

การรับรองสิทธิของกลุ่มที่มีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่าย
ในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

ไพชยนต์ เจริญสุข

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมมยงค์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ.2563

**Legal Recognition of Right of Abnormality in Both Spouse Gamete
In Adopting Assisted Reproductive Technology**

Paichayon Jaroensuk

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

Department of Law

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2020



ใบรับรองวิทยานิพนธ์

คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

หัวข้อวิทยานิพนธ์ การรับรองสิทธิของกลุ่มสมรสที่มีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่าย
ในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

เสนอโดย นายไพชยนต์ เจริญสุข

สาขาวิชา นิติศาสตร์

หมวดวิชา กฎหมายทางการแพทย์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี

ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว

..... ประธานกรรมการ
(ศาสตราจารย์ ดร.สุนทร มณีสวัสดิ์)

..... กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์
(รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี)

..... กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วรรณวิภา เมืองถ้ำ)

คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมมยงค์ รับรองแล้ว

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมมยงค์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนชื้อสกุล)

วันที่ ๑๗ เดือน สิงหาคม พ.ศ. ๒๕๖๗

หัวข้อวิทยานิพนธ์	การรับรองสิทธิของกลุ่มสมรสที่มีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่าย ในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
ชื่อผู้เขียน	ไพชยนต์ เจริญสุข
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2562

บทคัดย่อ

ในสังคมประเทศไทยปัจจุบันได้มีรายงานพบว่าประชากรมีแนวโน้มที่จะสมรสก่อนข้างช้าลง ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อภาวะการเจริญพันธุ์ได้ ไม่ว่าจะด้วยอายุที่มากขึ้น ความเครียด ตลอดจนมลภาวะต่างๆ ย่อมอาจทำให้กลุ่มสมรสมีความผิดปกติเกี่ยวกับภาวะการเจริญพันธุ์ขึ้น ย่อมทำให้ไม่สามารถตั้งครรถ์ตามธรรมชาติได้ โดยสิ่งที่จะมาช่วยเยียวยาปัญหานี้คือ เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งในปัจจุบันได้มีความก้าวหน้าไปมาก และเพื่อเป็นการรองรับสิ่งต่าง ๆ จากการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จึงได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 เพื่อกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมา

ปัญหาในการกำหนดเงื่อนไขการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามกฎหมายปัจจุบันยังมีช่องโหว่อยู่ โดยได้ไปจำกัดสิทธิกลุ่มสมรสบางคู่ที่มีปัญหาเกี่ยวกับเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสามีและภรรยา ซึ่งกลุ่มสมรสเหล่านี้จะไม่สามารถใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ได้อย่างถูกกฎหมาย กล่าวคือ กฎหมายได้อนุญาตในกรณีที่กลุ่มสมรสมีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ สามารถใช้เซลล์ไข่หรืออสุจิบริจาคได้ อย่างใดอย่างหนึ่ง กับเซลล์ไข่หรืออสุจิของสามีหรือภรรยา แต่หากเป็นกรณีที่กลุ่มสมรสมีความผิดปกติทั้งสองฝ่าย มีความจำเป็นต้องใช้เซลล์ไข่และอสุจิบริจาคทั้งสองฝ่าย ย่อมไม่ได้ถูกรับรองตามกฎหมาย และอาจส่งผลต่อเด็กที่เกิดมา โดยสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กไปตกอยู่กับหญิงผู้รับตั้งครรถ์แทนกับสามีของหญิงนั้น ตามหลักกฎหมายครอบครัว แทนที่จะเป็นของกลุ่มสมรสที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรถ์แทน ตามหลักของ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะ

จากการศึกษาเมื่อกฎหมายปัจจุบันที่ใช้บังคับอยู่ยังมีช่องโหว่ของกฎหมาย ทำให้กลุ่มคนบางกลุ่มไม่ได้ถูกรับรองสิทธิไว้ และยังไม่มีความมาตรการใดออกมารองรับ ผู้เขียนจึงเห็นว่าเพื่อให้สอดคล้องกับสภาวะที่กลุ่มสมรสมีปัญหาในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่าย และมีความจำเป็นที่จะต้อง

เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จึงเห็นควรแก้ไขกฎหมายดังกล่าว โดยเพิ่มเงื่อนไขว่า “สามารถใช้อสุจิและไข่บริจาคได้” ในกรณีที่คู่สมรสดังกล่าวมีข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ว่ามีปัญหาไม่สามารถใช้เซลล์สืบพันธุ์ได้ และหากเป็นกรณีเช่นนี้เพื่อให้ใกล้เคียงตามหลักพันธุกรรมมากที่สุด อาจมีเงื่อนไขเพิ่มเติมว่าให้ใช้เซลล์อสุจิหรือเซลล์ไข่ จากญาติทางฝ่ายสามีหรือภรรยาแทน เพื่อให้สถานะความเป็นบิดามารดาตามกฎหมายของเด็กที่เกิดมา มีความถูกต้องตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย



Thesis Title	Legal Recognition of Right of Abnormality in Both Spouse Gamete In Adopting Assisted Reproductive Technology
Author	Paichayon Jaroensuk
Thesis Advisor	Associate Professor Pinit Tipmanee
Department	Law
Academic Year	2019

ABSTRACT

Currently, it is reported that Thailand is confronting with the decreasing rate of marriage upon Thai populations. This is an inevitable matter impacts to fertility which possibly caused by old age, strain as well as any pollution. As a result of these factors, they make the marriage couples to be infertility and disable the capability of natural pregnancy. Nevertheless, there is the resolution comes to assist those couples by using Assisted Reproductive Technology Medical which is well developed. In the same hand, Thailand has enacted The Child Born via Assisted Reproductive Technologies Protection Act B.E. 2558. in order to impose and stipulate the legal status among parents and born children from this new medical treatment.

According to the study, the legal gaps of the said Thai law have been found upon the provisions and criteria of using Assisted Reproductive Technology Medical. That is to say, this law imposes certain restriction especially on husband and wife having problems on their germ cell to disable use Assisted Reproductive Technology Medical by legitimately. In other words, this law permits merely on case of the utilizing of donated egg or sperm cell with the marriage couples' sperm or egg cell. However, there is no legal stipulation to protect or acknowledge the case of both abnormalities in germ cells of the husband and wife which need to use both donated egg and sperm cells. This loophole inevitably makes a significant impact to the legal parental status among the child and parents. Pursuant to provision of The Child Born via Assisted Reproductive Technologies Protection Act B.E. 2558, the surrogate mother and her husband would be determined as the parents of the child who is born from both donated egg and sperm cells.

Regarding the aforementioned loophole and the study, there are lax of legal protection on some certain people with the abnormalities in germ cells. Therefore, I would like to propose the

legal solution by amending the said act for purpose of providing additional legal protection for the marriage couple who have both abnormalities in germ cells. This is to add “is able to use donated sperm and egg cells” in case of having the medical decision notifying the abnormalities in germ cells of the marriage couple. In addition to this amendment, it also should legitimize the usage of sperm or egg cell from the relative of either husband or wife in order to providing the legal parental status to the parents in accordance with the spirit of law.



กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์เรื่อง การรับรองสิทธิของคู่สมรสที่มีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่ายในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ได้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความช่วยเหลือ แนะนำให้คำปรึกษา ตรวจสอบและแก้ไขข้อบกพร่องต่างๆ ด้วยความเอาใจใส่อย่างยิ่งจาก รองศาสตราจารย์ พิณิจ ทิพนมณี อาจารย์ที่ปรึกษา อันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการจัดทำวิทยานิพนธ์เรื่องนี้

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ คณะนิติศาสตร์ปริธีย์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต ที่ให้โอกาสผู้เขียนได้ศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต ทั้งมอบทุนการศึกษาประเภททุนเรียนดีให้แก่ผู้เขียน อีกทั้งขอขอบพระคุณ ดร.นพ.ไพโรจน์ บุญศิริคำชัย ผู้ก่อตั้งสาขากฎหมายการแพทย์ ซึ่งได้มอบความรู้และประสบการณ์ใหม่ ๆ ให้แก่ผู้เขียนในการเปิดโลกความคิดทางกฎหมายใหม่ ๆ ที่เกี่ยวกับวิชาการทางการแพทย์และสาธารณสุข รวมถึงคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์อีก 2 ท่าน คือ ศาสตราจารย์ ดร.สุนทร มณีสวัสดิ์ ประธานสอบวิทยานิพนธ์ ซึ่งได้ให้ข้อคิดที่แตกต่าง และอีกท่านคือ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วรรณวิภา เมืองถ้ำ ซึ่งได้สละเวลาอันมีค่าตรวจวิทยานิพนธ์เล่มนี้ โดยละเอียดทุกหน้า เพื่อให้ผู้เขียนได้แก้ไขข้อบกพร่องของวิทยานิพนธ์เล่มนี้จนมีความสมบูรณ์ในที่สุด

ผู้เขียนขอขอบพระคุณอาจารย์ทุก ๆ ท่าน ที่ได้ประสิทธิ์ประสาทและสร้างองค์ความรู้ให้แก่ผู้เขียน ขอขอบคุณ นายพิรพงศ์ โสภอาริณันท์ ผู้ให้ความช่วยเหลือวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ให้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น และขอขอบคุณเพื่อนร่วมสาขา ตลอดเจ้าหน้าที่หลักสูตรที่คอยให้ความช่วยเหลือผู้เขียนมาโดยตลอด สุดท้ายนี้ผู้เขียนขอขอบพระคุณ น.พ. สุนทร เจริญสุข รวมถึงบิดามารดาของผู้เขียนที่ให้การสนับสนุนผู้เขียนมาโดยตลอด และได้มอบกำลังใจให้ผู้เขียนจนกระทั่งการศึกษารุ่นนี้สำเร็จลงได้ด้วยดี

อนึ่ง ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่า หากวิทยานิพนธ์เล่มนี้สามารถก่อให้เกิดความรู้และข้อคิดอันมีประโยชน์แก่การศึกษาและพัฒนาความรู้ต่อไป คุณค่าความดีของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอมอบความดีครั้งนี้ด้วยความระลึกถึงพระคุณบิดามารดาครูบาอาจารย์ทุก ๆ ท่าน น.พ. สุนทร เจริญสุข รวมถึง คุณย่าอรุณ เจริญสุข ผู้ล่วงลับไปแล้ว ตลอดคนผู้แต่งตำราทุกท่านที่ผู้เขียนได้อ้างอิงในงานวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และหากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความผิดพลาดหรือมีข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว และขออภัยไว้ ณ ที่นี้

ไพชยนต์ เจริญสุข

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	๖
กิตติกรรมประกาศ.....	๗
บทที่	
1. บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	7
1.3 สมมติฐาน.....	8
1.4 ขอบเขตการศึกษา.....	8
1.5 วิธีการศึกษา.....	9
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	9
2. แนวคิด ทฤษฎี และหลักเกณฑ์ ที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์	10
2.1 แนวคิดที่ว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์.....	10
2.1.1 ปรัชญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน.....	10
2.1.2 สนธิสัญญา สิทธิมนุษยชนและชีวการแพทย์.....	12
2.1.3 แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย.....	18
2.1.4 แนวความคิดของสิทธิตามกฎหมาย.....	23
2.1.5 สถานะในทางกฎหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์.....	24
2.2 จุดกำเนิดของเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์.....	27
2.3 การจำแนกเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์.....	28
2.3.1 การผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อ.....	28
2.3.2 การปฏิสนธินอกร่างกาย.....	29
2.4 การตั้งครรภ์แทน.....	30
2.5 เหตุผลทางด้านศีลธรรมและจริยธรรมเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน.....	31
2.6 กรอบความคิดเกี่ยวกับการนำเทคนิคการแพทย์มาใช้.....	32
2.7 เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และการตั้งครรภ์แทน ในประเทศไทย.....	34

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
2.8 เหตุผลที่มีการยอมรับเอาเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาใช้.....	36
2.9 กรอบความคิดเกี่ยวกับความเป็นบิดามารดา.....	40
2.10 เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กับประกาศแพทยสภาที่ 1/2540 และ 21/2545.....	41
2.11 สาระสำคัญของการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ ทางการแพทย์.....	43
2.12 หลักเกณฑ์การบริจาคและขอรับการบริจาคเซลล์สืบพันธุ์.....	48
2.12.1 หลักเกณฑ์การบริจาคเซลล์สืบพันธุ์ของฝ่ายชาย.....	48
2.12.2 หลักเกณฑ์การบริจาคเซลล์สืบพันธุ์ของฝ่ายหญิง.....	49
2.13 สาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยี ช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.	50
3. กฎหมายที่เกี่ยวข้องของต่างประเทศและประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับ เงื่อนไขการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์.....	52
3.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเงื่อนไขการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ในประเทศไทย.....	52
3.1.1 ความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.....	52
3.1.2 การรับบุตรบุญธรรม.....	54
3.1.3 กฎหมายเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ในประเทศไทย.....	55
3.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเงื่อนไขการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ในต่างประเทศ.....	67
3.2.1 กลุ่มกฎหมายระบบ Common Law.....	67
3.2.2 กลุ่มกฎหมายระบบ Civil Law.....	80
4. วิเคราะห์ปัญหาในการกำหนดเงื่อนไขในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์.....	84
4.1 ปัญหาไม่เคารพสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และแนวทางแก้ไขปัญหา...	84
4.1.1 ปัญหาการไม่เคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์.....	84
4.1.2 แนวทางการแก้ไขปัญหา.....	87

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
4.2 ปัญหาในการกำหนดเงื่อนไขการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และแนวทางแก้ไขปัญหา.....	87
4.2.1 ปัญหาในการกำหนดเงื่อนไขการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ ทางการแพทย์.....	87
4.2.2 แนวทางการแก้ไขปัญหา.....	93
4.3 ปัญหาการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และแนวทางแก้ไข ปัญหา.....	94
4.3.1 ปัญหาการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของ เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์.....	94
4.3.2 แนวทางการแก้ไขปัญหา.....	96
4.4 ปัญหาการใช้สิทธิฟ้องเพื่อแย้งชิงอำนาจปกครองบุตรและแนวทาง แก้ไขปัญหา.....	99
4.4.1 ปัญหาการใช้สิทธิฟ้องเพื่อแย้งชิงอำนาจปกครองบุตร.....	99
4.4.2 แนวทางการแก้ไขปัญหา.....	100
4.5 ปัญหาการรับเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เป็นบุตรบุญธรรมและแนวทางการแก้ไขปัญหา.....	100
4.5.1 ปัญหาการรับเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ ทางการแพทย์เป็นบุตรบุญธรรม.....	100
4.5.2 แนวทางการแก้ไขปัญหา.....	102
5. สรุปและข้อเสนอแนะ.....	103
5.1 สรุป.....	103
5.2 ข้อเสนอแนะ.....	108
บรรณาณกรรม.....	113
ประวัติผู้เขียน.....	119

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ภาวะการมีบุตรยากเป็นปัญหาการเจริญพันธุ์ที่เป็นปัญหาสำคัญของประเทศไทยและโลก ซึ่งหากประเทศใดมีภาวะเช่นนี้ต่ำอาจก่อให้เกิดจำนวนประชากรและสัดส่วนของวัยแรงงานลดลง ในปัจจุบันพบว่าประเทศไทย มีแนวโน้มที่จะแต่งงานหรือทำการสมรสค่อนข้างช้า ไม่ว่าจะเป็นเรื่องความพร้อมของตัวคู่สมรสเองหรือแบบแผนทางสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป เช่น ภาระหน้าที่ การงาน หรือ สภาพสิ่งแวดล้อมต่าง ๆ ปัจจัยเหล่านี้ อาจมีผลทำให้เกิดภาวะการเจริญพันธุ์ที่ลดลง โดยจากการสำรวจของสำนักงานสถิติแห่งชาติ พบว่าโดยเฉลี่ยแล้วแล้ว จะพบภาวะมีบุตรยากประมาณ 15% ทั่วประเทศในสตรีวัยเจริญพันธุ์ คืออยู่ในช่วงอายุระหว่าง 15-49 ปี โดยในเขตเมืองและชนบทมีอัตราที่เท่ากัน แต่หากว่าเปรียบเทียบรายภูมิภาค พบว่าภาคใต้มีภาวะมีบุตรยากสูงที่สุด¹ ความสำเร็จในการรักษาภาวะมีบุตรยากยังขึ้นอยู่กับสาเหตุ ดังนั้นจึงต้องให้ความสำคัญในการประเมินคู่สมรสทั้งฝ่ายหญิงและฝ่ายชายเพื่อหาสาเหตุของภาวะมีบุตรยากให้ครบถ้วน โดยการซักประวัติของคู่สมรส ในฝ่ายหญิง ได้แก่ ประวัติประจำเดือนอย่างละเอียด เพื่อประเมินในการทำงานของรังไข่ ความผิดปกติของมดลูก ประวัติการตั้งครรภ์ ปัญหาการมีเพศสัมพันธ์ ส่วนฝ่ายชาย ได้แก่ ประวัติความเจ็บป่วยต่าง ๆ โดยเฉพาะบริเวณถุงอัณฑะ เช่น การติดเชื้อบริเวณอวัยวะเพศ ซึ่งมีผลต่อการหลั่งน้ำอสุจิ²

การสืบพันธุ์เป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้มนุษย์สามารถดำรงเผ่าพันธุ์มาได้ นับแต่อดีตจวบจนถึงปัจจุบัน แต่ธรรมชาติไม่ได้สร้างให้มนุษย์ทุกคนสามารถมีทายาทสืบสกุลได้เสมอไป มนุษย์บางคนไม่สามารถมีบุตรได้ เนื่องจากความบกพร่องทางพันธุกรรมมาแต่กำเนิด บางคนไม่สามารถมีบุตรได้ เนื่องจากผ่านพ้นวัยเจริญพันธุ์มาแล้ว บางรายแม้อยู่ในช่วงวัยเจริญพันธุ์ก็ไม่สามารถมีบุตรได้เนื่องจากสาเหตุอื่น แต่มนุษย์ก็มีความพยายามในการฝ่าอุปสรรคทางธรรมชาติเพื่อที่จะเอาชนะสถานะที่ไม่สามารถมีบุตรได้ จึงได้เกิดเทคโนโลยีที่ชื่อว่า เทคโนโลยีช่วย

¹ คำนวณจากรายงานการสำรวจอนามัยการเจริญพันธุ์ พ.ศ. 2549, สำนักงานสถิติแห่งชาติ.

² ชลธิชา สติระพจน์, “จากพื้นฐานสู่ความก้าวหน้าของการรักษาภาวะมีบุตรยาก,” บทความพิเศษ คณะแพทยศาสตร์โรงพยาบาลรามาธิบดี มหาวิทยาลัยมหิดล, น.50

เจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ดังนั้นเมื่อเกิดภาวะมีบุตรยากขึ้น สิ่งที่จะมาช่วยบรรเทาและเยียวยาภาวะเหล่านี้ก็คือเทคโนโลยีทางการแพทย์ เป็นการนำความรู้ทางวิทยาศาสตร์ของมนุษย์มาประยุกต์ใช้เพื่อให้เกิดประโยชน์ในทางการแพทย์ เช่น การตรวจ การรักษา หรือการป้องกันโรคด้วยวิธีต่าง ๆ ที่จะช่วยให้สตรีในกลุ่มเหล่านี้แก้ไขปัญหานี้ได้ ในปัจจุบันเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (Assisted Reproductive Technologies หรือ ART) นั้น มีความก้าวหน้าเป็นอย่างมาก ถึงขนาดที่สร้างตัวอ่อนที่มีลักษณะทางพันธุกรรมเหมือนกับบุคคลต้นแบบ ตลอดจนสามารถช่วยเหลือให้มีการตั้งครรภ์แทน (Surrogacy) เพื่อบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยาก³ หรือที่เรียกกันว่า อุ้มบุญสำหรับประเทศไทยตลอดช่วงระยะเวลา 30 ที่ผ่านมามีความเจริญก้าวหน้าไม่น้อยไปกว่าต่างประเทศ โดยเป็นกรรมวิธีทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ที่นำสุจิและไข่ออกจากร่างกายมนุษย์เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์โดยไม่เป็นไปตามธรรมชาติ รวมทั้งการผสมเทียม จึงเป็นเทคโนโลยีที่มีขึ้นมาเพื่อช่วยเหลือภาวะมีบุตรยาก ซึ่งหากไม่มีการควบคุมขอบเขตการใช้เทคโนโลยีที่เหมาะสม ย่อมส่งผลกระทบต่อมวลมนุษยชาติได้ ซึ่งทางทฤษฎีทางการแพทย์นั้นภาวะมีบุตรยาก คือชายหญิง ที่มีเพศสัมพันธ์สม่ำเสมอ เป็นระยะเวลา 1 ปีแล้ว ยังไม่สามารถมีบุตรได้จะถือว่ามีปัญหา มีบุตรยาก อาจมีสาเหตุได้จากทั้งฝ่ายชายและฝ่ายหญิง ไม่ว่าจะมียาเสพติดที่ปกติ ความผิดปกติจากฮอร์โมนในร่างกาย การได้รับสารเคมีจากการใช้ยาบางชนิด รวมถึงการติดเชื้อโรคประจำตัวต่าง ๆ

การใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ ก่อให้เกิดสภาพปัญหาทางกฎหมายมากมาย ซึ่งแต่ก่อนนั้นมีเพียงประกาศของแพทยสภา ในการกำหนดมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์เอาไว้ 2 ฉบับ ห้ามผลบังคับในเชิงกฎหมายแต่อย่างใด จนอาจกล่าวได้ว่ายังไม่มียกกฎหมายที่ออกมาควบคุมโดยตรง จึงเปิดโอกาสให้มีการแอบแฝงการให้บริการ ในลักษณะที่มีการจ่ายค่าตอบแทนให้กัน หรือยิ่งไปกว่านั้นเป็นการตั้งครรภ์แทนให้กับผู้ที่ไม่มีคู่สมรส หรือคู่รักเพศที่สามโดยปราศจากการควบคุมใด ๆ โดยประกาศทั้งสองฉบับนี้ซึ่งมิได้กำหนดในเรื่องของรายละเอียดต่าง ๆ เอาไว้ เช่น สถานภาพความเป็นบิดามารดา ดังเช่นเคยมีข่าวในช่วงต้นปี พ.ศ.2554 ที่ชาวไต้หวัน ได้ทำการดิงคูด สามีนภรรยา ที่มีบุตรยาก สามารถใช้เซลล์สุจิ ไม่วางของตนเองหรือ

³ วิธีการรักษาภาวะผู้มีบุตรยาก อาจแบ่งเป็น 2 ลักษณะ คือ

(1) การรักษาแบบดั้งเดิม เป็นการรักษาตามอาการ เช่น หากพบว่าไข่ไม่ตก แพทย์อาจกระตุ้นด้วยยาให้เกิดการตกไข่

(2) การรักษาสมัยใหม่ เป็นการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งไม่ได้พึ่งพากระบวนการตั้งครรภ์ตามธรรมชาติ ใช้การรักษาโดยการ นำเซลล์สืบพันธุ์คือ ไข่ของเพศหญิง และ อสุจิของเพศชาย มาเลี้ยงนอกร่างกายให้เป็นตัวอ่อนแล้วจึงใส่กลับไปในโพรงมดลูก เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์

ผู้อื่น และไข่คุณภาพสูงจากหญิงไทย เวียดนามและกัมพูชา ซึ่งได้ทำการคัดเลือกจากหญิงที่หน้าตาดี มีการศึกษา เพื่อผสมเทียมและจ้างหญิงที่เลือกให้ทำการตั้งครรภ์แทน โดยเสียค่าตอบแทน แล้วจะช่วยให้เกิดจากโรงพยาบาล โดยลูกค้าที่จ้างให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้น เป็นบิดามารดาผู้ให้กำเนิดเด็กมานี้ หรือ เจื่อนใจต่าง ๆ ในการที่จะสามารถใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ เพื่อมิให้ขัดต่อหลักกฎหมายต่าง ๆ จึงได้มีกฎหมายที่ออกมาควบคุมคือ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 เป็นกฎหมายที่ออกมาบังคับใช้กับเรื่องนี้ โดยตรง⁴ มีเจตนารมณ์และเป้าหมายที่จะกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่เหมาะสม ตลอดจนควบคุมการศึกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์การแพทย์เกี่ยวกับตัวอ่อนและเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ มิให้มีการนำไปใช้ในทางที่ไม่ถูกต้อง โดยมีความสำคัญเกี่ยวข้องกับกรอบความคิดสำคัญดังนี้ การนำเทคนิคการแพทย์มาใช้ การเป็นบิดามารดา และการควบคุมและกำกับดูแล

สืบเนื่องจากปัญหาใหญ่ที่เกี่ยวกับเรื่องนี้คือสถานะภาพความเป็นบิดามารดา ก่อนมีกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องอุ้มบุญใช้บังคับได้มีการเสนอแนวความคิดการบัญญัติกฎหมายภายใต้ข้อพิจารณาสำคัญ 4 ประการ ดังนี้

1. การยึดหลักทางชีวภาพ เป็นการกำหนดความเป็นมารดาตามข้อสันนิษฐานตามกฎหมาย กล่าวคือ หญิงใดคลอดบุตรหญิงนั้นก็เป็นมารดาตามกฎหมาย ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานที่เป็นสากลอยู่แล้ว ทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ
2. การยึดหลักทางพันธุกรรม การกำหนดความเป็นบิดามารดาตามความเป็นจริงทางสายเลือด โดยให้ผู้ที่เป็นเจ้าของเซลล์อสุจิหรือไข่เป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะตั้งครรภ์เองหรือให้บุคคลอื่นตั้งครรภ์แทน
3. การยึดหลักตามเจตจำนง เป็นการกำหนดความเป็นบิดามารดาโดยคำนึงถึงข้อตกลงที่เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนเป็นสำคัญ เกิดขึ้นจากความต้องการของกลุ่มสมรสที่ต้องการมีบุตร เป็นการมุ่งคุ้มครองถึงฝ่ายที่ต้องการมีบุตรมากกว่าฝ่ายที่รับตั้งครรภ์แทน
4. การยึดหลักตามคำสั่งศาล เป็นการอาศัยอำนาจศาลในการชี้ขาดความเป็นบิดามารดาของเด็กตามกฎหมายที่รองรับ⁵

เมื่อพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับในส่วนของเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในการที่จะใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์นั้นเกิดให้มีประเด็นทางกฎหมายที่จะต้องพิจารณา ดังนี้

⁴ ยศศักดิ์ โสภณกานนท์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายอุ้มบุญ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), น.12-13.

⁵ เรื่องเดียวกัน, น.107-110.

1. ประเด็นการกำหนดการใช้เซลล์ไข่หรือสุงิในการตั้งครรภ์แทน จะต้องเป็นเซลล์ไข่หรือเซลล์สุงิของกลุ่มสมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นอย่างน้อย กล่าวคือจะต้องมีจุดเกาะเกี่ยวทางพันธุกรรมของกลุ่มสมรสถึงจะสามารถใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ตามกฎหมายได้ เช่น ไข่ไข่ของภริยากับสุงิบริจาคน หรือ ไข่ไข่บริจาคนกับสุงิของสามี จะใช้ทั้งเซลล์ไข่และเซลล์สุงิจากผู้บริจาคนทั้งสองไม่ได้ เห็นได้ว่ากฎหมายได้มีข้อพิจารณายึดตามหลักพันธุกรรม

2. ประเด็นการกำหนดตัวบุคคลที่จะรับตั้งครรภ์แทน กล่าวคือ จะต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของฝ่ายสามีหรือภริยาเท่านั้น เว้นแต่ในกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิตจึงจะให้หญิงอื่นนั้น สามารถตั้งครรภ์แทนได้ เห็นได้ว่ากฎหมายได้มีข้อพิจารณายึดตามหลักพันธุกรรมอยู่แต่มีข้อยกเว้นให้เป็นไปตามหลักเจตจำนงด้วย

สำหรับกรณีของกลุ่มสมรสที่มีความผิดปกติของเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่าย ซึ่งบุคคลเหล่านี้ถูกจำกัดสิทธิไม่ให้ใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เลย เพื่อสร้างความคิดทางกฎหมายอันเป็นแนวทางในการปรับใช้กฎหมายให้มีความถูกต้องสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น เพื่อให้มีความเหมาะสมกับประเทศไทย ประกอบกับให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่จะขจัดปัญหาภาวะผู้มีบุตรยาก ก่อให้เกิดประโยชน์แก่สังคมประเทศ ซึ่งตามหลักปฎิญาญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่ออกโดยสหประชาชาติใน พ.ศ. 2491 ได้กล่าวถึงหลักเสรีภาพและความเท่าเทียมกัน ความคุ้มครองของความเท่าเทียมกันต่อการเลือกปฏิบัติในทุกรูปแบบในการได้รับการป้องกันสิทธิมนุษยชน⁶ ซึ่งในประเทศไทยได้มีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในมาตรา 4 และ 5 ได้บัญญัติถึงหัวใจของสิทธิมนุษยชน คือความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ

ดังนั้นการมีบุตรสำหรับกลุ่มสมรสที่มีความบกพร่องในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่ายซึ่งก่อให้เกิดการตั้งครรภ์แทน ถือเป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้ชีวิตคู่มีความสมบูรณ์ ซึ่งกลุ่มสมรสนี้ อาจมีความพร้อมที่จะดูแลบุตร แต่ไม่สามารถมีบุตรได้ จึงต้องพึ่งเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยการใช่วิธีตั้งครรภ์แทน ซึ่งเป็นหนึ่งในวิธีดังกล่าว ซึ่งนอกเหนือจากกลุ่มสมรสที่มีความประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนยังอาจมีบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องด้วย คือ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หญิงผู้บริจาคนไข่ชายผู้บริจาคนสุงิ ซึ่งอาจก่อให้เกิดผลกระทบในทางกฎหมายต่อบุคคลเหล่านี้⁷ ซึ่งหากกลุ่มสมรสที่มีความบกพร่องทางด้านเซลล์สืบพันธุ์ได้ดำเนินการว่าจ้างให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้น โดยไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายปัจจุบัน อาจส่งผลถึงสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมา

⁶ เบนนิดา เฟอเรโร-วัลเดเนอร์, “ความเข้าใจในสิทธิมนุษยชน,” ใน คู่มือการศึกษาสิทธิมนุษยชน (กรุงเทพมหานคร: กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์, 2549), น.17.

⁷ พิลาสินี โยงสมบัติ, “วิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ....,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552).

โดยตามกฎหมายของประเทศไทยนั้นคือข้อสันนิษฐานความเป็นมารดาโดยการให้กำเนิด ซึ่งได้นำหลักการพื้นฐานมาจากประเทศอังกฤษ คือ หญิงที่ให้กำเนิดบุตรเป็นมารดาที่ต้องตามกฎหมายของเด็กคนนั้น ซึ่งเป็นการย้ำว่าหญิงที่ได้อุทิศร่างกายในการตั้งครรภ์เป็นระยะเวลา 9 เดือนนั้นย่อมมีสิทธิในทางตัวเด็กที่เกิดมากกว่าหญิงอื่นใด แม้จะมีได้มีความสัมพันธ์ในทางพันธุกรรมเลย⁸ ในส่วนของสถานะความเป็นบิดา หากหญิงที่เป็นผู้ให้กำเนิดบุตรนั้นมีสามีที่ต้องตามกฎหมาย สามีของหญิงนั้นจะถูกตั้งข้อสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมา แต่หากว่าหญิงที่ให้กำเนิดบุตรนั้นไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย ยังมีบทสันนิษฐานความเป็นบิดาต่ออีกว่าชายผู้เคยเป็นสามีภายในระยะเวลาสามร้อยสิบวันก่อนที่เด็กจะเกิด ย่อมได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นด้วย⁹ เห็นได้ชัดว่านี่เป็นปัญหาสำคัญสำหรับกลุ่มคู่สมรสที่มีความบกพร่องทั้งสองฝ่ายในเรื่องเซลล์สืบพันธุ์ หากฝ่าฝืนกฎหมายทำให้สถานภาพความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมาใช้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แทนกฎหมายฉบับใหม่ในเรื่องของเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งทำให้เด็กที่เกิดมานั้น อาจเสียผลประโยชน์ที่จะได้จากบิดามารดาที่มีความประสงค์จะให้มิบุตร ดังนั้นการตั้งครรภ์และการมีบุตรจึงเปรียบเสมือนส่วนหนึ่งที่เขาเติมเต็มเติมชีวิตคู่ให้ครบถ้วนสมบูรณ์ หากคู่สมรสที่มีความพร้อมในเรื่องต่าง ๆ แต่ยังไม่มียุติกรรมที่จะสามารถใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เข้ามาช่วยแก้ไขและจะต้องมีกฎหมายที่สอดคล้องไปพร้อมกันด้วย ซึ่งตามพระราชบัญญัตินี้มุ่งคุ้มครองผลประโยชน์ของเด็กเป็นสำคัญ ดังเช่นมีข่าวที่ชาวไต้หวัน ชื่อ โทลว เสี่ยว หลง เป็นผู้ดำเนินการโฆษณาให้โซ่สุจิของตนเองหรือผู้อื่น กับไข่ของหญิงไทย เวียดนาม และกัมพูชา โดยคัดเลือกจากหญิงที่หน้าตาดี จบการศึกษาสูง และว่าจ้างให้เกิดการตั้งครรภ์แทน และช่วยเหลือในการทำไบเบิดโดยให้ลูกค่าซึ่งเป็นบิดามารดาผู้มีความประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดามารดาตามกฎหมายหรือบางรายใช้ชีวิตรับบุตรบุญธรรมและนำเด็กกลับไปเลี้ยงที่ประเทศไต้หวัน¹⁰

แม้ในประเทศไทยได้พยายามแก้ไขปัญหาคำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ซึ่งการให้บุคคลอื่นมา

⁸ ยศศักดิ์ โภสยกันนท์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายอุ้มบุญ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), น.89.

⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1536

¹⁰ กมลลา เทพวงศ์, “การคุ้มครองเด็กที่เกิด โนอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (อุ้มบุญ)” ผลงานส่วนหนึ่งของการอบรมหลักสูตร “ผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้น” รุ่นที่ 11 สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม พ.ศ. 2556, น.17.

ตั้งครรภ์แทนนั้นสำหรับคู่สามีภรรยาที่มีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่ายได้ใช้เทคโนโลยีนี้ในการให้กำเนิดบุตร แต่กฎหมายที่มีอยู่ยังไม่ออกมารองรับกลุ่มคนเหล่านี้ เมื่อกลุ่มคนเหล่านี้ได้ดำเนินการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จึงก่อให้เกิดปัญหาต่อเด็กและบุคคลที่เกี่ยวข้อง โดยปัญหาทางกฎหมายที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์สำหรับคู่สมรสที่มีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่ายนั้นมีดังนี้

1. ปัญหาการไม่เคารพสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เนื่องจากแม้กฎหมายได้ออกมารับรองสิทธิให้ใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ได้มากกว่าก่อนแล้ว แต่ยังไม่ครอบคลุมทุกกรณีดังที่ได้กล่าวไป ทำให้คู่สามีภรรยาที่มีปัญหาในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่ายถูกจำกัดสิทธิตามกฎหมายที่จะได้มีบุตรและใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อย่างไม่เลือกปฏิบัติ ซึ่งถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ รวมถึงเด็กที่เกิดมาโดยอาศัยวิธีการดังกล่าว กลับไม่ได้มีสิทธิที่จะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สามีภรรยาที่ประสงค์จะให้ มีบุตร ในการที่จะได้รับการเลี้ยงดู การอุปการะอย่างดีที่สุด แต่กลับไปเป็นบุตรของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

2. ปัญหาในการกำหนดเงื่อนไขการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งได้ถูกบัญญัติไว้ใน มาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ซึ่งได้บัญญัติไว้ว่าการจะใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้น จะต้องใช้เซลล์สุจิและเซลล์ไข่ของคู่สามีภรรยาที่ประสงค์จะให้ มีบุตร หรือ ในกรณีที่จะต้องใช้เซลล์สืบพันธุ์บริจาค จะต้องมิใช่จากเกี่ยวข้องกับพันธุกรรม คือมีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์นั้น จึงจะใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ได้และถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งหากคู่สามีภรรยาใดเกิดมีความผิดปกติทั้งสองฝ่ายในเซลล์สืบพันธุ์จะหมดสิทธิที่จะเป็นบิดามารดาให้ถูกต้องตามกฎหมายในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

3. ปัญหาในการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เมื่อเด็กที่เกิดมา ไม่ถูกคุ้มครองและรับรองโดยกฎหมายจะทำให้เด็กมีบิดามารดาที่ไม่ถูกต้องตามจริง กล่าวคือ ฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะมีสถานะเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย รวมถึงหากหญิงนั้นมีสามี สามีจะถูกสันนิษฐานไว้ว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ทั้ง ๆ ที่สามีคนนั้นไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการมีบุตรเลยแต่กลับต้องมาเป็นบิดาแทน จึงทำให้เด็กที่เกิดมาเสียสิทธิที่จะเป็นบุตร โดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สามีภรรยาที่ประสงค์จะให้ มีบุตร

4. ปัญหาการใช้สิทธิฟ้องเพื่อแย่งชิงอำนาจปกครองบุตร สืบเนื่องจากมาจากปัญหาการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาไม่ถูกต้องตามความเป็นจริง ตามที่ได้กล่าว ไปสถานะความเป็นมารดาตกอยู่กับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ฝ่ายสามีภรรยาที่ประสงค์จะให้ มีบุตรด้วยวิธีตั้งครรภ์

แทน ก็ย่อมต้องการเด็กที่เกิดมา ซึ่งตนเป็นผู้ริเริ่ม จึงทำให้ฟ้องคดีต่อศาลเพื่อแย่งชิงเอาอำนาจปกครองบุตร ในทางกลับกัน หากเด็กเกิดมามีสภาพความผิดปกติแล้วไม่มีใครต้องการเด็ก ฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในฐานะมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายย่อมไม่ยากเป็นมารดาจึงใช้สิทธิฟ้องศาลบังคับให้คู่สามีภรรยาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นรับเด็กเป็นบุตร

5. ปัญหาการรับเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นบุตรบุญธรรม เมื่อไม่มีการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ถูกต้องเอาไว้ คู่สามีภรรยาที่ประสงค์จะให้ มีบุตรด้วยการตั้งครรภ์แทนจึงต้องแสวงหาวิธีที่จะให้ได้มา ซึ่งอำนาจปกครองบุตร วิธีที่ทำกันอย่างแพร่หลายคือ การรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม แต่วิธีการนี้สถานะความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายยังคงอยู่กับฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนรวมถึงสามีของหญิงนั้น และยังมีประเด็นในเรื่องของการรับมรดกระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมกับตัวบุตรบุญธรรมเอง ทั้ง ๆ ที่ผู้รับบุตรบุญธรรมคือคู่สามีภรรยาที่ประสงค์จะให้ มีบุตรแทน แต่กลับมีฐานะเป็นแค่ผู้รับบุตรบุญธรรมทั้ง ๆ ที่ควรจะได้สิทธิในความเป็นบิดามารดาของเด็กอย่างเต็มที่

ดังนั้นในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงศึกษาถึงความบกพร่อง อันเป็นปัญหาในการกำหนดเงื่อนไขในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งได้ไปจำกัดสิทธิของกลุ่มสมรสที่มีความบกพร่องทางเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่าย ไม่ให้ใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้ ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาการลักลอบตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้น และส่งผลต่อเด็กที่เกิดมาอาจไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเต็มที่ในสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมา เพื่อสร้างกรอบความคิดทางกฎหมาย อันเป็นแนวทางในการปรับใช้กฎหมายให้มีความถูกต้องสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น เพื่อให้มีความเหมาะสมกับประเทศไทย ประกอบกับให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มุ่งขจัดปัญหาภาวะผู้มีบุตรยากและมุ่งคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เพื่อประโยชน์แก่สังคมประเทศ ประชาชนทุกคนเข้าถึงได้ ให้ความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย ซึ่งจะเสนอรายละเอียดในการศึกษาต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาแนวคิดทฤษฎี และความเป็นมาในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ สำหรับกรณีคู่สมรสที่มีความผิดปกติทางเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่าย
2. เพื่อศึกษาผลทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการกำหนดเงื่อนไขการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ของประเทศไทย กับต่างประเทศ
3. เพื่อศึกษาปัญหาและวิเคราะห์ การรับรองสิทธิของกลุ่มสมรสที่มีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่าย ในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

4. เพื่อศึกษาแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายและบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องในเรื่องของเงื่อนไขการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เหมาะสมกับปัจจุบัน มีความทันสมัย และสอดคล้องกับสังคมไทย

1.3 สมมติฐาน

กฎหมายที่เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนหรือพระราชบัญญัติ คู่ครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 แม้ประกาศใช้ได้ไม่นานผู้เขียนพบว่า ในส่วนของเงื่อนไขการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้น จากการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องเรื่องการตั้งครรภ์แทนของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย ประเทศรัสเซีย และประเทศยูเครนพบว่ามีเนื้อหาของสาระของกฎหมายที่เกี่ยวกับเงื่อนไขการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ ที่มีประสิทธิภาพเหมาะสมกับสภาพสังคมของประเทศนั้น ๆ จึงเกิดสมมติฐานขึ้นว่า หากมีการนำแนวทางในการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวกับเรื่องนี้ของประเทศต่าง ๆ จึงจำเป็นต้องมีการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ที่กล่าวมานี้มาประกอบกับข้อมูลที่ได้จากการสอบถามความเห็นต่าง ๆ ของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน น่าจะเกิดแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายให้มีความเหมาะสมมากยิ่งขึ้น

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มุ่งศึกษาความเป็นไปได้ที่จะกำหนดเงื่อนไขกับใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ ให้มีความเหมาะสมมากยิ่งขึ้น สำหรับนำมาใช้ในประเทศ ซึ่งแม้ตามพระราชบัญญัติ คู่ครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดเงื่อนไขในการใช้ไว้แล้วก็ตาม แต่ยังไม่ครอบคลุมทุกกรณี ซึ่งทำให้เป็นอุปสรรคสำหรับกลุ่มคนบางจำพวกที่ไม่สามารถใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ได้ตามกฎหมาย จึงทำการศึกษาและเสนอแนวทางในการกำหนดเงื่อนไขการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ ให้มีรูปแบบและวิธีการที่เป็นมาตรฐานทุกฝ่ายสามารถเข้าใจตรงกันได้ มีความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่ายที่สามารถเข้าถึงเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ได้เป็นต้น ในเนื้อหาจะกล่าวถึงเงื่อนไขที่สามารถใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ให้ถูกต้องตามกฎหมาย ปัญหาและอุปสรรค รวมทั้งข้อสังเกตต่าง ๆ ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศออสเตรเลีย ประเทศรัสเซีย และประเทศยูเครน

1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา

ศึกษาจากการรวบรวมเอกสารกฎหมายต่าง ๆ เป็นส่วนสำคัญของวิทยานิพนธ์ครั้งนี้ เนื่องจากวิทยานิพนธ์นี้เป็นการวิจัยแบบเอกสาร โดยดำเนินการศึกษาค้นคว้า เอกสาร ตำราวิชาการต่าง ๆ ในทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องรวมถึงข้อมูลทางการแพทย์เกี่ยวกับภาวะผู้มีบุตรยาก นำมาเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายของประเทศไทยและต่างประเทศ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงแนวคิด ทฤษฎี และความเป็นมาในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ สำหรับกรณีคู่สมรสที่มีความผิดปกติทางเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่าย
2. ทำให้ทราบผลทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการกำหนดเงื่อนไขการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ของประเทศไทย กับต่างประเทศ
3. ทำให้ทราบปัญหาและวิเคราะห์ การรับรองสิทธิของคู่สมรสที่มีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่าย ในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
4. ทำให้ทราบแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายและบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องในเรื่องของเงื่อนไขการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เหมาะสมกับปัจจุบัน มีความทันสมัย และสอดคล้องกับสังคมไทย



บทที่ 2

แนวคิด ทฤษฎี และหลักเกณฑ์ ที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ ทางการแพทย์

การนำเอาเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาใช้กับคู่สมรสที่มีปัญหาเกี่ยวกับเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่ายนั้นสิ่งที่จะต้องคำนึงและศึกษาเป็นอันดับแรกเลย คือ เงื่อนไขตามกฎหมายเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กับกลุ่มคนเหล่านี้ ว่าถูกต้องตามสิทธิที่ควรจะได้รับตามกฎหมายหรือไม่ และยังคงคำนึงถึงว่าหากใช้เซลล์สืบพันธุ์บริจาคทั้งสองฝ่ายจะต้องมีหลักเกณฑ์อย่างไรมากำหนดและควบคุมสำหรับกลุ่มคนเหล่านี้

2.1 แนวคิดว่าด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

มนุษย์ทุกคนเมื่อถือกำเนิดขึ้นมาแล้วย่อมพร้อมความเสมอภาคด้วยศักดิ์ศรีและสิทธิ ทำให้ชีวิตได้รับความเคารพอย่างที่มนุษย์ทุกคนควรได้รับอย่างเสมอภาคกัน ปัจจุบันรัฐจำนวนมากมีรัฐธรรมนูญที่คุ้มครองสิทธิและความเสมอภาครวมถึงห้ามเลือกปฏิบัติของมนุษย์ทุกคน โดยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในแง่ของการให้คุณค่าแก่ความเป็นคนว่า มนุษย์ทุกคนมีคุณค่าอย่างเท่าเทียมกัน จึงเป็นหลักการสำคัญที่กำหนดสิทธิติดตัวมาตั้งแต่เกิด ใครจะละเมิดมิได้ การปฏิบัติต่อกันของผู้คนในสังคม จึงต้องเคารพความเป็นมนุษย์ ซึ่งได้รับการรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

2.1.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

ในระหว่างกรรมาธิการร่างกฎบัตรสหประชาชาติ ได้มีแนวความคิดในการดำเนินการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนได้อย่างมีประสิทธิภาพโดยมีการนำหลัก Bill of Right มาบัญญัติรวมไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ ต่อมาได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ โดยมี Mrs. Eleanor Roosevelt เป็นประธานและมีผู้แทนจากประเทศอื่น ๆ คือ จีน ฝรั่งเศส ยูโกสลาเวีย แลบานอน อูรุกวัย ออสเตรเลีย สหราชอาณาจักร ซิลิ เบลเยียม สหภาพโซเวียต ฟิลิปปินส์ ปานามา อินเดีย และอียิปต์ รวมเป็นคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ เพื่อร่วมกันจัดทำปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ โดยรวบรวมข้อมูลและความคิดเห็นจากทั่วโลกเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนจากประเทศต่าง ๆ และได้ลงมติยอมรับและประกาศใช้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเมื่อวันที่

10 ธันวาคม 1948 ซึ่งเป็น “มาตรฐานขั้นต่ำให้ประเทศสมาชิกใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติต่อคนในรัฐ” เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของคนในประเทศ โดยมีคะแนนเสียงสนับสนุน 48 ประเทศ รวมถึงประเทศไทยด้วย จึงถือได้ว่าเป็นเอกสารสำคัญทางประวัติศาสตร์ในการวางรากฐานด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ¹

เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนสำหรับคู่สมรสที่มีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่ายในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เช่น

“ข้อ 1 มนุษย์ทั้งปวงเกิดมา มีอิสระและเสมอภาคกันในศักดิ์ศรีและสิทธิ ต่างมีเหตุผลและมโนธรรม และควรปฏิบัติต่อกันด้วยจิตวิญญาณแห่งภราดรภาพ”

“ข้อ 7 ทุกคนเสมอภาคกันตามกฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองของกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันจากการเลือกปฏิบัติใด อันเป็นการล่วงละเมิดปฏิญญานี้ และจากการขู่งให้มีการเลือกปฏิบัติดังกล่าว”

“ข้อ 25 1. ทุกคนมีสิทธิในมาตรฐานการครองชีพอันเพียงพอสำหรับสุขภาพและความเป็นอยู่ที่ดีของตนและครอบครัว รวมทั้ง อาหาร เครื่องนุ่งห่ม ที่อยู่อาศัยการดูแลสุขภาพทางแพทย์และบริการทางสังคมที่จำเป็น และมีสิทธิในหลักประกัน ยามว่างงาน เจ็บป่วย พิกัด ทุพพลภาพ ภัยพิบัติ หรือปราศจากการดำรงชีพอื่น ในสภาวะแวดล้อมนอกเหนือการควบคุมของตน

2. มารดาและเด็กย่อมมีสิทธิที่จะรับการดูแลสุขภาพและการช่วยเหลือเป็นพิเศษ เด็กทั้งปวงไม่ว่าจะเกิดในหรือนอกสมรส จะต้องได้รับการคุ้มครองทางสังคมเช่นเดียวกัน”

“ข้อ 30 ไม่มีบทใดในปฏิญญานี้ที่อาจตีความได้ว่า เป็นการให้สิทธิใดแก่รัฐ กลุ่มคนหรือบุคคลใดในการดำเนินกิจกรรมใด หรือการกระทำใด อันมุ่งต่อการทำลายสิทธิและอิสรภาพใดที่กำหนดไว้ ณ ที่นี้²

¹ ธิญญาภัทธั ณ สงขลา, การรับรองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์, คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2558, น.10-12

² Amnesty international Thailand, ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน, สืบค้นวันที่ 10 พฤศจิกายน 2562 จาก <https://www.amnesty.or.th/our-work/hre/udhr/>

2.1.2 สนธิสัญญา สิทธิมนุษยชน และชีวการแพทย์ (The Convention on Human Rights and Biomedicine)

สนธิสัญญานี้เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศครั้งแรกที่มีผลผูกพันทางกฎหมายเพื่อรองรับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพผ่านหลักการและข้อห้ามในการใช้ความเจริญก้าวหน้าทางชีวภาพและการแพทย์ โดยมีจุดเริ่มต้น คือ ผลประโยชน์ของมนุษย์จะต้องมาก่อนผลประโยชน์ของวิทยาศาสตร์หรือสังคม ซึ่งสนธิสัญญานี้มุ่งคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในระยะยาวและการพัฒนาการของทางชีวภาพและการแพทย์ ซึ่งเป็นระยะเวลาหลายปีที่สภายุโรป ผ่านสมัชชารัฐสภาและคณะกรรมการชีวจริยธรรม และได้เปลี่ยนชื่อเป็น คณะกรรมการพิจารณาเรื่องจริยธรรมทางชีวภาพ ซึ่งได้ครอบคลุมการใช้งานด้านการแพทย์และชีวภาพทั้งหมด³

ในหมวดที่ 1 คือ บทบัญญัติทั่วไป

ข้อ 1⁴ วัตถุประสงค์ ของสนธิสัญญานี้คือ เพื่อรับประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของมนุษย์ทุกคนเพื่อคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยในสนธิสัญญาใช้คำว่ามนุษย์เพื่อเป็นการกำหนดว่าจะต้องปกป้องศักดิ์ศรีของมนุษย์ทันทีที่ชีวิตมนุษย์ได้เริ่มต้นขึ้น⁵

ข้อ 2⁶ ความเป็นอันดับหนึ่งของมนุษย์ เป็นการยืนยันว่าผลประโยชน์ของมนุษย์จะต้องมาก่อนผลประโยชน์ทางวิทยาศาสตร์หรือสังคม

³ The Secretary General of The council of Europe, Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, (Explanatory Report, at the request of the Steering Committee on Bioethics (CDBI), Oviedo, 04/04/1997) : P.1-3

⁴ Article 1 – Purpose and object
Parties to this Convention shall protect the dignity and identity of all human beings and guarantee everyone, without discrimination, respect for their integrity and other rights and fundamental freedoms with regard to the application of biology and medicine.

Each Party shall take in its internal law the necessary measures to give effect to the provisions of this Convention.

⁵ The Secretary General of The council of Europe, Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, (Explanatory Report, at the request of the Steering Committee on Bioethics (CDBI), Oviedo, 04/04/1997) : P.4

⁶ Article 2 – Primacy of the human being

ข้อ 3⁷ การเข้าถึงการดูแลสุขภาพอย่างเท่าเทียมกัน จุดมุ่งหมายเพื่อให้แน่ใจว่าการเข้าถึงการดูแลสุขภาพที่เป็นธรรมสอดคล้องกับความต้องการทางการแพทย์ของบุคคล ซึ่งหมายถึงไม่เลือกปฏิบัติ

ข้อ 4⁸ มาตรฐานวิชาชีพ เป็นการกำหนดแก่แพทย์และผู้เชี่ยวชาญด้านสุขภาพที่เกี่ยวข้องในกระบวนการตัดสินใจหรือการแทรกแซงการรักษา โดยคำว่า การแทรกแซง ได้ครอบคลุมถึงการกระทำทางการแพทย์ทั้งหมด เพื่อวัตถุประสงค์ในการดูแลป้องกัน วินิจฉัยหรือรักษา ซึ่งเนื้อหาของมาตรฐานวิชาชีพมีความแตกต่างในแต่ละประเทศ แต่หลักการพื้นฐานของการปฏิบัติในทุกประเทศ แพทย์ผู้เชี่ยวชาญทุกคนที่มีส่วนร่วมในการกระทำทางการแพทย์จะต้องอยู่ภายใต้ข้อกำหนดทางกฎหมายและจริยธรรม โดยจะต้องดำเนินการด้วยความระมัดระวังต่อผู้ป่วยแต่ละราย โดยจุดประสงค์ของแพทย์ไม่เพียงแต่รักษาผู้ป่วยเท่านั้น แต่จะต้องทำตามขั้นตอนที่เหมาะสม โดยพิจารณาจากหลักเกี่ยวกับความรู้ทางวิทยาศาสตร์และประสบการณ์ทางการแพทย์ ซึ่งเป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่เรียกว่า การเคารพสิทธิผู้ป่วย⁹

ในหมวดที่ 2 คือ ความยินยอม

ข้อ 5¹⁰ ในข้อนี้เป็นเรื่องความยินยอมซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่ยอมรับในระดับสากลแล้ว คือการไม่ยอมรับการแทรกแซงการรักษา โดยปราศจากความยินยอมของบุคคล ซึ่งมนุษย์ต้องสามารถ

The interests and welfare of the human being shall prevail over the sole interest of society or science.

⁷ Article 3 – Equitable access to health care

Parties, taking into account health needs and available resources, shall take appropriate measures with a view to providing, within their jurisdiction, equitable access to health care of appropriate quality.

⁸ Article 4 – Professional standards

Any intervention in the health field, including research, must be carried out in accordance with relevant professional obligations and standards.

⁹ The Secretary General of The council of Europe, Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, (Explanatory Report, at the request of the Steering Committee on Bioethics (CDBI), Oviedo, 04/04/1997) : P.5-6

¹⁰ Article 5 – General rule

An intervention in the health field may only be carried out after the person concerned has given free and informed consent to it.

This person shall beforehand be given appropriate information as to the purpose and nature of the intervention as well as on its consequences and risks.

The person concerned may freely withdraw consent at any time.

ที่จะยินยอมหรือปฏิเสธในการแทรกแซงการรักษาที่เกี่ยวข้องกับตัวเองได้อย่างอิสระ ซึ่งเป็นการตอกย้ำความหมายที่กำหนดไว้ในข้อ 4

โดยความยินยอมของผู้ป่วยจะต้องได้รับการพิจารณาโดยอิสระและได้รับแจ้งให้ทราบจากผู้เชี่ยวชาญด้านสุขภาพที่รับผิดชอบในการแทรกแซงการรักษา หรือที่เรียกว่า ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวแล้ว อาจบ่งบอกถึงองค์ประกอบต่าง ๆ ตามสถานการณ์ เพื่อประกอบการตัดสินใจที่จะให้ความยินยอมอันเกี่ยวกับการแทรกแซงการรักษา ข้อมูลที่เกี่ยวกับความเสี่ยงในทางเลือกการการดำเนินการรักษา รวมถึงข้อมูลเพิ่มเติมอื่น ๆ โดยผู้ป่วยจะต้องให้ข้อมูลอย่างเพียงพอที่สำคัญ คือ ผู้ป่วยจะต้องอยู่ในสถานะที่สามารถเข้าใจและพิจารณาถึงความจำเป็นหรือประโยชน์ในการแทรกแซงการรักษานั้นได้

โดยความยินยอมนั้นอาจมีได้หลายรูปแบบ ซึ่งอาจจะชัดแจ้งหรือปริยายก็ได้ สำหรับความยินยอมเร่งด่วนอาจเป็นได้ทั้งวาจาหรือลายลักษณ์อักษร ซึ่งเป็นเรื่องที่แตกต่างกันมาก ไม่จำเป็นที่ต้องมีรูปแบบเฉพาะ ส่วนใหญ่ขึ้นอยู่กับกรณีการแทรกแซง โดยเป็นที่ตกลงกันว่าการให้ความยินยอมโดยชัดแจ้งนั้นไม่เหมาะสมในการรักษาตามปกติ เนื่องจากความยินยอมโดยปริยายมักใช้บ่อยกว่า トラบดีที่บุคคลคนนั้นได้รับข้อมูลอย่างเพียงพอ แต่ในบางกรณี เช่น การวินิจฉัยหรือการรักษาที่ร้ายแรง อาจจะต้องได้รับความยินยอมโดยชัดแจ้ง

เสรีภาพของความยินยอม หมายถึง ความยินยอมดังกล่าวนี้ อาจถูกถอนหรือยกเลิกได้ตลอดเวลาและการเคารพตัดสินใจของบุคคลเมื่อได้รับข้อมูลอย่างเต็มที่

นอกจากนี้ในข้อที่ 26 ของสนธิสัญญา¹¹ เช่นเดียวกับข้อ 6 เรื่องการคุ้มครองบุคคลที่ไม่สามารถให้ความยินยอมได้ตาม ข้อ 7 เกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลที่มีความผิดปกติทางจิต และข้อ 8 เกี่ยวกับสถานการณ์ฉุกเฉินที่กำหนดกรณีที่ไม่สามารถให้ความยินยอมได้ หรือความจำเป็นในการยินยอมนั้นถูกจำกัด¹¹

ข้อ 6¹² การคุ้มครองบุคคลกรณีที่ไม่สามารถให้ความยินยอมได้ ซึ่งบางคนไม่สามารถให้ความยินยอมได้อย่างเต็มที่ และอาจจะต้องถูกแทรกแซงการรักษา เนื่องจากอายุ เช่น ผู้เยาว์ หรือ

¹¹ The Secretary General of The council of Europe, Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, (Explanatory Report, at the request of the Steering Committee on Bioethics (CDBI), Oviedo, 04/04/1997) : P.6-7

¹² Article 6 – Protection of persons not able to consent

1. Subject to Articles 17 and 20 below, an intervention may only be carried out on a person who does not have the capacity to consent, for his or her direct benefit.

ความสามารถทางจิต โดยจำเป็นที่จะต้องระบุเงื่อนไขที่อาจมีการแทรกแซงการรักษาให้กับกลุ่มคนเหล่านี้ เพื่อที่จะได้รับการคุ้มครอง ซึ่งในบางประเทศจะต้องได้รับการตรวจสอบการแทรกแซงการรักษาแต่ละครั้งเป็นรายบุคคลที่ถูกประกาศว่าไม่สามารถให้ความยินยอมได้ อย่างไรก็ตามเพื่อปกป้องสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์โดยเฉพาะเพื่อหลีกเลี่ยงการใช้หลักเกณฑ์การเลือกปฏิบัติที่กำหนดไว้ในข้อ 3 ที่ได้ระบุเหตุผลในกรณีที่ผู้ที่บรรลุนิติภาวะไม่สามารถให้ความยินยอมได้ ได้แก่ ความพิการทางจิต หรือ โรคหรือเหตุผลที่มีลักษณะคล้ายกัน โดยเหตุผลที่มีลักษณะคล้ายกันนั้นหมายถึง สถานการณ์ที่ผู้ป่วยไม่สามารถกำหนดความต้องการได้ เช่น โคม่า เมื่อใดก็ตามที่บุคคลได้รับการลงความเห็นว่าไม่สามารถให้ความยินยอมได้ตามวรรคแรก การแทรกแซงนั้นจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์โดยตรงของบุคคล

ตามที่ระบุไว้กรณีเมื่อผู้เยาว์ หรือผู้ที่บรรลุนิติภาวะ ไม่สามารถให้ความยินยอมในการแทรกแซงการรักษาได้ การแทรกแซงดังกล่าวทำได้เฉพาะเมื่อได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองตามกฎหมายของผู้เยาว์นั้น หรือตัวแทนหรือองค์กรที่กฎหมายได้บัญญัติขึ้นให้มีส่วนร่วมในการให้ความยินยอมของผู้ที่บรรลุนิติภาวะแล้ว รวมถึงความเห็นของตัวผู้เยาว์เองได้ถูกนำมาพิจารณาดูตามสัดส่วนของอายุและวุฒิภาวะของผู้เยาว์นั้น ซึ่งบุคคลที่เป็นผู้ให้ความยินยอมนี้ย่อมอยู่ภายใต้เงื่อนไขในข้อที่ 5 และอาจถูกถอนได้ตลอดเวลาเพื่อประโยชน์ของบุคคลที่เกี่ยวข้องเช่นกัน¹³

2. Where, according to law, a minor does not have the capacity to consent to an intervention, the intervention may only be carried out with the authorisation of his or her representative or an authority or a person or body provided for by law.

The opinion of the minor shall be taken into consideration as an increasingly determining factor in proportion to his or her age and degree of maturity.

3. Where, according to law, an adult does not have the capacity to consent to an intervention because of a mental disability, a disease or for similar reasons, the intervention may only be carried out with the authorisation of his or her representative or an authority or a person or body provided for by law.

The individual concerned shall as far as possible take part in the authorisation procedure.

4. The representative, the authority, the person or the body mentioned in paragraphs 2 and 3 above shall be given, under the same conditions, the information referred to in Article 5.

5. The authorisation referred to in paragraphs 2 and 3 above may be withdrawn at any time in the best interests of the person concerned.

¹³ The Secretary General of The council of Europe, Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, (Explanatory Report, at the request of the Steering Committee on Bioethics (CDBI), Oviedo, 04/04/1997) : P.7-8

ข้อ 7¹⁴ การคุ้มครองบุคคลที่มีความผิดปกติทางจิต เป็นการยกเว้นกฎทั่วไปว่าด้วยการยินยอมสำหรับบุคคลที่สามารถให้ความยินยอมได้ ข้อ 5 เป็นการรับประกันการคุ้มครองของคนเหล่านี้โดย การจำกัด จำนวนของกรณีในกลุ่มคนเหล่านี้จะได้รับการรักษาความผิดปกติทางจิตของพวกเขาโดยไม่ได้รับความยินยอม โดยมีทั้งสิ้น 4 เงื่อนไข

1. บุคคลที่ต้องทุกข์ทรมานจากความผิดปกติทางจิต
2. การแทรกแซงการรักษาที่จำเป็นในการรักษาความผิดปกติ สำหรับการแทรกแซงอื่น ๆ ทุกครั้ง แพทย์จะต้องขอความยินยอมจากผู้ป่วยทราบเท่าที่เป็นไปได้ และต้องยอมรับหรือปฏิเสธที่จะให้แทรกแซงการรักษา ซึ่งอาจถูกเพิกเฉยได้ ภายใต้สถานการณ์ที่กำหนดโดยกฎหมาย และหากการไม่แทรกแซงการรักษานั้นจะส่งผลให้เกิดอันตรายร้ายแรงต่อสุขภาพของบุคคล หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า ถ้าผู้ที่มีความสามารถยินยอมที่จะปฏิเสธการรักษาที่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความผิดปกติทางจิต จะต้องได้รับการเคารพในลักษณะเดียวกันกับผู้ป่วยรายอื่นที่สามารถให้ความยินยอมได้

3. หากไม่มีการรักษาความผิดปกติทางจิตจะส่งผลให้เกิดอันตรายที่ร้ายแรง เช่น ความเสี่ยงที่มีอยู่จากการมีแนวโน้มที่จะฆ่าตัวตาย จึงเป็นอันตรายต่อตัวเอง

4. ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขการป้องกันในกฎหมายแห่งชาติ ซึ่งเงื่อนไขเหล่านี้จะต้องมีกระบวนการกำกับดูแลการควบคุมที่เหมาะสมโดยหน่วยงานตุลาการ จึงต้องจัดให้มีการปกป้องสิทธิของบุคคลนั้นอย่างเพียงพอ¹⁵

ข้อ 8¹⁶. สถานการณ์ฉุกเฉิน ในกรณีฉุกเฉินแพทย์อาจจะต้องเผชิญกับความขัดแย้งในหน้าที่ ระหว่างการรักษาและการขอความยินยอมจากผู้ป่วย ในข้อนี้จะเป็นการช่วยให้ผู้ที่ปฏิบัติงาน

¹⁴ Article 7 – Protection of persons who have a mental disorder

Subject to protective conditions prescribed by law, including supervisory, control and appeal procedures, a person who has a mental disorder of a serious nature may be subjected, without his or her consent, to an intervention aimed at treating his or her mental disorder only where, without such treatment, serious harm is likely to result to his or her health.

¹⁵ The Secretary General of The council of Europe, Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, (Explanatory Report, at the request of the Steering Committee on Bioethics (CDBI), Oviedo, 04/04/1997) : P.9-10

¹⁶ Article 8 – Emergency situation

When because of an emergency situation the appropriate consent cannot be obtained, any medically necessary intervention may be carried out immediately for the benefit of the health of the individual concerned.

สามารถดำเนินการได้ทันทีในสถานการณ์เช่นนี้ โดยไม่ต้องรอนจนกว่าจะได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย หรือความยินยอมจากตัวแทนตามกฎหมายที่ระบุไว้ในข้อ 5 และ ข้อ 6 โดยถูกจำกัด เฉพาะในกรณีฉุกเฉิน ซึ่งป้องกันไม่ให้ผู้ปฏิบัติงานได้รับความยินยอมที่เหมาะสม ตัวอย่างเช่น ผู้ป่วยที่มีอาการโคม่า ซึ่งไม่สามารถให้ความยินยอมได้ หรือแพทย์ไม่สามารถติดต่อตัวแทนตามกฎหมายได้ เพื่อขออนุญาตรักษาอย่างเร่งด่วน โดยจะต้องใช้ความพยายามอย่างเหมาะสม เพื่อกำหนดสิ่งที่ผู้ป่วยต้องการ โดยความเป็นไปได้ จำกัดเฉพาะการรักษาที่ไม่สามารถล่าช้าได้ หากสามารถรอการรักษาได้ไม่รวมอยู่ในข้อนี้ และได้ระบุว่า การรักษาต้องเพื่อประโยชน์ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง¹⁷

ในหมวดที่ 4 จีโนมมนุษย์

ข้อ 13¹⁸ การรักษาจีโนมมนุษย์ ความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับจีโนมมนุษย์และการประยุกต์ใช้ อาจนำไปสู่ผลประโยชน์สำหรับมนุษยชาติในทางที่ผิด คือการดัดแปลงจีโนมมนุษย์ ในการรักษาใด ๆ ที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อแก้ไขจีโนมมนุษย์ จะต้องดำเนินการเพื่อวัตถุประสงค์ในการป้องกันหรือวินิจฉัยการรักษา การรักษาที่มุ่งแก้ไขพันธุกรรมที่ไม่เกี่ยวกับโรค ถือเป็น สิ่งต้องห้าม รวมถึงการรักษาที่พยายามดัดแปลงจีโนมของผู้สืบพันธุ์ โดยเฉพาะตัวอสุจิหรือไข่เพื่อการปฏิสนธิ แต่ไม่ได้ออกมาบังคับเพื่อวัตถุประสงค์ทางร่างกาย ซึ่งอาจมีผลข้างเคียงที่ไม่พึงประสงค์ เช่น การรักษาเมเร็งด้วยรังสี ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อระบบสืบพันธุ์¹⁹

ข้อ 14²⁰ การไม่เลือกเพศ การให้ความช่วยเหลือทางการแพทย์ เช่น การปฏิสนธิภายนอกร่างกายรวมถึงเทคนิคใด ๆ ที่อนุญาตให้มีการกำเนิดนอกเหนือกระบวนการทางธรรมชาติ ตามข้อนี้

¹⁷ The Secretary General of The council of Europe, Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, (Explanatory Report, at the request of the Steering Committee on Bioethics (CDBI), Oviedo, 04/04/1997) : P.10

¹⁸ Article 13 – Interventions on the human genome
An intervention seeking to modify the human genome may only be undertaken for preventive, diagnostic or therapeutic purposes and only if its aim is not to introduce any modification in the genome of any descendants.

¹⁹ The Secretary General of The council of Europe, Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, (Explanatory Report, at the request of the Steering Committee on Bioethics (CDBI), Oviedo, 04/04/1997) : P.14-15

²⁰ Article 14 – Non-selection of sex
The use of techniques of medically assisted procreation shall not be allowed for the purpose of choosing a future child's sex, except where serious hereditary sex-related disease is to be avoided

ไม่อนุญาตให้ใช้เทคนิคในการให้กำเนิดทางการแพทย์มาช่วยในการเลือกเพศของทารก เว้นแต่เป็นกรณีที่จะหลีกเลี่ยงโรคทางเพศที่เกี่ยวกับการถ่ายทอดทางพันธุกรรมอย่างรุนแรง

2.1.3 แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย

ในปัจจุบันผู้คนต่างตระหนักและให้ความสำคัญกับเรื่องสิทธิมนุษยชนกันมากขึ้น เพราะความหวาดกลัวและสะเทือนใจกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลง ที่ได้นำมาซึ่งความสูญเสียชีวิตและทรัพย์สินของประเทศคู่สงครามอย่างมหาศาล โดยส่วนใหญ่เป็นผลมาจากความทารุณโหดร้ายของอะดอล์ฟ ฮิตเลอร์ ผู้นำประเทศเยอรมัน และเบนิตโต มุสโสลินี ผู้นำประเทศอิตาลี ทำให้ประเทศต่าง ๆ ทั่วโลกเกรงว่าเหตุการณ์ในลักษณะนี้จะเกิดขึ้นอีกในอนาคต จึงมีการจัดตั้งองค์การสหประชาชาติ (United Nation) และได้ผลักดันให้มีการกำหนดแนวทางคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเพื่อคุ้มครองมนุษยชาติ จึงได้มีการจัดทำปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (Universal Declaration of Human Rights: UDHR) ขึ้น โดยที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติได้มีข้อมติรับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนว่าเป็นเอกสารที่สำคัญทางประวัติศาสตร์ในการวางรากฐานด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศฉบับแรกของโลกและเป็นพื้นฐานของกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนทุกฉบับที่มีอยู่ในปัจจุบัน ปฏิญญาสากลฉบับนี้ จึงถือเป็นมาตรฐานที่ประเทศสมาชิกสหประชาชาติได้ร่วมกันจัดทำเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนทั่วโลก ซึ่งประเทศไทยก็ได้ลงคะแนนเสียงร่วมรับรองปฏิญญาฉบับนี้ด้วย หลังจากที่ประเทศไทยรับรองปฏิญญาสากล บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยก็ได้รับรองเรื่องสิทธิมนุษยชนไว้ด้วยในทุกฉบับเป็นต้นมา เช่น บทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิมนุษยชนไว้อย่างกว้างโดยบัญญัติว่า

“มาตรา 4 สักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพของบุคคลย่อม ได้รับความคุ้มครอง

มาตรา 4 วรรค 2 ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่ากำเนิด เพศ หรือศาสนาใดย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญนี้เสมอกัน”

โดยได้มีการบัญญัติอย่างเฉพาะเจาะจงในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย โดยมาตราที่สำคัญบัญญัติหลักเกณฑ์ไว้ว่า

“มาตรา 27 บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่อง ถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรมหรือความคิดเห็นทางการเมือง อันขัดต่อบทบัญญัติแห่ง รัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้ สิทธิและ เสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่าหลักการสำคัญของสิทธิมนุษยชน คือ ความเสมอภาคของ บุคคล ทุกคนและการไม่เลือกปฏิบัติไม่ว่าโดยทางใด เช่น เชื้อชาติ เพศ สีผิว หรือศาสนา เป็นต้น

2.1.3.1 หลักการสำคัญเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในกฎหมายไทย

สิทธิมนุษยชน (Human Rights) หมายถึง สิทธิของความเป็นมนุษย์ ในอดีตยังไม่เป็นที่ แพร่หลายจนภายหลังที่ได้มีการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติ คำว่า สิทธิมนุษยชนจึงได้ถูกนำมาใช้ อย่างกว้างขวางทั้งในระดับภูมิภาค และในระดับนานาชาติ ในกฎบัตรสหประชาชาติ ได้กล่าวถึงสิทธิ มนุษยชนไว้หลายแห่ง เช่น ในอารัมภบทได้กล่าวถึงความมุ่งหมายของ สหประชาชาติไว้ว่า

“เพื่อเป็นการยืนยันและให้การรับรองถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของความเป็นมนุษย์ในศักดิ์ศรี และคุณค่าของมนุษยชาติ”²¹

ในรัฐธรรมนูญสหประชาชาติได้แต่เพียงกล่าวถึงสิทธิมนุษยชนไว้ในที่ต่าง ๆ เช่น ใน อารัมภบท อย่างที่กล่าวมาแล้ว ในมาตรา 1 มาตรา 13 มาตรา 55 มาตรา 56 มาตรา 62 มาตรา 63 และ มาตรา 76 เท่านั้น แต่มิได้ให้คำนิยามหรือคำจำกัดความของคำว่าสิทธิมนุษยชนไว้แต่อย่างไร ตาม ปริญญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ (Universal Declaration of Human Rights) ซึ่งถือเป็นแม่บทของสิทธิมนุษยชนในปัจจุบันได้แต่เพียงจำแนกสิทธิมนุษยชนออกเป็นประเภท ต่าง ๆ ไว้เท่านั้นมิได้มีคำอธิบายหรือบทนิยามของคำว่า สิทธิมนุษยชนไว้แต่อย่างใด เช่นเดียวกัน สิทธิมนุษยชน ตามที่ปริญญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชนได้แจกแจงไว้ดังนี้

1. สิทธิทางแพ่งและทางการเมือง (Political and Civil Right) เป็นสิทธิตามธรรมชาติ ที่มีมาตั้งแต่ดั้งเดิมและปรากฏอยู่ในบทบัญญัติข้อ 1-21 สิทธิดังกล่าวประกอบไปด้วย สิทธิและ เสรีภาพในการเคลื่อนไหว สิทธิในการเป็นเจ้าของทรัพย์สิน สิทธิในการที่จะได้รับพิจารณาคดีอย่าง เป็นธรรม สิทธิในความเป็นส่วนตัว สิทธิในการเลือกนับถือศาสนา สิทธิในการแสดงออกอย่างเสรี สิทธิในการลี้ภัย และสิทธิของผู้ถูกระทำการทารุณกรรมต่าง ๆ

²¹ To Reaffirm Faith in Fundamental Human Rights, in the Dignity and Worth of the Human Person.

2. สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (Economic Social and Cultural Rights) เป็นสิทธิที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานความเป็นอยู่ สภาพแวดล้อม และคุณภาพชีวิตของมนุษย์ ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติข้อ 22 เป็นต้นไป ได้แก่ สิทธิในการศึกษา สิทธิในการก่อตั้งสหภาพแรงงาน สิทธิในมาตรฐานการครองชีพที่ดี และอย่างพอเพียงตลอดจนสิทธิในการหยุดพักผ่อนจากการทำงาน เป็นต้น

สิทธิมนุษยชนมีความหมายใกล้เคียงกับสิทธิทางจริยธรรม กล่าวคือ มีความหมายโน้มเอียงไปในทางปรัชญา ปัญหาว่าสิทธิมนุษยชนคืออะไร ยังคงมีความเห็นที่ต่างกัน ความเห็นแรกเห็นว่า เฉพาะสิทธิที่ได้รับรองและคุ้มครองโดยกฎหมายเท่านั้นจึงจะถือเป็นสิทธิมนุษยชน²² เช่น สิทธิของผู้ต้องหาในการที่จะได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ว่ามีความผิดจริง ส่วนสิทธิที่ไม่อาจเรียกร้องบังคับกันได้ เช่น สิทธิในการแสดงความคิดเห็น สิทธิในการเลือกนับถือศาสนา ยังไม่อาจถือได้ว่าเป็นสิทธิมนุษยชนตามความหมายนี้ อย่างไรก็ตามนักกฎหมายบางท่านมีความเห็นว่า สิทธิมนุษยชน หมายถึง ทั้งสิทธิตามกฎหมายและสิทธิที่มีไม่ตามกฎหมาย นักปราชญ์ทางกฎหมายท่านหนึ่งได้กล่าวถึงสิทธิมนุษยชนไว้ว่า

“สิทธิมนุษยชน คือ สิทธิทั้งหลาย ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันในประเทศที่มีอารยธรรมว่า เป็นสิทธิพื้นฐานที่จำเป็นในการดำรงชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรีของมนุษย์ และในการพัฒนาบุคลิกภาพของมนุษย์ เป็นสิทธิที่มีการคุ้มครองป้องกันในทางกฎหมายเป็นพิเศษกับความสำคัญของสิทธิดังกล่าว”²³

จากคำจำกัดความข้างต้น สิทธิมนุษยชนจะหมายถึง สิทธิขั้นพื้นฐาน เป็นมาตรฐานขั้นต่ำที่พึงมี เป็นสิ่งที่จำเป็นในการดำรงชีวิตของมนุษย์อย่างมีศักดิ์ศรีและมีคุณค่า หากมีการล่วงละเมิดต่อ สิทธิดังกล่าวย่อมจะได้รับการรับรองและคุ้มครองโดยกฎหมาย เช่น สิทธิในชีวิตร่างกาย และความมั่นคงปลอดภัย สิทธิในการถือครองทรัพย์สินตลอดจนสิทธิในการเคลื่อนไหว และในการเลือกถิ่นที่อยู่อาศัย เป็นต้น นอกจากนี้ สิทธิมนุษยชน ยังหมายถึงสิทธิที่พึงมีเพื่อการพัฒนาบุคลิกภาพ คุณภาพชีวิต เพื่อธำรงรักษาไว้ซึ่งคุณค่าของความเป็นมนุษย์ เช่น สิทธิในการเลือกนับถือศาสนา สิทธิในการ เลือกประกอบอาชีพ สิทธิในการแสดงความคิดเห็น ตลอดจนสิทธิในการมีส่วนร่วมในทางการเมือง เป็นต้น จะเห็นได้ว่า สิทธิมนุษยชนประกอบไปด้วยสิทธิต่าง ๆ ครอบคลุมวิถีชีวิตของมนุษย์ทุกคน ตั้งแต่เกิดจนตาย

คำว่า สิทธิมนุษยชน (Human Rights) เป็นที่รู้จักและถูกใช้อย่างแพร่หลายนับตั้งแต่ได้มีการก่อตั้งองค์กรสหประชาชาติเป็นต้นมามีคำอื่นที่มีความหมายใกล้เคียงกับคำว่า สิทธิมนุษยชน

²² กุลพล พลวัน, พัฒนาการแห่งสิทธิมนุษยชน (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2538), น. 51.

²³ วีระ โลจายะ, กฎหมายสิทธิมนุษยชน (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2525), น. 53-54.

ปรากฏแพร่หลายอยู่ด้วยเช่นกัน ได้แก่ สิทธิธรรมชาติ (Natural Rights) สิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental Rights) และสิทธิของมนุษย์ (Rights of Man) เป็นต้น ถึงแม้ในกฎบัตรสหประชาชาติ จะมีได้กล่าวถึง สิทธิมนุษยชนไว้แต่อย่างใด ถ้าจะแปลความหมายตามตัวอักษร สิทธิมนุษยชน ผู้ที่เป็น มนุษย์ย่อมมีสิทธิ ดังกล่าวตั้งแต่เกิดจนตายโดยปราศจากเงื่อนไขหรือข้อจำกัดของกฎหมาย ก่อนที่จะวิเคราะห์ ความหมายของสิทธิมนุษยชนโดยละเอียด มีความจำเป็นที่ต้องทราบความหมายของ คำว่าสิทธิต่าง ๆ ที่ใกล้เคียงกัน รวมทั้งแนวความคิดในเรื่องสิทธิธรรมชาติเสียก่อน โดยจะพิจารณาได้ ดังนี้

2.1.3.2 แนวความคิดของสิทธิธรรมชาติ

สิทธิธรรมชาติ (Natural Rights) หมายถึง สิ่งที่มีอยู่ในธรรมชาติ เป็นความชอบธรรมที่ มนุษย์พึงมี สิทธินี้มีหลักการอยู่บนความต้องการพื้นฐานของมนุษย์ ปราชญ์ทางรัฐศาสตร์ท่านหนึ่ง ได้กล่าวถึงธรรมชาติของมนุษย์ไว้ว่า “มนุษย์มีความกลัวอยู่ตลอดเวลาไม่ว่าในสมัยที่ยังไม่เข้าใจ ธรรมชาติ ไม่สามารถควบคุมธรรมชาติได้ หรือในสมัยที่มีความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ความกลัวของมนุษย์มีทุกระดับนับตั้งแต่กลัวความตาย กลัวการสูญเสียสิ่งที่รัก หวงแหน และเป็นเจ้าของ กลัวการถูกรุกราน กลัวการถูกตอบโต้เมื่อไปรุกราน เพราะมนุษย์มีความ กลัว มนุษย์จำต้องแสวงหาความมั่นคงปลอดภัยซึ่งหลักประกันขั้นต่ำ ได้แก่ ความมั่นคงปลอดภัย ในชีวิต การดำรงชีพ ประกอบอาชีพ และทรัพย์สินทั้งที่เป็นความมั่นคงปลอดภัยภายในสังคมและ จากการรุกราน ของพลังภายนอกสังคม”²⁴ ความต้องการของมนุษย์ในการแสวงหาความมั่นคง ความ ปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน รวมทั้งความต้องการที่จะดำรงชีวิตอยู่ในสังคมอย่างมี ศักดิ์ศรี ได้ก่อให้เกิด ความเชื่อ ลัทธิและอุดมการณ์ต่าง ๆ ความเชื่อที่มีความสำคัญอีกอย่างหนึ่ง ได้แก่ ความเชื่อในเรื่องสิ่งที่เป็นความชอบธรรมขั้นพื้นฐานที่มีอยู่ตามธรรมชาติพร้อมกับการเกิด ของมนุษย์ อันได้แก่ สิทธิ ธรรมชาติซึ่งมีสาระสำคัญ ดังนี้

มนุษย์ทั้งหลายเกิดมาเท่าเทียมกัน มนุษย์มีสิทธิบางประการที่ติดตัวมาตั้งแต่กำเนิด จนกระทั่งถึงแก่ความตาย สิทธิที่ว่านี้ได้แก่ สิทธิในชีวิต เสรีในร่างกาย และความเสมอภาค เป็น สิทธิ ซึ่งไม่สามารถโอนให้แก่กันได้ และผู้ใดจะล่วงละเมิดมิได้ หากมีการล่วงละเมิดก็อาจจะ ก่อให้เกิดอันตรายหรือกระทบกระเทือนเสื่อมเสีย ต่อสภาพของความเป็นมนุษย์ได้”²⁵ สิทธิตาม ธรรมชาตินั้นมีที่หลายประการด้วยกัน ได้แก่

²⁴ ชัยอนันต์ สมุทวณิช, ทฤษฎีระบบการเมืองไทย (กรุงเทพฯ : คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537), น. 5-6.

²⁵ เรื่องเดียวกัน, น. 1.

1. หลักการและเหตุผล (Rationalism) ซึ่งถือว่า สิทธิธรรมชาติของมนุษย์เป็นหลักของความเป็นจริงไม่อาจโต้แย้ง เปลี่ยนแปลง หรือแก้ไขได้ หลักแห่งเหตุและผลนี้มีรากฐานมาจากแนวคิดเรื่องกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) โดยคิดจากเหตุผลทั่วไปว่ามนุษย์ควรมีสสิทธิตั้งพื้นฐานประการใดบ้าง เช่น การได้รับความมั่นคงปลอดภัยในชีวิต ร่างกายและทรัพย์สิน หรือการได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน โดยปราศจากอคติจากเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือผู้ปกครอง ทั้งนี้โดยคำนึงถึงเกียรติภูมิและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ที่เสมอกัน

2. หลักความชอบธรรม (Legitimism) ซึ่งมีหลักการรักษาไว้ซึ่งสิทธิธรรมชาติของมนุษย์ในเวลาใดก็ตามที่ผู้ปกครองใช้อำนาจโดยฉ้อฉล ผู้ถูกปกครอง ย่อมมีสิทธิโดยชอบธรรม ในการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดนี้ได้ปรากฏอยู่ในคำประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกา (The Declaration of Independence) ซึ่งกล่าวว่า “...เมื่อใดก็ตามที่รัฐบาลเป็นผู้ทำลายจุดมุ่งหมายเหล่านี้ ประชาชนย่อมมี สิทธิโดยชอบที่เปลี่ยนแปลง หรือล้มเลิกรัฐบาลนั้นเสียได้ และสร้างสถาบันรัฐบาล ขึ้นใหม่เพื่อให้ดำเนินตามหลักการและมีอำนาจสร้างสรรค์ความปลอดภัยและความผาสุกให้เกิดขึ้นได้”

3. หลักปัจเจกชนนิยม (Individualism) ซึ่งมีแนวความคิดว่าสิทธิธรรมชาติเกิดขึ้นพร้อมกับการมีสภาพบุคคล เป็นสิทธิประจำตัวของบุคคลนั้น ไม่สามารถเพิกถอน หรือโอนให้แก่บุคคลอื่นใดได้ตามความหมายนี้ รัฐจึงมีอำนาจอันจำกัด ไม่สามารถที่จะออกกฎหมายใดที่เป็นการขัดหรือแย้งกับสิทธิธรรมชาติของมนุษย์ได้ แนวความคิดนี้มีปรากฏอยู่ในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของเวอร์จิเนีย (Virginian Declaration of Rights) ความตอนหนึ่งว่า “โดยธรรมชาติของมนุษย์ ทุกคนเป็นผู้มีอิสระอย่างเสมอภาคกัน มีสิทธิธรรมชาติติดตัวอยู่ และเมื่อมารวมกันเป็นสังคม สิทธินี้มีอาจถูกยกเลิกเพิกถอนไปได้ ทั้งนี้ไม่ว่าโดยความตกลงใด ๆ”²⁶

นับตั้งแต่อดีต มนุษย์ได้แสวงหาและคิดค้นสิ่งต่าง ๆ เพื่อสร้างหลักประกันและความมั่นคง ปลอดภัยให้กับชีวิต ร่างกายและทรัพย์สินต่าง ๆ ต่อมาเมื่อสังคมมีความซับซ้อนมากขึ้น มีการกดขี่ เอารัดเอาเปรียบจากชนชั้นปกครอง มนุษย์จึงต้องแสวงหาความชอบธรรมเพื่อที่จะเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขเหตุแห่งความอยุติธรรมดังกล่าวให้หมดสิ้นไป สิทธิธรรมชาติถูกกล่าวอ้างเพื่อสนับสนุน ความชอบธรรมในการเปลี่ยนแปลง ปัจจุบันมนุษย์ยังคงแสวงหาต่อไป ซึ่งหลักประกันในอันที่จะคุ้มครองมาตรฐานการดำรงอยู่ได้อย่างทรงคุณค่าในสภาพแวดล้อมที่ดีอย่างสมศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์

²⁶ ชัยอนันต์ สมุทวณิช, ทฤษฎีระบบการเมืองไทย ครอบคลุมการวิเคราะห์ไตรลักษณ์รัฐ (กรุงเทพมหานคร : คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537), น. 1.

2.1.4 แนวความคิดของสิทธิตามกฎหมาย

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ได้ให้ความหมายของคำว่า สิทธิ ไว้ว่า “หมายถึง อำนาจอันชอบธรรม”

สารานุกรมไทยฉบับเยาวชน พ.ศ. 2536 ได้ให้นิยามคำว่า สิทธิ คือ “อำนาจอันชอบธรรมตามกฎหมาย ซึ่งกฎหมายรับรองและคุ้มครองให้”

ศาลฎีกาได้วินิจฉัยความหมายของคำว่า สิทธิ ไว้ว่า “พูดถึงสิทธิ หากจะกล่าวโดยย่อและรวบรัดแล้ว ได้แก่ ประโยชน์อันบุคคลมีอยู่ แต่ประโยชน์จะเป็นสิทธิหรือไม่ ถ้าบุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องเคารพประโยชน์นั้นก็เป็นสิทธิ กล่าวคือ ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมาย”²⁷

คำว่า เสรีภาพ ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน หมายถึง ทำได้ คิดได้โดยไม่มีข้อผูกมัด หรือมีอะไรมาเหนี่ยวรั้ง

สิทธิและเสรีภาพโดยทั่วไปมักจะใช้ในความหมายรวม ๆ กัน ไป เช่น สิทธิเสรีภาพในการพูด ในการแสดงความคิดเห็น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ได้พูดถึงสิทธิในชีวิต ร่างกาย อนามัย ทรัพย์สินและเสรีภาพและยังได้กล่าวถึงเสรีภาพไว้อีกว่า หมายถึงความสามารถในการเคลื่อนไหวโดยปราศจากการถูกแทรกแซง ขัดขวาง หากมีการจับกุมคุมขัง โดยมีข้อย่อมจะต้องถือว่ามี การละเมิดต่อเสรีภาพแล้ว เป็นที่เข้าใจ โดยทั่วไปว่าการกระทำละเมิดตาม มาตรา 420 เป็นการประทุษร้ายต่อสิทธิของบุคคลอื่นจึงน่าจะถือได้ว่ากฎหมายแพ่งและพาณิชย์เองก็มิได้แยกสิทธิและเสรีภาพออกจากกันเด็ดขาด ถึงแม้จะถูกใช้ลักษณะที่มิได้แยกจากกันอย่างเด็ดขาดดังที่กล่าวมาแล้วก็ตาม สิทธิและเสรีภาพยังคงมีความแตกต่างกันในเนื้อหาและสาระสำคัญ ดังนี้

“สิทธิ นั้นถือเป็นอำนาจหรือ โอกาสที่มีการคุ้มครองว่าถ้าทำไปแล้วไม่ผิด และมีทางเลือกว่าจะทำหรือไม่ก็ได้ ถือเป็นประโยชน์ที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองโดยทั่วไปแล้วย่อมมาจากกฎหมาย (Legal Rights) ส่วนเสรีภาพ หมายถึง ความมีอิสระที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการใด ๆ”²⁸ จึงอาจกล่าวได้ว่า สิทธิ คือ อำนาจ ผู้ทรงสิทธิสามารถที่จะเลือกได้ว่าจะใช้สิทธิที่มีอยู่หรือไม่ก็ได้ หากใช้ สิทธิเช่นว่านี้กฎหมายก็รับรองและคุ้มครองให้ เช่น สิทธิในการชุมนุม ประท้วงอย่างสงบของลูกจ้าง ผู้เป็นเจ้าของสิทธิคือตัวลูกจ้างจะใช้สิทธิที่มีอยู่หรือไม่ก็ได้ หากใช้กฎหมายก็คุ้มครองให้ กล่าวคือ บุคคลอื่น ได้แก่ นายจ้างหรือตำรวจจะกระทำการห้ามปรามหรือขัดขวางการใช้สิทธิดังกล่าวของ ลูกจ้างนั้นมิได้ ส่วนเสรีภาพ จะหมายถึง การจำกัดขอบเขตของ

²⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 124/2487

²⁸ วิษณุ เครืองาม, “สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ,” ใน รวมบทความสู่สิทธิมนุษยชน (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), น. 38-39.

การใช้สิทธิที่มีอยู่ได้แก่ การกำหนดในเรื่องวิธีการใช้สิทธิเช่นนั้นว่าควรจะใช้อย่างไร เช่น ในการใช้สิทธิชุมนุมประท้วงของลูกจ้างดังกล่าว จะต้องกระทำด้วยความสงบ ไม่รบกวน ชัดขวาง หรือล่วงละเมิดต่อสิทธิของผู้อื่น กล่าวคือ จะทำการปิดถนนกีดขวางการจราจรหรือทำการบังคับขู่เข็ญนายจ้างให้ยอมตามคำเรียกร้องของตนมิได้

หากพิจารณาในแง่ของการบังคับใช้ อาจแบ่งสิทธิได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่

ประเภทที่หนึ่ง คือ สิทธิตามกฎหมาย (Legal Rights) หมายถึง สิทธิที่สามารถบังคับให้เป็นไปตามสิทธิได้จริง โดยทั่วไปเกิดจากการที่กฎหมายให้การรับรองและคุ้มครองไว้อย่างชัดเจน เช่น สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในค่าสินไหมทดแทนจากการถูกระงับละเมิด หรือเกิดจากการที่มีจารีตประเพณีให้การรับรองไว้ เช่น สิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศ สิทธิดังกล่าวสามารถพิสูจน์ได้แน่ชัด หรือบังคับให้เป็นไปตามสิทธิได้

ประเภทที่สอง คือ สิทธิทางจริยธรรม (Moral Rights) หมายถึง สิทธิในอุดมคติเป็นอำนาจอันชอบธรรมที่มนุษย์จะพึงมี เกิดมีขึ้นพร้อมกับความเป็นมนุษย์ตั้งแต่เกิดจนตาย เป็นสิ่งที่ขาดสภาพบังคับตามกฎหมายในการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิ เช่น สิทธิในการแสดงความคิดเห็น สิทธิในการที่จะรับรู้ข้อมูลข่าวสาร สิทธิในความเป็นส่วนตัว ตลอดจนสิทธิในการเลือกนับถือศาสนา เป็นต้น

2.1.5 สถานะในทางกฎหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ในการพิจารณาถึงสถานะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะแบ่งการพิจารณาถึงสถานะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ออกเป็น 3 ประการ²⁹ คือ

2.1.5.1 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

“ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” นั้นถือว่าเป็นคุณค่าสูงสุดของรัฐธรรมนูญหรือที่กล่าวกันว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นหลักสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การกระทำของรัฐทั้งหลายจึงต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับคุณค่าอันสูงสุดของรัฐธรรมนูญดังกล่าว เพราะมนุษย์นั้นเป็นเป้าหมายการดำเนินการของรัฐ มนุษย์มิใช่เป็นเพียงเครื่องมือในการดำเนินการของรัฐและการดำรงอยู่ของรัฐนั้นก็ดำรงอยู่เพื่อมนุษย์ มิใช่มนุษย์ดำรงอยู่เพื่อรัฐ ด้วยเหตุนี้ ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ จึงถือว่าเป็นพื้นฐานสำหรับการวางรากฐานของหลักเสรีภาพของบุคคลและหลักความเสมอภาคดังที่ทราบกันโดยทั่วไปว่า สิทธิและเสรีภาพนั้นเป็นสิทธิที่ไม่อาจจำหน่าย จ่าย โอนได้ และเป็นสิทธิที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้ ทั้งนี้ เพื่อให้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมีผลเป็นจริงในทางปฏิบัติ ซึ่งย่อมหมายความว่าสิทธิและเสรีภาพทั้งหลายที่บัญญัติไว้ โดยสาระสำคัญของสิทธิและ

²⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), น. 88-91.

เสรีภาพดังกล่าวนั้นเป็นการแสดงถึงผลอันมีพื้นฐานมาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งก่อให้เกิดผลสำคัญ 2 ประการ ประการแรก การตีความเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพทั้งหลายจะต้องถือว่าเนื้อหาของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นพื้นฐานที่จะต้องนำมาใช้ประกอบในการตีความสิทธิและเสรีภาพอื่น ๆ ด้วย ประการที่สองอาจกล่าวได้ว่าเนื้อหาในทางหลักการทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพทั้งหลาย รวมทั้งความหมายของการแทรกแซงในขอบเขตที่ได้รับการคุ้มครองของสิทธิและเสรีภาพทุกประเภทนั้น ได้รับการพัฒนามาจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

ความสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งถือว่าในบทบัญญัติที่อยู่ในลำดับชั้นสูงสุดของรัฐธรรมนูญนั้น อาจแสดงให้เห็นได้ในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) ความเป็นมนุษย์นั้นมีผลในการกำหนดการกำหนดทิศทางของรัฐ เรื่องศักดิ์ศรีกฎหมายที่จะต้องทำให้บรรลุเป้าหมายต่อคุณค่าดังกล่าว สำหรับการกระทำของรัฐทั้งหลาย เพราะศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์นั้นเป็นตัวกำหนดและเป็นตัวจำกัดวัตถุประสงค์ และภาระหน้าที่ของรัฐ

(2) การบัญญัติรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นไม่เพียงแต่ก่อให้เกิดสิทธิในทางมหาชนที่มุ่งหมายต่อการกระทำของรัฐเท่านั้น หากแต่ยังบังคับให้รัฐต้องกำหนดเป็นหลักของกฎหมายทั้งหลาย (โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) ว่าอำนาจอื่น ๆ นอกเหนือจากอำนาจรัฐก็ไม่อาจที่จะละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้ ถึงแม้จะไม่ก่อให้เกิดสิทธิในทางมหาชนในการเรียกร้องให้บัญญัติกฎหมายเพื่อการคุ้มครองดังกล่าวก็ตาม แต่จากบทบัญญัติกฎหมายที่มีอยู่จะต้องตีความให้สอดคล้องกับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ นอกจากนี้รัฐยังต้องปกป้องคุ้มครองเพื่อมิให้มีการละเมิดในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นได้ ก่อให้เกิดคำถามว่าในกฎหมายแพ่งนั้นจะต้องคำนึงถึงระบบคุณค่าในทางรัฐธรรมนูญ เช่น หลักอันละเมิดมิได้ของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือไม่เพียงใด ซึ่งในทางตำราของเยอรมัน ต่างยอมรับกันว่าหลักดังกล่าวนี้มีอิทธิพลต่อกฎหมายแพ่งด้วย

2.1.5.2 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ

ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของไทย นอกเหนือจากที่ได้กำหนดสิทธิและเสรีภาพไว้อย่างหลากหลายแล้ว ยังได้กำหนดให้มีหลักประกันของสิทธิและเสรีภาพ เช่น ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 29 วรรค 2 หลักคือ ห้ามมิให้จำกัดสิทธิและเสรีภาพอันมีผลเพื่อใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง หลักการอ้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพมิได้ จากหลักประกันดังกล่าวนี้เอง ก่อให้เกิดคำถามขึ้นว่าอะไรคือสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพแต่ละประเภท และมีขอบเขตแค่ไหนเพียงใด ซึ่งในเรื่องนี้นับว่าเป็นปัญหาที่มีความยุ่งยากซับซ้อนในการกำหนดขอบเขตสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ

ในปัญหาดังกล่าวแม้ในทางคำรากฎหมายของเยอรมันเองจนถึงปัจจุบันนี้ก็ยังไม่สามารถที่จะกำหนดกฎเกณฑ์ออกมาเป็นหลักทั่วไปได้ว่า อะไรคือสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ แต่อย่างไรก็ตามได้มีความพยายามในการนำเกณฑ์ของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Wuerde des Menschen) มาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ ด้วยเหตุนี้ การแทรกแซงใดที่เป็นการละเมิดต่อศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ธรรมเนียมถือว่าเป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ ดังนั้น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้น ถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสารัตถะอันเป็นแก่นของสิทธิและเสรีภาพแต่ละประเภท ซึ่งภายในขอบเขตดังกล่าวรัฐมิอาจล่วงละเมิดได้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ จึงมีความมุ่งหมายที่จะปกป้องคุ้มครองการแทรกแซงของรัฐ มิให้กระทบต่อสารัตถะแห่งสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล

2.1.5.3 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เป็นสิทธิประเภทหนึ่ง

ในประเด็นนี้มีข้อถกเถียงในทางวิชาการว่า ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์นั้นเป็นเพียงหลักการกว้าง ๆ ที่ครอบคลุมสิทธิและเสรีภาพทั้งหลายหรือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นถือว่าเป็นสิทธิที่มีลักษณะเฉพาะตนสิทธิหนึ่งต่อกรณีปัญหาดังกล่าวในทางวิชาการของเยอรมันนั้น มีความเห็นแบ่งออกเป็น 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายแรกเห็นว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่ถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่ง เพราะการบัญญัติถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามมาตรา 1 วรรคหนึ่ง³⁰ ของรัฐธรรมนูญนั้น มีลักษณะเป็นการประกาศหลักการของสิทธิขั้นพื้นฐาน และเนื่องจากในมาตรา 1 วรรคสาม³¹ ของรัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้สิทธิขั้นพื้นฐานในมาตราต่อ ๆ มาผูกพันอำนาจรัฐทั้งหมดแต่ไม่หมายรวมถึงศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ด้วย นอกจากนี้ขอบเขตในการพิจารณาถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นจากความแน่นอนชัดเจนว่ามีขอบเขตแค่ไหนเพียงใด ดังนั้นตามความเห็นฝ่ายแรกจึงเห็นว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญ ไม่ถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่ง อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่ง ทั้งนี้ โดยพิจารณาจากการจัดระบบในเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานและพัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้ว ถือได้ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

³⁰ กฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) ของสหพันธ์รัฐเยอรมนี มาตรา 1 วรรคหนึ่ง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้น เป็นสิ่งที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้เป็นภาระหน้าที่ของรัฐที่จะต้องให้ความเคารพและให้ความคุ้มครองต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์”

³¹ กฎหมายพื้นฐาน (Basic Law) ของสหพันธ์รัฐเยอรมนี มาตรา 1 วรรคสาม “สิทธิขั้นพื้นฐานที่จะกล่าวต่อไปนี้ ย่อมผูกพันอำนาจ นิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการ โดยถือว่าเป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้โดยตรง”

เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่ง โดยฝ่ายนี้ได้โต้แย้งความเห็นฝ่ายแรกที่กล่าวว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มีลักษณะเป็นการประกาศหลักการและขาดความแน่นอนชัดเจนนั้น ซึ่งฝ่ายนี้เห็นว่าลักษณะดังกล่าวนั้นปรากฏอยู่ในสิทธิขั้นพื้นฐานอื่น ๆ ด้วย ซึ่งปัญหาในเรื่องดังกล่าวต่อมาศาลรัฐธรรมนูญ สหพันธ์ของเยอรมัน ได้วินิจฉัยยอมรับว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานสิทธิหนึ่ง และต่อมาได้วินิจฉัยว่าถึงแม้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์มิได้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตราที่ระบุให้ผูกพันอำนาจรัฐทั้งหมดก็ตาม แต่อำนาจรัฐทั้งหลายก็ยังคงผูกพันกับหลักการสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ด้วยซึ่งจากลักษณะดังกล่าวนี้เอง (ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์) Zippelius ได้กล่าวว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น มีความมุ่งหมาย 2 ประการ ประการแรก ถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งมีลักษณะเป็นสิทธิ ๆ หนึ่ง ส่วนความมุ่งหมายอีกประการหนึ่ง ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยในทางคุณค่าอันแสดงถึงทิศทางของการกระทำโดยเรียกร้องให้สิทธิขั้นพื้นฐานนั้นสามารถบรรลุเป้าหมายได้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ นอกเหนือจากการให้หลักประกันที่จะไม่ล่วงละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน

สำหรับกรณีของไทยตามที่ได้บัญญัติถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ใน มาตรา 4 มาตรา 27 และมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญ เช่น มาตรา 4 บัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง” ในกรณีนี้ย่อมเห็นได้ชัดเจนว่ารัฐธรรมนูญของไทย ได้ให้ความรับรองคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างชัดเจนโดยแยกออกจากสิทธิและเสรีภาพกรณีเช่นนี้ในแง่ของสถานะของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญของไทยนั้นย่อมถือได้ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าหรือวัตถุในทางกฎหมายอย่างหนึ่งที่ได้รับรองคุ้มครองแยกต่างหากจากสิทธิและเสรีภาพแล้ว ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญของไทย นอกจากจะเป็นสิ่งที่กฎหมายให้ความคุ้มครองแล้วยังต้องถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นรากฐานของสิทธิและเสรีภาพทั้งปวงด้วย เพราะโดยสภาพพื้นฐานแล้วสิทธิและเสรีภาพต่าง ๆ นั้นเป็นเพียงผลของการรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

2.2 จุดกำเนิดของเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

ในสมัยอดีตกาลมีการใช้เทคนิคการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อกับสัตว์หลายชนิดมาเป็นเวลาหลายศตวรรษแล้ว ก่อนที่เราจะใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กับมนุษย์ ซึ่งประสบความสำเร็จครั้งแรกในปี ค.ศ. 1790 โดยศัลยแพทย์ชาวอังกฤษชื่อ Hunter และหลังจากนั้นการใช้เทคนิคเดียวกันนี้ก็ประสบความสำเร็จในประเทศสหรัฐอเมริกา ในปี ค.ศ. 1884 ที่สามารถทำให้หญิงซึ่งสามเป็นหมันสามารถตั้งครรภ์ได้จากการรับบริจาคอสุจิ ซึ่งมีการพัฒนามาโดยตลอดจนปี ค.ศ. 1890 ประสบความสำเร็จในการย้ายฝากตัวอ่อนในสัตว์หลายชนิด โดยแพทย์

ชื่อ Walter Heape และเมื่อปี ค.ศ. 1959 นักวิทยาศาสตร์นามว่า Chamg ประสบความสำเร็จในการปฏิสนธินอกร่างกายได้ โดยเริ่มนำมาทดลองกับมนุษย์ในประเทศอังกฤษเป็นครั้งแรก ในช่วงปี 1970 โดยนักวิจัยของมหาวิทยาลัยเคมบริดจ์ ต่อมาเมื่อปี ค.ศ. 1973 นายแพทย์ในประเทศออสเตรเลียใช้เทคนิคการปฏิสนธินอกร่างกายจนสามารถทำให้หญิงตั้งครรภ์ได้สำเร็จแต่ภายหลังได้แท้งไปเสียก่อน จนกระทั่งเมื่อวันที่ 25 กรกฎาคม ค.ศ. 1978 แพทย์ชาวอังกฤษ Dr. Steptoe และ Dr. Edward สามารถใช้เทคนิคเดียวกันนี้ ทำให้หญิงคลอดบุตรได้เป็นผลสำเร็จ ซึ่งถือว่าเป็นเด็กคนแรกที่เกิดจากวิธีการปฏิสนธินอกร่างกาย หรือที่เรียกว่าเป็น “เด็กหลอดแก้ว” และยังมีการพัฒนาไปจนถึงการย้ายฝากตัวอ่อนที่แช่แข็ง และในปี ค.ศ. 1984 มีการนำตัวอ่อนที่แช่แข็งย้ายไปใส่ในครรภ์ของหญิงอีกคนและสามารถคลอดบุตรได้เป็นผลสำเร็จ จนกระทั่งในปัจจุบันได้มีการพัฒนาเทคนิคอื่น ๆ ในการแก้ปัญหาภาวะผู้มีบุตรยาก อยู่หลายวิธี³²

2.3 การจำแนกเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

2.3.1 การผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อ (Artificial Insemination) คือ เป็นการนำน้ำเชื้ออสุจิในรูปแบบน้ำเชื้อสดหรือน้ำเชื้อแช่แข็งฉีดเข้าไปในช่องคลอดของฝ่ายหญิง ในบริเวณปากมดลูก โพรงมดลูกหรือท่อนำรังไข่ ในช่วงระยะเวลาที่เซลล์ไข่ของเพศหญิงมีภาวะตกไข่ เพื่อให้เกิดการปฏิสนธิ โดยไม่ต้องมีเพศสัมพันธ์ตามธรรมชาติ ซึ่งการผสมเทียมตามวิธีนี้อาจเป็นไปได้เป็นหลายชนิด ได้แก่ การผสมเทียมโดยใช้เชื้อของสามี หรือ การผสมเทียมโดยใช้เชื้อของผู้บริจาค

1. การผสมเทียมโดยใช้เชื้อของสามี โดยมีข้อสังเกตทางกฎหมายเกี่ยวกับการนำน้ำเชื้อของกลุ่มสมรสอีกฝ่ายหนึ่งมาใช้ ในการผสมเทียมโดยใช้เชื้ออสุจิของสามีในทางกฎหมายก่อให้เกิดปัญหาว่าฝ่ายชาย สามีโดยชอบด้วยกฎหมายจะปฏิเสธว่าเด็กที่เกิดมามีบุตรของตนเองได้หรือไม่ เนื่องจากตนไม่ได้ร่วมประเวณีตามธรรมชาติ และหากกลุ่มสมรสไม่ได้จดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมายฝ่ายชายที่ปฏิเสธที่จะรับเด็กเป็นบุตร หรือจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูต่อหญิงจะมีสิทธิดำเนินคดีอย่างไร

2. การผสมเทียมโดยใช้เชื้อของผู้บริจาค โดยนำน้ำเชื้อหรือเซลล์อสุจิของผู้บริจาคมานำใช้ในการผสมเทียมแทนที่จะเป็นน้ำเชื้อของสามีของหญิงนั้น สาเหตุที่ต้องใช้อาจเนื่องมาจากฝ่ายสามีนั้นเป็นหมัน หรือมีความผิดปกติของยีน หรือความผิดปกติทางพันธุกรรมที่จะถ่ายทอดไป

³² ยศศักดิ์ โกโศยกานนท์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายอุ้มบุญ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), น. 14

ยังทารกได้ เมื่อฝ่ายชายมิได้เป็นเจ้าของเซลล์อสุจิยอมก่อให้เกิดปัญหาในทางกฎหมายและจริยธรรมอีกหลายประการ³³

2.3.2 การปฏิสนธินอกร่างกาย คือ เป็นการรักษาภาวะการมีบุตรยาก เป็นการบำบัดรักษาภาวะผู้มีบุตรยากโดยใช้เทคนิคการปฏิสนธินอกร่างกายที่ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของแพทย์อย่างเข้มงวด โดยความสำเร็จของเทคนิคนี้ขึ้นอยู่กับทำให้ตัวอ่อนนั้นสามารถฝังตัวที่ผนังมดลูกหรือเจริญเติบโตต่อไปได้ แต่ส่วนใหญ่มักไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควร เพราะไข่ที่ผสมแล้วเมื่อนำกลับไปใส่ พบว่าไม่สามารถที่จะเข้าไปฝังตัวที่ผนังมดลูกได้ แพทย์จึงจำเป็นต้องฉีดยาเพื่อกระตุ้นไข่ให้มีจำนวนหลายใบ เพื่อเพิ่มโอกาสในการที่ตัวอ่อนนั้นจะฝังตัวลงในผนังมดลูก และไม่ต้องนำเซลล์ไข่ออกมาหลายครั้งหากไม่ประสบความสำเร็จในการตั้งครรภ์ จึงต้องมีการให้ฮอร์โมน เพื่อกระตุ้นให้ไข่ตกหลายฟองในรอบเดือนนั้น แล้วนำไข่มาผสมกับเชื้ออสุจิ โดยเลือกตัวอ่อนที่สมบูรณ์ที่สุดแล้วนำกลับเข้าไปยังมดลูกของหญิงนั้น หากฝ่ายหญิงไม่สามารถผลิตเซลล์ไข่ได้ เพราะมีอายุมาก หรือหากสามีมีปัญหาเรื่องเซลล์อสุจิด้วย อาจจะต้องนำเซลล์ไข่และเซลล์อสุจิบริจาคมาใช้เพื่อทำการปฏิสนธิภายนอกและให้เกิดการตั้งครรภ์แทน³⁴ ซึ่งการจำแนกเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ทั้งสองประเภทสามารถแยกได้เป็นดังนี้

1. การกระตุ้นรังไข่และการผสมเทียม (Intrauterine Insemination: IUI) การฉีดเชื้ออสุจิที่แข็งแรงผ่านเข้าสู่โพรงมดลูกช่วงระยะเวลาที่เหมาะสมกับการปฏิสนธิ
2. กิฟท์ (Gamete Intra Fallopian Transfer: GIFT) เป็นการพัฒนารักษาภาวะมีบุตรยากในช่วงแรกซึ่งกระทำโดยการเจาะเซลล์ไข่ของฝ่ายหญิงออกมาจากรังไข่ จากนั้นนำกลับเข้าสู่ท่อนำไข่ของฝ่ายหญิงพร้อมกับเซลล์อสุจิของฝ่ายชาย การนำเซลล์สืบพันธุ์ ทั้งไข่และอสุจิ ไปใส่ที่ท่อนำไข่ เพื่อให้การการปฏิสนธิบริเวณท่อนำไข่ ถ้าเกิดการปฏิสนธิและมีการพัฒนาเป็นตัวอ่อนจะค่อย ๆ เคลื่อนมาฝังตัวที่ผนังมดลูก เพื่อที่จะสามารถตั้งครรภ์ต่อไป ซึ่งการรักษาด้วยวิธีนี้ฝ่ายหญิงนั้นจำเป็นต้องมีท่อนำไข่ที่ปกติอย่างน้อย 1 ข้าง เพื่อใช้ในการให้เซลล์ไข่และเซลล์อสุจิลบเข้าไปเพื่อทำการปฏิสนธิและตั้งครรภ์ต่อไป
3. ซิฟท์ (Zygote Intra Fallopian Transfer: ZIFT) หลังจากที่มิมีกระบวนการเลี้ยงเซลล์สืบพันธุ์ได้คืบหน้า จึงได้มีการนำเซลล์ไข่และเซลล์อสุจิมาทำการปฏิสนธินอกร่างกายจนได้ตัวอ่อน

³³ ยศศักดิ์ โกไสยกานนท์, “รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ มาตรการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์,” น. 8-9

³⁴ ยศศักดิ์ โกไสยกานนท์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายอุ้มบุญ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), น. 15-16

ในระยะ 1-2 วัน คล้ายการทำกิฟท์ แต่ปฏิสนธิภายนอกและเลี้ยงไว้จนระยะ Zygote แล้ว จึงทำการย้ายตัวอ่อนดังกล่าวกลับไปสู่ท่อหน้าไข่ของฝ่ายหญิงเพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์ขึ้น

4. เทท (Tubal Embryo Transfer: TET) การเลี้ยงไข่ที่ปฏิสนธิแล้ว ให้มีการแบ่งเซลล์อาจเป็น 2-6 เซลล์ แล้วจึงใส่กลับไปสู่ท่อหน้าไข่

5. อีคซี (Intra Cytoplasmic Sperm Injection: ICSI) ช่วยปฏิสนธิในอกร่างกายในกระบวนการทำเด็กหลอดแก้ว โดยการนำไข่ออกมาแล้วใช้เข็มเจาะเข้าไปในไข่และฉีดเซลล์อสุจิเข้าไป 1 เซลล์โดยตรงเพื่อช่วยปฏิสนธิ ซึ่งสามารถเพิ่มอัตราการปฏิสนธิได้และนิยมใช้ในกรณีที่ฝ่ายชายมีปริมาณอสุจิน้อย³⁵

2.4 การตั้งครรภ์แทน

2.4.1 ลักษณะของการตั้งครรภ์แทน เนื่องจากสถานการณ์ในปัจจุบันได้มีการนำเอาเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่ก้าวหน้ามาใช้สำหรับผู้ที่ปัญหาภาวะมีบุตรยาก โดยข้อมูลจากองค์การอนามัยโลก (World Health Organization) พบว่ามีคู่สมรสประมาณ 50-80 ล้านคู่ทั่วโลกขณะนี้ อยู่ในภาวะมีบุตรยาก ซึ่งส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจของบุคคลในครอบครัวเป็นอย่างมาก จึงนับได้ว่าเป็นปัญหาที่สำคัญอย่างหนึ่ง³⁶ โดยทั่วไปปัญหาภาวะมีบุตรยากอาจแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ ภาวะการมีบุตรยากขึ้นต้น หมายถึง ภาวะมีบุตรยากซึ่งเกิดขึ้นกับคู่สมรสที่ไม่เคยมีบุตรมาก่อน และภาวะการมีบุตรยากขึ้นรอง หมายถึง ภาวะมีบุตรยากที่เกิดขึ้นกับคู่สมรสที่เคยมีบุตรมาก่อนแล้วแต่ปัจจุบันไม่สามารถมีบุตรได้อีก ลักษณะของคู่สมรสที่มีภาวะมีบุตรยากมักจะใช้อ้างเพื่อนำไปสู่วิธีการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ทั้งสิ้น ไม่ว่าจะตั้งครรภ์เองหรือตั้งครรภ์แทน ก็ต่อเมื่อความพยายามในการตั้งครรภ์ด้วยวิธีการตามปกตินั้นไม่ประสบความสำเร็จหรือกรณีที่ฝ่ายหญิงไม่สามารถตั้งครรภ์ได้อย่างแน่นอน เนื่องจากสภาพความผิดปกติของระบบสืบพันธุ์อย่างถาวร เช่น ไม่มีมดลูก หรือเป็นเหตุผลทางการแพทย์อื่นเช่น เป็นโรคความดันโลหิต โรคหัวใจ เป็นต้น หากหญิงเหล่านี้ตั้งครรภ์เองย่อมเป็นอันตรายต่อตนเองและต่อตัวเด็กที่จะเกิดมา การเลือกใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ในการตั้งครรภ์แทน จึงเป็นทางเลือกสุดท้ายที่จะนำมาใช้เป็นประการเดียวเท่านั้น ที่จะช่วยให้คู่สามีภรรยาที่ไม่อาจมีบุตรได้ ได้มีบุตรอย่างสมความปรารถนา ประกอบด้วย เหตุผลในด้านสิทธิและเสรีภาพของบุคคลซึ่งมาเป็นเหตุผลสนับสนุนให้มี

³⁵ ชลธิชา สติระพจน์ และวิชาญ โขจรนะศิริ, “จากพื้นฐานสู่ความก้าวหน้าของการรักษาภาวะมีบุตรยาก,” บทความพิเศษ, คณะแพทยศาสตร์โรงพยาบาลรามาธิบดี มหาวิทยาลัยมหิดล, น. 53-54

³⁶ WHO Scientific Group. Recent advance in medically assisted conception. WHO Technical Report Series 820, 1992, P1-7

การตั้งครรภ์แทนได้โดยตามสิทธิและเสรีภาพ คือ สิทธิในการสืบพันธุ์ซึ่งเป็นอัตภาพของบุคคล และสิทธิในความเป็นส่วนตัว³⁷

เนื่องจากคำว่า “การตั้งครรภ์แทน” (Surrogacy Arrangement) เป็นคำใหม่ที่เกิดขึ้นในสังคมไทย และยังมีได้มีการใช้แพร่หลาย ซึ่งคำที่คนมักใช้เรียกกันบ่อย ๆ ได้แก่ การตั้งครรภ์แทน การรับตั้งครรภ์แทน การรับจ้างตั้งครรภ์ อุ้มบุญ บางคนเรียกทับศัพท์เป็นภาษาอังกฤษว่า เซอร์โรเกต (surrogate) แต่ไม่ว่าจะเรียกอย่างไรก็ล้วนแต่มีความหมายที่ใกล้เคียงกัน ซึ่งพอจะประมวลความหมายได้ดังนี้³⁸

เซอร์โรเกต คือ บุคคล หรือสิ่งของ ซึ่งกระทำหรือถูกใช้แทนผู้อื่น หรือสิ่งอื่น โดยมีผู้ที่พยายามถึงการตั้งครรภ์แทนอธิบายคำนี้เพื่อสื่อความหมาย

รัชซาบี (Rassaby) ให้ความหมายมุ่งเน้นไปที่ การแทนที่ ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หรือมารดาแทน ซึ่งตกลงรับตั้งครรภ์เพื่อผู้อื่น เพื่อการเงินหรือเพื่อความเห็นอกเห็นใจ

โมกิชชิ (Moghissi) ให้ความหมายถึงหญิงที่มีสุขภาพสมบูรณ์และอยู่ในวัยเจริญพันธุ์ ตกลงยินยอมตั้งครรภ์ให้แก่คู่สมรสที่มีบุตรยาก โดยมีข้อตกลงว่าจะส่งบอการกให้กับคู่สมรสทันทีที่ทารกเกิด

ดองลาส (Douglas) ให้ความหมายถึง การที่หญิงคนหนึ่งตกลงที่จะอุ้มท้องหรือตั้งครรภ์แทนบุคคลอีกคนหนึ่ง

คณะกรรมการวอลเลอร์ (Waller Committee) ของประเทศออสเตรเลีย นิยามเกี่ยวกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน คือหญิงผู้ที่จะตกลงตั้งครรภ์แทนหญิงอื่น โดยมีความตั้งใจที่จะส่งเด็กให้กับหญิงอื่นนั้น โดยทันที หรือเร็วที่สุดภายหลังที่เด็กเกิด³⁹

2.5 เหตุผลทางด้านศีลธรรมและจริยธรรมเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน

มีอยู่ทั้งสองฝ่าย คือ ฝ่ายที่สนับสนุนให้มีการตั้งครรภ์แทนและฝ่ายที่คัดค้านการตั้งครรภ์แทน ฝ่ายที่สนับสนุนให้เหตุผลว่า ในกรณีคู่สมรสที่มีบุตรยากจะใช้วิธีการตั้งครรภ์แทนก็ต่อเมื่อความพยายามตั้งครรภ์ตามธรรมชาติไม่เป็นผลสำเร็จ หรือ ฝ่ายหญิงไม่สามารถมีลูกได้อย่างแน่นอน

³⁷ ยศศักดิ์ โกไศยกานนท์, “รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ มาตรการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์,” น. 11-12

³⁸ ลัดดา ผาสุก, “ปัญหาทางกฎหมายการอุ้มบุญ,” (งานวิจัย นิติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์, มหาวิทยาลัยราชภัฏจันทรเกษม, 2527), น. 8-9

³⁹ ยศศักดิ์ โกไศยกานนท์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายอุ้มบุญ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), น. 20

วิธีนี้จะช่วยให้คู่สมรสนั้นสมปรารถนา โดยฝ่ายนี้ได้ยกเลิกเรื่องสิทธิเสรีภาพของบุคคล ในเรื่องสิทธิ การสืบพันธุ์และสิทธิในความเป็นส่วนตัว ส่วนฝ่ายที่คัดค้านการตั้งครรภ์แทน เป็นเรื่องของ ศีลธรรมและจริยธรรม ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และเกิดผลกระทบ โดยรวมดังนี้

1. เป็นการทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เนื่องจากข้อตกลงให้มีการรับตั้งครรภ์แทน ดังกล่าว เป็นการลดทอนคุณค่าความเป็นมารดาของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เป็นการมองว่าเป็น สินค้าที่สามารถซื้อขายได้ เป็นเพียงเครื่องจักรถูกใช้เพื่อผลิตเด็กขึ้นมาเท่านั้น⁴⁰
2. เป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากหญิง เนื่องจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ส่วนมากจะมีฐานะไม่ค่อยดี มักจะรับตั้งครรภ์เมื่อมีค่าตอบแทนที่คุ้มค่า เป็นการเปิดโอกาสหา ประโยชน์จากร่างกายของหญิง⁴¹
3. เปรียบเสมือนการซื้อขายเด็ก ถือว่าขัดต่อจริยธรรมอย่างมาก เป็นการว่ามนุษย์ เหมือนสินค้าชนิดหนึ่งซึ่งซื้อขายกันได้ และหากมีค่าตอบแทนด้วยแล้ว ย่อมลดทอนศักดิ์ศรีคุณค่า ความเป็นมนุษย์ของเด็กนั้นลงไป
4. ก่อให้เกิดผลกระทบต่อจิตใจของเด็ก หากตัวเด็กเองได้ทราบที่เกิดจากมาการ ตั้งครรภ์แทน ทำให้เด็กเกิดความรู้สึกไม่มั่นคง ในสถานะของตัวเองว่าอาจจะถูกส่งมอบให้ผู้อื่น อีกรู้ก็เป็นได้ เพราะไม่ได้เกิดมาจากความรัก แต่เป็นการที่เกิดมาจากการที่มีค่าตอบแทน
5. เกิดความเสี่ยงต่อสุขภาพต่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เป็นการเสี่ยงภัยเพื่อ ผลประโยชน์ของบุคคลอื่นมิใช่เพื่อตนเอง และเป็นการละเมิดสิทธิของตัวหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน โดยมักจะถูกควบคุมและบังคับตามสัญญารับตั้งครรภ์แทน เช่น ห้ามมีเพศสัมพันธ์ ในระยะเวลาที่ นิดเชื่ออสุจิเข้าไปในมดลูกของตน

2.6 กรอบความคิดเกี่ยวกับการนำเทคนิคการแพทย์มาใช้

เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์โดยการตั้งครรภ์เอง ในอดีตการบำบัดรักษาภาวะผู้มีบุตรยาก ใช้วิธีการดั้งเดิม คือ การแนะนำให้ดูแลสุขภาพในเรื่องของการมีเพศสัมพันธ์ โดยอาจต้องมีการให้ ยาบำรุง ซึ่งมักใช้ระยะเวลานานแล้วไม่ประสบความสำเร็จ ส่วนใหญ่การบำบัดรักษาโดยฮอร์โมน หรือโดยผ่าตัดจะได้ผลดีกับการรักษาภาวะมีบุตรยากของฝ่ายหญิงเท่านั้น ซึ่งหากมีเพศสัมพันธ์ ภายในระยะเวลา 6 เดือน จะมีโอกาสตั้งครรภ์ถึงร้อยละ 63 แต่ถ้าหากมีเพศสัมพันธ์ภายในระยะเวลา

⁴⁰ Recht, S, "M" is for Money : Baby M and the Surrogate Motherhood Controversy, 1988, 37 Am. U.L. Rev. 1013, pp. 1022-1023

⁴¹ O'Brien, S, Commercial Conception : A Breeding Ground for Surrogacy, 1986, 65 N.C.L. Rev. 127, p. 142

หนึ่งปีแรกจะเพิ่มโอกาสถึงร้อยละ 80 แต่คู่สมรสบางส่วนไม่สามารถมีบุตรแม้มีเพศสัมพันธ์ตามกรณีดังกล่าวถือว่าภาวะผู้มีบุตรยาก (Infertility) โดยทั่วไปภาวะเช่นนี้แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ ภาวะผู้มีบุตรยากขั้นต้น ที่เกิดกับคู่สมรสไม่เคยมีบุตรมาก่อน และภาวะผู้มีบุตรยากขั้นรอง คือ เกิดจากคู่สมรสที่เคยมีบุตรมาแล้วและปัจจุบันไม่สามารถมีบุตรได้อีก จากสาเหตุนี้จึงมีการพัฒนาเทคนิคทางการแพทย์เพิ่มขึ้นมาตลอดได้แก่⁴²

1. การตั้งครรภ์เองโดยการฉีดเชื้อ (Artificial Insemination Surrogacy) คือ ใช้อสุจิของสามี หรือจากการบริจาคฉีดเข้ามดลูกของฝ่ายภริยาในขณะที่มีการตกไข่โดยมิได้มีเพศสัมพันธ์กัน
2. การตั้งครรภ์เองโดยปฏิสนธิอกร่างการ คือ เจ้าของเชื้ออสุจิและไข่ เป็นคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร นำมาปฏิสนธิอกร่างกาย แล้วฉีดกลับเข้าไปในมดลูก
3. การตั้งครรภ์เองโดยการรับบริจาค คือ กรณีคู่สมรสทั้งสองไม่สามารถนำเซลล์มาทำการปฏิสนธิได้เลย จึงขอรับบริจาคทั้งไข่และอสุจิของผู้อื่น

นอกจากนี้ มีเทคนิคการช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่นิยมนำมาใช้กันในปัจจุบันสามารถบอกออกเป็น 4 กรณี

1. การผสมเทียมโดยใช้เชื้อของสามี ไม่ว่าจะเป็นการใช้เชื้อสด หรือ ผ่านการแช่แข็งฉีดเข้าไปในช่องคลอด ในช่วงที่มีการตกไข่เพื่อให้เกิดการปฏิสนธิในร่างกายของฝ่ายหญิง ทำให้เกิดการตั้งครรภ์โดยไม่ต้องมีเพศสัมพันธ์ ซึ่งอาจเป็นมาจากไม่มีความรู้สึกลทางเพศ หรือมีความผิดปกติทางกายวิภาคไม่สามารถให้ตัวอสุจิและไข่ทำการผสมกันได้ หรือ อสุจิมิจำนวนน้อย หรือ เกิดจากปัญหาของฝ่ายหญิง เช่น มีเยื่อบริเวณปากมดลูก ซึ่งในกรณีนี้ไม่มีปัญหาทางกฎหมายตามมา

2. การผสมเทียมโดยใช้เชื้ออสุจิของผู้บริจาค เป็นการใช้นิเทศเดียวกับวิธีแรก เพียงแต่นำน้ำเชื้อจากผู้บริจาคมาใช้ในการผสมเทียมแทน เนื่องด้วยปัญหาความบกพร่องทางฝ่ายชาย ซึ่งมีข้อสังเกตว่าทำให้เด็กมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมทางฝ่ายมารดาเท่านั้น อาจก่อให้เกิดปัญหาทางจริยธรรมตามมาได้ถือเป็นการทำลายสถาบันครอบครัว

3. การผสมเทียมโดยใช้เชื้อของสามี แต่ใช้ไข่ของผู้บริจาค เป็นกรณีที่ฝ่ายหญิงมีความบกพร่องในเรื่องเซลล์ไข่ แต่ยังสามารถตั้งครรภ์ได้อยู่ ซึ่งเริ่มมีปัญหาทางกฎหมายไม่มากนัก เนื่องจากหญิงยังเป็นผู้ให้กำเนิดเป็นมารดาของหญิงนั้น

⁴² ยศศักดิ์ โกโศยกานนท์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายอุ้มบุญ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), น. 97-98.

4. การผสมเทียมโดยใช้ทั้งเชื้อและไข่ของผู้บริจาค คือ มีปัญหาเกิดขึ้นทั้งสองฝ่าย แต่หญิงยังมีความสามารถที่จะตั้งครรภ์ได้อยู่ เป็นการนำไปปฏิสนธิในอกร่างกายแล้วทำการเลี้ยงเป็นตัวอ่อนแล้วใส่กลับเข้าไปในช่องคลอด ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายตามมามากมาย เพราะมิใช่เลือดเนื้อเชื้อไขของกลุ่มสมรสโดยตรง⁴³

2.7 เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทย

ภาวะมีบุตรยากเป็นภาวะที่เกิดขึ้นกับคู่สมรสจำนวนมากในประเทศไทย จากการศึกษาพบว่า มีคู่สมรสที่อยู่ในภาวะมีบุตรยากโดยเฉลี่ยประมาณร้อยละ 8 ถึงร้อยละ 10 โดยในจำนวนนี้เป็นคู่สมรสที่มีบุตรยากโดยยังไม่เคยตั้งครรภ์มาก่อน (Primary infertility) ประมาณร้อยละ 2 และคู่สมรสที่มีบุตรยากแต่เคยตั้งครรภ์มาแล้ว (Secondary infertility) ประมาณร้อยละ 8 ถึงร้อยละ 11⁴⁴ ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากจำนวนประชากรในประเทศไทย จึงมีผู้ประเมินว่า มีคู่สมรสที่ต้องการตรวจรักษาให้มีบุตรประมาณ 1 ล้านคู่⁴⁵

สาเหตุของภาวะความมีบุตรยากในประเทศไทยไม่ได้มีความแตกต่างไปจากในต่างประเทศเท่าใดนัก จากการศึกษาความผิดปกติในระบบสืบพันธุ์ของคู่สมรสจำนวน 1,333 คู่ ในโรงพยาบาลรามาธิบดีระหว่างปี พ.ศ. 2525 ถึง 2530 พบว่าความผิดปกติในฝ่ายหญิงที่สำคัญได้แก่ ความผิดปกติของการตกไข่ ท่อนำไข่อุดตันและเยื่อพังผืดในอุ้งเชิงกราน ส่วนในฝ่ายชายพบความผิดปกติของอสุจิถึงร้อยละ 49⁴⁶

สำหรับวิธีการบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากในประเทศไทยนั้นไม่ได้มีความแตกต่างจากการบำบัดรักษาในต่างประเทศนัก ซึ่งอาจแบ่งออกได้เป็น 2 แนวทาง กล่าวคือ⁴⁷

แนวทางที่หนึ่ง การรักษาแบบดั้งเดิม ซึ่งเป็นการรักษาตามสาเหตุที่ตรวจพบ เช่น ถ้าพบว่าไข่ของคู่สมรสฝ่ายหญิงไม่ตก แพทย์ก็อาจกระตุ้นด้วยการให้ยากระตุ้นการตกไข่ หรือใน

⁴³ ยศศักดิ์ โกไสยกานนท์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายอุ้มบุญ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), 98-99.

⁴⁴ Virutamasen P. (1993). *Need of developing countries for MAC. Presented at workshop on medical assisted conception*. อ้างใน 5. จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และคณะ. (2548) การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน (รายงานการวิจัย). น. 31.

⁴⁵ พวงเพ็ญ ริมคูสิต, “การประเมินปัญหาในคู่สมรสที่มีบุตรยาก,” ใน พวงเพ็ญ ริมคูสิต, บก. ความก้าวหน้าในหลักการและวิธีการแก้ไขปัญหามีบุตรยาก, 2533 : น. 1-29

⁴⁶ มงคล เตชะกำพูน, เทคโนโลยีการย้ายฝากตัวอ่อนเพื่อการปรับปรุงพันธุ์ในปศุสัตว์, 2543, น. 361-381.

⁴⁷ สุภักดี จุลวิจิตรพงษ์. “ความหวังใหม่ของผู้มีบุตรยาก,” นิตยสารใกล้หมอ, 2544, ปีที่ 25, ฉบับที่ 5.

บางรายที่พบว่ามีการอุดตันของท่อนำไข่ หรือมีพังศืดในช่องเชิงกราน ก็อาจทำการผ่าตัดท่อนำไข่ใหม่ หรือผ่าตัดและพังศืด เป็นต้น อย่างไรก็ตาม มีคู่สมรสจำนวนไม่มากที่ประสบความสำเร็จในการมีบุตรด้วยการรักษาโดยวิธีการดังกล่าว เนื่องจากขบวนการตั้งครรภ์ยังจำเป็นต้องอาศัยปัจจัยทางธรรมชาติอื่น ๆ อีกหลายประการ นอกจากนั้น ความผิดปกติบางประการก็ไม่อาจบำบัดการรักษาได้โดยง่าย

แนวทางที่สอง การใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งไม่ได้พึ่งพากระบวนการของการตั้งครรภ์ตามธรรมชาติ การรักษาด้วยวิธีการนี้เป็นการนำเอาเซลล์สืบพันธุ์คือไข่ของเพศหญิงและเชื้ออสุจิของเพศชาย มาเลี้ยงภายนอกร่างกายให้ผสมเป็นตัวอ่อน แล้วจึงใส่กลับเข้าไปในโพรงมดลูกเพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์

การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เพื่อบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากเป็นวิธีการที่มีค่าใช้จ่ายค่อนข้างสูง เช่น ในการทำเด็กหลอดแก้ว มีค่าใช้จ่ายครั้งละประมาณ 50,000 – 100,000 บาท ซึ่งขึ้นอยู่กับหน่วยงานที่ให้บริการ⁴⁸ ในปัจจุบันการให้บริการบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากถือว่าเป็นธุรกิจทางการแพทย์ที่สำคัญอย่างหนึ่ง ดังจะเห็นได้จากการจัดตั้งศูนย์รักษาผู้มีบุตรยากหลายแห่งทั้งในโรงพยาบาลรัฐบาล และ โรงพยาบาลเอกชน ทั้งในกรุงเทพมหานครและต่างจังหวัด

สำหรับการรับตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยนั้น ยังไม่ปรากฏหลักฐานแน่ชัดว่ามีการรับตั้งครรภ์แทนครั้งแรกตั้งแต่เมื่อใด แต่มีการคาดการณ์ว่า โรงพยาบาลจุฬาลงกรณ์เป็นโรงพยาบาลแห่งแรก ที่มีการให้บริการในการจัดการให้มีการรับตั้งครรภ์แทน โดยเริ่มให้บริการมาตั้งแต่ปี 2534 และมีเด็กที่เกิดจากกระบวนการนี้ไม่น้อยกว่า 5 ราย⁴⁹ ซึ่งเทคนิคที่นำมาใช้ก็คือ การทำเด็กหลอดแก้ว จากความสามารถของศาสตราจารย์ นายแพทย์ประมวล วีรุตมเสน และคณะ⁵⁰ เมื่อปี พ.ศ. 2530 ส่วนเด็กหลอดแก้วรายแรกของภาคเหนือ ซึ่งเป็นผลงานของภาควิชาสูติศาสตร์และนรีเวชวิทยา คณะแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ได้ถือกำเนิดที่โรงพยาบาลมหาราชนครเชียงใหม่ เมื่อวันที่ 7 มกราคม 2535 เป็นทารกเพศชาย น้ำหนัก 3,680 กรัม⁵¹ นอกจากเด็กหลอดแก้วแล้วเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ยังมีเทคโนโลยีอื่น ๆ อีก เช่น การใส่เซลล์สืบพันธุ์เข้าไปในท่อนำไข่กิฟท์ (Gamete Intra Fallopian Transfer: GIFT) การนำตัวอ่อนที่ได้รับการผสมแล้วเข้าไปในท่อนำไข่

⁴⁸ เสรี ชีรพงษ์, บทความพิเศษ, หมอชาวบ้าน, ฉบับที่ 207 (2กรกฎาคม 2539), น.18.

⁴⁹ กิตติอาภา คำคำ, อุ้มบุญให้เกิดหนทางของผู้มีลูกยาก, 2537, น. 2

⁵⁰ เด็กหลอดแก้ว. นิตยสารยาสูบ, น. 60, (กันยายน-ตุลาคม 2530).

⁵¹ โอภาส เศรษฐบุตร, (ม.ป.ป.). เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์. สืบค้นวันที่ 13 พฤศจิกายน 2562, จาก https://w1.med.cmu.ac.th/obgyn/index.php?option=com_content&view=article&id=398:assisted-reproductive-technology&catid=40&Itemid=482

(Zygote Intra Fallopian Transfer: ZIFT) การฉีดอสุจิเข้าไปในไข่ (Intra Cytoplasmic Sperm Injection: ICSI) การย้ายตัวอ่อนในระยะต่าง เช่น ระยะการแบ่งตัวในวันที่ 2-3 หลังการปฏิสนธิออกร่างกาย (Cleavage stage) หรือระยะบลาสโตซิสต์ในวันที่ 5 ของการปฏิสนธิออกร่างกาย นอกจากนี้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ยังรวมไปถึงกระบวนการตัดแยกเซลล์ของตัวอ่อน (Blastomere Biopsy) เพื่อทำการตรวจวินิจฉัยตัวอ่อนก่อนการฝังตัว (Preimplantation Genetics Diagnosis) ด้วย

การรับตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยโดยส่วนใหญ่จะกระทำในหมู่เครือญาติ เช่น พี่สาวรับตั้งครรภ์แทนน้องสาว หรือน้องสาวรับตั้งครรภ์แทนพี่สาว เป็นต้น ซึ่งเป็นการรับตั้งครรภ์แทนโดยไม่เปิดเผยให้บุคคลภายนอกทราบ จวบจนถึงปัจจุบัน มีการรับตั้งครรภ์แทนเพียงรายเดียวเท่านั้นที่มีการเปิดเผยต่อสาธารณชน กล่าวคือ ในปี 2537 มีดาราสาวคนหนึ่งเปิดเผยว่าได้รับตั้งครรภ์แทนให้แก่พี่สะใภ้ของสามี โดยมีการนำเชื้ออสุจิของพี่ชายสามีมาผสมกับไข่ของพี่สะใภ้ของสามีออกร่างกาย หลังจากนั้นได้ย้ายตัวอ่อนเข้ามาฝังตัวในมดลูกของดาราสาวคนนั้น ซึ่งปรากฏว่าต่อมาเมื่อทารกได้กำเนิดมา ดาราสาวคนดังกล่าวได้ยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของพี่ของสามีและพี่สะใภ้ของสามีนั้น⁵²

2.8 เหตุผลที่มีการยอมรับเอาเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาใช้

การตั้งครรภ์แทนเป็นการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งปัจจุบันได้รับการยอมรับและมีความก้าวหน้ามากขึ้น แม้หลักทางศาสนาบางศาสนาจะห้ามมิให้มีการกำเนิดชีวิตโดยการสืบธรรมชาติก็ตาม แต่สังคมส่วนใหญ่มองว่าการยอมรับวิธีการมีบุตรโดยอาศัยการใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์ โดยเฉพาะการตั้งครรภ์แทน⁵³ การรับตั้งครรภ์แทนเป็นแนวทางปฏิบัติทางหนึ่งที่น่าสนใจของนักวิทยาศาสตร์และแพทย์คิดค้นขึ้นมา ทำให้ความก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยีทางการแพทย์มีความเจริญมากยิ่งขึ้น เพื่อมาแก้ไขปัญหาสำหรับผู้มีบุตรยากหรือไม่สามารถมีบุตรได้เองตามธรรมชาติ ซึ่งบุคคลที่มีปัญหาการมีบุตรยากดังกล่าวในประเทศที่พัฒนาแล้วมีการนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาช่วยแก้ไขปัญหาดังกล่าว จึงทำให้ปริมาณการรับตั้งครรภ์แทนเพิ่มขึ้นตามลำดับ โดยเหตุผลสำคัญในการให้หญิงสามารถตั้งครรภ์แทนมีอยู่ว่า เนื่องจากการรับตั้งครรภ์แทนมีความเกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ทุกคน ไม่ว่าจะเป็นของคู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรได้ด้วยวิธีการตามธรรมชาติ และของหญิงที่อาสารับจะตั้งครรภ์แทนได้ เพราะเป็นสิทธิและเสรีภาพของมนุษย์ทุกคน โดยเหตุผลที่สนับสนุนการรับตั้งครรภ์แทนนั้น อาจกล่าวได้ว่าเมื่อวิทยาการทางการแพทย์เจริญก้าวหน้าอย่างรวดเร็ว เดิมปัญหาการมีบุตรยากเป็น

⁵² สหทยา สุนทรเกตุ, ปัญหาทางกฎหมายของการตั้งครรภ์แทน, 2539, น. 16.

⁵³ ณัฐวิวรรณ อภิสัทธ์ โยธิน, การตั้งครรภ์แทน: ปัญหาทางกฎหมายครอบครัวและมรดก, 2543, น. 27.

ปัญหาหนักของคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรเพื่อให้ได้ครอบครัวที่สมบูรณ์ ปัจจุบันจึงมีทางออกให้แก่คู่สมรสบางคู่จำเป็นต้องใช้กรรมวิธีช่วยการเจริญพันธุ์หรือเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาทำให้คู่สมรสมีบุตรได้ความความสำเร็จ ซึ่งก็คือการรับตั้งครรภ์แทน⁵⁴ ซึ่งเหตุผลที่สนับสนุนก็คือ คู่สมรสที่มีภาวะมีบุตรยาก จะใช้วิธีดังกล่าวนี้ก็เมื่อความพยายามในการตั้งครรภ์ในสภาวะปกตินั้นไม่สามารถกระทำได้หรือไม่ประสบความสำเร็จ หรือไม่ว่าคู่สมรสฝ่ายหญิงไม่สามารถตั้งครรภ์ได้อย่างแน่นอน เนื่องจากความผิดปกติของร่างกายในระบบสืบพันธุ์ การตั้งครรภ์แทนจึงเป็นวิธีสุดท้ายประการเดียวเท่านั้นที่จะช่วยคู่สมรสที่ไม่อาจมีบุตรได้ด้วยวิธีการปกติให้สามารถมีบุตรได้สมควรปรารถนาอันเป็นสิทธิและเสรีภาพของบุคคลทุกคนที่สามารถมีบุตรของตนเองได้ โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยสิทธิและเสรีภาพในที่นี้ก็คือ สิทธิในการสืบพันธุ์ (Procreative Right) ทัศนคติของบุคคล (Personal Autonomy) และสิทธิในความเป็นส่วนตัว (Right to Privacy)⁵⁵

การสืบพันธุ์อาจนับได้ว่าเป็นกิจกรรมพื้นฐานของมนุษย์ที่ทำให้มนุษย์คงดำรงสายพันธุ์มาได้จวบจนทุกวันนี้ แต่ก็ยังไม่มีความชัดเจนนักว่า มนุษย์จะมีสิทธิในการสืบพันธุ์หรือไม่และสิทธิดังกล่าวจะอยู่ภายใต้เงื่อนไขหรือมีขอบเขตเพียงใด เมื่อหลายสิบปีก่อนศาลประเทศสหรัฐอเมริกาเคยให้การรับรองสิทธิของบุคคลในการตัดสินใจทำแท้งภายในช่วงเริ่มต้นของการปฏิสนธิ ฝ่ายที่สนับสนุนการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จึงมักตีความว่า สิทธิในการสืบพันธุ์เป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองตามกฎหมาย กระนั้นก็ตาม แม้ว่าสิทธิในการสืบพันธุ์จะมีอยู่แต่สิทธินี้ดูเหมือนจะเป็นสิทธิในทางปฏิเสธ เท่านั้น กล่าวคือ บุคคลย่อมมีสิทธิเสรีภาพในการสืบสายพันธุ์ของตนได้ โดยรัฐไม่มีอำนาจที่จะเข้าไปแทรกแซง เช่น รัฐไม่สามารถห้ามมิให้ชายหญิงที่ต่างเชื้อชาติต่างศาสนาสมรสกันด้วยเหตุผลเพียงว่าชายและหญิงนั้นมีเชื้อชาติหรือศาสนาที่ต่างกัน เป็นต้น ในทำนองเดียวกัน รัฐไม่สามารถบังคับให้บุคคลใดทำมันด้วยเหตุผลว่าบุคคลนั้นไม่ควรมีทายาทสืบสกุลต่อไป กระนั้นก็ตาม แม้สิทธิในการสืบพันธุ์จะได้รับการรับรองว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างหนึ่ง แต่สิทธินี้ก็ไม่ใช่อำนาจที่จะเข้าแทรกแซง รัฐไม่มีหน้าที่ที่จะต้องให้ความช่วยเหลือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเพื่อให้บุคคลนั้นสามารถสืบพันธุ์ได้

อย่างไรก็ตาม ขอบเขตของสิทธิในการสืบพันธุ์ก็ยังคงมีความไม่ชัดเจนมากเท่าใดนัก

⁵⁴ กัตติ ราชเป็น, “กฎหมายอุ้มบุญ,” วารสารยุติธรรมปริทัศน์, ปีที่ 3, ฉบับที่ 2. น. 35-47 (ธันวาคม-มกราคม 2551).

⁵⁵ อรรถกรณ อ้นอาจ, “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความคุ้มครองสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์: ศึกษากรณีเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2556), น. 54.

ศาสตราจารย์จอห์น โรเบิร์ตสัน กล่าวว่า การสืบพันธุ์เป็นกิจกรรมที่ซับซ้อน มีพัฒนาการตลอดเวลาและพฤติกรรมและกิจกรรมที่หลากหลาย ไม่ว่าจะเป็นการตั้งครรภ์ การคลอดเกี่ยวข้อกับบุตร หรือการเลี้ยงดูบุตร กิจกรรมเช่นนี้ แม้จะมีความเกี่ยวเนื่องกัน แต่ก็สามารถแบ่งแยกจากกันได้ กล่าวคือ ฝ่ายหญิงจะมีส่วนร่วมในการสืบพันธุ์ เนื่องจากเป็นที่จะต้องตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตร ส่วนฝ่ายชายก็มีส่วนร่วมคือ เป็นเจ้าของเชื้อสุกกับไข่ เห็นได้ว่า แม้ฝ่ายชายจะไม่ได้ตั้งครรภ์เองก็ถือว่าเป็นส่วนร่วม นอกจากการเป็นเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ที่มีการปฏิสนธิตลอดจนการตั้งครรภ์และคลอดบุตรแล้ว ศาสตราจารย์จอห์น โรเบิร์ตสัน ยังกล่าวต่อไปว่า การเลี้ยงดูเด็กที่เกิดมาก็เป็นส่วนหนึ่งของกิจกรรมการสืบพันธุ์ เพราะหากไม่เลี้ยงดูเด็กก็ไม่สามารถเจริญเติบโตต่อไปได้ด้วยเหตุนี้บุคคลทุกคนที่มีส่วนในการทำให้มนุษย์สามารถดำรงชีวิตอยู่ต่อไปได้ ย่อมมีสิทธิในการสืบพันธุ์ทั้งสิ้น แม้บุคคลนั้นจะไม่ได้เป็นเจ้าของเชื้อสุกหรือไข่ หรือไม่ได้ตั้งครรภ์ด้วยตนเองก็ตาม ดังนั้นเมื่อคู่สมรสใดตัดสินใจที่จะใช้วิธีการมีบุตรด้วยการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนแล้ว รัฐก็ย่อมไม่มีอำนาจที่จะเข้าแทรกแซงได้ เพราะการปิดกั้นโอกาสของบุคคลในการเลี้ยงดูเด็กก็ย่อมถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิของบุคคลในการสืบพันธุ์เช่นกัน

สิทธิในการสืบพันธุ์ได้ถูกนำมาใช้ เพื่อเป็นเหตุผลหลักในการสนับสนุนการรับตั้งครรภ์แทน โดยฝ่ายที่สนับสนุนเห็นว่า เมื่อคู่สมรสใดไม่สามารถมีบุตรได้ด้วยวิธีการปกติตามธรรมชาติ คู่สมรสนั้นย่อมสามารถใช้วิธีการให้มีการตั้งครรภ์แทน เพื่อให้ตนมีบุตรไว้สืบพันธุ์ได้ข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ ส่วนแต่เป็นสิ่งที่ไม่มีน้ำหนักหักล้างประโยชน์ของการนำเทคโนโลยีนี้มาเพื่อช่วยให้คู่สมรสสามารถมีบุตรได้ จึงเป็นสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้บริบทของสิทธิในการสืบพันธุ์ด้วย

สิทธิอีกประการหนึ่งที่ถูกนำมาใช้สนับสนุนการรับตั้งครรภ์แทน ก็คือ สิทธิในความเป็นส่วนตัวและอัตภาพของบุคคลฝ่ายที่สนับสนุนการรับตั้งครรภ์แทน ไม่เพียงแต่เห็นว่า การรับตั้งครรภ์แทนเป็นสิทธิในความเป็นส่วนตัวของคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรเท่านั้น แต่ยังอ้างด้วยว่าบุคคลทุกคนย่อมมีเสรีภาพที่จะกำหนดว่าการกระทำอันใดสามารถกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของเขาได้ ดังนั้น เมื่อหญิงใดตัดสินใจที่จะอาสารับตั้งครรภ์แทนบุคคลอื่นแล้ว รัฐย่อมไม่สามารถใช้อำนาจบังคับมิให้หญิงนั้นเข้ารับตั้งครรภ์ได้เพราะเป็นการล่วงล้ำต่อสิทธิความเป็นส่วนตัวของหญิงนั้นและยังเป็นการไม่เคารพต่อเสรีภาพในการทำสัญญาของหญิงนั้นอีกด้วย

มีข้อพึงคำนึงว่า “ไม่มีสิทธิมนุษยชนใดเป็นสิทธิที่สมบูรณ์ (Absolute Right) โดยปราศจากการควบคุม” แม้ว่าสิทธิในการสืบพันธุ์อาจจะถูกรับรองว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า บุคคลทุกคนสามารถมีเพศสัมพันธ์ได้โดยปราศจากขอบเขต เพราะสังคมส่วนใหญ่ยังถือว่าการมีเพศสัมพันธ์ในบางกรณีเป็นสิ่งที่ต้องห้าม เช่น การมีเพศสัมพันธ์ระหว่างบุพการีกับ

ผู้สืบสายโลหิต หรือระหว่างมนุษย์กับสัตว์ เป็นต้น นอกจากนี้ กฎหมายของหลายประเทศยังบัญญัติให้การมีเพศสัมพันธ์กับผู้เยาว์ในบางกรณีเป็นความผิดทางอาญาด้วย แม้จะปรากฏว่าเด็กหญิงนั้นยินยอมก็ตาม ในกรณีเช่นนี้ บุคคลย่อมไม่สามารถอ้างสิทธิในการสืบพันธุ์มาเป็นข้อแก้ตัวเพื่อให้พ้นความรับผิดชอบได้ สิทธิในการสืบพันธุ์ จึงไม่ได้หมายความว่าบุคคลสามารถมีบุตรหรือเป็นบิดามารดาได้ตามความประสงค์เสมอไป

“ความยินยอมที่แจ้งให้ทราบ” (Informed Consent) เป็นหลักการพื้นฐานที่สำคัญที่สุดประการหนึ่งในมาตรฐานจริยธรรมทางการแพทย์ หลักการนี้มีรากฐานมาจากความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย ซึ่งถือเป็นหลักว่า ในการบำบัดรักษาผู้ป่วยนั้น แพทย์จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยก่อนเสมอ เว้นแต่ในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อรักษาชีวิตของผู้ป่วยและการบำบัดรักษานั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยนั่นเอง ความยินยอมในการบำบัดรักษาทางการแพทย์มีหน้าที่สำคัญ 2 ประการ คือ เพื่อเป็นหลักประกันว่าแพทย์จะไม่มีความคิดต่อชีวิตหรือร่างกายหากการบำบัดรักษานั้นเป็นไปตามมาตรฐานทางการแพทย์ และเพื่อให้การบำบัดรักษาเป็นไปโดยสมบูรณ์ที่สุดเท่าที่เป็นไปได้ เพราะเมื่อผู้ป่วยได้ให้ความยินยอมในการบำบัดรักษาแล้ว ผู้ป่วยย่อมจะให้ความร่วมมือแก่แพทย์ในการบำบัดรักษานั้นมากที่สุด ไม่ว่าจะด้วยการเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้ป่วยเอง ในปัจจุบันความยินยอมนี้เป็นหลักพื้นฐานที่เกี่ยวกับการรักษาทางการแพทย์ทั้งสิ้น ไม่เว้นแม้แต่การรับตั้งครรภ์แทนหรือการบริจาคเซลล์สืบพันธุ์ก็ตาม⁵⁶

สำหรับประเทศไทยได้มีการยอมรับให้ใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นเพราะมีความเจริญก้าวหน้าของเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์และสังคมส่วนใหญ่ก็ให้การยอมรับวิธีการมีบุตร โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มากขึ้น เพราะเห็นว่าเป็นกรณีที่คู่สมรสต้องการมีบุตร แต่ไม่สามารถที่จะตั้งครรภ์เองหรือมีความผิดปกติของเซลล์สืบพันธุ์ได้ แต่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยส่วนใหญ่มักเกิดในหมู่เครือญาติมากกว่าจะเป็นการว่าจ้างหญิงอื่นมาตั้งครรภ์แทน โดยได้รับค่าตอบแทน ทัศนคติและการยอมรับในเรื่องการตั้งครรภ์แทนที่กำลังขยายวงกว้างออกไปเรื่อย ๆ สาเหตุหนึ่งเป็นเพราะสังคมมีค่านิยมในเรื่องการมีบุตรไว้สืบสกุล ซึ่งค่านิยมเช่นนี้ก็กลายเป็นวัฒนธรรมทางความคิดว่า เมื่อทำการสมรสแล้วครอบครัวที่สมบูรณ์จะต้องประกอบด้วยพ่อแม่และลูก ทั้ง ๆ ที่การมีบุตรเป็นความรับผิดชอบที่ใหญ่หลวง หากบุตรที่เกิดมาได้รับการอบรมและรับการศึกษาเป็นอย่างดีก็จะทำให้เด็กนั้นโตมาเป็นบุคลากรที่มีคุณภาพ แต่ถ้าหากไม่ดีก็จะกลายเป็นปัญหาสังคมต่อไป

⁵⁶ อรรถกรรณ์ อ้นอาจ, ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความคุ้มครองสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ : ศึกษากรณีเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ ปรีดีฯ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์ 2556, น. 54-58.

ก็เพราะมนุษย์ในเกือบทุกสังคมที่เหตุที่สังคมยอมรับเอาวิทยาการด้านเจริญพันธุ์ โดยง่ายมีลูก มีทายาทเป็นเรื่องดี ชายหญิงเมื่อแต่งงานกันแล้วก็คาดหวังจะมีลูกเพื่อสร้างครอบครัว ที่สมบูรณ์ (ตามที่สังคมบอกไว้) ถ้าหากคู่สมรสคู่ใดยังไม่มีบุตร ก็จะถูกผลักดัน โดยค่านิยมของ สังคมนั้น ๆ ให้พยายามที่จะมีบุตรให้ได้ เพราะจะก่อให้เกิดผลทางบวกต่อการดำรงชีวิตในสังคม เช่น ทำให้ได้รับการยอมรับว่ามีผู้ที่สามารถสืบสกุลต่อไปได้ หรือรู้สึกได้ว่าในอนาคตต่อไปจะมีที่ พึ่งในยามแก่เฒ่า⁵⁷ ดังนั้นคู่สมรสที่ยังไม่มีบุตรก็จะเกิดความรู้สึกผิดหวังในชีวิตทำให้เกิดความ พยายามที่จะทำทุกวิถีทางเพื่อที่จะมีบุตรให้ได้ ไม่ว่าจะเสียค่าใช้จ่ายหรือใช้วิธีการใดก็ตาม แต่ปัจจุบันได้มีเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์เข้ามามีบทบาทมากขึ้น คู่สมรสหลายคู่จึงใช้วิธีการดังกล่าว เพื่อมีบุตร จากรายงานผลการวิจัยทัศนคติของคนในสังคมไทยที่มีผลต่อการตั้งครรภ์แทน เห็นได้ว่า ส่วนใหญ่ได้ให้การยอมรับการให้กำเนิดบุตรโดยการใช้นวัตกรรมเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ไม่ว่าจะมาจากความเห็นอกเห็นใจแก่คู่สมรสที่มีปัญหาหรือความยินยอมสมัครใจของหญิงที่รับ ตั้งครรภ์แทน แม้ว่ากลุ่มคนบางกลุ่มอาจจะไม่เห็นด้วยก็เป็นเรื่องยากที่จะห้ามให้มีการตั้งครรภ์แทน เกิดขึ้น⁵⁸

2.9 กรอบความคิดเกี่ยวกับความเป็นบิดามารดา

ปัญหาความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมา จากการใช้นวัตกรรมเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทาง การแพทย์ ย่อมมีความเกี่ยวพันหลายฝ่าย ไม่ว่าจะมีการตั้งครรภ์เอง หรือโดยตั้งครรภ์แทนก็ตาม ผู้ที่เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องคือเจ้าของเชื้ออสุจิหรือไข่ ซึ่งเป็นเจ้าของพันธุกรรม หรือผู้ที่รับตั้งครรภ์ แทนผู้อื่น จึงมีแนวทางการพิจารณาหลักสำคัญเกี่ยวกับเรื่องนี้อยู่ 4 ประการ

ประการแรก การยึดหลักทางชีวภาพ เป็นการกำหนดข้อสันนิษฐานความเป็นมารดาตาม ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานที่มีอยู่แล้ว กฎหมาย คือหญิงใดให้กำเนิดบุตรถือว่าเป็นมาดาชอบด้วยกฎหมาย ตามกฎหมายครอบครัว ซึ่งเป็นสากลที่ระบุไว้ทั้งในประเทศและต่างประเทศ มีหลักว่าผู้ที่ตั้งครรภ์ ย่อมมีความผูกพันกันเด็กในท้องกฎหมายเลยถือว่าเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยข้อดีคือ เด็กจะพิสูจน์ความเป็นมารดาของเด็กได้ง่าย เป็นการเคารพสิทธิความเป็นมารดาของหญิงที่ตั้งครรภ์ ส่วนข้อด้อยคือ เป็นการไม่ยอมรับความเป็นจริงของความผูกพันทางพันธุกรรม ซึ่งหากต้องการ นำไปเลี้ยงดูต้องผ่านการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมเสียก่อน อาจส่งผลในเรื่องสิทธิในการรับ

⁵⁷ กฤติยา อาชวนิจกุล, “วิทยาการสร้างลูกนอกไข่ : ผู้หญิงได้หรือเสีย,” สตรีทัศน์, น. 17 (พฤศจิกายน-มกราคม 2529-2530).

⁵⁸ สหทยา สุทรเหตุ, “ปัญหาทางกฎหมายการตั้งครรภ์แทน,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารศึกษาศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), น. 50.

มรดกได้

ประการที่สอง การยึดหลักตามพันธกรรม เป็นการกำหนดความเป็นบิดามารดาตามความเป็นจริง ทางสายเลือด กำหนดให้คู่สมรสเจ้าของเชื้อหรือใจที่แท้จริงเป็นบิดามารดาตามกฎหมาย ไม่ว่าจะตั้งครรภ์เองหรือการให้ผู้อื่นตั้งครรภ์แทน โดยยึดหลักคือใช้เซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนที่มาจากคู่สมรสหรือไม่ ข้อดีลักษณะนี้เกิดแก่ฝ่ายผู้ที่ต้องการมีบุตร เนื่องจากบุตรที่เกิดมาเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย ส่วนข้อด้อยคือ มิได้คำนึงถึงสิทธิของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเท่าที่ควร ไม่ได้คำนึงถึงความผูกพันต่อหญิงนั้นกับเด็กที่เกิดมา

ประการที่สาม การยึดหลักจากเจตจำนงเป็นการกำหนดความเป็นบิดามารดา โดยคำนึงถึงข้อตกลงเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนเป็นสำคัญ เป็นหลักที่มุ่งคุ้มครองความต้องการของฝ่ายที่ต้องการมีบุตร โดยการทำสัญญาระหว่างคู่สมรสกับบุคคลที่รับตั้งครรภ์แทนในเรื่องต่าง ๆ หากมีข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาที่ต้องอาศัยศาลเป็นผู้วินิจฉัยตัดสินชี้ขาด ข้อดีเกิดแก่ฝ่ายคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร เพราะมีหลักประกันว่า เมื่อเด็กเกิดมาต้องส่งมอบให้ตามสัญญา ส่วนข้อด้อย เป็นการบังคับให้ต้องส่งเด็กในทุกกรณีโดยไม่คำนึงว่าจะมีความผูกพันหรือไม่ เป็นการขัดต่อหลักข้อสันนิษฐานของกฎหมาย

ประการที่สี่ เป็นการอาศัยอำนาจศาลช่วยชี้ขาดความเป็นบิดามารดา การยึดหลักตามคำสั่งศาล ตามกฎหมายที่รองรับว่าเป็นอย่างไร โดยจะต้องมีกฎหมายออกมารองรับ รวมถึงอำนาจปกครองด้วย โดยพิจารณาจากหลักอยู่ 2 ประการ คือ ศาลสั่งอำนาจปกครองตามสัญญาตั้งครรภ์แทน หรือขึ้นอยู่กับประโยชน์สูงสุดของเด็ก โดยข้อดีของการยึดหลักจากคำสั่งศาล ย่อมก่อให้เกิดความชัดเจนว่าเด็กอยู่ในอำนาจปกครองของผู้ใด หากมีข้อตกลงตามสัญญารับตั้งครรภ์แทนให้หญิงนั้นส่งมอบแก่คู่สมรส ศาลก็ควรที่จะสั่งให้เป็นไปตามนั้น หากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเปลี่ยนใจ คู่สมรสย่อมสามารถฟ้องร้องได้ตามกฎหมาย ส่วนข้อด้อย คือ เป็นการเปรียบเทียบการซื้อขายสิทธิความเป็นบิดามารดา⁵⁹

2.10 เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กับประกาศแพทยสภาที่ 1/2540 และ 21/2545

กฎหมายฉบับแรกที่เกี่ยวข้องโดยตรงต่อเรื่องนี้ก็คือ พระราชบัญญัติ คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ซึ่งวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้ มุ่งคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยเทคโนโลยีซึ่งช่วยเจริญพันธุ์ เพื่อกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก จากเทคโนโลยีที่ช่วยให้เราสามารถตั้งครรภ์แทน (Surrogacy) ใน

⁵⁹ ยศศักดิ์ โกโศยกานนท์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายอุ้มบุญ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), น. 110-111

พระราชบัญญัติฉบับนี้การตั้งครรภ์แทน หมายความว่า “การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยหญิงรับตั้งครรภ์แทนทำข้อตกลงเป็นหนังสือไว้กับสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์ว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นของสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น” เพื่อรักษาภาวะผู้ที่มีบุตรยาก หรือที่เราเรียกว่า อัมบุญ ตามกฎหมายลักษณะครอบครัว เด็กที่เกิดจากหญิงใดเป็นบุตรของหญิงนั้น ซึ่งหากเรามาพิจารณาให้ถ้อยคำจากการตั้งครรภ์แทนแล้ว ย่อมไม่สอดคล้องกับลักษณะของพันธุกรรม จึงได้มีบทกฎหมายนี้มาบังคับใช้ และควบคุมการใช้เทคโนโลยีนี้ให้ไปในทางที่ถูกต้องเหมาะสม

ก่อนที่จะประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้ประเทศไทยได้มีกฎหมายที่เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนอยู่ 2 ฉบับ คือ ประกาศแพทยสภาที่ 1/2540 เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ และประกาศแพทยสภาที่ 2/2545 เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ ฉบับที่ 2 โดยมีเนื้อสำคัญดังนี้

1. เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์สามารถให้บริการได้ 2 วิธี คือ การเคลื่อนย้ายเซลล์สืบพันธุ์เข้าไปในท่อนำไข่ โดยนำไข่ออกมาร่างกายของหญิงแล้วนำอสุจิมาผสมแล้วฉีดกลับเข้าไปในท่อนำไข่ของหญิงหรือที่เรียกกันว่าการทำกิฟท์ซึ่งเป็นที่นิยมมาก ส่วนอีกวิธีหนึ่งคือการทำเด็กหลอดแก้วหรือที่เรียกว่า การปฏิสนธินอกร่างกาย คือนำไข่และอสุจิมาผสมกันในหลอดแก้วแล้วนำไปฝังไว้ในมดลูกของหญิง เป็นกรณีที่หญิงซึ่งเป็นผู้สมรสตั้งครรภ์

2. เป็นกรณีที่ให้หญิงอื่นซึ่งมิใช่ผู้สมรสตั้งครรภ์แทน ต้องเป็นการใช้ตัวอ่อนนอกเซลล์สืบพันธุ์ของผู้สมรสเท่านั้น โดยมีเงื่อนไขว่าต้องไม่มีการจ่ายค่าตอบแทนลักษณะที่อาจเข้าใจได้ว่าเป็นการรับจ้างตั้งครรภ์ และหญิงที่ตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติโดยสายเลือดของผู้สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

3. การให้บริการนี้ต้องไม่เป็นการทำในลักษณะสำเนาชีวิต เป็นการนำเซลล์ของมนุษย์ไปเพาะเลี้ยงเป็นตัวอ่อนแล้วใส่กลับเข้าไปในโพรงมดลูก โดยไม่มีการปฏิสนธิระหว่างอสุจิกับไข่

4. การตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมของตัวอ่อนก่อนย้ายเข้าสู่โพรงมดลูก ให้ทำโดยเฉพาะความจำเป็นและสมควร โดยไม่เป็นการกระทำในลักษณะของการเลือกเพศ

การตั้งครรภ์แทน คือหญิงรับตั้งครรภ์แทนผู้สมรส สัญญาตั้งครรภ์แทนจึงเป็นสัญญาที่คู่สัญญาสามารถปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาได้ และไม่น่าจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีเนื่องจาก กฎหมาย 2 ฉบับนี้ ผู้รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติโดยสายเลือดของผู้สมรส และไม่มีการจ่ายค่าตอบแทนในลักษณะที่เป็นการรับจ้างตั้งครรภ์ อีกประเด็นหนึ่งคือสภาพความเป็นบิดามารดา ก่อนที่พระราชบัญญัติ คู่ครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ใช้บังคับ สถานภาพความเป็นมารดาถือว่าเด็กที่เกิดจากหญิงรับตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรของ

หญิงนั้น ส่วนบิดาหากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมาย ชายผู้นั้นจะถูกสันนิษฐานไว้ว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย หากไม่มีสามีเด็กที่เกิดมาก็จะไม่มีบิดาที่ชอบด้วยกฎหมาย การที่จะทำให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของกลุ่มสมรสคือ การรับเป็นบุตรบุญธรรม และยังมีปัญหามากมาย เช่น เมื่อคลอดออกมาแล้วเกิดความผูกพันจนหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนอยากเลี้ยงเอง หรือเมื่อเกิดมาพิการนำมาซึ่งปัญหาการทอดทิ้งเด็กได้ เพื่อเป็นการยุติปัญหาทั้งปวงจึงได้มีการออกกฎหมายมาบังคับใช้เกี่ยวกับเรื่องนี้โดยตรง เพื่อกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยมีที่มาเนื่องจากเทคโนโลยีทางการแพทย์มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง สำหรับประเทศไทยก็ได้ด้อยไปกว่าประเทศอื่น มีผลทำให้ข้อจำกัดของหญิงที่มีภาวะมีบุตรยากได้เริ่มลดลง จึงจำเป็นที่จะต้องมีการออกกฎหมายออกมาควบคุม หากไม่เป็นเช่นนั้นแล้วส่งผลให้ประเทศไทยกลายเป็นปลายทางที่ชาวต่างชาติจะอาศัยช่องว่างของกฎหมาย เข้ามาทำการในลักษณะที่เป็นการค้าได้โดยจ้างให้หญิงไทยทำการรับตั้งครรภ์แทน

2.11 สาธารณคดีของกฎหมายคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

เนื่องจากปัจจุบันเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ก้าวหน้าอย่างมาก โดยเฉพาะในเรื่องการตั้งครรภ์แทนส่งผลให้เกิดปัญหาความลักลั่นระหว่างความสัมพันธ์ในทางความเป็นจริงของเด็กที่มาจากวิธีนี้ ไม่ว่าจะเป็นลักษณะทางพันธุกรรมของเด็ก หรืออำนาจปกครองที่แตกต่างไปจากกฎหมายทั่วไปที่บังคับอยู่ รวมถึงการควบคุมเทคโนโลยีดังกล่าวในกรณีที่ใช้ในทางที่ไม่ถูกต้อง จึงมีการตราพระราชบัญญัติการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ขึ้นบนพื้นฐานและเหตุผลเกี่ยวกับความก้าวหน้าทางการแพทย์ในการบำบัดรักษาภาวะผู้มีบุตรยาก โดยการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ อันมีผลทำให้บทบาทของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันเรื่องความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายต่อเด็กที่เกิดโดยวิธีนี้ไม่สอดคล้องกับความสัมพันธ์ในทางพันธุกรรม จึงจำเป็นที่ต้องตราพระราชบัญญัตินี้ขึ้น

2.11.1 การให้บริการเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ที่สำคัญเพราะเกี่ยวข้องกับเรื่องของการคุ้มครองสิทธิทางสุขภาพอนามัยของกลุ่มสมรสหรือของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน จึงมีข้อพิจารณาและข้อปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1. ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่จะให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ต้องมีคุณสมบัติและปฏิบัติตามมาตรฐานการให้บริการตามที่แพทยสภากำหนด⁶⁰
2. ก่อนให้บริการแพทย์ จะต้องมีการตรวจความพร้อมทางด้านร่างกาย จิตใจ ตลอดจนสภาพแวดล้อมทั้งผู้ขอรับบริการ และผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ ตามที่แพทยสภากำหนด⁶¹
3. การสร้างหรือใช้ประโยชน์จากตัวอ่อน รวมถึงการทำลายต้องดำเนินการตามที่แพทยสภากำหนด⁶²
4. การให้บริการสามารถตรวจโรคพันธุกรรมในตัวอ่อนได้ตามสมควร แต่ไม่สามารถเลือกเพศได้⁶³
5. การผสมเทียมต้องกระทำต่อหญิงที่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย และเป็นไปตามมาตรฐานที่แพทยสภากำหนด⁶⁴ และการผสมเทียมหากใช้อสุจิของผู้บริจาคต้องได้รับความยินยอม

⁶⁰ มาตรา 15 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยี ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามและ ต้องปฏิบัติตามมาตรฐานในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ทั้งนี้ ตามที่ แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

⁶¹ มาตรา 16 ก่อนให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้ให้บริการ เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จะต้องจัดให้มีการตรวจและประเมินความพร้อม ทางด้านร่างกาย จิตใจ และสภาพแวดล้อมของผู้ขอรับบริการ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และผู้บริจาคอสุจิ หรือไข่ที่จะนำมาใช้ ดำเนินการ รวมทั้งการป้องกัน โรคที่อาจมีผลกระทบต่อเด็กที่จะเกิดมาด้วย ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และ เงื่อนไขที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

⁶² มาตรา 17 การสร้าง การเก็บรักษา การใช้ประโยชน์จากตัวอ่อน หรือการทำให้สิ้นสภาพ ของตัวอ่อน ต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาประกาศกำหนด โดยความเห็นชอบของ คณะกรรมการ แต่จะกำหนดให้เก็บรักษาหรือใช้ประโยชน์จากตัวอ่อนที่มีอายุ เกินกว่าสิบสี่วันนับแต่วันปฏิสนธิ ไม่ได้ ทั้งนี้ อายุของตัวอ่อนไม่นับรวมระยะเวลาในการแช่แข็งตัวอ่อน

⁶³ มาตรา 18 ในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้ให้บริการ เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ อาจทำการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมในตัวอ่อน ที่อาจเกิดขึ้น ได้ตามความจำเป็นและสมควร ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะที่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการเลือกเพศ การตรวจวินิจฉัยตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภา ประกาศกำหนดโดย ความเห็นชอบของคณะกรรมการ

⁶⁴ มาตรา 19 ภายใต้บังคับมาตรา ๑๕ และมาตรา ๑๖ การผสมเทียมต้องกระทำต่อหญิง ที่มีสามีที่ชอบ ด้วยกฎหมายและเป็นไปตามมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับการผสมเทียมที่แพทยสภา ประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

เป็นหนังสือจากสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการผสมเทียม และต้องเป็นไปตามที่แพทยสภากำหนด⁶⁵

2.11.2 การกำหนดหลักเกณฑ์และควบคุมการตั้งครรภ์แทน นอกจากจะกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเทคโนโลยีแล้ว ยังต้องกำหนดเงื่อนไขอย่างเฉพาะเจาะจง เพราะมีความซับซ้อนมากกว่าการผสมเทียมและการตั้งครรภ์แทนมาก จึงต้องคำนึงถึงปัจจัยอยู่ 3 ประการ⁶⁶

1. มีการคัดกรองบุคคลผู้ที่ต้องการมีบุตร เพื่อมิให้เกิดการตั้งครรภ์แทนที่ไม่จำเป็นหรือคุ้มครองความผาสุกของเด็ก
2. พิจารณากำหนดมาตรการในการคัดกรองหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนอย่างเข้มงวดโดยจำเป็นต้องพิจารณาเงื่อนไขของหญิงที่จะเข้ารับตั้งครรภ์แทนว่าจะต้อง มีคุณสมบัติประการใดบ้าง เช่น อายุ สถานภาพการสมรส ประวัติการมีบุตรและเลี้ยงดูบุตร
3. ต้องพิจารณากำหนดมาตรการในการคุ้มครองสิทธิของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร ด้วยการสร้างกลไกที่จะสามารถทำให้ทั้งสองฝ่ายได้รับทราบถึงสถานะทางกฎหมายของการตั้งครรภ์แทน ตลอดจนทั้งสิทธิและหน้าที่และความรับผิดชอบของทั้งสองฝ่ายตามสัญญา และผลกระทบทั้งปวงที่จะเกิดขึ้นกับทั้งสองฝ่าย ทั้งในกรณีที่มีการปฏิบัติหรือกรณีที่ไม่มีการปฏิบัติตามสัญญาก็ได้

จากหลัก 3 ประการข้างต้น พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จึงได้บัญญัติหลักเกณฑ์เพื่อควบคุมเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน ซึ่งแบ่งออกเป็นประเด็นสำคัญดังนี้

ประเด็นเรื่องการกำหนดบุคคลที่เกี่ยวข้อง

1. สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตร โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ต้องมีสัญชาติไทย หากมิได้มีสัญชาติไทยต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี
2. หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีฐานะพำนักหรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายตาม 1

⁶⁵ มาตรา 20 การผสมเทียมโดยใช้อสุจิของผู้บริจาคต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจาก สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการผสมเทียม การให้ความยินยอมตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภา ประกาศกำหนด โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

⁶⁶ จักรกฤษณ์ ควรวจน์ และคณะ, “การผสมเทียม โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน,” รายงานวิจัยโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2548, น. 158.

3. หนังสือที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายตาม 1 ให้กรณีที่ไม่ใช่ญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายให้หนังสืออื่นรับตั้งครรภ์แทนได้ ทั้งนี้ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการ

4. หนังสือที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นหนังสือที่เลขมีบุตรมาก่อนแล้วเท่านั้น ถ้าหนังสือนั้นมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินฉันสามีภริยา จะต้องได้รับความยินยอมจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายดังกล่าวด้วย

ประเด็นเรื่องวิธีการดำเนินการตั้งครรภ์แทน

1. ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิ ของสามีและไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน

2. ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิหรือไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนกับไข่หรืออสุจิของผู้อื่น ทั้งนี้ ห้ามใช้ไข่ของหนังสือที่รับตั้งครรภ์แทน

ประเด็นเรื่อง การกำหนดหลักเกณฑ์และควบคุมการตั้งครรภ์แทน

1. จะดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนแก่สามีและภริยา จะต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการให้ดำเนินการเสียก่อน

2. ห้ามดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า

3. ให้รัฐมนตรีกระทรวงสาธารณสุขโดยคำแนะนำของคณะกรรมการประกาศกำหนด หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน การคลอดและหลังคลอดรวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน หลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน

4. การยุติการตั้งครรภ์แทนต้องกระทำโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนและหนังสือที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น เว้นแต่ในกรณีหนังสือที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นไม่ต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายตามข้อตกลงดังกล่าว ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

5. ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการเป็นคนกลางหรือนายหน้า โดยเรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด เพื่อเป็นการตอบแทนในการจัดการหรือชี้ช่องให้มีการรับตั้งครรภ์แทน

6. ห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณาหรือโฆษณาให้แพร่หลายด้วยประการใด ๆ เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนว่ามีหญิงที่ประสงค์จะเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนผู้อื่น หรือบุคคลที่ประสงค์จะให้หญิงอื่นเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่ว่าจะได้กระทำเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือไม่ก็ตาม

2.11.3 การกำหนดความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

จากหลักดั้งเดิมการพิจารณาเกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมาตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายไทย ซึ่งได้ยึดหลักความเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายโดยการให้กำเนิดทางชีวภาพเท่านั้น ย่อมก่อให้เกิดปัญหาหากปราศจากการพิจารณาถึงหลักความเป็นบิดามารดาทางพันธุกรรม ซึ่งต้องคำนึงถึงหลักสืบสายโลหิตความเป็นเจ้าของเลือดเนื้อเชื้อไขที่แท้จริงของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ด้วย เพราะการที่กฎหมายกำหนดให้หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนและสามีของหญิงนั้นเป็นบิดาและมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้⁶⁷ ทั้งที่หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนและสามีของหญิงนั้นไม่ได้มีเจตนาตั้งแต่แรกที่ต้องการมีบุตร หรือไม่มีเจตนาที่จะให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตน หรือไม่มีเจตนาตั้งแต่แรกหรือไม่พร้อมทางเศรษฐกิจที่จะอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดมาแต่ประการใด คงมีเจตนาเพื่อให้ความช่วยเหลือแก่คู่สมรสผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนให้มีบุตรสมความปรารถนาเท่านั้น อีกทั้งปัจจัยเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากความบกพร่องพิการหรืออื่น ๆ ก็ไม่ควรตกแก่ฝ่ายที่รับตั้งครรภ์แทนตามกฎหมายเท่า แต่ควรเป็นภาระความรับผิดชอบและอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนของคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรฝ่ายที่จัดให้มีการตั้งครรภ์แทน จึงควรกำหนดให้มีความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นสำคัญ ด้วยเหตุและผลดังที่ได้กล่าวข้างต้น กฎหมายฉบับใหม่นี้จึงได้บอกไว้ให้เด็กที่เกิดโดยวิธีนี้เป็นบุตร โดยชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร จึงเป็นการรับรองความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายแก่สามีและภริยาที่ต้องการมีบุตรไว้ ทั้งที่ตั้งครรภ์เองหรือให้มีการตั้งครรภ์แทน

2.12 หลักเกณฑ์การบริจาคและขอรับการบริจาคเซลล์สืบพันธุ์

2.12.1 หลักเกณฑ์การบริจาคเซลล์สืบพันธุ์ของฝ่ายชาย

คู่สมรสที่จะใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์สำหรับฝ่ายชายที่ไม่สามารถผลิตเชื้อสperm ได้ เช่น เป็นหมัน หรือเป็นโรคทางท่อน้ำเชื้ออสุจิ ทำให้อสุจิไม่สามารถผลิตเชื้อ

⁶⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1546 “เด็กที่เกิดจากหญิงที่มีได้มีการสมรสกับชาย ให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น”

อสุจิได้อย่างถาวร ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องขอรับบริจาคจากธนาคารอสุจิ (Sperm Bank) ซึ่งเป็นสถานที่ที่เก็บตัวอย่างเชื้ออสุจิสำหรับใช้ในอนาคต ไม่ว่าจะเป็นการผสมเทียม หรือเพื่อการวิจัย โดยก่อตั้งครั้งแรกที่เมือง ไอโอวาซิตี ในรัฐไอโอวา ประเทศสหรัฐอเมริกา และที่เมืองโตเกียว ประเทศญี่ปุ่น สำหรับในประเทศไทยที่แรกคือ โรงพยาบาลจุฬา โดยมีวัตถุประสงค์หลัก 2 ประการคือ เพื่อเก็บอสุจิสำรองไว้สำหรับคนไข้ที่มีความต้องการทำหมัน แต่ในอนาคตต่อไปยังไม่มั่นใจว่าจะต้องการมีบุตรหรือไม่ หรือสำรองเชื้ออสุจิเอาไว้เพื่อเหตุการณ์ฉุกเฉิน เช่น เข้ารับการฉายรังสีเพื่อรักษาโรคมะเร็ง และเพื่อสำหรับผู้ที่ไม่สามารถมีบุตรได้ด้วยตนเอง โดยขั้นตอนเก็บเชื้ออสุจินั้น แพทย์จะให้ผู้ที่บริจาคสำเร็จความใคร่ แล้วนำไปส่งเก็บที่ห้องปฏิบัติการเพื่อทำการแช่แข็ง หลังจากนั้นจะนำเข้าสู่กระบวนการตรวจวิเคราะห์ ว่ามีความสามารถที่จะผสมกับเซลล์ไข่ได้หรือไม่ คือตรวจจำนวนเชื้อพันธุ้ไม่ต่ำกว่า 40 ล้านตัวต่อซีซี อัตราการเคลื่อนไหวของเชื้อพันธุ้มากกว่าร้อยละ 7 และรูปร่างที่แข็งแรงมากกว่าร้อยละ 30 เนื่องด้วยกระบวนการในการผสมจะมีเชื้ออสุจิบางส่วน ตายไปประมาณร้อยละ 30-40 จากนั้นจะนำมาใส่สารละลาย กลีเซอรอล โซเดียมซิเตรท กลูโคส ฟรุกโตส ไข่แดง ให้เป็นอาหารสำหรับเชื้อพันธุ้ แล้วจึงนำมาใส่หลอดพลาสติกเพื่อเข้าสู่กระบวนการจัดเก็บต่อไป โดยจะต้องแขวนไว้ในระดับ 15 เซนติเมตร เหนือระดับ ไนโตรเจนเหลวที่มีอุณหภูมิติดลบ 196 องศาเซลเซียส โดยไม่แช่ลงไปไนโตรเจนเหลวโดยตรง ซึ่งการแช่แข็งเชื้ออสุจินี้มีมานานร่วม 50 ปีแล้ว ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2497 การแช่แข็งตัวอ่อนถือเป็นส่วนที่สำคัญของเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จากการศึกษาระดับรังไข่ จึงทำให้มีตัวอ่อนหลายใบจึงสามารถเก็บตัวอ่อนเหล่านี้ไว้มาใช้ในภายหลังได้⁶⁸ สำหรับการนำเชื้ออสุจิมาฝากแช่แข็งที่โรงพยาบาลศิริราชได้ให้บริการแช่แข็งเช่นนี้มานานแล้ว โดยจะให้มาเก็บเชื้อพันธุ้แช่แข็งไว้ประมาณ 2-3 ครั้ง ห่างกันครั้งละ 3 วันขึ้นไป และจะต้องมาแจ้งยืนยันการแช่แข็งต่อไปปีละครั้ง ในระยะแรกจะแช่แข็งให้เฉพาะผู้ที่มีน้ำอสุจิปกติตามเกณฑ์มาตรฐานขององค์การอนามัยโลก ได้แก่จำนวนอสุจิมากกว่า 20 ล้านตัวต่อ มิลลิลิตร อัตราการเคลื่อนไหวมากกว่าร้อยละ 50 และอัตราของอสุจิที่มีรูปร่างปกติมากกว่าร้อยละ 30⁶⁹

⁶⁸ พิมลรัตน์ ต้นสุขหัช, “ปัญหาทางกฎหมายที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เชื้อพันธุ้บริจาคของชายอื่น,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริดิษฐ์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2552), น. 19-21

⁶⁹ From World Health Organization. (1999). WHO laboratory for the examination of human semen and sperm-cervical mucus interaction. 4th ed. Cambridge University Press, pp. 60-1

ในการขอรับบริจาคเชื้อพันธุ์ของเพศชาย สำหรับประเทศไทยนั้นกำหนดให้ผู้ที่จะมาขอรับเชื้อบริจาคนั้นจะต้องเป็นคู่สมรสที่ถูกต้องตามกฎหมาย ไม่สามารถที่จะให้หญิงที่มีสถานะภาพโสดหรือสำหรับกรณีคู่รักเพศเดียวกันขอรับเชื้อบริจาคได้อย่างในต่างประเทศ⁷⁰

2.12.2 หลักเกณฑ์การบริจาคเซลล์สืบพันธุ์ของฝ่ายหญิง

การใช้ไข่บริจาคสามารถทำได้ทั้งในผู้หญิงวัยเจริญพันธุ์ปกติและผู้หญิงที่การทำงานของรังไข่ล้มเหลว (Ovarian failure) โดยในผู้หญิงที่รังไข่ทำงานล้มเหลวต้องการฮอร์โมนเอสโตรเจนและโปรเจสเตอโรน เพื่อเตรียมเยื่อบุโพรงมดลูกในการฝังตัวและให้ต่อไปจนถึงสิ้นสุดการตั้งครรภ์ไตรมาสแรกต่อมามีการพัฒนาเกี่ยวกับเทคโนโลยีการใช้ไข่บริจาคมากขึ้น ประกอบด้วยวิธีการเก็บไข่บริจาคโดยใช้เครื่องอัลตราซาวด์ การใช้ยาฮอร์โมนกระตุ้นต่อมใต้สมองในการปรับวงจรของผู้บริจาคไข่ การรวบรวมผู้บริจาคที่มีอายุน้อยทำให้คุณภาพและปริมาณของไข่เพิ่มขึ้นและเทคโนโลยีเกี่ยวกับการเก็บตัวอ่อนที่ดีขึ้น ทำให้สามารถย้ายตัวอ่อนได้หลายครั้งจากการเก็บไข่ครั้งเดียวปัจจุบันพบว่าการใช้ไข่บริจาคทำให้เกิดการตั้งครรภ์สำเร็จจำนวนมากในผู้หญิงอายุ 40-50 ปี บ่งบอกถึงอายุของไข่มีความสำคัญมากกว่าอายุของมดลูกวิธีการใช้ไข่บริจาคในปัจจุบันประกอบด้วย การปรับวงจรประจำเดือนของหญิงมีบุตรยากร่วมกับการกระตุ้นไข่ของผู้บริจาค ดังนี้

1. การกระตุ้นไข่ (Ovarian hyperstimulation) ใช้ฮอร์โมนจากต่อมใต้สมอง (gonadotropins) ตามด้วยการติดตามการตอบสนองของรังไข่ ด้วยวิธีวัดระดับฮอร์โมน estradiol ในกระแสเลือดและการทำอัลตราซาวด์ทางช่องคลอดดูรังไข่

2. การเก็บไข่ (oocyte recovery) ทำโดยใช้เข็มเจาะคูตทางช่องคลอดโดยใช้เครื่องอัลตราซาวด์เป็นตัวนำทาง (transvaginal ultrasound-guided needle aspiration) แล้วนำไข่ที่ได้ไปผสมกับอสุจิ ในผู้บริจาคไข่พบภาวะแทรกซ้อนพบได้ประมาณ 1 เปอร์เซ็นต์ ในผู้บริจาค คือภาวะแทรกซ้อนจากการดมยาสลบ เลือดออก ติดเชื้อและภาวะการกระตุ้นไข่มากเกิน (ovarian hyperstimulation syndrome)

3. วงจรประจำเดือนของผู้รับบริจาคไข่ (Recipient) จะต้องถูกปรับให้เข้ากับผู้บริจาคด้วยการใช้ฮอร์โมน estrogen-progestin โดยทั่วไปใช้ micronized estradiol ร่วมกับ progesterone แบบสอดช่องคลอด ส่วนวิธีอื่น ๆ เช่น ให้ estradiol แบบแปะร่วมกับ progesterone แบบฉีดเข้ากล้ามเนื้อ พบว่าผลสำเร็จใกล้เคียงกัน มีความเสี่ยงและผลข้างเคียงน้อยเช่นกัน

การคัดเลือกผู้บริจาคไข่ แบบดั้งเดิมผู้บริจาคจะไม่ทราบว่าใครคือผู้รับบริจาค ในประเทศอเมริกาผู้บริจาคไข่จะได้เงินตอบแทน แต่ในบางพื้นที่ยังไม่เป็นที่ยอมรับและผิดกฎหมาย(46) ตามปกติการจับคู่ผู้บริจาคและผู้รับบริจาคจะขึ้นอยู่กับลักษณะภายนอกที่คล้ายคลึงกัน

⁷⁰ ญัฐวิวัฒน อภิสิทธิ์ โยธิน, การตั้งครรภ์แทน : ปัญหาทางกฎหมายและครอบครัววรรค, 2542, น. 18

ในบางครั้งมีการบริจาคไข่ให้แก่ผู้ที่ตนรู้จัก เช่น พี่น้องหรือลูกสาว เกณฑ์ส่วนใหญ่ของผู้บริจาคไข่คือ อายุ 18-34 ปี การกำหนดอายุไม่มากเกินไปเนื่องจากต้องการลดความต้องการตรวจวินิจฉัยก่อนคลอดเมื่อตั้งครรภ์ และในศูนย์ช่วยการเจริญพันธุ์ส่วนใหญ่มักต้องการผู้บริจาคที่ได้รับการยืนยันว่ามีภาวะเจริญพันธุ์ที่ดีคือจะต้องตั้งครรภ์คลอดอย่างน้อย 1 ครั้ง ในศูนย์ช่วยการเจริญพันธุ์ส่วนใหญ่จะมีการตรวจคัดกรองผู้บริจาคไข่ ทั้งด้านร่างกาย จิตใจและโรคติดเชื้อ ในประเทศอเมริกามีการควบคุมให้มีการตรวจโรคติดเชื้อในผู้บริจาคไข่ทุกราย มีการตรวจซิฟิลิส ไวรัสตับอักเสบบี และซี เชื้อไวรัสเอดส์ นอกจากนี้ในแนวทางการรักษาใหม่ยังต้องมีการตรวจร่างกายและตรวจการติดเชื้อที่ปากมดลูกทั้งหนองในแท้และหนองในเทียมภายใน 30 วันก่อนรับบริจาคไข่ นอกจากนี้ยังต้องมีการตรวจหมู่เลือด Rh ให้เข้ากันและโรคทางพันธุกรรมบางอย่างตามพื้นที่ เช่น โรคธาลัสซีเมียในเอเชีย โรค sickle cell anemia ในคนแอฟริกันทางเลือกอื่นสำหรับการหาไข่บริจาค เช่น การเก็บไข่จากวงจรประจำเดือนปกติ เพื่อหลีกเลี่ยงภาวะกระตุ้นรังไข่เกินและช่วยลดค่าใช้จ่ายสำหรับการบริจาคไข่ การปลูกถ่ายรังไข่ของตนเองหลังแช่แข็ง การนำไข่จากทารกในครรภ์ที่จะทำแท้ง การนำรังไข่จากศพ แต่ในประเด็นการนำไข่จากทารกหรือรังไข่จากศพยังเป็นข้อถกเถียงสำคัญทางจริยธรรมซึ่งควรได้ข้อสรุปก่อนจะนำไปใช้จริง⁷¹

สำหรับในเรื่องครอบครัวและมรดกนั้น บุคคลที่บริจาคไม่ว่าจะเป็นเซลล์อสุจิหรือไข่ซึ่งนำมาใช้เพื่อปฏิสนธิเป็นตัวอ่อน ไม่มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องครอบครัวและมรดก เนื่องจากได้กำหนดความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว ตามหลักพันธุกรรมที่แท้จริง ถือว่าเป็นไปตามที่บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะไม่ต้องนำหลักความเป็นบิดามารดาทางชีวภาพโดยการกำเนิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายซึ่งเป็นหลักทั่วไปนำมาใช้บังคับ

2.13 สาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติ กู้มรดกเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ...

ในการที่จะควบคุมมิให้มีการแสวงหาผลประโยชน์จากการตั้งครรภ์แทนโดยมิชอบและเพื่อเป็นการกำหนดสถานภาพทางกฎหมายของเด็กที่เกิดโดยการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้มีความชัดเจนและเหมาะสม ซึ่งเทคโนโลยีในปัจจุบันนั้น ได้มีความเจริญก้าวหน้าไปมาก ซึ่งหากไม่มีการควบคุมขอบเขตการใช้เทคโนโลยีดังกล่าวให้ถูกต้อง

⁷¹ อภิวัฒน์ เอื้ออังกูร. Gestational carrier pregnancy and Oocyte donation. สืบค้นวันที่ 27 พฤศจิกายน 2562, จาก https://w.1med.cmu.ac.th/obgyn/index.php?option=com_content&view=article&id=:478gestational-carrier-pregnancy-and-oocyte-donation&catid=45&Itemid=561

เหมาะสม อาจเกิดผลเสียต่อมวลมนุษยชาติได้ ดังนั้น สำนักงานส่งเสริมสวัสดิภาพและพิทักษ์เด็ก เยาวชน ผู้ด้อยโอกาส คนพิการและผู้สูงอายุ โดยกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของ มนุษย์ จึงได้มีการเสนอร่าง พ.ร.บ. การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ... เพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กที่จะเกิดมาโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไม่ว่าด้วยวิธีใด⁷²

รูปแบบของการตั้งครรภ์แทนที่กฎหมายให้การรับรอง เนื่องจากการตั้งครรภ์แทนอาจมี ได้หลายวิธี ไม่ว่าจะเป็นการฉีดเชื้อหรือการปฏิสนธิภายนอกร่างกาย กฎหมายได้แบ่งออกเป็น 3 รูปแบบ คือ

1. กรณีใช้เซลล์สืบพันธุ์ของชายและหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน
2. กรณีใช้เซลล์สืบพันธุ์ของชายหรือหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง
3. กรณีที่ไม่ได้ใช้เชื้อพันธุ์ของชายและหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน

กฎหมายจึงควรบัญญัติให้ชัดเจนว่าจะให้การรับรองการตั้งครรภ์แทนในรูปแบบใดบ้าง อันจะส่งผลทางกฎหมาย ให้มีการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ถูกต้องของเด็กที่จะเกิดมา ไม่ว่าผลของกฎหมาย หรือ โดยวิธีการยื่นคำร้องต่อศาล จากการศึกษาที่ผ่านมาได้พบว่า ปัญหาการ มีบุตรยากในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีความบกพร่องนั้น หรือ แม้แต่กรณีที่คู่สมรสทั้งสอง ฝ่ายได้มีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ด้วยกันทั้งสองฝ่าย และบุคคลเหล่านี้มีความพร้อม ที่จะ มีบุตรและมีความสามารถที่จะอบรมเลี้ยงดูให้เป็นบุคคลกรที่มีคุณภาพได้ กฎหมายจึงได้ให้การ รับรองเพียงรูปแบบที่ 1 และ 2 เท่านั้น ส่วนในรูปแบบที่ 3 ได้ให้เหตุผลว่า เด็กที่เกิดมานั้น ไม่ได้ใช้ เซลล์สืบพันธุ์ของชายและหญิง ผู้ที่มีความประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน กล่าวคือ ไม่มีความ เกี่ยวข้องทางพันธุกรรมเลย ซึ่งไม่มีเหตุผลที่ต่างอะไรกับการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมในกรณีปกติ ทั่วไป คู่สมรสคู่นี้ ที่มีปัญหาทางเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่ายนั้นควรจะไปใช้วิธีการรับเด็กเป็น บุตรบุญธรรม มากกว่า เพื่อช่วยให้เด็กที่ด้อยโอกาสในสังคมได้มีคุณภาพชีวิตที่ดี และยังเป็น การ ช่วยแบ่งเบาภาระของประเทศชาติได้⁷³

⁷² พิลาสิณี โยมสมบัติ, “วิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญ พันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ....” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), น. 75-77

⁷³ เรื่องเดียวกัน, น. 145

บทที่ 3

กฎหมายที่เกี่ยวข้องของต่างประเทศและประเทศไทย ที่เกี่ยวกับเงื่อนไขการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

การที่คู่สมรสจะใช้สิทธิในการเข้าถึงเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ สำหรับกรณีที่คู่สมรสมีปัญหาในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่ายนั้นตามกฎหมายฉบับปัจจุบันของไทยคือพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 นั้นได้กำหนดเงื่อนไขสำหรับคู่สมรสกรณีที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์เท่านั้น ยังไม่คุ้มครองถึงสิทธิของคู่สมรสที่มีปัญหาทั้งสองฝ่าย จนทำให้ไม่สามารถแก้ไขปัญหาภาวะผู้มีบุตรยากได้อย่างครอบคลุมทุกกรณี ดังนั้นในบทนี้ผู้เขียนจึงศึกษาเกี่ยวกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันนำมาศึกษาโดยเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ของกฎหมายในต่างประเทศ

3.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเงื่อนไขการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในประเทศไทย

3.1.1 ความเป็นบุตรด้วยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

สภาพความเป็นบุตรนั้นย่อมเริ่มมาจากความสัมพันธ์ระหว่างชายกับหญิงที่เป็นบิดามารดาเสียก่อน โดยไม่ว่าความสัมพันธ์นั้นจะชอบหรือมิชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ บุตรที่คลอดออกมาย่อมมีฐานะเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย การเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายในกฎหมายครอบครัวของไทยนั้น เริ่มมาจากการสันนิษฐานทั้งสิ้น โดยเรื่องสถานะความเป็นมารดากับบุตรนั้นได้ถูกบัญญัติไว้คือ เด็กที่เกิดนอกสมรสนั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น¹ ที่เป็นเช่นนี้ เพราะเรื่องของมารดากับบุตรเป็นข้อเท็จจริง ไม่ใช่ข้อกฎหมาย เด็กคลอดจากหญิงคนไหนหญิงนั้นก็เป็นมารดาของเด็กคนนั้น ซึ่งตรงข้ามกับเรื่องของบิดาและบุตร ซึ่งมีปัญหายุ่งยากกว่าซึ่งแม้จะเกิดมาวิธีทางธรรมชาติ แต่ในบางกรณีก็ไม่สามารถบอกได้ว่าใครเป็นบิดาของเด็กที่เกิดมาซึ่งต้องอาศัยหลักกฎหมายในการชี้แนะ

ข้อสันนิษฐานความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย ตามที่ได้กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1536 วรรคหนึ่งนั้นเป็นหลักที่ยึดอยู่กับการสมรสที่มีผลตามกฎหมาย จะใช้ข้อสันนิษฐานดังกล่าวได้เฉพาะกรณีที่ชายหญิงได้จดทะเบียนสมรสแล้วเท่านั้น โดยถ้อยคำที่มี

¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1546

ใจความ “เด็กที่เกิดแต่หญิงขณะเป็นภริยาชาย...” คือ ว่าเป็นภริยาชายนั้น หมายความว่า เป็นภริยา โดยชอบด้วยกฎหมายของชาย คือ ได้ทำการจดทะเบียนสมรสกัน ส่วนข้อความที่ว่า “ภายใน สามร้อยสิบวันนับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลง...” คำว่าสมรสย่อมหมายถึงการสมรสที่สมบูรณ์ การที่ข้อสันนิษฐานความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดาขึ้นอยู่กับทะเบียนสมรส เนื่องจากเมื่อ สมรสแล้วสามีภริยาก็จะต้องอยู่กินกันซึ่งหมายถึงการหลับนอนร่วมประเวณีกัน ซึ่งเป็นเหตุให้เกิด การปฏิสนธิขึ้น ดังนั้นเด็กที่คลอดในขณะที่ทะเบียนสมของของบิดามารดายังมีอยู่เด็กที่เกิดมา จึงได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายเจ้าของทะเบียนที่อยู่กินหลับนอนกับ มารดาในขณะที่คลอดนั้น อีกทั้งหากกรณีการสมรสได้สิ้นสุดลงนั้นก่อนที่เด็กคลอดออกมา เด็กก็ อาจจะเป็นบุตรสืบสายโลหิตของอดีตสามีมารดาก็ได้ กฎหมายจึงขยายระยะเวลาสันนิษฐานความ เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายออกไปอีกสามร้อยสิบวัน ซึ่งในทางการแพทย์ทารกจะต้องใช้เวลาอย่าง น้อยที่สุดหกเดือนจึงจะสามารถแยกตัวออกจากครรภ์มารดาได้²

บุตรในสมรส หมายถึง บุตรที่เกิดจากมารดาที่ได้มีการสมรสกับบิดาเด็กหรือหากไม่ได้ เกิดในระหว่างการสมรสก็เป็นบุตรที่เกิดภายในสามร้อยสิบวัน นับแต่วันที่มีการสมรสสิ้นสุดลง³ ซึ่งเป็นบทบัญญัติหลักที่คุ้มครองการมีสภาพของบุตรตามกฎหมาย โดยอาศัยการ ให้หญิงมารดาได้ จดทะเบียนสมรสกับสามีของตนเองเป็นหลักฐานสำคัญตรงนี้เองที่เป็นจุด แบ่งแยกของบุตรเหล่านี้จาก บุตรนอกสมรสที่มารดาของตัวเองไม่ได้จดทะเบียนสมรสเลยการมีสภาพหรือฐานะเป็นบุตรชอบ ด้วยกฎหมายจึงขึ้นอยู่กับทะเบียนสมรสเป็นสำคัญเหตุนี้หากคลอดในขณะที่การสมรสยังอยู่เด็กก็ จะมีฐานะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีมารดาผู้คลอดในขณะนั้นเรียกได้ว่ามี ทะเบียนสมรสรองรับสถานภาพของคนอยู่นั้นเอง หากหญิงมารดาได้คลอดเด็กออกมาไม่เกิด สามร้อยสิบวันนับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลงด้วยเหตุดังกล่าว เด็กก็ยังคงได้รับประโยชน์จากทะเบียน สมรสที่เคยมีอยู่ โดยกฎหมายได้สันนิษฐานว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เคยจดทะเบียน สมรสกับมารดาของตน⁴ กล่าวโดยสรุปคือ หญิงใดได้ให้กำเนิดทารกออกมาหญิงนั้นจะเป็นมารดา โดยชอบด้วยกฎหมาย ส่วนสถานะความเป็นบิดาก็พิจารณาต่อว่า หญิงที่ให้กำเนิดบุตรนั้นมีสามี โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายสามีผู้นั้นจะถูกกฎหมายสันนิษฐาน ไว้ก่อนว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น หากหญิงนั้นได้เคยมีสามี และได้คลอดเด็ก

² ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), น. 303-304.

³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1536

⁴ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), น. 306-307.

ออกมากภายในสามร้อยสิบวัน ชายผู้ที่เคยเป็นสามีของหญิงในระยะเวลานี้จะถูกสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบิดาของเด็ก หรือในกรณีที่หญิงไม่มีการสมรสกับสามีเด็กก็จะไม่มีบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

3.1.2 การรับบุตรบุญธรรม

ในประเทศไทยการรับบุตรบุญธรรมมีการปฏิบัติมานานแล้ว โดยเหตุผลเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพและประโยชน์ของเด็กที่จะเป็นบุตรบุญธรรม การที่บุคคลหนึ่งรับบุคคลอื่นมาเป็นบุตรบุญธรรมของตนนั้น ก็มุ่งหมายจะให้การอุปการะเลี้ยงดู ตลอดจนปกป้องคุ้มครองบุตรบุญธรรมนั้น ในลักษณะเดียวกับที่บิดามารดาทั่วไปปฏิบัติต่อบุตรสืบสายโลหิตของตน ด้วยเหตุนี้หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมจำเป็นต้องเป็นไปเพื่อความผาสุกและประโยชน์ของบุตรบุญธรรมคนนั้น เป็นสำคัญ ซึ่งเป็นหลักการเดียวกันกับที่ศาลจะต้องใช้ค่านึงก่อนจะสั่งให้บุคคลภายนอกมาเป็นผู้ปกครองแทนบิดามารดาเด็ก การรับบุตรบุญธรรมนั้นมีสาเหตุอยู่มากมายอันเนื่องมาจากมีคู่สมรสแล้วแต่ไม่มีบุตรอันเนื่องมาจากสภาพร่างกายหรือความผิดปกติทางการแพทย์เกี่ยวกับเซลล์สืบพันธุ์ ความสัมพันธ์ระหว่างบุตรบุญธรรมกับผู้รับบุตรบุญธรรมจึงเป็นความสัมพันธ์ที่สมมติขึ้นมาโดยกฎหมายจำลองมาจากความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรสืบสายโลหิตทั่วไป เมื่อจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมแล้ว ผู้รับบุตรบุญธรรมจึงเข้ามาแทนที่บิดามารดาโดยกำเนิดของเด็กเพื่อรับช่วงสิทธิและปฏิบัติหน้าที่ต่อเด็กต่อไป บิดามารดาโดยกำเนิดจึงหมดอำนาจปกครองนับแต่เวลาที่เด็กเป็นบุตรบุญธรรมแล้ว แต่อย่างไรก็ตามบุตรบุญธรรมก็ไม่สูญเสียสิทธิและหน้าที่ในครอบครัวที่ได้กำเนิดมา⁵

สิทธิและหน้าที่ระหว่างผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรม ซึ่งปัจจุบันบุตรบุญธรรมมีฐานะอย่างเดียวกับบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรมในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ระหว่างบุคคลทั้งสองฝ่ายให้นำสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาและบุตรมาใช้บังคับโดยอนุโลม ดังนั้นผู้รับบุตรบุญธรรมจึงเป็นเหมือนผู้ใช้อำนาจปกครองเหนือบุตรบุญธรรม และต้องทำหน้าที่ดูแลบิดามารดาของเด็ก คือ หน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูการให้การศึกษา และบุตรบุญธรรมย่อมมีหน้าที่ต่อผู้รับบุตรบุญธรรมเช่นเดียวกับบิดามารดาโดยกำเนิดของตน เช่น อุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา อย่งไรก็ตามบุตรบุญธรรมไม่ใช่ผู้สืบสันดานของผู้รับบุตรบุญธรรมตามความหมายของกฎหมาย

⁵ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), น. 459-460.

⁶ เรื่องเดียวกัน, น. 471-472.

สิทธิในการรับมรดกของบุตรบุญธรรม ซึ่งเมื่อบุตรบุญธรรมมีฐานะอย่างเดียวกับบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรม ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1627 ก็ให้ถือว่าบุตรบุญธรรมเป็นผู้สืบสันดานอันเป็นทายาทโดยธรรมในลำดับแรกที่จะมีสิทธิได้รับมรดกของผู้รับบุตรบุญธรรมที่ได้ถึงแก่กรรมไปก่อน สิทธิของบุตรบุญธรรมที่ว่านี้ย่อมเท่าเทียมกับสิทธิของบุตรชอบด้วยกฎหมายของคนอื่น ๆ ของผู้รับบุตรบุญธรรม เมื่อมีฐานะเป็นทายาทโดยธรรมลำดับที่หนึ่ง และในกรณีที่บุตรบุญธรรมตายก่อนผู้รับบุตรบุญธรรม บุตรของบุตรบุญธรรมย่อมมีสิทธิรับมรดกของผู้รับบุตรบุญธรรมแทนที่บุตรบุญธรรมได้ตามสิทธิที่กฎหมายให้ไว้ในมาตรา 1639 อย่างไรก็ตาม แม้บุตรบุญธรรมจะมีสิทธิรับมรดกของผู้รับบุตรบุญธรรมก็ตามแต่ผู้รับบุตรบุญธรรมหาได้มีสิทธิรับมรดกของบุตรบุญธรรมในฐานะทายาทโดยธรรมไม่⁷ ทั้งนี้คงจะด้วยเหตุผลที่ว่า ผู้รับบุตรบุญธรรมควรจะเป็นฝ่ายให้มากกว่าที่จะรับเอาทรัพย์สินจากบุตรบุญธรรม แม้ว่าฝ่ายหลังนี้จะถึงแก่ความตายไปก่อนก็ตาม ทรัพย์สินของบุตรบุญธรรมที่เป็นกองมรดกควรจะต้องตกไปยังบิดามารดาโดยกำเนิดของบุตรบุญธรรมมากกว่าที่จะตกไปยังผู้รับบุตรบุญธรรม แต่ยังมีกรณีที่ให้ความยุติธรรมแก่ผู้รับบุตรบุญธรรม ที่ผู้รับบุตรบุญธรรมได้ให้ทรัพย์สินแก่บุตรบุญธรรม และต่อมาบุตรบุญธรรมตายไปก่อนโดยไม่มีคู่สมรสหรือผู้สืบสันดาน ให้ผู้รับบุตรบุญธรรมมีสิทธิเรียกร้องเอาทรัพย์สินดังกล่าวคืนจากกองมรดกเสร็จสิ้นแล้ว การที่ผู้รับบุตรบุญธรรมได้ทรัพย์สินนั้นยังคงเหลือภายหลังที่ชำระหนี้ของกองมรดกเสร็จสิ้นแล้ว การที่ผู้รับบุตรบุญธรรมได้ทรัพย์สินจากบุตรบุญธรรมตามนี้ หากได้มาในฐานะที่เป็นมรดก แต่เป็นการได้มาโดยผลของกฎหมาย และจะต้องรอให้มีการชำระหนี้ของมรดกเสียก่อน หากมีเหลือผู้รับบุตรบุญธรรมก็ได้ไป หากไม่มีเหลือก็เรียกอะไรไม่ได้ทั้งสิทธิเรียกร้องดังกล่าวของผู้รับบุตรบุญธรรมยังมาที่หลังคู่สมรสและผู้สืบสันดาน ซึ่งเป็นทายาทโดยธรรมของบุตรบุญธรรมตามมาตรา 1629⁸

3.1.3 กฎหมายเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในประเทศไทย

การใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในประเทศไทยนั้น ได้มีกฎหมายที่ประกาศใช้ คือ “พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558” ซึ่งสาระสำคัญของกฎหมายฉบับนี้มีขึ้นมาเพื่อกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดา และบุตรตามกฎหมาย ที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้ถูกต้องเหมาะสมกับสภาพความเป็นจริง เพราะถ้าหากไม่มีกฎหมายฉบับนี้การพิจารณาสถานภาพความเป็นบิดามารดา

⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1598/29

⁸ ไพรจันท์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), น. 473-474.

ของเด็กจึงต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวมาใช้บังคับโดยอนุโลม กล่าวคือ ความเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กตามมาตรา 1546 ได้กำหนดให้หญิงที่ให้กำเนิดบุตรเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าใช้ตั้งครรภ์โดยวิธีใดก็ตาม ส่วนความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายต้องพิจารณาถึงสถานะการสมรสของหญิงที่ได้ให้กำเนิดบุตรนั้น หากหญิงนั้นมีสามีที่ถูกต้องตามกฎหมายก็จะต้องบทสันนิษฐานของกฎหมายว่าชายผู้เป็นสามีของหญิงนั้นเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมา หากหญิงไม่มีสามีที่ถูกต้องตามกฎหมายเด็กที่เกิดมาก็จะไม่มีบิดาที่ชอบด้วยกฎหมาย⁹ ซึ่งถ้าหากกรณีคู่สมรสที่จดทะเบียนถูกต้องตามกฎหมายแต่มีปัญหาในเรื่องความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ด้วยกันทั้งสองฝ่ายจึงจะต้องใช้ไข่และอสุจิของผู้บริจาค แล้วให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน เด็กที่เกิดมานั้นจะไม่ใช่บุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาก่อนนี้ ซึ่งหากจะให้ให้มีสถานะภาพเป็นบุตรคงเพียงแต่คู่สามีและภริยาก่อนนี้จะต้องนำเด็กที่เกิดมาไปจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมอีกทอดหนึ่ง

กฎหมายฉบับแรกที่เกี่ยวข้องโดยตรงต่อเรื่องนี้ก็คือ พระราชบัญญัติ คู่ครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ซึ่งวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้มุ่งคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยเทคโนโลยีซึ่งช่วยเจริญพันธุ์เพื่อกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก จากเทคโนโลยีที่ช่วยให้เราสามารถตั้งครรภ์แทน (Surrogacy) ในพระราชบัญญัติฉบับนี้การตั้งครรภ์แทน หมายความว่า “การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยหญิงรับตั้งครรภ์แทนข้อตกลงเป็นหนังสือไว้กับสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายในตั้งครรภ์ว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นของสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น” เพื่อรักษาภาวะผู้ที่มีบุตรยาก หรือที่เราเรียกว่า อุ้มบุญ ตามกฎหมายลักษณะครอบครัว เด็กที่เกิดจากหญิงใดเป็นบุตรของหญิงนั้น ซึ่งหากเรามาพิจารณาให้ถ้อยถวนจากการตั้งครรภ์แทนด้วยอ้อมไม่สอดคล้องกับลักษณะของพันธุกรรม จึงได้มีบทกฎหมายนี้มาบังคับใช้และควบคุมการใช้เทคโนโลยีนี้ให้ไปในทางที่ถูกต้องเหมาะสม

ก่อนที่จะประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้ประเทศไทยได้มีกฎหมายที่เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนอยู่ 2 ฉบับ คือ ประกาศแพทยสภาที่ 1/2540 เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ และ ประกาศแพทยสภาที่ 21/2545 เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ ฉบับที่ 2 โดยมีเนื้อสำคัญดังนี้

1. เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์สามารถให้บริการได้ 2 วิธี คือ การเคลื่อนย้ายเซลล์สืบพันธุ์เข้าไปในท่อนำไข่ โดยนำไข่ออกมาจากร่างกายของหญิงแล้วนำอสุจิมาผสมแล้วฉีดกลับเข้าไปในท่อนำไข่ของหญิงหรือที่เรียกกันว่าการทำกิฟท์ซึ่งเป็นที่นิยมมาก ส่วนอีกวิธีหนึ่ง คือการทำ

⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1563

เด็กหลอดแก้วหรือที่เรียกว่าการปฏิสนธินอกร่างกาย คือ นำไข่และอสุจิมาผสมกันในหลอดแก้ว แล้วนำไปฝังไว้ในมดลูกของหญิง เป็นกรณีที่หญิงซึ่งเป็นคู่สมรสตั้งครรภ์

2. เป็นกรณีที่ให้หญิงอื่นซึ่งมิใช่คู่สมรสตั้งครรภ์แทน ต้องเป็นการใช้ตัวอ่อนของเซลล์สืบพันธุ์ของคู่สมรสเท่านั้น โดยมีเงื่อนไขว่าต้องไม่มีการจ่ายค่าตอบแทนลักษณะที่อาจเข้าใจได้ว่าเป็นการรับจ้างตั้งครรภ์ และหญิงที่ตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติโดยสายเลือดของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

3. การให้บริการนี้ต้องไม่เป็นการทำในลักษณะสำเนาชีวิต เป็นการนำเซลล์ของมนุษย์ไปเพาะเลี้ยงเป็นตัวอ่อนแล้วใส่กลับเข้าไปในโพรงมดลูก โดยไม่มีการปฏิสนธิระหว่างอสุจิกับไข่

4. การตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมของตัวก่อนก่อนย้ายเข้าสู่โพรงมดลูก ให้ทำโดยเฉพาะความจำเป็นและสมควร โดยไม่เป็นการกระทำในลักษณะของการเลือกเพศ

1. พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

กฎหมายฉบับนี้ เป็นกฎหมายที่ช่วยแก้ไขสถานะความเป็นบิดามารดา และเด็กที่เกิดมาโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ก่อนการให้บริการเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้ที่ให้บริการจะต้องตรวจและประเมินความพร้อมของร่างกาย จิตใจและสภาพแวดล้อมของผู้ขอรับบริการและของผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ ที่จะนำมาดำเนินการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เพื่อป้องกันโรคที่อาจมีผลกระทบต่อเด็กที่จะเกิดมาด้วย¹⁰ และทั้งนี้ต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะที่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการเลือกเพศ¹¹ จึงขอแยกรายละเอียดดังนี้

1. ในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ด้วยวิธีผสมเทียมนั้นจะต้องกระทำต่อหญิงที่มีสามีที่ชอบด้วยกฎหมาย¹² หากการผสมเทียมโดยการใช้สวจิของผู้บริจาค จะต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตรโดยการผสมเทียม¹³

¹⁰ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 16

¹¹ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 18

¹² พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 19

¹³ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 20

2. เงื่อนไขของการตั้งครรภ์แทน ในการผสมเทียมโดยใช้สperm หรือไข่บริจาคแล้ว จะต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือตามที่กล่าวมาข้างต้นแล้วนั้นยังจะต้องประกอบไปด้วยเงื่อนไขดังต่อไปนี้

2.1 เป็นสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยต้องมีสัญชาติไทยถ้าหากสามีหรือภริยาไม่ใช่คนสัญชาติไทย สามีและภริยาคู่หนึ่งต้องทำการจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี¹⁴

2.2 สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรให้โดยหญิงอื่นตั้งครรภ์แทนต้องมีความพร้อมทั้งด้านร่างกายและจิตใจ ที่จะเป็นบิดามารดาของเด็ก

2.3 หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีใบบุพการีหรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน¹⁵ คงเพราะไม่ก่อให้เกิดความสับสนในการนับญาติของเด็กที่จะเกิดมา โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตร¹⁶ ในกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิต ให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนได้ แต่ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด

2.4 หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นหญิงที่เคยมีบุตรมาก่อนแล้วเท่านั้น ถ้าหญิงนั้นมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมาย จะต้องได้รับความยินยอมจากสามีของหญิงนั้นด้วย¹⁷

2.5 การตั้งครรภ์แทนต้องห้ามเป็นไปเพื่อประโยชน์ทางการค้า¹⁸

2.6 ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการเป็นคนกลางหรือนายหน้าในการจัดการหรือชี้ช่องให้มีการรับตั้งครรภ์แทน¹⁹

¹⁴ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 21 (1)

¹⁵ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 21 (2)

¹⁶ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 21 (3)

¹⁷ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 21 (4)

¹⁸ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 24 (1)

¹⁹ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา

2.7 ห้ามโฆษณาว่ามีผู้ที่ประสงค์เป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนผู้อื่นหรือมีผู้ที่ประสงค์จะให้หญิงอื่นเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะทำเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือไม่ก็ตาม²⁰

2.8 การตั้งครรภ์แทนสามารถกระทำได้ 2 วิธี ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 22 ดังนี้

มาตรา 22 “การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัตินี้ให้กระทำได้ 2 วิธี ดังต่อไปนี้

(1) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิและไข่ของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน

(2) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิหรือไข่ของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนกับอสุจิหรือไข่ของผู้อื่น ทั้งนี้ห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน”

เท่ากับว่ากฎหมายฉบับนี้ได้คุ้มครองเพียงแก่คู่สมรสที่มีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเท่านั้น เห็นได้จากอนุมาตรา 2 ของมาตรา 22 ที่ได้กำหนดแก่คู่สมรสที่จะใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์สำหรับกรณีที่มีปัญหาในเรื่องเซลล์สืบพันธุ์คือ ต้องมีปัญหาคู่เพียงฝ่ายเดียว กล่าวคือ ใช้อสุจิของสามีกับไข่ของผู้บริจาค หรือใช้ไข่ของภริยากับอสุจิของผู้บริจาค แต่ถ้าหากคู่สมรสคู่หนึ่งเกิดมีปัญหาในเรื่องของเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่ายจะไม่ได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติฉบับนี้เลยหากฝ่าฝืนไปดำเนินการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เด็กที่เกิดมานั้นจะไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายฉบับนี้เมื่อไม่ได้รับการรับรองสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กตามกฎหมายดังกล่าวแล้ว จึงกลับไปใช้บทบัญญัติข้อสันนิษฐานเรื่องบิดามารดาตามกฎหมายครอบครัวที่บังคับใช้อยู่ตามมาตรา 1546 และมาตรา 1563 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่วนในประเด็นเรื่องกฎหมายห้ามมิให้ใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในกรณีที่จะต้องใช้ไข่บริจาคมานั้นเพราะว่าไม่ต้องการให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเกิดความผูกพันระหว่างเด็กกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เพราะหากเป็นเช่นนั้นหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นอาจจะเกิดความรักต่อเด็กที่เกิดมาแล้วไม่ยอมส่งคืนเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้แก่คู่สามีภริยาที่มีความประสงค์จะมีบุตร ซึ่งอาจทำให้ออกให้เกิดปัญหาฟ้องร้องตามมานั่นเอง²¹

3. ประกาศจากแพทยสภาและคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งเป็นประกาศทั้ง 12 ฉบับ ดังนี้

3.1 ประกาศเกี่ยวกับการใช้ตัวอ่อนที่เหลือจากการบำบัดรักษาภาวะผู้มีบุตรยาก โดยแพทย์หรือผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้นจะใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้ได้นั้นจะต้องขออนุญาตจาก

²⁰ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา

²¹ กุลพล พลวัน, พัฒนาการแห่งสิทธิมนุษยชน, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : วิทยุชน, 2538), น. 6

คณะกรรมการเสียก่อนพร้อมหนังสือแสดงความยินยอมจากสามีและภริยาที่เป็นเจ้าของตัวอ่อนเสียก่อน โดยหนังสือความยินยอมจะต้องยินยอมโดยสมัครใจที่จะให้ใช้ตัวอ่อนในการวิจัยและจะไม่อ้างสิทธิประโยชน์อื่นใดในภายหลัง²²

3.2 ประกาศคุณลักษณะต้องห้ามของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในการเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยจะต้องเป็นสูตินรีแพทย์ที่ได้รับวุฒิหรือหนังสืออนุมัติจากแพทยสภาและต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่แพทยสภากำหนด รวมถึงเป็นผู้มีความรู้และความสามารถในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์²³

3.3 ประกาศเกี่ยวกับการขออนุญาตเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยจะต้องมีคุณสมบัติตามที่แพทยสภากำหนด โดยจะต้องประกอบด้วยเอกสารคือ หนังสือให้ความยินยอมที่จะตั้งครรภ์แทน หนังสือข้อตกลงเรื่องการตั้งครรภ์แทน แบบคำขออนุญาต หนังสือแต่งตั้งให้เป็นผู้รับผิดชอบเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ รวมถึงลักษณะของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนด คุณลักษณะของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินการทุกขั้นตอน²⁴

3.4 ประกาศเกี่ยวกับมาตรการในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยผู้อำนวยการโรงพยาบาลหรือผู้ดำเนินการสถานพยาบาลต้องเป็นผู้รับผิดชอบให้มีผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยจะต้องมีคุณสมบัติตามที่แพทยสภากำหนดตามประกาศในข้อ 1 และจะต้องมีนักวิทยาศาสตร์ในสาขาที่เกี่ยวข้องกับราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทยรวมอยู่ด้วย และข้อกำหนดเกี่ยวกับเรื่องสถานที่ เครื่องมือและอุปกรณ์ทางการแพทย์ ระบบการบันทึกข้อมูลเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญ

²² ประกาศคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาตให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้จากการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย เพื่อการศึกษาวิจัย พ.ศ. 2558

²³ ประกาศแพทยสภา ที่ 95 (1) / 2558 เรื่อง คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

²⁴ ประกาศคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาตให้ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน พ.ศ. 2558

พันธุ์ทางการแพทย์ มีหนังสือให้ความยินยอมที่จะตั้งครุฑแทน รวมถึงบริจาคเซลล์สืบพันธุ์ไม่ว่าจะเป็นเซลล์อสุจิหรือเซลล์ไข่²⁵

3.5 ประกาศเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการตรวจประเมินความพร้อมของผู้รับบริการ หญิงที่รับตั้งครุฑแทน และผู้บริจาคเซลล์สืบพันธุ์ โดยการชักประวัติรวมถึงการตรวจเลือดเพื่อคัดกรองโรคร้ายแรงหรือความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดโรคทางพันธุกรรม ประเมินสภาพร่างกายที่เกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ประเมินสภาพจิตใจของผู้รับบริการทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง²⁶

3.6 ประกาศเกี่ยวกับการเก็บรักษา การใช้ประโยชน์ และการทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อน โดยจะต้องดำเนินการในสถานพยาบาลที่ได้รับอนุญาตทางการแพทย์ การวิจัยตัวอ่อนจะต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการตามประกาศฉบับที่ 1 ห้ามมีการเสนอซื้อขายตัวอ่อน โดยตัวอ่อนถือเป็นสิทธิของสามีและภริยาร่วมกัน รวมถึงหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เกี่ยวกับการรับฝากตัวอ่อน การรับบริจาคตัวอ่อน²⁷

3.7 ประกาศเกี่ยวกับการวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมในตัวอ่อน เพื่อคัดกรองความผิดปกติทางพันธุกรรมของตัวอ่อนก่อนนำไปใช้ โดยห้ามทำในลักษณะที่เป็นการเลือกเพศ²⁸

3.8 ประกาศเกี่ยวกับมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับการผสมเทียม โดยจะกำหนดคุณลักษณะของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม รวมถึงหลักเกณฑ์ในเรื่องการผสมเทียม โดยจะต้องมีข้อบ่งชี้ว่ามีบุตรยากอันมีเหตุมาจากไม่มีอสุจิหรืออสุจิผิดปกติ รวมถึงหากจะใช้เชื้ออสุจิบริจาคผู้ที่บริจาคอสุจิจะต้องมีคุณสมบัติตรงตามที่ประกาศฉบับนี้ด้วย²⁹

²⁵ ประกาศแพทยสภา ที่ 95 (2)/2558 เรื่อง มาตรฐานในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

²⁶ ประกาศแพทยสภา ที่ 95 (3)/2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขสำหรับการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกาย จิตใจ และสภาพแวดล้อมของผู้รับบริการ หญิงที่รับตั้งครุฑแทน และผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ ที่จะนำมาใช้ดำเนินการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

²⁷ ประกาศแพทยสภา ที่ 95 (4)/2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการสร้าง การเก็บรักษา การใช้ประโยชน์จากตัวอ่อน หรือการทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อน

²⁸ ประกาศแพทยสภา ที่ 95 (5)/2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการให้บริการ เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมในตัวอ่อน

²⁹ ประกาศแพทยสภา ที่ 95 (6)/2558 เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับการผสมเทียม

3.9 ประกาศเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ให้ความยินยอมของสามีภริยาที่ประสงค์จะให้มิบุตร โดยใ้ข้อสุจิบริจาค โดยจะต้องมีข้อบ่งชี้ว่าสามีไม่มีเชื้อหรือมีความเสี่ยงที่จะมีโรคทางพันธุกรรม ถ่ายทอดไปสู่เด็กได้³⁰

3.10 ประกาศเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์แทน ซึ่งจะต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน และกระทำในกรณีที่มีปัญหาสุขภาพทางกายหรือจิตของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน โดยการยุติการตั้งครรภ์แทนจะต้องกระทำในสถานพยาบาลตามที่ประกาศฉบับนี้กำหนด³¹

3.11 ประกาศเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในเรื่องเซลล์อสุจิและเซลล์ไข่บริจาค รวมถึงตัวอ่อน อันเนื่องมาจากการดำเนินการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยจะกำหนดหลักเกณฑ์การรับฝาก รับประทาน การใช้ประโยชน์ การทำให้สิ้นสภาพ ซึ่งเซลล์อสุจิ เซลล์ไข่ หรือตัวอ่อน โดยถือว่าเป็นสิทธิของสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ห้ามมีการโฆษณาการซื้อขายเซลล์อสุจิ เซลล์ไข่ หรือตัวอ่อน³²

3.12 ประกาศเกี่ยวกับการให้ความยินยอมที่นำเซลล์อสุจิ เซลล์ไข่ หรือตัวอ่อนกรณีผู้ฝากนั้นเสียชีวิต ซึ่งสิ่งเหล่านี้ถือเป็นสิทธิของสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายร่วมกัน จึงให้เป็นไปตามที่ระบุไว้ในหนังสือให้ความยินยอม³³

4. ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร

4.1 เด็กที่เกิดโดยวิธีการอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ไม่ว่าจะด้วยการผสมเทียมโดยให้ภริยาที่ถูกต้องตามกฎหมายเป็นผู้ตั้งครรภ์หรือให้หญิงอื่นเป็นผู้ตั้งครรภ์แทนนั้น ไม่ว่าจะเป็นกรณีใด กฎหมายได้กำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาให้เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นี้ เป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบ

³⁰ ประกาศแพทยสภา ที่ 95 (7)/2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้ความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการผสมเทียมโดยใ้ข้อสุจิของผู้บริจาค

³¹ ประกาศแพทยสภา ที่ 95 (8)/2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์แทน

³² ประกาศแพทยสภา ที่ 95 (9)/2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการรับฝาก การรับประทาน การใช้ประโยชน์จากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่รับฝาก หรือรับประทานหรือการทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อนที่รับฝากหรือรับประทานเนื่องมาจากการดำเนินการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

³³ ประกาศแพทยสภา ที่ 95 (10)/2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับ การให้ความยินยอมให้นำอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้ฝากนำไปใช้ได้หลังจากผู้ฝากตาย

ด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตร แม้ว่าสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายจะถึงแก่ความตายก่อนที่เด็กจะเกิดมาก็ตาม³⁴

4.2 ความสัมพันธ์ระหว่างชายหรือหญิงที่บริจาคอสุจิหรือไข่เพื่อนำมาใช้ปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์หรือผู้บริจาคตัวอ่อนและเด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่บริจาคดังกล่าวไม่มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก³⁵

4.3 ในกรณีที่สามีและภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรตายก่อนเด็กเกิด ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองของเด็กนั้นจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นมาใหม่ และในการตั้งผู้ปกครองขึ้นมาใหม่ และในการตั้งผู้ปกครองดังกล่าวให้ศาลคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กนั้นเป็นสำคัญ³⁶

4.4 ห้ามมิให้สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตรจากการตั้งครรภ์แทน ปฏิเสธการรับเด็กจากการตั้งครรภ์แทนนั้น³⁷

ดังนั้นไม่ว่าเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จะเกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาค ไม่ว่าจะกระทำโดยการให้ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์หรือให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่นให้เด็กนั้นเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ประสงค์จะมีบุตร ในทางกลับกันชายหรือหญิงที่เป็นผู้บริจาคอสุจิหรือการตั้งครรภ์ ไข่ รวมถึงตัวอ่อน ไม่มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก

5 คุณสมบัติของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิต

หากในกรณีที่สามีและภริยาที่ถูกต้องตามกฎหมายประสงค์จะให้มิบุตรเป็นลูกคนเดียวไม่มีพี่น้องสืบสายโลหิต พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ได้เปิดช่องให้สามารถมีการตั้งครรภ์แทนได้ โดยหญิงที่มารับตั้งครรภ์แทนนั้นจะต้อง

³⁴ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 29

³⁵ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 29 วรรค 2

³⁶ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 30

³⁷ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 33

ผ่านการพิจารณาอนุญาตจากคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ก่อน ซึ่งจะต้องมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้

5.1 หญิงรับตั้งครรภ์แทนต้องมีสัญชาติเดียวกันกับสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตร โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน

5.2 หญิงรับตั้งครรภ์แทนต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 20 ปีบริบูรณ์และไม่เกิน 40 ปีบริบูรณ์ และเคยมีบุตรมาแล้ว โดยการคลอดตามธรรมชาติไม่เกิน 3 ครั้ง หรือในกรณีที่ผ่าคลอดไม่เกิน 1 ครั้ง

5.3 หญิงรับตั้งครรภ์แทนจะต้องเป็นผู้ที่มีสุขภาพร่างกายและจิตใจแข็งแรงสมบูรณ์ดี โดยผ่านการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกายและจิตใจ และสภาพแวดล้อม ของผู้ขอรับบริการหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ ที่นำมาใช้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

5.4 หญิงรับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นผู้ที่ได้รับการยินยอมเป็นหนังสือจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินกันฉันสามีภริยา

5.5 หญิงรับตั้งครรภ์แทนต้องมีหนังสือแสดงความยินยอมให้มีการตั้งครรภ์แทนพร้อมเอกสารตอบแบบ กทพ.1³⁸

6 ข้อตกลงในการรับตั้งครรภ์แทน หมายความว่า ข้อตกลงในการตั้งครรภ์แทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ระหว่างสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน โดยที่หญิงรับตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงไว้เป็นหนังสือกับสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายก่อนการตั้งครรภ์แทนว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น³⁹ โดยหนังสือข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนจะต้องประกอบไปด้วยสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

6.1 หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ตกลงที่จะดูแลทารกในครรภ์ เช่น วิทยุชนฟังกระทำ

6.2 หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนตกลงที่จะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย

³⁸ ประกาศกระทรวงสาธารณสุข, เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้หญิงอื่นที่ไม่ใช่ญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายรับตั้งครรภ์แทน พ.ศ. 2558 ข้อ 5

³⁹ ประกาศกระทรวงสาธารณสุข, เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน และค่าใช้จ่ายในการบำรุงสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ การยุติ การตั้งครรภ์แทน การคลอด และหลังคลอด รวมทั้งการใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน หลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน พ.ศ.2558 ข้อ 3

6.3 สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน จะต้องรับผิดชอบ ค่าใช้จ่ายในการบำรุงสุขภาพ “ค่าใช้จ่ายในการบำรุงสุขภาพ” คือ ค่าใช้จ่ายในการบำรุงสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

ในขณะที่ตั้งครรภ์แทน การยุติการตั้งครรภ์แทน การคลอด และหลังคลอด รวมทั้ง ค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน หลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน รวมถึง ค่าใช้จ่ายในการตรวจ ค่ารักษาพยาบาลตามกระบวนการรับตั้งครรภ์แทนของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ค่าตรวจวินิจฉัยสุขภาพของทารกในครรภ์ ค่าวินิจฉัยทางพันธุกรรมของเด็ก ค่าฝากครรภ์ ค่าฉีดวัคซีน โดยเป็นความตกลงยินยอมของสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

6.4 หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้รับความเจ็บป่วยทางสุขภาพ อันเนื่องมาจากการรับตั้งครรภ์แทนสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตร เป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในความเจ็บป่วยที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน

6.5 ในกรณีที่เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้รับความเจ็บป่วยทางสุขภาพอัน เนื่องมาจากการรับตั้งครรภ์แทน สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในความเจ็บป่วย

6.6 สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายอาจตกลงกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในเรื่องการทำประกันสุขภาพให้กับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนด้วยก็ได้⁴⁰

2. สัญญาตั้งครรภ์แทนกับพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

2.1 การเกิดสัญญา

สัญญาเกิดขึ้นเมื่อมีคำเสนอ และคำสนองของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป คำเสนอ คือ การแสดงเจตนาความประสงค์ของผู้เสนอต่ออีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อให้เข้าทำสัญญาด้วย ซึ่งคำเสนอนั้นเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว และสัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งมีคำสนองตอบรับตามคำเสนอ ส่วนคำสนอง คือ การแสดงเจตนาความประสงค์ของผู้สนองต่อผู้เสนอว่าตกลงรับคำเสนอ กล่าวคือเป็นการตอบรับการเข้าทำสัญญา

⁴⁰ ประกาศกระทรวงสาธารณสุข, เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงการ ตั้งครรภ์แทน และค่าใช้จ่ายในการบำรุงสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะที่ตั้งครรภ์ การยุติ การตั้งครรภ์แทน การคลอด และหลังคลอด รวมทั้งการใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจาก การตั้งครรภ์แทน หลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน พ.ศ.2558 ข้อ 4

ในการเกิดสัญญารับตั้งกรรมแทนนั้น ถ้าผู้ขอให้ตั้งกรรมแทนต้องการมีบุตร ผู้ขอให้ตั้งกรรมแทนก็จะเป็นผู้เสนอ ผู้รับตั้งกรรมแทนจะเป็นผู้สนอง และถ้าผู้รับตั้งกรรมต้องการตั้งกรรมให้แทน ผู้รับตั้งกรรมก็จะเป็นผู้เสนอ ผู้ขอให้ตั้งกรรมแทนก็จะเป็นผู้สนอง

2.2 ความสมบูรณ์ของสัญญา

เมื่อเกิดสัญญาขึ้นและจะสามารถบังคับใช้ได้ หรือไม่นั้น ต้องพิจารณาต่อไปว่าสัญญานั้นมีความสมบูรณ์ตามกฎหมายหรือไม่ ดังนี้

2.3 วัตถุประสงค์ของสัญญา คือ ประโยชน์สุดท้ายที่ผู้แสดงเจตนาทำนิติกรรมปรารถนามุ่งประสงค์ไว้จะให้เกิด โดยอาศัยนิติกรรมนั้น เป็นประโยชน์สุดท้ายที่นิติกรรมจะอำนวยให้⁴¹ ส่วนวัตถุประสงค์ของสัญญาตั้งกรรมแทนขึ้นอยู่กับลักษณะของการตั้งกรรมแทนว่าได้รับผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือไม่ หากได้รับวัตถุประสงค์คือการได้ประโยชน์ตอบแทน หากไม่ได้รับวัตถุประสงค์จะเปลี่ยนไปเป็นการได้ช่วยเหลือผู้ที่ไม่สามารถมีบุตรได้

โดยในมาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁴² พิจารณาวัตถุประสงค์ได้ 3 ประเภท คือ

1. วัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้ง โดยกฎหมาย อันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เด็โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มีข้อกำหนดให้ทำสัญญาเป็นหนังสือ จึงมีวัตถุประสงค์ที่ไม่เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย⁴³

2. วัตถุประสงค์เป็นการพ้นวิสัย คือ วัตถุประสงค์ที่เป็นไปไม่ได้ เมื่อคู่กรณีได้แสดงเจตนาทำนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์พ้นวิสัยมาตั้งแต่ขณะทำนิติกรรมแล้ว เท่ากับว่าคู่กรณีตั้งใจมิให้นิติกรรมที่ทำนั้นบังเกิดผลอยู่แล้ว⁴⁴ การพ้นวิสัยหรือการไม่มีทางปฏิบัติตามสัญญาได้เลยนั้นต้อง

⁴¹ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้เล่ม 1 (ภาค 1-2), พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิชย์, 2527), น. 132.

⁴² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามโดยชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพ้นวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ”

⁴³ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เด็โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ มาตรา 3 “การตั้งกรรมแทน หมายความว่า การตั้งกรรมโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยหญิงที่รับตั้งกรรมแทนมีข้อตกลงเป็นหนังสือไว้กับสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายก่อนตั้งกรรมว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น”

⁴⁴ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, ถ้าอธิบายนิติกรรม, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), น. 66-67

เป็นการพันวิสัยสำหรับทุกคน ไม่ใช่เฉพาะผู้ที่ต้องปฏิบัติตามสัญญา คือ ไม่มีทางปฏิบัติตามสัญญาให้สำเร็จได้ ไม่ใช่เพียงแต่เป็นสัญญาที่ให้ปฏิบัติยาก หรือสัญญาที่ปฏิบัติแล้วจะเกิดการเสียเปรียบขึ้นเท่านั้น วัตถุประสงค์ของสัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่มีวัตถุประสงค์ที่เป็นการพันวิสัย สามารถเกิดขึ้นได้ หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนนั้น สามารถตั้งครรภ์โดยได้รับบริการผสมเทียมจากแพทย์และ ส่งมอบเด็กที่เกิดได้ เว้นแต่กรณีที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่มีมดลูกหรือเป็นผู้ชายเช่นนี้ จึงเป็นการพันวิสัย

3. วัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นเรื่องที่ประชาชนดำรงชีวิตได้อย่างสงบสุข การรับตั้งครรภ์แทนเป็นการช่วยเหลือปัญหาภาวะผู้มีบุตรยาก จึงไม่เป็นการขัดต่อหลักดังกล่าว

2.4 แบบของสัญญา

โดยปกติการแสดงเจตนาทำสัญญา อาจทำได้โดยวิธีการที่ผู้แสดงเจตนาต้องการ เช่น อาจแสดงโดยวาจา หรืออาจทำเป็นหนังสือ ก็ทำให้สัญญาดังกล่าวสมบูรณ์ได้ แต่ถ้ามีกฎหมายกำหนดวิธีการแสดงเจตนาไว้ เช่น ต้องทำเป็นหนังสือ ผู้แสดงเจตนาต้องปฏิบัติตามวิธีการดังกล่าวตามที่กฎหมายกำหนดมิฉะนั้นสัญญาดังกล่าวจะตกเป็นโมฆะ ซึ่งในเรื่องของการรับตั้งครรภ์แทน มีบทบัญญัติกฎหมายให้ทำสัญญาเป็นหนังสือ ถึงจะมีความสมบูรณ์สามารถบังคับใช้ได้

3.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเงื่อนไขการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ ทางการแพทย์ในต่างประเทศ

3.2.1 กลุ่มระบบกฎหมาย Common Law

1. กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา

เนื่องจากเป็นประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์เป็นอย่างมาก ประกอบกับการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ จึงทำให้ทุกมลรัฐมีหน้าที่ในการออกกฎหมายไปในทางที่เอื้อต่อสิทธิและเสรีภาพในการสืบพันธุ์ อันเป็นสิทธิและเสรีภาพอย่างหนึ่งที่ได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ จึงถือเป็นประเทศที่มีการตั้งครรภ์แทนมากที่สุดในโลก จึงมีการพยายามออกกฎหมายระดับรัฐบาลกลาง เพื่อให้การรับตั้งครรภ์แทนทั้งหมดอยู่ภายในกฎเกณฑ์เดียวกัน ในปี 1989 ได้มีเสนอร่างกฎหมายสองฉบับเพื่อห้ามมิให้มีการตั้งครรภ์แทน ฉบับแรกเรียกว่า Surrogacy Arrangement Act of 1989 ได้ถูกเสนอโดยนายโธมัสสคูเคน เสนอให้มีบทลงโทษทางอาญาแก่คู่สัญญาทุกฝ่ายในสัญญาตั้งครรภ์แทน ตลอดจนตัวแทนหรือคนกลางในการจัดการให้มีการรับตั้งครรภ์แทน หากเป็นไปเพื่อประโยชน์ในทางการค้า และฉบับที่สองคือ Anti-Surrogate Mother Act of 1989 ถูกเสนอโดยนายโรเบิร์ตดอนแนน เสนอให้การกระทำทุกอย่างที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะเป็นการจัดหาหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หรือการโฆษณา ไม่ว่าจะมิ

ประโยชน์ทางการค้าหรือไม่เป็นสัญญาที่เป็น โฆษะ ซึ่งทั้งสองร่างนี้ไม่ผ่านการพิจารณาของ คณะกรรมการยุติธรรมของสภาผู้แทนราษฎรเช่นเดียวกัน⁴⁵ นับได้ว่าปัจจุบันนี้ประเทศ สหรัฐอเมริกายังไม่มีกฎหมายในระดับรัฐบาลกลางออกมาใช้บังคับเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน โดยตรง จึงขึ้นอยู่กับการออกกฎหมายของแต่ละมลรัฐหรือการตีความของศาลที่ตั้งอยู่แต่ละในมล รัฐแตกต่างกันไป

กฎหมายระดับกลาง แม้ว่าจะไม่ปรากฏว่ามีกฎหมายของรัฐบาลกลางบัญญัติถึงสถาน ที่ความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนไว้โดยตรง ตั้งแต่ในปี ค.ศ. 1973 ที่ ประชุมคณะกรรมการแห่งชาติว่าด้วย กฎหมายที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวของรัฐ ซึ่งประกอบไปด้วย ตัวแทนนักกฎหมายจากทุกมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้เสนอรูปแบบของกฎหมายฉบับหนึ่ง เรียกว่า กฎหมายว่าด้วยความเป็นบิดามารดาที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (The Uniform Parentage Act หรือ U.P.A.) เพื่อให้เป็นกฎหมายแม่แบบแก่มลรัฐต่าง ๆ ให้ออกกฎหมายไปในทิศทางเดียวกัน

ต่อมากฎหมาย U.P.A. ได้รับการยอมรับให้เป็นกฎหมายแม่แบบ แต่บางมลรัฐได้นำ สารระสำคัญมาบัญญัติไว้และแก้ไขเพียงเล็กน้อยเท่านั้น ตามหลักการในกฎหมายฉบับนี้ กำหนดไว้ ว่า ความเป็นมารดาตามธรรมชาติของเด็ก ย่อมพิสูจน์ได้จากการที่หญิงได้ให้กำเนิดเด็กนั้นหรือ ตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับนี้ โดยกฎหมาย U.P.A. ให้สิทธิแก่บุคคลผู้มีส่วนได้เสียนำคดีขึ้นสู่ ศาลเพื่อพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างมารดากับบุตรไว้ด้วย อันเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้พิพากษาที่ พิจารณาคดีเหล่านี้สามารถใช้ดุลพินิจอย่างเต็มที่ในการเลือกนำบทบัญญัติตามกฎหมายฉบับนี้มาใช้ บังคับให้สอดคล้องกับคดีให้มากที่สุด⁴⁶ ต่อมาในปี ค.ศ. 1988 ที่ประชุมคณะกรรมการแห่งชาติว่า ด้วยกฎหมายที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของรัฐ จึงได้ประกาศรับรองรูปแบบของกฎหมายอีกฉบับ หนึ่งเรียกว่า กฎหมายว่าด้วยสถานะของเด็กที่เกิดจากการช่วยปฏิสนธิที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (Uniform Status of Children of Assisted Conception Act หรือ U.S.C.A.C.A.) ให้เป็นแม่แบบของ กฎหมายที่กำหนดสถานะของเด็กที่เกิดจากการช่วยปฏิสนธินอกครรภ์โดยเฉพาะในส่วนที่ เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน โดยเปิดโอกาสให้มีทางเลือกในการนำไปบังคับใช้ 2 ทาง คือ

1. กฎหมายที่เป็นทางเลือกแรก เสนอว่าในการตั้งครรภ์แทนต้องได้รับอนุญาตจากศาล ก่อน หากประสบความสำเร็จคู่สมรสที่ว่าจ้างจะถือว่าเป็นบิดามารดาของเด็กที่กำเนิดมา แต่หาก มิได้รับอนุญาตจากศาลหญิงที่รับตั้งครรภ์ถือว่าเป็นมารดาของเด็กที่เกิดมาเสมอ ส่วนความเป็นบิดา

⁴⁵ Krim, T, Beyond Baby M : international Perspectives on Gestational Surrogacy and the Demise of the Unitary Biological Mother, 1996, 5 Annals Health L, 193, PP. 213-214.

⁴⁶ Hofheimer, A, Gestational Surrogacy : Unsettling State Parentage Law and Surrogacy Policy, 1992, 19 N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change pp. 571, 585.

ต้องพิจารณาว่า ชายที่เป็นสามีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น ได้เข้ามาเป็นคู่สัญญาด้วยหรือไม่ หากเข้ามาก็จะเป็นบิดาของเด็ก หากมิได้เข้ามาเป็นคู่สัญญาหรือหญิงนั้นไม่มีสามีตามกฎหมาย ความเป็นบิดาของเด็กจะถูกกำหนดด้วยกฎหมายของแต่ละมลรัฐนั้น ซึ่งมีเงื่อนไขทั้งสิ้น 3 ประการ คือ

- (1) คู่สัญญาที่ว่าจ้างให้มีการตั้งครรภ์แทนต้องเป็นคู่สมรสตามกฎหมายเท่านั้น
 - (2) คู่สมรสนั้นต้องได้รับการรับรองจากหน่วยงานที่จัดหาเด็กบุญธรรมว่าเป็นบุคคลที่เหมาะสมที่จะเป็นคู่สัญญาในสัญญาตั้งครรภ์แทน
 - (3) คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นเจ้าของไข่หรืออสุจิแล้วแต่กรณี
2. กฎหมายทางเลือกที่สอง กำหนดให้สัญญาตั้งครรภ์แทนจะตกเป็นโมฆะในทุกกรณี ไม่ว่าจะเป็สัญญาที่มีค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตาม ส่วนความเป็นบิดามารดาของเด็กนั้น จะคล้ายกับที่กำหนดไว้ในกฎหมาย U.P.A.

จนกระทั่งในปี ค.ศ. 2000 ที่ประชุมคณะกรรมการแห่งชาติว่าด้วยกฎหมายที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของรัฐ ได้ทำการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยสถานภาพของเด็กทั้งหมด โดยนำหลักการในกฎหมาย U.S.C.A.C.A. มาบัญญัติไว้ในกฎหมาย U.P.A. และได้ยกเลิกกฎหมาย U.S.C.A.C.A. ทั้งหมด ดังนั้นในปัจจุบันกฎหมาย U.P.A. จึงเป็นรูปแบบกฎหมายในระดับรัฐบาลกลางเพียงฉบับเดียวเท่านั้นที่กำหนดสถานภาพของเด็ก ทั้งที่เกิดจากระบวนการตามธรรมชาติและการผสมเทียม โดยสำหรับการตั้งครรภ์แทนนั้น ตามกฎหมายนี้ถือว่าหากสัญญารับตั้งครรภ์แทนได้รับการพิจารณาจากศาลว่าเป็นสัญญาที่ชอบด้วยหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายคู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนนั้น ก็จะถือว่าเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นทันที

กฎหมายระดับมลรัฐ มักได้รับอิทธิพลมาจากแนวคำพิพากษาของศาลที่อยู่ในมลรัฐนั้น โดยแบ่งสถานะทางกฎหมายของสัญญารับตั้งครรภ์แทนออกเป็น 3 กลุ่ม ดังนี้

1. กลุ่มที่กำหนดโทษทางอาญา สำหรับการกระทำที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน เช่น ห้ามมิให้ทุกฝ่ายไม่ว่าจะเป็น เช่น ห้ามมิให้บุคคลทุกฝ่ายไม่ว่าจะเป็นบุคคลที่ประสงค์จะเป็นคู่สัญญาในสัญญารับตั้งครรภ์แทนหรือคนกลางเข้าทำสัญญาใด ๆ เพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์
2. กฎหมายกลุ่มที่ถือว่าเป็นโมฆะ กล่าวคือไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย โดยถือว่าสัญญาตั้งครรภ์แทน เป็นสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนและตกเป็นโมฆะ คู่สัญญาจึงไม่สามารถบังคับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามสัญญาได้ โดยแบ่งเป็นถือว่าโมฆะทั้งหมดไม่ว่าจะมีค่าตอบแทนหรือไม่ กับโมฆะเฉพาะในส่วนที่เชิงพาณิชย์เท่านั้น
3. กฎหมายกลุ่มที่ถือว่าชอบด้วยกฎหมายและมีผลบังคับได้ ซึ่งมีเพียง 4 มลรัฐเท่านั้น ที่เห็นว่าเป็นสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ดีได้ห้ามมิให้มีการจ่ายค่าตอบแทนที่

นอกเหนือไปจากคำรักษาพยาบาลทางการแพทย์ที่จำเป็นเท่านั้น และได้กำหนดเงื่อนไขว่าต้องขออนุญาตศาลก่อนเท่านั้น เป็นการกำหนดให้ศาลเข้ามามีบทบาท

การที่ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายในระบบคอมมอนลอว์โดยส่วนใหญ่กฎหมายในระดับมลรัฐจะยึดหลักการเดียวกันว่า มารดาที่ให้กำเนิดบุตรเท่านั้นถือว่าเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเกิดโดยวิธีใดก็ตาม ส่วนความเป็นบิดาจะกำหนดจากสถานภาพการสมรสระหว่างหญิงที่ให้กำเนิดบุตรกับสามี โดยหากหญิงนั้นสมรสกับชายผู้เป็นสามี โดยถูกต้องตามกฎหมาย ก็สันนิษฐานไว้ก่อนว่าชายนั้นเป็นบิดาของเด็กที่กำเนิดมา เว้นแต่พิสูจน์ได้เป็นอย่างอื่น ต่อมาเมื่อเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ก้าวหน้า บางมลรัฐก็ได้แก้ไขกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไป แต่บางมลรัฐก็ยังคงใช้หลักการตามกฎหมายคอมมอนลอว์โดยเคร่งครัด ซึ่งอาจแบ่งกฎหมายของมลรัฐในสหรัฐที่กำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน โดยแบ่งออกเป็น 3 กลุ่ม

1. กลุ่มดั้งเดิม ถือว่าหญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์แทนและสามีเป็นมารดา และบิดาของเด็ก ถือว่าสัญชาติตั้งครรภ์แทนนั้น ไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย การกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดา ยึดถือหลักตามกฎหมายคอมมอนลอว์โดยเคร่งครัด

2. กลุ่มสมัยใหม่ ถือว่าคู่สมรสที่จ้างให้มีการตั้งครรภ์แทนเป็นบิดาหรือมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย และมีหลักเกณฑ์กำหนดให้ชายและหญิงที่จ้างเป็นสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเมื่อมีการรับตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะใช้เชื้อสุมิของฝ่ายชายที่จ้างหรือไม่ก็ตาม คู่สมรสที่จ้างนั้น จะเป็นบิดาและมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นทันที แต่หากมิได้สมรสกัน กฎหมายจะถือว่าฝ่ายชายที่บริจาคเชื้อสุมิเท่านั้นเป็นบิดาของเด็ก กลุ่มนี้ถือเอาสถานะความเป็นมารดาของเด็กโดยกำหนดกฎหมายให้ถือว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน จะมีฐานะความเป็นมารดาของเด็กเพื่อประโยชน์ในการจดทะเบียนการเกิดเท่านั้น ส่วนฝ่ายที่จ้างให้ตั้งครรภ์แทนมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้เปลี่ยนแปลงชื่อของมารดาในสูติบัตรเป็นชื่อของฝ่ายหญิงที่จ้างได้⁴⁷ซึ่งศาลอาจมีคำสั่งให้เปลี่ยนแปลงชื่อมารดาตามคำขอ หรืออาจสั่งให้ฝ่ายชายที่จ้างมีสิทธิในการเลี้ยงดูบุตรแต่เพียงผู้เดียวก็ได้ แต่ใช้เฉพาะกรณีเป็นการรับตั้งครรภ์แทน ซึ่งใช้ทั้งเชื้อสุมิและไข่ของคู่สมรสที่จ้างนั้น ซึ่งมีอยู่ 2 มลรัฐ คือ ฟลอริดาและเนวาดา⁴⁸

⁴⁷ Goodwin, A *อ้างแล้ว*, น. 278.

⁴⁸ Andrews, L, *Beyond Doctrinal Boundaries : A Legal Framework for Surrogate Motherhood*, 1995,

3. กลุ่มผสมผสาน ถือข้อสันนิษฐานที่ว่าคู่สมรสที่ว่าจ้างเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ให้สิทธิแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในการยกเลิกข้อตกลงภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะถือว่าเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก

- กฎหมายมลรัฐเวอร์จิเนีย

โดยกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนของรัฐเวอร์จิเนีย มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม 1993 การที่สัญญาตั้งครรภ์แทนจะมีผลบังคับใช้ตามกฎหมายนั้นจะต้องเข้าเงื่อนไขด้วยกัน 2 ประการ คือ สัญญาการตั้งครรภ์แทนนั้นจะต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อน และสัญญาจะต้องได้รับการปรับปรุงตามคำสั่งของศาล โดยจะต้องมีข้อเท็จจริงที่สำคัญดังต่อไปนี้

1. คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลนั้น
 2. หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะต้องมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายและสามีต้องเป็นคู่สัญญาด้วย
 3. หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะต้องเคยมีบุตรมาแล้ว
 4. คู่สมรสที่ว่าจ้างต้องไม่สามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเองได้ หรือตั้งครรภ์ได้แต่อาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพของตัวเองหรือของเด็กที่กำลังจะเกิดมา
 5. คู่สมรสที่ว่าจ้างคนใดคนหนึ่งจะต้องมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่จะเกิดมากล่าวคือ สามารถใช้เซลล์ไข่หรือเซลล์อสุจิบริจาคได้ อย่างใดอย่างหนึ่งเท่านั้น
 6. คู่สมรสที่ว่าจ้างจะต้องเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายในการดำเนินการทั้งหมด
- เมื่อครบสาระสำคัญตามที่ได้กล่าวไปข้างต้นแล้ว ศาลจะทำการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ขึ้นมาเพื่อพิจารณาคู่สัญญาทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องว่ามีความเหมาะสมหรือไม่ รวมถึงพิจารณาความพร้อมที่จะเป็นบิดามารดาของคู่สมรสที่ว่าจ้างด้วย เมื่อศาลได้เห็นชอบกับสัญญารับตั้งครรภ์แทนนี้แล้ว เมื่อหญิงที่ตั้งครรภ์แทนได้ให้กำเนิดทารกขึ้นมา จะถือว่าคู่สมรสที่ว่าจ้างเป็นบิดามารดาของเด็กโดยชอบด้วยกฎหมายทันที แต่มีข้อยกเว้นว่า หากมีข้อเท็จจริงปรากฏว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนนั้นได้ทำขึ้นโดยไม่ได้รับความเห็นชอบจากศาลก่อน ถือว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและสามีของหญิงนั้น เป็นมารดาและบิดาของเด็กที่จะเกิดมา แต่กฎหมายยังสามารถปรับเปลี่ยนสถานะความเป็นบิดามารดาได้ โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น ได้ยื่นคำร้องต่อศาลแสดงเจตนาที่จะสละสิทธิ์ความเป็นมารดา เมื่อศาลอนุญาตแล้วคู่สมรสฝ่ายที่ว่าจ้างก็จะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กในทันที⁴⁹

⁴⁹ ชัคกี้ โกโศยกานนท์, “รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ มาตรการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์,” มหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต, น. 60-61

- กฎหมายมลรัฐนิวแฮมป์เชียร์

กฎหมายของมลรัฐนิวแฮมป์เชียร์นี้มีความคล้ายคลึงกับกฎหมายของมลรัฐเวอร์จิเนีย แต่มีความแตกต่างกันตรงที่กฎหมายของมลรัฐนิวแฮมป์เชียร์ การทำสัญญาตั้งครรถ์แทนจะต้องได้รับความเห็นชอบจากศาลก่อนเท่านั้น สำหรับกรณีที่สัญญาไม่ได้รับความเห็นชอบจากศาล จะไม่สามารถขอรับความเห็นชอบจากศาลได้ภายหลังเหมือนกับของมลรัฐเวอร์จิเนีย เมื่อศาลได้เห็นชอบกับสัญญารับตั้งครรถ์แทนแล้วเมื่อหญิงที่รับตั้งครรถ์แทนได้ให้กำเนิดทารก คู่สมรสที่ว่าจ้างจะมีสถานะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กในทันที⁵⁰

- กฎหมายมลรัฐแคลิฟอร์เนีย

สำหรับมลรัฐแคลิฟอร์เนีย นั้น ได้มีกฎหมายครอบคร้ว คือ Uniform Parentage Act ได้บัญญัติในเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร เพื่อรองรับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยกำหนดว่า หากภริยาตั้งครรถ์โดยใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ด้วยน้ำเชื้อจากชายอื่นที่บริจาคไว้ซึ่งมิใช่สามีของตน ภายใต้การดูแลของแพทย์หรือศัลยแพทย์ที่ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพ สามีของหญิงนั้นจะได้รับการปฏิบัติทางกฎหมายเสมือนหนึ่งเป็นบิดาผู้ให้กำเนิด ของเด็กที่เกิด โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ในกรณีเช่นนี้ สามีจะต้องให้ความยินยอมที่ภริยาจะรับน้ำเชื้อจากผู้บริจาค⁵¹

ข้อตกลงและหลักการในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ที่กำหนดไว้ในกฎหมายครอบคร้วของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย มีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1. การช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หมายความว่า ความคิดหรือความตั้งใจที่แสดงออกโดยวิธีการอื่นใดที่มากกว่าการมีเพศสัมพันธ์⁵² ไม่ว่าจะ เป็นไป โดยการตั้งครรถ์เองหรือโดยการตั้งครรถ์แทน

2. ข้อตกลงในการช่วยการเจริญพันธุ์ ทางทางการแพทย์ หมายความว่า สัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษร ที่เกิดจากบุคคลผู้ที่มีความตั้งใจจะเป็นผู้ปกครองตามกฎหมายของเด็ก หรือเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลทั้งสองฝ่ายทั้งผู้ว่าจ้างตั้งครรถ์แทนและผู้รับจ้างตั้งครรถ์แทนรวมถึงสามีของผู้รับตั้งครรถ์แทนก่อนที่จะเข้าทำสัญญา⁵³

⁵⁰ ยศศักดิ์ โกโศยกานนท์, “รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ มาตรการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์,” มหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต, น. 60-61

⁵¹ Section 7613 (a)(b) of California Family Code

⁵² Section 7606 (a) of California Family Code

⁵³ Section 7606 (b) of California Family Code

3. มุลินธิการบริการข้อตกลงในการตั้งครรภ์แทน หมายความว่า มุลินธิที่อำนวยความสะดวกเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน หรือพิจารณาผู้ที่มีคุณสมบัติที่จะให้บริการหรือผู้ที่รับบริการ และอำนวยความสะดวกในการตั้งครรภ์แทนให้แก่คู่สมรสหรือผู้ที่มีความตั้งใจจะใช้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์⁵⁴ ไม่ว่าจะ เป็นไปโดยการตั้งครรภ์เองหรือโดยการตั้งครรภ์แทน

4. ผู้ปกครองที่ตั้งใจ หมายความว่า บุคคลที่แต่งงานกันถูกต้องตามกฎหมาย หรือยังไม่ได้แต่งงาน ที่มีเจตนาที่จะผูกพันตามกฎหมายเพื่อเป็นผู้ปกครองของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์⁵⁵

5. ข้อตกลงในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนจะต้องทำขึ้นโดยทนายความที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายของรัฐนี้เป็นทนายความผู้อำนวยความสะดวกในการจัดทำสัญญาระหว่างบุคคลทุกฝ่าย⁵⁶

6. ผู้อำนวยความสะดวกในการตั้งครรภ์แทน หมายความว่า บุคคล หรือองค์กรที่เข้ามามีส่วนร่วมในการโฆษณาเพื่อวัตถุประสงค์ในการชักชวน หรือเป็นตัวกลางระหว่างบุคคลที่จะทำข้อตกลงในการตั้งครรภ์แทน รวมถึงการคิดค่าบริการสำหรับการให้บริการ⁵⁷ เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

7. หลักรับจ้างตั้งครรภ์แทน หมายความว่า ผู้หญิงคนหนึ่งที่ยินดีตั้งครรภ์แทนผ่านเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยเป็นไปตามสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษร ให้แก่ผู้ปกครองที่มีความประสงค์จะมีบุตร⁵⁸

8. ข้อตกลงในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในขณะที่ตั้งครรภ์ ผู้ให้บริการจะต้องไม่ถูกจำกัดในการที่จะรับรู้ข้อมูลทั้งหมดรวมถึงข้อมูลดังต่อไปนี้⁵⁹

(1) วันที่ตกลงที่จะให้ผู้ให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ดำเนินการในการตั้งครรภ์⁶⁰

⁵⁴ Section 7960 (b) of California Family Code

⁵⁵ Section 7960 (c) of California Family Code

⁵⁶ Section 7960 (d) of California Family Code

⁵⁷ Section 7960 (e) of California Family Code

⁵⁸ Section 7960 (f) of California Family Code

⁵⁹ Section 7962 (a) of California Family Code

⁶⁰ Section 7962 (a)(1) of California Family Code

(2) การทราบถึงชื่อของบุคคลที่ให้เซลล์สืบพันธุ์ เว้นแต่จะเป็นเซลล์สืบพันธุ์บริจาค โดยไม่ระบุชื่อผู้บริจาค⁶¹

(3) ตัวคนที่แท้จริงของผู้ปกครองที่ประสงค์จะมีบุตร⁶²

(4) การเปิดเผยข้อมูล และวิธีการในการใช้บริการเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ รวมถึงค่าใช้จ่ายของผู้ให้บริการในขณะตั้งครรภ์และทารกแรกเกิด ความคุ้มครองเรื่องการดูแลสุขภาพ ความคุ้มครองสำหรับการตั้งครรภ์แทน รวมถึงความรับผิดชอบที่อาจเป็นไปได้ของผู้ให้บริการในขณะตั้งครรภ์แทนหรือความรับผิดชอบของบุคคลที่สาม หรือการคุ้มครองและประกันอื่น ๆ ที่จะต้องแจ้งให้ทราบล่วงหน้า⁶³

- การกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรตามคำพิพากษา

ตามที่ได้กล่าวไป กฎหมายครอบครัวของมลรัฐแคลิฟอร์เนียไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ในศาลสูงสุดของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California Supreme Court) ได้มีคำพิพากษาในคดี Johnson v. Calvert⁶⁴ ใช้เป็นบรรทัดฐานในการสร้างหลักกฎหมายในระบบ Common Law ซึ่งในคดีนี้นั้น Mark Calvert และ Crispina เป็นคู่สามีภริยาที่มีความประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน โดยการสร้างตัวอ่อนจากน้ำเชื้อของ Mark และไข่ของ Crispina แล้วฝังตัวอ่อนไว้ในมดลูกของ Anna Johnson โดยอ้างให้ Anna ตั้งครรภ์แทน โดยมีข้อตกลงว่า Anna จะให้อำนาจปกครองเด็กแก่ Mark และ Crispina ซึ่ง Anna จะได้รับค่าตอบแทน ระหว่างนั้น Anna ต่อรองจะไม่ยอมส่งเด็กที่จะเกิดมาให้แก่คู่สามีภริยานี้ หากไม่ยอมจ่ายค่าตอบแทนเต็มจำนวนให้ทันที ดังนั้น คู่สามีภริยานี้จึงฟ้องคดีดังกล่าวต่อศาลขอให้ศาลพิพากษาว่าพวกเขาเหล่านั้นเป็นบิดามารดาของเด็กที่กำลังจะเกิดขึ้น ส่วน Anna เองก็ได้ยื่นฟ้องต่อศาลชั้นต้นเช่นเดียวกันขอให้ศาลสั่งให้ตนเองนั้นเป็นมารดาของเด็กและให้พิพากษาว่าสัญญาว่าจ้างตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นโมฆะ

โดยในศาลชั้นต้นนั้น ศาลได้รวมคดีทั้งสองและพิจารณาร่วมกัน โดยศาลมองว่าสัญญาว่าจ้างตั้งครรภ์แทนนั้นไม่มีวัตถุประสงค์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามข้อเท็จจริง Mark และ Crispina ได้พิสูจน์ถึงหลักเกี่ยวโยงทางพันธุกรรมของเด็กศาลจึงพิพากษาให้เด็กที่จะเกิดมานั้น เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีภริยาผู้ที่มีความประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน ในส่วนศาลอุทธรณ์พิพากษายืนเช่นเดียวกับศาลชั้นต้น

⁶¹ Section 7962 (a)(2) of California Family Code

⁶² Section 7962 (a)(3) of California Family Code

⁶³ Section 7962 (a)(4) of California Family Code

⁶⁴ Johnson v. Calvert (California Supreme Court, 1993)

อีกคดีหนึ่งคือในคดี *In re Marriage of Buzzanca*⁶⁵ เป็นคดีตัวอย่างที่ได้กำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย รวมถึงสิทธิและหน้าที่ต่อเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้คือ Luanne Buzzanca และ John Buzzanca เป็นคู่สมรสที่มีความประสงค์จะมีบุตร โดยวิธีตั้งครรภ์แทน ได้มีการนำตัวอ่อนมาฝังในโพรงมดลูกของหญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์แทน โดยตัวอ่อนดังกล่าวได้มาโดยใช้ไข่และอสุจิบริจาคทั้งสองฝ่าย ซึ่งมาจากบุคคลอื่นที่มีภูมิคุ้มกันเกี่ยวข้องกับคู่สมรสคู่นี้ มาปฏิสนธิภายนอกจนเกิดเป็นตัวอ่อนแล้วนำกลับเข้าสู่โพรงมดลูกของหญิงผู้รับจ้างตั้งครรภ์ หลังจากที่ยุติการตั้งครรภ์แล้ว Luanne และ John ได้แยกทางกันเมื่อหญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์แทนได้ให้กำเนิดทารกขึ้น Luanne ได้ทำการฟ้องอดีตสามีคือ John เพื่อเรียกค่าเลี้ยงดูบุตร โดยศาลชั้นต้นได้วินิจฉัยว่าเด็กคนนี้ไม่มีบิดามารดาด้วยเหตุผลที่ว่าหญิงที่ได้รับตั้งครรภ์แทนและสามี ไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางชีวภาพกับเด็กที่เกิดมา จึงไม่ใช่บิดามารดาของเด็ก ส่วน Luanne ก็ไม่ใช่มารดาของเด็กเนื่องจากไม่ใช่เจ้าของเซลล์ไข่หรือเป็นผู้ให้กำเนิดเด็ก ส่วน John เอง ก็ไม่ใช่บิดาของเด็ก เนื่องจากไม่ใช่เจ้าของอสุจิซึ่งทำให้ไม่มีความสัมพันธ์ทางชีวภาพใด ๆ กับเด็กที่เกิดมา John จึงไม่ต้องจ่ายค่าเลี้ยงดูเด็กที่เกิดมา

เมื่อคดีถึงชั้นอุทธรณ์ศาลอุทธรณ์แห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ได้มีคำพิพากษากลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้นอย่างสิ้นเชิง โดยศาลได้พิเคราะห์ถึงความตั้งใจหรือความประสงค์ของ Luanne และ John ที่ได้ให้การยินยอมที่จะใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในการตั้งครรภ์แทน หากไม่ทำเช่นนี้เด็กคนนี้ก็อาจจะไม่เกิดมา และเมื่อกฎหมายครอบครัวได้บัญญัติไว้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างเด็กและบิดาอาจเกิดขึ้นได้ตามที่กฎหมายกำหนด⁶⁶ และกฎหมายกฎหมายยังบัญญัติรับรองให้สามีที่ยินยอมให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในการผสมเทียมเพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์แก่ภริยาของตนเป็นเสมือนบิดาผู้ให้กำเนิดเด็ก⁶⁷ จึงย่อมไม่มีเหตุผลใดที่จะปฏิบัติต่อคู่สมรสที่ยินยอมให้ใช้อสุจิและไข่ของผู้บริจาคเพื่อให้เกิดการปฏิสนธิแล้วนำตัวอ่อนไปฝังไว้ในครรภ์ของหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทน และศาลยังได้อ้างถึงคดี *People v. Sorensen*⁶⁸ ที่ศาลได้พิจารณาถึงบทบาทของสามีที่มีส่วนร่วมในการตัดสินใจและยินยอมที่จะให้ภริยาของตนใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยอสุจิบริจาคที่ประสงค์ออกนามโดยสามีมิได้มีความเกี่ยวพันทางพันธุกรรมเลย แต่สามีคนนี้มีหน้าที่และความรับผิดชอบตามกฎหมาย

⁶⁵ *In re Marriage of Buzzanca* (California Supreme Court, 1993)

⁶⁶ Section 7610 (b) of California Family Code

⁶⁷ Section 7613 of California Family Code

⁶⁸ *Peopls v. Sorenen* (1968), 68 cal. 2d 280

ในฐานะบิดาของเด็กที่จะเกิดมา คดีนี้จึงได้วางหลักกฎหมายที่สำคัญคือ หากสามียินยอมให้ภริยาใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายในการบูรณะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดขึ้น ดังนั้นในคดี คดี In re Marriage of Buzzanca John จึงต้องจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดมา จึงทำให้ John มีสถานะเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กทันที ส่วนฝ่ายหญิงคือ Luanne เองก็เป็นผู้ที่มีส่วนและยินยอมให้เด็กที่เกิดมาโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์รวมถึงการตั้งครรภ์แทน จึงไม่มีเหตุผลใดที่จะแยกแยะสถานะระหว่าง John และ Luanne ให้แตกต่างกัน ดังนั้น Luanne เองก็ย่อมเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมา⁶⁹

ในคดี In re Marriage of Buzzanca เป็นการวินิจฉัยและวางหลักกฎหมาย เพื่อตีความกฎหมายครอบครัวให้ชัดเจนในเรื่องของสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของบิดามารดาผู้มีส่วนเกี่ยวข้องที่ทำให้เด็กได้เกิดมาโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งในการพิพากษาศาลจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นราย ๆ ไป แต่การพิจารณาและวินิจฉัยเรื่องการแย่งชิงอำนาจปกครองบุตร ศาลจะต้องพิจารณาโดยใช้หลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ⁷⁰ ศาลจะพิจารณาจากหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ ซึ่งหลักการเช่นนี้เป็นหลักการที่ใช้ในกฎหมายครอบครัวปกติอยู่แล้ว จะมีการบัญญัติกฎหมายไว้โดยตรงว่าเมื่อมีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตรในคดีที่เกิดจากสัญญารับตั้งครรภ์แทน ศาลต้องใช้หลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ แต่ในบางมลรัฐที่ไม่ได้บัญญัติกฎหมายไว้โดยชัดเจนก็มีการนำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กไปใช้โดยอนุโลมเช่นเดียวกันเกือบทุกคดี

2. กฎหมายประเทศออสเตรเลีย

ในปี ค.ศ. 1973 ในประเทศออสเตรเลียได้มีการประสบความสำเร็จในเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ในครั้งแรก เกี่ยวกับการปฏิสนธินอกร่างกายเพื่อทำให้เกิดการตั้งครรภ์ได้สำเร็จ แต่ได้มีการห้ามไปโดยในปี ค.ศ. 1988 ได้เริ่มการรับตั้งครรภ์แทนอย่างจริงจัง สำหรับการรับตั้งครรภ์แทนด้วยกรรมวิธีปฏิสนธินอกร่างกายได้มีรายงานว่าที่สร้างความสนใจสู่สาธารณชนมากที่สุด คือ ในปี ค.ศ. 1984 เมื่อสองพี่น้องตระกูล Kirkman ได้ประกาศว่ามีการรับตั้งครรภ์แทนขึ้น โดยนางลินดา มีพี่สาวคนหนึ่งชื่อว่านางแมคจี ซึ่งไม่สามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเองได้ ส่วนสามีของเธออยู่ในภาวะที่มีบุตรยากเช่นเดียวกัน นางลินดาจึงรับตั้งครรภ์แทนพี่สาวโดยใช้เซลล์ไข่ของนางแมคจีและเซลล์อสุจิบริจาค เมื่อนางลินดาคลอดบุตรออกมา นางแมคจีและสามีได้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐวิกตอเรีย

⁶⁹ รัชฎลักษณ์ เบ็ญจมะโน เตชะวุฒิพันธ์, “การคุ้มครองเด็กที่เกิดอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์: ศึกษาเปรียบเทียบจากกฎหมายและคำพิพากษาของประเทศสหรัฐอเมริกา,” วารสารเปรียบเทียบกฎหมายยุติธรรม, ฉบับที่ 1, ปีที่ 4, น. 9-10

⁷⁰ Andrew, L., Elster, N., Regulating Reproductive Technologies, 2000, 21 J. Legal Med, P. 35,42

เพื่อขอรับเด็กที่คลอดออกมาเป็นบุตรบุญธรรมและศาลได้มีคำสั่งอนุญาต และจากคดีนี้ทำให้สาธารณชนต่างได้มีการถกเถียงถึงปัญหาด้านจริยธรรมเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนขึ้น จึงทำให้รัฐบาลของรัฐต่าง ๆ จึงได้ตั้งคณะกรรมการขึ้นมาศึกษาปัญหาเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ขึ้น จึงเป็นที่มาของการออกกฎหมายเพื่อควบคุมการรับตั้งครรภ์แทนขึ้นในหลายรัฐ⁷¹ โดยประเทศออสเตรเลียนั้นไม่มีกฎหมายระดับกลางที่ควบคุมดูแลการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยเฉพาะ เพราะว่ารัฐธรรมนูญของออสเตรเลียในเรื่องสุขภาพของประชาชนได้ให้อำนาจของรัฐแต่ละรัฐที่จะออกกฎหมายได้โดยตรงจึงทำให้รัฐบาลกลางไม่มีอำนาจออกกฎหมายในเรื่องเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์⁷² ในปัจจุบันรัฐที่ได้ออกกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนได้แก่ รัฐวิกตอเรีย (Victoria)⁷³ รัฐเซาท์ออสเตรเลีย (South Australia)⁷⁴ รัฐควีนส์แลนด์ (Queensland)⁷⁵ รัฐทาสมาเนีย (Tasmania)⁷⁶ และรัฐออสเตรเลียแคปิตัล เทอริทอรี (Australian Capital Territory)⁷⁷ และ รัฐเวสเทิร์นออสเตรเลีย (Western Australia)⁷⁸ จึงทำให้กฎหมายของประเทศเครือรัฐออสเตรเลียมีความแตกต่างกัน แต่ส่วนใหญ่จะไปในทิศทางที่ควบคุมการตั้งครรภ์แทน⁷⁹ โดยในรัฐออสเตรเลียตะวันตก (Western Australia) รัฐทาสมาเนีย (Tasmania) และรัฐวิกตอเรีย (Victoria) ผู้หญิงที่จะเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนจะต้องมีบุตรมาแล้วอย่างน้อย 1 คน และยังอนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนได้

⁷¹ Leeton, L, Letter to Editor, Australian and New Zealand Journal of Obstetrics and Gynaecology (1999), อ้างถึงใน Szoke, H, Regulation of Assisted Reproductive Technology : The State of Plan in Australia, in I. Freckelton and K. Petersen, Controversies in Health Law The Federation Press, 1999, p.225

⁷² Constitution Act, 1901, s 51 (Cth,)

⁷³ The Infertility Treatment Act 1995 (Victoria)

⁷⁴ Family Relationships Act 1975 (South Australia), as amendment in 1988. Assisted Reproductive Treatment Act 1988 (South Australia)

⁷⁵ Surrogate Parenthood Act 1988 (Queensland)

⁷⁶ Surrogate Contracts Act 1993 (Tasmania)

⁷⁷ Substitute Parent Agreement Act 1994 (Australian Capital Territory)

⁷⁸ Human Reproductive Technology Act 1991. Surrogacy Act 2008 (Western Australia)

⁷⁹ ชศศักดิ์ โกโศยกานนท์, “รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ มาตรการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์,” มหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต, น. 71

- กฎหมายรัฐเวสต์เทิร์นออสเตรเลีย และ รัฐควีนแลนด์

ในรัฐเวสต์เทิร์นออสเตรเลีย รวมถึง รัฐควีนแลนด์ ได้มีการอนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนได้ โดยไม่มีข้อกำหนดว่าคู่สมรสที่มีความประสงค์จะให้กำเนิดบุตรนั้นมีความเกี่ยวข้องกับพันธุกรรมกับเด็กที่จะเกิดมา กล่าวคือ เหตุที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้อาจเป็นเพราะ คู่สมรสทั้งสองฝ่ายอาจมีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่ายจนต้องใช้เซลล์อสุจิและเซลล์ไข่บริจาค และดำเนินการรับตั้งครรภ์แทน รวมถึงความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดโรคที่ถ่ายทอดทางพันธุกรรมได้⁸⁰ ในกฎหมายรัฐควีนแลนด์ คือ Surrogate Parenthood Act 1988 ซึ่งมีเจตนารมณ์ที่มุ่งคุ้มครองผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ โดยพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้คุ้มครองเด็กที่จะเกิดมาโดยไม่คำนึงถึงความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมระหว่างเด็กบิดามารดาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน⁸¹

ในรัฐเวสต์เทิร์นออสเตรเลียนี้ ได้มีกฎหมายที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อยู่ด้วยกันทั้งสิ้น 2 ฉบับ ที่เกี่ยวกับบทบัญญัติต่าง ๆ คือ Human Reproductive Technology Act 1991 ซึ่งจะวางหลักเกณฑ์ทั้งหมดเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จะต้องเป็นคู่สมรสที่จดทะเบียนถูกต้องตามกฎหมายหรืออยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยา และไม่สามารถมีบุตรได้ด้วยเหตุผลทางการแพทย์⁸² ส่วนกฎหมายอีกฉบับคือ Surrogacy Act 2008 ที่ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนไว้ โดยได้ระบุไว้เช่นเดียวกันว่า ในการยื่นคำร้องโอนอำนาจปกครองหรือสถานะความเป็นบิดามารดาต่อศาล ของคู่สมรสที่จดทะเบียนถูกต้องตามกฎหมายหรืออยู่กินกันฉันสามีภรรยา ไม่สามารถที่จะตั้งครรภ์ได้เนื่องด้วยเหตุผลทางการแพทย์ หรือแม้ว่าหากตั้งครรภ์ได้ก็อาจมีแนวโน้มที่จะเกิดความผิดปกติทางพันธุกรรม⁸³

- การกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรตามคำพิพากษา

เมื่อออสเตรเลียได้มีการรับตั้งครรภ์แทนมานานแต่คดีแรกที่เกี่ยวข้องกับการฟ้องร้องเพื่อชิงอำนาจปกครองบุตรที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน เพิ่งเกิดขึ้นเป็นครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ. 1997 ในคดี Re Evelyn⁸⁴ ซึ่งมีข้อเท็จจริงคือ ครอบครัวของนาง S กับครอบครัวของนาง Q มีความสนิทสนมกันมานาน โดยนาง S มีบุตร 3 คน ส่วนนาง Q ไม่มีบุตร เนื่องจากเธอไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ โดยนาง S

⁸⁰ Sonia Allan, The Review of the Western Australian Human Reproductive Technology Act 1991 p.119

⁸¹ Section 6 (2)(b) of Surrogacy Act 2010 (Queensland)

⁸² Section 23 of Human Reproductive Technology Act 1991

⁸³ Section 19(2) of Surrogacy Act 2008 (Western Australia)

⁸⁴ Re Evelyn No. B.R. 7321 of 1997 (unreported) at 27, อ้างถึงใน Otlowski, M, Re Evelyn – Reflections on Australia’s First Litigated Surrogacy Case.

ได้เสนอว่าตนจะตั้งครรรค์แทนให้แก่ครอบครัวของนาง Q โดยไม่ปรากฏในเรื่องค่าตอบแทน โดยการตั้งครรรค์แทนครั้งนี้ได้ใช้เชื้ออสุจิของสามีนาง Q โดยที่สามีของนาง S ได้ให้ความยินยอมด้วย เมื่อนาง S ได้กำเนิดบุตรขึ้นมาโดยมีชื่อว่า Evelyn ครอบครัวของนาง S ได้ส่งมอบเด็กให้แก่ครอบครัวนาง Q ตามข้อตกลง แต่ภายหลังนาง S ต้องการที่จะให้เด็กที่ตนได้ให้กำเนิดมานั้นกลับมาเลี้ยงดูแต่เพียงผู้เดียว จึงได้นำเด็กกลับมาเลี้ยงดู โดยไม่ยอมส่งมอบให้แก่ครอบครัวนาง Q อีกต่อไป ครอบครัวนาง Q จึงได้ยื่นฟ้องต่อศาลครอบครัวแห่งรัฐเซาท์ออสเตรเลียขอให้มีคำสั่งให้เด็กหญิง Evelyn อยู่ในอำนาจปกครองของบุคคลทั้งสอง โดยศาลให้ความเห็นว่า

“เป็นการสมควรอย่างยิ่งที่ข้าพเจ้าจะพิจารณาเจตนาและความคาดหวังของบุคคลทั้งสี่ที่ได้มีส่วนร่วมกันทำให้เด็กกำเนิดมา ตลอดจนพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมดที่เกี่ยวกับการกำเนิดเด็กหญิง Evelyn แต่สิ่งเหล่านี้ก็ย่อมไม่อยู่เหนือประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้น”

การนำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กมาใช้ทำให้ศาลสรุปได้ว่า แม้ความสัมพันธ์ระหว่างเด็กหญิง Evelyn กับครอบครัวของนาง Q จะเป็นไปได้ด้วยดี แต่ในอนาคตเด็กคนนี้จะต้องประสบกับปัญหาที่เกี่ยวข้องกับสถานภาพของตนเอง ซึ่งในกรณีนี้บุคคลซึ่งเป็นผู้ให้กำเนิดคือนาง S อยู่ในฐานะที่จะทำความเข้าใจกับเธอได้ดีที่สุด ศาลจึงมีคำสั่งให้อำนาจปกครองตกแก่นาง S และสามี และต่อมาคดีนี้ก็เข้าสู่การพิจารณาของคณะใหญ่ของศาลครอบครัว (Full Court of the Family Court) ศาลก็ได้เปลี่ยนแปลงแก้ไขคำพิพากษาเป็นอย่างอื่น โดยศาลได้เห็นว่าคดีที่เกี่ยวกับอำนาจปกครองนั้น ไม่ว่าจะเกิดจากการรับตั้งครรรค์แทนหรือไม่ ก็จะไม่มีการตั้งสมมติฐานว่าเด็กต้องอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของมารดาที่ให้กำเนิดเท่านั้น การที่จะพิจารณาถึงอำนาจปกครองของเด็กต้องพิจารณาว่ากรณีใดที่จะเป็นประโยชน์สูงสุดแก่เด็กมากที่สุด ศาลก็ต้องพิพากษาไปตามนั้น⁸⁵ ซึ่งเป็นการนำหลักประโยชน์สูงสุดมาใช้สอดคล้องกับกฎหมายมาตรา 65E⁸⁶ ซึ่งได้กำหนดไว้ว่า ในการพิจารณากำหนดอำนาจปกครองเด็กนั้นศาลจำต้องพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ ซึ่งเหมือนกับหลักเกณฑ์ตามแนวคำพิพากษาของศาลในระบบคอมมอนลอว์ทั่ว ๆ ไป

ที่กล่าวมาข้างต้นนั้น ไม่มีข้อกำหนดว่าบิดามารดา ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยวิธีการรับตั้งครรรค์แทนนั้น จะต้องมีจุดเกาะเกี่ยวทางพันธุกรรมในตัวเด็ก กล่าวคือสามารถใช้เซลล์ไข่และ

⁸⁵ จักรกฤษณ์ ควรวจน์ และคณะ, “รายงานการวิจัยเรื่อง “การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรรค์แทน,” น. 109

⁸⁶ S. 65E ของกฎหมาย Family Law Act 1975 (Cth.) ซึ่งแก้ไขโดยกฎหมาย Family Law Reform Act (Cth.) บัญญัติว่า “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.”

เซลล์อสุจิบริจาคได้ทั้งสองฝ่าย แม้ไม่มีเซลล์สืบพันธุ์ของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง⁸⁷ เหตุผลที่กฎหมายส่วนใหญ่อนุญาตให้บิดามารดาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่จำเป็นต้องมีจุดเกาะเกี่ยวทางพันธุกรรมนั้น เนื่องจากเป็นที่ถกเถียงกันว่าอาจมีสถานการณ์ที่บิดามารดาคนใดคนหนึ่งหรือทั้งสองคนมีความผิดปกติในระบบสืบพันธุ์ หรืออาจมีความเสี่ยงของการถ่ายทอดทางพันธุกรรมที่อาจจะส่งผลให้ตัวเด็กได้ การตั้งครรภ์แทนจึงเป็นอีกหนึ่งทางเลือกเมื่อหนทางอื่น ๆ ไม่สามารถดำเนินการต่อได้ เช่น คู่สมรสที่มีภาวะแท้งบุตรซ้ำในระยะเวลา 9 ปี การตั้งครรภ์นอกมดลูก การทำเด็กหลอดแก้วไม่สำเร็จ หากเราใช้การตั้งครรภ์แทนจนเป็นผลสำเร็จแล้วนั้นจึงเป็นกรณีที่แสดงให้เห็นว่าครอบครัวนั้นสามารถมีทางเลือกเพิ่มขึ้นได้กฎหมายจึงยอมรับในเงื่อนไขนี้ได้และจะต้องได้รับการปรึกษาทางการแพทย์ก่อนการรับตั้งครรภ์แทนสำหรับกรณีที่ไม่มีจุดเกาะเกี่ยวทางพันธุกรรมของบิดามารดาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน ในการพิจารณาความเป็นมาของกฎหมายดังกล่าวมีคณะกรรมการด้านกฎหมายมีการพิจารณาในเรื่องนี้จะต้องเกิดในสถานพยาบาลที่ยอมรับการตั้งครรภ์แทนเพื่อที่จะได้ให้คำปรึกษาที่ถูกต้อง⁸⁸ ซึ่งสรุปได้ว่ากฎหมายของประเทศออสเตรเลียนั้น เมื่อมีคดีเกิดขึ้นศาลจะนำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กมาใช้พิจารณาเกี่ยวกับการกำหนดอำนาจปกครองของเด็กนั้น

3.2.2 กลุ่มระบบกฎหมาย Civil Law

3.2.2.1 กฎหมายประเทศรัสเซีย

ศูนย์วิจัยกฎหมายและจริยธรรมการสืบพันธุ์มอสโก สหพันธรัฐรัสเซียการเกิดของเด็กเป็นสิ่งที่ยอมรับ การตั้งครรภ์แทนอาจช่วยให้แก้ปัญหาภาวะมีบุตรยากทั้งทางชีวภาพและทางสังคมซึ่งเป็นโอกาสที่ดีที่บุคคลเหล่านี้สามารถมีลูกเป็นของตัวเองได้ ไม่เพียงแต่สำหรับคู่สมรสที่มีภาวะมีบุตรยากทางการแพทย์เท่านั้น แต่ยังสำหรับคนที่ไม่ได้มีคู่สมรสแต่ต้องการมีบุตรได้ด้วยรัสเซียเป็นหนึ่งในไม่กี่ประเทศที่ตั้งครรภ์แทนอย่างถูกกฎหมายมีให้สำหรับผู้ใหญ่ทุกคนที่เต็มใจที่จะเป็นพ่อแม่ จะต้องมีข้อบ่งชี้ทางการแพทย์บางอย่างสำหรับการตั้งครรภ์แทน เช่น ไม่มีมดลูก โพรงมดลูกหรือความผิดปกติของปากมดลูก โรคทางร่างกายที่มีผลต่อการตั้งครรภ์ การทำเด็กหลอดแก้วล้มเหลวหลายครั้ง

การตั้งครรภ์แทนในประเทศรัสเซียถือเป็นที่ยอมรับมาก เนื่องจากว่าเป็นประเทศที่สามารถเข้าถึงการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ได้อย่างกว้างขวาง โดยไม่คำนึงว่าจะจดทะเบียนสมรสหรือว่าโสดก็สามารถใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ได้ แต่ไม่ได้พูดถึงชายโสดหรือกลุ่มรักเพศเดียวกันที่

⁸⁷ Sonia Allan, The Review of the Western Australian Human Reproductive Technology Act 1991

⁸⁸ Standing Committee on Legislation, Report on Legislation in Relation to the Surrogacy Bill 2007 (Report 12) May 2008, p 40-41.

สามารถใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้เพื่อที่จะไม่ได้เป็นการเลือกปฏิบัติในฐานะผู้หญิงหรือว่าผู้ชาย โดยคนรักร่วมเพศสามารถเข้าถึงเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ได้โดยการเดินทางไปยังประเทศรัสเซีย⁸⁹ โดยคู่สมรสหรือผู้ปกครองที่มีความประสงค์จะให้ตั้งครรภ์แทนสามารถเข้าทำสัญญากับหญิงที่จะเป็นผู้ที่รับตั้งครรภ์แทน โดยแสดงเจตนายินยอมที่จะรับเด็กและทำตามข้อตกลงที่ทำไว้ในสัญญา เมื่อเด็กคนนี้เกิดมาแล้ว หญิงที่เป็นฝ่ายรับตั้งครรภ์แทนจะไม่ถูกระบุชื่อไว้ในสูติบัตร เมื่อได้แจ้งเกิดต่อเด็กและระบุชื่อเป็นบิดามารดาแล้ว อำนาจปกครองของเด็กจะอยู่กับบิดามารดาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์ทันที โดยไม่ต้องมีกระบวนการอะไรเพิ่มเติมอีก⁹⁰

การตั้งครรภ์แทนถูกควบคุมโดยกฎหมายครอบครัวของรัสเซีย มาตรา โดยมี 51 ข้อ 4 หลักว่า บุคคลที่แต่งงานแล้วและได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากการฝังตัวของตัวอ่อนในผู้หญิงอีกคนหนึ่งเพื่อจุดประสงค์ในการรับตั้งครรภ์แทนอาจถูกลงชื่อในฐานะผู้ปกครองของเด็กเท่านั้นด้วยความยินยอมของผู้หญิงที่เกิดกับเด็ก⁹¹ (แม่ตั้งครรภ์แทน)

กล่าวคือหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะต้องให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร จะทำให้บิดามารดาผู้ที่มีความประสงค์จะให้รับตั้งครรภ์แทน นั้นมีฐานะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายนอกเหนือจากความยินยอมดังกล่าวแล้วไม่จำเป็นต้องมีการนำมาใช้หรือการตัดสินของศาล ชื่อของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นจะไม่ปรากฏในสูติบัตร กล่าวคือไม่มีข้อกำหนดว่าเด็กจะต้องเกี่ยวข้องกับพันธุกรรมกับพ่อแม่ที่ว่าจ้างอย่างน้อยหนึ่งคนเช่นเดียวกับประเทศยูเครน การดำเนินการการตั้งครรภ์แทนครั้งแรกในรัสเซียดำเนินการในปี 1995 ที่ศูนย์ผสมเทียมที่สถาบันสูติศาสตร์และนรีเวชวิทยาในเซนต์ปีเตอร์สเบิร์ก โดยทั่วไปความคิดเห็นของสาธารณชนเป็นมิตรกับ ผู้ตั้งครรภ์แทน กรณีล่าสุดของนักร้องชื่อดังและนักธุรกิจหญิงที่รู้จักกันดี ซึ่งใช้บริการของตัวแทนตั้งครรภ์แบบเปิดเผยได้รับการรายงานข่าวในเชิงบวกอย่างมาก

3.2.2.2 กฎหมายประเทศยูเครน

ประเทศยูเครนเป็นประเทศที่มีการผ่อนปรนมากในเรื่องของกฎหมายเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และยังเป็นประเทศที่มีความก้าวหน้าและค่าใช้จ่ายในการบริการที่ค่อนข้างต่ำ จึงเป็นประเทศที่คนต่างชาตินิยมเข้ามาใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยกฎหมายของประเทศยูเครนได้คำนึงถึงสิทธิเป็นสำคัญที่จะประยุกต์ใช้กับทุก ๆ คน

⁸⁹ Sara Rintamo, et al, Regulation of Cross-Border Surrogacy In Light of the European Convention on Human Rights, P 24

⁹⁰ อ้างแล้ว, น. 25

⁹¹ Article 51 of THE FAMILY CODE OF THE RUSSIAN FEDERATION

ไม่จำกัดเฉพาะพลเมืองชาวยูเครน⁹² การตั้งครรภ์แทนในประเทศยูเครนนั้นได้รับการควบคุมอย่างดี และการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นถือเป็นการบังคับใช้ภายใต้กฎหมายในระดับสหพันธรัฐ ภายใต้กฎหมายของยูเครนเด็กจะได้รับการพิจารณาว่าเป็นบุตรของบิดามารดาที่มีความประสงค์จะมีบุตร โดยการรับตั้งครรภ์แทน เมื่อทารกเกิดแล้วชื่อของพ่อแม่ในสูติบัตรของเด็กจะระบุตามบิดามารดาผู้ที่มีความประสงค์จะมีบุตร บุคคลที่รับตั้งครรภ์แทนจะไม่ได้รับสิทธิใด ๆ เลย ดังนั้นหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจึงไม่มีสถานะที่จะเลี้ยงลูกหรืออ้างสิทธิ์ใด ๆ ได้เลย รวมถึงกรณีที่แม้ว่าบิดามารดาผู้ที่มีความประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นจะใช้ไข่และอสุจิจากผู้บริจาคโดยไม่มีจุดเกาะเกี่ยวทางพันธุกรรมเลยนั้นได้ถูกนำมาใช้และไม่มีความสัมพันธ์ทางชีวภาพหรือจุดเกาะเกี่ยวระหว่างเด็กกับบิดามารดาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน ชื่อของบิดามารดาของเด็กที่ปรากฏในสูติบัตรนั้นยังคงเป็นชื่อของบิดามารดาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน มิใช่ชื่อของผู้บริจาคอสุจิและไข่

โดยทั่วไปมีกรอบทางกฎหมายที่ครอบคลุมมากขึ้นสำหรับการตั้งครรภ์แทนในยูเครนกว่าในประเทศยุโรปอื่น ๆ ประเทศส่วนใหญ่ห้ามการตั้งครรภ์แทนพร้อมกันหรืออนุญาตให้ทำสัญญาแทนเฉพาะในกรณีที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นยังไม่ได้รับคำตอบแทน สำหรับประเทศเหล่านั้นที่อนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยทั่วไปแล้วกฎหมายจะให้สิทธิ์ผู้รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้มีอำนาจในตัวเด็กจนกว่ากระบวนการศาล สามารถโอนสิทธิ์จากหญิงที่รับ (“คำสั่งของผู้ปกครอง” เช่น) ตั้งครรภ์แทนนั้นไปยังบิดามารดาผู้ที่มีความประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนได้

การตั้งครรภ์แทนในยูเครนถูกควบคุมอย่างเป็นทางการโดยมาตรา แห่งประมวล 123 กฎหมายครอบครัวของประเทศยูเครนซึ่งกำหนดความสัมพันธ์ของผู้ปกครองในกรณีที่มีการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยวางหลักไว้คือ “ ถ้าฝั่งไข่ของคุณผสมไว้กับผู้หญิงอีกคนหนึ่ง คู่สมรสนั้นจะเป็นพ่อแม่ของเด็ก การตั้งครรภ์แทนในขณะเดียวกันก็จำกัดสำหรับคู่รักที่แต่งงานแล้วเท่านั้น การลงทะเบียนของทารกถูกควบคุมโดยคำสั่งที่ 771 และคำสั่ง 24 กระทรวงสาธารณสุขของประเทศยูเครน ซึ่งเกี่ยวข้องกับกระบวนการทางการแพทย์ของการผสมเทียม เช่น การปลูกถ่ายตัวอ่อน คำสั่งดังกล่าวประกาศว่าในกรณีที่มีการคลอดทารกโดยผู้อื่น การลงทะเบียนตั้งครรภ์แทนของเด็กนั้นขึ้นอยู่กับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน ซึ่งลงนามโดยบิดามารดาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนไว้ และหนังสือยินยอมจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนข้อตกลงดังกล่าวจะถูกส่งไปพร้อมกับเอกสารทางการแพทย์ที่รับรองว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นให้กำเนิดลูกของบิดามารดาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนที่และสิ่งนี้ช่วยให้บิดามารดาที่มีความประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองตามกฎหมายของเด็ก ในขณะเดียวกันคำสั่งที่ 24 ของ

⁹² Sara Rintamo, et al, Regulation of Cross-Border Surrogacy In Light of the European Convention on Human Rights, P21-22

กระทรวงสาธารณสุขของประเทศยูเครน จะทำการควบคุมรายละเอียดของการตั้งครรภ์แทนใน ยูเครน โดยให้แนวทางที่ปกป้องตัวแทนและมั่นใจได้ถึงผลลัพธ์ที่ดีต่อกระบวนการภายใต้แนวทาง ปฏิบัติหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะต้องมีอายุระหว่าง 25-35 ปี ให้กำเนิดบุตรของหญิงที่รับตั้งครรภ์ แทนตนเองอย่างน้อยหนึ่งคน มีความสามารถทางร่างกายและจิตใจ ในการเป็นหญิงที่รับตั้งครรภ์ แทนและไม่มี ความเกี่ยวข้องกับบิดามารดาผู้ที่มีความประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน ข้อตกลง การตั้งครรภ์แทนทางกฎหมายจะต้องลงนามระหว่างบิดามารดาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน ในประเทศยูเครน ไม่มีความเสี่ยงต่อการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดา เพราะมีความชัดเจนใน ลัญญา⁹³

จากกฎหมายของประเทศยูเครนทำให้มีความแตกต่างจากประเทศอื่น ๆ ที่ส่วนใหญ่ได้ ให้กำหนดหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนสามารถเปลี่ยนใจได้ โดยกฎหมายได้ให้ความสำคัญแก่สิทธิของ คู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตร โดยใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ คู่สมรสคู่นี้จะมีสถานะ เป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมาโดยทันที และตัวแทนไม่มีสิทธิใด ๆ เลย จึงเป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดความ มั่นใจว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะไม่มีสิทธิเรียกร้องใด ๆ ต่อเด็กที่เกิดมา และในประเทศยูเครน เป็นหนึ่งในประเทศยุโรปไม่กี่แห่งที่ไม่ห้ามการตั้งครรภ์ในเชิงพาณิชย์ เนื่องจากเมื่อตีความตาม ประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศยูเครนที่เน้นเรื่องหลักเสรีภาพในการเข้าทำสัญญาเป็นหลัก ซึ่งยูเครนได้ลงนามในสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนและชีวการแพทย์ (the Convention on Human Rights and Biomedicine) แต่ยูเครนยังไม่ได้ให้สัตยาบรรณ แต่หากประเทศยูเครนได้ให้สัตยาบรรณ ในภายหลังแล้วการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ก็จะหมดไป

⁹³ Article 51 123 of The Ukrainian Family Code

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาในการกำหนดเงื่อนไขการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์

แม้วิทยาการด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในประเทศไทยได้มีความเจริญก้าวหน้าไม่แพ้นานาชาติประเทศที่พัฒนาแล้ว อย่างสหราชอาณาจักรหรืออเมริกา ประกอบกับได้มีบทบัญญัติกฎหมายออกมารองรับ กล่าวคือ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ที่ได้กำหนดสถานะความเป็นบิดามารดา ตลอดจนถึงเงื่อนไขของคุณลักษณะของบุคคลที่สามารถใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้ถูกต้องตามกฎหมาย

ปัญหาที่เกิดขึ้นอันเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กับกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันนั้นยังมีช่องโหว่ หรือ ไม่ครอบคลุมคุณลักษณะของบุคคลที่จะใช้เทคโนโลยีให้ถูกต้องตามกฎหมาย และสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้ ที่มุ่งหวังเพื่อขจัดปัญหาภาวะการมีบุตรยากในประเทศไทยจึงมีปัญหาค่าที่ต้องพิจารณาดังนี้ ปัญหาการไม่เคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ปัญหาในการกำหนดเงื่อนไขการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ปัญหาการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ขัดแย้งกับกฎหมายของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ปัญหาการใช้สิทธิฟ้องเพื่อแย่งชิงอำนาจปกครองบุตรและปัญหาการรับเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นบุตรบุญธรรม

4.1 ปัญหาการไม่เคารพสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

4.1.1 ปัญหาการไม่เคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งปัญหาที่สำคัญของปัญหาคือปัญหาผู้ที่มีบุตรยาก โดยหลักแล้วสามีภริยาอยู่ด้วยกันและมีเพศสัมพันธ์สม่ำเสมอเป็นระยะเวลา 1 ปีแล้วแต่ยังไม่มีการตั้งครรภ์ ถือว่าเป็นผู้มีบุตรยาก ซึ่งในประเทศไทยนั้นมีเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มากมายและได้นำมารักษาภาวะนี้ การรับการตั้งครรภ์แทนจึงเกิดขึ้นเพื่อต้องการให้ครอบครัวมีความสมบูรณ์ ก่อให้เกิดประเด็นปัญหาว่าเด็กที่เกิดโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนนั้นมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เพราะสิทธิตามธรรมชาติของกลุ่มสตรีที่ต้องการมีบุตรย่อมมีสิทธิในการเป็นส่วนตัวและสิทธิในการสืบพันธุ์ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิในชีวิตร่างกายอันเป็นสาระสำคัญประการหนึ่งของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่แสดงให้เห็นว่ามนุษย์มีอิสระที่จะกำหนดตัวเองได้ตามเจตจำนงที่ตนประสงค์ ดังนั้นสิทธิในการสืบพันธุ์ของ

ปัจเจกชนย่อมเป็นสิทธิพื้นฐานประการหนึ่งที่ได้รับการรับรองตามกฎหมาย การที่จะเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และคุ้มครองสิทธิของเด็กที่เกิดมา รัฐจะต้องให้ความเคารพและคุ้มครอง ซึ่งอาจออกกฎหมายมาควบคุม เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งกฎหมายไทยในปัจจุบันได้มีการรับรองแล้ว แต่ก็ยังไม่ครอบคลุมทุกกรณี อย่างเช่น ไข่ทิ้งไข่และอสุจิบริจาค เช่นนี้รัฐจะต้องให้ความเคารพและคุ้มครองให้ครอบคลุมทุกกรณี เพื่อป้องกันสิทธิของเด็กที่เกิดมาจากการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ หากคำนึงถึงสิทธิและศักดิ์ศรีศรีความเป็นมนุษย์ของเด็ก ในการที่จะมีครอบครัวอย่างสมบูรณ์เช่นครอบครัวอื่น ๆ ในฐานะบุตรชอบด้วยกฎหมายแล้วนั้น สิทธิและศักดิ์ศรีที่มนุษย์พึงมีและได้รับการคุ้มครอง ปกป้องจากรัฐโดยการออกกฎหมายเพื่อคุ้มครองและรับรอง สิทธิดังกล่าว ก็ควรที่จะได้รับการดูแลรักษาในฐานะของสิทธิมนุษยชนเช่นกัน

โดยประเด็นของปัญหานั้นเกิดจากการที่กลุ่มคนที่ถูกจำกัดสิทธิได้ฝ่าฝืนต่อกฎหมายที่ควบคุมอยู่ในปัจจุบันคือ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 กล่าวคือ เมื่อคู่สมรสคู่นี้มีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่าย แล้วประสงค์ที่จะมีบุตรโดยวิธีตั้งครรภ์แทนได้ดำเนินการใช้วิธีดังกล่าว แต่เด็กที่เกิดมานั้นสภาพความเป็นบิดามารดาของเด็ก โดยเด็กที่เกิดมาและคู่สมรสดังกล่าวกลับไม่ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับนี้ ซึ่งตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 4 นั้นได้บัญญัติเรื่องสิทธิและศักดิ์ศรีศรีความเป็นมนุษย์เอาไว้ และในมาตรา 27 ยังได้กำหนดถึงหลักที่บุคคลทุกคนมีความเสมอภาคซึ่งกันและกัน ไม่มีการเลือกปฏิบัติต่อกันในสังคมเดียวกัน ซึ่งสิ่งสำคัญคือความเสมอภาค ซึ่งหมายความว่าอำนาจรัฐจะต้องไม่กระทำการใด ๆ ก่อให้เกิดความเสียหายต่อศักดิ์ศรีศรีความเป็นมนุษย์ รัฐจึงต้องเข้ามาคุ้มครองและให้การรับรองต่อสิทธิและศักดิ์ศรีศรีความเป็นมนุษย์อย่างเท่าเทียมกัน โดยไม่ให้ถูกละเมิด โดยการคุ้มครองสิทธิของบิดามารดาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนอันเนื่องมาจากความผิดปกติทางการแพทย์ที่ไม่สามารถผลิตเซลล์อสุจิหรือเซลล์ไข่ได้และรวมถึงเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์เป็นสิ่งที่ต้องรับรองและคุ้มครองให้กับเด็กนั้น แต่ในปัจจุบันกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ แม้จะให้ความคุ้มครองเด็กและคุ้มครองบิดามารดาจากการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ แต่ยังไม่มีความครอบคลุมมากพอ ดังนั้นตามรัฐธรรมนูญแล้วรัฐจะต้องเข้ามาคุ้มครองกลุ่มคนเหล่านี้ด้วย และด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้คือ พระราชบัญญัติ คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้มีเจตนารมณ์ที่จะขจัดปัญหาภาวะการมีบุตรยากโดยการให้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เข้ามาช่วย และกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาให้ถูกต้องโดยยึดหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ

เมื่อพิจารณาตามมาตรา 4 แห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าว และกฎหมายที่ใช้บังคับในเรื่องการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ แม้ว่าจะมีกฎหมายออกมาเป็นลายลักษณ์อักษรแต่ใน

ความเป็นจริงแล้ว ไม่ได้ให้การคุ้มครองสิทธิของเด็กที่จะเป็นทายาทของบิดามารดาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนอันเนื่องมาจากสภาวะทางร่างกาย เมื่อกฎหมายไม่ให้การคุ้มครองแล้วจึงต้องกลับไปใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในบรรพ 5 ในเรื่องสถานะความเป็นบิดามารดาที่หญิงที่ให้กำเนิดบุตร จะถือเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น ซึ่งในความเป็นจริงหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นไม่ใช่มารดาของเด็กแต่เป็นเพียงผู้ที่คลอดเด็กออกมา โดยไม่ได้คำนึงถึงว่าต้นตอของเด็กมาจากที่ใด โดยในกฎหมายหลาย ๆ ประเทศ รวมถึงคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องนั้น ได้พิจารณาถึงว่าใครหรือกลุ่มคนกลุ่มไหนเป็นผู้ที่มีส่วนร่วมเกี่ยวข้องกับเด็ก ก็จะนำมาเป็นประเด็นในการพิจารณาร่วมอยู่ด้วยเสมอ หากกรณีเช่นนี้เด็กที่เกิดมาไม่สามารถอ้างสิทธิในความเป็นทายาทของบิดามารดาที่ประสงค์จะให้มิบุตรได้เลย ซึ่งถูกบังคับให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว แทนที่จะใช้กฎหมายฉบับใหม่ คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 หากได้พิจารณาและคำนึงถึงสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ในการที่จะได้รับการเลี้ยงดูที่เหมาะสมผาสุกดังเช่นครอบครัวอื่น ๆ ให้เจริญเติบโตเป็นบุคลากรคุณภาพที่ดีของสังคม เด็กที่เกิดมาย่อมได้รับสิ่งเหล่านี้จากบิดามารดาผู้ที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน มากกว่ามารดาผู้ให้กำเนิด ซึ่งอาจไม่มีความพร้อมเช่นเดียวกับบิดามารดาที่ประสงค์ เด็กคนนี้ควรที่จะได้รับการเลี้ยงดูจากบุคคลที่มีความพร้อมในฐานะสิทธิของมนุษย์คนหนึ่งเช่นกัน

ในประเด็นนี้สิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของทุก ๆ คน ซึ่งเด็กที่เกิดมาจากเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ไม่ว่าจะตัวอ่อนนั้นจะเกิดจากการใช้เซลล์สุจิและเซลล์ไข่ ของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน หรือตัวอ่อนที่เกิดจากการใช้เซลล์สุจิหรือเซลล์ไข่บริจาค กับเซลล์สุจิหรือเซลล์ไข่ของสามีหรือภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน หรือตัวอ่อนที่เกิดจากการใช้เซลล์สุจิและเซลล์ไข่บริจาคทั้งสองฝ่าย โดยที่สามีและภริยาไม่มีจุดเกาะเกี่ยวทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมา ไม่ว่าจะป็นกรณีไหนทั้งสิ้นเด็กที่เกิดมานั้นก็ย่อมที่จะมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อยู่ หากกฎหมายไม่ได้กำหนดสำหรับคู่สามีภริยาที่มีปัญหาในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่ายแล้วกลับไปใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยเรื่องครอบครัว จะทำให้ศักดิ์ศรีในความเป็นมนุษย์และคุณค่าในตัวเด็กเสียไป เพราะไม่มีบุคลากรที่เหมาะสมในการให้การเลี้ยงดูเด็ก ซึ่งกรณีนี้ตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่สิทธิของเด็กที่เกิดมานั้นย่อมขึ้นอยู่กับหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทน และสามีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นมีฐานะทางการเงินที่ดี มีสภาพแวดล้อมการเลี้ยงดูเด็กที่สมฐานะ เด็กที่เกิดมานั้นย่อมได้รับการเลี้ยงดูที่ดีและได้รับการคุ้มครองตามสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็ก แต่หาก

มองอีกด้านหากฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น มีฐานะยากจน มีสภาพครอบครัวหรือสภาพแวดล้อมที่ไม่เหมาะกับการเลี้ยงดูเด็กที่จะเกิดมา หากอำนาจปกครองของเด็กที่เกิดมาอยู่กับกลุ่มคนเหล่านี้ ย่อมทำให้เด็กที่เกิดมาโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้นเสียสิทธิที่จะได้รับการเลี้ยงดูจากครอบครัวของสามีภริยาที่มีความประสงค์จะให้มิบุตรด้วยวิธีนี้ อันทำให้เด็กมีความเป็นอยู่ที่ดีขึ้นได้ และไม่เป็นการลดทอนหรือทำลายสิทธิและศักดิ์ศรีในความเป็นมนุษย์ของตัวเด็กไป

4.1.2 แนวทางการแก้ไขปัญหา ผู้เขียนจึงเห็นว่า รัฐควรให้ความเคารพต่อสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ซึ่งจะต้องได้รับการคุ้มครองจากรัฐโดยครอบคลุมทุกกรณี ซึ่งในปัจจุบันคุ้มครองยังไม่ครอบคลุม แต่กลับเลือกมุ่งคุ้มครองเฉพาะแต่สิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามการตั้งครรภ์ด้วยวิธีธรรมชาติเท่านั้น แม้ว่ารัฐธรรมนูญไทยจะได้บัญญัติให้ความคุ้มครองสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แก่บุคคลทุกคนก็ตาม แต่หาได้เป็นรูปธรรมหรือลายลักษณ์อักษร จึงเห็นควรที่จะต้องมีการออกกฎหมายมาเพื่อคุ้มครองและปกป้องสิทธิดังกล่าวของเด็กที่จะเกิดมาในอนาคตจากการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยแม้ปัจจุบันประเทศไทยได้มีการออกกฎหมายมาบังคับใช้กับกลุ่มคนที่มีความจำเป็นที่จะต้องใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์แล้ว แต่ยังคงมีความบกพร่องอยู่ ซึ่งการที่จะให้เป็นบุตรที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จากเซลล์สุจิและเซลล์ไข่บริจาค่นั้น ให้เป็นโดยชอบด้วยกฎหมายนั้น อาจจะต้องจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรม ดังนั้นเพื่อให้สอดคล้องและทันต่อเทคโนโลยีและตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ รัฐจะต้องออกกฎหมายมาคุ้มครองสิทธิของเด็กเหล่านี้ให้ครอบคลุมทุกกรณี เพื่อให้เด็กนั้นได้รับการคุ้มครอง ครอบงำ และปกป้องสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ได้ถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญต่อไป

4.2 ปัญหาในการกำหนดเงื่อนไขการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

4.2.1 ปัญหาในการกำหนดเงื่อนไขการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งในกฎหมายปัจจุบันนั้น ได้รองรับเทคนิคการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ทั้งสิ้น 3 กรณี จาก 4 กรณีดังนี้ การผสมเทียมโดยใช้เชื้ออสุจิของสามีและไข่ของภริยา การผสมเทียมโดยใช้เชื้ออสุจิของผู้บริจาคและไข่ของภริยา การใช้เชื้ออสุจิของสามีกับไข่ของผู้บริจาด และอีก 1 กรณีที่กฎหมายไม่ได้คุ้มครองคือ การใช้เชื้ออสุจิบริจาด และไข่บริจาด ทั้งสองอย่าง ซึ่งหากสามีภริยานี้มีปัญหาด้วยกันทั้งสองฝ่ายเขาจะหมดสิทธิที่จะมีบุตรทันทีเนื่องจากหากฝ่ายหนึ่งใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ขึ้นมาอาจทำให้เด็กที่เกิดมาไม่ได้รับการรับรองสิทธิตามกฎหมายฉบับนี้ และถือเป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลที่จะได้ใช้เทคโนโลยีดังกล่าวอย่างทั่วถึง

ในการกำหนดเงื่อนไขการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 22 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จะเห็นได้ว่ามีบุคคลที่เกี่ยวข้องด้วยกันหลายฝ่ายคือ สามิภริยาที่ประสงค์จะให้ตั้งครรภ์แทน เจ้าของเซลล์ไข่ หรือเซลล์อสุจิบริจาค และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนรวมถึงคู่สมรสของหญิงนั้นด้วย จึงจำเป็นที่จะต้องนำกรอบความคิดเกี่ยวกับความเป็นบิดามารดามาใช้ทำการวิเคราะห์ เพื่อให้ทันต่อเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไปรวมถึงปัญหาในความบกพร่องทางร่างกายของมนุษย์อันเป็นข้อจำกัดในการที่จะเข้าถึงเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อย่างถูกต้องเหมาะสม สำหรับกรณีนี้คือ สามิภริยาที่ประสงค์จะให้มีบุตรนั้น กลับไม่มีอำนาจปกครองที่แท้จริง อำนาจปกครองกลับไปตกอยู่กับฝ่ายมารดาผู้ให้กำเนิดแทน ผู้เขียนจึงขอเสนอกรอบความคิดมานำเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณา 4 ประการ ดังนี้

1. การยึดหลักทางชีวภาพ (Biological Relation Approach) หมายถึง การกำหนดสถานะความเป็นมารดาของเด็กตามข้อสันนิษฐานตามกฎหมาย กล่าวคือการกำหนดให้หญิงที่ไปกำเนิดบุตรนั้นเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย แม้ว่าจะได้รับตั้งครรภ์แทนผู้อื่น กฎหมายก็ถือได้ว่าเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น ซึ่งการที่กฎหมายได้กำหนดว่าหญิงที่คลอดบุตรออกมาเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นตามหลักชีวภาพ ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานที่มีอยู่แล้วตามกฎหมายลักษณะครอบครัว ซึ่งมีความเป็นสากลทั่วไปไม่ว่าจะเป็นของต่างประเทศหรือของประเทศไทย โดยมีเหตุผลสนับสนุนที่ว่า เด็กที่อยู่ภายในครรภ์ของหญิงนั้นย่อมมีความผูกพันกับหญิงที่ตั้งครรภ์ กฎหมายเลยให้สิทธิแก่หญิงคนนี้ที่ถือถือว่าเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเสมอ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ใช้มาเป็นระยะเวลาอันยาวนานก่อนที่จะมีวิวัฒนาการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อีก ซึ่งเป็นหลักที่มีความเป็นเหตุเป็นผลสูงและยังใช้มาต่อเนื่องจวบจนปัจจุบันนี้¹

โดยข้อดีของหลักการนี้คือ สภาพความของเด็กในเรื่องความเป็นมารดาจะมีความชัดเจนที่สุด พิสูจน์ความเป็นมารดาของเด็กได้ง่ายที่สุด เพราะการที่เด็กเกิดมาจะมีสถานภาพเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ได้ให้กำเนิดเด็กมาในทันที ซึ่งถือเป็นการเคารพสิทธิในความเป็นมารดาของหญิงที่อุทิศร่างกายเพื่อตั้งครรภ์ และได้ใช้ระยะเวลาในการอุ้มท้องนานกว่า 9 เดือนให้สามารถมีสิทธิที่จะเลี้ยงดูและใช้อำนาจปกครองเด็กที่เกิดขึ้นมา อีกทั้งยังเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดการแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบจากหญิงที่สามารถตั้งครรภ์แทนได้ โดยใช้เงิน สิ่งตอบแทน หรืออิทธิพลที่ชักจูงให้ผู้หญิงที่มีฐานะยากจนมารับบริการตั้งครรภ์แทน เพราะเด็กที่เกิดมานั้นเป็น

¹ ยศศักดิ์ โสไศยกานนท์, “รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ มาตรการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์,” มหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต, น. 133.

บุตรของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนอยู่ตลอดไป แต่หลักการนี้ก็มีข้อสังเกตที่ว่า ในหลักเกณฑ์ที่ว่านี้ได้ ปฏิเสธสิทธิในการสืบพันธุ์ของกลุ่มสมรสที่ต้องการมีบุตรอย่างสิ้นเชิง เป็นการไม่ยอมรับความจริงของความผูกพันทางพันธุกรรมที่แท้จริง และรวมถึงปฏิเสธหลักทางพันธุกรรมที่แท้จริงของเด็กว่า เด็กเกิดจากตัวอ่อน ซึ่งได้รับเซลล์อสุจิและเซลล์ไข่มาจากแหล่งใด ซึ่งหากคู่สามีภรรยาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนต้องการได้มาซึ่งอำนาจปกครองนั้น จำต้องใช้วิธีรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมแทน ซึ่งอาจทำให้คู่สามีและภริยานั้นสูญเสียความเป็นบิดามารดาที่แท้จริงไป ในเมื่อต้องรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมจะเสียเวลาและเสียค่าใช้จ่ายในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เพื่อจุดประสงค์อะไร อีกทั้งการรับบุตรบุญธรรมนั้น ยังก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาและบุตรบุญธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อีก เช่น ในเรื่องกฎหมายมรดก

2. การยึดหลักทางพันธุกรรม (Genetic-based Approach) หมายถึง การกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กตามหลักความเป็นจริงทางสายเลือด ซึ่งเป็นการกำหนดให้คู่สมรสที่เป็นเจ้าของเซลล์อสุจิและเซลล์ไข่ที่แท้จริงเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะต้องการตั้งครรภ์เอง คือ ใช้อสุจิบริจาค จากชายอื่นหรือให้บุคคลอื่นตั้งครรภ์แทน โดยใช้เซลล์ไข่และเซลล์อสุจิของสามีภรรยาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน โดยอาศัยหลักการสำคัญที่ว่า ได้ใช้เซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนที่มาจากคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรหรือไม่ หากเป็นเช่นนั้นก็ควรจะกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมา โดยให้คู่สามีภรรยาที่เป็นเจ้าของเซลล์ไข่และเซลล์อสุจิเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น²

โดยข้อดีของหลักการนี้คือ ย่อมที่จะเป็นหลักประกันสำหรับฝ่ายคู่สมรสที่มีความประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน โดยใช้เซลล์ไข่และเซลล์อสุจิของกลุ่มสมรสในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ว่าอำนาจปกครองบุตรและสถานะความเป็นบิดามารดาจะตกอยู่กับฝ่ายนี้ เมื่อเข้าทำสัญญาตั้งครรภ์แทนแล้วเด็กที่เกิดมาจะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สามีภรรยาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนอย่างแน่นอน แต่หลักการนี้มีข้อสังเกตที่ว่า เป็นหลักที่ตรงข้ามกับการยึดหลักทางชีวภาพโดยสิ้นเชิง เป็นการไม่ได้ให้ความสำคัญถึงสิทธิของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนที่ต้องสละทั้งเวลาและร่างกายเพื่ออุ้มท้องเด็กในครรภ์เป็นระยะเวลากว่า 9 เดือน อีกทั้งเป็นการเปรียบเทียบบีบบังคับให้ฝ่ายหญิงที่เป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนจำต้องส่งมอบเด็กให้แก่คู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรโดยวิธีตั้งครรภ์แทนในทุกกรณี โดยไม่นำความสัมพันธ์ที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนที่มีต่อเด็กมาเป็นข้อพิจารณา เป็นการขัดกับหลักกฎหมายครอบครัวซึ่งมีความเป็นสากลที่ใช้กันอยู่ทั่วโลก เพราะจะต้องตัดความผูกพันที่มีต่อเด็กที่เกิดมาและส่งมอบเด็กนั้นให้แก่

² ศศศักดิ์ โสภณกานนท์, “รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ มาตรการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์,” มหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต, น. 134-135

คู่สามีภรรยาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน รวมถึงปัญหาอื่น ๆ ที่เกิดขึ้นเมื่อเด็กเกิดมาหากมีความผิดปกติทางร่างกายหรือสติปัญญา อาจทำให้คู่สามีภรรยาไม่ยอมรับเอาเด็กที่เกิดมาเป็นลูกได้ ทั้ง ๆ ที่ใช้เซลล์อสุจิและเซลล์ไข่ของตนเอง หรือหากเป็นกรณีที่ปรากฏว่าคู่สมรสนั้นถึงแก่ความตายก่อนเด็กที่จะเกิดมา อาจทำให้ก่อให้เกิดปัญหาที่ตามมาได้ว่า เด็กนั้นจะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของบุคคลใดแทน

3. การยึดหลักตามเจตจำนง (Intent-Base Parenthood) หมายถึงการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาโดยคำนึงถึงข้อตกลงอันเกี่ยวเนื่องกับสัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นหลัก โดยส่วนใหญ่แล้วจะเกิดจากคู่สามีภรรยาที่ประสงค์จะให้มิบุตรโดยวิธีตั้งครรภ์แทนมีความต้องการตามหลักเจตจำนงนี้ ซึ่งเป็นหลักที่กล่าวได้ว่ามุ่งคุ้มครองฝ่ายคู่สามีภรรยาที่ประสงค์จะให้มิบุตรมากกว่า เพราะหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นได้มีข้อสันนิษฐานของกฎหมายเอาไว้อยู่แล้วในเรื่องของสถานะความเป็นมารดาโดยหลักชีวภาพ และอาจกล่าวได้ว่าหลักนี้กับหลักการยึดหลักทางพันธุกรรมมีความเกี่ยวพันกันอยู่เสมอ คือ หากสถานะความเป็นบิดามารดาจะได้รับการคุ้มครองจากคู่สามีภรรยาที่ประสงค์จะให้มิบุตรตามหลักพันธุกรรมที่กล่าวไว้ข้างต้นแล้วมักจะได้รับการคุ้มครองตามหลักเจตจำนงด้วยเสมอ เพราะเกิดมาจากความต้องการที่แท้จริงของคู่สามีภรรยาที่ประสงค์จะให้มิบุตร โดยการตั้งครรภ์แทน โดยหลักนี้สาระสำคัญคือการมีสัญญาตั้งครรภ์แทนโดยจะต้องระบุรายละเอียดที่สำคัญเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนในเรื่องต่าง ๆ ลงไป เช่น ค่าใช้จ่าย การส่งมอบเด็กเมื่อเด็กได้คลอดออกมาแล้ว เป็นต้น และเมื่อเกิดข้อพิพาทไม่ว่าจะเป็นเรื่องของสัญญาตั้งครรภ์แทนหรือเรื่องอำนาจปกครองบุตรนั้นก็จะต้องอาศัยศาลเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดกันไป³

โดยข้อดีของหลักการนี้เหมือนกับหลักการยึดหลักทางพันธุกรรม ย่อมเป็นประโยชน์แก่ฝ่ายคู่สมรสที่มีความประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน เพราะมีหลักประกันว่าเมื่อเด็กคลอดออกมาแล้วหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะต้องส่งมอบเด็กคืนแก่ฝ่ายคู่สามีภรรยาที่มีความประสงค์จะมีบุตรตามสัญญา และไม่สามารถที่จะปฏิเสธได้เพราะมีหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรโดยชัดเจน และหากไม่ปฏิบัติตามเช่นว่านี้ อาจถูกฟ้องเป็นคดีต่อศาลได้ แต่หลักการนี้มีข้อสังเกตที่ว่า เป็นการบีบบังคับให้หญิงที่ทนอุ้มท้องเด็กที่จะเกิดมานั้นจำเป็นต้องส่งมอบเด็กที่เกิดมาให้แก่คู่สามีภรรยาที่มีความประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยไม่คำนึงถึงความผูกพันระหว่างเด็กกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เป็นการขัดต่อหลักข้อสันนิษฐานของกฎหมายตามหลักชีวภาพข้างต้น อีกทั้งเมื่อเงื่อนไขและรายละเอียดต่าง ๆ ได้ถูกกำหนดไว้ในสัญญา ซึ่งเป็นลายลักษณ์อักษร จะต้องปฏิบัติตามตามสัญญาโดยไม่คำนึงถึงสภาพจิตใจของแต่ละฝ่ายว่าจะมีความรู้สึกเช่นใด และการปฏิบัติตาม

³ ยศศักดิ์ โกโศยกานนท์, “รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ มาตรการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์,” มหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต, น. 135-136

สัญญาะนั้นจะก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อเด็กหรือไม่ ไม่ว่าจะเป็นที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เกิดเปลี่ยนใจไม่ส่งมอบเด็กให้เพราะเกิดความผูกพัน หรือกรณีที่คุณสามีภริยาที่ประสงค์จะให้มิบุตร ไม่ยอมรับเด็กที่เกิดมา อันเป็นเพราะเด็กที่เกิดมามีสภาพร่างกายพิการ หรือไม่สมประกอบกัน อย่างไรก็ตาม หรือกรณีที่คู่สามีภริยาดังกล่าวนั้น ได้มีการหย่าร้างกันก่อนเด็กเกิด หากการบังคับตาม สัญญาเช่นนี้ทั้งที่ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่เต็มใจ ก็จะไม่ก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อเด็กอย่างแท้จริง เพราะว่าคุณสามีภริยาที่ประสงค์จะให้มิบุตรนี้ไม่มีความต้องการเหลือในตัวเด็กอยู่แล้ว

4. การยึดหลักตามคำสั่งศาล (Parental Order) หมายถึง เป็นหลักการที่อาศัยคำสั่งศาล ในการที่จะช่วยชี้ขาดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนโดย พิจารณาตามกฎหมายที่รองรับไว้ว่าเป็นอย่างไร รวมถึงอำนาจปกครองของเด็กนั้นควรอยู่กับใคร สำหรับประเด็นในเรื่องของสถานะความเป็นบิดามารดา จะต้องมิกฎหมายออกมารับรองเสียก่อน โดยศาลจะสั่งตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้เป็นสำคัญ ส่วนในประเด็นเกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตร จะใช้หลักที่พิจารณาอยู่ด้วยกัน 2 ประการ คือ อำนาจปกครองพิจารณาตามสัญญาตั้งครรภ์แทน โดยถือว่าสัญญาดังกล่าวถือเป็นสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมายและใช้บังคับได้ โดยถือหลักความศักดิ์สิทธิ์ ในการแสดงเจตนาเป็นสำคัญ หรืออีกประการหนึ่งคือ ศาลมีคำสั่งใช้อำนาจปกครองบุตรโดยยึด หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ โดยที่ไม่ต้องพิจารณาจากสัญญาที่คุณสัญญาได้ทำการตกลง กันไว้ก็ได้ โดยศาลจะพิจารณาจากเหตุผลในแต่ละกรณีเป็นเรื่อง ๆ ไป⁴

ในการใช้หลักการยึดคำสั่งศาล โดยถือสัญญาเป็นสำคัญโดยข้อดีของหลักการนี้ เป็น หลักการที่ก่อให้เกิดความชัดเจนว่าเด็กที่เกิด โดยวิธีการรับตั้งครรภ์แทนนั้นจะอยู่ในอำนาจ ปกครองของบุคคลใด ในกรณีที่สัญญารับตั้งครรภ์แทนได้ระบุว่าให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น ส่งมอบเด็กให้แก่คู่สามีภริยาที่ประสงค์จะให้มิบุตร และให้เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองเด็ก ศาลก็เห็น ควรที่จะบังคับไปตามสัญญานั้น เป็นการป้องกันไม่ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นไม่เปลี่ยนใจที่จะ ไม่ส่งมอบเด็กให้แก่คู่สมรสที่ต้องการมิบุตร เมื่อมีคดีต่อศาลศาลก็จะพิจารณาและพิพากษาบังคับ ไปตามสัญญารับตั้งครรภ์แทนที่ตกลงกันไว้ และคู่สามีภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรจะได้รับความ มั่นใจว่าตนนั้นจะได้เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองอย่างแน่นอน โดยหากมีกรณีที่คู่สามีภริยาที่ประสงค์ จะให้มีการตั้งครรภ์แทน เกิดไม่ยอมรับเด็กที่เกิดมาไม่ว่าด้วยเหตุผลที่เด็กเกิดมาพิการทางร่างกาย หรือสมองจนไม่เป็นที่ต้องการ หรือ คู่สามีภริยานี้ได้หย่าขาดจากกันก่อนที่เด็กเกิดมา ฝ่ายหญิงที่ รับตั้งครรภ์แทนก็สามารถฟ้องต่อศาลเพื่อให้คู่สามีภริยานี้รับเด็กเป็นบุตรและมีหน้าที่ต้อง อุปการะเด็กที่เกิดมา ในทางกลับกันหากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ยอมส่งเด็กให้ คู่สามีภริยาที่

⁴ ยศศักดิ์ โสภณกานนท์, “รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ มาตรการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัย เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์,” มหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต, น. 135-136

ประสงค์จะมีบุตรยอมฟ้องต่อศาลเพื่อให้หญิงนั้นส่งมอบเด็กและให้เด็กอยู่ในอำนาจปกครองของคู่สามีภริยากันเช่นเดียวกัน แต่หลักการนี้มีข้อสังเกตที่ว่า การที่ศาลใช้หลักการยึดตามสัญญา เปรียบได้กับการซื้อขายสิทธิความเป็นบิดามารดา เนื่องจากพิจารณาตามข้อสัญญาเป็นหลักโดยไม่คำนึงถึงเหตุผลอื่น

ในการใช้หลักการยึดคำสั่งศาลโดยใช้หลักตามผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญเป็นหลักที่เปิดกว้างสามารถให้ศาลใช้ดุลพินิจได้เต็มที่ว่าเด็กที่เกิดมานั้นควรอยู่ในอำนาจปกครองของฝ่ายใดหรือหากศาลเห็นว่าทั้งสองฝ่ายไม่มีความเหมาะสมนั้น ศาลอาจจะแต่งตั้งให้บุคคลอื่นเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองของเด็กแทน ซึ่งเป็นหลักที่สอดคล้องกับกฎหมายไทยในเรื่องการใช้อำนาจปกครองบุตรกรณีฟ้องหย่ากันระหว่างสามีและภริยา โดยศาลจะต้องชี้ขาดกว่าฝ่ายใดควรใช้อำนาจปกครองบุตรโดยพิจารณาจาก ความผาสุกและประโยชน์ของเด็กเป็นสำคัญตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1520 วรรค 2⁵ หรือหากกรณีที่ว่าทั้งสองฝ่ายไม่ต้องการเด็กที่เกิดมา ศาลก็อาจกำหนดให้เด็กที่เกิดมาอยู่ในอำนาจปกครองของบุคคลที่สาม ซึ่งเป็นการพิจารณาให้การคุ้มครองแก่เด็กได้อย่างสมบูรณ์มากกว่าที่จะบังคับให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องปฏิบัติตามสัญญาโดยรับเด็กไว้อุปการะทั้ง ๆ ที่ความรู้สึกไม่ต้องการเด็กแล้ว โดยมีข้อสังเกตที่ว่าหากใช้หลักการยึดตามคำสั่งศาลโดยยึดผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ เป็นการทำลายความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาลงไป และเป็นภาระของบุคคลที่สามหากจะต้องอุปการะเด็กที่เกิดมาจากความประสงค์ของอีกฝ่าย โดยที่อีกฝ่ายไม่มีส่วนรับผิดชอบและอุปการะหรือใช้อำนาจปกครองเด็กทั้ง ๆ ที่เป็นฝ่ายเริ่มก่อให้เกิดมาโดยใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

กรอบความคิดที่ใช้ในกฎหมายปัจจุบันคืออาศัยหลักทางพันธุกรรม โดยพิจารณาจากความเป็นจริงทางสายเลือด คือคู่สมรสเจ้าของเชื้ออสุจิหรือไข่เป็นบิดามารดา ไม่ว่าภริยาตั้งครรภ์เอง หรือมีหญิงอื่นตั้งครรภ์แทน กับหลักตามเจตจำนง เป็นการกำหนดความเป็นบิดามารดาโดยคำนึงถึงข้อตกลงเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นสำคัญ ซึ่งหลักนี้เป็นหลักที่มุ่งคุ้มครองความต้องการของคู่สมรสที่มีบุตร เป็นประโยชน์ในกรณีที่ไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมไม่ว่าจะเป็นอสุจิของสามีและหรือไข่ของภริยา การใช้หลักนี้มาบัญญัติไว้ในกฎหมาย จะช่วยให้ครอบคลุมมากยิ่งขึ้น ซึ่งในภาวะปัจจุบันสำหรับประเทศไทยที่มีอัตราการเจริญพันธุ์ที่ลดลง อาจทำให้มีโอกาสที่คู่สมรสทั้งฝ่ายสามีและภริยา เกิดมีปัญหาเกี่ยวกับภาวะเจริญพันธุ์ทั้งสองคน ไม่สามารถ

⁵ มาตรา 1520 วรรค 2 “ในกรณีหย่าโดยคำพิพากษาของศาล ให้ศาลซึ่งพิจารณาคดีฟ้องหย่านั้นชี้ขาดด้วยว่าฝ่ายใดจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรคนใด ในการพิจารณาชี้ขาดถ้าศาลเห็นว่ามิเหตุที่จะถอนอำนาจปกครองของคู่สมรสนั้นได้ ตามมาตรา 1582 ศาลจะถอนอำนาจปกครองของคู่สมรสและสั่งให้บุคคลภายนอกเป็นผู้ปกครองก็ได้ ทั้งนี้ ให้ศาลคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของบุตรนั้นเป็นสำคัญ”

สร้างเซลล์อสุจิหรือเซลล์ไข่ได้ คู่สามีภริยานี้ จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ซึ่งมีสิทธิเท่ากัน เสมือนทุกคน

4.2.2 แนวทางการแก้ไขปัญหา อาจจะต้องพิจารณาตามกรอบความคิดตามหลักเจตจำนงหรือ คำสั่งศาลเป็นสำคัญ เนื่องจากกฎหมายในฝั่งประเทศระบบ Common Law ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีคดีที่ชื่อว่า In re Marriage of Buzzanca⁶ ปรากฏข้อเท็จจริงว่า มีการนำตัวอ่อนมาฝังในโพรงมดลูก ของหญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์แทน โดยที่ตัวอ่อนนั้น ได้รับการผสมมาจากไข่และเชื้ออสุจิของผู้บริจาค ซึ่งไม่ใช่ทั้งฝ่ายคู่สมรสที่จ้างและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน แต่ปรากฏก่อนที่เด็กจะคลอด คู่สมรสที่ ว่างจ้างนี้ได้ฟ้องหย่าต่อศาล และฝ่ายหญิงขอให้ศาลมีคำสั่งว่าเธอเป็นมารดาของเด็กในที่สุด ศาลได้ พิพากษาว่าคู่สมรสที่จ้างเป็นบิดามารดาของเด็กตามกฎหมาย แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าทารกที่ กำเนิดมานั้น ไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมของคู่สมรสนี้แม้แต่น้อยก็ตาม เห็นได้ชัดว่า ได้ยึด ตามหลักเจตจำนงของคู่สัญญาและคำสั่งศาล ซึ่งเห็นแล้วว่า เมื่อมีปัญหาที่ต้องอาศัยศาลในการ วินิจฉัยและออกคำสั่งอยู่ดี ซึ่งศาลได้นำหลักการยึดตามคำสั่งศาลโดยพิจารณาจากเจตจำนง คู่สมรสที่จ้างโดยกฎหมายในฝั่งประเทศระบบ Civil Law อย่างรัสเซียไม่มีข้อกำหนดว่าเด็กจะต้อง เกี่ยวข้องกับพันธุกรรมของคู่สามีภริยาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน มีฐานะเป็นบิดามารดาที่ ชอบด้วยกฎหมาย

หากพิจารณาตามหลักกฎหมายของต่างประเทศที่ผู้เขียนได้นำมาแสดงแล้วนั้นเห็นได้ ชัดว่ากฎหมายในเรื่องการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้น ได้ยึดถือหลักความ สักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาเป็นสำคัญ โดยมีได้คำนึงถึงหลักทางชีวภาพหรือหลักทาง พันธุกรรมของเด็ก โดยมองว่าใครที่เป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องที่จะทำให้เด็กนั้นเกิดมาจะต้องเป็น ผู้รับผิดชอบต่อสิ่งที่กระทำนั้น กล่าวคือ การที่คู่สามีภริยาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้น ถือ ได้ว่าเป็นผู้ที่เริ่มต้นในการที่จะให้เด็กนั้นเกิดมา จึงต้องเป็นผู้ที่รับผิดชอบต่อเด็กที่เกิดมา โดยเป็น ผู้ใช้อำนาจปกครองและอุปการะเลี้ยงดูเด็ก หากนำมาเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยในปัจจุบันแล้ว พบว่า หากเด็กที่เกิดมาจากอสุจิบริจาคและไข่บริจาคนั้น ย่อมไม่อยู่ในบังคับของ พระราชบัญญัติ คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 เช่นนี้แล้วหากคู่ สมรสที่มีปัญหาเกี่ยวกับระบบสืบพันธุ์ทั้งสองฝ่ายได้ใช้เทคโนโลยีนี้ขึ้นมา เด็กที่เกิดจะเป็นช่อง โหว่ยอมนำมาสู่ปัญหาการฟ้องร้องต่อศาล และต้องอาศัยศาลในการวินิจฉัยอีก โดยระบบกฎหมาย ของไทยใช้ระบบ Civil Law โดยอิงตามประมวลกฎหมายหรือพระราชบัญญัติเป็นหลัก เมื่อ

⁶ ยศศักดิ์ โกโศยกานนท์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายอุ้มบุญ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), น. 54

กฎหมายที่ใช้บังคับไม่มีเงื่อนไขนี้กำหนดไว้ จึงต้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยเรื่องครอบครัว ว่าหญิงที่ได้ให้กำเนิดเด็กนั้นเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก

ผู้เขียนจึงเห็นควรว่า ควรจะแก้ไขช่องโหว่ที่เกิดขึ้นตรงนี้ ให้กฎหมายไทยได้นำหลักการ ยึดตามคำสั่งศาลโดยพิจารณาจากข้อตกลงในสัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นสำคัญ ว่าในกรณีที่คู่สามีภรรยาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้น มีบุตรโดยใช้เซลล์อสุจิและเซลล์ไข่บริจาค ทั้งสองฝ่าย ให้ถูกรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายที่ประกาศใช้ใหม่ด้วย จึงเห็นควรจะมีการแก้ไขกฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบันให้มีความครอบคลุมมากยิ่งขึ้น โดยไปแก้ไขในส่วนที่เป็นเงื่อนไขการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ในหมวด 3 เรื่องการตั้งครรภ์แทน ในมาตรา 22 โดยเพิ่ม (3) เป็นว่า “ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิและไข่ของผู้บริจาค” ซึ่งจะครอบคลุมทุกกรณีทั้งหมด ไม่ว่าจะ เป็นในชื่ออสุจิและไข่ของคู่สมรสที่อ้างเอง หรือ ใช้ไข่หรืออสุจิของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือ ใช้ไข่และอสุจิของผู้บริจาคทั้งสอง ซึ่งเมื่อประกาศใช้แล้วมีผลทำให้ คู่สมรสที่มีปัญหาทั้งสองฝ่ายนั้น สามารถใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้อย่างถูกกฎหมาย และเด็กที่เกิดมานั้นจะมี บิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายคือ คู่สามีภรรยาที่มีความประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน ผู้เขียนจึง เสนอให้มีการเพิ่มบทบัญญัติลงในมาตรา 22 ตามที่ได้อธิบายไปแล้วข้างต้น

4.3 ปัญหาการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

4.3.1 ในการที่จะให้หญิงอื่นมาตั้งครรภ์แทนภริยานั้นต้องอาศัยการใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์มาช่วยผู้ที่ประสบภาวะสำหรับผู้มีบุตรยาก ซึ่งในปัจจุบันมีคู่สมรสหลายคู่ที่ใช้วิธีการเหล่านี้ แต่กฎหมายก็ยังไม่ครอบคลุมทุกกรณี ซึ่งก่อให้เกิดปัญหามากมายทั้งต่อคู่สมรสเอง และต่อเด็กที่เกิดมา ซึ่งกฎหมายไทยในปัจจุบัน ได้รับรองเฉพาะเด็กที่เกิดมาจากเทคโนโลยีดังกล่าวจะต้อง มีจุดเกาะเกี่ยวทางพันธุกรรมฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งของคู่สมรส เช่น อสุจิของสามี หรือ ไข่ของภริยา เท่านั้น จะใช้ทั้งสองไม่ได้ ซึ่งเทคโนโลยีทางการแพทย์นั้นได้เจริญก้าวหน้าไปมาก ทำให้สามารถใช้ทั้งไข่บริจาคและอสุจิบริจาคได้ ทำการปฏิสนธิแล้วนำไปใส่ในมดลูกของหญิงอื่น ซึ่งมีบุคคลอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย ได้ก่อให้เกิดปัญหาว่าเมื่อคู่สมรสที่มีปัญหาเกี่ยวกับอวัยวะสืบพันธุ์ทั้งสองฝ่าย และต้องใช้ทั้งไข่บริจาคและอสุจิบริจาค กฎหมายไทยไม่ได้กำหนดเอาไว้ จึงขอแยกพิจารณาดังนี้

ประการแรกในการกำหนดสถานะความเป็นมารดาของเด็ก กำหนดไว้ว่า ความเป็นมารดาตามธรรมชาติของเด็ก ย่อมพิสูจน์ได้จากกรณีที่หญิงได้ให้กำเนิดเด็กนั้นหรือตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับนี้ โดยกฎหมาย U.P.A. ให้สิทธิแก่บุคคลผู้มีส่วนได้เสียนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อพิสูจน์

ความสัมพันธ์ระหว่างมารดากับบุตรไว้ด้วย อันเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีเหล่านี้สามารถใช้ดุลพินิจอย่างเต็มที่ในการเลือกนำบทบัญญัติตามกฎหมายฉบับนี้มาใช้บังคับให้สอดคล้องกับคดีให้มากที่สุด⁷ เนื่องจากกฎหมายของไทยได้ยึดหลักการพื้นฐานเช่นเดียวกับกฎหมายหลาย ๆ ประเทศทั่วโลก ที่ว่าหญิงที่ได้อุทิศร่างกายเพื่อตั้งครรภ์เป็นระยะเวลา 9 เดือน เมื่อคลอดบุตรออกมาแล้วถือว่าเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น โดยไม่ได้พิจารณาถึงว่าใครเป็นผู้ที่ตั้งใจให้เด็กนั้นเกิดมา สำหรับสถานะความเป็นมารดาของฝ่ายที่ประสงค์จะให้มิบุตรนั้น เมื่อกรณีนี้ไม่ถูกรับรองไว้โดยกฎหมายทำให้ ภริยาของสามีฝ่ายที่ประสงค์จะให้มิบุตรได้ ไม่มีสถานะความเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมา ในทางกลับกัน สำหรับสถานะความเป็นมารดาของหญิงฝ่ายที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น กลับได้สิทธิที่จะอุปการะเลี้ยงดูและใช้อำนาจปกครองของเด็กที่เกิดมาโดยถูกต้องตามกฎหมายทั้ง ๆ ที่ตนเองนั้นไม่ได้เป็นผู้ที่ริเริ่มคิดค้นให้เด็กคนหนึ่งเกิดมาโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

ประการที่สองพิจารณาถึงความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ในทุกประเทศทั่วโลก ความเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ถือเป็นประเด็นที่มีความซับซ้อนและพิศุจน์ได้ยาก เพราะความเป็นมารดาของพ่อพิศุจน์ได้โดยชัดแจ้งจากการตั้งครรภ์และให้กำเนิดขึ้น สำหรับสถานะความเป็นบิดาของฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย สามีของหญิงนั้นจะถูกสันนิษฐานว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมาโดยทันที หรือในกรณีที่ชายนั้นได้เคยเป็นสามีในช่วงระยะเวลาสามร้อยสิบวันก่อนที่เด็กคนนั้นจะเกิดมา ย่อมได้รับการสันนิษฐานเช่นเดียวกันว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมา โดยการพิศุจน์สถานะความเป็นบิดาที่แท้จริงย่อมต้องพิศุจน์ว่ามีการร่วมประเวณีกันระหว่างหญิงกับชาย และชายนั้นเป็นเจ้าของเชื้ออสุจิ และอสุจิกับไข่ได้ปฏิสนธิกันจนเจริญเติบโตจนเกิดเป็นเด็กขึ้นมา ซึ่งการร่วมประเวณีกับระหว่างหญิงชายนั้น โดยปกติย่อมรู้กันเฉพาะคู่กันเท่านั้น ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นมักเป็นกรณีที่เกิดจากเชื้ออสุจิของบุคคลอื่น เช่น การรับบริจาคเชื้ออสุจิจากชายผู้บริจาคแล้วมาผสมกับไข่ของคู่สมรสฝ่ายหญิงแล้ว เช่นนี้กฎหมายไทยในปัจจุบันได้รับรองไว้แล้วว่า หากใช้เชื้ออสุจิบริจาค กับไข่ของภริยา และหรือไม่ว่าจะตั้งครรภ์เองหรือให้คนอื่นตั้งครรภ์แทนนั้น ชายที่เป็นเจ้าของพันธุกรรมของเด็กนั้น ไม่มีสิทธิใด ๆ เลย ต่างจากชายผู้เป็นสามี แม้ไม่มีอะไรเกี่ยวข้องกับพันธุกรรมเลยกลับเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่นนี้เห็นได้ว่าเป็นไปตามหลักเจตจำนง สำหรับสถานะความเป็นบิดาของสามีฝ่ายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน จะไม่มีสถานะความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กในทันที เพราะเนื่องจากกฎหมายได้

⁷ Hofheimer, A, *Gestational Surrogacy : Unsettling State Parentage Law and Surrogacy Policy*, 1992, 19 N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change, pp. 571, 585.

สันนิษฐานไว้ก่อนแล้วว่าสามีหรือชายที่เคยเป็นสามีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น เป็นบิดาของเด็กโดยชอบด้วยกฎหมาย และอีกประการหนึ่งคือ เมื่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันไม่รองรับการใช้เซลล์อสุจิและเซลล์ไข่บริจาคทั้งสองฝ่าย เมื่อฝ่ายชายมิได้เป็นเจ้าของเซลล์อสุจิแล้วด้วย เหตุผลทางการแพทย์ ย่อมหมดสิทธิที่จะเป็นบิดาที่ถูกต้องตามกฎหมายของเด็กที่เกิดมาโดยสมบูรณ์

ประการที่สาม ผู้เขียนขอเขียนแยกต่างหาก กล่าวคือ หากการกำหนดสถานะความเป็นบิดาและมารดาตามที่ได้อธิบายไปแล้วนั้น ว่าแม้เป็นกรณีที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับพันธุกรรมเลยนั้น ซึ่งหลักนี้ได้นำมาจากกรอบความคิดในเรื่องเจตจำนง ฉะนั้นแล้ว หากเป็นกรณีที่ไม่ว่าจะนำทั้งอสุจิบริจาคและไข่บริจาค ผู้เขียนยังเห็นควรว่าน่าจะยึดตามหลักเจตจำนงได้เช่นเดิม ทั้งสามีและภริยา ทั้งสองฝ่ายไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับพันธุกรรมกับบุตรที่เกิดมาเลย ซึ่งได้เป็นไปตามหลักเจตนาธรรมของกฎหมายฉบับนี้ ที่มุ่งหวังเพื่อแก้ไขปัญหาผู้มีบุตรยาก ซึ่งกรณีเช่นนี้อาจมีความเป็นไปได้ที่จะเกิดขึ้น ซึ่งเมื่อเกิดขึ้นมาแล้วย่อมเป็นช่องโหว่ของกฎหมายที่จะทำให้บุคคลเหล่านี้หมดสิทธิในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เมื่อเด็กที่เกิดมาก็ควรมีบิดาและมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นคู่สมรสที่มีความประสงค์ที่จะให้มีการตั้งครรภ์แทนจากการใช้ทั้งเซลล์อสุจิบริจาคและเซลล์ไข่บริจาค เพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญซึ่งคู่สมรสที่ว่านี้อาจมีความพร้อมที่จะดูแลและรับเลี้ยงเด็กที่เกิดมาได้ดีกว่า หากว่าเด็กจะต้องมีบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายจากผู้บริจาคอสุจิ หรือ มารดาที่ชอบด้วยกฎหมายจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น ดังนั้นหากเป็นกรณีที่กฎหมายที่ใช้บังคับเฉพาะในเรื่องการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ไม่มีระบุไว้ จึงต้องใช้หลักกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก่อให้เกิดปัญหาหลายอย่าง หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย เด็กที่เกิดมาก็จะไม่มีบิดาไปด้วย ในมุมนกลับกันหากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย ชายผู้นั้นจะเป็นบิดาของเด็กโดยทันที โดยที่มิได้มีความต้องการที่จะเป็นบิดาเลย อีกทั้งกฎหมายยังเปิดโอกาสให้ชายผู้นั้นพิสูจน์ได้ว่าตนไม่ใช่บิดาของเด็ก หลังจากนั้นเด็กที่เกิดมาก็ไม่มีบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายอยู่ดี เห็นได้ชัดเจนว่าย่อมไม่ก่อประโยชน์แก่เด็กที่เกิดมาเลย

4.3.2 แนวทางการแก้ไขปัญหา เนื่องจากการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งหากว่าเด็กนั้นเกิดจากอสุจิบริจาคและไข่บริจาค ซึ่งไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับพันธุกรรมกับคู่สมรสที่มีความประสงค์ให้เกิดการตั้งครรภ์เนื่องด้วยทั้งสองมีข้อบกพร่องทางระบบสืบพันธุ์นั้น ปัญหาจึงมีว่าเด็กที่เกิดมานั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ใด จากการศึกษาของไทยนั้น พบว่า ในกรณีเช่นนี้มีอยู่ในบังคับของ พระราชบัญญัติ

คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เนื่องจากมิได้กำหนดให้สามารถใช้ทั้งข้อสุจิบริจาคและไข่บริจาคได้

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law กล่าวคือ ประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น บางมลรัฐยังบังคับใช้ตามกฎหมาย Common Law โดยเคร่งครัด ซึ่งแบ่งได้ 3 กลุ่ม คือ กลุ่มแรกคือ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาและบิดาของเด็ก ซึ่งยึดตามหลักกฎหมาย Common Law กลุ่มที่สองคือ กลุ่มที่ถือว่าคู่สมรสที่อ้างเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย กฎหมายถือว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีฐานะเป็นมารดาเพื่อในการจดทะเบียนเกิดเท่านั้น ส่วนฝ่ายที่อ้างมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้เปลี่ยนแปลงชื่อของมารดา กลุ่มที่สามคือ สันนิษฐานว่าคู่สมรสที่อ้างเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ให้สิทธิแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนยกเลิกข้อตกลงภายในระยะเวลาที่กำหนด เช่นนี้ถือว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะถือว่าเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ในส่วนของประเทศออสเตรเลีย นั้น ได้มีกฎหมายที่แบ่งตามมลรัฐย่อย ๆ ซึ่งแตกต่างกันไปในส่วนของกฎหมายฝั่งออสเตรเลียตะวันตกนั้น ได้ยอมรับหลักการที่ว่าแม่เด็กที่เกิดมานั้น ไม่มีจุดเกาะเกี่ยวทางพันธุกรรม (Genetic Connection with intending parents) ก็ยอมรับว่าบิดามารดาผู้ที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนได้ แม้ใช้ข้อสุจิและไข่บริจาค และนำไปให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น จะเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมาโดยชอบด้วยกฎหมาย

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law สำหรับประเทศรัสเซีย นั้น สถานะความเป็นบิดามารดาโดยการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนเป็นไปในลักษณะเช่นเดียวกับประเทศออสเตรเลีย สำหรับออสเตรเลียตะวันตก ยอมรับการใช้ข้อสุจิและไข่บริจาค แม้ไม่มีจุดเกาะเกี่ยวทางพันธุกรรม เพียงแต่หญิงที่รับตั้งครรภ์ให้ความยินยอมเท่านั้น ก็เพียงพอที่จะให้เด็กที่เกิดมานั้นเป็นบุตร โดยชอบด้วยกฎหมายของบิดาและมารดาที่ประสงค์จะให้ตั้งครรภ์แทน สำหรับประเทศยูเครนเป็นไปในแนวทางเดียวกับประเทศรัสเซีย ยอมรับเด็กที่เกิดมาโดยไม่มีจุดเกาะเกี่ยวทางพันธุกรรมของบิดามารดาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนและยังต้องได้รับความยินยอมเช่นเดียวกัน

ที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถให้หญิงที่เป็นผู้ว่าจ้างจากยื่นคำขอต่อศาล เพื่อเปลี่ยนแปลงชื่อมารดาได้ เช่นนี้ถือเป็นไปตามกรอบความคิดตามหลักคำสั่งศาลซึ่งหมายถึง อาศัยคำสั่งศาลช่วยชี้ขาดว่าความเป็นบิดามารดาของเด็กตามกฎหมายที่รับรองนั้นเป็นอย่างไร รวมถึงอำนาจปกครองด้วย ซึ่งโดยทั่วไปมีหลักพิจารณาอยู่ 2 ประการ คือ ศาลมีคำสั่งให้อำนาจปกครองเป็นไปตามสัญญา โดยถือว่าสัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดและสามารถบังคับได้ ถือหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาเป็นสำคัญ อีกประการหนึ่งคือ ศาลมีคำสั่งให้อำนาจปกครองของเด็กขึ้นอยู่กับประโยชน์สูงสุดของเด็กโดย

ไม่สนใจสัญญาที่ตกลงกันไว้ก็ได้⁸ ซึ่งมีข้อดีคือ ย่อมก่อให้เกิดความชัดเจนว่าเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนนั้นจะอยู่ในอำนาจของผู้ปกครองคนใด ในเมื่อมีข้อตกลงในสัญญาตั้งครรภ์แทน ศาลก็ควรจะบังคับไปตามสัญญานั้นและช่วยให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่เปลี่ยนใจที่จะส่งมอบเด็กให้แก่คู่สมรสที่ต้องการมีบุตร ผู้เขียนมีความเห็นว่า หากเป็นกรณีที่สถานภาพของเด็กที่เกิดมาซึ่งใช้อุสัจบริจาคนและไซบริจาคน ซึ่งไม่มีความเกี่ยวข้องกับทางพันธุกรรมเลย กฎหมายไทยในปัจจุบันไม่ได้ให้การรับรองไว้ ซึ่งปัญหานี้ต้องยอมเกิดการฟ้องร้องต่อศาลอย่างแน่นอน ศาลอาจจะใช้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก หรือ พิจารณาจากสัญญาก็แล้วแต่ ผู้เขียนเห็นว่า ไม่ว่าจะพิจารณาจากประเด็นใด ก็เห็นควรที่จะให้เด็กมีบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายคือ คู่สมรสที่ว่าจ้างให้เกิดการตั้งครรภ์แทน เนื่องจากความพร้อมของคู่สมรสที่สามารถจะเลี้ยงดูได้ ซึ่งเป็นประโยชน์กับเด็กมากกว่า อีกทั้งยังเคารพหลักของความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา ผู้เขียนเห็นควรว่าควรมีการออกกฎหมายมาคุ้มครองให้ครอบคลุม โดยกำหนดให้คู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตร โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน เป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย หากกำหนดเงื่อนไขว่ากฎหมายจะต้องใช้เซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนที่มาจากคู่สมรสเท่านั้น ก็จะเป็นไปตามหลักพันธุกรรม แต่หากกำหนดว่าให้ใช้ตัวอ่อนที่ได้รับการบริจาคน และสมควรให้คู่สมรสที่ว่าจ้างเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีเช่นนี้เป็นไปตามหลักเจตจำนง ซึ่งเห็นว่าหากเกิดกรณีที่คู่สมรสทั้งสองมีปัญหาทั้งคู่ พวกเขาจะไม่สามารถมีบุตรจากวิธีการเหล่านี้ได้เลย ซึ่งมีบางความเห็นให้ความเห็นว่า ควรจะมีอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เพราะจะไม่ต่างกับไปปรับเด็กมาเลี้ยง โดยส่วนตัวแล้วผู้เขียนเห็นแย้งว่า ความผูกพันระหว่างการใช้เทคโนโลยี กับ การรับเด็กมาเลี้ยงอยู่คนละระดับกัน กล่าวคือ การที่รับเด็กมาเลี้ยง คู่สมรสอาจยังไม่ได้ใช้ความพยายามมากพอ อาจทำให้ไม่เกิดความผูกพันกับเด็กที่นำมา ซึ่งอาจทำไปสู่การเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์กันในภายหลังได้ แต่หากว่าเป็นการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์แล้วนั้น คู่สมรสต่างได้ใช้ความพยายามเป็นอย่างมากที่จะต้องการมีบุตร เช่นนี้ ย่อมเกิดความผูกพันกับเด็กที่จะเกิดขึ้นมามากกว่าการที่อยู่ ๆ จะไปปรับเด็กมาเลี้ยง ดังนั้นการแก้ปัญหาจึงสอดคล้องกับการแก้ปัญหาในประเด็นการกำหนดเงื่อนไขการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยการแก้ไขมาตรา 22 ที่ได้กล่าวไปแล้ว รวมถึงอีกกรณีหนึ่งคือเปิดโอกาสให้คู่สามีภรรยาที่ประสงค์จะให้ มีบุตร โดยวิธีการตั้งครรภ์แทน อันเนื่องมาจากใช้เซลล์อสุจิและเซลล์ไซบริจาคน สามารถยื่นคำร้องต่อศาลเยาวชนและครอบครัวเพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้คู่สามีภรรยาผู้นี้เป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กและเป็นผู้ที่ใช้อำนาจปกครองเด็กได้อย่างสมบูรณ์

⁸ ยศศักดิ์ โกโศภกานนท์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายอุ้มบุญ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), 110

4.4 ปัญหาการใช้สิทธิฟ้องเพื่อแย่งชิงอำนาจปกครองบุตร

4.4.1 ปัญหาการใช้สิทธิฟ้องเรียกคืนบุตรของตนจากหญิงที่ตั้งครรภ์แทน ซึ่งปัจจุบันได้มีการออกกฎหมายมาเพื่อรองรับซึ่งอาจทำให้ปัญหาการฟ้องร้องนั้นลดลงไปบ้าง แต่ไม่ใช่ทุกกรณี ถ้าหากเป็นกรณีที่กฎหมายมิได้บัญญัติเอาไว้ครอบคลุม หรือเป็นช่องโหว่อย่างที่ยุติเยนได้นำเสนอในเรื่องของเงื่อนไขไปแล้วนั้น หากคู่สมรสที่ว่านี้ได้ใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ อำนาจปกครองของเด็กในฐานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมไม่ใช่คู่สมรสที่ว่าจ้างอย่างแน่นอน ย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อเด็กโดยเฉพาะกรณีพิพาทเพื่อแย่งชิงตัวเด็กซึ่งความเป็นมนุษย์ย่อมมิอาจถูกปฏิบัติเช่นสิ่งของหรือทรัพย์สินที่จะแย่งชิงกันได้ ปัญหาแย่งชิงเด็กระหว่างหญิงที่ตั้งครรภ์แทน กับ คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรอันเนื่องมาจากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนไม่ส่งมอบเด็กให้แก่คู่สมรสที่ว่าจ้าง เช่นนี้หากในอนาคตมีจำนวนคู่สามีภรรยาที่มีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่าย และมีความจำเป็นที่จะต้องใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ การที่จะให้คู่สามีภรรยาที่ประสงค์จะมีบุตรคู่นี้เป็นบิดามารดาที่ถูกต้องตามกฎหมาย จะต้องฟ้องคดีต่อศาลเพื่อแย่งชิงบุตร และอาจก่อให้เกิดการเรียกร้อย หรือผลประโยชน์อื่นใดจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในการเป็นข้อแลกเปลี่ยนในการส่งมอบเด็กให้ ปัญหาจึงมีว่าฝ่ายใดจะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองเด็ก หากมีการแก้ไขกฎหมายในมาตรา 22 โดยเพิ่ม (3) ตามที่ผู้เขียนได้นำเสนอไปนั้น ปัญหาการฟ้องร้องเพื่อแย่งชิงเด็กสำหรับกรณีเช่นนี้ น่าจะไม่มีเกิดขึ้น เพราะกฎหมายได้ให้การรับรองเอาไว้แล้ว หากพิจารณาตามหลักประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1582 วรรคแรกที่มีหลักว่า “ถ้าผู้ใช้อำนาจปกครองเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถโดยคำสั่งศาลก็ดี ใช้อำนาจปกครองเกี่ยวกับตัวผู้เยาว์โดยมิชอบก็ดี หรือประพฤดิชั่วร้ายก็ดี ในกรณีเหล่านี้ศาลจะสั่งเองก็ได้” ซึ่งตามจริงศาลจะเพิกถอนอำนาจปกครองของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นก็ไม่ได้เป็นไปได้โดยง่ายนัก เพราะการที่จะพิสูจน์ว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนใช้อำนาจปกครองโดยมิชอบหรือมีความประพฤดิชั่วร้าย ซึ่งกรณีเช่นนี้ล้วนแต่เป็นเหตุการณ์พิเศษที่เกิดขึ้นได้ยาก โอกาสที่คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรจะร้องขอต่อศาลในกรณีเช่นนี้จึงแทบจะเป็นสิ่งที่ไม่สามารถเกิดขึ้นได้ ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกา การพิจารณาคดีเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทน หากมีปัญหาที่ต้องวินิจฉัยเรื่อง การแย่งชิงอำนาจปกครองบุตร ศาลจะพิจารณาจากหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ ซึ่งหลักการเช่นนี้เป็นหลักการที่ใช้ในกฎหมายครอบครัวตามปกติ ในบางมลรัฐซึ่งมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงว่า เมื่อมีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตรในคดีที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ศาลจะต้องใช้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ ในกรณีนี้ศาลอาจมีคำสั่งให้ฝ่ายหญิงที่ตั้งครรภ์แทน หรือฝ่ายคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรเป็นผู้ปกครองหรือผู้ใช้อำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนก็ได้ โดยไม่ต้องคำนึงว่าทั้ง

สองฝ่ายมีข้อตกลงตามสัญญาอย่างไร หรือบางกรณีศาลเห็นว่าทั้งสองฝ่ายไม่มีความเหมาะสม ก็ได้ อาจแต่งตั้งให้บุคคลที่สามเป็นผู้ปกครองเด็กก็ได้ เช่นนี้เรียกว่า หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก

สำหรับในประเทศไทย เมื่อไม่มีกฎหมายออกมารองรับคู่สามีภริยาที่มีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่ายในการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ย่อมก่อให้เกิดคู่สามีและภริยาที่ประสงค์จะให้มิบุตรเกิดการฟ้องชิงตัวบุตรจากฝ่ายที่รับตั้งครรภ์แทน ซึ่งกรณีเช่นนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นั้นยังคงถือว่าหญิงที่ให้กำเนิดบุตรเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายและสามีของหญิงนั้นได้ถูกสันนิษฐานว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ทั้งที่คู่สามีภริยาฝ่ายที่ประสงค์จะมีบุตรอาจมีความพร้อมในการที่จะเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมามากกว่า ตรีบาใดที่ยังไม่ออกกฎหมายมาแก้ไขเพื่อรับรองสิทธิให้แก่คู่สามีภริยานี้รวมถึงสิทธิในตัวเด็กเองด้วย ก็ยังต้องมีคดีฟ้องชิงตัวเด็กเกิดขึ้นอยู่ หรือทางออกที่ดีที่สุดจะเป็นวิธีการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งทำให้เด็กมีสถานภาพเหมือนบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย

4.4.2 แนวทางแก้ไขปัญหา ผู้เขียนเห็นว่าหากมีการฟ้องร้องคดีในกรณีที่ว่า ใช้ไข่และอสุจิบริจาค ซึ่งอยู่นอกขอบเขตที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ นั้น การที่ศาลใช้ดุลพินิจในการกำหนดอำนาจปกครองของบุตรตามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้น มีความเหมาะสมแล้ว เนื่องจากสามารถพิจารณาได้ว่าเด็กควรอยู่ในอำนาจปกครองของฝ่ายใด ซึ่งสอดคล้องกับกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยอีกด้วย ในเรื่องครอบครัวกรณีในคดีฟ้องหย่าระหว่างสามีภริยา ศาลจะต้องชี้ขาดว่าฝ่ายใดสมควรเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตร ในกรณีนี้ศาลจะคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กเป็นสำคัญ เมื่อมีข้อพิพาทจากการศึกษากฎหมายต่างประเทศนั้น ทั้งในอังกฤษและอเมริกา ศาลเป็นผู้มีบทบาทในการระงับข้อพิพาทนั้น โดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ ซึ่งการแก้ไขในมาตรา 22 โดยเพิ่ม (3) ลงไปในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

4.5 ปัญหาการรับเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นบุตรบุญธรรม

4.5.1 ปัญหาการรับเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นบุตรบุญธรรม เนื่องจากสภาพปัญหาการฟ้องแย่งชิงบุตร สภาพปัญหาความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์สำหรับกรณีคู่สามีภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรได้มีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่ายจนต้องใช้เซลล์อสุจิและเซลล์ไข่บริจาค ย่อมทำให้คู่สามีภริยานี้ไม่มีสถานะความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก เมื่อกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ไม่สอดคล้องกับความเป็นจริง ทั้งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รวมถึง พระราชบัญญัติ

คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 วิธีที่จะกระทำได้คือการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งก่อนที่จะมีการตั้งครรภ์แทนนั้นหญิงฝ่ายที่รับตั้งครรภ์แทนอาจตกลงกับคู่สามีภรรยาที่ประสงค์จะมีบุตร โดยวิธีตั้งครรภ์แทน เมื่อให้กำเนิดเด็กมาแล้วจะยกให้เด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรม หรืออยู่ในอุปการะของคู่สามีภรรยาคนนั้น ก็ยังคงต้องถือว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นอยู่ จึงทำให้ไม่สามารถที่จะเปลี่ยนแปลงสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายในสภาพความเป็นมารดาของหญิงที่ให้กำเนิดนั้น ซึ่งขั้นตอนการรับบุตรบุญธรรมต้องเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 2552 โดยคู่สามีภรรยาที่ประสงค์จะมีบุตรได้ผ่านการเลี้ยงดูบุตรก่อน เพราะถือไม่ได้ว่าคู่สมรสนั้นเป็นญาติของเด็ก⁹ เมื่อกฎหมายยังถือว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้ให้กำเนิดบุตร เป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้งหากหญิงนั้นมีสามีก็จะถูกสันนิษฐานว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กไป หลักการเช่นนี้จะไม่สอดคล้องและเหมาะสมกับความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยเฉพาะเมื่อนำมาใช้กับกรณีตั้งครรภ์แทนสำหรับคู่สามีภรรยาที่มีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่าย ซึ่งมีฐานะและมีความพร้อมที่จะเป็นบิดามารดาของบุตรที่จะเกิดมา แต่คู่สามีภรรยาคนนี้ก็อาจมีสถานภาพความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กได้ ครอบครัวยังคงมีอยู่

ปัญหาการรับเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยการรับเด็กบุตรบุญธรรมนั้น ในส่วนเรื่องของการรับมรดก โดยกองมรดกนั้นจะต้องตกแก่ทายาทตามลำดับชั้นสำหรับเรื่องและผู้เขียนจะขอกล่าวถึงคือเรื่องมรดกระหว่าง เด็กที่เกิดมาซึ่งเป็นเจ้ามรดก กับผู้รับมรดกในฐานะบิดามารดา ซึ่งหากคู่สามีภรรยาที่ประสงค์จะมีบุตรรับเด็กที่เกิดโดยตั้งครรภ์แทนเป็นบุญธรรมธรรม เมื่อเด็กคนนี้ได้รับการเลี้ยงดูที่ดี มีหน้าที่การงานที่ดี เกิดเด็กคนนี้ได้เสียชีวิตก่อนที่คู่สามีภรรยาประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนจะเสียชีวิตและเด็กคนนี้ได้โดยไม่ว่าเด็กคนนี้มีบุตรหรือไม่ หรือหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะเสียชีวิต จะทำให้ทรัพย์สินมรดกของเด็กคนนี้ ตกแก่บิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเจ้ามรดกเท่านั้น เนื่องจากกฎหมายได้ระบุชัดเจนแล้วว่าห้ามผู้รับบุตรบุญธรรม ในกรณีนี้คือ คู่สามีภรรยาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน รับมรดกของบุตรบุญธรรม เพราะไม่ถือว่าเป็นทายาทลำดับที่สองคือบิดามารดาที่จะมีสิทธิรับมรดกได้ ทั้ง ๆ ที่ คู่สามีภรรยาที่

⁹ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ), น. 541.

ประสงค์จะให้มิบุตร เป็นผู้เลี้ยงดู ให้การศึกษา จนมีหน้าที่การงานและทรัพย์สินที่ดี แต่กลับไม่ได้มีส่วนในกองมรดกของเด็กคนนี้เลย แต่กลับฝ่ายที่เป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนนั้นกลับได้สิทธิในการรับมรดกไปแทน ซึ่งไม่สอดคล้องกับความเป็นจริง อีกทั้งหากเป็นกรณีนี้ คู่สามีภริยากู้นี้เป็นเจ้ามรดกแทน เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยวิธีการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมยังคงมีสิทธิในการรับมรดกของกลุ่มสมรสคู่นี้ในฐานะที่ตนเป็นผู้สืบสันดานซึ่งเป็นทายาทลำดับที่หนึ่งของกลุ่มสมรสคู่นี้ทันที ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาความไม่เป็นธรรมในการที่จะมีสิทธิในกองมรดกของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในฐานะบุตรบุญธรรม

4.5.2 แนวทางแก้ไขปัญหา

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การรับเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์สำหรับกรณีที่คู่สามีภริยามีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่าย เป็นบุตรบุญธรรม จากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ดูจะเป็นวิธีเดียวที่จะให้มีสิทธิบางประการในตัวเด็ก อันเนื่องมาจากกฎหมายฉบับปัจจุบันที่ใช้บังคับอยู่คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ยังไม่ได้กำหนดออกมาให้ครอบคลุมกับคู่สามีภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรคู่นี้ จึงจำเป็นที่จะต้องทำทุกวิถีทางเพื่อให้สมประสงค์ ไม่ว่าจะฟ้องคดีต่อศาลหรือรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม หากกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ได้ดำเนินการปรับปรุงแก้ไข ให้เหมาะสมกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ที่เจริญก้าวหน้าอย่างรวดเร็ว โดยอ้างอิงจากการแก้ไขในปัญหาก่อนหน้า โดยการแก้ไขในมาตรา 22 กำหนดให้กฎหมายคุ้มครองคู่สามีภริยาที่ประสงค์จะบุตรโดยวิธีตั้งครรภ์แทนได้ใช้ทั้งเซลล์สุจิและเซลล์ไข่บริจาค สามารถใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้ถูกต้องตามกฎหมาย และยังสามารถที่จะกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาไม่ถูกต้องตามกฎหมายได้ด้วย จึงน่าจะทำให้ปัญหาที่คู่สามีภริยากู้นี้นำเด็กไปจดทะเบียนรับเป็นบุตรบุญธรรม และสิทธิในการรับมรดกที่เสียไป ไม่ก่อให้เกิดขึ้นอีก เนื่องจากเมื่อได้สถานะความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วนั้นตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 จึงไม่ตกอยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัว หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็ไม่มีสถานะความเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย รวมถึงถึงสามีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็ไม่ถูกสันนิษฐานว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย การรับบุตรบุญธรรมก็จะไม่เกิดขึ้นเลย

บทที่ 5

สรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 สรุป

ในปัจจุบัน ครอบครัวหลายครอบครัวได้ประสบกับปัญหาภาวะการมีบุตรยากทำให้ครอบครัวบางครอบครัวไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้ แต่มนุษย์เราได้มีความพยายามที่จะฝ่าอุปสรรคนี้ เพื่อที่จะเอาชนะสถานะที่ไม่สามารถที่จะมีบุตรได้ จึงได้เกิดเทคโนโลยีที่ชื่อว่า เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่จะมาช่วยบรรเทาและเยียวยาสถานะเหล่านี้ ซึ่งเป็นการนำความรู้ทางวิทยาศาสตร์มาประยุกต์ใช้ โดยที่หากไม่มีการควบคุมและกำหนดขอบเขตการใช้เทคโนโลยีการช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่เหมาะสม อาจส่งผลกระทบต่อมวลมนุษยชาติได้ ซึ่งแต่เดิมสำหรับประเทศไทยไม่มีกฎหมายที่ออกมาควบคุมเรื่องนี้โดยตรง มีเพียงแต่ประกาศของแพทยสภาจำนวน 2 ฉบับ เท่านั้น ซึ่งเป็นการกำหนดมาตรฐานเกี่ยวกับการให้บริการการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ไม่ได้มีการกำหนดสถานะทางกฎหมายใด ๆ เอาไว้ จึงทำให้การใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ก่อให้เกิดสภาพปัญหาทางกฎหมาย ปัจจุบันประเทศไทยได้มีการตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องขึ้น คือ พระราชบัญญัติการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยมีเจตนารมณ์และเป้าหมายที่จะกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่เหมาะสม

เมื่อพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับกลับพบว่ากฎหมายยังมีได้บัญญัติครอบคลุมทุกกรณีที่จะเกิดขึ้นได้ กล่าวคือ หากคู่สมรสคู่ใดมีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่าย คู่สมรสคู่หนึ่งถูกตัดสิทธิไม่สามารถใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ได้อย่างถูกกฎหมาย เนื่องจากในส่วนของเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์สำหรับการตั้งครรภ์แทนนั้นมีอยู่ด้วยกัน 2 วิธี คือ ใช้เซลล์ไข่และเซลล์อสุจิของสามีและภริยาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนและใช้เซลล์ไข่หรือเซลล์อสุจิของสามีหรือภริยา กับ เซลล์ไข่หรือเซลล์อสุจิบริจาค ซึ่งนั่นหมายความว่า จะต้องมิจุดเกาะเกี่ยวทางพันธุกรรมกับคู่สมรสที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นอย่างน้อย ดังนั้นเพื่อเพิ่มกรอบความคิดทางกฎหมาย อันเป็นแนวทางในการปรับใช้กฎหมายให้มีความถูกต้องสมบูรณ์และครอบคลุมถึงบุคคลกลุ่มนี้มากยิ่งขึ้น และเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่จะลดปัญหาภาวะผู้มีบุตรยากให้มีความเหมาะสมกับประเทศ

ไทยที่จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่สังคมและโครงสร้างประชากรของประเทศ คู่สมรสคู่นี้อาจมีความพร้อมที่จะดูแลบุตรแต่ไม่สามารถมีบุตรได้จึงต้องพึ่งพาเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยการตั้งครรภ์แทน

แม้ประเทศไทยได้พยายามแก้ไขปัญหาในการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยการประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 แล้วนั้น แต่อย่างไรก็ดีสำหรับกรณีคู่สมรสที่มีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่ายกลับพบว่ากฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันยังไม่ให้การรับรอง จึงก่อให้เกิดปัญหาต่อเด็กและบุคคลที่เกี่ยวข้องคือ ปัญหาในการกำหนดเงื่อนไขในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 22 ว่าจะต้องใช้เซลล์สุจิและเซลล์ไข่ของคู่สามีภรรยาที่ประสงค์จะให้มิบุตรหรือในกรณีที่ต้องใช้เซลล์สืบพันธุ์บริจาคจะต้องมีจุดเกาะเกี่ยวทางพันธุกรรม คือมีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์นั้น จึงจะใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ได้และถูกคุ้มครองตามกฎหมาย ซึ่งหากคู่สามีภรรยาใด เกิดมีความผิดปกติทั้งสองฝ่ายในเซลล์สืบพันธุ์จะไม่มีสิทธิที่จะเป็นบิดามารดาถูกต้องตามกฎหมายในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เลยและการกำหนดเงื่อนไขเช่นนี้ยังก่อให้เกิดปัญหาในการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่สอดคล้องกฎหมายของเด็กที่เกิดมา ซึ่งจะต้องพิจารณาตามหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เกี่ยวกับกฎหมายครอบครัว

เมื่อคู่สมรสที่มีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่ายได้ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์เกิดขึ้น โดยที่กฎหมายมิได้ให้การรับรองเอาไว้ย่อมก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องของสภาพความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมา โดยสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กจะไม่ใช่คู่สามีภรรยาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์ แต่จะตกไปอยู่กับหญิงที่ เป็นผู้ตั้งครรภ์แทน อันเป็นการกำหนดสถานภาพความเป็นบิดามารดาที่อยู่ในบังคับตามหลักกฎหมายครอบครัวคือ ในส่วนของสถานภาพความเป็นมารดาเด็กที่เกิดจากหญิงใด หญิงนั้นเป็นมารดาของเด็กที่เกิดขึ้น ส่วนสถานภาพความเป็นบิดาขึ้นอยู่กับว่าหญิงผู้ให้กำเนิดนั้น มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากหญิงนั้นมีสามี สามีของหญิงนั้นก็จะถูกสันนิษฐานว่าเป็นบิดาของเด็กที่เกิดมาและหากเป็นกรณีการสมรสได้สิ้นสุดลงนั้นก่อนเด็กคลอดออกมา เด็กก็อาจจะเป็นบุตรสืบสายโลหิตของอดีตสามีมารดาก็ได้ กฎหมายจึงได้ขยายระยะเวลาสันนิษฐานความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายออกไปอีกสามร้อยสิบวัน ดังนั้นเมื่อเป็นปัญหาเช่นนี้เท่ากับว่า กฎหมายมิได้บัญญัติให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ แทนที่เด็กจะได้เป็นบุตร โดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สมรสที่มีความพร้อมที่จะให้การเลี้ยงดู ให้การศึกษา แต่กลับไปเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ประกอบกับได้มีคำสั่งของศาลเยาวชนและครอบครัวกลางของประเทศไทย

ที่ได้มีคำสั่งให้เด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนกรณี คู่รักเพศเดียวกัน เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน โดยได้ยึดถือหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ แม้เป็นกรณีที่กฎหมายมิได้ให้การรับรองไว้ แต่เมื่อใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์จนทำให้เด็กเกิดมา ก็ต้องใช้อำนาจศาลในการพิจารณาสถานภาพความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมา โดยคู่สมรสที่มีความผิดปกติทั้งสองฝ่ายนั้นหากอยากได้อำนาจปกครองก็จำเป็นต้องหาทางออกโดยการรับบุตรบุญธรรมซึ่งวิธีนี้มีได้เปลี่ยนสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมาแต่ประการใด

ดังนั้น ในการที่จะแก้ไขกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้อง จะดูเป็นวิธีที่น่าสนใจมากกว่า และเป็นการแก้ไขปัญหาที่กฎหมายมิได้รองรับทุกกรณี และอาจเพิ่มเงื่อนไขบางประการขึ้นมา เพื่อขจัดปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นได้ต่อไป

ในส่วนของกฎหมายต่างประเทศที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับบทบัญญัติกฎหมาย ที่ได้กำหนดเงื่อนไขในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไว้ ให้คู่สมรสที่มีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่าย สามารถใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้อย่างถูกกฎหมาย โดยแม้ใช้เซลล์อสุจิและเซลล์ไข่บริจาคทั้งสองฝ่าย และไม่มีจุดเกาะเกี่ยวทางพันธุกรรม ก็ได้กำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมา ให้ตกเป็นของคู่สามีภรรยาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน

ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีการออกกฎหมายระดับรัฐบาลกลางคือ กฎหมายว่าด้วยความ เป็นบิดามารดาที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (The Uniform Parentage Act หรือ U.P.A.) เพื่อเป็นกฎหมายแม่แบบในแต่ละมลรัฐ โดยมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ได้มีกฎหมายครอบครัวคือ Uniform Parentage Act ได้บัญญัติในเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร เพื่อรองรับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยมาตรา 9760I ผู้ปกครองที่ตั้งใจ หมายความว่า บุคคลที่แต่งงานกันถูกต้องตามกฎหมาย หรือยังไม่ได้แต่งงาน ที่มีเจตนาที่จะผูกพันตามกฎหมายเพื่อเป็นผู้ปกครองของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และเมื่อเป็นระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ในการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรตามคำพิพากษา ในศาลสูงสุดแคลิฟอร์เนีย (California Supreme Court) ได้มีคำพิพากษาในคดี In re Marriage of Buzzanca ซึ่งเป็นคดีตัวอย่างที่กำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย จากข้อเท็จจริงที่ว่า คู่สมรสที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน ได้ใช้เซลล์ไข่และเซลล์อสุจิบริจาคทั้งสองฝ่าย โดยที่ไม่มีจุดเกาะเกี่ยวทางพันธุกรรมเลย เมื่อคดีถึงชั้นอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์แห่งแคลิฟอร์เนียได้พิจารณาถึงความประสงค์ของสามีภรรยาผู้นี้ ที่ยินยอมให้ใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ประกอบกับกฎหมายครอบครัว ได้บัญญัติว่าความสัมพันธ์ระหว่างเด็กและบิดามารดาอาจเกิดขึ้นได้ตามที่กฎหมายกำหนด จึงได้พิพากษาให้คู่สมรสคู่นี้ มีสถานะเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมา

ประเทศออสเตรเลีย ได้มีหลายรัฐที่ออกกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน จึงทำให้กฎหมายของประเทศเครือรัฐออสเตรเลียนั้น มีความแตกต่างกัน แต่ส่วนใหญ่จะไปในทิศทางที่ควบคุมการตั้งครรภ์แทน เช่น ในกฎหมายรัฐควีนแลนด์ คือ Surrogate Parenthood Act 1988 ซึ่งมีเจตนารมณ์ที่มุ่งคุ้มครองผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ โดยกฎหมายฉบับนี้ได้คุ้มครองเด็กที่จะเกิดมาโดยไม่คำนึงถึงความเกี่ยวพันทางพันธุกรรมระหว่างเด็กบิดามารดาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน รัฐเวสต์เทิร์นออสเตรเลียได้มีกฎหมายที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อยู่ด้วยกันทั้งสิ้น 2 ฉบับที่เกี่ยวกับบทบัญญัติต่าง ๆ คือ Human Reproductive Technology Act 1991 ส่วนกฎหมายอีกฉบับคือ Surrogacy Act 2008 ที่ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนไว้ โดยได้ระบุไว้เช่นเดียวกันว่า ในการยื่นคำร้องโอนอำนาจปกครองหรือสถานะความเป็นบิดามารดาต่อศาล ของคู่สมรสที่จะทะเบียนถูกต้องตามกฎหมายหรืออยู่กินกันฉันสามีภริยา ไม่สามารถที่จะตั้งครรภ์ได้เนื่องด้วยเหตุผลทางการแพทย์ หรือแม้ว่าหากตั้งครรภ์ได้ก็อาจมีแนวโน้มที่จะเกิดความผิดปกติทางพันธุกรรม โดยกฎหมายของประเทศออสเตรเลียที่กล่าวมาข้างต้นนั้นได้มีการอนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนได้ โดยไม่มีข้อกำหนดว่าคู่สมรสที่มีความประสงค์จะให้กำเนิดบุตรนั้นมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กที่จะเกิดมา กล่าวคือ เหตุที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้อาจเป็นเพราะ คู่สมรสทั้งสองฝ่ายอาจมีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่ายจำเป็นต้องใช้เซลล์สุจิและเซลล์ไข่บริจาค และดำเนินการรับตั้งครรภ์แทน รวมถึงความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดโรคที่ถ่ายทอดทางพันธุกรรมได้

เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในประเทศรัสเซียเป็นที่นิยมมาก และสามารถเข้าถึงเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้อย่างกว้างขวาง การตั้งครรภ์แทนถูกควบคุมโดยกฎหมายครอบครัวของรัสเซีย จากมาตรา 51 ข้อ 4 ได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร โดยมีหลักว่าบุคคลที่แต่งงานแล้ว และในการรับตั้งครรภ์แทนอาจถูกลงชื่อการฝังตัวของตัวอ่อนในผู้หญิงอีกคนหนึ่ง เพื่อจุดประสงค์ในฐานะผู้ปกครองของเด็กเท่านั้น ด้วยความยินยอมของผู้หญิงที่ให้เด็กกับเด็ก โดยคู่สมรสหรือผู้ปกครองที่มีความประสงค์จะให้ (แม่ตั้งครรภ์แทน) ตั้งครรภ์แทนสามารถเข้าทำสัญญากับหญิงที่จะเป็นผู้ที่รับตั้งครรภ์แทน โดยแสดงเจตนายินยอมที่จะรับเด็กและทำตามข้อตกลงที่ทำไว้ในสัญญา เมื่อเด็กคนนี้เกิดมาแล้ว หญิงที่เป็นฝ่ายรับตั้งครรภ์แทนจะไม่ถูกระบุชื่อไว้ในสูติบัตร เมื่อได้แจ้งเกิดต่อเด็กและระบุชื่อผู้เป็นบิดามารดาแล้ว อำนาจปกครองของเด็กจะอยู่กับบิดามารดาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์ทันที โดยไม่ต้องมีกระบวนการอะไรเพิ่มเติมอีก

ประเทศยูเครน เป็นประเทศที่คนต่างชาตินิยมเข้ามาใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยกฎหมายของประเทศยูเครนได้คำนึงถึงสิทธิเป็นสำคัญที่จะประยุกต์ใช้กับทุก ๆ คน

ไม่จำกัดเฉพาะพลเมืองชาวยูเครน ซึ่งได้รับการควบคุมอย่างดีและการทำสัญญาตั้งครรถแทนเป็นการบังคับใช้ภายใต้กฎหมายในระดับสหพันธรัฐ โดยที่ภายใต้กฎหมายนี้เด็กจะได้รับการพิจารณาว่าเป็นบุตรของบิดามารดาที่มีความประสงค์จะมีบุตร โดยการรับตั้งครรถแทนและจะไม่ได้รับสิทธิใด ๆ เลย รวมถึงกรณีที่ว่าบิดามารดาผู้ที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรถแทนนั้นจะใช้เซลล์ไข่และเซลล์อสุจิบริจาค โดยไม่มีจุดเกาะเกี่ยวทางพันธุกรรมเลย ชื่อของบิดามารดาของเด็กที่ปรากฏในสูติบัตรนั้นยังคงเป็นชื่อของบิดามารดาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรถแทน ไม่ใช่ชื่อของผู้บริจาคเซลล์อสุจิหรือเซลล์ไข่ หรือ ชื่อของหญิงที่รับตั้งครรถแทน

สรุปได้ว่า ในปัจจุบันนี้กฎหมายของประเทศไทย คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 นั้น เป็นการจำกัดสิทธิที่ให้คู่สมรสที่มีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่าย เข้ารับบริการการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เป็นการขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่จะมุ่งคุ้มครองเด็กที่เกิดมา และแก้ไขสภาพปัญหาความเป็นบิดามารดาของเด็กตามกฎหมาย แต่ในประเทศอื่น ๆ ได้มีการรับรองสิทธิถึงกลุ่มคนที่มีปัญหาเหล่านี้ โดยยึดหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ และกรอบความคิดที่นำมาบัญญัติเป็นกฎหมายส่วนใหญ่จะใช้หลักเจตจำนงและหลักตามคำพิพากษาของศาล ในการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็ก ที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ สำหรับกรณีคู่สมรสที่มีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่าย ผู้เขียนจึงขอสรุปออกมาเป็นตารางเพื่อให้เห็นภาพได้ง่ายขึ้นตามตารางต่อไปนี้

ประเทศที่ทำการศึกษา	กรอบความคิดในการกำหนดกฎหมาย	เงื่อนไขการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
ประเทศไทย	หลักทางพันธุกรรม	1. ใช้เซลล์ไข่และอสุจิของคู่สมรส 2. ใช้เซลล์ไข่หรืออสุจิของคู่สมรส ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกับเซลล์ไข่หรืออสุจิบริจาค
ประเทศสหรัฐอเมริกา	หลักเจตจำนงและหลักคำสั่งศาล	1. ใช้เซลล์ไข่และอสุจิของคู่สมรส 2. ใช้เซลล์ไข่หรืออสุจิของคู่สมรส ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกับเซลล์ไข่หรืออสุจิบริจาค 3. ใช้เซลล์ไข่และเซลล์อสุจิของผู้บริจาค
ประเทศออสเตรเลีย	หลักเจตจำนงและหลักคำสั่งศาล	1. ใช้เซลล์ไข่และอสุจิของคู่สมรส 2. ใช้เซลล์ไข่หรืออสุจิของคู่สมรส ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกับเซลล์ไข่หรืออสุจิบริจาค 3. ใช้เซลล์ไข่และเซลล์อสุจิของผู้บริจาค
ประเทศรัสเซีย	หลักพันธุกรรมและหลักเจตจำนง	1. ใช้เซลล์ไข่และอสุจิของคู่สมรส 2. ใช้เซลล์ไข่หรืออสุจิของคู่สมรส ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกับเซลล์ไข่หรืออสุจิบริจาค 3. ใช้เซลล์ไข่และเซลล์อสุจิของผู้บริจาค
ประเทศยูเครน	หลักพันธุกรรมและหลักเจตจำนง	1. ใช้เซลล์ไข่และอสุจิของคู่สมรส 2. ใช้เซลล์ไข่หรืออสุจิของคู่สมรส ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกับเซลล์ไข่หรืออสุจิบริจาค 3. ใช้เซลล์ไข่และเซลล์อสุจิของผู้บริจาค

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากปัญหาและบทสรุปดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนมีประเด็นที่ขอเสนอแนะเพิ่มเติมดังนี้

1. ในปัจจุบันหากประเทศไทยมีคู่สมรสที่ประสบปัญหาภาวะการมีบุตรยาก อันเนื่องมาจากความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่าย กล่าวคือ ฝ่ายภริยามีความผิดปกติในเซลล์ไข่และฝ่ายสามีมีความผิดปกติในเซลล์อสุจิเงินไม่สามารถมีบุตรได้ตามธรรมชาติ ซึ่งคู่สมรสกลุ่มนี้ ถูกตัดสิทธิตามกฎหมายไม่สามารถใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้ ถือเป็นกรณีจำกัดสิทธิที่จะใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อย่างทั่วถึง หากเป็นกรณีที่สถานภาพของเด็กที่เกิดมาซึ่งใช้เซลล์บริจาคและไข่บริจาค ซึ่งไม่มีความเกี่ยวข้องกับทางพันธุกรรมเลย กฎหมายไทยใน

ปัจจุบันไม่ได้ให้การรับรองไว้ ซึ่งปัญหานี้ย่อมไม่อาจหลีกเลี่ยงการเป็นคดีข้อพิพาทฟ้องร้องต่อศาลอย่างแน่นอน ซึ่งในการแก้ปัญหาดังกล่าว ศาลอาจจะใช้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก หรือพิจารณาจากสัญญาที่แล้วแต่ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ไม่ว่าจะพิจารณาจากประเด็นใด ก็เห็นควรที่จะให้เด็กมีบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายคือ คู่สมรสที่ว่าจ้างให้เกิดการตั้งครรภ์แทน เนื่องจากความพร้อมของคู่สมรสที่สามารถจะเลี้ยงดูได้ ซึ่งเป็นประโยชน์กับเด็กมากกว่า อีกทั้งยังเคารพหลักของความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา

ผู้เขียนเห็นควรว่าควรมีการออกกฎหมายมาคุ้มครองให้ครอบคลุม โดยกำหนดให้คู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน เป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย หากกำหนดเงื่อนไขว่ากฎหมายจะต้องใช้เซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนที่มาจากคู่สมรสเท่านั้น ก็จะปฏิบัติตามหลักพันธุกรรม แต่หากกำหนดให้ใช้ตัวอ่อนที่ได้รับการบริจาค และสมควรให้คู่สมรสที่ว่าจ้างเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีเช่นนี้เป็นไปตามหลักเจตจำนง ซึ่งเห็นว่าหากเกิดกรณีที่คู่สมรสทั้งสองมีปัญหาทั้งคู่ พวกเขาจะไม่สามารถมีบุตรจากวิธีการเหล่านี้ได้เลย ซึ่งมีบางความเห็นให้ความเห็นว่า ควรจะมีอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เพราะไม่ต่างกับไปรับเด็กมาเลี้ยง ส่วนตัวแล้วผู้เขียนเห็นแย้งว่า ความผูกพันระหว่างการใช้เทคโนโลยีกับการรับเด็กมาเลี้ยงอยู่คนละระดับกัน กล่าวคือ การที่รับเด็กมาเลี้ยงคู่สมรสอาจยังไม่ได้ใช้ความพยายามมากพอ อาจทำให้ไม่เกิดความผูกพันกับเด็กที่นำมาเลี้ยง ซึ่งอาจนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์กันในภายหลังได้ แต่หากว่าเป็นการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์แล้วนั้น คู่สมรสต่างได้ใช้ความพยายามเป็นอย่างมากที่จะต้องการมีบุตร เช่นนี้ ย่อมเกิดความผูกพันกับเด็กที่จะเกิดขึ้นมามากกว่าการรับเด็กมาเลี้ยง ดังนั้นการแก้ปัญหาก็สอดคล้องกับการแก้ปัญหาในประเด็นการกำหนดเงื่อนไขการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้กำหนดเงื่อนไขกรณีการตั้งครรภ์แทนเอาไว้ตามมาตรา 22

ผู้เขียนจึงเสนอให้มีมาตรการ 2 โดยในวรรคแรกให้แก้ไขเป็น “การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัตินี้ให้กระทำได้สามวิธีดังต่อไปนี้” และเพิ่ม (3) เป็นว่า “ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิและไข่ของผู้บริจาค ทั้งนี้ห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน” ซึ่งจะครอบคลุมทุกกรณีทั้งหมด ไม่ว่าจะ เป็น ไข่อสุจิและไข่ของคู่สมรสที่ว่าจ้างเอง หรือใช้ไข่หรืออสุจิของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือใช้ไข่และอสุจิของผู้บริจาคทั้งสอง เป็นการนำกรอบความคิดในเรื่องการยึดหลักตามเจตจำนงเพิ่มเติมเข้ามาอยู่ในกฎหมาย โดยคำนึงถึงข้อตกลงอันเกี่ยวกับสัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นหลัก โดยข้อดีของหลักการนี้ เหมือนกับหลักทางพันธุกรรม ซึ่งปัจจุบันกฎหมายไทยฉบับดังกล่าวได้ให้การรับรองไว้แล้ว ซึ่งเป็นประโยชน์แก่ฝ่ายคู่สมรสที่ถูกจำกัดสิทธิ และเพื่อประโยชน์แก่ตัวเด็กเอง ที่จะเห็นหลักประกันได้ว่าเมื่อเด็กคลอดออกมาแล้ว หญิงที่คลอดเด็กจะต้องส่งมอบ

เด็กตามสัญญา จะไม่สามารถอ้างหลักกฎหมายครอบครัวทั่วไปได้ว่า ตนเป็นผู้ให้กำเนิด จึงเป็นมารดาที่ต้องตามกฎหมายของเด็ก ซึ่งเมื่อมีผลบังคับใช้แล้วมีผลทำให้ คู่สมรสที่มีปัญหา ทั้งสองฝ่ายนั้นสามารถใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้อย่างถูกกฎหมาย และเด็กที่เกิดมานั้นจะมีบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายคือ คู่สามีภรรยาที่มีความประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์ แทน

2. จากที่ผู้เขียนได้เสนอแนะวิธีแก้ปัญหาตามข้อ 1 ดังที่กล่าวไปแล้วนั้น การใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในปัจจุบัน ไม่สามารถที่จะบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยาก ให้กับคู่สมรสที่มีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่าย ที่ไม่สามารถใช้ทั้งเซลล์ไข่และเซลล์อสุจิบริจาคว่างได้ เนื่องจากในปัจจุบัน กฎหมายฉบับดังกล่าว ได้จำกัดสิทธิของคู่สมรสนี้ หากได้มีการแก้ไขกฎหมายนี้ในมาตรา 22 ตามที่ได้เสนอแนะไป โดยอนุญาตให้สามารถใช้เซลล์ไข่และเซลล์อสุจิบริจาคว่างได้ในการตั้งครรภ์แทน จึงควรเพิ่มมาตรการในการตรวจสอบความเหมาะสม หรือ กำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมสำหรับกลุ่มคนเหล่านี้ การใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เนื่องจากการแก้ไขกฎหมายให้เป็นที่มาที่เท่าเทียมกับการเปิดกว้าง ให้สามารถใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้อย่างไม่มีข้อจำกัด

สำหรับกรณีใช้เซลล์สืบพันธุ์บริจาคว่าง เพื่อความเป็นธรรมและความจำเป็นในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้เขียนเห็นว่า ในกฎหมายฉบับดังกล่าว ตามมาตรา 6 และ มาตรา 7 (4) ซึ่งคือ คณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ได้มีอำนาจหน้าที่ “ประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาต และการอนุญาตเกี่ยวกับการดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามมาตรา 23” ดังนั้นเพื่อเป็นการควบคุมการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ สำหรับคู่สมรสที่มีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่าย ให้มีความเป็นธรรมและจำเป็น จึงเห็นควร เพิ่มอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการดังกล่าว โดยเพิ่ม (13) ในมาตรา 7 คือ “ประกาศกำหนด หลักเกณฑ์และวิธีการ ในการ กำหนดเงื่อนไขการตั้งครรภ์แทนตามมาตรา 22” ซึ่งเป็นการให้อำนาจคณะกรรมการในการกำหนดเงื่อนไขตามความจำเป็นสำหรับกรณีคู่สมรสที่มีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่าย

3. จากการแก้ไขเงื่อนไขในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตาม มาตรา 22 และ เพิ่มเติมอำนาจของคณะกรรมการตามมาตรา 7 ที่ได้อธิบายไปแล้วนั้น ข้อเสนอแนะประการสุดท้ายที่ผู้เขียนขอเสนอทำการแก้ไขคือ ในส่วนของการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่เกี่ยวข้อง โดยให้ เพิ่มเติมวรรค 2 ของมาตรา 22 เป็นดังนี้ “หลักเกณฑ์และวิธีการ ในการกำหนดเงื่อนไขในการใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิและไข่ของผู้บริจาคว่าง ตาม (3) ให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา” ซึ่งเงื่อนไขดังกล่าวจะกำหนดให้คู่สมรสที่มีความผิดปกติในเซลล์

สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่าย จนต้องใช้ทั้งเซลล์สุจิและเซลล์ไข่บริจาคน ในการตั้งครรภ์แทนนั้น ผู้เขียนเห็นว่า คณะกรรมการจะต้องตราเป็นประกาศออกมาให้มีความชัดเจน โดยต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์เอาไว้ว่า คู่สมรสดังกล่าว ที่จะใช้วิธีนี้ได้ นั้น จะต้องมีข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ว่ามีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่ายจริง ไม่เพียงแต่เฉพาะว่าเป็นหมันเท่านั้น แต่ความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่าย ยังรวมถึงกรณีที่ คู่สมรสคู่หนึ่ง มีโอกาสหรือความเสี่ยงสูง ที่สามารถถ่ายทอดโรคทางพันธุกรรมได้ ดังนั้น หากเด็กที่เกิดมาจากการใช้เซลล์สืบพันธุ์ ซึ่งเป็นพาหะหรือเป็นโรคทางพันธุกรรมผ่านสามีภริยากู่นี้ ย่อมทำให้เด็กที่เกิดมาไม่สมบูรณ์ จนอาจเกิดปัญหาตามมาได้ ซึ่งตามกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย ได้คำนึงถึงเรื่องความเสี่ยงที่จะมีโอกาสถ่ายทอดโรคทางพันธุกรรมได้ จึงได้กำหนดให้มีการสามารถให้คู่สมรสที่ประสงค์จะมีการตั้งครรภ์แทนนั้น สามารถใช้เซลล์สุจิและเซลล์ไข่บริจาคนได้ เพื่อป้องกันการถ่ายทอดโรคทางพันธุกรรม ซึ่งจากการศึกษาของกฎหมายแต่ละประเทศไม่มีกำหนดหลักเกณฑ์ว่า จะใช้เซลล์บริจาคนในลักษณะใด ผู้เขียนจึงเสนอแนะว่า ในส่วนของ เซลล์ไข่บริจาคนั้น ต้องห้ามที่ใช้เซลล์ไข่ของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนถูกต้องแล้ว เพื่อป้องกันความผูกพันต่อเด็กที่จะเกิดมา ดังนั้น การใช้เซลล์สุจิและเซลล์ไข่บริจาคน สำหรับคู่สมรสที่มีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่ายนี้ ผู้เขียนเห็นควรว่า เซลล์สุจิหรือเซลล์ไข่บริจาคนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง จะต้องมาจากญาติสืบสายโลหิต ที่มีความใกล้เคียงคู่สมรสคู่หนึ่ง เช่น ใช้เซลล์สุจิบริจาคนของ พี่ชายหรือน้องชายของสามี กับ เซลล์ไข่บริจาคน ในการตั้งครรภ์แทน เพื่อที่จะได้มีความรู้สึกว่าเป็นบุตรของตน มากกว่าการใช้เซลล์สุจิและเซลล์ไข่บริจาคน ที่แหล่งที่มาไม่มีความใกล้เคียงกับคู่สมรสเลย ซึ่งประเด็นนี้จำเป็นที่จะต้องมีการศึกษาต่อไปภายภาคหน้า เพื่อให้เหมาะสมและสอดคล้องกับกฎหมาย และก่อให้เกิดความเป็นธรรมกับทุกฝ่าย และที่สำคัญเพื่อคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กที่เกิดมาโดยอาศัยเทคโนโลยี ช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

จากข้อเสนอแนะทั้งสามประการที่ผู้เขียนได้เสนอไปข้างต้น สามารถสรุปกฎหมายที่ผู้เขียนเสนอให้ทำการแก้ไข โดยการเพิ่มเติมบทบัญญัติ ในพระราชบัญญัติ คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 ในแต่ละมาตรา ดังต่อไปนี้

มาตรา 7“ให้คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(13) ประกาศกำหนด หลักเกณฑ์และวิธีการ ในการ กำหนดเงื่อนไขการตั้งครรภ์แทนตามมาตรา 22”

มาตรา 22“การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัตินี้ให้กระทำได้ตามวิธีดังต่อไปนี้

(1) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีและไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน

(2) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีหรือไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนกับไข่หรืออสุจิของผู้อื่น ทั้งนี้ห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

(3) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิและไข่ของผู้บริจาค ทั้งนี้ห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

หลักเกณฑ์และวิธีการ ในการกำหนดเงื่อนไขในการใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิและไข่ของผู้บริจาคให้เป็นไปตาม (3) ตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา

เมื่อแก้ไขกฎหมายตามที่ผู้เขียนได้นำเสนอไปข้างต้นนี้ จึงเป็นการแก้ไขปัญหาในการรับรองสิทธิของคู่สมรสที่มีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่ายในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้ โดยการใส่เซลล์อสุจิและเซลล์ไข่บริจาค ไปดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน โดยที่สถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กคือ คู่สามีภริยาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนตามหลักกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันคือ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558





บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

- กมลลา เทพวงศ์. “การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (อุ้มบุญ) ผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้น.” ผลงานส่วนหนึ่งของการอบรมหลักสูตร สถาบันพัฒนาการข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม, สำนักงานศาลยุติธรรม, 2556.
- กฤติยา อาชวนิจกุล. “วิทยาการสร้างลูกนอกไข่ ผู้หญิงได้หรือเสีย. สตรีทัศน์, 17 (2529-2530). กิตติอาภา กาคำ. อุ้มบุญให้เกิดหนทางของผู้มีลูกยาก 2, 2537.
- กุลพล พลวัน. พัฒนาแห่งสิทธิมนุษยชน. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2538.
- จรัสศรี ชีระกุลชัย. “ความสัมพันธ์ระหว่างปัจจัยส่วนบุคคล ความเครียด การดำรงบทบาทภริยา สัมพันธภาพระหว่างคู่สมรสกับคุณภาพชีวิตของสตรีที่มีบุตรยาก. วารสารวิทยาลัยพยาบาลพระปกเกล้า, 67-79 (2017).
- จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และคณะ. “การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งตั้งแทน.” รายงานวิจัยโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.
- ชลธิชา สติระพจน์ และ วิชาญ โขจรณะศิริ. “จากพื้นฐานสู่ความก้าวหน้าของการรักษาภาวะมีบุตรยาก.” รามาริบัติเวชสาร, 49-58 (2017).
- ชัยอนันต์ สมุทรวณิช. ทฤษฎีระบบการเมืองไทยกรอบการวิเคราะห์ไตรลักษณ์รัฐ. กรุงเทพมหานคร : คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537.
- ณัฐวิวรรณ อภิลิทธิโยธิน. การตั้งครรภ์แทน. ปัญหาทางกฎหมายครอบครัวและมรดก. 2542.
- ธัญลักษณ์ เบ็ญจวมโน เตชะวุฒิพันธุ์. การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ศึกษาเปรียบเทียบจากกฎหมายและคำพิพากษาของประเทศสหรัฐอเมริกา. วารสารเปรียบเทียบศาลยุติธรรม. 139-163 (2555)
- ธานี วรภัทร และคณะ. “รายงานผลการวิจัย เรื่องศึกษาและวิเคราะห์การบังคับใช้กฎหมายเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์.” มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. (2561).
- นิตยสารยาสูบ. “เด็กหลุดอกแก้ว.” นิตยสารยาสูบ. 60 (2530).
- บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2543.
- เบนนิตา เฟอเรโร. วัลเดนอร์-ความเข้าใจในสิทธิมนุษยชน. กรุงเทพมหานคร : กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์, 2549.

ประกาศคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาตให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้จากการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย .

ประกาศคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาตให้ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน พ.ศ. 2558

ประกาศแพทยสภา ที่ 95(1)/ลักษณะต้องห้ามของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งเป็นผู้บริการเรื่องคุณสมบัติลักษณะเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์, 2558.

ประกาศแพทยสภา ที่ 95(10)/เรื่องหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข ความยินยอมเกี่ยวกับการให้นำ อสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้ฝากนำไปใช้ได้หลังจากผู้ฝากตาย, 2558.

ประกาศแพทยสภา ที่ 95(3)/เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขสำหรับการตรวจประเมินความพร้อมทางด้านร่างกาย จิตใจ และสภาพแวดล้อมของผู้ขอรับบริการ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ จะนำมาใช้ดำเนินการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์, 2558.

ประกาศแพทยสภา ที่ 95(4)/ เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการสร้าง การเก็บรักษา การใช้ประโยชน์จากตัวอ่อนหรือการทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อน, 2558.

ประกาศแพทยสภา ที่ 95(6) / เรื่องมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับการผสมเทียม, 2558.

ประกาศแพทยสภา ที่ 95(7) เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้ความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการผสมเทียม โดยใช้อสุจิของผู้บริจาค, 2558.

ประกาศแพทยสภา ที่ 95(8) / เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์แทน, 2558.

ประกาศแพทยสภา ที่ 95(9) / เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการรับฝาก การรับบริจาค การใช้ประโยชน์จากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่รับฝาก หรือรับบริจาคหรือการทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อนที่รับฝากหรือรับบริจาคเนื่องมาจากการดำเนินการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์, 2558.

ประกาศแพทยสภา ที่ 95(2) เรื่องมาตรฐานในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์, 2558.

ประกาศแพทยสภา ที่ 95(5)/เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการให้บริการ เกี่ยวกับเทคโนโลยี
 ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมในตัวอ่อน, 2558.

ประกาศแพทยสภาที่ 1/2540.

ประกาศแพทยสภาที่ 21/2545.

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

ประสพสุข บุญเดช. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ครอบครัว 5.

กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2543.

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิด โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558

พวงเพ็ญ ริมคูสิต. การประเมินปัญหาในกลุ่มสมรสที่มีบุตรยาก. 2533.

พิมลรัตน์ ต้นสุขหัส. “ปัญหาทางกฎหมายที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์.

โดยใช้เชื้อพันธุ์บริจาคของชายอื่น.” กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ปริคิย์พนมยงค์
 มหาวิทยาลัยธุรกิจบัตติย 2556.

พิลาสินี โยงสมบัติร. วิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิด โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญ

พันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2552. กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ไพโรจน์ กัมพูสิริ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ว่าด้วยครอบครัว 5.

กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

ภักดี ราชแป้น. “กฎหมายอุ้มบุญ.” วารสารยุติธรรมปริทัศน์ ปีที่ 3, 35-47.

มงคล เตชะกำพ. เทคโนโลยีย้ายฝากตัวอ่อนเพื่อการปรับปรุงพันธุ์ในปศุสัตว์. 2543.

ยศศักดิ์ โกไสยกานนท์. “รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์มาตรการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัย

เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์.” กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต, 2555.

ยศศักดิ์ โกไสยกานนท์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายอุ้มบุญ. กรุงเทพมหานคร : บริษัท

สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2558.

ริญญาภัทธ ฌ สงขลา. การรับรองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในการใช้เทคโนโลยี

ช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์. กรุงเทพมหานคร : คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2558.

ลัดดา ผาสุก และคณะ. ปัญหาทางกฎหมายอุ้มบุญ. สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์และ

สังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยจันทรเกษ, 2554.

วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์. อัมบาป – อัมบุญ. (ม.ป.ป.)

วิญญู เครื่องงาม. “สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ.” รวมบทความสาส์นสิทธิมนุษยชน, 38-39 (2535).

วีระ โลจายะ. กฎหมายสิทธิมนุษยชน. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2525.

ศนันท์กรณ โสติดิพันธุ์. คำอธิบายนิติกรรม สัญญา. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2558.

สหทยา สุนทรเกตุ. ปัญหาทางกฎหมายของการตั้งครรภ์แทน. 2539.

สุภกิติ จุลวิจิตรพงษ์. “ความหวังใหม่ของผู้มีบุตรยาก.” นิตยสารไกล่หมอ, 2544.

เสวี ชีรพงษ์. “บทความพิเศษ.” หมอชาวบ้าน, (2539) : 207.

เสนีย์ ปราโมช. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้เล่ม 1 ภาค 1-2.

กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2559.

อภิวัฒน์ เอื้ออังกูร. “Gestational carrier pregnancy and Oocyte donation ภาควิชาสูติ.” สืบค้นวันที่

27 พฤศจิกายน 2562, จาก

https://w.lmed.cmu.ac.th/obgyn/index.php?option=com_content&view=article&id4=:78gestational-carrier-pregnancy-and-oocyte-donation&catid45=&Itemid561=

อรรถกรณ อ้นอาจ. “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความคุ้มครองสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์:

ศึกษากรณีเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์.” วิทยานิพนธ์

ปริญญาโทบริหารศึกษาศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2556.

อาทิตย์ เพชรผุด. “พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยเทคโนโลยีการแพทย์ มุมมองจากผู้ปฏิบัติ.”

วารสารการแพทย์สุขภาพและสาธารณสุข 4. 229-240.

เอื้องอารีย์ อึ้งจะนิล. “รายงานสรุปและวิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัย

เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์.” กรุงเทพมหานคร : สำนักงานส่งเสริม

วิชาการรัฐสภา สถาบันพระปกเกล้า, 2558.

โอภาส เศรษฐบุตร. “Infertility.” สืบค้นวันที่ 17 พฤศจิกายน 2562, จาก

http://www.med.cmu.ac.th/dept/obgyn/2011/index.php?option=com_content&view=article&id:390=infertility&catid42=&Itemid479=

โอภาส เศรษฐบุตร. “เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์.” สืบค้นวันที่ 13 พฤศจิกายน 2562, จาก

https://w.lmed.cmu.ac.th/obgyn/index.php?option=com_content&view=article&id3=:98assisted-reproductive-technology&catid40=&Itemid482=

Amnesty Internation Thailand. ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน. สืบค้นวันที่ 13 พฤศจิกายน

2562, จาก <https://www.amnesty.or.th/our-work/hre/udhr/>

ภาษาต่างประเทศ

- A Goodwin. (1992). Determination of Legal Parentage in Egg Donation, Embryo Transplantation, and Gestational Surrogacy Arrangement.
- A Hofheimer. (1992). Gestational Surrogacy :Unsettling State Parentage Law and Surrogacy Policy .
- C, Scrambled Eggs Byk. (2002). Defining Parenthood and Inheritance Right of Children Born of Reproductive Technology.
- I, and A .Grubb Kennedy. (1994). Medical Law :Text with Materials. Butterworth.
In re Marriage of Buzzanca) California Supreme Court1993).
Johnson v .Calvert) California Supreme Court1993).
- L Andrew .(1995) .Beyond Doctrinal Boundaries :A Legal Framework for Surrogate Motherhood . Virginai :Virginai law review.
- L, Elster, N, Andrews .(2000) .Regulating Reproductive Technologies .
- M Warnock. (1985). A Question of Life .The Warnock Report on Human Fertilisation and Empryology, Basil Blackwell.
- P. Virutamasen. (1993). Need of developing countries for MAC .Presented at workshop on medical assisted conception .
- S O'Brien (1986). Commercial Conception :A Breeding Ground for Surrogacy .
- S Recht. (1998). "M" is for Money :Baby M and the Surrogate Motherhood Controversy .
- Sara Rintamo. (2016). Regulation of Cross-Border Surrogacy In Light of the European Conversation on Human Rights .Helsinki :University of Helsinki.
- Sonia Allan. (1991). The Review of the Western Australian Human Reproductive Technology .
- T, Krim. (1996). Beyond Baby M :international Perspective on Gestational Surrogacy and the Demis of the Unitary Biological Mother .Annals Health L, .214-213
- WHO Scientific Group. (1990). Recent advance in medically assisted conception .Geneva :WHO scientific group.
- World Health Organization. (1999). WHO laboratory for the examination of human semen and sperm-cervical mucus interaction.4th ed. Cambridge University.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ – นามสกุล	นายไพชยนต์ เจริญสุข
ประวัติการศึกษา	นิติศาสตร์บัณฑิต เกียรตินิยมอันดับสอง มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ประกาศนียบัตร ใบอนุญาตให้เป็นทนายความรุ่น 45 จากสภาทนายความในพระบรมราชูปถัมภ์ ประกาศนียบัตรชั้นสูง ว่าด้วยกฎหมายล้มละลายและฟื้นฟูกิจการ ของลูกหนี้ รุ่น 2 จาก เนติบัณฑิตยสภา
ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน	ทนายความประจำบริษัท ดับบลิวเอชเอ อินดัสเตรียล ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด (มหาชน) เลขที่ 9 อาคารยูเอ็มทาวเวอร์ ชั้น 18 ถนน รามคำแหง แขวงสวนหลวง เขตสวนหลวง กรุงเทพมหานคร
ประสบการณ์ ผลงานทางวิชาการ รางวัลหรือทุนการศึกษาเฉพาะที่สำคัญ	ทุนเรียนดีปริญญาโท มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 25%