

บทความวิจัย

การรับรองสิทธิของคู่สมรสที่มีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่าย
ในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์*

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

ไพชยนต์ เจริญสุข¹

Paichayon Jaroensuk²

48 ถนนสารีบุตร - ทับยาว แขวงทับยาว เขตลาดกระบัง กรุงเทพมหานคร 10520.

48 Sarebut - Thaptyao Rd. Thaptyao Sub-district Lat Krabang district,
Bangkok 10520.

*Corresponding author E-mail: Paichayon.jaroensuk@gmail.com

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ เรื่อง “การรับรองสิทธิของคู่สมรสที่มีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่ายในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์” มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2562.

¹ นายไพชยนต์ เจริญสุข นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายทางการแพทย์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

² Mr.Paichayon Jaroensuk, master student, Master of Laws Program in Medical Laws, Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University.

พินิจ ทิพย์มณี³

Pinit Tipmanee⁴

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 110/1-4 ถนนประชาชื่น แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่
กรุงเทพมหานคร 10210.

Dhurakit Pundit University 110/1-4 Prachachun Rd. Thung Song Hong Sub-
district Laksri district Bangkok 10210.

*Corresponding author E-mail: tipmanee_dpu@hotmail.com

(Received: 28 กุมภาพันธ์ 2563 ; Accepted: 6 มิถุนายน 2563)

บทคัดย่อ

บทความวิจัยเรื่องนี้ ศึกษาเกี่ยวกับการรับรองสิทธิของคู่สมรสที่มีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่ายในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งปัญหา คือ กฎหมายได้ไปจำกัดสิทธิคู่สมรสบางคู่ที่มีปัญหาในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสามีและภริยา แม้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ปัจจุบันมีความก้าวหน้าสามารถช่วยลดปัญหาการมีบุตรยากสำหรับคู่สมรสที่มีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ และไม่สามารถมีบุตรโดยวิธีตามธรรมชาติได้ แต่กฎหมายที่เกี่ยวข้องไม่มีบทบัญญัติที่ครอบคลุมถึงกรณีดังกล่าว จึงก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายในการกำหนดสถานะของบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีนี้

จากการศึกษาพบว่า กฎหมายได้อนุญาตเฉพาะในกรณีที่คู่สมรสมีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ สามารถใช้เซลล์ไข่หรือสุจิบริจาคอย่างใดอย่างหนึ่ง ร่วมกับเซลล์ไข่

³ รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

⁴ Associate professor Pinit Tipmanee, Lecturer in Law, Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University.

หรือสpermของสามีหรือภรรยา แต่ไม่สามารถใช้ทั้งเซลล์สperm และเซลล์ไข่บริจาคได้ แม้ว่าจะมี ความผิดปกติในเซลล์สpermร่วมด้วยกันทั้งสองฝ่าย อีกทั้งยังสร้างปัญหาในการพิจารณาสถานะ ของบิดามารดากับเด็กที่เกิดมา ซึ่งความเป็นมารดาจะไม่ตกแก่หญิงผู้ประสงค์จะมีบุตร จากการตั้งครรภ์แทน แต่จะตกอยู่กับหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนกับสามีของหญิงนั้นตามหลัก กฎหมายครอบครัว

ผู้เขียนขอเสนอแนะว่า ควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติคุ้มครอง เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยเพิ่มเงื่อนไข ว่า “สามารถใช้อสุจิและไข่บริจาคได้” จะเป็นการช่วยลดปัญหาทางกฎหมายในการสถานะ ความเป็นบิดามารดาในกรณีดังกล่าวได้

คำสำคัญ: เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์, เซลล์สperm, คู่สมรส, สิทธิ, กฎหมายทางการแพทย์

Abstract

This research study about Legal Recognition of Right of Abnormality in Both Spouse Gamete in Adopting Assisted Reproductive Technology, that make the legal gab 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. Although, the current Assisted Reproductive Technology Medical is well developed and can assist to reduce infertility problems for married couples with abnormalities in germ cells and unable to have children naturally, the legal provision in relevant law does not govern the case of surrogacy upon the abnormalities in the germ cells of both husband and wife.

According to the study, the legal permission to use donated egg or sperm cell with the marriage couples' sperm or egg cell. However, the utilizing of both donated sperm and egg cells is not subject to the legal permission despite there are abnormalities upon both couples due to lacking of legal provisions in this law. Apart from that, there will be another problem on legal parental status consideration since the surrogate mother and her husband would be determined as the parents of the child, not the couples in accordance with the law of family.

I would like to suggest that, the amendment on legal provisions of Protection of a Child Born via Medically Assisted Reproductive Technologies Act B.E. 2558, this is to add "is able to use donated sperm and egg cells". is a way to diminish those problem which the abnormalities couples facing as well as the legal status of parenthood.

Keyword: Assisted Reproductive Technology, Gamete, Spouse, Right, Medical Law

ความนำ

ปัจจุบันภาวะการมีบุตรยากเป็นปัญหาที่สำคัญของประเทศไทย ซึ่งจากรายงานพบว่าประชากรในประเทศไทยมีแนวโน้มที่จะสมรสค่อนข้างช้าลง โดยผลการสำรวจจากสำนักงานสถิติแห่งชาติพบว่า ประเทศไทยมีภาวะผู้ที่มีบุตรยากในอัตราร้อยละ 15 ในสตรีวัยเจริญพันธุ์ คือ อยู่ในช่วง 15 - 49 ปี⁵ เหตุที่บางคนไม่สามารถที่จะมีบุตรได้ เนื่องจาก

⁵ สำนักงานพัฒนานโยบายสุขภาพระหว่างประเทศ, แผนงานติดตามความเป็นธรรมด้านสุขภาพ เรื่อง อนามัยการเจริญพันธุ์, (รายงานวิจัย) (นนทบุรี: บริษัท เดอะ กราฟิโก ซิสเต็มส์ จำกัด, 2556), 8 - 9.

ความบกพร่องทางพันธุกรรมมาแต่กำเนิด หรือผ่านพันวัยเจริญพันธุ์มาแล้ว แต่ก็มี ความพยายามในการฝ่าอุปสรรคทางธรรมชาติ เพื่อเอาชนะสถานะที่ไม่สามารถมีบุตรได้ โดยสิ่งที่จะมาช่วยบรรเทาสถานะเหล่านี้ คือ เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (Assisted Reproductive Technologies หรือ ART) เพื่อช่วยให้สตรีในกลุ่มนี้สามารถแก้ปัญหา ได้สำหรับประเทศไทยในตลอดระยะเวลา 30 ปีที่ผ่านมา ได้มีความเจริญก้าวหน้าไม่น้อยไปกว่าต่างประเทศ โดยเป็นวิธีทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ที่นำอสุจิและไข่ออกจากร่างกาย เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์โดยไม่เป็นไปตามธรรมชาติ รวมถึงการผสมเทียม จึงเป็นเทคโนโลยีทางการแพทย์ เพื่อมาช่วยเหลือภาวะการมีบุตรยาก ซึ่งหากไม่มีการควบคุม การใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่เหมาะสม ย่อมส่งผลกระทบต่อโครงสร้าง ประชากรของประเทศไทยได้ ซึ่งแต่เดิมนิเพียงประกาศของแพทยสภาได้กำหนดเกี่ยวกับ มาตรฐานการให้บริการ แต่ยังไม่มีความหมายที่ออกมาบังคับและควบคุมโดยตรง จึงอาจเกิด การจ่ายค่าตอบแทนให้กัน ซึ่งในการที่จะสามารถใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทาง การแพทย์ได้โดยไม่ให้ขัดต่อหลักกฎหมายต่าง ๆ จึงได้ตรากฎหมายที่ออกมาควบคุม คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 เป็นกฎหมายที่ออกมาบังคับใช้กับเรื่องนี้โดยตรง⁶ โดยมีเจตนารมณ์ และเป้าหมายที่จะกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิด โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่เหมาะสม

เมื่อพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับในส่วนของเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในการใช้ เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์นั้น มีประเด็นทางกฎหมายที่ต้องพิจารณา คือ การใช้เซลล์ไข่ หรืออสุจิในการตั้งครรภ์แทน จะต้องเป็นเซลล์ไข่หรือเซลล์อสุจิของคุณสมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เป็นอย่างน้อย กล่าวคือ จะต้องมิใช่ลูกแกะเกี่ยวทางพันธุกรรมของคุณสมรส เช่น ไข่ไข่ของ ภริยากับอสุจิบริจาค หรือ ไข่ไข่บริจาคกับอสุจิของสามี เป็นต้น จะใช้ทั้งเซลล์ไข่และเซลล์

⁶ ยศศักดิ์ โโกสโยกานนท์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายอุ้มบุญ*, กรุงเทพฯ: วิญญูชน 2558), 12 - 13.

อสจิจจากผู้บริจาคทั้งสองไม่ได้ เห็นได้ว่ากฎหมายได้มีข้อพิจารณายึดตามหลักพันธุกรรม อย่างไรก็ดี ยังมีประเด็นที่ต้องพิจารณาในกรณีของคู่สมรสที่มีความผิดปกติของเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่าย โดยที่บุคคลกลุ่มนี้ถูกจำกัดสิทธิไม่ให้ใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เนื่องจากข้อจำกัดทางกฎหมายบางประการ ดังนั้น เพื่อเพิ่มกรอบความคิดทางกฎหมาย อันเป็นแนวทางในการปรับใช้กฎหมายให้มีความถูกต้องสมบูรณ์ และครอบคลุมถึงบุคคลกลุ่มนี้มากยิ่งขึ้น และเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่จะลดปัญหาภาวะผู้มีบุตรยากให้มีความเหมาะสมกับประเทศไทยที่จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่สังคม และโครงสร้างประชากรของประเทศ ซึ่งคู่สมรสคู่นี้อาจมีความพร้อมที่จะดูแลบุตร แต่ไม่สามารถมีบุตรได้ จึงต้องพึ่งพาเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยการตั้งครรรภ์แทน

อนึ่ง การพึ่งพาเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยการตั้งครรรภ์แทน มีบุคคลที่เกี่ยวข้อง คือ คู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตร หญิงที่รับตั้งครรรภ์แทน หญิงผู้บริจาคไข่ และชายผู้บริจาคอสุจิ ซึ่งอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อบุคคลเหล่านี้⁷ ซึ่งหากคู่สมรสที่มีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่ายได้ดำเนินการตั้งครรรภ์แทน โดยไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายในปัจจุบัน อาจส่งผลกระทบต่อสภาพความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมา เมื่อกฎหมายไม่รับรองไว้ สถานะความเป็นบิดามารดาจะใช้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ หญิงที่ตั้งครรรภ์เป็นมารดาของเด็ก และหากหญิงที่ตั้งครรรภ์แทนนั้นมีสามี สามีของหญิงนั้นจะถูกสันนิษฐานว่าเป็นบิดาของเด็ก⁸ โดยคู่สมรสที่มีความประสงค์จะให้มีการตั้งครรรภ์แทนนั้น ไม่มีสิทธิใด ๆ ในตัวเด็กที่เกิดมา

แม้ประเทศไทยได้พยายามแก้ไขปัญหาในการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยการประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

⁷ พิลาสินี โยมสมบัติ, “วิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ....”, (วิทยานิพนธ์ปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต สาขากฎหมายเอกชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), 1 - 4.

⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 1536

พ.ศ. 2558 แต่อย่างไรก็ตาม สำหรับกรณีคู่สมรสที่มีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่ายนั้น กฎหมายที่บังคับใช้ในปัจจุบันยังไม่ให้การรับรอง จึงก่อให้เกิดปัญหาต่อเด็กและบุคคลที่เกี่ยวข้องคือ ปัญหาในการกำหนดเงื่อนไขในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ซึ่งถูกบัญญัติไว้⁹ ในมาตรา 22 ว่าจะต้องใช้เซลล์สุจิและเซลล์ไข่ของคู่สามีภรรยาที่ประสงค์จะให้มิบุตร หรือ ในกรณีที่จะต้องใช้เซลล์สืบพันธุ์บริจาค จะต้องมิจุดเกาะเกี่ยวทางพันธุกรรม คือ มีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์นั้น จึงจะใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ได้และถูกคุ้มครองตามกฎหมาย ซึ่งหากคู่สามีภรรยาผู้ใด เกิดมีความผิดปกติทั้งสองฝ่ายในเซลล์สืบพันธุ์จะไม่มีสิทธิที่จะเป็นบิดามารดาถูกต้องตามกฎหมายในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เลย และการกำหนดเงื่อนไขเช่นนี้ ยิ่งก่อให้เกิดปัญหาในการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่สอดคล้องกฎหมายของเด็กที่เกิดมา ซึ่งในบทความนี้ ผู้เขียนได้ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศทั้งระบบ Common Law ได้แก่ประเทศ สหรัฐอเมริกาและประเทศออสเตรเลีย และ Civil Law ได้แก่ประเทศรัสเซียและประเทศยูเครน ซึ่งกฎหมายทั้งสองระบบได้รับรองสิทธิให้แก่คู่สมรสที่มีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่าย สามารถใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้ โดยยึดถือหลักเจตจำนง และหลักคำสั่งศาล ในการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็ก ซึ่งจะได้อธิบายต่อไป

⁹ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558, มาตรา 22 บัญญัติว่า “การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัตินี้ กระทำได้สองวิธี ดังนี้

(1) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีและไข่ของภรรยาที่สอดคล้องกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน

(2) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีหรือไข่ของภรรยาที่สอดคล้องกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนกับไข่หรืออสุจิของผู้อื่น ทั้งนี้ห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน”

หลักเกณฑ์ และทฤษฎีที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

การจำแนกเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้นแบ่งออกเป็น การผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อ คือ เป็นการนำน้ำเชื้ออสุจิในรูปแบบน้ำเชื้อสด หรือน้ำเชื้อแช่แข็ง ฉีดเข้าไปในช่องคลอดของฝ่ายหญิง บริเวณปากมดลูกหรือท่อนำไข่ ในช่วงเวลาที่เซลล์ไข่ของเพศหญิงมีภาวะตกไข่ เพื่อให้เกิดการปฏิสนธิขึ้นโดยไม่ต้องมีเพศสัมพันธ์ตามธรรมชาติ ซึ่งอาจเป็นไปได้โดยการผสมเทียมโดยใช้เชื้อของสามีเอง หรือการผสมเทียมโดยใช้เชื้อของผู้บริจาค¹⁰ และอีกกรณี คือ การปฏิสนธิอกร่างกาย เป็นการรักษาภาวะผู้มีบุตรยาก โดยใช้เทคนิคการปฏิสนธิอกร่างกายที่ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของแพทย์อย่างเข้มงวด¹¹ ซึ่งการจำแนกเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ทั้งสองประเภทสามารถแยกย่อยได้ดังนี้

1) การกระตุ้นรังไข่และการผสมเทียม (Intrauterine Insemination: IUI) การฉีดเชื้ออสุจิที่แข็งแรงผ่านเข้าสู่โพรงมดลูกช่วงระยะเวลาที่เหมาะสมกับการปฏิสนธิ

2) กิพท์ (Gamete Intra Fallopian Transfer: GIFT) เจาะเซลล์ไข่ของฝ่ายหญิงออกมาจากรังไข่จากนั้นนำกลับเข้าสู่ท่อนำไข่ของฝ่ายหญิง พร้อมกับเซลล์อสุจิของฝ่ายชาย การนำเซลล์สืบพันธุ์ ทั้งไข่และอสุจิ ไปใส่ที่ท่อนำไข่ เพื่อให้การปฏิสนธิบริเวณท่อนำไข่ ถ้าเกิดการปฏิสนธิและมีการพัฒนาเป็นตัวอ่อนจะค่อย ๆ เคลื่อนมาฝังตัวที่ผนังมดลูก เพื่อที่จะสามารถตั้งครรภ์ต่อไป

3) ซิพท์ (Zygote Intra Fallopian Transfer: ZIFT) การนำเซลล์ไข่และเซลล์อสุจิ มาทำการปฏิสนธิอกร่างกายจนได้ตัวอ่อนในระยะ 1 - 2 วัน แล้วจึงทำการย้ายตัวอ่อนดังกล่าวกลับไปสู่ท่อนำไข่ของฝ่ายหญิงเพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์ขึ้น

¹⁰ ยศศักดิ์ โภคัยกานนท์, *มาตรการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์* (รายงานการวิจัย) (กรุงเทพฯ: สำนักวิจัย มหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต, 2556), 8 - 9.

¹¹ ยศศักดิ์ โภคัยกานนท์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายอุ้มบุญ*, 15 - 16.

4) ทูบ (Tubal Embryo Transfer: TET) การเลี้ยงไข่ที่ปฏิสนธิแล้ว ให้มีการแบ่งเซลล์ อาจเป็น 2 - 6 เซลล์ แล้วจึงใส่กลับไปที่ท่อไข่

5) อีจี้ (Intra Cytoplasmic Sperm Injection: ICSI) ช่วยปฏิสนธิอกร่างกายในกระบวนการทำเด็กหลอดแก้ว โดยการนำไข่ออกมาแล้ว ใช้เข็มเจาะเข้าไปในไข่ และฉีดเซลล์อสุจิเข้าไป 1 เซลล์โดยตรงเพื่อช่วยปฏิสนธิ¹²

อนึ่ง กรอบความคิดเกี่ยวกับความเป็นบิดามารดา ปัญหาความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมาจากการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ย่อมมีความเกี่ยวพันหลายฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นการตั้งครุรงเอง หรือ โดยตั้งครุรงแทนก็ตาม ผู้ที่เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้อง คือ เจ้าของเชื้ออสุจิหรือไข่ ซึ่งเป็นเจ้าของพันธุกรรม หรือผู้ที่รับตั้งครุรงแทนผู้อื่น จึงมีแนวทางการพิจารณาหลักสำคัญเกี่ยวกับเรื่องนี้อยู่ 4 ประการ

ประการแรก การยึดหลักทางชีวภาพเป็นการกำหนดข้อสันนิษฐานความเป็นมารดาตามกฎหมาย คือ หญิงใดให้กำเนิดบุตรถือว่าเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมาย

ประการที่สอง การยึดหลักตามพันธุกรรมเป็นการกำหนดความเป็นบิดามารดาตามความเป็นจริงทางสายเลือด

ประการที่สาม การยึดหลักเจตจำนงอันเป็นการกำหนดความเป็นบิดามารดา โดยคำนึงถึงข้อตกลงเกี่ยวกับการตั้งครุรงแทนเป็นสำคัญ

ประการที่สี่ การยึดหลักตามคำสั่งศาล เป็นการอาศัยอำนาจศาลช่วยชี้ขาดความเป็นบิดามารดาของเด็กตามกฎหมาย¹³ ซึ่งรายละเอียดทั้ง 4 ประการนี้จะได้กล่าวต่อไป

¹² ชลธิชา สติระพจน์ และวิชาญ โขชนะศิริ, “จากพื้นฐานสู่ความก้าวหน้าของการรักษาภาวะมีบุตรยาก,” *บทความพิเศษ*, (กรุงเทพฯ: คณะแพทยศาสตร์โรงพยาบาลรามาธิบดี มหาวิทยาลัยมหิดล, 2560), 53 - 54.

¹³ ยศศักดิ์ โกไศยกานนท์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายอุ้มบุญ*, 110 - 111.

กฎหมายที่บังคับใช้ในปัจจุบัน

ความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องสถานะความเป็นมารดา เด็กที่เกิดนอกสมรสนั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น¹⁴ เนื่องจากเป็นข้อเท็จจริงมิใช่ข้อกฎหมาย เด็กคลอดจากหญิงคนไหน หญิงนั้นก็ เป็นมารดาของเด็ก ส่วนข้อสันนิษฐานความเป็นบิดา คือ เด็กที่เกิดแต่หญิงขณะเป็นภริยาชาย ถือว่าเป็นภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย คือ การจดทะเบียนสมรส ข้อสันนิษฐานความเป็นบิดาขึ้นอยู่กับทะเบียนสมรส ดังนั้น เด็กที่คลอดในขณะที่ทะเบียนสมรสของบิดามารดายังมีอยู่ เด็กที่เกิดมาจึงได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของชายเจ้าของทะเบียนที่อยู่กินหลับนอนกับมารดาในขณะคลอดนั้น¹⁵ อีกทั้งหากกรณีการสมรสได้สิ้นสุดลงก่อนเด็กคลอดออกมา เด็กก็อาจจะเป็นบุตรสืบสายโลหิตของอดีตรามีมารดาก็ได้ กฎหมายจึงได้ขยายระยะเวลาสันนิษฐานความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายออกไปอีกสามร้อยสิบวัน ซึ่งในทางการแพทย์ทารกจะต้องใช้เวลาอย่างน้อยที่สุด คือ 6 เดือนจึงจะสามารถแยกตัวออกจากครรภ์มารดาได้¹⁶

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 เป็นกฎหมายที่ช่วยแก้ไขสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งมีข้อกำหนดและเงื่อนไขดังจะกล่าวต่อไป

¹⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 1546

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 1536

¹⁶ ไพโรจน์ กัมพูสิริ, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว*, พิมพ์ครั้งที่ 9, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), 301 - 307.

1) ในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ด้วยวิธีผสมเทียมนั้น จะต้องกระทำต่อหญิงที่มีสามีที่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁷ หากการผสมเทียมโดยการใช้อสุจิของผู้บริจาค จะต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตรโดยการผสมเทียม¹⁸

2) เจื่อนใจของการตั้งครรภ์แทน ในการผสมเทียมโดยใช้อสุจิ หรือไข่บริจาคแล้ว จะต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือตามที่กล่าวมาข้างต้นแล้วนั้น ยังจะต้องประกอบไปด้วยเจื่อนใจดังต่อไปนี้

2.1) เป็นสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยต้องมีสัญชาติไทย ถ้าหากสามีหรือภริยาไม่ใช่คนสัญชาติไทย สามีและภริยาคู่นั้นต้องทำการจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี¹⁹

2.2) สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ ที่ประสงค์จะมีบุตรให้โดยหญิงอื่นตั้งครรภ์แทนต้องมีความพร้อมทั้งด้านร่างกายและจิตใจที่จะเป็นบิดามารดาของเด็ก

2.3) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีไข่มุกรารี หรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน²⁰ คงเพราะไม่ก่อให้เกิดความสับสนในการนับญาติของเด็กที่จะเกิดมา โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามี หรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตร ในกรณีที่ไม่มี

¹⁷ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558, มาตรา 19 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 15 และมาตรา 16 การผสมเทียมต้องกระทำต่อหญิงที่มีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นไปตามมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับการผสมเทียมที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ”

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 20

¹⁹ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 21 (1)

²⁰ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 21 (2)

ญาติสืบสายโลหิต ให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนได้แต่ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด²¹

2.4) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นหญิงที่เคยมีบุตรมาก่อนแล้วเท่านั้น ถ้าหญิงนั้นมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมาย จะต้องได้รับความยินยอมจากสามีของหญิงนั้นด้วย²²

2.5) การตั้งครรภ์แทนต้องห้ามเป็นไปเพื่อประโยชน์ทางการค้า²³

2.6) ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการเป็นคนกลาง หรือนายหน้าในการจัดการหรือชี้ช่องให้มีการรับตั้งครรภ์แทน²⁴

2.7) ห้ามโฆษณาว่ามีผู้ที่จะประสงค์เป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนผู้อื่น หรือมีผู้ที่ประสงค์จะให้หญิงอื่นเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะทำเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือไม่ก็ตาม²⁵

2.8) การตั้งครรภ์แทนสามารถกระทำได้ 2 วิธี ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 22 ดังนี้ มาตรา 22 “การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัตินี้ให้กระทำได้สองวิธี ดังต่อไปนี้

(1) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิและไข่ของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน

(2) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิหรือไข่ของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนกับอสุจิหรือไข่ของผู้อื่น ทั้งนี้ห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน”

²¹ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 21 (3)

²² เรื่องเดียวกัน, มาตรา 21 (4)

²³ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 24

²⁴ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 27

²⁵ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 28

ดังนี้ จึงเท่ากับว่ากฎหมายฉบับนี้ได้คุ้มครองเพียงแค่คู่สมรสที่มีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเท่านั้น ซึ่งเห็นได้จากมาตรา 22 (2) ที่ได้กำหนดให้แค่คู่สมรสที่ใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ สำหรับกรณีที่มีปัญหาในเรื่องเซลล์สืบพันธุ์ คือ ต้องมีปัญหาแค่เพียงฝ่ายเดียว กล่าวคือ ไข่ของสามีกับไข่ของผู้บริจาค หรือไข่ของภริยากับอสุจิของผู้บริจาค แต่ถ้าหากคู่สมรสคู่นั้นเกิดมีปัญหาในเรื่องของเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่ายจะไม่ได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติฉบับนี้เลย หากฝ่าฝืนไปดำเนินการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เด็กที่เกิดมานั้นจะไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายฉบับนี้ เมื่อไม่ได้รับการรับรองสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กตามกฎหมายดังกล่าวแล้วจะต้องกลับไปใช้บทบัญญัติข้อสันนิษฐานเรื่องบิดามารดาตามกฎหมายครอบครัว กล่าวคือ มารดาของเด็กย่อมเป็นหญิงที่ให้กำเนิด คือ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน²⁶ ส่วนบิดาของเด็กก็จะถูกสันนิษฐานตามกฎหมาย คือ ชายผู้ที่เป็นสามีหรือเคยเป็นสามีของหญิงที่ให้กำเนิดเด็ก²⁷ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ส่วนในประเด็นเรื่องกฎหมายห้ามมิให้ไข่ของผู้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในกรณีที่จะต้องไข่ผู้บริจาคมานั้น เพราะไม่ต้องการให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเกิดความผูกพันระหว่างเด็กกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ถ้าหากเป็นเช่นนั้นหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนอาจจะเกิดความรักต่อเด็กที่เกิดมา แล้วไม่ยอมส่งคืนเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้แก่คู่สามีภริยาที่มีความประสงค์จะมีบุตร ซึ่งอาจทำให้ออกให้เกิดปัญหาฟ้องร้องตามมาภายหลัง²⁸

กฎหมายเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ประเทศสหรัฐอเมริกา

เมื่อศึกษาถึงกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์เป็นอย่างมาก พบว่า มีการพยายามออกกฎหมายระดับรัฐบาลกลาง เพื่อให้การรับตั้งครรภ์แทนทั้งหมดอยู่ภายในกฎเกณฑ์

²⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 1546

²⁷ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 1536

²⁸ กุลพล พลวัน, *พัฒนาการแห่งสิทธิมนุษยชน*, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2538), 6.

เดียวกัน ในปี ค.ศ. 1973 ที่ประชุมคณะกรรมการแห่งชาติว่าด้วยกฎหมายที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวของรัฐ ก็ได้เสนอรูปแบบของกฎหมายฉบับหนึ่ง เรียกว่า กฎหมายว่าด้วยความเป็นบิดามารดาที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (The Uniform Parentage Act หรือ U.P.A.) เพื่อให้เป็นกฎหมายแม่แบบแก่รัฐต่าง ๆ ให้ออกกฎหมายไปในทิศทางเดียวกัน²⁹ ต่อมาในปี ค.ศ. 1988 จึงได้ประกาศรับรองรูปแบบของกฎหมายอีกฉบับหนึ่ง เรียกว่า กฎหมายว่าด้วยสถานะของเด็กที่เกิดจากการช่วยปฏิสนธิที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (Uniform Status of Children of Assisted Conception Act หรือ U.S.C.A.C.A.)

การที่ประเทศสหรัฐอเมริกาใช้กฎหมายระบบคอมมอนลอว์ ยึดหลักการที่ว่า มารดาที่ให้กำเนิดบุตรเท่านั้น เป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ส่วนบิดาจะกำหนดตาม สถานภาพการสมรส แต่ต่อมาเมื่อเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มีความก้าวหน้า บางมลรัฐจึงได้ออกกฎหมายมาให้สอดคล้องกัน โดยแบ่งเป็นสามกลุ่ม คือ กลุ่มดั้งเดิม ถือว่า หญิงที่ตั้งครรภ์แทน และสามีเป็นมารดาและบิดาของเด็ก กลุ่มสมัยใหม่ ถือว่าคู่สมรส ที่ว่าจ้างให้มีการตั้งครรภ์แทน เป็นบิดาและมารดาของเด็กโดยไม่ว่าจะใช้เชื้ออสุจิของฝ่ายชาย ที่ว่าจ้างหรือไม่ก็ตาม โดยฝ่ายที่ว่าจ้างมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้เปลี่ยนแปลง ชื่อของมารดาในสูติบัตรเป็นชื่อฝ่ายหญิงที่ว่าจ้างได้³⁰ และกลุ่มสุดท้าย คือ กลุ่มผสมผสาน ถือว่าสันนิษฐานที่ว่าคู่สมรสที่ว่าจ้างเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ให้สิทธิ แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ยกเลิกข้อตกลงภายใต้ระยะเวลาที่กำหนดได้ กล่าวคือ ในสัญญา ตั้งครรภ์แทน จะกำหนดระยะเวลาไว้ว่าภายหลังการตั้งครรภ์ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน สามารถใช้สิทธิที่จะบอกเลิกสัญญา และถือว่าหญิงนั้นเป็นมารดาของเด็กที่จะเกิดมา รวมถึงหากมีข้อเท็จจริงปรากฏว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนนั้น ได้ทำขึ้นโดยไม่ได้รับความ

²⁹ Hofheimer, A, Gestational Surrogacy : Unsettling State Parentage Law and Surrogacy Policy, 1992, (New York: 19 N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change), 571, 585.

³⁰ Goodwin, A, Determination of legal parentage in egg donation, embryo transplantation, and gestational surrogacy arrangements, *Family Law Quarterly*, Vol. 26, No. 3 (Fall 1992), 278 - 291.

เห็นชอบจากศาลก่อน ถือว่า หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและสามีของหญิงนั้น เป็นมารดาและบิดาของเด็กที่จะเกิดมา³¹

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีกฎหมายในระดับมลรัฐ กล่าวคือ กฎหมายมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ได้มีกฎหมายครอบครัว คือ Uniform Parentage Act ได้บัญญัติในเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร เพื่อรองรับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์³² ในการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรตามคำพิพากษาซึ่งศาลสูงสุดแคลิฟอร์เนีย (California Supreme Court) ได้มีคำพิพากษาในคดี In re Marriage of Buzzanca³³ เป็นคดีที่กำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมาโดยใช้เซลล์อสุจิและเซลล์ไข่บริจาคทั้งสองฝ่าย โดยศาลได้กำหนดให้คู่สามีภรรยาที่ประสงค์ให้มีบุตรนั้นเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมา แม้ไม่มีจุดเกาะเกี่ยวทางพันธุกรรมโดยข้อเท็จจริงคือ Luanne Buzzanca และ John Buzzanca เป็นคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรโดยวิธีการตั้งครรภ์แทน โดยการใช้เซลล์ไข่และอสุจิบริจาคและให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน หลังจากนั้นเมื่อหญิงนั้นตั้งครรภ์ Luanne และ John ได้หย่าจากกันโดยฝ่ายหญิงฟ้องเรียกค่าเลี้ยงดูบุตรจากฝ่ายชาย แต่ศาลชั้นต้นได้พิพากษาว่า Luanne และ John ไม่ใช่บิดามารดาของเด็ก เนื่องจากไม่ใช่เจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ แต่เมื่อคดีถึงชั้นอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์แห่งแคลิฟอร์เนียได้พิจารณาถึงความประสงค์ของสามีภรรยาผู้นี้ที่ยินยอมให้ใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ประกอบกับกฎหมายครอบครัวได้บัญญัติว่า ความสัมพันธ์ระหว่างเด็กและบิดามารดาอาจเกิดขึ้นได้ตามที่กฎหมายกำหนด³⁴ ดังนั้น Luanne และ John เป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทำให้เด็กเกิดมา จะต้องมี ความรับผิดชอบ โดยศาลได้พิพากษากลับ ให้ Luanne และ John เป็นบิดามารดา

³¹ ยศศักดิ์ โโกสโยกานนท์, *มาตรการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์*, 60 - 61.

³² Section 7613 (a)(b) of California Family Code

³³ In re Marriage of Buzzanca (California Supreme Court, 1993)

³⁴ Section 7610 (b) of California Family Code

ของเด็กที่เกิดมาโดยชอบด้วยกฎหมาย และศาลยังได้อ้างถึงคดี *People v. Sorensen*³⁵ ซึ่งข้อเท็จจริง คือ สามียินยอมให้ภรรยาของตนเองใช้เซลล์อสุจิบริจาคในการตั้งครรภ์ เมื่อเด็กเกิดมา บิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ย่อมมีหน้าที่และความรับผิดชอบ ตามกฎหมายในฐานะบิดาของเด็ก คดีนี้จึงได้วางหลักกฎหมายที่สำคัญ หากสามียินยอม ให้ภรรยาใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการอุปการะ เลี้ยงดูเด็กที่เกิดขึ้น เพื่อสนับสนุนการตัดสินใจคดี *In re Marriage of Buzzanca*³⁶

กฎหมายเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ประเทศออสเตรเลีย

ปัจจุบันประเทศออสเตรเลีย รัฐที่ได้ออกกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทน ได้แก่ รัฐวิกตอเรีย (Victoria)³⁷ รัฐเซาท์ออสเตรเลีย (South Australia)³⁸ รัฐควีนส์แลนด์ (Queensland)³⁹ รัฐแทสมาเนีย (Tasmania)⁴⁰ และรัฐออสเตรเลียแคนคัพิตอลเทร์ริทอรี (Australian Capital Territory)⁴¹ และรัฐเวสเทิร์นออสเตรเลีย (Western Australia)⁴² จึงทำให้กฎหมายของประเทศเครือรัฐออสเตรเลียนั้นมีความแตกต่างกัน แต่ส่วนใหญ่

³⁵ *Peopls v. Sorenen* (1968), 68 cal. 2d 280

³⁶ Andrew L Elster N, *Regulating Reproductive Technologies*, 2000, 21 J. Legal Med, 35, 42.

³⁷ *The Infertility Treatment Act 1995* (Victoria)

³⁸ *Family Relationships Act 1975* (South Australia), as amendment in 1988. *Assisted Reproductive Treatment Act 1988* (South Australia)

³⁹ *Surrogate Parenthood Act 1988* (Queensland)

⁴⁰ *Surrogate Contracts Act 1993* (Tasmania)

⁴¹ *Substitute Parent Agreement Act 1994* (Australian Capital Territory)

⁴² *Human Reproductive Technology Act 1991. Surrogacy Act 2008* (Western Australia)

จะไปในทิศทางที่ควบคุมการตั้งครรภ์แทน⁴³ โดยในรัฐเวสเทิร์นออสเตรเลีย (Western Australia) รัฐแทสมาเนีย (Tasmania) และรัฐวิกตอเรีย (Victoria) ผู้หญิงที่จะเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนจะต้องมีบุตรมาแล้วอย่างน้อย 1 คน และยังอนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนได้

รัฐเวสเทิร์นออสเตรเลีย (Western Australia) และรัฐควีนแลนด์ (Queensland) ได้มีการอนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนได้ โดยไม่มีข้อกำหนดว่าคู่สมรสที่มีความประสงค์จะให้กำเนิดบุตรนั้นมีความเกี่ยวข้องกับพันธุกรรมกับเด็กที่จะเกิดมาหรือไม่ เหตุที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้ อาจเป็นเพราะคู่สมรสทั้งสองฝ่ายอาจมีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่ายจนต้องใช้เซลล์อสุจิและเซลล์ไข่บริจาค และดำเนินการรับตั้งครรภ์แทน รวมถึงความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดโรคที่ถ่ายทอดทางพันธุกรรมได้⁴⁴ ในกฎหมายรัฐควีนแลนด์ (Queensland) คือ Surrogate Parenthood Act 1988 ซึ่งมีเจตนารมณ์ที่มุ่งคุ้มครองผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ โดยกฎหมายฉบับนี้ได้คุ้มครองเด็กที่จะเกิดมาโดยไม่คำนึงถึงความเกี่ยวพันทางพันธุกรรมระหว่างเด็ก บิดา และมารดาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน⁴⁵

รัฐเวสเทิร์นออสเตรเลียนี้ได้มีกฎหมายที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อยู่ด้วยกันทั้งสิ้น 2 ฉบับที่เกี่ยวกับบทบัญญัติต่าง ๆ คือ Human Reproductive Technology Act 1991 ซึ่งจะวางหลักเกณฑ์ทั้งหมดเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จะต้องเป็นคู่สมรสที่จดทะเบียนถูกต้องตามกฎหมายหรืออยู่กันด้วยกันฉันสามีภรรยา และไม่สามารถมีบุตรได้ด้วยเหตุผลทางการแพทย์⁴⁶ ส่วนกฎหมายอีกฉบับคือ Surrogacy Act 2008 ที่ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนไว้

⁴³ ยศศักดิ์ โกโศยกานนท์, *มาตรการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์*, 71.

⁴⁴ Sonia Allan, *The Review of the Western Australian Human Reproductive Technology Act 1991 and the surrogacy act 2008* (Report Part 2) 2019, 119.

⁴⁵ Section 6 (2) (b) of Surrogacy Act 2010 (Queensland)

⁴⁶ Section 23 of Human Reproductive Technology Act 1991

โดยได้ระบุไว้เช่นเดียวกันว่า ในการยื่นคำร้องโอนอำนาจปกครอง หรือสถานะความเป็นบิดามารดาต่อศาล ของคู่สมรสที่จดทะเบียนถูกต้องตามกฎหมาย หรืออยู่กินกันฉันสามีภริยา ไม่สามารถที่จะตั้งครรรภ์ได้ เนื่องด้วยเหตุผลทางการแพทย์ หรือแม้ว่าหากตั้งครรรภ์ได้ก็อาจมีแนวโน้มที่จะเกิดความผิดปกติทางพันธุกรรม⁴⁷ ที่กล่าวมาข้างต้นนั้น ไม่มีข้อกำหนดว่าบิดามารดา ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยวิธีการรับตั้งครรรภ์แทนนั้น จะต้องมีจุดเกาะเกี่ยวทางพันธุกรรมในตัวเด็ก กล่าวคือสามารถใช้เซลล์ไข่และเซลล์อสุจิบริจาคได้ทั้งสองฝ่าย แม้ไม่มีเซลล์สืบพันธุ์ของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง⁴⁸ เหตุผลที่กฎหมายส่วนใหญ่อนุญาตให้บิดามารดาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรรภ์แทน ไม่จำเป็นต้องมีจุดเกาะเกี่ยวทางพันธุกรรมนั้น เนื่องจากเป็นที่ถกเถียงกันว่า อาจมีสถานการณ์ที่บิดามารดาคนใดคนหนึ่ง หรือทั้งสองคน มีความผิดปกติในระบบสืบพันธุ์ หรืออาจมีความเสี่ยงของการถ่ายทอดทางพันธุกรรม ที่อาจจะส่งผลให้ตัวเด็กได้ การตั้งครรรภ์แทน จึงเป็นอีกหนึ่งทางเลือก เมื่อไม่มีหนทางอื่น ๆ ไม่สามารถดำเนินการต่อได้ เช่น คู่สมรสที่มีภาวะแท้งบุตรซ้ำในระยะเวลา 9 ปี การตั้งครรรภ์นอกมดลูก การทำเด็กหลอดแก้วไม่สำเร็จ หากเราใช้การตั้งครรรภ์แทนจนเป็นผลสำเร็จแล้วนั้น จึงเป็นกรณีที่แสดงให้เห็นว่าครอบครัวนั้นสามารถมีทางเลือกเพิ่มขึ้นได้ เป็นต้น กฎหมายจึงยอมรับในเงื่อนไขนี้ และจะต้องได้รับการปรึกษาทางการแพทย์ ก่อนการรับตั้งครรรภ์แทน สำหรับกรณีที่ไม่มีจุดเกาะเกี่ยวทางพันธุกรรมของบิดามารดาที่ประสงค์ จะให้มีการตั้งครรรภ์แทน ในการพิจารณาความเป็นมาของกฎหมายดังกล่าว คณะกรรมการด้านกฎหมายมีการพิจารณาในเรื่องนี้จะต้องเกิดในสถานพยาบาลที่ยอมรับการตั้งครรรภ์แทน เพื่อที่จะได้ให้คำปรึกษาที่ถูกต้อง⁴⁹ ซึ่งสรุปได้ว่ากฎหมายของประเทศออสเตรเลียนั้น

⁴⁷ Section 19 (2) of Surrogacy Act 2008 (Western Australia)

⁴⁸ Sonia Allan, The Review of the Western Australian Human Reproductive Technology, 119 - 122.

⁴⁹ Standing Committee on Legislation, Report on Legislation in Relation to the Surrogacy Bill 2007 (Report 12) May 2008, 40 - 41.

เมื่อมีคดีเกิดขึ้นศาลจะนำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กมาใช้พิจารณาเกี่ยวกับการกำหนดอำนาจปกครองของเด็กนั้น

กฎหมายประเทศรัสเซีย

กฎหมายประเทศรัสเซีย ซึ่งเป็นหนึ่งในจำนวนน้อยของประเทศที่ตั้งครรภ์แทนได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งจะต้องมีข้อบ่งชี้ทางการแพทย์บางอย่างเช่น โรคทางร่างกายที่มีผลต่อการตั้งครรภ์ หรือการทำเด็กหลอดแก้วล้มเหลวมาแล้วหลายครั้ง เป็นต้น การตั้งครรภ์แทนในประเทศรัสเซียถือเป็นที่ยอมรับมาก สามารถเข้าถึงเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้อย่างกว้างขวาง โดยคู่สมรส หรือผู้ปกครองที่มีความประสงค์จะให้ตั้งครรภ์แทนสามารถเข้าทำสัญญากับหญิงที่จะเป็นผู้ที่รับตั้งครรภ์แทน โดยแสดงเจตนายินยอมที่จะรับเด็กและทำตามข้อตกลงที่ทำไว้ในสัญญา เมื่อเด็กคนนั้นคลอดมาแล้ว หญิงที่เป็นฝ่ายรับตั้งครรภ์แทนจะไม่ถูกระบุชื่อไว้ในสูติบัตร เมื่อได้แจ้งเกิดต่อเด็กและระบุชื่อผู้เป็นบิดามารดาแล้ว อำนาจปกครองของเด็กจะอยู่กับบิดามารดาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์ทันที โดยไม่ต้องมีกระบวนการอะไรเพิ่มเติมอีก⁵⁰

การตั้งครรภ์แทนตามกฎหมายของประเทศรัสเซีย ได้ถูกควบคุมโดยกฎหมายครอบครัวรัสเซีย คือ THE FAMILY CODE OF THE RUSSIAN FEDERATION โดยได้ยึดหลักการที่ว่า คู่สามีภรรยาที่สมรสแล้ว ได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากหญิงที่จะเป็นผู้ที่รับตั้งครรภ์แทน ว่า หญิงนั้นยินยอมให้ฝังตัวอ่อนเพื่อจุดประสงค์ในการตั้งครรภ์แทน โดยให้คู่สามีภรรยาในฐานะเป็นผู้ปกครองของเด็กที่จะเกิดมา⁵¹ กล่าวคือ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรแก่ คู่สมรสที่มีความประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นมีฐานะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย นอกเหนือจากความยินยอมดังกล่าวแล้วไม่จำเป็นต้องมีการเสนอคำร้องต่อศาล

⁵⁰ Ibid., 25.

⁵¹ Article 51 of THE FAMILY CODE OF THE RUSSIAN FEDERATION

เพื่อใช้อำนาจศาลในการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดา ชื่อของหญิงที่รับตั้งครรรภ์
แทนนั้น จะไม่ปรากฏในสูติบัตรของเด็ก

กฎหมายประเทศยูเครน

กฎหมายประเทศยูเครน เป็นประเทศที่มีการผ่อนปรนมากในเรื่องของกฎหมาย
เกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และยังเป็นประเทศที่มี
ความก้าวหน้าและค่าใช้จ่ายในการบริการที่ค่อนข้างต่ำ จึงเป็นประเทศที่คนต่างชาตินิยม
เข้ามาใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยกฎหมายของประเทศยูเครน
ได้คำนึงถึงสิทธิมนุษยชน ที่ทุกคนสามารถเข้าถึงกฎหมายได้อย่างเท่าเทียมกัน เป็นสำคัญ
ที่จะประยุกต์ใช้กับทุก ๆ คน ไม่จำกัดเฉพาะพลเมืองชาวยูเครน⁵² การตั้งครรรภ์แทน
ในยูเครนถูกควบคุมอย่างเป็นทางการตามประมวลกฎหมายครอบครัวของประเทศยูเครน
ซึ่งกำหนดความสัมพันธ์ของผู้ปกครองในกรณีที่มีการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทาง
การแพทย์ โดยวางหลักไว้ คือ ถ้าฝั่งไข่ของคุณสมรส ไข่กับผู้หญิงอีกคนหนึ่ง คุณสมรสนั้น
จะเป็นพ่อแม่ของเด็ก การตั้งครรรภ์แทนในขณะเดียวกันก็จำกัดสำหรับสามีภรรยาที่สมรส
แล้วเท่านั้น การลงทะเบียนของทารกถูกควบคุมโดยกระทรวงสาธารณสุขของประเทศ
ยูเครน ซึ่งเกี่ยวข้องกับกระบวนการทางการแพทย์ของการผสมเทียม ข้อตกลงการ
ตั้งครรรภ์แทนทางกฎหมายจะต้องลงนามระหว่างบิดามารดาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรรภ์
แทนและหญิงที่รับตั้งครรรภ์แทน เพราะการทำสัญญาโดยการลงนามในลักษณะนี้ ทำให้
การตั้งครรรภ์แทนในประเทศยูเครนไม่มีความเสี่ยงต่อการกำหนดสถานะความเป็นบิดา
มารดา เพราะมีความชัดเจนในสัญญา⁵³

กฎหมายของประเทศยูเครนที่กล่าวมานั้น ทำให้มีความแตกต่างจากประเทศ
อื่น ๆ โดยกฎหมายได้ให้ความสำคัญแก่สิทธิของคุณสมรสที่ประสงค์จะมีบุตร โดยใช้

⁵² Sara Rintamo, Regulation of Cross-Border Surrogacy In Light of the European Convention on Human Rights, (Helsinki: University of Helsinki, 2016), 21 - 22.

⁵³ Article 51 123 of The Ukrainian Family Code

เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ คู่สมรสคู่นี้จะมีสถานะเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมาโดยทันที และตัวแทนไม่มีสิทธิใด ๆ เลย จึงเป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดความมั่นใจว่า หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะไม่มีสิทธิเรียกร้องใด ๆ ต่อเด็กที่เกิดมา

เมื่อศึกษากฎหมายต่างประเทศในกลุ่มกฎหมายระบบ Common Law ได้แก่ ประเทศ สหรัฐอเมริกาและประเทศออสเตรเลีย ใช้หลักเจตจำนงและคำสั่งศาลเป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดา แต่ในประเทศกลุ่มกฎหมายระบบ Civil Law ได้แก่ ประเทศรัสเซียและประเทศยูเครน ใช้หลัก พันธกรรมและเจตจำนงเป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดา แต่ทั้งนี้กฎหมายทั้งสองระบบได้ยอมรับการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์สำหรับกรณีที่ใช้ทั้งเซลล์สุจิและเซลล์ไข่บริจาค ทั้งสองฝ่าย เพื่อกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมา

ปัญหาการกำหนดเงื่อนไขในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามกฎหมายไทย

เมื่อเปรียบเทียบกฎหมายของประเทศไทยที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันกับกฎหมายของต่างประเทศ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเงื่อนไขในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ สำหรับกลุ่มคู่สมรสที่มีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่ายตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558⁵⁴ ได้รับรองเงื่อนไขทั้งสิ้น 3 กรณี จาก 4 กรณี คือ การผสมเทียมโดยใช้เชื้อสุจิของสามีและไข่ของภรรยา การผสมเทียมโดยใช้เชื้อสุจิของผู้บริจาคและไข่ของภรรยา การใช้เชื้อสุจิของสามีกับไข่ของผู้บริจาค และอีก 1 กรณีที่กฎหมายไม่ได้คุ้มครอง คือ การใช้เชื้อสุจิบริจาคและไข่บริจาค ทั้งสองอย่าง เห็นได้ว่ามีบุคคลที่เกี่ยวข้องด้วยกันหลายฝ่าย

⁵⁴ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558, มาตรา 22

ผู้เขียนขอกำหนดประเด็นในการวิเคราะห์ประเด็นการนำกรอบความคิดความเป็นบิดามารดา มา 4 ประการ ดังต่อไปนี้

1) การยึดหลักทางชีวภาพ (Biological Relation Approach) หมายถึง การกำหนดสถานะความเป็นมารดาของเด็กตามข้อสันนิษฐานตามกฎหมาย กล่าวคือ การกำหนดให้หญิงที่ให้กำเนิดบุตรนั้นเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย แม้ว่าจะได้รับตั้งครรรภ์แทนผู้อื่น⁵⁵ โดยข้อดีของหลักการนี้ คือ สภาพความของเด็กในเรื่องความเป็นมารดาจะมีความชัดเจนที่สุด แต่มีข้อสังเกตที่ว่า ในหลักเกณฑ์ที่ว่านี้ได้ปฏิเสธสิทธิในการสืบพันธุ์ของคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรอย่างสิ้นเชิง เป็นการไม่ยอมรับความผูกพันทางพันธุกรรมที่แท้จริง

2) การยึดหลักทางพันธุกรรม (Genetic-based Approach) หมายถึง การกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กตามหลักความเป็นจริงทางสายเลือด ซึ่งเป็นการกำหนดให้คู่สมรสที่เป็นเจ้าของเซลล์อสุจิและเซลล์ไข่ที่แท้จริงเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะตั้งครรรภ์เองหรือไม่⁵⁶ โดยข้อดีของหลักการนี้ คือ ย่อมเป็นหลักประกันสำหรับฝ่ายคู่สมรสที่มีความประสงค์จะให้มีการตั้งครรรภ์แทน โดยใช้เซลล์ไข่และเซลล์อสุจิของคู่สมรสในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ว่าอำนาจปกครองบุตรและสถานะความเป็นบิดามารดาจะตกอยู่กับฝ่ายคู่สมรส แต่หลักการนี้มีข้อสังเกตที่ว่า เป็นหลักที่ตรงข้ามกับการยึดหลักทางชีวภาพโดยสิ้นเชิง เป็นการไม่ได้ให้ความสำคัญถึงสิทธิของหญิงที่รับตั้งครรรภ์แทน

3) การยึดหลักตามเจตจำนง (Intent-Base Parenthood) หมายถึง การกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดา โดยคำนึงถึงข้อตกลงอันเกี่ยวเนื่องการสัญญาตั้งครรรภ์แทนเป็นหลัก โดยหลักนี้สาระสำคัญ คือ การมีสัญญาตั้งครรรภ์แทน โดยจะต้องระบุรายละเอียดที่สำคัญเกี่ยวกับการตั้งครรรภ์แทนในเรื่องต่าง ๆ ลงไป⁵⁷ โดยข้อดีของ

⁵⁵ ยศศักดิ์ โภโกทยกานนท์, *มาตรการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์*, 133.

⁵⁶ เรื่องเดียวกัน, 134 - 135.

⁵⁷ เรื่องเดียวกัน, 135 - 136.

หลักการนี้ ย่อมเป็นประโยชน์แก่ฝ่ายคู่สมรสที่มีความประสงค์จะให้มีการตั้งครรรภ์แทน เพราะมีหลักประกันว่า เมื่อเด็กคลอดออกมาแล้วหญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนจะต้องส่งมอบเด็กคืนแก่ฝ่ายคู่สามีภรรยาที่มีความประสงค์จะมีบุตรตามสัญญา แต่หลักการนี้มีข้อสังเกตที่ว่าเป็นการบีบบังคับให้หญิงที่อุ้มท้องเด็กที่จะคลอดมานั้นจำเป็นต้องส่งมอบเด็กคืน

4) การยึดหลักตามคำสั่งศาล (Parental Order) หมายถึง เป็นหลักการที่อาศัยคำสั่งศาลในการที่จะช่วยชี้ขาดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรรภ์แทน โดยพิจารณาตามกฎหมายที่รองรับไว้ว่าเป็นอย่างไร โดยศาลจะพิจารณาจากเหตุผลในแต่ละกรณีเป็นเรื่อง ๆ ไป⁵⁸ ข้อดีของหลักการนี้ เป็นหลักการที่ก่อให้เกิดความชัดเจนว่า เด็กที่เกิดโดยวิธีการรับตั้งครรรภ์แทนนั้น จะอยู่ในอำนาจปกครองของบุคคลใด แต่หลักการนี้มีข้อสังเกตที่ว่าการที่ศาลใช้หลักการยึดตามสัญญาเปรียบได้กับการซื้อขายสิทธิความเป็นบิดามารดา

การที่คู่สมรสที่มีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่ายให้หญิงอื่นตั้งครรรภ์แทน ซึ่งกฎหมายของประเทศไทยยังไม่รับรองทุกกรณี ประการแรก ในการกำหนดสถานะความเป็นมารดา เมื่อไม่ถูกรับรองไว้ ภรรยาที่ประสงค์จะมีบุตรไม่มีสถานะความเป็นมารดา แต่กลับไปอยู่แก่ฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรรภ์แทน ในส่วนสถานะความเป็นบิดา หากหญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายจะถูกสันนิษฐานว่าเป็นบิดาของเด็กที่เกิดมา เป็นการใช้อธิปไตยยึดตามหลักชีวภาพ ซึ่งสำหรับกรณีที่คู่สมรสต้องใช้ทั้ง อสุจิและไข่บริจาค คือ ทั้งสองฝ่ายไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมา ซึ่งกรณีเช่นนี้อาจจะเกิดขึ้นได้ ย่อมเป็นช่องโหว่ของกฎหมายที่กลุ่มคนเหล่านี้หมดสิทธิในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เมื่อไม่ถูกคุ้มครองโดยกฎหมาย จึงต้องไปใช้หลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องครอบครัวแทน ย่อมก่อให้เกิดปัญหาในสภาพความเป็นบิดามารดา หากหญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนไม่มีสามี เด็กก็จะไม่มีบิดาไปด้วย เห็นได้ชัดว่าย่อมไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อเด็กที่เกิดมาแม้แต่อย่างใด

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน, 135 - 136.

เนื่องจากการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งหากว่าเด็กนั้นเกิดจากอสุจิบริจาคและไข่บริจาค ซึ่งไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับพันธุกรรมกับคู่สมรสที่มีความประสงค์ให้เกิดการตั้งครรภ์ เนื่องด้วยทั้งสองฝ่ายมีข้อบกพร่องทางระบบสืบพันธุ์นั้น ปัญหาจึงมีว่าเด็กที่เกิดมานั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ใด จากการศึกษาวิจัยของผู้เขียนตามกฎหมายไทยนั้นพบว่า ในกรณีเช่นนี้มีอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 เนื่องจากมิได้กำหนดให้สามารถใช้ทั้งอสุจิบริจาคและไข่บริจาคได้

ส่วนระบบกฎหมาย Common Law สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นพิจารณาตามกรอบความคิดตามหลักเจตจำนงหรือคำสั่งศาลเป็นสำคัญ เนื่องจากกฎหมายในประเทศระบบ Common Law ในประเทศสหรัฐอเมริกามีคดี *In re Marriage of Buzzanca*⁵⁹ ปรากฏข้อเท็จจริงว่า มีการนำตัวอ่อนมาฝังในโพรงมดลูกของหญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์แทน โดยที่ตัวอ่อนนั้นได้รับการผสมมาจากไข่และเชื้ออสุจิของผู้บริจาค ซึ่งไม่ใช่ทั้งฝ่ายคู่สมรสที่ว่าจ้างและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน แต่ปรากฏก่อนที่เด็กจะคลอด คู่สมรสที่ว่าจ้างนี้ได้ฟ้องหย่าต่อศาล และฝ่ายหญิงขอให้ศาลมีคำสั่งว่าเธอเป็นมารดาของเด็กในที่สุดศาลได้พิพากษาว่า คู่สมรสที่ว่าจ้างเป็นบิดามารดาของเด็กตามกฎหมาย แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่า ทารกที่กำเนิดมานั้นไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมของคู่สมรสนี้แม้แต่น้อยก็ตาม อันเป็นไปตามเจตจำนงของคู่สัญญาและคำสั่งศาล ซึ่งเห็นแล้วว่า เมื่อมีปัญหาที่ต้องอาศัยศาลในการวินิจฉัยและออกคำสั่งอยู่ดี ในส่วนของประเทศออสเตรเลีย นั้นได้มีกฎหมายที่แบ่งตามมลรัฐย่อย ๆ ซึ่งแตกต่างกันไปในส่วนของกฎหมายรัฐเวสต์เทิร์น ออสเตรเลีย นั้นได้ยอมรับหลักการที่ว่า แม้เด็กที่เกิดมานั้นไม่มีจุดเกาะเกี่ยวทางพันธุกรรม (Genetic Connection with intending parent(s) ก็ยอมรับว่าบิดามารดาผู้ที่ประสงค์ให้มีการ

⁵⁹ ยศศักดิ์ โกไศยกานนท์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายอุ้มบุญ*, 54.

ตั้งครรภ์แทนได้ แม้ใช้สูจิและไซบริจาด และนำไปให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนจะเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมาโดยชอบด้วยกฎหมาย

ระบบกฎหมาย Civil Law สำหรับประเทศรัสเซีย นั้น สถานะความเป็นบิดามารดาโดยการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนเป็นไปในลักษณะเช่นเดียวกับประเทศออสเตรเลีย ในรัฐเวสเทิร์นออสเตรเลียยอมรับการใช้สูจิและไซบริจาด แม้ไม่มีจุดเกาะเกี่ยวทางพันธุกรรม เพียงแต่หญิงที่รับตั้งครรภ์ให้ความยินยอมเท่านั้นก็เพียงพอที่จะให้เด็กที่เกิดมานั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของบิดาและมารดาที่ประสงค์จะให้ตั้งครรภ์แทน เช่นเดียวกันกับประเทศยูเครนซึ่งเป็นไปในแนวทางเดียวกับประเทศรัสเซีย ยอมรับเด็กที่เกิดมาโดยไม่มีจุดเกาะเกี่ยวทางพันธุกรรมของบิดามารดาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนและยังต้องได้รับความยินยอมเช่นเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถให้หญิงที่เป็นผู้ว่าจ้างยื่นคำขอต่อศาลเพื่อเปลี่ยนแปลงชื่อมารดาได้ เช่นนี้ถือเป็นไปตามกรอบความคิดตามหลักคำสั่งศาลซึ่งหมายถึง อาศัยคำสั่งศาลช่วยชี้ขาดว่าความเป็นบิดามารดาของเด็กตามกฎหมายที่รับรองนั้นเป็นอย่างไร รวมถึงอำนาจปกครองด้วย ซึ่งโดยทั่วไปมีหลักพิจารณาอยู่ 2 ประการ คือ ศาลมีคำสั่งให้อำนาจปกครองเป็นไปตามสัญญา โดยถือว่าสัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดและสามารถบังคับใช้ได้ ถือหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา เป็นสำคัญ อีกประการหนึ่ง คือ ศาลมีคำสั่งให้อำนาจปกครองของเด็กขึ้นอยู่กับประโยชน์สูงสุดของเด็ก โดยไม่สนใจสัญญาที่ตกลงกันไว้ก็ได้⁶⁰ ซึ่งมีข้อดี คือ ย่อมก่อให้เกิดความชัดเจนว่าเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนนั้น จะอยู่ในอำนาจของผู้ปกครองคนใด ในเมื่อมีข้อตกลงในสัญญาดังครรภ์แทน ศาลก็ควรที่จะบังคับไปตามสัญญานั้นและช่วยให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่เปลี่ยนใจที่จะส่งมอบเด็กให้แก่คู่สมรสที่ต้องการมีบุตร

⁶⁰ เรื่องเดียวกัน, 110.

ประเด็นการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดโดยใช้เซลล์สุจิ และเซลล์ไข่บริจาค ซึ่งหลักนี้ได้นำมาจากกรอบความคิดในเรื่อง เจตจำนง ฉะนั้นแล้ว หากเป็นกรณีที่ไม่ว่าจะนำทั้งอสุจิบริจาคและไข่บริจาค กล่าวคือ สามีและภรรยา ทั้งสองฝ่าย ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับบุตรที่เกิดมาเลย ซึ่งได้เป็นไปตามหลักเจตนารมณ์ ของกฎหมายฉบับนี้ ที่มุ่งหวังเพื่อแก้ไขปัญหาผู้มีบุตรยาก ซึ่งกรณีเช่นนี้อาจมีความเป็นไปได้ที่จะเกิดขึ้น ซึ่งเมื่อเกิดขึ้นมาแล้วย่อมเป็นช่องโหว่ของกฎหมายที่จะทำให้บุคคลเหล่านี้ หมดสิทธิในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ฉะนั้นหากไม่มีการแก้ไขกฎหมาย ดังกล่าว สถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กจะถูกบังคับปฏิบัติตามหลักกฎหมายครอบครัว อันเนื่องมาจากกฎหมายที่ใช้บังคับเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มิได้ บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ก่อให้เกิดปัญหาหลายอย่าง เช่น หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย เด็กที่เกิดมาก็จะไม่มีบิดาไปด้วย หรือ ในมุมนักกลับกันหากหญิง ที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย ชายผู้นั้นจะเป็นบิดาของเด็กโดยทันที โดยที่มิได้มีความต้องการที่จะเป็นบิดาเลย เป็นต้น อีกทั้งกฎหมายยังเปิดโอกาสให้ ชาย ผู้นั้นพิสูจน์ได้ว่าตนไม่ใช่บิดาของเด็ก หลังจากนั้นเด็กที่เกิดมาก็ไม่มีบิดาโดยชอบ ด้วยกฎหมายอยู่ดี เห็นได้ชัดเจนว่ายังไม่ก่อประโยชน์แก่เด็กที่เกิดมาเลย

ผู้เขียนมีความเห็นว่า หากเป็นกรณีที่สถานภาพของเด็กที่เกิดมาซึ่งใช้เซลล์สุจิ บริจาคและไข่บริจาค ไม่มีความเกี่ยวข้องกับทางพันธุกรรมเลย กฎหมายไทยในปัจจุบัน ไม่ได้ให้การรับรองไว้ ซึ่งปัญหานี้ย่อมไม่อาจหลีกเลี่ยงการเป็นคดีข้อพิพาทฟ้องร้อง ต่อศาลต่อไปในอนาคต ศาลอาจจะใช้หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก หรือพิจารณาจากสัญญา ก็สุดแล้วแต่ ซึ่งไม่ว่าศาลจะพิจารณาจากประเด็นใด ก็เห็นควรที่จะให้เด็กมีบิดามารดา ที่ชอบด้วยกฎหมาย คือ คู่สมรสที่ว่าจ้างให้เกิดการตั้งครรภ์แทน เนื่องจากมีความพร้อม ที่สามารถจะเลี้ยงดูได้ ซึ่งเป็นประโยชน์กับเด็กมากกว่า อีกทั้งยังเคารพหลักของความ ศักดิ์สิทธิ์ในการแสดง หากกำหนดเงื่อนไขว่ากฎหมายจะต้องใช้เซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อน ที่มาจากคู่สมรสเท่านั้น ก็จะเป็นไปตามหลักพันธุกรรม แต่หากกำหนดว่าให้ใช้ตัวอ่อน ที่ได้รับการบริจาค และสมควรให้คู่สมรสที่ว่าจ้างเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย กรณี

เช่นนี้เป็นไปตามหลักเจตจำนง ซึ่งเห็นว่าหากเกิดกรณีที่คู่สมรสทั้งสองมีปัญหาทั้งคู่ พวกเขาจะไม่สามารถมีบุตรจากวิธีการเหล่านี้ได้เลย ซึ่งมีบางความเห็นให้ความเห็นว่า ในกรณีตั้งครรภแทนโดยใช้เซลล์สืบพันธุ์บริจาค ควรจะใช้เซลล์สุจิหรือเซลล์ไข่ของสามีหรือภรรยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เพราะหากว่าใช้เซลล์สืบพันธุ์บริจาคทั้งสองฝ่ายก็ไม่ต่างกับการรับบุตรบุญธรรม ส่วนตัวแล้วผู้เขียนเห็นแย้งว่า ความผูกพันระหว่างการใช้เทคโนโลยีกับการรับเด็กมาเลี้ยงย่อมอยู่คนละระดับกัน กล่าวคือ การที่รับเด็กมาดูแลคู่สมรสอาจยังไม่ได้ใช้ความพยายามมากพอ อาจทำให้ไม่เกิดความผูกพันกับเด็กที่นำมาดูแล ซึ่งอาจทำไปสู่การเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์กันในภายหลังได้

แต่หากว่าเป็นการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์แล้วนั้น คู่สมรสต่างใช้ความพยายามเป็นอย่างมากที่จะต้องการมีบุตร เช่นนี้ ย่อมเกิดความผูกพันกับเด็กที่จะเกิดขึ้นมามากกว่าการที่จะไปรับเด็กมาดูแล ดังนั้น การแก้ปัญหาจึงสอดคล้องกับการกำหนดเงื่อนไขการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยการแก้ไขพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยเพิ่มมาตรา 2 (3) เป็นว่า “ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิและไข่ของผู้บริจาค” ซึ่งจะครอบคลุมทุกกรณีทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็น ใช้อสุจิและไข่ของคู่สมรสที่ว่าจ้างเอง หรือ ใช้ไข่หรืออสุจิของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือใช้ไข่และอสุจิของผู้บริจาคทั้งสอง ซึ่งเมื่อมีผลบังคับใช้แล้ว มีผลทำให้คู่สมรสที่มีปัญหาทั้งสองฝ่ายนั้นสามารถใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้อย่างถูกกฎหมาย ซึ่งหากแก้ไขกฎหมายดังกล่าวแล้ว สถานะความเป็นมารดาของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จะไม่ใช่ผู้ที่ให้กำเนิดเด็กหรือหญิงที่รับตั้งครรภแทน⁶¹ ส่วนสถานะความเป็นบิดาของเด็กก็จะไม่ใช่ชายผู้ที่เป็นสามีหรือเคยเป็นสามีของหญิงที่ให้กำเนิดเด็กหรือหญิงที่รับตั้งครรภแทน⁶² ตามหลักกฎหมายครอบครัวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ใช้บังคับอยู่ แต่สถานะความ

⁶¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 1546

⁶² เรื่องเดียวกัน, มาตรา 1536

เป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จะเป็นส่วนหนึ่งของคู่สามีภรรยาที่ประสงค์จะมีบุตรโดยวิธีตั้งครรภ์แทน ซึ่งเป็นการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาตามความเป็นจริงและตามความประสงค์ของคู่สมรสโดยยึดถือหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ

บทส่งท้าย

กล่าวโดยสรุปผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันยังไม่รับรองกรณีที่คู่สมรสมีความผิดปกติในเซลล์สืบพันธุ์ทั้งสองฝ่ายที่จะใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จากการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งกฎหมายทั้งระบบ Common Law และ Civil Law ต่างมีบทบัญญัติรับรองให้ดำเนินการตั้งครรภ์แทนโดยใช้เซลล์สุจิและเซลล์ไข่บริจาคได้ โดยยึดหลักเจตจำนงและคำสั่งศาล ตามที่ได้กล่าวไปแล้ว จึงเห็นควรที่จะแก้ไขกฎหมายดังกล่าวให้ครอบคลุมมากยิ่งขึ้น เพื่อแก้ไขช่องโหว่ตรงนี้ ผู้เขียนขอเสนอว่าควรมีการออกกฎหมายมาคุ้มครองให้ครอบคลุม โดยกำหนดให้คู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน เป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยการแก้ไขในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 22 ตามที่ได้ศึกษาวิเคราะห์ไป เพื่อกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมาให้ถูกต้อง และไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายครอบครัวอันเนื่องมาจากมีกฎหมายที่ใช้บังคับเป็นการเฉพาะแล้ว หากทำได้เช่นนี้ย่อม ทำให้กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่นั้นสอดคล้องกับปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคต และเป็น การคุ้มครองสิทธิของเด็กที่เกิดมาโดยอาศัยเทคโนโลยีดังกล่าว ดังที่เจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้ได้ประกาศใช้ไป

เอกสารอ้างอิง

กุลพล พลวัน. *พัฒนาการแห่งสิทธิมนุษยชน*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2538.

ชลธิชา สติระพจน์ และวิชาญ โชคธนะศิริ. “จากพื้นฐานสู่ความก้าวหน้าของการรักษาภาวะมีบุตรยาก.” *บทความพิเศษ*. กรุงเทพฯ: คณะแพทยศาสตร์โรงพยาบาลรามาธิบดี มหาวิทยาลัยมหิดล, 2560.

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

พิลาสินี โยมสมบัติ. “วิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ....” *วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขากฎหมายเอกชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 2552.

ไพโรจน์ กัมพูสิริ. *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว*. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.

ยศศักดิ์ โกศัยกานนท์. *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายอุ้มบุญ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน 2558.

ยศศักดิ์ โกศัยกานนท์. *มาตรการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์* (รายงานการวิจัย) กรุงเทพฯ: สำนักวิจัย มหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต, 2556.

สำนักงานพัฒนานโยบายสุขภาพระหว่างประเทศ. *แผนงานติดตามความเป็นธรรมด้านสุขภาพ เรื่อง อนามัยการเจริญพันธุ์*. (รายงานวิจัย) นนทบุรี: บริษัท เดอะ กราฟิโก ซิสเต็มส์ จำกัด, 2556.

Andrew L Elster N, *Regulating Reproductive Technologies*, 2000, 21 J. Legal Med.

Article 51 123 of The Ukrainian Family Code

Article 51 of THE FAMILY CODE OF THE RUSSIAN FEDERATION

Family Relationships Act 1975 (South Australia), as amendment in 1988.

Assisted Reproductive Treatment Act 1988 (South Australia).

- Goodwin, A. Determination of legal parentage in egg donation, embryo transplantation, and gestational surrogacy arrangements, *Family Law Quarterly*. Vol. 26, No. 3 (1992), 278 - 291.
- Hofheimer, A. Gestational Surrogacy : Unsettling State Parentage Law and Surrogacy Policy. (New York: 19 N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change, 1992).
- Human Reproductive Technology Act 1991. Surrogacy Act 2008 (Western Australia).
- In re Marriage of Buzzanca (California Supreme Court, 1993).
- Peopls v. Sorenen (1968), 68 cal. 2d 280.
- Sara Rintamo. Regulation of Cross-Border Surrogacy In Light of the European Convention on Human Rights, (Helsinki: University of Helsinki, 2016).
- Section 19 (2) of Surrogacy Act 2008 (Western Australia).
- Section 23 of Human Reproductive Technology Act 1991.
- Section 6 (2) (b) of Surrogacy Act 2010 (Queensland)
- Section 7613 (a) (b) of California Family Code
- Sonia Allan. The Review of the Western Australian Human Reproductive Technology Act 1991 and the surrogacy act 2008 (Report Part 2) 2019.
- Standing Committee on Legislation, Report on Legislation in Relation to the Surrogacy Bill 2007 (Report 12) May 2008.
- Substitute Parent Agreement Act 1994 (Australian Capital Territory).
- Surrogate Contracts Act 1993 (Tasmania).
- Surrogate Parenthood Act 1988 (Queensland).
- The Infertility Treatment Act 1995 (Victoria).

Reference

Chonthicha Sathirapot and Wichan Chokthanasiri. “From Foundation to Progress of Infertility Treatment”. Special Article. Bangkok: Faculty of Medicine Ramathibodi Hospital, Mahidol University, 2017.

Civil and Commercial Code

International Health Policy Program. Monitoring Health Equity Office on Reproductive Health. (Research Report) Nonthaburi: The Graphico Systems Co., Ltd, 2013.

Kulphon Phonwan. Development of Human Rights. (Bangkok: Winyuchon, 1995).

Protection of Child Born by Medically Assisted Reproductive Technology Act, B.E. 2558 (2015)

Pilasinee Yongsombat. “An Analysis of Bill of Protection of Child Born by Medically Assisted Reproductive Technology Act, B.E. 2558 (2015)” Master’s Thesis in Private law, Faculty of Law, Thammasat University, 2009.

Phairot Kamphusiri. Explanation of Civil and Commercial Code Book V for Families. 9th Edition (Bangkok: Thammasat University Press, 2017).

Yotsak Kosaiyakanon. Introduction to Surrogacy Law. Bangkok: Winyuchon 2015.

Yotsak Kosaiyakanon. Measures of Protection of Child Born by Medically Assisted Reproductive Technology. (Research Report) Bangkok: Research Office, Kasem Bundit University Research Office, 2013.

