับตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะใช้เชื้ออสุจิของฝ่ายชายที่ว่าจ้างหรือไม่ก็ตาม คู่สมรสที่ว่าจ้างนั้นก็ถือว่าเป็นบิดาและมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นทันที แต่หากชายและหญิงที่ว่าจ้างไม่ได้สมรสกันตามกฎหมาย กฎหมายจะถือว่าฝ่ายชายที่บริจาคเชื้ออสุจิเท่านั้นที่เป็นบิดาของเด็ก.

ลูกบัตรเป็นชื่อของฝ่ายหญิงที่ว่าจ้างได้ ซึ่งศาลอาจมีคำสั่งให้เปลี่ยนแปลงชื่อมารดาตามคำขอหรืออาจสั่งให้ฝ่ายชายที่ว่าจ้างมีสิทธิในการเลี้ยงดูบุตรแต่เพียงผู้เดียวก็ได้²⁰

3) กลุ่มที่สันนิษฐานว่าคู่สมรสที่ว่าจ้างเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ให้สิทธิแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในการยกเลิกข้อตกลงภายในระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งในกรณีเช่นนี้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะถือว่าเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก²¹

สำหรับการกำหนดสถานะความเป็นบิดาและมารดาของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนของประเทศออสเตรเลีย พบว่า ไม่มีรัฐใดที่ออกกฎหมายแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักการตามกฎหมาย Common Law ที่ถือว่าหญิงที่ให้กำเนิดบุตรแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้นเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก กฎหมายในบางรัฐ เช่น มาตรา 10 (d) (1) ของกฎหมาย Family Relationships Act 1975 (SA) บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่า “สามีของหญิงที่ให้กำเนิดบุตรอันเนื่องมาจากการปฏิสนธิเทียม (ไม่ว่าจะเป็นการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อหรือจากการปฏิสนธิในอกร่างกาย) ถือว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น”

ส่วนในประเทศฝรั่งเศส สถานะความเป็นบิดาและมารดาของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนนั้นก็จะเป็นไปตามหลักกฎหมายแห่งซึ่งยังคงถือตามหลักการที่ว่า “หญิงที่ให้กำเนิดเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก”²² และหากหญิงนั้นมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย ชายผู้เป็นสามีนั้นก็จะเป็นบิดาตามกฎหมายของเด็ก แต่ข้อสันนิษฐานนี้สามารถที่จะพิสูจน์หักล้างได้”²³ ดังนั้น หากมีการรับตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้นด้วยวิธีการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อของชายที่ว่าจ้างเข้าไปในมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นก็จะเป็นมารดาของเด็ก

สถานะความเป็นบิดาและมารดาของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนนั้น สำหรับในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีการออกกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทนสองฉบับ ได้แก่ กฎหมายว่าด้วยคนกลางในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม (Adoptionsvermittlungsgesetz 1989) โดยห้ามการจัดหาหญิงที่ประสงค์จะรับตั้งครรภ์แทนให้แก่คู่สมรสที่ว่าจ้างให้มีการตั้งครรภ์แทนหรือหาคู่สมรสที่ต้องการจะว่าจ้าง

²⁰ มลรัฐที่ใช้กฎหมายในลักษณะเช่นนี้ คือ มลรัฐอาร์คันซอร์ ส่วนกฎหมายในสหรัฐอเมริกาอีก 2 มลรัฐซึ่งมีบทบัญญัติในทำนองเดียวกัน แต่กฎหมายของทั้งสองมลรัฐนี้ใช้เฉพาะกับกรณีที่เป็นารับตั้งครรภ์แทนซึ่งใช้ทั้งเชื้อสุติและไข่ของคู่สมรสที่ว่าจ้างเท่านั้น คือ กฎหมายของมลรัฐฟลอริดาและกฎหมายของมลรัฐเนวาดา.

²¹ มลรัฐที่ใช้กฎหมายในลักษณะเช่นนี้ประกอบด้วยมลรัฐเวอร์จิเนีย นิวแฮมป์เชียร์ และฟลอริดา

²² Civil Code, Article 341.

²³ Civil Code, Article 314.

ให้แก่หญิงที่ประสงค์จะรับตั้งครรภ์แทน รวมทั้งห้ามมิให้มีการโฆษณาเกี่ยวกับการกระทำได้กล่าวด้วย และมีกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองตัวอ่อน (Embryonenschutzgesetz 1990) โดยกฎหมายห้ามมิให้มีการจัดหาหญิงมาตั้งครรภ์แทนหรือคู่สมรสว่าจ้างหญิงให้มาตั้งครรภ์แทน รวมไปถึงการโฆษณาเกี่ยวกับการกระทำเช่นนั้น กรณีเช่นนี้กฎหมายนี้ถือว่าเป็นการกระทำการฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติซึ่งถือเป็นการกระทำความผิดทางอาญา จะเห็นได้ว่าประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์แก่ผู้ที่มีบุตรยากถูกต้องห้ามกระทำโดยเด็ดขาด

ส่วนกรณีสถานะความเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ของไทย เมื่อนำหลักกฎหมายตามกฎหมายไทยมาใช้บังคับกับการรับตั้งครรภ์แทนแล้วจะพบว่าเนื่องจากกฎหมายไทยมีบทสันนิษฐานความเป็นบิดาเฉพาะกรณีที่หญิงที่ให้กำเนิดบุตรเป็นหญิงที่มีสามีหรือเคยมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ดังนั้น หากหญิงที่ให้กำเนิดบุตรจากการรับตั้งครรภ์แทนเป็นหญิงที่ไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย เด็กที่เกิดมาจะเป็นเด็กที่ไม่มีบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย และมีปัญหาต่อไปอีกว่า กรณีที่คู่สมรสฝ่ายชายที่ให้มีการตั้งครรภ์แทนเป็นเจ้าของเชื้ออสุจิที่ใช้ในการปฏิสนธิ ไม่ว่าจะโดยการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หรือโดยการนำมาปฏิสนธิกับไข่ของหญิงอื่นภายนอกร่างกายจนเป็นตัวอ่อนแล้วย้ายฝากเข้าไปในมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน จะถือว่าชายนั้นเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กได้หรือไม่ เพราะตนเป็นเจ้าของเชื้ออสุจิที่ปฏิสนธิจนเด็กถือกำเนิดมา ในกรณีเช่นนี้จะเห็นได้ว่า เนื่องจากหลักกฎหมายไทยไม่ถือว่าชายนั้นเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก โดยการที่จะพิสูจน์ว่าบุคคลใดเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก จะต้องประกอบด้วยข้อเท็จจริง 2 ประการคือ ประการแรก ชายนั้นต้องได้ร่วมประเวณีกับหญิงที่ให้กำเนิดเด็ก และประการที่สอง ชายนั้นต้องเป็นเจ้าของเชื้ออสุจินั้นด้วย กรณีเช่นนี้เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงแต่เพียงว่าชายนั้นเป็นเจ้าของเชื้ออสุจิ แต่ไม่ได้ร่วมประเวณีกับหญิง ย่อมไม่อาจถือได้ว่าชายเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น ในทำนองเดียวกันหลักการเช่นนี้ย่อมนำไปใช้ในกรณีที่หญิงที่ไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายที่ให้กำเนิดบุตร โดยใช้กรรมวิธีการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อจากผู้บริจาคด้วย โดยถือว่าผู้บริจาคเชื้ออสุจิไม่ได้เป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก เพราะผู้บริจาคเชื้ออสุจินั้นไม่ได้ร่วมประเวณีกับหญิงนั่นเอง

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า หลักการตามกฎหมายไทยนี้มีข้อแตกต่างจากกฎหมายอังกฤษบ้างเล็กน้อย เพราะตามกฎหมายอังกฤษ หากมีการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อ จะต้องพิจารณาว่าการผสมเทียมโดยการฉีดเชื่อนั้นได้กระทำในสถานบริการที่ได้รับอนุญาตหรือไม่ หากการผสมเทียมโดยการฉีดเชื่อนี้ได้กระทำในสถานบริการที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย คู่สมรสฝ่ายชายที่ให้ตั้งครรภ์แทนและเป็นเจ้าของเชื้ออสุจิ จะถือว่าเป็นผู้บริจาคเชื้ออสุจิตามกฎหมายและไม่ถือว่าเป็น

บิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก แต่หากการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อนั้นได้ทำนอกสถานบริการที่ได้รับอนุญาต กฎหมายของอังกฤษถือว่าชายนั้นเป็นบิดาของเด็กที่กำเนิดมา แม้จะไม่มีส่วนร่วมประเวณีระหว่างหญิงกับชายนั้นก็ตาม ส่วนกรณีที่หญิงที่ให้กำเนิดเด็กจากการรับตั้งครรภ์แทนเป็นหญิงที่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีเช่นนี้ ชายที่เป็นสามีของหญิงนั้น (หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน) จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าชายนั้นจะให้ความยินยอมในการที่ภริยาของตนรับตั้งครรภ์แทนผู้อื่นหรือไม่ก็ตาม การปฏิเสธไม่รับเด็กเป็นบุตรย่อมกระทำได้ตามเงื่อนไขที่กล่าวไว้ข้างต้นคือ ชายผู้เป็นสามีต้องพิสูจน์ว่าตนไม่ได้ร่วมประเวณีกับภริยาจนกระทั่งภริยาตั้งครรภ์และให้กำเนิดเด็กนั้น และต้องฟ้องคดีภายในเวลาที่กฎหมายกำหนดกับต้องไม่เป็นผู้แจ้งเกิดหรือจัดให้มีการแจ้งเกิดเด็กนั้น ในทางทะเบียนอีกด้วย ซึ่งหากสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนพิสูจน์ข้อเท็จจริงดังกล่าวได้แล้วเด็กนั้นก็จะเป็นเด็กที่ไม่มีบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย การนำหลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้กับการรับตั้งครรภ์แทนก่อให้เกิดผลกระทบต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องอันไม่พึงประสงค์หลายประการ เช่น หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย เด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนก็จะไม่มีบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้ว คู่สมรสฝ่ายชายที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนอาจมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กโดยเป็นเจ้าของเชื้อสุมิที่ใช้ในการปฏิสนธิ และต้องการเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นอยู่แล้ว แต่ก็ไม่สามารถเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนได้เพราะตนไม่ได้สมรสกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนหรือร่วมได้ประเวณีกับหญิงนั้น แต่เป็นเพียงผู้ประสงค์ได้เด็กเป็นบุตรเพราะตนเป็นเจ้าของพันธุกรรมของเด็กนั้น

ส่วนในกรณีที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นหญิงที่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย ชายที่เป็นสามีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็จะถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น ทั้งที่ชายผู้เป็นสามีไม่ได้ประสงค์จะเป็นบิดาของเด็กเลย นอกจากนี้ หากเป็นกรณีที่ชายผู้เป็นสามีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนยินยอมให้ภริยาของตนรับตั้งครรภ์แทนผู้อื่น โดยรู้ว่าคุณต้องถูกสันนิษฐานตามกฎหมายให้เป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กลับเปิดโอกาสให้ชายผู้เป็นสามีพิสูจน์ว่าตนไม่ได้เป็นบิดาที่แท้จริงของเด็กได้ ทั้งที่ปรากฏว่าชายผู้เป็นสามีนั้นได้ให้ความยินยอมในการที่ภริยาของตนรับตั้งครรภ์แทนผู้อื่นแล้ว และหากชายผู้เป็นสามีสามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริงว่าตนไม่ได้เป็นเจ้าของเชื้อสุมิได้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็จะถือว่าชายผู้เป็นสามีไม่ได้เป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก และเด็กนั้นก็จะเป็นเด็กที่ไม่มีบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายทันที

จากที่กล่าวมาข้างต้น หลักการตามกฎหมายไทยยังถือว่าหญิงที่ให้กำเนิดเป็นมารดาของเด็กอยู่ และสามีของหญิงนั้นก็จะถูกสันนิษฐานว่าเป็นบิดาของเด็ก เว้นแต่พิสูจน์ได้ว่าตนไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก กล่าวคือ ถ้าพิจารณาจากหลักสายโลหิตหรือพันธุกรรมหญิงซึ่งเป็นเจ้าของไข่หรือเซลล์สืบพันธุ์ย่อมเป็นมารดาของเด็ก แต่แนวคิดนี้จะใช้ไม่ได้กับกรณีที่มีผู้บริจาคไข่ที่ใช้ปฏิสนธิ ผู้บริจาคยอมไม่ควรมีสิทธิใดๆ แต่หากเป็นแนวคิดที่พิจารณาจากหลักการตั้งครรภ์ซึ่งเป็นแนวคิดดั้งเดิม หญิงผู้ตั้งครรภ์แทนยอมได้รับสถานะความเป็นแม่โดยชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่ต้องคำนึงว่าไข่ที่ใช้ในการปฏิสนธิเป็นของผู้ใด ซึ่งหลักตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยสอดคล้องกับแนวคิดนี้ เหตุผลของแนวคิดนี้เห็นว่า ผู้ที่ให้เด็กอาศัยเติบโตในมดลูกเป็นผู้ที่ทำให้ตัวอ่อนมีสภาพเป็นบุคคลตามกฎหมาย น่าจะถือว่าเป็นผู้ให้ชีวิตแก่เด็กโดยแท้จริง โดยหลักการเช่นนี้เป็นหลักการที่ไม่สอดคล้องกับความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อนำหลักกฎหมายมาปรับใช้กับการรับตั้งครรภ์แทนที่บุคคลทุกฝ่ายอาจมีความประสงค์และยินยอมพร้อมใจกันมอบอำนาจปกครองให้แก่คู่สมรสที่ต้องการมีบุตร แต่คู่สมรสเหล่านี้ก็ยังคงไม่อาจมีสถานภาพเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กได้

ผู้เขียนมีความเห็นว่า สถานภาพของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์นั้นกฎหมายไทยควรกำหนดให้ชัดเจนว่าบุคคลใดเป็นมารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน โดยควรกำหนดให้ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรโดยการให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ส่วนสถานะความเป็นบิดาของที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์นั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า สถานะความเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนควรแยกไว้เป็น 2 กรณีคือ

ในกรณีแรก หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย สามีของหญิงนั้นไม่ถือว่าเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์นั้นจะต้องได้รับความยินยอมจากสามี

ในกรณีที่สอง หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากชายที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงที่ไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายตั้งครรภ์แทน ชายที่ประสงค์จะมีบุตรนั้นจึงมีสถานะเป็นเจ้าของเชื้อสุจิตามหลักพันธุกรรม ซึ่งตามกฎหมายไทยจะไม่ถือว่าเป็นบิดาของเด็ก แต่เมื่อนำเอาหลักเจตจำนง (Intent-based Approach) และหลักทางพันธุกรรม (Genetic-based Approach) มาพิจารณา ฝ่ายที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงที่ไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นผู้ตั้งครรภ์แทน เพราะเป็นเจ้าของอสุจิและประสงค์มีบุตรเพื่อสืบสกุล จึงควรให้ชายที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงที่ไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นผู้ตั้งครรภ์แทนเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่การกำหนดที่หญิงที่ไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายรับตั้งครรภ์แทนได้

ก่อให้เกิดปัญหาตามมาภายหลังได้ การอนุญาตให้หญิงที่ไม่เคยผ่านการสมรส ย่อมก่อให้เกิดปัญหาต่อสุขภาพและสังคมต่อหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนได้ เพราะตามหลักทางการแพทย์แล้ว สรีระของหญิงสาวที่ผ่านการตั้งครรภ์ย่อมไม่เหมือนเดิม ทั้งผิวที่ขยาย น้ำหนักที่เพิ่มขึ้น รวมถึงความสมบูรณ์ของกระดูกและระบบภายใน เป็นต้น ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อการดำรงชีวิตต่อไปในภายหน้าของหญิงนั้น และในเรื่องนี้ตามความเห็นของแพทย์เห็นว่าหญิงที่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายและเคยมีบุตรมาก่อนแล้ว ย่อมเป็นหลักประกันประการหนึ่งว่าน่าจะตั้งครรภ์และมีบุตรได้อีกและการคลอดบุตรจะง่ายขึ้น ซึ่งหญิงที่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายและเคยมีบุตรมาแล้วย่อมมีประสบการณ์ในการตั้งครรภ์ ดังนั้น ในการดูแลครรภ์หรือการคลอดบุตรย่อมมีโอกาสประสบความสำเร็จได้มากกว่าหญิงที่ไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายและไม่เคยมีบุตร หากเป็นหญิงที่เคยมีบุตรตั้งแต่อายุยังน้อยหรือปัจจุบันก็ยังคงอายุน้อยอยู่ ความรู้สึกรับผิดชอบต่อการดูแลครรภ์ก็อาจมีไม่เท่ากับหญิงที่มีสามีซึ่งมีวัยอันสมควรที่จะเป็นแม่ได้ ด้วยเหตุนี้เอง ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรพิจารณากำหนดให้ต้องกระทำต่อหญิงที่มีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายแล้วหรือกระทำต่อหญิงที่เคยมีบุตรมาก่อนแล้วเท่านั้น

นับตั้งแต่ที่ประเทศไทยได้มีการยอมรับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยการตั้งครรภ์แทน ผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรมีการออกกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยควรกำหนดให้คู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน หลักการนี้อาจเรียกว่าเป็นการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาจากพันธุกรรม (Genetic-based Approach) และจากหลักเจตจำนงของคู่สมรสนั้น (Intent-based Approach) กล่าวคือ หากกำหนดเงื่อนไขทางกฎหมายที่จะกำหนดว่า การรับตั้งครรภ์แทนนั้นจำเป็นต้องใช้เซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนที่มาจากคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรเท่านั้น ก็จะเป็นไปตามหลักความเป็นบิดามารดาจากพันธุกรรม แต่หากเห็นว่าในบางกรณีควรอนุญาตให้ใช้ตัวอ่อนที่ได้รับการบริจาค และยังคงสมควรให้คู่สมรสนั้นเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย กรณีเช่นนี้ก็จะเป็นไปตามหลักเจตจำนงของคู่สมรสนั้น โดยควรนำหลักความเป็นบิดามารดาจากพันธุกรรม และหลักเจตจำนงของคู่สมรสนั้นมาผสมผสานกัน โดยเปิดโอกาสให้แก่คู่สมรสที่จะพิจารณาว่า คู่สมรสของตนมีความพร้อมทางร่างกายที่สามารถใช้เซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนที่มาจากคู่สมรสของตนได้หรือไม่ แต่หากสภาพร่างกายของคู่สมรสคนหนึ่งคนใดไม่พร้อม ก็มีทางออกโดยควรอนุญาตให้ใช้ตัวอ่อนที่ได้รับการบริจาคอันก็จะเป็นไปตามหลักพันธุกรรม เพราะอย่างน้อยก็ยังมีหน่วยพันธุกรรมจากบิดาหรือมารดาอยู่ เนื่องจากสามีภริยาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นจะต้องเป็นบิดาและมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ดังนั้นความเป็นบิดา

มารดาควรจะมีส่วนที่เกี่ยวข้องกันอยู่บ้างทางพันธุกรรมอย่างน้อยก็เกี่ยวข้องกับทางฝ่ายสามีหรือฝ่ายภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เพื่อให้รู้สึกมีความผูกพันลึกซึ้งกับความหมายของคำว่าบิดามารดาได้มากขึ้น เพราะหากเป็นเด็กที่เกิดจากอสุจิและไข่ของบุคคลอื่นโดยไม่เกี่ยวข้องกับคู่สมรสเลย ก็ไม่ต่างอะไรกับการไปขอเด็กมาเลี้ยงเป็นบุตร ซึ่งก็ไม่มี ความจำเป็นใดที่จะต้องมาใช้วิธีการดำเนินการ เพื่อให้มีการตั้งครรรค์แทนให้เกิดข้อยุ่งยากมากมาย จะเห็นได้ว่าที่กฎหมายกำหนดให้คู่สมรสที่ต้องการมีบุตร เป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยการให้หญิงอื่นมารับตั้งครรรค์แทนทันทีโดยไม่มีข้อโต้แย้งยอมก่อให้เกิดผลดีแก่ฝ่ายคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรเพราะการที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นนี้เพื่อหลักประกันว่าเด็กที่กำเนิดมาก็จะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายตนอย่างแน่นอน และมีส่งผลให้เด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยให้หญิงอื่นตั้งครรรค์แทนไม่ถือว่าเด็กนั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรรค์แทนหรืออาจกล่าวอีกอย่างหนึ่งว่า ไม่ถือว่าหญิงที่ตั้งครรรค์แทนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ โดยให้หญิงอื่นตั้งครรรค์แทน จากที่กล่าวมาสรุปว่าการให้ความสำคัญกับเจตนา จะต้องเริ่มต้นที่ความต้องการเป็นมารดาของเด็กตามหลักเจตจำนงของคู่สมรสนั้น (Intent-based Approach) และคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ กล่าวคือ คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรย่อมมีความประสงค์อย่างแท้จริงที่ต้องการเด็กเป็นบุตร ย่อมมีความรัก ความเอาใจใส่ และมีฐานะทางเศรษฐกิจที่จะเลี้ยงดูเด็กได้ ในขณะที่หญิงซึ่งรับตั้งครรรค์แทนมีเจตนาเริ่มต้นว่ามีหน้าที่ที่จะต้องส่งมอบเด็กให้คู่สมรส²⁴ ซึ่งถ้ากฎหมายยอมรับหลักเรื่องการจัดตั้งครรรค์แทน เด็กที่เกิดจากการตั้งครรรค์แทนควรต้องถือว่าเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตร

ดังนั้น ปัญหาการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า สถานะความเป็นบิดาและมารดาของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยให้หญิงอื่นรับตั้งครรรค์แทนนั้น ควรกำหนดให้ทั้งสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรโดยการให้หญิงที่รับตั้งครรรค์แทนจึงมีสถานะความเป็นบิดาและมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย เพราะคู่สมรสย่อมมีเจตนาประสงค์ที่จะเป็นบิดามารดาของเด็กตั้งแต่แรก และคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรย่อมมีความรัก ความเอาใจใส่ และมีฐานะทางเศรษฐกิจที่จะเลี้ยงดูเด็กได้ ในขณะที่หญิงที่รับตั้งครรรค์แทน มีเจตนาเริ่มต้นว่าจะต้องส่งมอบเด็กให้คู่สมรส ถ้าหากกฎหมายไทยยอมรับหลักเรื่องการจัดตั้งครรรค์แทน เด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ถือว่าเป็นบุตรที่ชอบ

²⁴ แสวง บุญเฉลิมวิภาส และ ดาราพร ธีระวัฒน์. (2548). “ประเด็นและข้อเสนอแนะทางกฎหมายและจริยธรรมเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์.” *คูลพาท, เล่มที่ 2 ปีที่ 52*. หน้า 3-4.

ด้วยกฎหมายของกลุ่มสมรสที่ประสงค์จะมีบุตร ด้วยเหตุผลดังกล่าว ประเทศไทยจึงควรออกกฎหมายที่เกี่ยวกับเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยกฎหมายดังกล่าวควรมีกำหนดความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไว้เป็นการเฉพาะ และเมื่อมีการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนแล้วจะต้องมีบุคคลเข้ามาเกี่ยวข้องอย่างน้อย 2 ฝ่าย คือสามีภริยาผู้ประสงค์จะมีบุตรโดยการตั้งครรภ์แทนฝ่ายหนึ่ง และผู้รับตั้งครรภ์แทนอีกฝ่ายหนึ่ง ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า เมื่อมีการออกกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์แล้ว ก็ควรที่จะมีกำหนดถึงสิทธิ หน้าที่ ระหว่างหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร โดยผู้ศึกษาเสนอให้มีหลักการดังนี้ คือ ความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไว้ ให้เด็กที่เกิดมาจากอสุจิ ไข่หรือตัวอ่อนของผู้บริจาคโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไม่ว่าจะให้ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นผู้ตั้งครรภ์หรือจากการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ให้เด็กที่เกิดจากวิธีการดังกล่าวเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร ดังเหตุผลผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

ข้อสังเกต เมื่อกฎหมายกำหนดให้เฉพาะคู่สามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นที่จะใช้วิธีการมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน อาจเกิดปัญหาว่ากรณีเป็นสามีและภริยาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเป็นหญิงหรือชายที่ไม่มีสามีหรือภริยาก็ไม่อาจที่จะมีบุตรโดยการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนได้ ในเรื่องนี้มีนักกฎหมายบางท่านเห็นว่าเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาค เพราะรัฐให้ความสำคัญคุ้มครองทางกฎหมายกับหญิงกลุ่มหนึ่ง แต่กลับละเลยที่จะคุ้มครองหญิงอีกกลุ่มหนึ่งอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งเหตุที่กฎหมายบังคับว่าจะต้องเป็นสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นจะดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน น่าจะไม่ได้มุ่งที่ตัวของหญิงที่ต้องการจะมีบุตรเป็นสำคัญ แต่มุ่งจะคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนมากกว่า โดยเห็นว่าหากเด็กเกิดมาแล้ว ควรจะมีทั้งพ่อและแม่ที่ชอบด้วยกฎหมาย แม่หญิงบางคนซึ่งไม่ได้สมรส และไม่มีสามี ซึ่งมีฐานะร่ำรวยมหาศาล แต่หากอนุญาตให้มีบุตรโดยการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนได้ เด็กที่เกิดมาย่อมไม่มีบิดาซึ่งเป็นการขัดต่อหลักพื้นฐานของการเป็นมนุษย์และหลักกฎหมาย และจะก่อให้เกิดปัญหาต่อเด็กทั้งด้านสถานะทางสังคมและด้านจิตใจด้วย ปัญหาดังกล่าวไม่อาจเยียวยาได้ด้วยเงินจำนวนมหาศาลได้ด้วยเหตุนี้กฎหมายจึงจำกัดให้สิทธิเฉพาะสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นที่จะมีบุตรโดยการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนได้ และคู่สมรสนั้นจะต้องผ่านการตรวจร่างกายและจิตใจว่าพร้อมที่จะเป็นบิดามารดาของเด็กด้วย

4.3 ปัญหาการใช้สิทธิฟ้องเรียกคืนบุตรของตนจากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนและแนวทางแก้ไขปัญหา

4.3.1 ปัญหาการใช้สิทธิฟ้องเรียกคืนบุตรของตนจากหญิงที่ตั้งครรภ์แทน

ในปัจจุบันจะมีคู่สมรสที่ประสบปัญหาเกี่ยวกับภาวะการมีบุตรยากจำนวนมากและประสงค์จะใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนให้ เพื่อให้ตนเองและคู่สมรสสามารถมีบุตรได้สมดังตั้งใจ การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน ซึ่งจะมีบุคคลที่เกี่ยวข้องและมีความสัมพันธ์ด้วยถึงสามฝ่าย คือ เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนฝ่ายหนึ่ง ผู้ที่ตั้งครรภ์แทนและคลอดเด็กนั้นออกมาฝ่ายหนึ่ง ผู้ซึ่งเป็นเจ้าของไข่หรืออสุจิซึ่งปฏิสนธิกันจนกลายเป็นเด็กคนดังกล่าว และคู่สมรสที่ประสงค์จะรับเด็กนั้นเป็นบุตรและเป็นผู้ที่ขอให้มีการตั้งครรภ์แทนอีกฝ่ายหนึ่ง ในขณะที่ยังไม่มีกฎหมายบัญญัติเรื่องสถานะของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนกับบุคคลที่เกี่ยวข้องไว้เป็นการเฉพาะ ย่อมเกิดผลกระทบต่อเด็กอย่างแน่นอน โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากมีกรณีพิพาทเพื่อแย่งชิงตัวเด็กกันขึ้น ซึ่งในทางศาลกับความรูสึกของสามัญชนในสังคมต่างให้การยอมรับว่า ความเป็นมนุษย์ย่อมมีอาจถูกปฏิบัติเช่นสิ่งของหรือทรัพย์สินที่จะแย่งชิงกันได้

ปัญหาพิพาทมักเกิดขึ้นเมื่อผู้รับตั้งครรภ์แทนได้ตั้งครรภ์มานานถึง 9 เดือน และผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่ต้องการส่งมอบเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ให้กับผู้ว่าจ้างที่เป็นคู่สามีภรรยาซึ่งเป็นเจ้าของพันธุกรรม หรือมีการส่งมอบเด็กดังกล่าวแล้ว แต่เด็กนั้นยังคงหาได้รับสิทธิเช่นเดียวกันกับบิดามารดาทางสายเลือดและสายพันธุกรรมเดียวกับตนไม่ เพราะข้อจำกัดทางด้านกฎหมายของหลายๆ ประเทศและประเทศไทย อาจกล่าวได้ว่า บิดามารดาตามธรรมชาติหาได้มีความเป็นบิดามารดาตามกฎหมายแต่อย่างใดไม่ และเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ก็ไม่ได้รับสิทธิและความคุ้มครองตามบิดามารดาผู้เป็นต้นกำเนิดแห่งชีวิตแต่อย่างใด ซึ่งปัญหาดังกล่าวในต่างประเทศมีการฟ้องร้องหรืออาศัยอำนาจของศาลเพื่อคุ้มครองสิทธิที่เกิดขึ้นจากสายเลือดและสายพันธุกรรมอย่างมากมายและในประเทศไทยก็เช่นกัน แต่ในทางกลับกันหากเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์คลอดออกมาแล้วพิการ ร่างกายไม่สมบูรณ์ครบ คู่สามีภรรยาที่ประสงค์ให้มีการรับตั้งครรภ์แทน ปฏิเสธไม่ยอมรับเด็กนั้น ผู้รับตั้งครรภ์แทนก็ต้องรับผิดชอบในการรับเลี้ยงเด็ก ซึ่งปัญหาเหล่านี้กฎหมายไทยยังไม่มีการรองรับ หรือคุ้มครองสิทธิแก่บุคคลกลุ่มที่อาจได้รับผลจากการกระทำดังกล่าว จึงควรตรากฎหมายอย่างชัดเจนว่าบิดามารดาผู้เป็นเจ้าของเชื้อเป็นบิดามารดาที่ถูกต้อง เพื่อจะได้ไม่ส่งผลกระทบต่อดังกล่าวข้างต้น ทั้งในเรื่องของการรับมรดกหรือการเบิกค่าใช้จ่ายให้ลูกในกรณีที่พ่อแม่เป็นข้าราชการ

โดยปัญหาแย่งชิงเด็กกันระหว่างหญิงที่ตั้งครรภ์แทนกับคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร เนื่องจากการที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนไม่ส่งมอบเด็กให้แก่คู่สมรสที่ต้องการมีบุตร จึงมีปัญหาวว่าฝ่ายใดจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองเด็ก จะขึ้นอยู่กับกฎหมายกำหนดให้ฝ่ายใดเป็นบิดามารดาของเด็ก

หากกฎหมายกำหนดว่า คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ก็จะไม่เกิดปัญหาว่าคู่สมรสนั้นจะฟ้องร้องต่อศาลขอให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนส่งมอบเด็กให้แก่ตนได้หรือไม่ เพราะบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายย่อมเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองเด็กซึ่งเป็นบุตร และย่อมมีสิทธิเรียกคืนบุตรจากบุคคลอื่นที่กักบุตรไว้โดยมิชอบด้วยกฎหมายได้²⁵

อย่างไรก็ตาม หากกฎหมายกำหนดให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก แต่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนเกิดเปลี่ยนใจไม่ยอมส่งมอบเด็กให้อยู่ในความปกครองของคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร ก็จะเกิดปัญหาว่า คู่สมรสจะฟ้องร้องต่อศาลขอให้เพิกถอนอำนาจปกครองของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และร้องขอให้ศาลตั้งตนเป็นผู้ปกครองของเด็กได้หรือไม่ กรณีนี้ เมื่อพิจารณาจากหลักตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1582 วรรคแรกที่บัญญัติว่า “ถ้าผู้ใช้อำนาจปกครองเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถโดยคำสั่งของศาลก็ดี ผู้ใช้อำนาจปกครองเกี่ยวแก่ตัวผู้เยาว์โดยมิชอบก็ดี หรือประพฤดิชั่วร้ายก็ดี ในกรณีเหล่านี้ศาลจะสั่งเองหรือจะสั่งเมื่อญาติของผู้เยาว์หรืออัยการร้องขอให้ถอนอำนาจปกครองเสียบางส่วน หรือทั้งหมดก็ได้” จะเห็นได้ว่า หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ญาติกับคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร ย่อมถือไม่ได้ว่าคู่สมรสเป็นญาติของเด็กที่เกิดจากการรับครรภ์แทน แม้ทั้งสองฝ่ายจะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมต่อกันก็ตาม แต่หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นญาติกับคู่สมรสที่รับตั้งครรภ์แทน คู่สมรสนั้นอาจร้องขอต่อศาลให้เพิกถอนอำนาจปกครองของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้

แต่อย่างไรก็ตาม การที่ศาลจะเพิกถอนอำนาจปกครองของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนก็ไม่ได้เป็นไปได้โดยง่ายนัก เพราะคู่สมรสยังคงต้องพิสูจน์ว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ หรือเป็นกรณีที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนใช้อำนาจปกครองโดยมิชอบหรือมีความประพฤติชั่วร้าย ซึ่งกรณีเช่นนี้ล้วนแต่เป็นเหตุการณ์พิเศษที่เกิดขึ้นได้ยาก ดังนั้น โอกาสที่คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรจะร้องขอต่อศาลในกรณีเช่นนี้จึงแทบจะเป็นสิ่งที่ไม่สามารถเกิดขึ้นได้

ส่วนการที่คู่สมรสจะฟ้องให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนให้ความยินยอมในการยกเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนให้เป็นบุตรบุญธรรมแก่คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรนั้น ก็ไม่ใช่สิ่งที่เป็นไปได้โดยง่ายเช่นเดียวกัน เพราะคู่สมรสต้องพิสูจน์ว่าการไม่ให้ความยินยอมนั้นเป็นไปโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร และเป็นปรปักษ์ต่อสุขภาพ ความเจริญ หรือสวัสดิภาพของผู้เยาว์²⁶ และถึงแม้คู่

²⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1567 (4) ที่บัญญัติว่า “ผู้ใช้อำนาจปกครองมีสิทธิเรียกคืนบุตรจากบุคคลอื่นที่กักบุตรไว้โดยมิชอบด้วยกฎหมาย.”

²⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1598/21 ที่บัญญัติว่า “การรับผู้เยาว์เป็นบุตรบุญธรรมจะกระทำได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมของบิดาและมารดาของผู้จะเป็นบุตรบุญธรรมในกรณีที่บิดาหรือมารดาคนใดคนหนึ่งตายหรือถูกถอนอำนาจปกครองต้องได้รับความยินยอมของมารดาหรือบิดาซึ่งยังมีอำนาจปกครอง

สมรสจะพิสูจน์ข้อเท็จจริงดังกล่าวได้ การรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมก็ไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิทางกฎหมายแก่คู่สมรสและเด็กนั้นอย่างเต็มที่ ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า รัฐควรออกกฎหมายที่กำหนดให้เด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตร โดยการเพิกถอนอำนาจปกครองของบิดามารดาในการดำเนินคดีทางศาล ในการขอให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอนอำนาจการปกครองเด็ก ก็ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ และเมื่อมีการเพิกถอนการใช้อำนาจปกครองของเด็กแล้ว ศาลจะตั้งผู้ปกครองเด็กที่บิดามารดาถูกเพิกถอนอำนาจปกครองแล้วก็ได้

ส่วนปัญหาว่าฝ่ายใดควรเป็นฝ่ายที่มีอำนาจปกครองเด็กนั้น จากการศึกษาพบว่า ในอังกฤษ ปัญหาในเรื่องอำนาจปกครองบุตรจำเป็นต้องแยกออกจากปัญหาความเป็นบิดามารดา เพราะความเป็นบิดามารดาเป็นเพียงสถานะทางกฎหมายที่กำหนดขึ้นเท่านั้น แต่มิได้เป็นเครื่องชี้วัดแต่เพียงอย่างเดียวว่าเด็กนั้นต้องอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายเสมอไป เพราะในการพิจารณาอำนาจปกครองเด็กนั้นจะต้องคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กเป็นสำคัญ พระราชบัญญัติว่าด้วยเด็ก (Children Act 1989) มาตรา 1 (1) กำหนดให้ศาลอังกฤษต้องคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กเป็นการสูงสุด²⁷ ศาลอังกฤษในคดี *Re P (Minors) (Wardship: surrogacy)*²⁸ กล่าวว่า “ศาลมีหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีโดยคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กที่เกี่ยวข้องเป็นประการแรกและประการสูงสุด หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าข้อตกลงที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ทำกันไว้ นั้น มิได้เป็นไปโดยคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กอย่างเพียงพอ ศาลก็ย่อมมีอำนาจที่จะเพิกถอนข้อตกลงนั้นได้”²⁹ ตามกฎหมายอังกฤษ ศาลเป็นองค์กรที่มีอำนาจกำหนดอำนาจปกครองของเด็ก โดยการพิจารณาอำนาจปกครองเด็กของศาลนั้น ไม่จำเป็นต้องเสมอไปว่าบิดามารดาตามกฎหมายเท่านั้นที่มีอำนาจปกครองเด็ก ศาลอาจกำหนดให้คู่สมรสที่อ้างให้ตั้งครรภ์แทนมีอำนาจปกครองก็ได้เช่น ในคดี *Re C (A Minor) (Wardship: Surrogacy)* ข้อเท็จจริงปรากฏว่า หญิงที่ตั้งครรภ์แทนได้มอบ

ถ้าไม่มีผู้มีอำนาจให้ความยินยอมดังกล่าวในวรรคหนึ่ง หรือมีแต่บิดาหรือมารดาคนใดคนหนึ่งหรือทั้งสองคนไม่สามารถแสดงเจตนาให้ความยินยอมได้หรือไม่ให้ความยินยอมและการไม่ให้ความยินยอมนั้นปราศจากเหตุผลอันสมควรและเป็นปฏิปักษ์ต่อสุขภาพ ความเจริญหรือสวัสดิภาพของผู้เยาว์ มารดาหรือบิดาหรือผู้ประสงค์จะขอรับบุตรบุญธรรมหรืออัยการจะร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งอนุญาตแทนการให้ความยินยอมตามวรรคหนึ่งก็ได้”

²⁷ Children Act 1989) Section 1 (1) of the Children Act 1989 บัญญัติว่า “The child welfare is the court’s paramount consideration.”

²⁸ คดี *Re P (minors) (Wardship: surrogacy)* [1991] F.L.R. 385. สืบค้นเมื่อ 1 มิถุนายน 2553, จาก <http://www.biojuris.com/natural/4-1-2.html>

²⁹ Peter de Cruz. (2001). *Comparative Healthcare Law*. pp. 181-182.

เด็กที่เกิดมาให้อยู่ในความดูแลของโรงพยาบาลเพื่อส่งมอบให้แก่คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรต่อไป ศาลอังกฤษจึงเห็นว่า กรณีเช่นนี้สมควรกำหนดให้คู่สมรสมีอำนาจปกครองเด็กเพราะจะเป็นประโยชน์แก่เด็กมากกว่า จะเห็นได้ว่า ตามกฎหมายของอังกฤษ เมื่อมีความขัดแย้งเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาในสัญญารับตั้งครรภ์แทนคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่อาจฟ้องร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามสัญญาได้ และศาลเท่านั้นที่มีอำนาจกำหนดอำนาจปกครองของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน โดยศาลจะพิจารณาจากสวัสดิภาพและประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ

ส่วนในสหรัฐอเมริกา การพิจารณาคดีเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทน หากมีปัญหาต้องวินิจฉัยเรื่องการแย่งชิงอำนาจปกครองบุตร (Custody Battle) ศาลจะพิจารณาจากหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ ซึ่งหลักการเช่นนี้เป็นการหลักการที่ใช้ในกฎหมายครอบครัวตามปกติ ในบางมลรัฐเช่น มิชิแกนและวอชิงตัน จะมีการบัญญัติกฎหมายไว้โดยตรงว่า เมื่อมีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตรในคดีที่เกิดจากจากสัญญารับตั้งครรภ์แทน ศาลต้องใช้หลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ แต่ในบางมลรัฐที่ไม่ได้บัญญัติกฎหมายไว้โดยชัดแจ้งก็มีการนำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กไปใช้โดยอนุโลมเช่นเดียวกัน³⁰ จากที่กล่าวมา เมื่อเกิดข้อพิพาทเกิดขึ้นเกี่ยวกับอำนาจปกครองของเด็กระหว่างคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทน ศาลควรจะต้องถือประโยชน์สูงสุดของเด็ก (Best Interests of the Child) เป็นสำคัญ ในกรณีนี้ ศาลอาจมีคำสั่งให้ฝ่ายหญิงที่ตั้งครรภ์แทน หรือฝ่ายคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรเป็นผู้ปกครองหรือผู้ใช้อำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนก็ได้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าทั้งสองฝ่ายมีข้อตกลงตามสัญญาอย่างไร หรือฝ่ายใดเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก และในบางกรณี หากศาลเห็นว่าทั้งสองฝ่ายไม่มีความเหมาะสมในการเป็นผู้ปกครองเด็ก ศาลอาจแต่งตั้งให้บุคคลที่สามเป็นผู้ปกครองเด็ก โดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กก็ได้ หลักการเช่นนี้เรียกว่า “หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก”

4.3.2 แนวทางแก้ไขปัญหา

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การกำหนดหลักการให้ศาลใช้ดุลพินิจกำหนด อำนาจการปกครองเด็กในกรณีของการรับตั้งครรภ์แทนอยู่กับฝ่ายใดก็ได้ ตามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้นมีความเหมาะสม เพราะตามหลักการนี้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างเหมาะสมว่าเด็กควรอยู่ในอำนาจการปกครองของฝ่ายใด หรือในบางกรณีหากทั้งสองฝ่ายต่างไม่ต้องการเด็กไว้ในความปกครอง ศาลอาจกำหนดให้เด็กนั้นอยู่ในอำนาจปกครองของบุคคลที่สามซึ่งอาจเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กก็ได้ ซึ่งกรณีนี้จะเป็นการให้ความคุ้มครองแก่เด็กได้อย่างสมบูรณ์มากกว่าที่จะบังคับให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องปฏิบัติตามสัญญาโดยรับเด็กไว้ในความอุปการะ ทั้งที่ไม่ต้องการเด็กอีกต่อไป การบัญญัติกฎหมายตามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กยังสอดคล้องกับหลัก

³⁰ Andrews, L, Elster, N. (2000). *Regulating Reproductive Technologies*. pp. 35, 42.

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ในส่วนที่บัญญัติเอาไว้เรื่องครอบครัวอีกด้วย เพราะในคดีฟ้องหย่าระหว่างสามีภรรยา ศาลต้องชี้ขาดว่าฝ่ายใดสมควรเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร ในกรณีนี้ศาลจะคำนึงถึง “ความผาสุกและประโยชน์ของเด็ก” เป็นสำคัญ และหลักการนี้ยังนำไปใช้กับกรณีที่ศาลเห็นว่าทั้งสองฝ่ายไม่มีความเหมาะสมที่จะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรอีกต่อไป ศาลก็สามารถจะเพิกถอนอำนาจปกครองทั้งหมดหรือแต่บางส่วนของทั้งสองฝ่าย และสั่งให้บุคคลภายนอกเป็นผู้ปกครองเด็กโดยคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กได้

ดังนั้น การใช้สิทธิฟ้องเรียกคืนบุตรของตนจากหญิงที่ตั้งครรภ์แทน เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นเกี่ยวกับอำนาจปกครองของเด็กระหว่างคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทน จากการศึกษา ทั้งในอังกฤษ และสหรัฐอเมริกา ได้มีการกำหนดถึงอำนาจปกครองเด็กว่า ศาลจะต้องเป็นผู้มีบทบาทในการระงับข้อพิพาทนั้น โดยศาลจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็ก (Best Interests of the Child) เป็นสำคัญ ดังนั้นจึงควรออกกฎหมายเกี่ยวกับเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยี ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยกฎหมายดังกล่าวควรมีกำหนดให้ศาลมีอำนาจกำหนดให้อำนาจการปกครองเด็กในกรณีของการรับตั้งครรภ์แทนอยู่กับฝ่ายใดก็ได้ตามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก ศาลนั้นจะต้องเป็นศาลเยาวชนและครอบครัวโดยกำหนดให้ศาลมีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาเฉพาะคดีที่เกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาของผู้ที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยเฉพาะ เหตุผลที่กำหนดให้ศาลเยาวชนและครอบครัวเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีประเภทนี้ ทั้งนี้ เนื่องจากศาลเยาวชนและครอบครัวเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเกี่ยวกับคดีครอบครัว ถือเป็นศาลที่มีความชำนาญเกี่ยวกับคดีในลักษณะนี้อยู่แล้ว และผู้พิพากษาในศาลนี้มีความเชี่ยวชาญเป็นพิเศษ และคำพิพากษาหรือคำสั่งต่างๆ จะมีความสอดคล้องกันเป็นที่น่าเชื่อถือแก่ประชาชน

4.4 มาตรการในการควบคุมดูแลและวินิจฉัยเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และแนวทางแก้ไขปัญหา

4.4.1 มาตรการในการควบคุมดูแลและวินิจฉัยเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์

ในปัจจุบันประเทศไทยมีเฉพาะประกาศของแพทยสภาเท่านั้น ที่ควบคุมการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ แต่สำหรับการรับตั้งครรภ์แทนนั้น หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะเป็นคู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรได้ หญิงที่อาสารับตั้งครรภ์แทน หรือแพทย์ที่ให้บริการด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์สามารถดำเนินการในการรับตั้งครรภ์แทนได้โดยไม่ต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานใดของรัฐจึงเท่ากับไม่มีหน่วยงานใดของรัฐ

เข้าไปกำกับดูแลในเรื่องดังกล่าว จึงเป็นการเปิดโอกาสให้มีการแอบแฝงการให้บริการทั้งที่ทราบหรือควรจะทราบว่า การรับตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นการรับตั้งครรภ์แทนในลักษณะที่มีการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่กัน หรือในบางกรณีก็มีการปิดบังไม่ให้แพทย์ที่ให้บริการทราบว่ามีการจ่ายค่าจ้างให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนโดยมีการจ่ายค่าจ้างให้แก่หญิงนั้น บางเว็บไซต์ในอินเทอร์เน็ต ลงโฆษณาอย่างโจ่งแจ้งว่า ต้องการรับจ้างอุ้มบุญ แลกค่าจ้าง 200,000 บาท คิดค่าเดินทาง ค่าบำรุงครรภ์ และค่าใช้จ่ายอื่นต่างหาก³¹ นอกจากนี้ ยังปรากฏข้อเท็จจริงเกี่ยวกับธุรกิจรับตั้งครรภ์แทนโดยการจ้างให้หญิงมา “อุ้มบุญ” หรือให้หญิงมารับจ้าง “ตั้งครรภ์แทน” โดยการจัดหาหญิงสาวชาวเวียดนาม กัมพูชาและจีน ซึ่งมีทั้งที่เต็มใจทำและบางรายก็ไม่เต็มใจทำ แต่ถูกบังคับและหลอกลวงมา หรือถูกข่มขู่ให้ต้องทำงานรับจ้างตั้งครรภ์แทน ทั้งนี้ โดยมีแพทย์หรือสถานพยาบาลหรือสถานบริการบางแห่ง เข้ามามีส่วนร่วมในการประกอบธุรกิจ “อุ้มบุญ” ดังกล่าว โดยแพทย์บางคนหรือ สถานบริการบางแห่งกระทำการในลักษณะที่เป็นการค้าถึงขนาด โฆษณาเผยแพร่ในเว็บไซต์ว่า “อยากได้ผู้ตั้งครรภ์แทน รูปร่าง หน้าตาเป็นอย่างไร จะสูงต่ำดำขาว เลือกลงได้เลย” ซึ่งเป็นกระทำการในลักษณะเป็นเชิงธุรกิจและเป็นการแสวงหาผลประโยชน์ในทางการค้าอย่างชัดเจน และต่อมาในภายหลัง เมื่อหญิงสาวที่รับจ้างตั้งครรภ์ ซึ่งจะต้องอุ้มท้องแทนบุคคลอื่นยาวนานถึง 9 เดือน ซึ่งทราบถึงข้อเท็จจริงในเรื่องงานดังกล่าวแล้ว อาจกระทำการในลักษณะที่เป็นปฏิปักษ์ต่อการตั้งครรภ์ และการคลอดบุตรแล้ว อาทิเช่น อาจขอยุติการตั้งครรภ์ในทันทีซึ่งที่อยู่ในช่วงระหว่างการตั้งครรภ์หรือการรอกคลอดอันจะส่งผลกระทบต่อตัวหญิงสาวชาวเวียดนามผู้รับจ้างตั้งครรภ์ เจ้าของน้ำเชื้ออสุจิเจ้าของไข่ รวมถึงเด็กที่อาจจะเกิดมา และหากไม่มีการควบคุมกำกับดูแลการตั้งครรภ์แทนให้อยู่ในกรอบกฎหมายแล้ว ย่อมส่งผลกระทบต่อทั้งในแง่สังคม และในแง่กฎหมายได้³²

ปัญหาต่อไปก็คือ ควรมีการมาตรการอย่างไรหรือไม่ ในการควบคุมหรือกำกับการรับตั้งครรภ์แทนในกรณีที่ไม่ได้มีผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของบุคคลทุกฝ่ายอย่างพอเพียง และเพื่อป้องกันมิให้มีการแอบแฝงให้มีการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ และจะมีวิธีการในการทำให้บรรล่วัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายนั้นได้อย่างไร หรือควรมีมาตรการเสริมอย่างอื่นอย่างเพียงพอ เพื่อควบคุมไม่ให้มีการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนหรือเด็กที่จะเกิดมาด้วย ในบางกรณี แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏอย่างชัดเจนว่าไม่มีการจ่ายค่าตอบแทนในเชิงพาณิชย์ให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน แต่ก็มิได้หมายความว่า การรับตั้งครรภ์แทนนั้น

³¹ ชำนาญ จันทร์เรือง. “วิพากษ์กฎหมายอุ้มบุญ”. สืบค้นเมื่อ 1 มิถุนายน 2550, จาก

<http://www.prachatai.com/journal/2007/11/14741>

³² วรเทพ สกฤพิชัยรัตน์. (ม.ป.ป.). “อุ้มบุญ” สืบค้นเมื่อ 1 มิถุนายน 2555, จาก

<http://www.smpk.ago.go.th/article/10.pdf>

ไม่มีการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หรือจะไม่กระทบต่อสวัสดิภาพและความผาสุกของเด็กที่จะเกิดขึ้นเสมอไป เช่น การรับตั้งครรภ์แทนอาจเกิดจากการข่มขู่หรือหลอกลวงให้หญิงอื่นเข้ารับตั้งครรภ์แทน หรือบุคคลที่ว่าจ้างให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนอาจไม่มีคุณสมบัติที่เหมาะสมในการเลี้ยงดูเด็ก เมื่อการรับตั้งครรภ์แทนเป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับบุคคลหลายฝ่าย จึงควรมีมาตรการอย่างหนึ่งอย่างใดในการควบคุมหรือกำกับการรับตั้งครรภ์แทน แม้ว่าการรับตั้งครรภ์แทนจะไม่มีผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เข้ามาเกี่ยวข้องอย่างชัดเจนก็ตาม โดยสิ่งที่ต้องพิจารณาสำหรับหญิงที่รับตั้งครรภ์ควรถูกพิจารณาในประเด็นต่างๆ ดังนี้

ประเด็นแรก ต้องพิจารณากำหนดกระบวนการในการคัดกรองบุคคลที่ต้องการมีบุตรด้วยการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนอย่างเข้มงวด เพื่อป้องกันมิให้มีการรับตั้งครรภ์แทนโดยไม่จำเป็น เช่น การรับตั้งครรภ์แทนที่เป็นไปเพื่อความสะดวกสบายของกลุ่มสมรสที่ต้องการมีบุตร หรือเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพและความผาสุกของเด็กที่จะเกิดมา เช่น การพิจารณาความเหมาะสมของบุคคลบางประเภทในการเป็นผู้ปกครองของเด็กได้แก่ อายุ ความพร้อมทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจที่จะเป็นบิดามารดาของเด็ก มีความจำเป็นทางการแพทย์เพียงพอในการขอให้ตั้งครรภ์แทน เช่น ภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้เพราะปัญหาทางสุขภาพร่างกาย ตลอดจนบุคคลที่มีประวัติเกี่ยวข้องกับสารเสพติด คู่รักร่วมเพศ หญิงหรือชายที่ไม่มีคู่สมรส หรือคู่สมรสที่มีอายุสูงมาก เป็นต้น

ประเด็นที่สอง ต้องพิจารณากำหนดมาตรการในการคัดกรองหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนอย่างเข้มงวด โดยจำเป็นต้องพิจารณาเงื่อนไขของหญิงที่จะเข้ารับตั้งครรภ์แทนว่าจะต้องมีคุณสมบัติประการใดบ้าง เช่น สัญชาติ อายุขั้นต่ำหรือขั้นสูง ภูมิลำเนา สถานภาพการสมรส ประวัติการมีบุตรหรือเลี้ยงดูบุตร ประวัติการรับตั้งครรภ์แทน และความสัมพันธ์ทางสายโลหิตระหว่างหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนกับคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร สามียของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นได้ให้ความยินยอมในการรับตั้งครรภ์แทน เป็นต้น

ในการกำหนดเงื่อนไขของหญิงที่จะเข้ารับตั้งครรภ์แทน จะต้องมีความสำคัญอย่างยิ่ง โดยเฉพาะประเด็นในเรื่องวุฒิภาวะของหญิงที่จะเข้ารับตั้งครรภ์แทนในการพิจารณาถึงอายุขั้นต่ำที่จะสมควรเป็นผู้ตั้งครรภ์แทนได้นั้นจะต้องพิจารณาในทั้งผลดีผลเสียเพื่อไม่ให้กระทบต่อสิทธิของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตร ซึ่งคุณสมบัติของผู้รับตั้งครรภ์แทนนั้นควรจะต้องเป็นหญิงที่บรรลุนิติภาวะแล้ว และต้องผ่านการมีบุตรมาก่อน เพราะหากกำหนดให้บุคคลที่จะรับตั้งครรภ์แทนเป็นหญิงอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปีขึ้นไปและไม่ได้กำหนดว่าจะต้องผ่านการสมรสแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดเงื่อนไขเช่นนี้ ย่อมอาจทำให้เกิดปัญหาและผลเสียตามมาได้ เนื่องจากบุคคลอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปีนั้น ยังคงเป็นผู้เยาว์อยู่ ย่อมไม่อาจทำนิติกรรมโดยลำพังได้ แต่จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน ซึ่งก่อเกิดปัญหาการ

ให้ความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรม หากผู้แทนโดยชอบธรรม มิให้ความยินยอม การรับตั้งครรภ์แทนจึงอาจตกเป็นโมฆียะได้ นอกจากนี้หากมีการอนุญาตให้หญิงสาวที่ยังไม่เคยผ่านการสมรสมาก่อนเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน ย่อมอาจทำให้เกิดปัญหาต่อสุขภาพและสังคมต่อหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนได้ เพราะตามหลักทางการแพทย์แล้ว สรีระของหญิงสาวที่ผ่านการตั้งครรภ์ย้อมไม่เหมือนเดิม ทั้งผิวที่ขยาย น้ำหนักที่เพิ่มขึ้น รวมถึงความสมบูรณ์ของกระดูกและระบบภายใน เป็นต้น ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อการดำรงชีวิตต่อไปในภายหน้าของหญิงนั้น ด้วยเหตุนี้เอง คุณสมบัติของผู้รับตั้งครรภ์แทนนั้นจะต้องเป็นหญิงที่บรรลุนิติภาวะแล้ว และต้องมีอายุไม่เกิน 40 ปี และต้องผ่านการมีบุตรมาก่อน ซึ่งอาจจะมีการสมรส หรือไม่ก็ได้ เพื่อป้องกันปัญหาที่อาจจะตามมาดังกล่าวได้

การพิจารณาในด้านสุขภาพความพร้อมทางด้านร่างกายและจิตใจของหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนก็เป็นสิ่งสำคัญ การให้แพทย์ตรวจสอบสุขภาพร่างกายและจิตใจของหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนก่อนว่าการตั้งครรภ์แทนนั้นมีความเสี่ยงต่อชีวิตหรือร่างกายหรือจิตใจของหญิงนั้นหรือไม่ ฉะนั้น การมีกระบวนการในการให้แพทย์ผู้เชี่ยวชาญตรวจสอบสุขภาพร่างกายและจิตใจของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน โดยแพทย์ต้องมีใบรับรองแพทย์ว่า หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีสุขภาพร่างกายและจิตใจปกติ และการตั้งครรภ์แทนของหญิงนั้นไม่มีความเสี่ยงต่อชีวิต ร่างกาย และจิตใจของหญิงนั้น นอกจากนี้ ถ้าพิจารณาไปที่การตั้งครรภ์แทนของหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทน โดยปกติแล้วของการตั้งครรภ์จะต้องมีการบำรุงรักษาครรภ์และผู้ตั้งครรภ์จะต้องปฏิบัติตามคำแนะนำของแพทย์ด้วย³³

³³ ในทางการแพทย์แผนปัจจุบัน แพทย์มักจะแนะนำให้หญิงที่ตั้งครรภ์ปฏิบัติตัว ดังต่อไปนี้

- 1) ไม่ควรดื่มเหล้า และ สูบบุหรี่
- 2) ต้องระมัดระวังการใช้ยา และ สมุนไพร
- 3) ควรเจาะเลือดเพื่อตรวจหากรูปร่างเลือด ตรวจความเข้มข้นของเลือด ตรวจเชื้อโรค ตรวจไวรัส และตรวจสภาพเลือดอื่นๆ เช่น ไวรัสตับอักเสบบี ไวรัสเอชไอวี (โรคเอดส์) เชื้อซิฟิลิส โรคเลือดทาลัสซีเมีย และภูมิต้านทานโรคหัดเยอรมัน
- 4) ไม่ควรเข้าใกล้คนป่วยหนัก โดยเฉพาะคนป่วยที่เป็นหัดเยอรมัน
- 5) คนท้องที่เป็นเบาหวาน ต้องหมั่นไปพบแพทย์เสมอๆ เพื่อควบคุมน้ำตาลในเลือดให้อยู่ในระดับที่ปลอดภัย
- 6) ถ้ามีอาการเป็นลม ปวดท้อง มีประจำเดือนมากระปริดกระปอย หรือมีเลือดออกทางช่องคลอด ให้รีบไปพบแพทย์เพราะอาจเป็นอาการของ การท้องนอกมดลูก รกเกาะต่ำ หรือรกลอกตัวก่อนกำหนด
- 7) ไม่ควรทำงานหนัก
- 8) ไม่ควรก้าวเท้าขึ้นที่สูงชัน เช่น ก้าวขึ้นบันไดชั้นสูงๆ

โดยผู้เป็นเจ้าของครรภ์ซึ่งปกติจะไม่เกิดปัญหาใด แต่การตั้งครรภ์แทนนั้น ทำให้มีผู้หญิง 2 ฝ่ายเข้ามาเกี่ยวข้องกับตั้งครรภ์ ได้แก่ หญิงผู้ตั้งครรภ์แทน และคู่สมรสที่เป็นบิดามารดาของเด็ก เพราะโดยปกติแล้ว บิดามารดาย่อมต้องอยากให้ลูกที่คลอดออกมามีสุขภาพกายแข็งแรงและสติปัญญาที่ดี ถ้าหากว่าเกิดข้อเท็จจริงว่า คู่สมรสที่ให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนคนนั้นมีการบังคับให้หญิงที่ตั้งครรภ์ต้องทำตามเกณฑ์ที่ตนกำหนด เช่น ต้องมีการรับประทานอาหารเสริมต่างๆ ต้องรับประทานวิตามินอย่างใดบ้าง ต้องออกกำลังกายวันละเท่าใด ต้องเข้าคอร์สอบรมดูแลครรภ์โดยวิธีต่างๆ มากมาย เป็นต้น นอกจากนี้ ยังสั่งห้ามมิให้หญิงที่รับตั้งครรภ์ทำกิจกรรมบางอย่างที่เสี่ยงต่อการแท้งครรภ์ จนเป็นเหตุให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นสูญเสียความเป็นส่วนตัวของตนไปจากการกระทำของคู่สมรสนั้น จนกลายเป็นการกระทำที่การละเมิดต่อสิทธิของหญิงผู้รับตั้งครรภ์ไป

ประเด็นที่สาม ต้องพิจารณากำหนดมาตรการในการคุ้มครองสิทธิของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร ด้วยการสร้างกลไกที่จะสามารถทำให้ทั้งสองฝ่ายได้รับทราบถึงสถานะทางกฎหมายของการรับตั้งครรภ์แทน ตลอดจนสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของทั้งสองฝ่าย และผลกระทบทั้งปวงที่จะเกิดขึ้น เช่น หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องได้ทราบและเข้าใจถึงสิทธิของตนก่อนการตกลงที่จะรับตั้งครรภ์แทน การรับตั้งครรภ์แทนนั้นต้องได้รับความยินยอมของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนหรือผู้ที่เกี่ยวข้อง เป็นต้น

การกำหนดมาตรการในการคุ้มครองสิทธิของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น ต้องให้สิทธิแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน มีสิทธิที่จะได้รับทราบข้อมูลอย่างชัดเจนและเพียงพอในการตัดสินใจที่จะรับตั้งครรภ์แทนผู้อื่นก่อนการตกลงที่จะรับตั้งครรภ์แทน และหน้าที่ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมไว้ ทั้งนี้ เพื่อที่จะคุ้มครองสิทธิของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนให้สามารถได้รับทราบข้อมูลอย่างชัดเจนและเพียงพอในการตัดสินใจที่จะรับตั้งครรภ์แทนผู้อื่น ตลอดจนหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีความรู้ความเข้าใจในการตั้งครรภ์แทนและผลที่จะเกิดขึ้นเป็นอย่างดี ซึ่งข้อมูลที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะได้รับ ข้อมูลด้านการแพทย์ ได้แก่ การรับตั้งครรภ์แทนโดยการฉีดเชื้อ (Artificial Insemination Surrogacy) หรือ การรับตั้งครรภ์แทนโดยใช้ตัวอ่อนที่ได้รับการบริจาค (Donated Embryo Surrogacy) ข้อมูลด้านกฎหมาย ได้แก่ การตั้งครรภ์แทนกฎหมายอนุญาตให้กระทำได้อย่างไร ได้แก่ การใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิและไข่ของสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน และ การใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิหรือไข่ของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนกับอสุจิหรือไข่ของผู้อื่น ทั้งนี้ ห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับ

9) ไม่ควรเอื้อมมือไปหยิบของที่อยู่สูง เพราะจะทำให้หน้าท้องตึงจนมีผลกับลูกได้ การรักษาดูแลตัวเองขณะตั้งครรภ์แบบไทย หญิงมีครรภ์ต้องดูแลตนเองอย่างเคร่งครัดเพื่อป้องกันอุบัติเหตุ และเหตุไม่ดีต่างๆ ที่อาจจะเกิดกับแม่และเด็กได้.

ตั้งครรภ์แทน และข้อมูลด้านจริยธรรม ได้แก่ การตั้งครรภ์แทนต้องไม่มีการแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ ไม่เป็นการซื้อขายเด็ก ไม่เป็นการให้เช่ามดลูกเพื่อผลิตเด็ก เป็นต้น เพื่อประกอบการตัดสินใจว่าจะเข้ารับตั้งครรภ์แทนผู้อื่นหรือไม่ แต่การคุ้มครองสิทธิเช่นนี้จำเป็นต้องได้รับการสนับสนุนจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นบุคคลที่มีความรู้และเป็นผู้ดำเนินการใช้กรรมวิธีช่วยการเจริญพันธุ์เพื่อให้มีการรับตั้งครรภ์แทน ซึ่งผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมมีหน้าที่ต้องดำเนินการให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้รับทราบข้อมูลดังกล่าวก่อนการตัดสินใจ และยังคงให้ความรู้เพียงพอลงถึงผลของการรับตั้งครรภ์แทน ทั้งนี้ เพื่อเป็นการสร้างหลักประกันว่าหญิงที่ประสงค์จะรับตั้งครรภ์แทนได้รับข้อมูลต่างๆ เพียงพอก่อนที่จะตัดสินใจเข้ารับตั้งครรภ์แทนผู้อื่น

นอกจากการรับตั้งครรภ์แทนต้องมีได้เป็นไปเพื่อความประสงค์ในเชิงพาณิชย์หรือเชิงการค้าแล้ว การตั้งครรภ์ของหญิงที่รับตั้งครรภ์นั้นจะดำเนินการโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งจะใช้กรรมวิธีช่วยการเจริญพันธุ์ที่ทำให้เด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์ทั้งสองฝ่ายอีกด้วย

อย่างไรก็ดี การรับตั้งครรภ์แทนนั้นต้องอาศัยความยินยอมของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนด้วย เพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน โดยต้องกำหนดมาตรการในการคุ้มครองสิทธิของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน โดยในการใช้กรรมวิธีช่วยการเจริญพันธุ์เพื่อการรับตั้งครรภ์แทน ต้องได้รับความยินยอมโดยชัดแจ้งจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเสียก่อน และความยินยอมเช่นนี้จะต้องทำเป็นหนังสือเพื่อให้เกิดความชัดเจน กล่าวคือ การให้ความยินยอมในการรับตั้งครรภ์แทนด้วยวาจายังไม่เพียงพอ และการให้สิทธิแก่หญิงที่ตกลงรับตั้งครรภ์แทนสามารถเพิกถอนความยินยอมนั้นได้เสมอ ก่อนที่หญิงนั้นจะตั้งครรภ์ เพื่อเป็นหลักประกันว่าความยินยอมในการเข้ารับตั้งครรภ์แทนเป็นความยินยอมที่แท้จริงของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

4.4.2 แนวทางแก้ไขปัญหา

จากการศึกษาพบว่า กฎหมายของอังกฤษมีพระราชบัญญัติการปฏิสนธิมนุษย์และตัวอ่อนมนุษย์ ค.ศ. 1990 (Human Fertilisation and Embryology Act 1990) มาตรา 13 (5) ได้บัญญัติเกี่ยวกับมาตรการในการควบคุมหรือกำกับการรับตั้งครรภ์แทน โดยมาตราดังกล่าวสรุปสาระสำคัญได้ว่า “การให้บริการแก่หญิงที่มีบุตรยากนั้นจะต้องพิจารณาถึงสวัสดิภาพของเด็กที่จะกำเนิดจากการให้บริการนั้น (รวมถึงความจำเป็นของเด็กนั้นที่จะมีบิดา) และพิจารณาถึงสวัสดิภาพของเด็กอื่นที่อาจได้รับผลกระทบจากการกำเนิดนั้นด้วย” หมายความว่า อาจไม่ให้บริการแก่หญิงที่ไม่มีความเหมาะสมที่จะเป็นมารดาเพราะมีประวัติอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณี มีความเข้าใจในการเลี้ยงดูเด็กน้อยมาก หรือให้บริการเฉพาะคู่รักที่มีความมั่นคง เพราะต้องพิจารณาสวัสดิภาพของ

เด็ก³⁴ ดังนั้น จะเห็นได้ว่า แม้บทกฎหมายดังกล่าวจะเป็นการกล่าวถึงการให้บริการแก่หญิงที่อยู่ในภาวะมีบุตรยากโดยทั่วไป ซึ่งไม่ได้เป็นการบัญญัติเพื่อใช้กับการรับตั้งครรภ์แทนโดยตรง แต่เมื่อการรับตั้งครรภ์แทนส่วนใหญ่ต้องมีการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ในการช่วยให้มีการตั้งครรภ์แทนแล้ว ดังนั้น การบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้จึงสามารถนำมาใช้กับการรับตั้งครรภ์แทนได้เช่นกัน

ดังนั้น เมื่อพิจารณากฎหมายดังกล่าวแล้ว ก็ควรนำมาเป็นแนวทางในการกำหนดมาตรการในการควบคุมดูแลและกำกับการรับตั้งครรภ์แทน โดยควรกำหนดไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ โดยมาตรการที่กำหนดในกฎหมายแม่บทต้องมีหลักการพื้นฐาน เช่น กำหนดหลักการในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เงื่อนไขการดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์โดยเฉพาะคุณสมบัติบางประการที่สำคัญไม่ว่าจะเป็นสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตร โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน และคุณสมบัติบางประการที่สำคัญของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ตลอดจนหลักเกณฑ์เรื่องการควบคุมการดำเนินการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เป็นต้น ส่วนการกำหนดรายละเอียดของหลักเกณฑ์ไว้ในกฎหมายลำดับรอง เช่น หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเรื่องตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรม หลักเกณฑ์เกี่ยวกับมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับการผสมเทียม โดยเฉพาะหลักเกณฑ์เกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะที่ตั้งครรภ์ การคลอดและหลังคลอดซึ่งหลักนี้เป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญมาก ซึ่งให้ทางแพทยสภาเป็นผู้กำหนดกรอบของการพิจารณาการตั้งครรภ์แทน ที่ห้ามมิให้ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนในลักษณะเพื่อประโยชน์ในทางการค้า รวมถึงห้ามกระทำการในลักษณะที่เป็นการสนับสนุนให้มีการตั้งครรภ์แทน ได้แก่ กระทำการเป็นคนกลางหรือนายหน้าเพื่อจัดการหรือชี้ช่องให้มีการรับตั้งครรภ์แทน หรือการโฆษณาหรือไขข่าวให้แพร่หลายว่ามีหญิงที่ประสงค์จะเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนหรือมีบุคคลที่ประสงค์จะให้หญิงอื่นเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะได้กระทำเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือไม่ก็ตาม เป็นต้น โดยให้อำนาจผู้รับผิดชอบซึ่งไม่ว่าจะเป็นหน่วยงาน คณะกรรมการ หรือบุคคลใดตามที่กฎหมายกำหนดดำเนินการออกกฎหมายลำดับรองต่อไป ซึ่งหน่วยงานที่มีความเชี่ยวชาญในเรื่องนี้ก็คือ แพทยสภานั้นเอง

³⁴ มาตรา 13 (5) ของกฎหมาย Human Fertilisation and Embryology Act 1990.

4.5 ปัญหาการให้องค์กรวิชาชีพเป็นผู้ควบคุม ตรวจสอบ หรือกำกับดูแลการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และแนวทางแก้ไขปัญหา

4.5.1 ปัญหาการให้องค์กรวิชาชีพเป็นผู้ควบคุม ตรวจสอบ หรือกำกับดูแลการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์

ในปัจจุบันมีองค์กรวิชาชีพที่ควบคุมความประพฤติของแพทย์ในการให้บริการด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์อยู่แล้ว คือ แพทยสภาและราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์ โดยแพทยสภาได้ออกประกาศแพทยสภา เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์แล้ว 2 ฉบับ คือ ประกาศแพทยสภาฉบับที่ 1/2540 และประกาศแพทยสภาฉบับที่ 21/2544 ซึ่งประกาศแพทยสภาฉบับที่ 21/2544 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการให้บริการการรับตั้งครรภ์แทนของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมด้วย จึงกล่าวได้ว่า แพทยสภาและราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์ เป็นองค์กรวิชาชีพที่มีความเกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทนมากที่สุดในประเทศไทย แต่การดำเนินการของราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์ตามประกาศแพทยสหายังไม่ประสบความสำเร็จมากนัก นับแต่มีการใช้บังคับประกาศแพทยสภาฉบับดังกล่าวเป็นต้นมา ราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์ไม่เคยรวบรวมสถิติข้อมูลว่ามีการรับตั้งครรภ์แทนในสถานพยาบาลที่รับผิดชอบเป็นจำนวนเท่าใด และไม่มีรายงานว่ามีการตรวจสอบว่าการรับตั้งครรภ์แทนที่ดำเนินการในสถานพยาบาลที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมได้รับหนังสือรับรองจากราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์นั้นเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่แพทยสภากำหนดไว้หรือไม่ และที่ผ่านมาไม่เคยมีผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมรายใดขอรับความเห็นชอบจากราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์ในการดำเนินการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์สำหรับการรับตั้งครรภ์แทน ที่แตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้โดยแพทยสภา ไม่ว่าจะเป็นการรับตั้งครรภ์แทนที่ไม่ได้ใช้ตัวอ่อนที่มาจากคู่สมรส การใช้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนซึ่งไม่ได้เป็นญาติกับคู่สมรส ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือการรับตั้งครรภ์แทน ที่มีการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่หญิงที่ตั้งครรภ์ ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้ว การรับตั้งครรภ์แทน ที่เกิดขึ้นในสถานพยาบาลดังกล่าวนี้ไม่น่าจะเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในประกาศแพทยสภาทุกกรณี

ในเรื่องมาตรฐานในองค์กรวิชาชีพแพทย์ถูกควบคุมโดยแพทยสภา และการใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์ถูกควบคุมโดยราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทย เกณฑ์การควบคุมการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในปัจจุบันนั้นพบว่า มีเพียงประกาศแพทยสภาฉบับที่ 1/2540 และฉบับที่ 21/2544 เท่านั้นที่กล่าวถึงมาตรการในการควบคุมการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ และประกาศทั้งสองฉบับดังกล่าวนี้เป็นหลักเกณฑ์ที่มุ่งจะควบคุมการให้บริการทางการแพทย์ให้เป็นไปตามมาตรฐานที่กำหนดไว้ มากกว่าที่จะมุ่งคุ้มครองสวัสดิภาพและประโยชน์ของผู้รับบริการเป็นสำคัญ ประกาศทั้งสองฉบับยังไม่มีสภาพบังคับตามกฎหมาย อีกทั้งถ้าพิจารณา

ประกาศแพทยสภาฉบับที่ 21/5244 โดยรายละเอียดพบว่ามีกรณีเปิดโอกาสให้ราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์ และแพทย์ได้ใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวางในหลายๆ กรณี โดยการกำหนดให้การดำเนินการสถาน บริการที่ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ต้องกระทำโดยผู้รับผิดชอบที่ได้รับ หนังสือรับรองจากราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์ จะเห็นได้ว่า ในประเทศไทยนั้น แม้แพทยสภาได้ออก ประกาศเกี่ยวกับมาตรฐานการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทั้งสองฉบับ แต่ประกาศ แพทยสภาดังกล่าวก็เป็นเพียงหลักเกณฑ์ภายในองค์กรวิชาชีพซึ่งมุ่งที่จะควบคุมความประพฤติของ ผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์เท่านั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า ไม่มีองค์กรหรือหน่วยงานใดที่มีอำนาจตาม กฎหมายในการควบคุมหรือกำกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และการรับตั้งครรภ์แทนใน ประเทศไทยโดยตรง และไม่มีอะไรเป็นหลักประกันแก่ผู้รับบริการทางการแพทย์ในกรณีที่ใช้ เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ได้เลยเพราะหากแพทย์ไม่ปฏิบัติตามแล้วจะเกิดผลเช่นไร และอะไร คือมาตรฐานที่ถูกกำหนดขึ้นหรือแล้วแต่ดุลพินิจของทางราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์ นอกจากนี้ ประกาศแพทยสภาทั้งสองฉบับดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความคุ้มครองเฉพาะ “ผู้รับบริการ” เท่านั้น ดังจะเห็นได้จากข้อความที่ระบุไว้ในประกาศแพทยสภาว่า “เพื่อให้การบริการเกี่ยวกับ เทคโนโลยีของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นไปอย่างมีมาตรฐานสามารถคุ้มครองผู้รับบริการให้ เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ” ประกาศแพทยสภาฉบับนี้ไม่ได้ชี้ให้เห็นว่า ใครคือผู้รับบริการ จึงไม่แน่ชัดว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะเป็นผู้รับบริการที่จะได้รับความ คุ้มครองหรือไม่ แต่ที่ชัดเจนก็คือ ประกาศดังกล่าวไม่ได้ให้ความคุ้มครองแก่เด็กที่เกิดจากการรับ ตั้งครรภ์แทนแต่อย่างใด

นอกจากนี้ จากข้อเท็จจริงที่มีเด็กเกิดมามีลักษณะทางพันธุกรรมที่ไม่ตรงกับคู่สมรส เพราะความผิดพลาดทางการแพทย์ กรณีนี้แพทย์ต้องเป็นผู้รับผิดชอบแน่นอน แต่จากข้อเท็จจริงที่ เกิดขึ้นในสังคมปัจจุบันที่เวลามีคดีการกระทำความผิดของแพทย์ขึ้นสู่ศาล บ่อยครั้งที่เราได้ยินข่าว ว่าแพทย์มีการช่วยเหลือกันเอง หรือแพทยสภาออกกฎเกณฑ์ขึ้นมาเพื่อปกป้องบุคคลในวิชาชีพ เดียวกัน ในกรณีนี้กฎหมายเกี่ยวกับการฟ้องคดีละเมิดเนื่องจากการกระทำความผิดของแพทย์ของ ประเทศไทย มีประสิทธิภาพหรือไม่ในการนำแพทย์ที่กระทำผิดมาลงโทษ ซึ่งกรณีนี้ไม่ต้อง ไปพิจารณาถึงสภาพของข้อบังคับหรือกฎหมายขององค์กรควบคุมและกำกับการรับตั้งครรภ์แทน ซึ่งก็คือ แพทยสภาและราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทยที่ไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะ ควบคุมการรับตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยได้

เมื่อการควบคุม ตรวจสอบ หรือกำกับดูแลการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการ เจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้นจำเป็นที่จะต้องอาศัยความรู้และประสบการณ์ของผู้ให้บริการในการรับ ตั้งครรภ์แทนที่หลากหลาย ไม่ว่าจะเป็นการคัดเลือกหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน การให้คำปรึกษาแก่คู่

สมรสที่มีบุตรยากและหญิงที่จะรับตั้งครรภ์แทน ทั้งก่อนและหลังจากการตั้งครรภ์ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องทางการแพทย์ กฎหมาย และทางสังคมที่เกี่ยวข้องกับผลกระทบที่จะเกิดขึ้นในด้านต่างๆ จากการรับตั้งครรภ์แทนที่มีต่อคู่สมรส ต่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และต่อเด็กที่จะเกิดมา หรือแม้กระทั่งเด็กอื่นที่อาจได้รับผลกระทบจากการรับตั้งครรภ์แทนนั้น แต่เมื่อพิจารณาองค์ประกอบของคณะกรรมการแพทยสภา จะเห็นว่า มักประกอบไปด้วยผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์ในสาขาต่างๆ เท่านั้น ส่วนราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์ก็ประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญด้านสูติวิทยาและนรีวิทยาเท่านั้น องค์ประกอบขององค์กรวิชาชีพนี้จึงไม่มีความเหมาะสมแก่การพิจารณาปัญหาที่เกี่ยวกับการควบคุม ตรวจสอบ หรือกำกับดูแลการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เพราะปัญหาส่วนใหญ่เป็นปัญหาทางสังคมมากกว่าปัญหาทางการแพทย์

โดยวิธีการที่อาจนำมาใช้ในการควบคุม ตรวจสอบ หรือกำกับดูแลการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ คือ การมอบหมายให้หน่วยงานของรัฐที่มีอยู่ หน่วยงานหนึ่งให้มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุม ตรวจสอบ หรือกำกับดูแลการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยไม่จำเป็นต้องจัดตั้งหน่วยงานใหม่ขึ้นมา เช่น มอบหมายให้กระทรวงสาธารณสุขเป็นหน่วยงานกลางในการควบคุม ตรวจสอบ หรือกำกับดูแล และบังคับใช้กฎหมาย ในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เป็นต้น หน่วยงานนี้อาจเป็นหน่วยงานทางธุรการเพียงอย่างเดียว โดยมีการจัดตั้งคณะกรรมการขึ้น ตามกฎหมายแม่บท และให้คณะกรรมการนี้ไปกำหนดกฎหมายลำดับรองในภายหลัง หรือจะเป็นคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นโดยประกาศหรือคำสั่งของรัฐมนตรีที่รับผิดชอบก็ได้ โดยคณะกรรมการชุดนี้จะมีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อควบคุม ตรวจสอบ หรือกำกับดูแลการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ตลอดจนกำหนดหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น การเก็บรักษาข้อมูล การเก็บรวบรวมและรายงานสถิติต่างๆ หรือหลักเกณฑ์ในการใช้ข้อมูลในการศึกษาวิจัย เป็นต้น เมื่อมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการควบคุม ตรวจสอบ หรือกำกับดูแลการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์แล้ว ปัญหาต่อไป คือ การรับตั้งครรภ์แทนต้องมีการขออนุญาตต่อคณะกรรมการในทุกกรณีหรือไม่ และผู้ใดจะเป็นผู้ดำเนินการ โดยผู้เขียนเห็นว่า คณะกรรมการอาจกำหนดให้ผู้ดำเนินการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนต้องขออนุญาตจากคณะกรรมการในทุกกรณี หรืออาจกำหนดให้มีการขึ้นทะเบียนของผู้ดำเนินการจัดให้มีการรับตั้งครรภ์แทนต่อหน่วยงานที่รับผิดชอบก็ได้ และเมื่อมีการขึ้นทะเบียนแล้ว หากผู้ดำเนินการนั้น ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการกำหนด ก็ไม่จำเป็นต้องมีการขออนุญาตต่อคณะกรรมการแต่อย่างใด เว้นแต่ในกรณีที่มีเหตุผลจำเป็นที่แตกต่างไปจากกรณีปกติธรรมดา คณะกรรมการอาจกำหนดให้ผู้ดำเนินการนั้นขออนุญาตต่อคณะกรรมการเป็นรายกรณี

ส่วนปัญหาว่าผู้ใดจะเป็นผู้ดำเนินการขออนุญาตหรือขออนุญาตหรือยื่นทะเบียนต่อหน่วยงานที่รับผิดชอบระหว่างสถานบริการที่ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีสุขภาพการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยเฉพาะการรับตั้งครรภ์แทน หรือผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการเทคโนโลยีสุขภาพการเจริญพันธุ์แก่คู่สมรสที่มีบุตรยากและหญิงที่อาสารับตั้งครรภ์แทน เมื่อได้พิจารณาในเรื่องต้นแล้วว่าปัญหาเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนนั้น ไม่ได้เป็นปัญหาทางการแพทย์เป็นหลัก ดังนั้น ผู้ที่ต้องดำเนินการขออนุญาตหรือยื่นทะเบียนต่อหน่วยงานดังกล่าวข้างต้นจึงควรเป็นสถานบริการที่ให้บริการในการให้บริการและดำเนินการให้มีการรับตั้งครรภ์แทน ซึ่งสถานบริการเช่นนี้จะเป็สถานพยาบาลที่ผู้ดำเนินการหรือผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมได้รับความเห็นชอบจากราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์หรือไม่ก็ได้ ในทางปฏิบัติแล้ว หากมีการควบคุม ตรวจสอบ หรือกำกับดูแลการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีสุขภาพการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในลักษณะเช่นนี้ สถานบริการที่ขออนุญาตหรือยื่นทะเบียนยอมจะต้องเป็นสถานพยาบาลที่ผู้ดำเนินการได้รับอนุญาตจากราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์อยู่แล้ว

4.5.2 แนวทางแก้ไข้ปัญหา

เมื่อประเทศไทยมีเพียงข้อบังคับระดับองค์กรวิชาชีพ โดยแพทยสภาได้ออกประกาศแพทยสภาที่ 1/2540 เรื่องมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีสุขภาพการเจริญพันธุ์ และประกาศแพทยสภาที่ 21/2545 เรื่องมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีสุขภาพการเจริญพันธุ์ (ฉบับที่ 2) ซึ่งเป็นเพียงกรอบมาตรฐานทางวิชาชีพทางการแพทย์นั้น จึงไม่มีองค์กรหรือหน่วยงานใดที่มีอำนาจตามกฎหมายในการควบคุมหรือกำกับการใช้เทคโนโลยีสุขภาพการเจริญพันธุ์และการรับตั้งครรภ์แทนในประเทศไทย อีกทั้งแพทยสภาและราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทยก็ไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะควบคุมการรับตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยได้ ฉะนั้น ควรมีกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีสุขภาพการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ขึ้น และกำหนดให้มีการจัดตั้งหรือมอบหมายให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบ หรือกำกับดูแลการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีสุขภาพการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยการจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นมาชุดหนึ่งเพื่อมีอำนาจในการกำหนดนโยบายและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีสุขภาพการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เพื่อควบคุม ตรวจสอบ หรือกำกับดูแลการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีสุขภาพการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ นอกจากนี้ ซึ่งมีหน้าที่สำคัญประการหนึ่งคือ มีอำนาจหน้าที่ในการให้ความเห็นชอบต่อแพทยสภาในการออกประกาศเกี่ยวกับการให้บริการเทคโนโลยีสุขภาพการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้จากการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีภริยาที่ขอบด้วยกฎหมายเพื่อการศึกษาวิจัย โดยองค์ประกอบของคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นควรประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญและมีประสบการณ์เป็นที่

ประจักษ์ในด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ เพื่อให้การกำหนดหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบ หรือ กำกับดูแลการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นไปอย่างรอบคอบ และสามารถคุ้มครองสิทธิของบุคคลทุกฝ่ายได้มากที่สุด เช่น แพทย์ นักสังคมสงเคราะห์ นักกฎหมาย นักจิตวิทยา หรือนักจริยศาสตร์ เป็นต้น

4.6 ปัญหาการตีความค่านิยมเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และแนวทางแก้ไขปัญหา

4.6.1 ปัญหาการตีความค่านิยมเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะทำการศึกษาและแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของการที่จะต้องมีการ ให้ความหมายหรือค่านิยมของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ที่ต้องจำกัดให้หมายถึงวิธีการใด เท่านั้น มิได้มีการขยายความของเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ที่เป็นวิธีการตามวิทยาศาสตร์ การแพทย์ทั้งหมด ซึ่งจะมีความหมายเป็นวิธีการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทั้งหมด

การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ช่วยสำหรับการมีบุตรที่มีหน่วยทางพันธุกรรม เดียวกับคู่สามีภริยานั้นในปัจจุบันสามารถกระทำได้หลากหลายวิธีด้วยกัน กล่าวคือ

- 1) การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยใช้เชื้ออสุจิของสามี
- 2) การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยใช้เชื้ออสุจิของผู้บริจาค
- 3) การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยใช้เชื้ออสุจิผสมระหว่างของสามีกับของ

ผู้บริจาค

วิธีการต่างๆ ดังที่กล่าวไปข้างต้นนี้ ล้วนสามารถช่วยเหลือคู่สามีภริยาที่ไม่สามารถ มีบุตรด้วยวิธีการทางธรรมชาติได้ทั้งสิ้น แต่วิธีการต่างๆ เหล่านี้ย่อมมีผลกระทบต่อสิทธิตาม กฎหมายของเด็กที่เกิดมาจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ดังกล่าวที่ต่างกัน

หากจะไม่มีการให้นิยามความหมายของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ที่ชัดเจน หรือ หากมีการให้ความหมายของค่านิยมในเรื่องดังกล่าว โดยให้ความหมายครอบคลุมไปถึงวิธีการของ การใช้เทคโนโลยีดังกล่าวนี้รวมกันทั้งหมด ย่อมก่อให้เกิดความเข้าใจที่คลาดเคลื่อน และสับสนต่อ การบังคับใช้กฎหมายในประเทศไทยอย่างที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้

การให้ค่านิยมของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ต้องจำกัดเฉพาะสำหรับคู่สามีภริยาที่ มีสถานะตามธรรมชาติคือ เพศชายและเพศหญิง โดยแท้และยังมีชีวิตอยู่ โดยมีการจดทะเบียนสมรส ถูกต้องตามกฎหมาย และการให้กำเนิดทารกนั้นก็ต้องให้กำเนิดโดยมีการตั้งครรภ์โดยหญิง เพื่อให้ กำเนิดชีวิตในฐานะการให้กำเนิดชีวิตของมนุษย์ และต้องมีการคลอดโดยผ่านทางหญิงเท่านั้น และ ค่านิยมการใช้เทคโนโลยีในกรณีดังกล่าวนี้ไม่หมายรวมถึงหรือการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญ พันธุ์อื่น เช่น การโคลนนิ่งมนุษย์ (การทำสำเนาพันธุกรรม) หรือการใช้หน่วยพันธุกรรมของคู่สามี

ภริยาที่ไม่ได้มีสถานะของมนุษย์อยู่ในขณะที่ใช้หน่วยพันธุกรรม หรือการใช้หน่วยพันธุกรรมของบุคคลที่ไม่ได้มีความเป็นคู่สามีภริยาตามกฎหมาย หรือการให้กำเนิดชีวิตของทารกด้วยวิธีการผสมพันธุ์และเลี้ยงดูโดยผ่านกระบวนการวิทยาศาสตร์หรือเด็กหลอดแก้ว และการกำเนิดที่นอกเหนือจากวิธีการดังกล่าว ก็คือ การเกิดของเด็กจากการปฏิสนธิภายนอกในร่างกายและให้หญิงอื่นเป็นผู้ตั้งครรภ์แทนมารดาตามหน่วยพันธุกรรมที่แท้จริงนั้น ซึ่งจะมีผลเป็นการทำให้คุณค่าหรือศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ต้องถูกทำลายหรือทำให้ด้อยค่าลง ทำให้ทารกหรือเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีดังกล่าวเหล่านี้เปลี่ยนคุณค่าจากมนุษย์มุ่งสู่การเป็นวัตถุหรือมีสถานะเพียงแค่อัตว์เลี้ยงหรือสัตว์ทดลอง หรือเป็นได้แค่เพียงอะไหล่ของมนุษย์เท่านั้น

จากที่กล่าวมาข้างต้น ด้วยเหตุผลที่ให้นิยามเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์นี้ ต้องกำหนดเป็นนิยามเฉพาะแต่คู่สามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายที่มีสถานะตามธรรมชาติ คือเพศชายและเพศหญิงโดยแท้และยังมีชีวิตอยู่ และมีการจดทะเบียนสมรสถูกต้องตามกฎหมาย อีกทั้งการให้กำเนิดทารกนั้นก็ต้องให้กำเนิดก็ต้องมีการตั้งครรภ์โดยเพศหญิงเพื่อให้กำเนิดชีวิตเท่านั้น เนื่องจากว่า การให้กำเนิดทารกซึ่งจะต้องมีชีวิตในฐานะของมนุษย์นั้น แม้จะมีได้มีการปฏิสนธิภายในร่างกายด้วยวิธีการตามธรรมชาติก็ตามแต่ ถึงกระนั้นก็ดีหน่วยพันธุกรรมของผู้เป็นบิดามารดาที่ยังคงมีอยู่ตามธรรมชาติ และการตั้งครรภ์ทารกนั้นแม้จะมีได้รับการตั้งครรภ์จากมารดาของทารกที่แท้จริงตามหน่วยของพันธุกรรม แต่บิดาและมารดาของทารกก็ยังคงให้ความห่วงหาอาทรแก่ทารกที่อยู่ในครรภ์ของหญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์แทนมารดาที่แท้จริงได้อยู่ดีนั่นเอง โดยบิดามารดาที่แท้จริงก็ยังคงสามารถแสดงความรักอาทรและห่วงใยในสุขภาพของทารกที่จะคลอดออกมาจากครรภ์ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเสมอเหมือนกับหญิงผู้เป็นมารดาเป็นผู้ตั้งครรภ์แทนโดยวิธีการนี้แตกต่างกับการให้กำเนิดทารกด้วยวิธีการโคลนมนุษย์ (การทำสำเนาพันธุกรรม) การใช้หน่วยพันธุกรรมของคู่สามีภริยาที่ไม่ได้มีสถานะของมนุษย์อยู่ในขณะที่ใช้หน่วยพันธุกรรม หรือการให้กำเนิดชีวิตของทารกด้วยวิธีการผสมพันธุ์และเลี้ยงดูโดยผ่านกระบวนการวิทยาศาสตร์หรือเด็กหลอดแก้ว โดยวิธีการเหล่านี้ไม่มีการผ่านการตั้งครรภ์โดยหญิงแต่อย่างใดและบิดามารดาที่ให้กำเนิดด้วยวิธีการดังกล่าวเหล่านี้ก็ไม่สามารถให้ความรักและความห่วงหาอาทรหรือฟูมฟักทารกที่อยู่ในการควบคุมของเทคโนโลยีทางวิทยาศาสตร์ได้อย่างที่มนุษย์ควรจะให้ความรักกับผู้สืบทอดทายาทของมนุษย์ด้วยกันได้ ด้วยวิธีการดังที่กล่าวมานี้ทารกผู้จะกำเนิดออกมาก็จะมีสถานะเป็นเพียงผลสำเร็จของระบบการปฏิบัติการของเทคโนโลยีทางการแพทย์เท่านั้น หากได้เป็นมนุษย์ที่คลอดออกมาจากร่างกายของมนุษย์แต่อย่างใดไม่

ตามเหตุผลที่วิธีการที่ผู้เขียนได้เสนอไปในตอนต้นของเนื้อหาในส่วนนี้แล้วนั้น ผู้เขียนเห็นว่าหากมีการรับรองสิทธิของเด็กที่เกิดมาจากการใช้เทคโนโลยีดังกล่าวนี้จริง ให้สอดคล้องและ

อนุวัติกฎหมายของประเทศไทยให้เข้ากับกติกาสากลของโลกแล้ว ก็มีความจำเป็นที่จะต้องให้คำนิยามความหมายของการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ให้มีความละเอียดลึกซึ้ง อีกทั้งยังต้องให้ความหมายในลักษณะที่คำนึงถึงสิทธิและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ที่แท้จริง โดยมีได้คำนึงถึงเพียงการให้กำเนิดสิ่งมีชีวิตที่มีลักษณะใกล้เคียงกับความเป็นมนุษย์เท่านั้น

4.6.2 แนวทางแก้ไขปัญหา

สำหรับปัญหาการตีความนิยามเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ผู้เขียนเห็นว่า ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายใดเลยที่ให้ความหมายหรือมีบทนิยามของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ไว้อย่างชัดเจนว่าหมายถึง การใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์ประเภทใดบ้าง ทั้งนี้ เพื่อกำหนดขอบเขตของกรรมวิธีในทางการแพทย์ เพราะมีฉะนั้นแล้วอาจมีผลกระทบต่อสิทธิตามกฎหมายของเด็กที่เกิดมาจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ดังกล่าวได้ ผู้เขียนจึงขอเสนอความเห็นว่าจะให้หมายของคำนิยามหรือความหมายของคำว่า “เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์” ดังนี้

“เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์” หมายความว่า กรรมวิธีใดๆ ทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ที่น่าอสุจิและไข่ออกจากร่างกายมนุษย์ เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์โดยไม่เป็นไปตามธรรมชาติ กรรมวิธีดังกล่าวนี้หมายรวมถึงกรรมวิธีทางการแพทย์ต่างๆ ที่นำมาใช้เพื่อช่วยให้หญิงตั้งครรภ์ได้ โดยไม่มีการร่วมประเวณี ไม่ว่าจะเป็นการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อ การปฏิสนธินอกร่างกาย หรือการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์อื่น ทั้งที่มีอยู่แล้วและที่จะพัฒนาต่อไปในอนาคตด้วย ทั้งนี้ กรรมวิธีช่วยการเจริญพันธุ์ดังกล่าวต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่แพทยสภาประกาศกำหนด”

4.7 ปัญหาการสมรสกันเองของเด็กที่เกิดจากเชื้อของผู้บริจาคและแนวทางแก้ไขปัญหา

4.7.1 ปัญหาการสมรสกันเองของเด็กที่เกิดจากเชื้อของผู้บริจาค

เนื่องจากมีปัจจุบันมีการอนุญาตให้ใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ทำให้เด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทนโดยประกาศแพทยสภาอนุญาตให้คู่สมรส ที่ต้องการมีบุตรโดยให้ภรรยาเป็นผู้ตั้งครรภ์ โดยการใช้เซลล์สืบพันธุ์จากผู้บริจาคเพื่อการปฏิสนธิไม่ว่าจะทำให้เกิดขึ้นภายในหรือภายนอกนอกร่างกาย หรือรับบริจาคตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์³⁵ ซึ่งการใช้เซลล์สืบพันธุ์จากผู้บริจาคอาจก่อให้เกิดปัญหาที่สำคัญตามมาคือ การสมรสกันเองของเด็กที่เกิดจากเชื้อของผู้บริจาคพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ห้ามมิให้ผู้เป็นญาติทางสายโลหิตเข้าทำการ

³⁵ ประกาศแพทยสภา ที่ 21/2544 เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (ฉบับที่ 2) ข้อ 4/2 (1) (ก).

สมรสกันมิได้ เนื่องด้วยการที่มีเซลล์สืบพันธุ์หรือหน่วยของพันธุกรรมที่เหมือนกันนั้นจะทำให้เกิดความบกพร่องทางด้านร่างกายหรือสติปัญญาของเด็กที่เกิดมา

จากการศึกษาในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นมีชายชื่อ เบน ซิตเลอร์ ผู้เป็นเจ้าของเชื้ออสุจิ ที่ได้รับบริจาคไว้ที่คลินิกแห่งหนึ่งในโตรอนโต ซึ่งเป็นสาขาหนึ่งของธนาคารอสุจิในเวอร์จิเนีย สหรัฐอเมริกา ซึ่งเขาเองอยากทราบว่าอสุจิที่เขาบริจาคทิ้งไว้มีผู้ขอไปทำการผสมเทียมและเกิดเลือดเนื้อเชื้อไขของเขาแล้วกี่คน จึงได้โทรศัพท์สอบถามไปยังหออทเทเบียนของผู้บริจาคและได้รู้ว่ามีอย่างน้อย 20 รายที่รับอสุจิของเขาไปผสมเทียมแล้วมีลูกกว่า 70 คนทั้งในและนอกสหรัฐอเมริกา และคาดว่าเขาอาจเป็นพ่อของเด็กที่ยังสำรวจไม่พบอีก 140 คน หากเด็กที่เกิดจากเชื้ออสุจิของเขาที่ได้รับบริจาคไว้ และในอนาคตเด็กเหล่านั้นเกิดแต่งงานกัน ก็ย่อมก่อให้เกิดปัญหาตามมาในภายหลังได้

นอกจากนี้ ในประเทศอังกฤษ มีรายงาน ว่า นักวิทยาศาสตร์ชาวอังกฤษคนหนึ่งชื่อ นายเบอร์โทลด์ วิสเนอร์ ได้กลายมาเป็นคุณพ่อของเด็กกว่า 600 คน หลังจากที่มีการค้นพบว่า คลินิกการรักษาผู้ประสบปัญหาการมีบุตรยากแห่งหนึ่งที่สัญญาว่าจะใช้อสุจิจากคลังอสุจิ แต่กลับใช้อสุจิของเขาแทน โดย นายเบอร์โทลด์ วิสเนอร์ ซึ่งเป็นนักชีววิทยาได้รับบริจาคอสุจิให้กับผู้ชายที่เป็นหมันหรือมีลูกยาก ซึ่งเป็นคนทุกชนชั้น ตั้งแต่คนรายถึงคนจน ต่อมานางแมรี บาร์ตัน ภรรยาของเขาและเจ้าของคลินิก ได้ทำลายหลักฐานทางการแพทย์ หมายความว่า ผู้หญิงจำนวนมากที่รับอสุจิของนายวิสเนอร์ และเด็กอีกจำนวนหลายร้อยคน อาจจะไม่ว่าครอบครัวของตัวเองมาจากไหน และสายเลือดของตนมาจากใคร อย่างไรก็ตาม ชายสองคนที่เคยเข้ารับการผสมเชื้ออสุจิ ซึ่งเป็นช่วงที่เกิดขึ้นระหว่างปี 1940 ถึงกลางปี 1960 นั้น ได้ค้นคว้าและพบว่า 2 ใน 3 ของอสุจิที่มีการบริจาคในช่วงเวลานั้น เป็นของนายวิสเนอร์ทั้งหมด ทำให้นายเดวิด โกลแลนซ์ อาชีพทนายความ หนึ่งในลูกชายที่เกิดจากการผสมอสุจิของนายวิสเนอร์ ได้ประมาณการว่า ในช่วงเวลาดังกล่าวที่นายวิสเนอร์บริจาคเชื้ออสุจิไปประมาณ 20 ครั้งต่อปี ทำให้นายวิสเนอร์อาจกลายเป็นคุณพ่อที่มีลูกกว่า 300-600 คน

นอกจากนี้ นายโกลแลนซ์ ยังได้ค้นพบขณะที่เขาอายุ 12 ขวบ ว่าเขาเกิดจากการบริจาคอสุจิ แต่ไม่มีใครบอกเขาถึงเรื่องพ่อที่บริจาคอสุจินั้นเป็นใคร จากนั้นเขาจึงมาค้นพบความจริงผ่านการทดสอบดีเอ็นเอ และได้ติดต่อไปหาคนอีกกว่า 11 คน ที่เชื่อว่าเป็นพี่น้องพ่อเดียวกัน รวมถึงนายแบร์รี สตีเวนส์ นักถ่ายทำสารคดี ที่ไปค้นพบคลินิกดังกล่าว ซึ่งนายโกลแลนซ์ กล่าวว่า เขาเองรู้สึกสับสนเกี่ยวกับประวัติครอบครัวอันสุดแสนพิสดารนี้ ด้านคลินิกการรักษาผู้ประสบปัญหาการมีบุตรยาก ที่มีชื่อว่า บาร์ตัน บรู๊ค ตั้งอยู่แถบพอร์ตแลนด์ เฟลซ ในกรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษ เชื่อกันว่า คลินิกแห่งนี้ได้ช่วยให้ผู้หญิงตั้งครรรภ์ไปแล้วกว่า 1,500 คน ซึ่งในการผสมเทียมแต่ละครั้ง

จะมีค่าใช้จ่ายที่สูง หมายความว่า ลูกค้าส่วนใหญ่ก็เป็นคนระดับชนชั้นกลางขึ้นไป แต่ที่นี้ยังอ้างว่า ได้ช่วยเหลือคนที่มิฐานะร่ำรวยให้สมหวังมีบุตรดังต้องการอีกด้วย โดยคลินิกแห่งนี้ ได้ขอรับบริจาคอสุจิจากครอบครัวของเพื่อน แต่เนื่องจากผู้บริจาคอสุจิน้อย จึงอาจทำให้นายวิสเนอร์นั้น เป็นผู้บริจาคอสุจิส่วนใหญ่ให้กับทางคลินิก

นอกจากนี้ ในปี 2007 ยังมีการตรวจหาดีเอ็นเอของเด็กที่เกิดจากคลินิกแห่งนี้ ในช่วงระหว่างปี 1943-1962 จำนวน 18 คน พบว่า เด็กกว่า 12 คน หรือ 2 ใน 3 เป็นลูกของนายวิสเนอร์ และทำให้นายโกแลนซ์ ออกมารณงค์ให้เปิดเผยตัวของผู้บริจาคอสุจิ และขอให้บันทึกในใบสูติบัตรนั้น โดยลงชื่อของผู้บริจาคอสุจิและไข่อีกด้วย³⁶

จากที่กล่าวมาข้างต้น หากกรณีนี้เกิดขึ้นในประเทศไทยแล้ว เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะเห็นได้ว่า กำหนดห้ามมิให้ผู้เป็นญาติทางสายโลหิตเข้าทำการสมรสกัน³⁷ เนื่องด้วยการที่มีหน่วยของพันธุกรรมที่เหมือนกันนั้นจะทำให้เกิดความบกพร่องทางด้านร่างกาย หรือสติปัญญาของเด็กที่เกิดมา ในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ทำให้เด็กที่เกิดมาจากการรับตั้งครรภ์แทนมี 2 กรณี คือ

(1) กรณีที่ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิและไข่ของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน

(2) กรณีใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิหรือไข่ของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนกับอสุจิหรือไข่ของผู้อื่น ทั้งนี้ ห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

กรณีแรก เด็กที่เกิดมาย่อมมีเซลล์สืบพันธุ์ตามบิดามารดาที่แท้จริง จึงไม่เกิดปัญหา แต่กรณีที่สองเด็กที่เกิดมาย่อมมีเซลล์สืบพันธุ์ตามบิดาหรือมารดาโดยแยกได้เป็น 2 กรณีคือ กรณีแรกเด็กเกิดจากเชื้ออสุจิของบิดากับเชื้อไข่ของผู้บริจาค กับกรณีที่สอง เด็กเกิดจากเชื้อไข่ของมารดากับเชื้ออสุจิของผู้บริจาค ดังนั้นเด็กที่เกิดมานั้นย่อมมีหน่วยทางพันธุกรรมจากบิดาหรือมารดาแล้วแต่กรณี กล่าวคือ โดยเด็กอาจมีเซลล์สืบพันธุ์กับพ่อหรือแม่ของตน ส่วนเซลล์สืบพันธุ์อีกส่วนหนึ่งย่อมมาจากเชื้อของผู้รับบริจาค ในการได้รับบริจาคเชื้ออสุจิซึ่งได้จากชายผู้บริจาคหรือได้รับบริจาคเชื้อไข่ซึ่งได้จากหญิงผู้บริจาค หากมีเด็กที่เกิดมามีเซลล์สืบพันธุ์จากผู้บริจาคดังกล่าว ไม่ว่าจะได้รับมาจากชายผู้บริจาคหรือหญิงผู้บริจาคก็ตาม ปราภฏว่ามีเด็กที่เกิดจากเชื้ออสุจิจากชายผู้บริจาค

³⁶ คุณพ่ออังกฤษ มีลูกกว่า 600 คน จากการบริจาคอสุจิ. สืบค้นเมื่อ 1 สิงหาคม 2555, จาก <http://www.dek-d.com/board/view.php?id=2449084>

³⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1450 บัญญัติว่า “ชายหญิงที่เป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมาก็ดี เป็นพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาก็ดีจะทำการสมรสไม่ได้ ความเป็นญาติดังกล่าวมานี้ให้ถือตามสายโลหิต โดยไม่คำนึงว่าจะจะเป็นญาติโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่.”

คนเดียวกันจำนวนมาก หรือมีเด็กที่เกิดจากไข่ของหญิงผู้บริจาคเดียวกันจำนวนมาก และเด็กเหล่านั้นประสงค์ที่จะสมรสกัน ก็ย่อมก่อให้เกิดปัญหาตามมาได้ เนื่องจากเซลล์สืบพันธุ์ที่เหมือนกันนั้นจะทำให้เกิดความบกพร่องทางด้านร่างกายหรือสติปัญญาของเด็กที่เกิดมา เพราะการสมรสกันเองในหมู่ญาติย่อมทำให้เกิดลักษณะด้อยแก่บุตรได้ และเพื่อหลีกเลี่ยงความผิดปกติทางพันธุกรรม ซึ่งมาจากสายเลือดเดียวกัน และเพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้บุตรของตนเอง มีความผิดปกติทางพันธุกรรม เช่นเดียวกับบรรพชน

ตัวอย่างเช่น ค.ช.เอ เกิดจากเชื้ออสุจิของผู้บริจาคชายชื่อนาย ง. กับไข่ของฝ่ายภริยาที่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรคู่หนึ่งชื่อ ครอบครัว ก. แต่เนื่องจากฝ่ายสามีนั้นไม่อาจผลิตเชื้ออสุจิได้เพราะสูญเสียความสามารถในการสืบพันธุ์ไปจึงต้องขอรับบริจาคเชื้ออสุจิแทน ซึ่งผู้บริจาคเชื้ออสุจิคือนาย ง. ส่วน ค.ญ.บี ก็เกิดจากเชื้ออสุจิของผู้บริจาคชายชื่อนาย ง. กับไข่ของฝ่ายภริยาที่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรคู่หนึ่งชื่อครอบครัว ข. ข้อเท็จจริงปรากฏต่อไปว่า เมื่อ ค.ช.เอ และค.ญ.บี บรรลุนิติภาวะแล้ว ค.ช.เอ และค.ญ.บี เกิดชอบพอกันและตกลงจะแต่งงานกัน และในความเป็นจริงปรากฏชัดแจ้งว่า เด็กทั้งสอง (ค.ช.เอ และค.ญ.บี) มีหน่วยทางพันธุกรรมทางสายเลือดซึ่งเป็นญาติทางสายโลหิต โดยถือเป็นพี่น้องร่วมบิดาเดียวกัน จึงมีปัญหาว่าเด็กทั้งสอง (ค.ช.เอ และค.ญ.บี) ที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่กล่าวมานั้นสมควรสมรสกันหรือไม่ กรณีที่ไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ใช้บังคับแก่กรณีดังกล่าว ผลในทางกฎหมายก็คือ เด็กทั้งสองนั้นก็มิใช่ญาติทางสายโลหิตกัน และก็ได้มีบิดามารดาเดียวกันตามกฎหมาย ดังนั้น เด็กทั้งสองย่อมสมรสกันได้ไม่ขัดต่อกฎหมาย แต่การที่เด็กทั้งสอง (ค.ช.เอ และค.ญ.บี) สมรสกันจะย่อมก่อให้เกิดความบกพร่องทางด้านร่างกายหรือสติปัญญาของทายาทที่จะเกิดมา และเมื่อเด็กนั้นกำเนิดขึ้นมาและเกิดความผิดปกติทางด้านร่างกายหรือทางสติปัญญา ก็จะทำให้กลายเป็นปัญหาต่อสังคมต่อไป

4.7.2 แนวทางแก้ไขปัญหา

ปัญหาการสมรสกันเองของเด็กที่เกิดจากเชื้อของผู้บริจาค ผู้เขียนเห็นว่า ควรมีกฎหมายกำหนด ในกรณีบุคคลที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จะสมรสกัน ต้องมีการตรวจหน่วยทางพันธุกรรม (DNA) ก่อนระหว่างฝ่ายชายและฝ่ายหญิงที่จะสมรสกัน โดยให้แพทย์ออกหนังสือรับรองว่ามีหน่วยทางพันธุกรรมเดียวกัน (DNA) เพื่อเป็นการป้องกันมิให้เด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยไข่ที่เชื้อของผู้บริจาคคนเดียวกันสมรสกันเอง ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเกิดจากเชื้อของผู้บริจาคฝ่ายชายหรือเชื้อของผู้บริจาคฝ่ายหญิง เหตุผลที่

เด็กไม่ควรสมรสกันก็เพราะอาจก่อให้เกิดความบกพร่องทางด้านร่างกายหรือสติปัญญาของลูกที่เกิดมาในอนาคตได้

โดยสมควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 หมวด 2 เงื่อนไขการสมรส โดยให้เพิ่มข้อความต่อไปนี้ “กรณีบุคคลใดที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จะสมรสกัน ต้องผ่านการตรวจหน่วยทางพันธุกรรม (DNA) ก่อน และต้องมีใบรับรองจากแพทย์มาแสดงต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ว่า ชายกับหญิงมิได้มีที่จะจดทะเบียนสมรสกัน มิได้มีหน่วยทางพันธุกรรมเดียวกันหรือมิได้เกิดจากเชื้อผู้บริจาคคนเดียวกัน”

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

การให้คุ้มครองสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แก่เด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยี ช่วยการเจริญพันธุ์โดยให้หญิงอื่นตั้งครรถ์แทนยอมได้รับการรับรองคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย เพราะสิทธิตามธรรมชาติของกลุ่มสตรีที่ต้องการมีบุตรนั้นย่อมมีสิทธิในการ เป็นส่วนตัวและสิทธิในการสืบพันธุ์ โดยสิทธิดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิในชีวิตร่างกายอันเป็น สาระสำคัญประการหนึ่งของ“ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ฉะนั้น กลุ่มสตรีก็ย่อมมีเสรีภาพในการ สืบสายพันธุ์ของตนได้ แต่การใช้เสรีภาพก็ต้องอยู่ในขอบเขตโดยต้องคำนึงด้วยว่า “ไม่มีสิทธิ มนุษยชนใดเป็นสิทธิที่สัมบูรณ์” (Absolute Rights) โดยปราศจากการควบคุม แม้ว่าสิทธิในการเป็น ส่วนตัวและสิทธิในการสืบพันธุ์จะเป็นสิทธิที่ได้รับการยอมรับทางศีลธรรมและทางกฎหมาย รัฐก็มีอำนาจในการที่จะเข้าแทรกแซงได้ แต่การแทรกแซงของรัฐต้องกระทำเท่าที่จำเป็น โดยรัฐ สามารถห้ามมิให้มีการกระทำการในบางกรณี เช่น ห้ามมิให้ดำเนินการตั้งครรถ์ในเชิงพาณิชย์หรือ การค้า คือ การห้ามไม่ให้คู่สามีภรรยาที่ต้องการมีบุตรโดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง การแพทย์ไปกระทำการว่าจ้างหญิงให้มาตั้งครรถ์แทนโดยมีผลประโยชน์ตอบแทน เป็นต้น

การให้หญิงอื่นตั้งครรถ์แทนนั้นเป็นการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ วิธีหนึ่งเพื่อมาช่วยผู้ที่ประสบภาวะการมีบุตรยากหรือภาวะที่ไม่สามารถมีบุตรได้ตามธรรมชาติ อันเนื่องมาจากความผิดปกติของมดลูก โดยใช้วิธีการนำตัวอ่อนที่เกิดจากการปฏิสนธิภายนอก ร่างกายของกลุ่มสตรีไปฝังตัวในมดลูกของหญิงอื่น ซึ่งถือว่าเป็นการก่อกำเนิดชีวิตมนุษย์ด้วยวิธีผิด ธรรมชาติ ปัจจุบันมีการปฏิบัติกันในสังคมไทยมาหลายปีแล้ว กลุ่มสตรีหลายคู่ได้ดำเนินการให้หญิง อื่นตั้งครรถ์แทนให้และมีเด็กที่เกิดจากการตั้งครรถ์แทนแล้วจำนวนหนึ่ง แต่เมื่อครั้งนั้นยังไม่มี กฎหมายรับรองให้เด็กนั้นเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดาที่แท้จริง จึงก่อให้เกิดปัญหา ต่อเด็กและบุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายตามมา โดยผลในทางกฎหมายนั้นหญิงที่คลอดทารกแม้จะเป็น การตั้งครรถ์แทนผู้อื่นก็ถือว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น แต่บิดามารดาเจ้าของอสุจิ และไข่ซึ่งเป็นบิดามารดาที่แท้จริงกลับมิใช่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นแต่อย่างใด หากบิดามารดาที่แท้จริงต้องการให้เด็กนั้นเป็นบุตรของตนเองแล้วก็ต้องไปจดทะเบียนรับบุตรของ

ตนเองเป็นบุตรบุญธรรม กรณีเช่นนี้เป็นการขัดต่อเจตจำนงของกลุ่มสมรสซึ่งเขาเป็นผู้ประสงค์จะมีบุตร แต่ด้วยเหตุปัจจัยที่กลุ่มสมรสนั้นไม่อาจมีบุตรเองได้ ซึ่งอาจเป็นเพราะความผิดปกติของปากมดลูก หรือมดลูก หรือความผิดปกติของช่องคลอด หรือเกิดจากการสูญเสียความสามารถในการตั้งครรภ์ไป และยังเป็น การขัดต่อหลักพันธุกรรมเพราะเด็กที่เกิดมานั้นย่อมไม่มีความสัมพันธ์ทางสายเลือดใดๆ ต่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน กรณีเช่นนี้ กลุ่มสมรสนั้นจึงจำเป็นต้องอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เพื่อให้ครอบครัวของตนมีทายาทและเป็นการสร้างครอบครัวให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น และเพื่อสืบทอดความตั้งใจของผู้เป็นบิดามารดาพร้อมทั้งมีทายาทเพื่อสืบเชื้อสายแห่งสายสัมพันธ์แห่งหน่วยพันธุกรรมต่อไปให้ดำรงคงอยู่ในฐานะบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายที่มีใช้บุตรบุญธรรมแล้ว สิทธิและศักดิ์ศรีที่มนุษย์ของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ย่อมได้รับการคุ้มครอง คุ้มครอง ปกป้องจากรัฐ โดยการออกกฎหมายเพื่อคุ้มครอง คุ้มครอง และปกป้องสิทธิดังกล่าว ควรที่จะรับการดูแลรักษาในฐานะของสิทธิมนุษยชนเช่นกัน

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดจากใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ประสบปัญหาอย่างมาก เพราะประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไว้โดยเฉพาะ การนำกฎหมายอื่นมาปรับใช้จึงก่อให้เกิดปัญหาตามมาหลายประการ โดยวิทยานิพนธ์นี้ได้นำเสนอปัญหาทางกฎหมายต่างๆ และแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ดังนั้น ประเทศไทยควรมีการออกกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยเฉพาะ โดยผู้เขียนมีข้อเสนอแนะในแต่ละประเด็นปัญหาซึ่งมีรายละเอียดต่อไปนี้

1) ปัญหาการไม่เคารพสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในประเทศไทย

แม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันจะมีบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลไว้แล้วก็ตาม แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็หาได้ให้ความคุ้มครองสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์แต่อย่างใด เด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ย่อมมีสิทธิที่ได้รับการรับรองคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เช่นเดียวกับเด็กที่เกิดโดยวิธีทางธรรมชาติ เพราะสิทธิตามธรรมชาติของกลุ่มสมรสที่ต้องการมีบุตรนั้นย่อมมีสิทธิในการเป็นส่วนตัวและสิทธิในการสืบพันธุ์ โดยสิทธิดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิในชีวิตร่างกายอันเป็นสาระสำคัญประการหนึ่งของ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” ฉะนั้น สิทธิของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ก็ย่อมได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญ

2) ปัญหาการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

การกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นปัญหาที่สำคัญเพราะบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันได้กำหนดความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไม่สอดคล้องกับความสัมพันธ์ในทางพันธุกรรมจากการศึกษาพบว่า ในต่างประเทศมีการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กแตกต่างกันออกไป ในประเทศอังกฤษ กฎหมายของอังกฤษนั้นใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาความเป็นมารดาของบุตร โดยถือว่ามารดาที่ให้น้ำนมบุตรเท่านั้นที่เป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย ส่วนสถานะความเป็นบิดาแยกไว้เป็น 2 กรณีคือ 1) ถ้าหญิงนั้นมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย สามีของหญิงนั้นก็ถือว่าเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้ให้ความยินยอมในการรับตั้งครรภ์แทนนั้น 2) ถ้าหญิงนั้นไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายต้องพิจารณาว่าสถานบริการที่ให้เกิดกระบวนการตั้งครรภ์ได้รับอนุญาตตามกฎหมายหรือไม่ หากเกิดขึ้นในสถานบริการที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย ชายที่ว่าจ้างให้ตั้งครรภ์จะมีสถานะเป็นเพียงผู้บริจาคเชื้ออสุจิเท่านั้น และไม่ถือว่าเป็นบิดาของเด็ก เด็กที่เกิดมาก็จะไม่มีบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่หากกระบวนการในการตั้งครรภ์นั้นไม่ได้เกิดขึ้นในสถานบริการที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย ชายที่เป็นเจ้าของเชื้ออสุจินั้นย่อมเป็นบิดาของเด็กตามกฎหมาย ในประเทศสหรัฐอเมริกา บางมลรัฐกำหนดให้คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กโดยไม่ถือว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาของเด็ก ซึ่งบางมลรัฐเพียงมีข้อสันนิษฐานในเบื้องต้นว่า คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรเป็นบิดามารดาของเด็กนั้น ส่วนในประเทศฝรั่งเศส สถานะความเป็นบิดาและมารดาของเด็กที่เกิดจากใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนนั้นก็จะเป็นไปตามหลักกฎหมายแพ่งซึ่งยังคงถือตามหลักการที่ว่าหญิงที่ให้น้ำนมเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก

ส่วนปัญหากรณีที่สามีและภริยาที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด เมื่อเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้นมา คู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนหรือบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กถึงแก่ความตายไปก่อนแล้ว กฎหมายก็ควรกำหนดว่าเด็กนั้นจะต้องมีผู้ปกครอง โดยควรกำหนดให้หญิงรับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองแทนที่จะบัญญัติให้บุคคลอื่นเช่นบิดามารดาหรือญาติพี่น้องของคู่สมรสที่ถึงแก่ความตายเป็นผู้ปกครอง ด้วยเหตุผลที่ว่านอกจากคู่สมรสที่ถึงแก่ความตายซึ่งเป็นเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์และประสงค์จะรับเด็กเป็นบุตรแล้ว หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็คือบุคคลอีกคนหนึ่งที่มีความผูกพันดูแลเด็กนั้นมาเป็นเวลาถึง 9 เดือน จึงสมควรจะให้ผู้ปกครองเด็กนั้นไปก่อน แต่เมื่อเวลาผ่านไป

หากหญิงนั้นไม่มีศักยภาพหรือไม่เหมาะสมที่จะเป็นผู้ปกครองเด็ก ก็สามารถตั้งผู้ปกครองขึ้นมาใหม่ได้ โดยให้ศาลเป็นผู้พิจารณาว่าผู้ใดสมควรเป็นผู้ปกครองของเด็กนั้น ซึ่งศาลจะต้องคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กนั้นเป็นสำคัญ

3) ปัญหาการใช้สิทธิฟ้องเรียกคืนบุตรของตนจากหญิงที่ตั้งครรภ์แทน

กรณีปัญหาแย้งชิงเด็กกันระหว่างหญิงที่ตั้งครรภ์แทนกับคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร เนื่องจากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนไม่ส่งมอบเด็กให้แก่คู่สมรสที่ต้องการมีบุตร จึงมีปัญหาว่าฝ่ายใดจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองเด็กจะขึ้นอยู่กับกฎหมายกำหนดให้ฝ่ายใดเป็นบิดามารดาของเด็ก จากการศึกษาค้นคว้า การกำหนดหลักการให้ศาลมีอำนาจกำหนดให้อำนาจการปกครองเด็กในกรณีของการรับตั้งครรภ์แทนอยู่กับฝ่ายใดก็ได้ตามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้นมีความเหมาะสม เพราะหลักการนี้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจได้อย่างเหมาะสมว่าเด็กควรอยู่ในอำนาจการปกครองของฝ่ายใด หรือในบางกรณีหากทั้งสองฝ่ายต่างไม่ต้องการเด็กไว้ในความปกครอง ศาลอาจกำหนดให้เด็กนั้นอยู่ในอำนาจปกครองของบุคคลที่สามซึ่งอาจเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กก็ได้ ซึ่งกรณีนี้จะเป็นการให้ความคุ้มครองแก่เด็กได้อย่างสมบูรณ์ การบัญญัติกฎหมายตามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กยังสอดคล้องกับหลักกฎหมายครอบครัวของไทยอีกด้วย เพราะในคดีฟ้องหย่าระหว่างสามีภริยา ศาลต้องชี้ขาดว่าฝ่ายใดสมควรเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร ในกรณีนี้ศาลจะคำนึงถึง “ความผาสุกและประโยชน์ของเด็ก” เป็นสำคัญ

4) ปัญหาการควบคุมดูแลและวินิจฉัยเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์

ประเทศไทยมีเฉพาะประกาศแพทยสภาที่ควบคุมการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เท่านั้น การดำเนินการในการรับตั้งครรภ์แทนจึงไม่ต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานใดของรัฐ จึงเป็นการเปิดโอกาสให้มีการแอบแฝงการให้บริการการรับตั้งครรภ์แทนในลักษณะที่มีการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่กันซึ่งเป็นกระทำผิดในลักษณะเป็นเชิงธุรกิจและเป็นการแสวงหาผลประโยชน์ในทางการค้าอย่างชัดเจน หากไม่มีการควบคุมกำกับดูแลการตั้งครรภ์แทนให้อยู่ในกรอบกฎหมายแล้ว ย่อมส่งผลกระทบต่อทั้งในแง่สังคม และในแง่กฎหมายได้ จากการศึกษาประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายในเรื่องนี้โดยเฉพาะแต่จะใช้กฎหมายอื่นมาพิจารณา คือ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 312¹ และเมื่อไม่มีกฎหมายเฉพาะ ทำให้สถานการณ์ของการรับตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยก่อให้เกิดปัญหาหลายด้าน โดยเฉพาะเรื่องของสิทธิทางกฎหมายของเด็ก ดังนั้น รัฐจึงควรมี

¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 312 บัญญัติว่า “ผู้ใดเพื่อจะเอาคนลงเป็นทาสหรือให้มีฐานะคล้ายทาส นำเข้าหรือส่งออกป็นนอกราชอาณาจักรพม่าจากที่ใด ชื่อชาย จำหน่าย รับหรือหน่วงเหนี่ยวซึ่งบุคคลหนึ่งบุคคลใดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี และปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท.”

มาตรการทางอาญาเพื่อควบคุม ป้องกันไม่ให้มีการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และรัฐควรมีมาตรการเสริมอย่างอื่นเพื่อควบคุมไม่ให้มีการแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบ เช่น กำหนดกระบวนการในการคัดเลือกบุคคลที่ต้องการมีบุตรด้วยการรับตั้งครรภ์แทน อาทิ เช่น อายุ ภูมิฐานะ สถานภาพ การสมรส ประวัติในการมีบุตรหรือเลี้ยงดูบุตร ความสัมพันธ์ทางสายโลหิตระหว่างหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนกับคู่สมรส เป็นต้น นอกจากนี้ รัฐต้องสร้างกลไกให้ทั้งสองฝ่ายทราบถึง สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของทั้งสองฝ่ายตั้งครรภ์แทนและฝ่ายคู่สามีภรรยาที่ประสงค์จะมีบุตร

5) ปัญหาการให้องค์กรวิชาชีพเป็นผู้ควบคุม ตรวจสอบ หรือกำกับดูแลการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

ในเรื่องมาตรฐานในองค์กรวิชาชีพแพทยถูกควบคุมโดยแพทยสภา และการใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์ถูกควบคุมโดยราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทย เกณฑ์การควบคุมการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ในปัจจุบันนั้นพบว่า มีเพียงประกาศแพทยสภาฉบับที่ 1/2540 และฉบับที่ 21/2544 เท่านั้น ซึ่งประกาศแพทยสภาดังกล่าวก็เป็นเพียงหลักเกณฑ์ภายในองค์กรวิชาชีพ ซึ่งมุ่งที่จะควบคุมความประพฤติของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์เท่านั้น ประกาศดังกล่าวไม่ได้ให้ความคุ้มครองแก่เด็กที่จะเกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนแต่อย่างใด จึงอาจกล่าวได้ว่าไม่มีองค์กรหรือหน่วยงานใดที่มีอำนาจตามกฎหมายในการควบคุมหรือกำกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และการรับตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยโดยตรง และไม่มีอะไรเป็นหลักประกันแก่ผู้รับบริการทางการแพทย์ในกรณีที่ใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ได้เลย เพราะหากแพทย์ไม่ปฏิบัติตามแล้วจะเกิดผลเช่นไร และอะไรคือมาตรฐานที่ถูกกำหนดขึ้น หรือแล้วแต่ดุลยพินิจของทางราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์ ฉะนั้น แพทยสภาและราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทย จึงไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะควบคุมการรับตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยได้

6) ปัญหาการตีความนิยามเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์

การให้ความหมายของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในประเทศไทย ต้องจำกัดให้หมายถึงวิธีการใดเท่านั้น มิได้มีการขยายความไปถึงเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์อื่น ที่เป็นวิธีการตามวิทยาศาสตร์การแพทย์ทั้งหมด ซึ่งหมายรวมไปถึงการ โคลนมนุษย์ (การทำสำเนาทางพันธุกรรม) หรือการใช้หน่วยพันธุกรรมของคู่สามีภรรยาที่ไม่ได้มีสถานะของมนุษย์อยู่ในขณะที่ใช้หน่วยพันธุกรรม หรือการใช้หน่วยพันธุกรรมของบุคคลที่ไม่ได้มีความเป็นคู่สามีภรรยาตามกฎหมาย หรือการให้กำเนิดชีวิตของทารกด้วยวิธีการผสมพันธุ์และเลี้ยงดูโดยผ่านกระบวนการวิทยาศาสตร์หรือเด็กหลอดแก้ว โดยผู้เขียนเห็นว่า ควรให้คำนิยามความหมายของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในกรณีดังกล่าวนี้ จำกัดเฉพาะสำหรับคู่สามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายที่มีสถานะตามธรรมชาติ

คือ เป็นเพศชายและเพศหญิงโดยแท้และยังมีชีวิตอยู่ เพราะหากไม่มีการให้นิยามความหมายของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ หรือมีการให้ความหมายของคำนิยามที่ครอบคลุมถึงวิธีการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์อื่น ย่อมก่อให้เกิดความเข้าใจที่คลาดเคลื่อน และเกิดความสับสนต่อการบังคับใช้กฎหมายในประเทศไทยอย่างที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้

7) ปัญหาการสมรสกันเองของเด็กที่เกิดจากเชื้อของผู้บริจาคคนเดียวกัน

เนื่องจากมีปัจจุบันมีการอนุญาตให้ใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ทำให้เด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทนโดยประกาศแพทยสภาอนุญาตให้คู่สมรสต้องการมีบุตรโดยให้ภรรยาเป็นผู้ตั้งครรภ์ โดยการใช้เซลล์สืบพันธุ์จากผู้บริจาคเพื่อการปฏิสนธิไม่ว่าจะทำให้เกิดขึ้นภายในหรือภายนอกร่างกาย หรือรับบริจาคตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์² ซึ่งการใช้เซลล์สืบพันธุ์จากผู้บริจาคอาจก่อให้เกิดปัญหาที่สำคัญตามมาคือ การสมรสกันเองของเด็กที่เกิดจากเชื้อของผู้บริจาค หากพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ก็ห้ามมิให้ผู้เป็นญาติทางสายโลหิตเข้าทำการสมรสกันมิได้ เนื่องด้วยการที่มีเซลล์สืบพันธุ์หรือหน่วยของพันธุกรรมที่เหมือนกันนั้นจะทำให้เกิดความบกพร่องทางด้านร่างกายหรือสติปัญญาของเด็กที่เกิดมา จากการศึกษาพบว่า ทั้งประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกามีธนาคารอสุจิที่รับบริจาคจากผู้ชาย โดยพบว่าเชื้ออสุจิของชายคนเดิมได้รับการใช้เป็นเซลล์สืบพันธุ์ให้กับบุคคลอื่นเป็นจำนวนมากซึ่งอาจเกิดปัญหาการสมรสกันเองของผู้ที่เกิดจากเชื้อบริจาคจากคนเดียวกันได้ และหากประเทศไทยมีการเปิดโอกาสให้มีการบริจาคเชื้ออสุจิและไข่ได้ อาจเกิดปัญหาการสมรสกันเองของเด็กที่เกิดจากเชื้อของผู้บริจาคคนเดียวกันนี้ตามมาได้

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาค้นคว้ามา ผู้เขียนขอเสนอแนวทางแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในประเทศไทย ในแต่ละประเด็น ดังนี้

1) ปัญหาการไม่เคารพสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในประเทศไทย

การให้ความเคารพต่อสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เป็นสิ่งอันพึงมีและต้องได้รับการคุ้มครอง รับรอง ปกป้องตามรัฐธรรมนูญ และเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ย่อมได้รับสิทธิ

² ประกาศแพทยสภา ที่ 21/2544 เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (ฉบับที่ 2) ข้อ 4/2 (1) (ก).

ตามรัฐธรรมนูญ โดยรัฐต้องออกกฎหมายเพื่อคุ้มครอง คุ้มครอง และปกป้องสิทธิดังกล่าวของเด็ก แต่กฎหมายไทยที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันนั้นยังคงมีความล้าหลังไม่ทันต่อเทคโนโลยีทางการแพทย์ ดังนั้น สมควรต้องปรับปรุงกฎหมายเหล่านั้นให้มีความเท่าทันต่อเทคโนโลยีทางการแพทย์ด้วยการที่รัฐออกกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ขึ้นเพื่อคุ้มครอง คุ้มครอง และปกป้อง สิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

2) ปัญหาการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

ประเทศไทยควรออกกฎหมายที่เกี่ยวกับเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยกฎหมายดังกล่าวควรมีการกำหนดความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไว้เป็นการเฉพาะ กล่าวคือ ไม่ว่าจะให้ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นผู้ตั้งครรภ์หรือจากการตั้งครรภ์แทน ให้เด็กที่เกิดจากวิธีการดังกล่าวเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตร แม้ว่าสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด และในกรณีปัญหาหนี้ ที่สามีและภริยาที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิดก็ควรกำหนดให้ผู้มีส่วนได้เสียหรือพนักงานอัยการมีอำนาจร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้ปกครองได้ ทั้งนี้ ในการตั้งผู้ปกครองดังกล่าวให้ศาลคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กนั้นเป็นสำคัญ

3) ปัญหาการใช้สิทธิฟ้องเรียกคืนบุตรของตนจากหญิงที่ตั้งครรภ์แทน

เมื่อเกิดข้อพิพาทเกิดขึ้นเกี่ยวกับอำนาจปกครองของเด็กระหว่างคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทน ศาลจะต้องเป็นผู้มีบทบาทในการระงับข้อพิพาทนั้น โดยศาลจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็ก (Best Interests of the Child) เป็นสำคัญ ดังนั้น จึงควรออกกฎหมายเกี่ยวกับเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยกฎหมายดังกล่าวควรกำหนดให้ศาลมีอำนาจกำหนดให้อำนาจการปกครองเด็กในกรณีของการรับตั้งครรภ์แทนอยู่กับฝ่ายใดก็ได้ โดยยึดหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก ศาลนั้นจะต้องเป็นศาลเยาวชนและครอบครัว โดยกำหนดให้ศาลมีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาเฉพาะคดีที่เกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

4) ปัญหาการควบคุมดูแลและวินิจฉัยเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์

มาตรการในการควบคุมดูแลและกำกับการรับตั้งครรภ์แทนโดยควรกำหนดไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ โดยมาตรการที่กำหนดในกฎหมายแม่บทต้องเป็นหลักการพื้นฐาน โดยผู้เขียนเสนอแนะให้กำหนดหลักการสำคัญบางประการ ดังนี้

1. กำหนดหลักการในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
2. กำหนดให้การผสมเทียมต้องกระทำต่อหญิงที่มีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายแล้วเท่านั้น และจะต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามี หรือจากภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายกรณีการใช้ อสุจิจากผู้บริจาค

3. กำหนดเงื่อนไขและวิธีการดำเนินการตั้งครรภ์แทนไว้สองกรณี ได้แก่

(1) การใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิและไข่ของสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ จะให้มีการตั้งครรภ์แทน และ

(2) การใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิหรือไข่ของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนกับอสุจิหรือไข่ของผู้อื่น รวมถึงห้ามมิให้มีการรับจ้างตั้งครรภ์แทน ห้ามทำการเป็นคนกลาง/นายหน้าจัดให้มีการรับตั้งครรภ์แทน และโฆษณาหรือไขว่คว้าให้ แพทย์หลายว่ามีหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

4. กำหนดเงื่อนไขการดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์โดยเฉพาะคุณสมบัติบางประการที่สำคัญไม่ว่าจะเป็นสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตร โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน เช่น สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตร โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ต้องมีความพร้อมทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจที่จะเป็นบิดามารดาของเด็ก และคุณสมบัติบางประการที่สำคัญของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เช่น หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและคู่สมรส มีสัญชาติไทย หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องบรรลุนิติภาวะแล้วและมีอายุไม่เกินกว่าสี่สิบปี หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีใบอนุญาตหรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นหญิงที่เคยมีบุตรมาก่อนแล้วเท่านั้น ถ้าหญิงนั้นมีสามีจะต้องได้รับความยินยอมจากสามีด้วย ก่อนที่หญิงใดจะตกลงรับตั้งครรภ์แทน หญิงนั้นมีสิทธิที่จะได้รับทราบข้อมูลทางการแพทย์ จริยธรรม และกฎหมายที่จำเป็นและเพียงพอแก่การตัดสินใจในการตกลงเข้ารับตั้งครรภ์แทน เป็นต้น

ส่วนการกำหนดรายละเอียดของหลักเกณฑ์ไว้ในกฎหมายลำดับรอง เช่น หลักเกณฑ์เกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ การคลอด และหลังคลอด เป็นต้น โดยให้อำนาจผู้รับผิดชอบซึ่งไม่ว่าจะเป็นองค์กรหรือหน่วยงานหรือคณะกรรมการ หรือบุคคลใดตามที่กฎหมายกำหนด ดำเนินการออกกฎหมายลำดับรองต่อไป

5) ปัญหาการให้องค์กรวิชาชีพเป็นผู้ควบคุม ตรวจสอบ หรือกำกับดูแลการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

ผู้เขียนเสนอ ให้ออกกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ขึ้น โดยในกฎหมายดังกล่าวต้องกำหนดให้มีการจัดตั้งหรือมอบหมายให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบ หรือกำกับดูแลการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยมีการจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นมาชุดหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์” (กคพ.) เพื่อมีอำนาจในการกำหนดนโยบายและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ทั้งนี้ เพื่อควบคุม ตรวจสอบ หรือกำกับดูแลการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และยังมีอำนาจหน้าที่ในการให้ความเห็นชอบต่อแพทยสภาในการออกประกาศเกี่ยวกับการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งองค์ประกอบของคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นควรประกอบไปด้วยผู้เชี่ยวชาญและมีประสบการณ์เป็นที่ประจักษ์ในด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ เพื่อให้การตรวจสอบ หรือกำกับดูแลการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นไปอย่างรอบคอบและสามารถคุ้มครองสิทธิของบุคคลทุกฝ่ายได้มากที่สุด

6) ปัญหาการตีความนิยามเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์

ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายใดที่ให้ความหมายหรือมีบทนิยามของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ไว้อย่างชัดเจน ว่าหมายถึง การใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์ประเภทใดบ้าง ผู้เขียนจึงขอเสนอความเห็นว่าจะให้หมายของคำนิยามหรือความหมายของคำว่า เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ดังนี้

“เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์” หมายความว่า กรรมวิธีใดๆ ทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ที่นำสุจิและไข่ออกจากร่างกายมนุษย์ เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์โดยไม่เป็นไปตามธรรมชาติ กรรมวิธีดังกล่าวนี้หมายรวมถึงกรรมวิธีทางการแพทย์ต่างๆ ที่นำมาใช้เพื่อช่วยให้หญิงตั้งครรภ์ได้ โดยไม่มีการร่วมประเวณี ไม่ว่าจะเป็นการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อ การปฏิสนธินอกร่างกาย หรือการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์อื่น ทั้งที่มีอยู่แล้วและที่จะพัฒนาต่อไปใน

อนาคตด้วย ทั้งนี้ กรรมวิธีช่วยการเจริญพันธุ์ดังกล่าวต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่แพทยสภาประกาศกำหนด”

7) ปัญหาการสมรสกันเองของเด็กที่เกิดจากเชื้อของผู้บริจาคคนเดียวกัน

ประเทศไทยควรออกกฎหมายที่เกี่ยวกับเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ขึ้น โดยกำหนด ในกรณีเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จะสมรสกัน ต้องมีการตรวจหน่วยทางพันธุกรรม (DNA) ก่อนระหว่างฝ่ายชายและฝ่ายหญิงที่จะสมรสกัน โดยให้แพทย์ออกหนังสือรับรองว่ามีได้มีหน่วยทางพันธุกรรมเดียวกัน (DNA) เพื่อเป็นการป้องกันมิให้เด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยใช้ที่เชื้อของผู้บริจาคคนเดียวกันสมรสกันเอง ไม่ว่าจะบุคคลนั้นจะเกิดจากเชื้อของผู้บริจาคฝ่ายชายหรือเชื้อของผู้บริจาคฝ่ายหญิง เหตุผลที่เด็กไม่ควรสมรสกันก็เพราะอาจก่อให้เกิดความบกพร่องทางด้านร่างกายหรือสติปัญญาของลูกที่เกิดมาในอนาคตได้

โดยสมควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 หมวด 2 ในเรื่องเงื่อนไขการสมรส โดยให้เพิ่มข้อความต่อไปนี้ “กรณีบุคคลใดที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จะสมรสกัน ต้องผ่านการตรวจหน่วยทางพันธุกรรม (DNA) ก่อน และต้องมีใบรับรองจากแพทย์มาแสดงต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ว่า ชายกับหญิงมิได้มีที่จะจดทะเบียนสมรสกันมิได้มีหน่วยทางพันธุกรรมเดียวกันหรือมิได้เกิดจากเชื้อผู้บริจาคคนเดียวกัน”

นอกจากนี้ ผู้เขียนได้เสนอแนะเพิ่มเติมในปัญหาเกี่ยวกับเรื่องการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไว้ กล่าวคือ กรณีการจะให้สิทธิแก่ชายโสดหรือหญิงโสด ที่ต้องการมีบุตรของตนเองโดยไม่มีการสมรส เนื่องจากกฎหมายที่เสนอนี้ เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์นี้ นอกจากจะให้ความคุ้มครองสิทธิแก่เด็กแล้ว และยังจำกัดเฉพาะกรณีเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเท่านั้น ไม่ได้ครอบคลุมเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ทั้งหมด กล่าวคือ เอื้อประโยชน์เฉพาะให้คู่สมรสที่ต้องการมีลูก โดยที่ภรรยาไม่สามารถตั้งครรภ์แทนนั้น แต่ไม่ได้ให้สิทธิกับชายโสดหรือหญิงโสดที่อยากจะมิบุตรของตนเองด้วยการรับบริจาคไข่หรืออสุจิและอาศัยให้คนอื่นตั้งครรภ์ เช่นนี้กฎหมายที่เสนอนี้ไม่ครอบคลุม ดังนั้น ปัญหาการให้สิทธิชายโสดหรือหญิงโสดในการมีบุตรของตนเอง ซึ่งประเด็นปัญหานี้ควรมีการศึกษาวิจัยกันต่อไป ว่าสมควรให้สิทธิแก่ชายโสดหรือหญิงโสดในการมีบุตรของตนเองโดย การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ด้วยหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าชายโสดหรือหญิงโสดยังไม่ถือว่าเป็นบุคคลที่ประสิทธิภาพการมีบุตรยากหรือภาวะที่ไม่สามารถมีบุตรได้ตามธรรมชาติอันเนื่องมาจากความผิดปกติของร่างกายหรือระบบสืบพันธุ์ ในอันที่จะต้องได้รับการช่วยเหลือทางการแพทย์ แต่ก็มีกรณีกระทำในกรณีนี้อย่างแพร่หลายในประเทศสหรัฐอเมริกา

ในการนี้ผู้เขียนได้เสนอหลักการของร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ขึ้นเพื่อรองรับสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กนั้น โดยหลักการของสำคัญ มีดังนี้

- 1) บทนิยามและความหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์
- 2) กำหนดให้ศาลเยาวชนและครอบครัว มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาเฉพาะคดีที่เกี่ยวข้องกับความเป็นบิดามารดาของผู้ที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ และกำหนดให้ประธานศาลฎีกามีอำนาจวินิจฉัยในกรณีที่มีปัญหาว่าคดีใดอยู่ในเขตอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว หรือศาลยุติธรรมอื่น
- 3) กำหนดให้มีคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ทำหน้าที่กำหนดนโยบายคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
- 4) กำหนดให้การผสมเทียมต้องกระทำต่อหญิงที่มีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายแล้วเท่านั้น และต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามี หรือจากภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีการใช้ออสุจิจากผู้บริจาค
- 5) กำหนดวิธีการดำเนินการตั้งครรภ์แทนไว้ 2 กรณีคือ (1) การใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิและไข่ของสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน และ (2) การใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิหรือไข่ของสามี หรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนกับอสุจิหรือไข่ของผู้อื่น ซึ่งหมายความว่าต่อไปหญิงที่รับอุ้มบุญไม่สามารถใช้ไข่ของตนเองผสมกับอสุจิของพ่อโดยกฎหมายได้ เพื่อป้องกันความรู้สึกผูกพันกับเด็กที่รับตั้งครรภ์แทน
- 6) กำหนดหลักเกณฑ์และมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ ต้องมีคุณสมบัติและต้องปฏิบัติตามมาตรฐานในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ตามที่แพทยสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ ตามที่กฎหมายกำหนด
- 7) กำหนดความเป็นบิดาและมารดาของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ได้แก่ ความสัมพันธ์ระหว่างเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์กับผู้เป็นเจ้าของหน่วยพันธุกรรม ความสัมพันธ์ระหว่างเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์กับผู้รับตั้งครรภ์ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้เป็นบิดามารดาที่แท้จริงกับผู้ตั้งครรภ์แทน

8) กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการควบคุมการดำเนินการ โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยการกำหนดกรอบในการรับฝาก รับประทาน การใช้ประโยชน์ หรือการทำลาย เซ็่อสุจิหรือไข่ที่รับประทาน เพื่อให้สอดคล้องกับการรักษาจริยธรรมด้านการแพทย์

9) กำหนดโทษทางจริยธรรมสำหรับผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและโทษในทางอาญา สำหรับผู้ที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมาย โดยบทกำหนดโทษในทางจริยธรรม มุ่งลงโทษผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ไม่ปฏิบัติตามประกาศของแพทยสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เนื่องจากประกาศของแพทยสภาดังกล่าวมีเนื้อหาเกี่ยวกับแนวทางปฏิบัติในการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งอาจเปลี่ยนแปลงไปตามความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ได้ตลอดเวลา

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนมีความเห็นว่า หากยังไม่มีกฎหมายที่คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ขึ้นเพื่อรองรับสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กนั้น อาจก่อให้เกิดผลกระทบเนื่องจากการไม่มีกฎหมายให้ความคุ้มครองเด็กจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ได้ อีกทั้งนานาประเทศก็ได้มีกฎหมายที่กำหนดให้การยอมรับ กฎแห่งธรรมชาติ ความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ที่ปรากฏอยู่ในเนื้อตัวร่างกายและหน่วยแห่งพันธุกรรมของเด็กนั้นตามหลักการของสากล ที่กำหนดว่า “หน่วยพันธุกรรม บิดามารดานั้น ย่อมถ่ายทอดไปยังผู้เป็นบุตร โดยบุตรนั้นรับมาจากบิดาครั้งหนึ่งและรับมาจากมารดาอีกครั้งหนึ่ง” ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ก็ได้รับการยอมรับมาโดยตลอดและได้รับการพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์



บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

- กุลพล พลวัน. (2547). *สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- _____. (2547). *พัฒนาการสิทธิมนุษยชน*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2547). *หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ขุนประเสริฐศุภมาศ. (2477). *หนังสือว่าด้วยกฎหมายภาคสิทธิ*. (ม.ป.ท.).
- จรัญ โฆษณานันท์. (2544). *รัฐธรรมนูญ 2540: จาก“ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์”สู่“ข้ามสิทธิมนุษยชน”*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- _____. (2545). *สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน ปรัชญา กฎหมาย และความเป็นจริงทางสังคม*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.
- จิต เศรษฐบุตร. (2512). *คำอธิบายกฎหมายนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1*. กรุงเทพฯ: แสงทองการพิมพ์.
- จักรกฤษณ์ ควรวจน์ และคณะ. (2548). *การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่น ตั้งครรภ์แทน* (รายงานการวิจัย). กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2552). *กฎหมายรัฐธรรมนูญ แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2548). *การใช้สิทธิประชาชนฟ้องศาลรัฐธรรมนูญ กรณีละเมิดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ* (รายงานการวิจัย). กรุงเทพฯ: ศาลรัฐธรรมนูญ.
- นพนธิ สุริยะ. (2537). *กฎหมายสิทธิมนุษยชน*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. (2549). *หลักการใช้อำนาจขององค์กรที่ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ* (รายงานการวิจัย). กรุงเทพฯ: ศาลรัฐธรรมนูญ
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2552). *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- _____. (2544). *สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*. กรุงเทพฯ: องค์การคำคุณุสภา.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2538). *กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

- ประสพสุข บุญเดช. (2539). คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว (พิมพ์ครั้งที่ 10). กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ.
- พวงเพ็ญ ริมคูสิต. (2533). การประเมินปัญหาในคู่สมรสที่มีบุตรยาก. กรุงเทพฯ: ข้าวฟ่าง.
- มงคล เตชะกำพูน. (2543). เทคโนโลยีการย้ายฝากตัวอ่อนเพื่อการปรับปรุงพันธุ์ในปศุสัตว์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- วารี นาสกุล. (2550). หลักกฎหมายมหาชน (*Principles of Public Law*) พร้อมด้วยแนวคำถามคำตอบ. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเซนต์จอร์จ.
- วีระ โลจายะ. (2547). กฎหมายมหาชน: สิทธิเสรีภาพของประชาชน หน่วยที่ 8-15 (พิมพ์ครั้งที่ 33). นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.
- _____. (2527). กฎหมายมหาชน หน่วยที่ 8 มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. กรุงเทพฯ: สหมิตร.
- _____. (2524). กฎหมายสิทธิมนุษยชน. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2546). กฎหมายการแพทย์: ความรับผิดชอบทางกฎหมายของผู้ประกอบวิชาชีพด้านการแพทย์และสาธารณสุข. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- สุรียา ปานเข้ม และอนวัตนันท์ บุญนันท. (2553). คู่มือสอบกฎหมายรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- เสรี หล่อกันภัย และ ชนะจิตต์ อีสมันยี. (2542). ศักดิ์ศรี ศักยภาพ สิทธิและเสรีภาพของมนุษย์ในฐานะของคริสเตียน. กรุงเทพฯ: อัมรินทร์พรินติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง.
- เสนห์ จามริก. (2542). สิทธิมนุษยชน: เหนือคุณค่าและฐานความคิด. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. (2551). กฎหมายพื้นฐาน (*Basic Law*) สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี. กรุงเทพฯ: พี. เพรช.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส และอนเนก ยมจินดา. (2540). กฎหมายการแพทย์. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ยศศักดิ์ โกไศยกานนท์. (2544). ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. กรุงเทพฯ: สภานายกความ.
- หยุด แสงอุทัย. (2538). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. กรุงเทพฯ: ประกายพริก
- อุดม รัฐอมฤตย์, นพนธิ สุริยะ, บรรเจิด สิงคะเนติ. (2545). การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตาม มาตรา 28 (รายงานการวิจัย). กรุงเทพฯ: ศาลรัฐธรรมนูญ

บทความ

- กฤตยา อาชวนิจกุล. (2529-2530, พฤศจิกายน -มกราคม). “วิทยาการสร้างลูกนอกไข่: ผู้หญิงได้หรือเสีย.” *สตรีทัศน์*. หน้า 17.
- กิตติอาภา กาคำ. (2537, กุมภาพันธ์). “อุ้มบุญให้เกิดหนทางของผู้มีลูกยาก.” *กรุงเทพธุรกิจ*.
- จรัญ โฆษณานันท์. (2528, ธันวาคม). “สิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ บทวิจารณ์เชิงวิเคราะห์ แนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนในโลกที่มีไซเบอร์วันต.” *วารสารกฎหมาย (จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย)*. หน้า 81-85.
- เดช เสวตไกรภพ. (2531, มกราคม). “มดลูกอวัยวะมนุษย์สำหรับเช่า.” *วารสารอัยการ*, 11, 121.
- ประสพสุข บุญเดช. (2538, ธันวาคม). “การปฏิสนธิเทียมยุคโลกาภิวัตน์.” *บทบัญญัติ*, ปีที่ 51, ตอน 4. หน้า 197.
- _____. (2536, มกราคม-กุมภาพันธ์) “มารดาจ้างตั้งครรภ์.” *คูลพาท*. ฉบับที่ 35.
- _____. (2536, ธันวาคม) “อุ้มบุญ.” *วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช*, 5, 2.
- ประสิทธิ์ เอกบุตร. (พฤศจิกายน 2530). “อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กขององค์การสหประชาชาติ.” *วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช* 1. หน้า 130.
- พิมใจ รัตนกุล. (2538, กรกฎาคม – ธันวาคม). “สิทธิมนุษยชนและวัฒนธรรม.” *วารสารภาษาและวัฒนธรรม*. หน้า 64-84.
- พิมลรัตน์ วรรณชะหทัย และคณะ. (2535, 1 มกราคม-กุมภาพันธ์). “วงการกฎหมายทั่วไป.” *คูลพาท*, 39. หน้า 111-112.
- สุภักดิ์ จุลวิจิตรพงษ์. (2544, พฤษภาคม). “ความหวังใหม่ของผู้มีบุตรยาก.” *นิตยสารใกล้หมอ*, 5, 5.
- ภักดี ราชแป้น. (2551, ธันวาคม-มกราคม). “กฎหมายอุ้มบุญ.” *วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์*, 3, 2. หน้า 35-47.
- ภักพงษ์ วงศ์คำ และวาริญา ภวภูตานนท์ ณ มหาสารคาม. (2551, พฤศจิกายน). “สิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในร่างกายและการสืบพันธุ์ของสตรีในเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์: ศึกษาในกรณี พระบัญญัติรับตั้งครรภ์แทน พ.ศ.” *วารสารสหศาสตร์*, 8, 2. หน้า 89-108.
- วิชา มหาคุณ. (2537, ธันวาคม). “จริยธรรมและกฎหมายกับการกำเนิดมนุษย์โดยเทคโนโลยีแผนใหม่.” *วารสารกฎหมาย*, 15, 1. หน้า 12.
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2531, มิถุนายน). “การผสมเทียมกับกฎหมาย.” *บทบัญญัติ*, เล่ม 44, ตอน 2. หน้า 61.

สนิท ตระกูลพรายงาม. (2536, พฤศจิกายน-ธันวาคม). “ปัญหากฎหมายที่เกิดจากการผสมเทียม.”

คูลพาห. 40, 6, หน้า 92.

สุภักดี จุฬวิจิตรพงษ์. (2544). “ความหวังใหม่ของผู้มีบุตรยาก.” นิตยสารใกล้หมอ. 25, 5.

เสรี ธีรพงษ์. (2539, กรกฎาคม). “บทความพิเศษ.” หมอชาวบ้าน, 18, 207.

แสวง บุญเฉลิมวิภาส และคาราพร ธีระวัฒน์. (2548). “ประเด็นและข้อเสนอแนะทางกฎหมาย และจริยธรรมเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์.” คูลพาห, 2, 52. หน้า 3,4

อุกฤษ มงคลนาวิน. (2518) “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน.” บทบัญญัติ, 32. หน้า 11-32.

วิทยานิพนธ์

กานต์ กาญจนะไพบูลย์. (2550). ปัญหาทางกฎหมายของสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน.

วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

กุลพล พลวัน. (2516). ปัญหาการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยสหประชาชาติ. วิทยานิพนธ์ปริญญา

มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

จิราวัฒน์ แซ่มชัยพร. (2551). การคุ้มครองสิทธิเด็กโดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตาม

มาตรา 3 (1) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989. วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ณัฐวิวรรธ อภิสิทธิ์โยธิน. (2543). การตั้งครรภ์แทน: ปัญหาทางกฎหมายครอบครัวและมรดก.

วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

ทิพรัตน์ เดิมเพชร. (2550). ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์: ศึกษากรณีการคุ้มครองตามกฎหมายระหว่าง

ประเทศและตามกฎหมายภายใน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ชนชาติ หรัยเจริญ. (2553). การบังคับใช้กฎหมายให้เป็นไปตามสัญญาการรับตั้งครรภ์.

วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยศรีปทุม.

นคร วัลลิภากร. (2549). โทษประหารชีวิตในประเทศไทย: ศึกษาแนวคิดในการยกเลิก.

วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

สหทยา สุนทรเกตุ. (2539). *ปัญหาทางกฎหมายของการตั้งครรภ์แทน*. วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

อิงอร จินตนาเลิศ. (2541). *กลไกระหว่างประเทศเพื่อการปฏิบัติตามอนุสัญญาสหประชาชาติ
ว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989*. วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์.
กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สารสนเทศจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์

Hinman, L, *Reproductive Technology and Surrogacy: An Introduction to the Issues*. สืบค้นเมื่อ
1 มกราคม 2555, จาก <http://ethics.acusd.edu>

Keppler, V, and Bokelmann, M, *Surrogate Motherhood – The Legal Situation in Germany*.
สืบค้นเมื่อ 1 มิถุนายน 2555, จาก
<http://www.surrogacy.com/legals/article/germany.htm>

ความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. สืบค้นเมื่อ 1 มิถุนายน 2553, จาก
http://www.thailaws.com/aboutthailaw/general_33.htm

คดี Re P (minors) (Wardship: surrogacy) [1991] F.L.R. 385. สืบค้นเมื่อ 1 มิถุนายน 2553, จาก
<http://www.biojuris.com/natural/4-1-2.html>

คุณพ่ออังกฤษ มีลูกกว่า 600 คน จากการบริจาคอสุจิ. สืบค้นเมื่อ 1 สิงหาคม 2555, จาก
<http://www.dek-d.com/board/view.php?id=2449084>

ชำนาญ จันทร์เรือง. “วิพากษ์กฎหมายอุ้มบุญ”. สืบค้นเมื่อวันที่ 1 มิถุนายน 2550, จาก
<http://www.prachatai.com/journal/2007/11/14741>

วิกิพีเดีย สารานุกรมเสรี. (2552). สิทธิ. สืบค้นเมื่อ 1 มกราคม 2555, จาก
<http://th.wikipedia.org/wiki/สิทธิ>

วรเทพ สกฤพิชัยรัตน์. (ม.ป.ป.). “อุ้มบุญ” สืบค้นเมื่อ 1 มิถุนายน 2555, จาก
<http://www.smpk.ago.go.th/article/10.pdf>

โรงพยาบาลเอกชนย่านมินบุรีเป็นที่อุ้มบุญ. “ทลายแก๊งชาวจีน-ไต้หวัน ลวงหญิงเวียดนามอุ้มบุญให้
เศรษฐีต่างชาติ.” สืบค้นเมื่อ 1 ตุลาคม 2555, จาก
<http://www.manager.co.th/Crime/ViewNews.aspx?NewsID=9540000024251>

สว่าง กันศรีเวียง. (2555). สิทธิมนุษยชนในกระแสโลกาภิวัตน์. สืบค้นเมื่อ 1 เมษายน 2555, จาก
http://www.baanjomjut.com/library/global_community/06.html

สุเทพ เอี่ยมคง. สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย. (ฐานข้อมูลสถาบันพระปกเกล้า). สืบค้นเมื่อ 1 มิถุนายน 2550, จาก www.kpi.ac.th/wiki/index.php/สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย
 โอภาส เศรษฐบุตร. (ม.ป.ป.). เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์. สืบค้นเมื่อ 1 มิถุนายน 2555, 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

เอกสารอื่นๆ

คำพิพากษาฎีกาที่ 124/2487.

เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.

บันทึกเรื่อง “การใช้สิทธิเบิกเงินสวัสดิการค่ารักษาพยาบาลและการศึกษาของบุตรที่เกิดจากการผสมเทียม โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน” เรื่องเสร็จที่ 100/2543. กรุงเทพฯ:
 สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

“บันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.” เรื่องเสร็จที่ 167/2553 กรุงเทพฯ:
 สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

“บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.” เรื่องเสร็จที่ 167/2553 กรุงเทพฯ:
 สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

วรรณวิ ชันทอง. (2553). “การตั้งครรภ์แทนและการคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน กับร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์.” (รายงาน) การอบรมหลักสูตรผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้น รุ่นที่ 8 สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม.

กฎหมาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา.

ภาษาต่างประเทศ

BOOKS

- Archer. C. (2002). *Scrambled Eggs: Defining Parenthood and Inheritance Rights of Children Born of Reproductive Technology*. 3 Loy. J. Pub. Int. L.
- Douglas G. (1991). *Law, Fertility, and Reproduction*. Sweet & Maxwell.
- Edwards R, Steptoe P. (1980). *A Matter of Life: The Story of a Medical Breakthrough*.
- Goodwin A. (1992). *Determination of Legal Parentage in Egg Donation, Embryo Transplantation, and Gestational Surrogacy Arrangements*.
- Hey K. (1993). *Assisted Conception and Surrogacy-Unfinished Business*. 26 J. Marshall L. Rev.
- Kerian C. (1997). *Surrogacy: A Last Resort Alternative for Infertile Women or a Commodification of Women's Bodies and Children?*. 12 Wis. Women's L.J.
- Marcel Pre'lot. (1966). *Histoire des Ide'es politiques*. Paris, Dalloz, 1966.
- McEwen A. (1999). *So You're Having Another Woman's Baby: Economics and Exploitation in Gestational Surrogacy*. 32 Vand. J. Transnat'l L.
- Steptoe PC, Edwards RG. (1978, Aug 12). *Birth after the reimplantation of a human embryo*. *Lancet*. 2 (8085): 366.
- Wadlington W. (1983). *Artificial Conception: The Challenge For Family Law*..
- Warnock M. (1985). *A Question of Life: The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology*. Basil Blackwell.

ARTICLES

- Department of Health. (1998, October). *Review for Health Ministers of Current Arrangements for Payments and Regulation*.
- Hey K. (1993). *Assisted Conception and Surrogacy-Unfinished Business*. 26 J. Marshall L. Rev.775, fn 39.
- Krim T. (1996). *Beyond Baby M: International Perspectives on Gestational Surrogacy and the Demise of the Unitary Biological Mother*, 5 Annals Health L.

Mchale J, Fox M and Murphy J. (1997). *Health Care Law: Text and Materials*, Sweet & Maxwell.

LAWS

Comment, Artificial Insemination: A New Frontier for Medical Malpractice and Medical Products.

Liability, 32 Loy. L. Rev. 411, 411.

Family Relationships Act 1975 (SA), as amendment made in 1988.

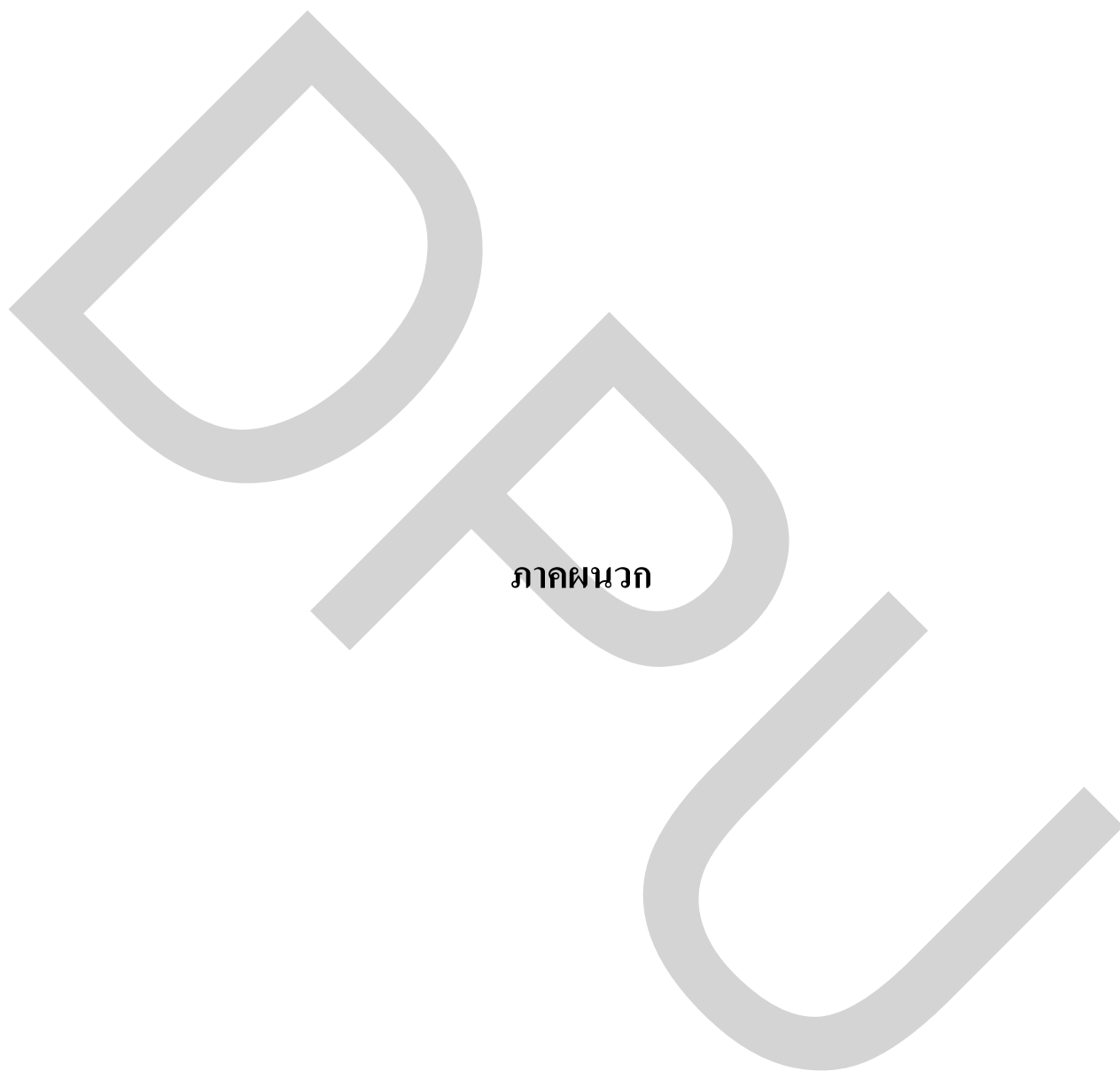
Surrogate Parenthood Act 1988 (Qld).

Surrogate Contracts Act 1993 (Tas).


Substitute Parent Agreement Act 1994.

The Infertility.

Treatment Act 1997 (Vic).



ภาคผนวก



ภาคผนวก ก
ประกาศแพทยสภา ที่ 1/2540 เรื่องมาตรฐานการให้บริการ
เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์

ประกาศแพทยสภา

ที่ ๑/๒๕๕๐

เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์

เพื่อให้การบริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม เป็นไปอย่างมีมาตรฐาน สามารถคุ้มครองผู้รับบริการให้เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ อาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๒๑ (๑) แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. ๒๕๒๕ คณะกรรมการแพทยสภาจึงได้มีมติในการประชุมครั้งที่ ๑๐/๒๕๕๐ วันที่ ๙ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๕๐ ให้ออกประกาศกำหนดมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ดังนี้

ข้อ ๑ การให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ หมายความว่า กรรมวิธีใดๆ ที่เป็นการช่วยการเจริญพันธุ์ที่แตกต่างไปจากกระบวนการตามธรรมชาติ โดยการนำเซลล์สืบพันธุ์ทั้งเพศหญิงและเพศชาย (Gamete) ออกจากร่างกายของผู้รับบริการ และ

(๑) การเคลื่อนย้ายเซลล์สืบพันธุ์เข้าไปในมดลูก และ/หรือหลอดมดลูก (Intrauterine Insemination, Gamete intrafallopian transfer) หรือ

(๒) การปฏิสนธินอกร่างกาย (In vitro fertilization) ด้วยวิธีการต่างๆ และการเคลื่อนย้ายตัวอ่อนเข้าไปในหลอดมดลูก และ/หรือ โพรงมดลูก (Embryo Transfer)

ข้อ ๒ ผู้ดำเนินการสถานพยาบาล หรือผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งมีหน้าที่ในลักษณะเดียวกันในหน่วยงานที่ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทั้งของรัฐและเอกชน จะต้องรับผิดชอบ หรือจัดให้มีผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม เป็นผู้รับผิดชอบในการให้บริการดังกล่าว

หน้า ๖๗

เล่ม ๑๑๔ ตอนพิเศษ ๑๒๓ ง ราชกิจจานุเบกษา ๒๖ ธันวาคม ๒๕๕๐

ข้อ ๓ ผู้รับผิดชอบในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ตามข้อ ๒ ของหน่วยงานใดจะต้องได้รับหนังสือรับรองจากราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์ แห่งประเทศไทย

ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบในการให้บริการเกี่ยวกับ เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในหน่วยงานใดซึ่งให้บริการก่อนวันที่ประกาศฉบับนี้ ใช้บังคับ ให้ดำเนินการขอหนังสือรับรองจากราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทย ภายในร้อยแปดสิบวันนับแต่วันประกาศนี้ใช้บังคับ

ในกรณีมีการเปลี่ยนแปลงผู้รับผิดชอบตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ให้ขอหนังสือรับรองจากราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทยภายใน ๖๐ วัน นับแต่วันที่มีการเปลี่ยนแปลง

ข้อ ๔ ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบตามข้อ ๓ หรือเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ จะต้องรักษามาตรฐานการให้บริการ ให้เป็นไปตามมาตรฐานที่กำหนดไว้แนบท้ายประกาศนี้

ข้อ ๕ ให้ราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทยเป็นผู้กำกับดูแล การดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของประกาศฉบับนี้ และรายงานผลการดำเนินการต่อแพทยสภาเป็นประจำปีละครั้ง

ข้อ ๖ ประกาศนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา เป็นต้นไป

ประกาศ ณ วันที่ ๒๒ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๕๐

อรุณ เผ่าสวัสดิ์

นายกแพทยสภา

มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์
แบบทำยประกาศแพทยสภา ที่ 1/2540 ลงวันที่ 22 ตุลาคม 2540

ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้รับผิดชอบในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์
ต้องรักษามาตรฐานการให้บริการในเรื่องต่างๆ ดังนี้

1. ทีมเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ประกอบด้วย

1.1 แพทย์หัวหน้าทีม เป็นสูตินรีแพทย์ที่ได้รับวุฒิบัตรหรือหนังสืออนุมัติสาขาสูติศาสตร์
นรีเวชวิทยาหรือได้รับประกาศนียบัตรหรือหนังสือรับรองอื่นที่ราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์ฯ รับรอง
เป็นผู้ให้การดูแลรักษาและกำกับดูแลการดำเนินการขั้นตอนต่างๆ ในการให้บริการด้านเทคโนโลยีช่วยการ
เจริญพันธุ์ ให้เป็นไปตามหลักวิชาการและข้อบ่งชี้ทางการแพทย์

1.2 ทีมการดูแลรักษา ประกอบด้วย

1.2.1 สูตินรีแพทย์ ซึ่งมี

- ความรู้ในการให้คำปรึกษา และแนะนำเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์
- ความรู้ความสามารถในการเลือกใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ที่เหมาะสม
- ความรู้ในการกระตุ้นการตกไข่และประสบการณ์ในการตรวจการเจริญเติบโตของไข่
- ความชำนาญในการใช้เครื่องมือตรวจอุ้งเชิงกราน และการนำไขออกจากร่างกาย
- ความสามารถในการดูแลแก้ไขปัญหาภาวะแทรกซ้อนที่อาจเกิดขึ้น

1.2.2 นักวิทยาศาสตร์ ที่ได้รับปริญญาทางวิทยาศาสตร์ในสาขาที่เกี่ยวข้อง หรือนุคคล
ที่ได้รับวุฒิอื่นที่ราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทยรับรอง ซึ่ง

- สามารถเพาะเลี้ยงเซลล์และเลี้ยงตัวอ่อนได้ และ/หรือ
- สามารถช่วยย้ายเซลล์สืบพันธุ์และหรือช่วยย้ายฝากตัวอ่อนเข้าสู่ร่างกายได้

1.2.3 พยาบาล ซึ่งมีความรู้ความสามารถในการให้คำปรึกษา แนะนำเกี่ยวกับเทคโนโลยี
ช่วยการเจริญพันธุ์

1.2.4 บุคลากรอื่นที่ควรมี เช่น วิทยุแพทย์ คัลยแพทย์ระบบสืบสาวะ นักจิตวิทยา
นักพันธุศาสตร์ ฯลฯ

2. สถานที่ เครื่องมือและอุปกรณ์การแพทย์

2.1 สถานที่ อย่างน้อยต้องมีห้องปฏิบัติการเพาะเลี้ยงตัวอ่อน และห้องผ่าตัดที่ใช้ในการเก็บไข่

2.2 เครื่องมือและอุปกรณ์การแพทย์ อย่างน้อยต้องมี เครื่องมือเกี่ยวกับการเตรียมอสุจิ
การเพาะเลี้ยงตัวอ่อน, การแช่แข็งเพื่อรองรับเซลล์สืบพันธุ์และตัวอ่อนที่เหลือ, และอุปกรณ์การกู้ชีวิต
ที่พร้อมใช้งานเสมอ

หน่วยงานที่ให้บริการเฉพาะบางอย่างเชื่อมโยงกับหน่วยงานที่ให้บริการหลัก (Satellite Clinic)
ให้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของหน่วยงานที่ให้บริการหลักด้วย

3. การควบคุมคุณภาพและจริยธรรม

แต่ละหน่วยงานต้องมีคณะกรรมการรับผิดชอบอย่างน้อยสามคน ประกอบด้วย สูตินรีแพทย์ นักวิทยาศาสตร์ และพยาบาล เพื่อดูแลการบริการให้มีมาตรฐาน และควบคุมด้านจริยธรรมภายในหน่วยงานนั้น

กรรมการที่เป็นสูตินรีแพทย์ในคณะกรรมการดังกล่าว อย่างน้อยคนหนึ่งต้องมีได้อยู่ในทีมงานที่ให้บริการ

ให้คณะกรรมการตามวรรคหนึ่ง มีการประชุมอย่างสม่ำเสมอและต้องจัดให้มีการจดบันทึกการประชุมไว้เป็นหลักฐานทุกครั้ง

4. บันทึกทางการแพทย์

แต่ละหน่วยงานต้องจัดระบบให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทำการบันทึกทางการแพทย์ โดยมีรายละเอียดเกี่ยวกับข้อมูลของผู้ป่วย ดังนี้

- ข้อมูลทั่วไป
- ข้อมูลทางการแพทย์

บันทึกทางการแพทย์ตามวรรคหนึ่ง ให้เก็บรักษาไว้ให้อยู่ในสภาพที่ตรวจสอบได้ไม่น้อยกว่าสิบปี นับแต่วันที่จัดทำ

ให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้รับผิดชอบในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์รายงานข้อมูลเกี่ยวกับการให้บริการตามแบบที่แนบต่อราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทย อย่างน้อยปีละหนึ่งครั้ง

5. ใบยินยอม

ให้แต่ละหน่วยงานจัดให้มีใบยินยอมให้ผู้รับบริการและคู่สมรสลงนามรับรองความสมัครใจในการขอรับบริการ โดยก่อนให้ผู้รับบริการและคู่สมรสลงนามในใบยินยอม ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการจะต้องอธิบายให้ความรู้และให้บริการปรึกษาจนผู้รับบริการและคู่สมรสเข้าใจอย่างถ่องแท้

แบบใบยินยอมและแบบคำอธิบายตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามที่ราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทยกำหนด

แบบใบยินยอมและแบบคำอธิบาย ให้มอบให้ผู้รับบริการและคู่สมรส 1 ชุด และหน่วยงานต้องเก็บรักษาไว้เป็นหลักฐาน 1 ชุด โดยให้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของบันทึกทางการแพทย์

รายงานผลการดำเนินงานประจำปี สถาบัน

Type of ART No.of	GIFT	ZIFT	IVF	ICSI	Cryopreserved	OTHER
Patient included						
Cycle procedured						
Cycle retrieved						
Oocyte retrieved						
Oocyte transferred						
Oocyte inseminated						
Embryo						
Embryo transferred						
Cycle transferred						
Clinical pregnancy						
Pregnancy loss						
Ectopic pregnancy						
Ongoing pregnancy						
Live birth						
Singleton						
Multiple						
- Twin						
- Triplets						
- Quadruplets or more						
Major anomaly						
Minor anomaly						
Others						
- MESA						
- TESE						
-						
-						

ภาคผนวก ข

ประกาศแพทยสภา ที่ 21/2544 เรื่อง มาตรฐานการให้บริการ
เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (ฉบับที่ 2)

ประกาศแพทยสภา

ที่ ๒๑/๒๕๕๕

เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยี

ช่วยการเจริญพันธุ์

(ฉบับที่ ๒)

ตามที่แพทยสภาได้ออกประกาศฉบับที่ ๑/๒๕๕๐ ลงวันที่ ๒๒ ตุลาคม ๒๕๕๐ กำหนดมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น บัดนี้ เห็นเป็นการสมควรกำหนดมาตรฐานการให้บริการในเรื่องดังกล่าว เป็นการเพิ่มเติมเพื่อคุ้มครองผู้รับบริการให้เหมาะสมยิ่งขึ้น

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๒๑ (๑) แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. ๒๕๒๕ ซึ่งเป็นพระราชบัญญัติที่มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา ๒๕ ประกอบกับมาตรา ๕๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติให้กระทำได้ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย คณะกรรมการแพทยสภาจึงได้มีมติในการประชุมครั้งที่ ๑๐/๒๕๕๕ ลงวันที่ ๑๑ ตุลาคม ๒๕๕๕ ให้ออกประกาศไว้ ดังต่อไปนี้

ข้อ ๑ ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นข้อ ๔/๑ และข้อ ๔/๒ ของประกาศแพทยสภา ฉบับที่ ๑/๒๕๕๐ ลงวันที่ ๒๒ ตุลาคม ๒๕๕๐ เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ดังนี้

“ข้อ ๔/๑ การให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์จะต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะเป็นการทำสำเนาชีวิต (Human Cloning) เพื่อการเจริญพันธุ์

ข้อ ๕/๒ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบตามข้อ ๓ หรือเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ จะต้องรักษามาตรฐานการให้บริการในส่วนที่เกี่ยวกับการบริจาคเซลล์สืบพันธุ์จากหญิงหรือชาย หรือตัวอ่อนที่ใช้ในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ ดังนี้

(๑) กรณีที่คู่สมรสต้องการมีบุตร โดยให้ภรรยาเป็นผู้ตั้งครรภ์ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอาจให้บริการ โดย

(ก) ใช้เซลล์สืบพันธุ์จากผู้บริจาคเพื่อการปฏิสนธิไม่ว่าจะทำให้เกิดขึ้นภายในหรือภายนอกร่างกาย

(ข) รับบริจาคตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์

(๒) กรณีที่คู่สมรสต้องการมีบุตรโดยให้หญิงอื่นซึ่งมิใช่ภรรยาตั้งครรภ์แทนผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะให้บริการได้เฉพาะกรณีใช้ตัวอ่อนที่มาจากเซลล์สืบพันธุ์ของคู่สมรสเท่านั้น

(๓) การให้บริการตาม (๑) หรือ (๒) ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข ดังนี้

(ก) ไม่มีการจ่ายค่าตอบแทนแก่ผู้บริจาคเซลล์สืบพันธุ์ ในลักษณะที่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการซื้อขาย

(ข) ไม่มีการจ่ายค่าตอบแทนแก่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนในลักษณะที่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการรับจ้างตั้งครรภ์

(ค) หญิงที่ตั้งครรภ์แทน จะต้องเป็นญาติโดยสายเลือดของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

หน้า ๓๕

เล่ม ๑๑๕ ตอนที่ ๖๘ ง

ราชกิจจานุเบกษา

๒๒ สิงหาคม ๒๕๔๕

(ง) การตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมของตัวอ่อนก่อนย้ายเข้าสู่โพรงมดลูก (Pre-implantation Genetic Diagnosis) ให้กระทำได้เฉพาะการตรวจเพื่อวินิจฉัยโรคตามความจำเป็นและสมควร ทั้งนี้ จะต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะที่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการเลือกเพศ โดยจะต้องมีหนังสือแสดงความยินยอมตามแบบแนบท้ายประกาศนี้

(๔) การให้บริการนอกเหนือไปจากมาตรฐานที่กำหนดไว้ใน (๑) (๒) และ (๓) ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบหรือเป็นผู้ให้บริการต้องได้รับความเห็นชอบจากราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทย ก่อนการให้บริการทุกครั้ง”

ข้อ ๒ ประกาศนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา เป็นต้นไป

ประกาศ ณ วันที่ ๒๐ มิถุนายน พ.ศ. ๒๕๔๕

สมศักดิ์ โล่ห์เลขา

นายกแพทยสภา

เอกสารแนบท้ายฉบับที่ 5

หนังสือแสดงความยินยอมเพื่อรับการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมของตัวอ่อนก่อนย้ายเข้าสู่โพรงมดลูก
Pre-implantation Genetic Diagnosis

สถาบันพยาบาล/สถาบัน

หนังสือฉบับนี้เป็นหนังสือยืนยันและแสดงถึงความประสงค์ของข้าพเจ้าทั้งสอง ที่จะยอมรับการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมของตัวอ่อนก่อนย้ายเข้าสู่โพรงมดลูก ซึ่งข้าพเจ้าประสงค์จะให้แพทย์นำไปใช้เพื่อการตั้งครรภ์ที่ข้าพเจ้ายินดีรับเป็นบุตร โดยชอบด้วยกฎหมายเมื่อเกิดมาในระยะต่อไป

คำอธิบาย

การตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมของตัวอ่อนก่อนย้ายเข้าสู่โพรงมดลูก คือกระบวนการนำเอาเซลล์บางเซลล์ของตัวอ่อนที่ได้จากกระบวนการปฏิสนธิจากร่างกายออกมารวมโครโมโซมและสารทางพันธุกรรม (DNA) โดยอาศัยหลักการของชีวโมเลกุลเพื่อการตรวจวินิจฉัยความผิดปกติของโครโมโซมและหรือโรคทางพันธุกรรมบางโรคของตัวอ่อน โดยทั่วไปตัวอ่อนที่ได้รับการตรวจยังสามารถเจริญเติบโตต่อไปได้ แต่อาจจะมีตัวอ่อนจำนวนหนึ่งไม่สามารถเจริญเติบโตต่อไปได้ภายหลังการตรวจและสลายตัวไป สำหรับตัวอ่อนที่ไม่พบโรคทางพันธุกรรมส่วนหนึ่ง จะได้รับการย้ายเข้าสู่โพรงมดลูก และหากมีส่วนที่เหลือจะได้รับการเก็บรักษาด้วยกระบวนการแช่แข็งตัวอ่อน อย่างไรก็ตาม การตรวจวินิจฉัยไม่ใช่เป็นการบอกว่าเด็กที่เกิดมาจะไม่มีโอกาสเป็นโรคทางพันธุกรรมอื่นๆ อีก เพราะการตรวจจะมีข้อกำหนดเฉพาะโรคที่สงสัยเท่านั้น ไม่สามารถบอกโรคทางพันธุกรรมได้ทุกโรค

ตัวอย่างของโรคทางพันธุกรรมในคู่สมรส ที่อาจได้ประโยชน์จากการตรวจนี้ เช่น โรคโลหิตจาง (ธาลัสซีเมีย), โรคกล้ามเนื้อลีบทางพันธุกรรมเป็นต้น นอกจากนี้ ยังอาจนำมาใช้เพื่อตรวจในกรณีที่มีความเสี่ยงในการเกิดความผิดปกติทางโครโมโซมในเซลล์ของตัวอ่อน โดยเฉพาะในกรณีที่มารดาอายุมาก อย่างไรก็ตาม การนำมาใช้เพื่อตรวจเพศของตัวอ่อนโดยไม่มีข้อบ่งชี้ทางการแพทย์อย่างอื่นจะกระทำไม่ได้

อัตราความสำเร็จของการตั้งครรภ์ ภายหลังการย้ายตัวอ่อนที่ได้รับการตรวจวินิจฉัยดังกล่าว อาจน้อยลงได้บ้างจากการกระทบกระเทือนของกระบวนการในการตรวจนี้ โดยทั่วไปอัตราความสำเร็จของการตั้งครรภ์จะประมาณร้อยละ 15-20

หนังสือแสดงความยินยอม

ข้าพเจ้าได้รับคำอธิบายถึงขั้นตอนการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมของตัวอ่อนก่อนย้ายเข้าสู่โปรแกรมปลูก ข้าพเจ้าเข้าใจถึงข้อบ่งชี้ ข้อได้เปรียบ เสียเปรียบ ข้อจำกัด ในการตรวจวินิจฉัยโรคดังกล่าว พร้อมกับได้อ่านคำอธิบายหรือมีผู้อ่านให้ข้าพเจ้าฟัง ข้าพเจ้ามีโอกาสดูซักถามและได้รับคำตอบเป็นที่พอใจ ข้าพเจ้าได้ลงนามยินยอมที่จะรับบริการตรวจวินิจฉัยโรคดังกล่าวจากการดำเนินการของ

นายแพทย์/แพทย์หญิง.....และผู้ร่วมงาน

ในกรณีที่เกิดปัญหาหรือมีภาวะแทรกซ้อนอันเป็นอันตรายต่อสุขภาพ สืบเนื่องจากการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมของตัวอ่อน ทั้งที่สูตินรีแพทย์ได้กระทำตามแนวทางการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ตามมาตรฐานที่ดีที่สุด โดยมีได้ประมาณเล็กน้อย ข้าพเจ้าทั้งสามีและภรรยาจะไม่เรียกร้องค่าเสียหายใดๆ ทั้งสิ้น

อนึ่ง ข้าพเจ้าทั้งสามีและภรรยาได้รับรู้รับทราบเป็นอย่างดีแล้วว่า เด็กที่เกิดจากกระบวนการของการปฏิสนธิในอกร่างกายหรือฝังตัวของตัวอ่อนหลังจากการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรม อาจมีโอกาสดังกล่าว ความผิดปกติขึ้นได้ ซึ่งอัตราการเกิดไม่แตกต่างจากเด็กที่เกิดขึ้นตามกระบวนการเจริญพันธุ์ตามธรรมชาติ

ลงนาม
(.....) (ภรรยา)

ลงนาม
(.....) (สามี)

ลงนาม
(.....) (แพทย์ผู้รักษาและ
ให้คำอธิบาย)

วันที่.....เดือน..... พ.ศ.....

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล

นายอรรถกรณ์ อ้นอาจ

ประวัติการศึกษา

เขตบางกอกน้อย กรุงเทพมหานคร

ปริญญาตรีนิติศาสตรบัณฑิต

จากมหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2531

ประกาศนียบัตรกฎหมายภาษีอากร

จากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ. 2554

ประกาศนียบัตรทนายความ รุ่นที่ 2 พ.ศ. 2532

จากสภาทนายความ

ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน

สำนักกฎหมายและภาษีอากร พีริเซียส

หัวหน้าสำนักงานทนายความ