

สิทธิเด็กและการคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยี ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

The Rights of the Children and Protection the Rights of the Children Who Born Through Surrogacy

พรณิพา สุขจิตร*

เกียรติพร อำไพ

คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

*e-mail: puntipa.su.lld@gmail.com

Puntipa Sukjit

Kiarttiphorn Umpai

Graduate School of Law, National Institute of Development Administration

Received: November 30, 2021, Revised: January 29, 2022, Accepted: May 23, 2022

บทคัดย่อ

ประเทศไทยได้ตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ขึ้นเพื่อรองรับการตั้งครรภ์แทน โดยมีการคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน แต่ยังไม่สามารถให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์ที่มีลักษณะเฉพาะอันแตกต่างจากเด็กทั่วไปได้สมบูรณ์ เกิดเป็นประเด็นปัญหาความไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่ประเทศไทยเป็นภาคีและมีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตาม และเป็นประเด็นปัญหาการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ทั้งปัญหาการคุ้มครองสิทธิในการอยู่รอด สิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครอง สิทธิที่จะได้รับการพัฒนา สิทธิในการมีส่วนร่วม รวมทั้งประเด็นปัญหากรณีที่ส่งผลให้เด็กต้องตกอยู่ในสถานะเสี่ยงต่อการได้รับประโยชน์สูงสุด และเสี่ยงต่อการได้รับความคุ้มครองตามสิทธิเด็กทั้งปวง อันเป็นผลจากบทบัญญัติของกฎหมายที่ตราขึ้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องปรับแก้บทบัญญัติให้สามารถคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยมุ่งประโยชน์สูงสุดของเด็กและสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่ไทยเป็นภาคี

คำสำคัญ: สิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน การคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน การตั้งครรภ์แทน

Abstract

Protection of a child born by Medically Assisted Reproductive Technology Act, B.E. 2558 has been enacted in order to support surrogacy which has been providing a protection for the rights of surrogate child. However, the protection cannot thoroughly cover the rights of the child whose properties are different from an ordinary one. This is inconsistent with the Convention of the Rights of the Child in Thailand whose country is a contracting state. Thus, its citizens are obliged to conform to the rule. This has caused problems in protecting the rights of surrogate child including rights to survival, rights to protection, rights to development, rights to participation. as well as has caused the surrogate child risks to receive the best interest of the child and to be protected under all other rights of the child. As all those were the result of the enacted law, therefore, it is compulsory to amend the Act to protect the rights of the surrogate child with an aim for the best interest of the child and a consistency to the Convention of the Rights of the Child in which Thailand is a contracting state.

Keywords: Rights of Surrogate Child, Rights Protection of Surrogate Child, Surrogacy

บทนำ

ประเทศไทยเป็นหนึ่งในประเทศที่อนุญาตให้มีการตั้งครรรภ์แทนอย่างถูกต้องตามกฎหมาย มีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ใช้บังคับ เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการ เงื่อนไขการตั้งครรรภ์แทน กำหนดข้อห้ามเพื่อควบคุมการดำเนินการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และเพื่อให้ความคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ แต่ด้วยการให้กำเนิดเด็กด้วยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตั้งครรรภ์แทนนั้น เป็นกรณีที่มีความซับซ้อน ปัญหาต่าง ๆ ที่หากได้เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาการตั้งครรรภ์แทนช่วงใกล้คลอด และหลังคลอด สามารถก่อให้เกิดผลกระทบต่อบุคคลได้ทั้งสิ้น ขณะที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้ใช้บังคับมาเพียง 6 ปี และมีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กเพียง 6 มาตรา กอปรกับประเทศไทยได้ลงนามภาคยานุวัติสารรับรองอนุสัญญาสิทธิเด็กแห่งสหประชาชาติ (Convention on the Rights of the Child) ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2535 ดังนั้น กฎหมายไทยจึงต้องสามารถให้ความคุ้มครองสิทธิและปกป้องผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามหลักสิทธิเด็กและตามบทบัญญัติแห่งอนุสัญญา โดยคุ้มครองทั้งเด็กทั่วไปและเด็กที่มีความแตกต่างในมิติต่าง ๆ อันหมายรวมถึงเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ด้วย เพื่อให้มีการคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรภ์แทนที่สมบูรณ์ยิ่งขึ้น อันจะส่งผลให้สิทธิของเด็กที่เกิดมาโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์นั้นสอดคล้องและเหมาะสมกับสภาพสังคมที่มีการเปลี่ยนแปลง

และพัฒนาการของเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่ช่วยในการตั้งครรรภ์แทน ผู้เขียนจึงได้ศึกษาการวางหลักของกฎหมายในต่างประเทศ โดยศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรรภ์แทน ในประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกาในมลรัฐที่มีกฎหมายรับรองการตั้งครรรภ์แทน ได้แก่ มลรัฐเวอร์จิเนีย มลรัฐนิวแฮมป์เชียร์ มลรัฐฟลอริดาและมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศเนเธอร์แลนด์ และประเทศที่ไม่มีกฎหมายรับรองการตั้งครรรภ์แทน เช่น ประเทศฝรั่งเศส เปรียบเทียบกับกฎหมายไทยแล้ววิเคราะห์สังเคราะห์ในประเด็นหลักการคุ้มครองสิทธิเด็ก ความสอดคล้องกับอนุสัญญาที่ไทยมีพันธกรณี และข้อเสนอแนะที่สอดคล้องกับการคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรภ์แทน เพื่อนำไปสู่การปรับแก้หรือพัฒนากฎหมายไทยให้สามารถคุ้มครองสิทธิเด็กและปกป้องผลประโยชน์สูงสุดของเด็กได้ครอบคลุมยิ่งขึ้น

วัตถุประสงค์การวิจัย

1. เพื่อศึกษาสิทธิของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในประเทศไทย ในประเด็นการคุ้มครองสิทธิของเด็ก
2. เพื่อศึกษากฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในประเทศไทย ในประเด็นการคุ้มครองสิทธิของเด็ก
3. เพื่อวิเคราะห์ปัญหาของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของเด็กที่เกิดโดยการใช้เทคโนโลยีช่วยในการตั้งครรรภ์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัย

เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในประเทศไทยโดยเปรียบเทียบกับกฎหมายประเทศอังกฤษ ฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกา และเนเธอร์แลนด์

4. เพื่อเสนอแนวทางในการแก้ไข ปรับปรุง กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

ขอบเขตการวิจัย

การศึกษาวิจัยกำหนดขอบเขตการศึกษาครอบคลุมถึงแนวความคิดว่าด้วยเรื่องสิทธิของเด็ก ซึ่งรวมถึงสิทธิในการอยู่รอด สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง สิทธิในการได้รับการพัฒนา และสิทธิในการมีส่วนร่วม อันเป็นการจำแนกสิทธิเด็กตามสาระสำคัญเกี่ยวกับสิทธิพื้นฐานของเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เพื่อวิเคราะห์ถึงปัญหาตลอดจนผลกระทบที่เกี่ยวกับสิทธิดังกล่าวของเด็ก แล้วจึงนำข้อมูลที่ได้มาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับขอบเขต คำนายก การบังคับใช้กับเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ระหว่างกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศที่มีกฎหมายอนุญาตให้มีการตั้งครุฑแทนได้ เพื่อให้ทราบแนวทางในการพัฒนา ปรับปรุง แก้ไขพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และสังเคราะห์เป็นข้อเสนอแนะต่อไป

บททวนวรรณกรรม

หลักผลประโยชน์สูงสุดต่อเด็กนั้นเป็นหลักการที่ต้องได้รับการยึดถืออย่างเคร่งครัดโดยผู้มีส่วนได้ส่วนเสียทุกฝ่ายในการพิจารณาตัดสินใจดำเนินการใด ๆ ต่อเด็ก กล่าวคือ ผลของการตัดสินใจต่อเหตุการณ์ใด ๆ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ต่อเด็กนั้น ต้องผ่านการพิจารณาจากการคำนึงถึงทุกองค์ประกอบเพื่อประกันสิทธิเด็กอย่างมีประสิทธิภาพ มีการพิจารณาถึงความสำคัญทางสังคม วัฒนธรรมควบคู่ไปกับผลประโยชน์สูงสุดต่อเด็ก โดยมีคณะกรรมการด้านสิทธิเด็กเผยแพร่ความคิดเห็นเกี่ยวกับบทความที่น่าสนใจ มีวัตถุประสงค์เพื่อรองรับการทำความเข้าใจร่วมกันของหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็ก โดยได้เสนอการประเมินและกำหนดประโยชน์สูงสุดของเด็กด้วยองค์ประกอบเจ็ดประการที่ควรพิจารณาเมื่อต้องมีการตัดสินใจเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดต่อเด็ก ไม่ว่าจะเป็นมุมมองของเด็ก ตัวตนของเด็ก การรักษาสภาพแวดล้อมของครอบครัวและการรักษาความสัมพันธ์ การดูแลการคุ้มครองและความปลอดภัยของเด็ก สถานการณ์ความเปราะบาง สิทธิของเด็กเพื่อสุขภาพและสิทธิเด็กเพื่อการศึกษา แต่ละองค์

ประกอบเหล่านี้มีรายละเอียดในความคิดเห็นและควรมีคำแนะนำที่ชัดเจนสำหรับวิชาชีพที่เกี่ยวข้องกับเด็กในประเทศต่าง ๆ (Skivenes, & Sørnsdal, 2018)

หลักความเสมอภาคมีความใกล้ชิดกับหลักเสรีภาพเนื่องจากเป็นหลักการที่จะทำให้การใช้เสรีภาพเป็นไปอย่างเสมอภาคกันทุกคน แต่เสรีภาพสามารถใช้ได้กับบุคคลเพียงบางบุคคลบางกลุ่มบางคนเข้าถึงไม่ได้ แต่ในกรณีดังกล่าวนี้ไม่ถือว่าเสรีภาพแต่ประการใด ความเสมอภาคจึงเป็นฐานของเสรีภาพและเป็นหลักประกันในการทำให้เสรีภาพเกิดขึ้นได้จริง ดังนั้นหลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมายจึงเป็นหลักการที่ทำให้มีการปฏิบัติต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้น ๆ อย่างเท่าเทียมกันหรือไม่เลือกปฏิบัติ (Non-discrimination) ทั้งนี้การปฏิบัติตามหลักความเสมอภาคนั้นจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน และจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกันไปตามลักษณะของเรื่องนั้น ๆ จึงจะทำให้เกิดความยุติธรรมภายใต้หลักความเสมอภาคขึ้นได้ (Somkit, 2000)

หลักการวีโรนาเป็นหลักการที่มีจุดเริ่มต้นมาจากแนวคิดที่ว่า เด็กที่เกิดจากการตั้งครุฑแทนย่อมถือว่าเป็นเด็กที่ต้องได้รับความคุ้มครองสิทธิตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเช่นกัน แต่ด้วยความแตกต่างบางประการระหว่างเด็กที่เกิดจากการตั้งครุฑแทนกับเด็กทั่วไป ส่งผลให้มีการอภิปรายวิเคราะห์ และพัฒนาประเด็นสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครุฑแทน กระทั่งได้รับการพัฒนาเป็นหลักการ Verona (Verona Principle) ซึ่งเป็นหลักการเกี่ยวกับสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครุฑแทนโดยเฉพาะ และมีการรวบรวม ตีพิมพ์ และเผยแพร่เมื่อเดือนกุมภาพันธ์ปี พ.ศ. 2564 โดยมีพัฒนาการมาจากหลักการในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ทั้งนี้เพื่อประเทศที่มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครุฑแทนได้นำหลักการอันมีการกำหนดขึ้นโดยผ่านการไตร่ตรองถึงการพิจารณาทางจริยธรรมของการตั้งครุฑแทนโดยไม่มีการดูหมิ่นหรือไม่คำนึงถึงสิทธิมนุษยชนของผู้ที่เกี่ยวข้อง เพื่อเป็นการปกป้องสิทธิของเด็กที่เกิดจากการตั้งครุฑแทน

Verona Principle ได้ถูกพัฒนามาจากการพิจารณาข้อมูลจากรายงานต่าง ๆ ที่ถูกส่งไปยังคณะมนตรีสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ รวมไปถึงนำข้อมูลจากรายงานการประชุมว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (HCCH) ณ กรุงเฮก ทั้งนี้เพื่อให้หลักการคุ้มครองสิทธิเด็กที่มีความเหมาะสมสำหรับนำไปปรับใช้กับเด็กที่เกิดจากการตั้งครุฑแทนเป็นการเฉพาะ หลักการเฉพาะที่กำหนดขึ้นประกอบด้วย สิทธิในการเข้าถึงแหล่งข้อมูลทางพันธุกรรมในการกำเนิดของตนเอง เชื้อชาติ

สัญญาสิทธิในการได้รับการปกป้องจากกระบวนการซื้อขายเด็กเป็นต้น โดยหลักการนี้ถูกกำหนดขึ้นเพื่อการส่งเสริมสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครมแทนที่มุ่งสนับสนุนให้เกิดการพัฒนาในกรอบงานด้านสิทธิมนุษยชนในวงกว้าง เพื่อเป็นจุดเริ่มต้นในการให้คำแนะนำเกี่ยวกับการปฏิรูปกฎหมาย นโยบาย รวมไปถึงกระบวนการปฏิบัติงานอันเกี่ยวกับการส่งเสริมสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครมแทน (International Social Service, 2021)

วิธีการวิจัย

การศึกษานี้ดำเนินการวิจัยด้วยวิธีวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยการศึกษาวิจัยจากเอกสารปฐมภูมิ (Primary Document) ประกอบด้วย บทบัญญัติของกฎหมาย คำพิพากษาคดี อนุสัญญา และเอกสารทุติยภูมิ ประกอบด้วย เอกสารงานวิจัย บทความ หนังสือ และวารสารที่มีเนื้อหาภายใต้ขอบเขตการวิจัย

ผลการวิจัย

สิทธิของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในประเทศไทย ในประเด็นการคุ้มครองสิทธิของเด็กนั้นยังคงมีความบกพร่อง ในประเด็นการรับรู้ข้อมูลรากเหง้าของเด็กที่เกิดจากการตั้งครมแทน ในกรณีที่ใช้สุจิหรือไข่จากผู้บริจาคในกระบวนการตั้งครมแทน

กฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวข้องกับสิทธิของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในประเทศไทย ในประเด็นการคุ้มครองสิทธิของเด็กนั้น ไม่มีการบัญญัติกฎหมายที่ครอบคลุมถึงการคุ้มครองถึงสิทธิในการอยู่รอด สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง สิทธิในการได้รับการพัฒนา กล่าวคือ ไม่มีการกำหนดผู้ที่มีหน้าที่ในการเลี้ยงดู ปกครองเด็กแทนที่ ในกรณีคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครมแทนไม่ปรากฏตัวภายหลังเด็กเกิดอันไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่ไทยรับเป็นภาคี

ปัญหาของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของเด็กที่เกิดโดยการใช้เทคโนโลยีช่วยในการตั้งครมตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในประเทศไทย จากการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายประเทศอังกฤษ ฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกาและเนเธอร์แลนด์ พบว่า สิทธิในการอยู่รอด สิทธิในการได้รับการพัฒนา สิทธิในการได้รับการปกป้อง คุ้มครอง สิทธิในการมี

ส่วนร่วมของเด็กที่เกิดจากการจากตั้งครมแทนนั้นถูกระทบจากการบังคับใช้บทบัญญัติว่าด้วยการการห้ามปฏิเสธเด็กที่เกิดจากการตั้งครมแทนในทุกกรณี ซึ่งอาจเป็นการขัดต่อหลักประโยชน์สูงสุดต่อเด็กได้

แนวทางในการแก้ไข ปรับปรุง กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้จากการศึกษาเปรียบเทียบจากการวางหลักกฎหมายของประเทศที่ศึกษา ตามข้อเสนอแนะที่ได้นำเสนอในส่วนท้ายของบทความนี้

อภิปรายผลการวิจัย

กรณีปัญหาสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครมแทนมีประเด็นที่ต้องวิเคราะห์เป็น 2 ประการ ได้แก่ ประเด็นปัญหาความไม่สอดคล้องของกฎหมายไทยกับพันธกรณีระหว่างประเทศตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และ ประเด็นปัญหาสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครมแทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ตามหลักการสิทธิเด็ก 4 ประการ ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก กล่าวคือ สิทธิในการอยู่รอด สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง สิทธิในการได้รับการพัฒนา และสิทธิในการมีส่วนร่วม

1. ปัญหาความไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

จากการศึกษาประเด็นความสอดคล้องของกฎหมายไทยกับพันธกรณีระหว่างประเทศ เรื่อง สิทธิในการอยู่รอดพบว่า อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้รับรองให้เด็กทุกคนมีสิทธิติดตัว (Inherit Right) เป็นสิทธิโดยธรรมชาติที่เกิดขึ้นติดตัวเด็กนับตั้งแต่เกิด อันรวมถึงสิทธิในชีวิตและการอยู่รอด (Rights to Survival) โดยสิทธิในการมีชีวิตและการอยู่รอดนั้นนับตั้งแต่คลอดและต้องมีชีวิตอยู่รอดอย่างปลอดภัย โดยเด็กต้องได้รับการส่งเสริมการพัฒนารวมทั้งมีสิทธิได้รับการเลี้ยงดูจากบิดามารดาของเด็กโดยไม่ถูกแยกจากกันโดยขัดกับความต้องการของบิดา มารดาของเด็ก โดยมีเหตุยกเว้นกรณีหน่วยงานที่มีอำนาจอาจใช้วิธีทางกฎหมายในการบังคับว่า การแยกจากกันของบิดา มารดาและเด็กนั้นจะต้องเป็นการทำเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The best interests of the child) (Aneiros, & Gee, 2020)

หน้าที่ในส่วนของภาครัฐต้องพยายามเพื่อให้หลักประกันว่า บิดาและมารดา หรือผู้ปกครองต้องมีส่วนร่วมในความรับผิดชอบร่วมกันในการเลี้ยงดูและพัฒนาเด็ก รวมทั้งรัฐจะต้องจัดให้มีการพัฒนาหน่วยงานหรือสถาบันเพื่อการอำนวยความสะดวก

สะดวก รวมทั้งจัดการบริการต่าง ๆ สำหรับการดูแลเด็ก ตลอดถึงด้านสาธารณสุข รวมไปถึงการจัดหาอาหารที่ถูกหลักโภชนาการและน้ำดื่มที่สะอาดอย่างเพียงพอ เพื่อให้เด็กได้รับการดูแลอย่างเหมาะสม มุ่งลดการเสียชีวิตของทารกและเด็ก สำหรับกรณีของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แท้งนั้น ในแต่ละประเทศต้องมุ่งที่จะคุ้มครองเด็กให้เด็กที่เกิดนั้นได้อยู่รอด ปลอดภัย มีความพร้อมที่จะเติบโตในสังคมต่อไป แต่เมื่อพิจารณาถึงการเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แท้งหลังจากที่เด็กได้คลอดออกมาแล้วนั้น พบว่า ยังไม่มีการติดตามตรวจสอบจากหน่วยงานใด ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แท้งและค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แท้งในขณะตั้งครรภ์การยุติการตั้งครรภ์แท้ง การคลอด และหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แท้ง หลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน พ.ศ. 2558 มีเพียงการคุ้มครองสิทธิในการอยู่รอดของเด็กในช่วงระยะเวลาขณะที่อยู่ในครรภ์เท่านั้น ไม่มีการตรวจสอบติดตามดูแลเด็กหลังจากที่เด็กอยู่ในการเลี้ยงดูของผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด

ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามที่ได้กำหนดไว้ในอนุสัญญา จึงควรมีการติดตามตรวจสอบ มีการกำหนดมาตรการ รวมไปถึงการกำหนดหน่วยงานผู้มีหน้าที่รับผิดชอบในการติดตาม รายงานผลการติดตามการเลี้ยงดูว่าเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แท้งนั้นจะได้รับการเลี้ยงดูอย่างเหมาะสมจากผู้ปกครอง ไม่มีการกระทำ การเลี้ยงดูอย่างไม่เหมาะสม หรือการแสวงหาผลประโยชน์อื่นใดจากเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แท้ง ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันมิให้เกิดการแสวงหาผลประโยชน์อื่นใดจากการการตั้งครรภ์แท้งที่อาจจะเกิดขึ้นอีกด้วย ทั้งยังเป็นการดำเนินการตามข้อตกลง ว่าด้วยรัฐภาคีจะดำเนินการมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวง ทั้งในระดับประเทศ ระดับภูมิภาคและพหุภาคี เพื่อป้องกันการลักพา การขาย หรือการลักลอบค้าเด็ก ไม่ว่าด้วยวัตถุประสงค์ใดหรือในรูปแบบใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งเด็กที่อยู่ภายใต้การดูแลของผู้ปกครองกรณีสมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แท้งเสียชีวิต หรือไม่ปรากฏตัว

เทียบเคียงกรณีที่เกิดขึ้นในประเทศเนเธอร์แลนด์อันสามารถถือได้ว่ามีกฎหมายที่เป็นตัวอย่างที่ดีในกรณี กล่าวคือ มีการกำหนดความเป็นบิดา มารดา ผู้ปกครองของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แท้งนั้นอาศัยกฎหมายการรับบุตรบุญธรรมเป็นตัวกำหนดความเป็นผู้ปกครองโดยคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แท้ง โดยไม่จำเป็นต้องมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก แต่อยู่บนเงื่อนไขที่ทั้งคู่สมรสและเด็กที่เกิด

จากการตั้งครรภ์แท้งต้องอาศัยอยู่ด้วยกันมาเป็นเวลา 3 ปี ขึ้นไป โดยเด็กนั้นต้องได้รับการเลี้ยงดูจากคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แท้งนั้นมาแล้วไม่ต่ำกว่า 1 ปี ดังนั้นจะเห็นได้ว่าสิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครองจะมาจากการได้รับการเป็นผู้ปกครองโดยการรับเป็นบุตรบุญธรรมผ่านทางกฎหมาย การรับบุตรบุญธรรมอันมีเงื่อนไขในความสัมพันธ์ทางการดำเนินชีวิตในทางปกติของครอบครัว กล่าวคือ มีการดำรงชีวิตร่วมกัน มีการเลี้ยงดู สอนสั่ง อุปการะ จากบุคคลผู้ประสงค์จะเป็นผู้ปกครองของเด็กนั้นในกรณีนี้ คือ คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แท้งอันเป็นการสร้างความเชื่อมั่นได้ว่า เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แท้ง จะได้รับการปกป้อง คุ้มครองจากคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แท้งได้เนื่องจากได้มีการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันระหว่างเด็กกับคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แท้งมาเป็นระยะเวลาหนึ่งตามที่มีการกำหนดตามกฎหมายการรับบุตรบุญธรรมแล้ว (Vonk, 2011)

จากการศึกษาประเด็นความสอดคล้องของกฎหมายไทยกับพันธกรณีระหว่างประเทศ เรื่อง สิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครอง พบว่า อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก วางหลักสิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง (Rights to Protection) ไว้ว่า เด็กทุกคนจะต้องได้รับความคุ้มครองในทุกรูปแบบที่จะเป็นอันตรายต่อเด็ก กล่าวคือ อันตรายจากความรุนแรงในครอบครัว ซึ่งรวมถึงความรุนแรงทางกายภาพและการคุกคามทางจิตใจ ทั้งในครอบครัวและจากภายนอกครอบครัว ปลอดภัยจากการใช้แรงงานเด็ก การให้ทำงานเสี่ยงอันตรายหรือที่จะเป็นการขัดขวางการศึกษาเล่าเรียน การป้องกันให้ห่างไกลจากยาเสพติดและสารอันตราย รวมทั้งการค้ำมนุษย์ การลักพาตัว การคุกคามทางเพศ และการแสวงหาประโยชน์อันไม่ควรได้จากเด็ก ไม่ว่าเด็กจะอยู่ในความดูแลของบิดาและมารดา ผู้ปกครองตามกฎหมายหรือบุคคลอื่นที่ดูแลเด็กอยู่ในขณะนั้น เด็กจะต้องได้รับการปกป้องคุ้มครองจากสมาชิกในครอบครัว (Kosher, Arie, & Hendelsman, 2016)

ด้วยปรากฏว่า มาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 บัญญัติว่า ในกรณีที่สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แท้ง ถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แท้งเป็นผู้ปกครองเด็กนั้นจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แท้ง พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก ผู้มีส่วนได้เสีย หรือพนักงานอัยการมีอำนาจร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้ปกครองได้ และในการตั้งผู้ปกครองดังกล่าวให้ศาล คำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กนั้นเป็นสำคัญ

การกำหนดให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองเด็กหากสามีและภริยาที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนตายก่อนเด็กเกิด และให้หญิงตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองไปจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ โดยไม่ได้มีการกำหนดหน้าที่ให้ชัดเจน ไม่มีการกำหนดกรอบระยะเวลาของการเป็นผู้ปกครองแทน นอกจากนี้ในพระราชบัญญัติฯ ไม่มีบทบัญญัติอื่นเพื่อใช้บังคับกับกรณีสามีและภริยาที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่ปรากฏตัวหลังเด็กเกิดว่าจะให้ผู้ใดเป็นผู้ปกครองเด็กด้วยเงื่อนไข เงื่อนไขเวลา และหน้าที่ความรับผิดชอบอย่างไร จึงเป็นกรณีที่เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตกอยู่ในสถานะที่ไม่มีบิดา มารดา ไม่มีครอบครัว ไม่มีผู้ปกครองที่ชัดเจน เช่นเดียวกับเด็กที่ต้องถูกแยกจากบ้านหรือครอบครัว หรือต้องจากบ้านไปอยู่ภายใต้การเลี้ยงดูในสถานที่อื่นหรือของบุคคลอื่น อันเป็นสภาพที่เสี่ยงต่อภัยอันตราย เมื่อพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ไม่ได้มีบทบัญญัติที่กำหนดให้มีการคุ้มครองเด็กสำหรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในกรณีนี้ให้ชัดเจน อีกทั้งยังไม่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการตรวจสอบสภาพความเป็นอยู่อย่างสม่ำเสมอว่าเป็นไปด้วยดี มีคุณภาพชีวิตที่ดีและเป็นสถานที่ที่ดีที่สุดและเป็นประโยชน์ที่สุดสำหรับเด็ก พระราชบัญญัติฯ นี้จึงมิได้ให้ความคุ้มครองเด็กที่ครอบคลุมหลักการสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองอย่างครบถ้วน

จากการศึกษาประเด็นความสอดคล้องของกฎหมายไทยกับพันธกรณีระหว่างประเทศ เรื่อง สิทธิที่จะได้รับการพัฒนา พบว่า อนุสัญญาสิทธิเด็กวางหลักเรื่องสิทธิที่จะได้รับการพัฒนา (Rights to Development) ว่าเด็กทุกคนยังมีสิทธิที่จะได้รับพัฒนาตนตามความสามารถและศักยภาพเท่าที่เด็กพึงจะทำได้ อันมาจากการสนับสนุนตามฐานานุกรมจากครอบครัว คือ ผู้ปกครอง บิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการแนะแนวทาง แนะนำอบรม สั่งสอน เลี้ยงดูเพื่อพัฒนาการของเด็กถือเป็นหน้าที่ในความรับผิดชอบของผู้ปกครอง บิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย (Kacunko, & Gouban, 2017)

แต่สำหรับกรณีคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเสียชีวิต หญิงผู้ตั้งครรภ์แทนจะกลายเป็นผู้ปกครองเด็กไปก่อนจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ตามผลของกฎหมายระหว่างรอการตั้งผู้ปกครองขึ้นมาใหม่ หญิงผู้ตั้งครรภ์แทนตกเป็นผู้มีหน้าที่ในการรับผิดชอบต่อตัวเด็ก มีหน้าที่รับผิดชอบในเบื้องต้นในการจัดหาที่อยู่ที่เหมาะสมสำหรับการพัฒนาของเด็กในกรณีเช่นนี้ หากหญิงไม่มีความพร้อมในการเลี้ยงดู มาตรการทางเลือกในการให้ความช่วยเหลือจากทางภาครัฐหรือหน่วยงาน

ที่มีส่วนเกี่ยวข้องจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง และแม้หญิงนั้นจะมีคุณสมบัติเป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขตามประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้หญิงอื่นที่มีอายุตีสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายรับตั้งครรภ์แทน พ.ศ. 2558 โดยกำหนดในข้อ 5 และ ข้อ 6 โดยสรุปว่า คุณสมบัติในกรณีให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน มีเพียงว่า จะต้องเป็นผู้มีสัญชาติเดียวกันกับสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน มีอายุไม่ต่ำกว่า 20 ปีบริบูรณ์และไม่เกิน 40 ปีบริบูรณ์ และเคยมีบุตรมาแล้วโดยการคลอดตามธรรมชาติ ไม่เกิน 3 ครั้งหรือในกรณีผ่าคลอดไม่เกิน 1 ครั้ง เป็นผู้มีสุขภาพร่างกายและจิตใจแข็งแรงสมบูรณ์ดี และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะรับตั้งครรภ์แทนจนคลอดบุตรได้ไม่เกิน 2 ครั้ง ทั้งนี้ต้องผ่านการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกายจิตใจ และสภาพแวดล้อม ตามประกาศแพทยสภากำหนด จะพบว่าหลักเกณฑ์ในการพิจารณานั้นมุ่งประสงค์ให้หญิงมีความพร้อมในการตั้งครรภ์ ในการอุ้มท้องเด็กในครรภ์ด้วยการมีสุขภาพกายและจิตใจที่สมบูรณ์แข็งแรง มีความพร้อม มีประสบการณ์ในการให้กำเนิดเด็กมาแล้ว แต่ไม่ได้มีการพิจารณาถึงสถานะทางการเงิน ความมั่นคงในหน้าที่การงานหากมีการสิ้นสุดวัยที่จะต้องรับเด็กมาอยู่ในปกครอง หากมีการผิดนัดที่จะต้องเข้าเป็นผู้ปกครองแทนแล้วเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนย่อมได้รับผลกระทบต่อสิทธิในการพัฒนาได้โดยทันที จากการศึกษาประเด็นความสอดคล้องของกฎหมายไทยกับพันธกรณีระหว่างประเทศเรื่องสิทธิในการมีส่วนร่วม พบว่า อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กวางหลัก เรื่อง สิทธิในการมีส่วนร่วมไว้ว่า ภายใต้หลักประชาธิปไตยอันมีหลักการสนับสนุนคุณค่าความเป็นมนุษย์เด็กในฐานะที่มีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เช่นเดียวกันนี้เองจึงควรมีสถานะสิทธิเสรีภาพที่จะแสดงออก รวมไปถึงสิทธิเสรีภาพในการรับรู้ ข้อมูลข่าวสารโดยไม่ถูกจำกัด ด้วยเหตุนี้เอง ภาคครอบครัว ผู้ปกครอง รวมไปถึงภาครัฐจึงต้องส่งเสริม ไม่ปิดกั้นข้อมูล ข้อเท็จจริง ข่าวสารที่เหมาะสมจำเป็นกับช่วงวัยของเด็ก เช่น ข้อมูลอันเป็นที่มา เป็นรากเหง้า เป็นอัตลักษณ์ ตัวตน เช่น ชื่อ สัญชาติของตน หรือแม้กระทั่ง บิดา มารดา หญิงผู้ตั้งครรภ์และให้กำเนิด รวมไปถึงบุคคลผู้ซึ่งบริจาคอสุจิ หรือไข่ที่ใช้ในการปฏิสนธิในกระบวนการตั้งครรภ์แทน (Finkelstein, (J.D. '17), Mac, (J.D. '16), Kintominas, (LL.M. '16), & Olsen, (J.D. '17), 2016).

ขณะที่การวางหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษ เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยการรับบริจาคอสุจิหรือไข่ให้สามารถเข้าถึงข้อมูลของผู้บริจาคได้ โดยมีการกำหนดอายุ

ของเด็กเป็นเงื่อนไขในการเข้าถึงข้อมูลของผู้บริจาคผ่านทาง HFEA ซึ่งเป็นองค์กรตามกฎหมายที่มีหน้าที่ในการควบคุมและรักษา รวมไปถึงการวิจัยตัวอ่อนเกี่ยวกับภาวะการเจริญพันธุ์ของมนุษย์ในประเทศอังกฤษ โดยจะสามารถเข้าถึงข้อมูลของผู้บริจาค เช่น ปีเกิด ประวัติการรักษายาบาล โดยจะสามารถสอบถามข้อมูลเกี่ยวกับชื่อและที่อยู่ของผู้บริจาคได้หากเด็กมีความประสงค์ที่ทราบข้อมูลดังกล่าว ทั้งนี้ใช้บังคับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2548 เป็นต้นมา (Human, Fertilisation, & Embryology Authority, 2018).

การบังคับใช้กฎหมายในประเทศไทยนั้น ภาครัฐจะต้องส่งเสริมให้เด็กสามารถเข้าถึงข้อมูลข่าวสารจากแหล่งต่าง ๆ ทั้งในประเทศและระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อมูลข่าวสารที่มุ่งส่งเสริมคุณภาพชีวิตของเด็กทั้งทางสังคม จิตใจ และศีลธรรม รวมไปถึงข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับตัวเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ ก็ย่อมได้รับสิทธิเช่นเดียวกัน ขณะที่กฎหมายที่บังคับใช้ในประเทศไทยขณะนี้ยังคงไม่มีการกำหนดเงื่อนไขของการรับรู้ข้อมูลดังกล่าวแก่เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน คงมีการกำหนดความเป็นบิดา มารดาให้แก่คู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน

2. วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

2.1 ปัญหาการไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม

จากการศึกษา พบว่า ตามที่ได้มีการกำหนดไว้ในมาตรา 29 วรรคท้ายในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ว่า ชายหรือหญิงที่บริจาคอสุจิหรือไข่ซึ่งนำมาใช้ปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์หรือผู้บริจาคตัวอ่อนและเด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่บริจาคดังกล่าว ไม่มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก พิจารณาสีทธิและหน้าที่ระหว่างกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก ซึ่งตีความได้ว่าเป็นการตัดสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันของผู้บริจาคและเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในเรื่องของความเป็นบิดา มารดาและบุตร รวมไปถึงบุตรบุญธรรม ความปกครอง ค่าอุปการะเลี้ยงดู การตกทอดของมรดก การเป็นทายาท สิทธิโดยธรรมในการรับมรดก ดังนี้ สิทธิในการรับรู้ข้อมูลของรากเหง้าของเด็กนั้นมิได้ผูกพันไปถึงสิทธิ หน้าที่ในทางแพ่งดังกล่าว เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนจึงมีความชอบธรรมตามกฎหมายที่จะมีสิทธิที่จะทราบข้อมูลของผู้บริจาคเมื่อ

เด็กมีความต้องการเข้าถึงข้อมูลเหล่านั้น ในปัจจุบันพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 รวมไปถึงประกาศคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ทั้ง 21 ฉบับ ยังไม่มีการประกาศกำหนดเงื่อนไขของการรับรู้ข้อมูลของผู้บริจาคดังกล่าว

การวางหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษในประเด็นการเข้าถึงข้อมูลผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นมีการจัดตั้ง Human Fertilisation and Embryology Authority (HFEA) ซึ่งเป็นองค์กรตามกฎหมายที่มีหน้าที่ในการควบคุมและรักษา รวมไปถึงการวิจัยตัวอ่อนเกี่ยวกับภาวะการเจริญพันธุ์ของมนุษย์ วางหลักให้เด็กสามารถเข้าถึงข้อมูลได้เป็นลำดับขั้น มีการกำหนดลักษณะของข้อมูลกับช่วงอายุเด็ก คือ ให้เด็กตั้งแต่อายุ 16 ปี สามารถรับรู้ข้อมูลทางกายภาพของผู้บริจาค เช่น อายุ ปีเกิดและประวัติการรักษายาบาลได้ และเมื่อครบอายุ 18 ปีก็จะสามารถเข้าถึงข้อมูลที่มีความลึกซึ้ง เช่น ชื่อ สกุลและที่อยู่ปัจจุบัน แต่ทั้งนี้มิได้มีการกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้ปกครองในลักษณะบังคับว่าต้องแจ้งให้เด็กทราบ แต่เป็นการกำหนดสิทธิที่มีเงื่อนไขให้แก่เด็ก (Human Fertilisation & Embryology Authority, 2018)

การที่เด็กไม่ได้รับรู้ข้อมูลเกี่ยวกับรากเหง้าของตนเอง นอกจากกระทบต่อสิทธิในการรู้และเก็บรักษาข้อมูลเกี่ยวกับที่มาของตนแล้ว ยังขาดโอกาสที่จะได้ใช้ข้อมูลเพื่อประโยชน์ในการรักษายาบาลหรือบริการทางการแพทย์ต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการป้องกันและรักษาโรคทางพันธุกรรม การใช้ข้อมูลเกี่ยวกับต้นกำเนิด เผ่าพันธุ์ ชาติพันธุ์ ยีน หรือดีเอ็นเอในการตรวจ การวางแผน การเฝ้าระวัง และการติดตามด้านารดูแลสุขภาพ เมื่อประเทศไทยได้รองรับให้มีการตั้งครรภ์แทนได้อย่างถูกกฎหมายแล้ว จึงมีความเป็นไปได้สูงที่เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะมีต้นกำเนิด ชาติพันธุ์ หรือยีนของชาวต่างชาติ การที่เด็กไม่มีข้อมูลของต้นกำเนิดหรือรากเหง้าของตนย่อมไม่เป็นประโยชน์ต่อเด็กทั้งขณะที่เป็นผู้เยาว์และเมื่อเป็นผู้ใหญ่ นอกจากประโยชน์จากการใช้ข้อมูลในด้านสุขภาพหรือการรับบริการทางการแพทย์แล้ว ยังมีประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณาว่าการไม่รู้รากเหง้าของตนอีกประการหนึ่ง คือ ความเสี่ยงของการเกิดการสมรสในเครือญาติ หรือการสมรสกับคู่สมรสที่มีความใกล้ชิดทางสายโลหิต อันเป็นผลสืบเนื่องจากการไม่มีข้อมูลของผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมจากการตั้งครรภ์แทน อันจะส่งผลให้มีความเสี่ยงที่ทายาทอาจมีความผิดปกติทางร่างกายหรือสมองจากความใกล้ชิดของสายโลหิตของคู่สมรสตามหลัก

พันธุศาสตร์ ส่งผลเป็นปัญหาใหม่ต่อเด็กที่เป็นบุตร และต่อคู่สมรสกรณีเด็กที่เกิดมามีความพิการ เพียงเพราะไม่มีข้อมูลว่าตนและคู่สมรสมีความใกล้ชิดกันทางสายเลือด

2.2 ปัญหาการกำหนดผู้ปกครองในกรณีให้หญิงอื่นในการตั้งครรภ์แทน

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 21 (3) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ขอด้วยกฎหมาย ตาม (1) ในกรณีที่ไม่ใช่ญาติสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ขอด้วยกฎหมาย ให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนได้ ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการ จะเห็นได้ว่าการตั้งครรภ์แทนสามารถให้หญิงอื่นที่ไม่ใช่ญาติตามสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ขอด้วยกฎหมายตั้งครรภ์แทนสามารถกระทำได้ในกรณีที่สามีหรือภริยาไม่สามารถหาหญิงที่เป็นญาติตามสายโลหิตมารับตั้งครรภ์แทนได้ จึงเกิดมีกรณีที่มีการใช้อำนาจปกครองเด็กโดยหญิงอื่นหากคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์ได้เสียชีวิตไปก่อน อย่างไรก็ดี นอกจากกรณีคู่สมรสถึงแก่ความตายแล้ว ยังปรากฏว่ามีกรณีที่คู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่ปรากฏตัวทั้งก่อนคลอดและหลังคลอดเด็ก ซึ่งประเด็นปัญหาของการกำหนดผู้ปกครองหรือผู้ใช้อำนาจปกครองตาม **พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ พ.ศ. 2558** แยกเป็น 2 ประการ ได้แก่ ประการแรก ปัญหากรณีคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเสียชีวิตไปก่อนเด็กเกิด ประการที่สอง ปัญหากรณีคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่ปรากฏตัวหลังเด็กเกิด

จากการศึกษา พบว่า เมื่อคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเสียชีวิตลงก่อนเด็กเกิด กฎหมายกำหนดให้หญิงอื่นที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นผู้ปกครองไปก่อนจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ โดยกำหนดให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก ผู้มีส่วนได้เสียหรือพนักงานอัยการมีอำนาจร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้ปกครอง และในการตั้งผู้ปกครองดังกล่าวให้ศาลคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กนั้นเป็นสำคัญ ส่งผลให้หญิงนั้นจะตกเป็นผู้ปกครองเด็กโดยชอบด้วยกฎหมายในทันที

ในทางปฏิบัติ ได้มีกรณีที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกา โดยคู่สมรสชาวต่างประเทศผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่ปรากฏตัว ซึ่งเกิดในช่วงสถานการณ์ระบาดของไวรัสโควิด คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่สามารถมารับตัวเด็กที่สหรัฐอเมริกาได้เนื่องจากมาตรการห้ามการเดินทางระหว่าง

ประเทศส่งผลให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนซึ่งไม่มีความพร้อมทางเศรษฐกิจและสภาพครอบครัวที่จะรับอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้ ส่งผลให้เด็กไม่มีผู้ปกครองที่มีความพร้อมในการเลี้ยงดู ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายเรื่องของการตั้งครรภ์แทนจึงได้เสนอให้มีการวางหลักให้มีการกำหนดผู้ดูแลเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นการชั่วคราวในสัญญาการรับตั้งครรภ์แทน เพื่อลดปัญหาการบังคับให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนรับหน้าที่ในการดูแลเด็กระหว่างที่คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่ปรากฏตัวภายหลังเด็กเกิด (Gilroy, 2021); (Deharo, & Madanamoothoo, 2020)

การที่กฎหมายไทยกำหนดให้หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองไปชั่วคราว โดยที่กำหนดหลักเกณฑ์ของหญิงที่จะมารับตั้งครรภ์แทนเพียงในมิติด้านการแพทย์ โดยไม่อาจกำหนดหลักเกณฑ์ด้านเศรษฐกิจ สภาพความเป็นอยู่ ครอบครัว สังคม และการศึกษาได้นั้น นำไปสู่ความเสี่ยงของเด็กที่จะได้รับการคุ้มครองสิทธิตามหลักสิทธิที่จะมีชีวิตรอด สิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครอง และสิทธิที่จะได้รับการพัฒนา ด้วยเจตนาตั้งต้นของคู่สมรสที่ผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน ของหญิงผู้ที่ตั้งครรภ์แทน และของสามีของหญิงผู้ตั้งครรภ์แทน มีเพียงว่าต้องการให้หญิงตั้งครรภ์แทนเท่านั้น ไม่มีเจตนาจะให้หญิงอุปการะ เลี้ยงดูเด็กหลังจากคลอด การพิจารณาความพร้อมของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนจึงมีเพียงมิติด้านสรีระ สุขภาพ และร่างกาย แต่เมื่อหญิงที่ตั้งครรภ์แทนต้องเป็นผู้ปกครองเด็กที่คลอดออกมาเพราะบทบัญญัติของกฎหมาย จึงกลายเป็นหน้าที่ ความรับผิดชอบ และภาระในการเลี้ยงดูเด็กทั้งที่ไม่ได้เตรียมการ เตรียมทรัพยากร และเงินสำหรับใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กไว้ และหากมีกรณีครอบครัวของหญิงผู้ตั้งครรภ์แทนอาจมีสมาชิกหลายคน มีสมาชิกที่เป็นเด็ก หรือมีสมาชิกที่มีพฤติกรรมเสี่ยงต่อการมีคุณภาพชีวิตที่ดีของเด็ก หรือครอบครัวของหญิงผู้ตั้งครรภ์แทนมิได้ให้ความสำคัญต่อการศึกษา หรือไม่มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับพัฒนาการของเด็กแล้วนั้น ปัจจัยเหล่านี้ล้วนส่งผลให้เด็กตกอยู่ในสภาวะเสี่ยงต่อการมีพัฒนาการที่ดี การอยู่รอดปลอดภัย และพ้นจากภัยอันตรายต่าง ๆ ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก กลายเป็นว่า บทบัญญัติใน **พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ พ.ศ. 2558** ส่งผลให้เด็กไม่ได้รับความคุ้มครองสิทธิเด็กและไม่ได้รับประโยชน์สูงสุดตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย กลับเป็นบทบัญญัติที่ส่งผลให้เด็กตกอยู่ในสภาวะเสี่ยงหรือได้รับผลร้ายจากการทำหน้าที่ผู้ปกครองโดยบุคคลที่ไม่มีความพร้อมหรือไม่เหมาะสม

ปัญหาอีกลักษณะหนึ่ง คือ คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่ปรากฏตัวหลังเด็กเกิด จากการศึกษา พบว่า ในการกำหนดผู้ปกครองเมื่อไม่มีคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่ปรากฏตัว หลังเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นคลอด มีความแตกต่างกันจากกรณีคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเสียชีวิตไปก่อน กล่าวคือ พระราชบัญญัติฯ กำหนดสิทธิหน้าที่ ความรับผิดชอบในการเป็นผู้ปกครองไว้ในกรณีที่คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเสียชีวิตไปก่อน เด็กเกิดเท่านั้น ไม่มีการรวมถึงการไม่ปรากฏตัว สูญหายหรือไม่สามารถติดตามคู่สมรสผู้ประสงค์ให้ตั้งครรภ์แทนได้ หญิงที่ตั้งครรภ์แทนไม่มีหน้าที่ในการรับอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนและไม่มีสิทธิใด ๆ ระหว่างกัน คงมีแต่หน้าที่ที่ต้องกระทำตามที่กำหนดไว้ตามพระราชบัญญัติฯ กล่าวคือ หน้าที่ในการตั้งครรภ์แทน และแจ้งเกิดเด็กในกรณีตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 31 เมื่อหญิงที่ตั้งครรภ์แทนจะไปฝากครรภ์หรือไปคลอดบุตรยังสถานพยาบาลใด ให้นำข้อตกลงตามมาตรา 25 ไปแสดงต่อแพทย์ผู้รับฝากครรภ์หรือผู้ที่จะทำคลอด ณ สถานพยาบาลแห่งนั้น เพื่อเป็นหลักฐานในการออกหนังสือรับรองการเกิดและการแจ้งการเกิดของเด็กต่อไปและ มาตรา 32 ให้สามีและภริยาที่ขอด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนมีหน้าที่ แจ้งการเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนต่อนายทะเบียนผู้รับแจ้ง ตามกฎหมายว่าด้วยการทะเบียนราษฎร ในกรณีสามีและภริยาที่ขอด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตาย ก่อนเด็กเกิด ไม่อยู่ในประเทศไทย หรือไม่ปรากฏตัวภายหลังจากการคลอดเด็กนั้น ให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทน มีหน้าที่แจ้งการเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนดังกล่าว การแจ้งการเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่ผู้อำนวยการทะเบียนกลางประกาศกำหนดตามกฎหมายว่าด้วยการทะเบียนราษฎร จะเห็นได้ว่าหากเป็นเหตุของการเสียชีวิตกำหนดให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองแทนไปจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่

ผลที่ตกแก่เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนจากกรณีการไม่ปรากฏตัวของคู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนร้ายแรงกว่ากรณีการเสียชีวิตของคู่สมรส เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติไว้เพื่อบังคับใช้กับกรณี ซึ่งมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติฯ ก็ได้บัญญัติครอบคลุมไว้ถึงกรณีนี้ จึงไม่อาจนำมาปรับใช้ได้ ส่งผลให้ไม่มีบุคคลใดมีหน้าที่เป็นผู้ปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนี้ หากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนตัดสินใจจะอุปการะเลี้ยงดู ก็จะส่งผลให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนมีภาระต้องอุปการะเลี้ยงดูเด็กอย่างต่อเนื่องและไม่มีกำหนด ทั้งที่ตนเองไม่มีสิทธิและหน้าที่

ใด ๆ ทั้งกฎหมายยังไม่เปิดช่องให้หญิงไปร้องขอให้ศาลตั้งผู้ปกครองใหม่ตั้งเช่นกรณีการเสียชีวิตของบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ส่งผลให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนมีบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายที่ไม่ปรากฏตัวและติดตามไม่พบนั้น ต้องอยู่ในการอุปการะเลี้ยงดูของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนที่ไม่ได้มีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดู จึงเป็นภาวะที่เด็กไม่มีหลักประกันว่าจะได้รับการอุปการะเลี้ยงดู ไม่ได้รับความคุ้มครองสิทธิในการได้รับการเลี้ยงดูและสิทธิในการได้รับการพัฒนา เนื่องด้วยเมื่อหญิงผู้ตั้งครรภ์แทนไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องเลี้ยงดูเด็ก การทอดทิ้ง ปล่อยปละ ละเลยการอุปการะเลี้ยงดูล้วนไม่เป็นการอันขัดต่อกฎหมายตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ พ.ศ. 2558 และ /หรือ ประมวลกฎหมายแพ่ง ลักษณะครอบครัวและมรดก เพราะหญิงนั้นหาใช้มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่ตนได้ตั้งครรภ์และคลอดออกมาแต่อย่างใดไม่ หรือหากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนตัดสินใจไม่รับอุปการะเลี้ยงดู เนื่องจากมิได้มีหน้าที่แล้ว เด็กย่อมตกอยู่ในสถานะของเด็กกำพร้า อันเป็นผลจากบทบัญญัติของกฎหมายที่ไม่ครอบคลุมเพียงพอ

2.3 ปัญหาการห้ามปฏิเสธเด็กในทุกกรณีซึ่งอาจขัดต่อหลักประโยชน์สูงสุดต่อเด็ก

แม้ว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 33 ห้ามมิให้สามีและภริยาที่ขอด้วยกฎหมาย หรือสามีหรือภริยาที่ขอด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรโดยการตั้งครรภ์แทน ปฏิเสธการรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนดังกล่าว การวางหลักการห้ามปฏิเสธเด็กในทุกกรณีเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิเด็ก แต่การมีบทบัญญัติที่บังคับโดยเคร่งครัดนี้อาจเป็นการขัดต่อหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กได้ โดยจากการศึกษาพบว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 บัญญัติการใช้อำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้แก่คู่สามีภรรยาผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเป็นบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กและให้เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองและกำหนดห้ามการปฏิเสธไม่รับเด็กไว้ในอุปการะในทุกกรณี ซึ่งแม้หากเกิดกรณีที่มิพึงประสงค์กับตัวเด็กหลังจากที่เด็กคลอด สามี ภรรยาผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์มีความจำเป็นต้องรับผิดชอบต่อเด็กแม้จะไม่ปรารถนาก็ตาม ซึ่งหากเป็นในกรณีดังกล่าวก็จะเป็นการขัดกับหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก เนื่องด้วยต้องอยู่ภายใต้การอุปการะเลี้ยงดูโดยบุคคลที่ไม่ประสงค์จะเลี้ยงดูเด็ก แต่ต้องรับภาระด้วยกฎหมายบังคับ

การมอบเด็กไว้กับบิดา มารดา แม้จะเป็นบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายแต่เป็นบิดา มารดา ซึ่งไม่ประสงค์จะรับเด็กไว้ในอำนาจปกครองของตน ไม่อาจถือได้ว่าการกระทำเช่นนั้นจะก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้ โดยตามมาตรา 33 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ พ.ศ. 2558 ห้ามไม่ให้คู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนปฏิเสธการรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน โดยเป็นบทบัญญัติที่ไม่มีข้อยกเว้น จึงต้องใช้บังคับกับทุกกรณี ในประเด็นนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า หากมีความผิดปกติเกิดขึ้น ไม่ว่าจะบนเงื่อนไขใด หากไม่ขัดต่อกฎหมายและความสงบเรียบร้อยแล้วนั้น เมื่อเด็กคลอดออกมาแล้วไม่ตรงกับคุณสมบัติจนถึงขนาดที่คู่สมรสเกิดความสงสัยหรือข้อโต้แย้งใด ๆ การตัดสินใจไม่ให้ปฏิเสธเด็กที่เกิดในทุกกรณีนั้นอาจขัดกับหลักประโยชน์สูงสุดอันจะเกิดต่อเด็กได้

ประเด็นนี้ได้มีการถกเถียงกันในประเทศอังกฤษ โดยที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตามสัญญารับตั้งครรภ์แทนต่างไม่ประสงค์ที่จะรับเด็กไว้ในอำนาจปกครองของตน ในการพิจารณาถึงอำนาจปกครองของเด็กซึ่งต้องคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กเป็นสำคัญนั้น การมอบเด็กไว้กับบิดา มารดา แม้จะเป็นบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายแต่ก็เป็นบิดา มารดาซึ่งไม่ประสงค์จะรับเด็กไว้ในอำนาจปกครองของตน จึงไม่อาจถือได้ว่าการกระทำเช่นนั้นจะก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้ ศาลจึงได้พิจารณาตั้งบุคคลที่สามขึ้นมาเพื่อให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็ก (Kennedy, & Grubb, 1994)

นอกจากเหตุความไม่สมบูรณ์ หรือความผิดปกติของลักษณะเด็กไปจากธรรมชาติตามหลักพันธุกรรม เช่น เด็กมีรูปลักษณ์ไม่ตรงกับลักษณะทางพันธุกรรมของบิดามารดาทางพันธุกรรมแล้ว การเปลี่ยนแปลงไปอย่างร้ายแรงในสภาพความเป็นอยู่ สภาพร่างกาย หรือสถานะของคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนอาจเป็นเหตุใช้เป็นปัจจัยประกอบการพิจารณาปฏิเสธเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้ เช่น คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนกลายเป็นผู้พิการสาหัส

เป็นผู้ป่วยติดเตียง ตกเป็นบุคคลล้มละลาย สิ้นเนื้อประดาตัว ต้องโทษจำคุก หรือกลายเป็นคนทุพพลภาพ บุคคลที่มีความประสงค์ที่จะอุปการะดูแลเด็กไม่มีความสัมพันธ์กับเด็ก เป็นต้น เหตุเหล่านี้เป็นลักษณะของเหตุร้ายแรงที่ย่อมกระทบต่อความเป็นอยู่และประโยชน์สูงสุดของเด็กหากเด็กต้องไปอยู่ในปกครองหรือต้องได้รับการอุปการะเลี้ยงดู ต้องพึ่งพิงคู่สมรสที่ตามสภาพไม่สามารถดูแลแก่กระทั่งตนเองได้ การที่กฎหมายบังคับให้คู่สมรสที่ไม่มีศักยภาพ ไม่มีความสามารถ หรือไม่เหมาะสมจะอุปการะเลี้ยงดูเด็กห้ามปฏิเสธรับเด็กโดยไม่ข้อยกเว้น ไม่มีทางแก้ มีลักษณะเป็นบทบังคับเด็ดขาด อาจส่งผลให้เด็กตกอยู่ในความเสี่ยงอย่างยิ่งต่อความอยู่รอด ต่อการได้รับการปกป้องคุ้มครอง และการได้รับการพัฒนา พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ พ.ศ. 2558 ที่มุ่งคุ้มครองสิทธิเด็ก ซึ่งมีบทบัญญัติที่รัดกุมเพียงพอ อาจกลับส่งผลให้เด็กไม่ได้รับความคุ้มครองตามหลักสิทธิเด็ก และส่งผลให้เด็กไม่ได้รับประโยชน์สูงสุด

สรุป

จากการศึกษาพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 เปรียบเทียบกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและหลักการคุ้มครองสิทธิเด็กตามอนุสัญญาฯ พบว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ยังตราไว้ไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาฯ บางข้อ กล่าวคือ ข้อที่ 6 เด็กทุกคนมีสิทธิที่จะมีชีวิตอยู่รอดและได้เติบโตและมีพัฒนาการที่ดีที่สุด ข้อที่ 8 รัฐมีหน้าที่ระบุอัตลักษณ์ให้กับเด็กไม่ว่าจะเป็นการบันทึกประวัติ อันได้แก่ชื่อ สัญชาติ และความสัมพันธ์เครือญาติ ไม่มีใครปราศสิทธิเหล่านี้ไปจากเด็กได้ และรัฐมีหน้าที่ทวงสิทธิคืนให้เด็กทุกคนเป็นการสะท้อนว่า กฎหมายไทยยังไม่สามารถเป็นหลักประกันความคุ้มครองสิทธิตามอนุสัญญาข้อดังกล่าวให้แก่เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้ ซึ่งเป็นลักษณะร่วมของการตรากฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนในหลายประเทศ เพราะนอกจากการพิจารณาในมิติด้านเทคโนโลยีทางการแพทย์ จริยธรรม การป้องกันอาชญากรรมที่จะเกิดต่อเด็กแล้ว ยังต้องพิจารณาในมิติทางสังคมที่มีความแตกต่างหลากหลาย มีความซับซ้อนสูง จึงเป็นไปได้อย่างยิ่งที่การตราพระราชบัญญัติในครั้งแรกหรือตราขึ้นเป็นฉบับแรกสำหรับเรื่องใหม่ในสังคมจะไม่สามารถบัญญัติให้ครอบคลุมเข้ากับทุกกรณีที่จะเกิดขึ้นได้ การที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการ

เจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 จะไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กบางข้อ มิได้เป็นเจตนาของรัฐที่จะตรากฎหมายให้ขัดหรือไม่สอดคล้องกับพันธกรณี เพียงแต่เป็นความไม่สมบูรณ์ของกฎหมายใหม่เท่านั้น ลักษณะเดียวกับ Surrogacy Arrangements Act 1985 ของอังกฤษที่ใช้มากกว่า 35 ปีแล้ว แต่ก็ยังคงมีความไม่สมบูรณ์และยังต้องได้รับการปรับปรุงแก้ไขอยู่เป็นระยะ

ข้อเสนอแนะ

1. ข้อเสนอแนะต่อปัญหาการไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม: ผู้เขียนเสนอให้กำหนดหน้าที่ของผู้ปกครองในการแจ้งเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนทราบถึงลักษณะการเกิดโดยการตั้งครรภ์แทนเมื่อเด็กเริ่มเข้าสู่ช่วงวัยเยาวชน ตามนิยามที่กำหนดใน มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 กล่าวคือ ตั้งแต่อายุ 15 ปีขึ้นไป โดยการตราพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ฉบับเดิม ในส่วนของมาตรา 29 ด้วยการเพิ่มบทบัญญัติสิทธิของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์ให้สามารถรับรู้ชื่อ สกุล ที่อยู่ ประวัติการรักษาพยาบาลของผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ที่นำมาปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนให้กำเนิดเด็กนั้น

2. ข้อเสนอแนะต่อปัญหาการกำหนดผู้ปกครองในกรณีใช้หญิงอื่นในการตั้งครรภ์แทน: ผู้เขียนเสนอให้กำหนดวิธีการจัดการกรณีคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่ปรากฏตัวให้ดำเนินการเช่นเดียวกับกรณีคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนตาย โดยการตราพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ฉบับเดิม ในส่วนของมาตรา 30 โดยให้มีการกำหนดผู้รับหน้าที่ปกครองแทนไว้เพิ่มเติมในบันทึกข้อตกลงการรับครรภ์แทน รวมไปถึงในกรณีที่คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่ปรากฏตัวหลังเด็กเกิดด้วย

3. ข้อเสนอแนะต่อปัญหาการห้ามปฏิเสธเด็กในทุกกรณี: ผู้เขียนเสนอให้กำหนดข้อยกเว้นการห้ามปฏิเสธเด็กและกำหนดวิธีการปฏิเสธเด็กด้วยการร้องขอต่อศาล โดยการตรา

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ในมาตรา 33 ด้วยการเพิ่มบทบัญญัติวรรคสองโดยการปฏิสนธิเป็นไปเพื่อให้เกิดความผาสุกและประโยชน์สูงสุดของเด็ก

4. ข้อเสนอแนะสำหรับการทำวิจัยครั้งต่อไป: ผู้เขียนเสนอให้มีการศึกษาในประเด็นแนวทางการพัฒนาความร่วมมือระหว่างประเทศด้านกฎหมายการคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

องค์ความรู้ใหม่

สิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน มีความแตกต่างจากสิทธิเด็กทั่วไป เนื่องด้วยมีความซับซ้อนในกระบวนการปฏิสนธิ การตั้งครรภ์ การคลอด และการดูแลเด็กหลังคลอด ดังนั้น การศึกษาวิจัยถึงการคุ้มครองสิทธิจึงต้องกำหนดให้ครอบคลุมยิ่งขึ้น การนำหลักการคุ้มครองสิทธิเด็กทั่วไปที่ตราขึ้นเป็นกฎหมายหรือถือปฏิบัติอยู่ก่อนย่อมไม่เพียงพอ ซ้ำยังอาจเกิดเป็นปัญหาที่แก้ไขได้ยาก

1. การวิจัยนี้ทำให้พบแนวทางการวางหลักกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิเด็กในการได้รับการปกครองจากผู้ปกครองได้อย่างเหมาะสมกับฐานานุรูปของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนอันเป็นปัญหาของการวางหลักกฎหมายในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ที่บังคับใช้ในปัจจุบันว่าไม่มีการกำหนดผู้ปกครองสำหรับเด็กไว้ในกรณีคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่ปรากฏตัวหลังเด็กเกิด อันก่อให้เกิดปัญหาการไม่มีผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กโดยเฉพาะอย่างยิ่งหากเป็นกรณีที่หญิงอื่นที่ไม่ใช่ญาติตามมาตรา 21 (3) อันเป็นการกระทบสิทธิเด็กอย่างชัดเจนในทุกด้าน

2. ทั้งยังพบแนวทางในการวางหลักกฎหมายในเข้าถึงข้อมูลของผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ในกระบวนการตั้งครรภ์แทน ซึ่งเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนมีสิทธิในการรับรู้รากเหง้าของตนเองทั้งนี้โดยไม่ให้เป็นการกระทบสิทธิของผู้บริจาคด้วยว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ที่ในปัจจุบันยังไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ ขอบเขต เงื่อนไขในการเข้าถึงข้อมูลของผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ในกระบวนการตั้งครรภ์แทนดังกล่าว

References

- Aneiros, V.S., & Gee, D. (2020). *Child Rights International Network. What are Children's Rights?*. Retrieve October 20, 2020. from <https://home.crin.org/childrens-rights-landing-page>
- Deharo, G., & Madanamoothoo, A. (2020). Is International surrogacy the lark's glimmer?: when covid-19 reveals the legal insecurity of surrogacy use. *European Journal of Health Law*, 27, 345-367.
- Finkelstein, A. (J.D. '17), Mac, D. S. (J.D. '16), Kintominas, A. (LL.M. '16), & Olsen, A. (J.D. '17).1. (2016). *A Child's Right to Know His/Her Biological Parentage and Heredity Surrogacy Law and Policy in the U.S.*, Columbia Law School Sexuality & Gender Law Clinic.
- Gilroy, V.R.H. (2021). *Covid-19, Surrogacy, Unplanned Childcare: Why The Commercial Surrogacy Industry Needs New Contractual Provisions After The Pandemic*. Retrieved June 20, 2021. from <http://www.hfea.gov.uk/donation/donor-conceived-people-and-their-parents/finding-out-about-your-donor-and-genetic-siblings/>
- Human Fertilisation & Embryology Authority. (2018). *Code of Practice 9th Edition. 20. Donor Assisted Conception*. Mandatory Requirements.
- International Social Service. (2021). *Principles for the Protection of the Rights of the Child Born Through Surrogacy (Verona Principles)*. Retrieved July 1, 2021. from https://www.isssi.org/images/Surrogacy/VeronaPrinciples_25February2021.pdf
- Kacunko, I., & Gouban, B. (2017). *Humanium Switzerland. Children's Right History*. Retrieved November 23, 2017. from <https://www.humanium.org/en/child-rights/The meaning of the child and the rights of the children Rights of the Child> "Humanity has to do its best for the child." Declaration of Geneva.
- Kennedy, I., & Grubb, A. (1994). *Medical Law: Text with Materials Butterworth*. Butterworths Law (New Zealand) (2nd ed.), London.
- Kosher, H., Arie, A. B., & Hendelsman, Y. (2016). *Children's Right and Social Work. Springer Briefs in Rights-Based Approaches to Social Work*. Fordham University.
- Skivenes, M., & Sørdsal, M. (2018). *The Child's Best Interest Principle Across Child Protection Jurisdictions*. Department of Administration and Organization Theory, University of Bergen.
- Somkit, L. (2000). Equality principle. *Thammasat Law Journal*, 30(2), 170. [in Thai]
- Vonk, M.J. (2011). Netherland: maternity for another: a double dutch approach, in gestation pour autrui: surrogate motherhood (dir. F. Moneger), coll. Collques, Vol. 14, *Proceedings of the 8th Congress of International Comparative Law, Held in Washington DC from 25 to 31 July 2010*, Paris, Society of Comparative Legislation, p. 212.