ข้อจำกัดและอุปสรรคทางกฎหมายอันเกิดจากการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558*

Legal Restrictions on and Impediments to Enforcement of Protection of a Child Born by Medically Assisted Reproductive Technology Act B.E. 2558

ริญญาภัทร์ ณ สงขลา
Rinyapath Na Songkhla

นักศึกษาในหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
148 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240
LL.D Candidate
School of Law National Institute of Development Administration
148 Serithai Road, Klong-Chan, Bangkapi, Bangkok 10240
Corresponding author E-mail: nirinyapath@gmail.com
(Received: December 2, 2023; Revised: February 23, 2024; Accepted: February 24, 2024)

บทคัดย่อ

บทความนี้มุ่งศึกษาถึงข้อจำกัดและอุปสรรคทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในกฎหมายว่าด้วยการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในประเทศไทย ซึ่งมีข้อจำกัดทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลในการเข้ารับบริการและอุปสรรคทางกฎหมายในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เพื่อให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ในการสร้างครอบครัวทางพันธุกรรมที่สมบูรณ์ของบุคคลผู้ประสบกับภาวะการมีบุตรยากได้อย่างเท่าเทียมกันและมีประสิทธิภาพ

จากการศึกษาพบว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในปัจจุบันมีการบัญญัติถึงข้อจำกัดสิทธิของบุคคลผู้ที่มีบุตรยากและประสงค์จะ

---

* บทความนี้เรียบเรียงและขยายความเพิ่มเติมจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง ข้อจำกัดและอุปสรรคทางกฎหมายในกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

มีบุตรโดยการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้นจะต้องเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นและในกรณีที่คู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นมีคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งมิได้มีสัญชาติไทยจะต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี ตลอดจนอุปสรรคทางกฎหมายในการเลือกเพศของบุตรที่อาจมีความเสี่ยงต่อโรคติดต่อทางพันธุกรรมอันเกิดจากเพศ จึงนำไปสู่ความไม่เสมอภาคการเลือกปฏิบัติ ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักการสากลในรัฐธรรมนูญของทุกประเทศได้บัญญัติรับรองหลักการดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน อย่างไรก็ดี การศึกษานี้มีข้อเสนอแนะเพื่อให้สอดคล้องกับแนวทางของสังคมไทย โดยเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับข้อจำกัดและอุปสรรคของกฎหมายในกฎหมายว่าด้วยการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เพื่อให้เด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้รับประโยชน์สูงสุดและมีมาตรการควบคุมการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เกิดประโยชน์และเป็นไปอย่างถูกต้องบนพื้นฐานของการเคารพสิทธิของบุคคล

คำสำคัญ : เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์, การผสมเทียม, การตั้งครรภ์แทน, ภาวะการมีบุตรยาก

Abstract

This article aims to study the restrictions and impediments on the protection of children born through Assisted Reproductive Technology (ART) in Thailand. There are limitations on the rights of individuals to obtain services and impediments in assisted reproductive technology in order to achieve the objectives of creating a family for a person experiencing infertility.

The results have found that currently, the law on the protection of born children through Assisted Reproductive Technology (ART), the aforementioned law provided that it has limited the right of individuals who are infertile and would like to have children through the use of Assisted Reproductive Technology, it can only be used by legal spouses. Moreover, in the case of the legal spouses that one of them does not have Thai nationality, their marriage shall have been registered for not less than 3 years. Furthermore, there is a legal impediment in choosing the gender of children who may take risk for genetically transmitted diseases that leads to inequality and discrimination which reproductive technology does not comply

with international standards clearly by the constitution in every country. However, this study suggests a guideline for Thai society to provide the amended provision related to legal limitations and obstacles to the Assisted Reproductive Technology in order to ensure maximum benefits for children born by Assisted Reproductive Technology. In addition, to make the measures for Assisted Reproductive Technology to be beneficial and proper with basic respect for the right of individuals.

Keywords : Assisted Reproductive Technology, Artificial Insemination, Surrogacy, Infertility

1. บทนำ

เนื่องด้วยองค์การอนามัยโลกกล่าวว่า “ภาวะการมีบุตรยากเป็นโรคชนิดหนึ่งเกิดได้ทั้งหญิงและชายหากมีเพศสัมพันธ์เป็นประจำโดยที่ไม่ได้มีการป้องกันตลอดระยะเวลา 1 ปี และไม่ให้กำเนิดบุตรให้ถือว่าเป็นโรค”[1] จึงเป็นข้อสำคัญที่แต่ละประเทศจะต้องนำมาพิจารณาว่าจะให้การคุ้มครองและช่วยเหลือผู้ที่ประสบกับโรคดังกล่าวนี้แก่ประชากรในรัฐ ซึ่งเป็นเรื่องที่ประเทศไทยเล็งเห็นถึงความสำคัญทั้งอัตราการเกิดของประชากร บริบทของสังคม เศรษฐกิจในภาพรวม รวมถึงบทบาทหน้าที่ของรัฐที่ต้องให้ความช่วยเหลือ ประกอบกับความก้าวหน้าทางการแพทย์ในการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากสามารถช่วยให้ผู้ที่มีภาวะการมีบุตรยากให้มีบุตรได้โดยการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ อันมีผลทำให้กฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันในเรื่องความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ยังไม่คุ้มครองสิทธิของผู้ซึ่งประสบกับภาวะการมีบุตรยากและประสงค์จะมีบุตรโดยผ่านกระบวนการทางเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ตลอดจนได้มีการศึกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์ทางการแพทย์ที่เกี่ยวกับตัวอ่อนและเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เทคนิคเหล่านี้เป็นเรื่องละเอียดอ่อนของมนุษย์อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ส่งผลกระทบเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ความสัมพันธ์ส่วนตัวในรูปแบบการสร้างครอบครัว ตลอดถึงสิทธิของบุคคลที่เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องและบุตรที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ดังกล่าว[2]

---

[1] World Health Organization, “infertility,” [online] Available from : https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/infertility [10 January 2023]

[2] Anastasia Grammaticaki-Alexiou, “Artificial Reproduction Technologies and Conflict of Laws: An Initial Approach”, in **Louisiana Law Review**, 60, 4 (2000), p.1113-1121.

การสร้างครอบครัวทางพันธุกรรมที่ไม่ได้เกิดจากกระบวนการตามธรรมชาติหรือที่เรียกว่าโดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ได้เกิดเป็นที่ยอมรับในสังคมจึงเป็นสิ่งที่สำคัญที่นำมาสู่การพิจารณาเพื่อคุ้มครองสิทธิในการสร้างครอบครัวและการควบคุมกระบวนการใช้เทคโนโลยีจึงได้มีการตราพระราชบัญญัตินี้ขึ้น หากพิจารณาถึงหลักการและเหตุผลในการตรากฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นหลัก โดยยังมีมาตรการที่ยังไม่เอื้อต่อการก่อตั้งสถาบันครอบครัวทางพันธุกรรมอย่างแท้จริงหรือมาตรการทางกฎหมายไม่ครอบคลุมถึงปัญหาหรือความต้องการที่จะเกิดขึ้นในสถาบันครอบครัวเพื่อที่จะแก้ไขปัญหาการมีบุตรยากอย่างยั่งยืน อีกทั้ง เมื่อมีการกำเนิดเด็กที่เกิดมาจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์แล้ว พระราชบัญญัติฉบับนี้ยังได้มีการบัญญัติให้นำหลักกฎหมายครอบครัวและมรดกแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้จึงก่อให้เกิดผลทางกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับสภาพที่แท้จริงที่จะอำนวยความยุติธรรมให้เกิดความเป็นธรรมกับบุคคลทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องได้ ทั้งนี้ ยังมีส่วนที่ยังเป็นประเด็นสำคัญที่ต้องนำมาพิจารณาถึงข้อจำกัดและอุปสรรคทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 ซึ่งอาจจะส่งผลกระทบและเกิดความเสียหายส่วนบุคคลในการสร้างครอบครัวทางพันธุกรรมตั้งแต่ต้นกระบวนการอย่างชัดเจน

ประการแรกข้อจำกัดทางกฎหมายภายใต้มาตรา 19[3] และมาตรา 21[4] ซึ่งกำหนดให้การผสมเทียมและการตั้งครรภ์แทนจะต้อง “กระทำต่อหญิงที่มีสามีชอบด้วยกฎหมาย” และเป็นไปเพื่อประโยชน์ของ “สามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น” เป็นผลให้คู่ที่ประสงค์จะอยู่กินกันฉันสามีภรรยาซึ่งประสบกับภาวะการมีบุตรยากไม่สามารถเข้าถึงสิทธิในการมีบุตรผ่านกระบวนการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ซึ่งปัจจุบันได้มีการดำเนินวิถีชีวิตของแต่ละครอบครัวอย่างมีความหลากหลาย สิทธิในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์จึงไม่ควรถูกจำกัดให้บุคคลเข้าถึงสิทธิในการสร้างครอบครัวแค่กลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเพียงกลุ่มเดียวอันเป็นข้อจำกัดสิทธิในการเข้าถึงเทคโนโลยีช่วย

---

[3] มาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 “ภายใต้บังคับมาตรา 15 และมาตรา 16 การผสมเทียมต้องกระทำต่อหญิงซึ่งประสงค์จะมีบุตรและประสงค์จะอยู่กินฉันสามีภรรยากับชายหรือหญิงที่ประสงค์จะมีบุตรและมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นไปตามมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับการผสมเทียมที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ”

[4] “มาตรา 21(1) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 “ภายใต้บังคับมาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนอย่างน้อยต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

(1) ผู้ที่ประสงค์จะมีบุตรทั้งที่ประสงค์จะอยู่กินกันฉันสามีภรรยากับชายหรือหญิงที่จดทะเบียนชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องมีสัญชาติไทย

การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เพื่อวัตถุประสงค์ในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลที่ไม่ได้มีสถานะเป็นสามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่ ชายหญิงอยู่กินกันฉันสามีภรรยาโดยไม่จดทะเบียนสมรสซึ่งต้องการจะมีบุตรแต่มีภาวะการมีบุตรยาก

ประการที่สองข้อจำกัดทางกฎหมายในเรื่องของการจำกัดระยะเวลาการสมรส 3 ปี ในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้มีสัญชาติไทย ตามมาตรา 21 (1) ซึ่งบัญญัติว่า “สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน “ต้องมีสัญชาติไทย” ใน “กรณีที่สามีหรือภริยามิได้มีสัญชาติไทยต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี”” ซึ่งเป็นข้อจำกัดทางกฎหมายที่ส่งผลกระทบต่อคู่สมรสที่จดทะเบียนถูกต้องตามกฎหมายซึ่งยังมีคู่สมรสที่มีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้มีสัญชาติไทยเป็นคู่สมรสที่เข้าเงื่อนไขภาวะการมีบุตรยากนั้นต้องถูกจำกัดโดยกฎหมายในเรื่องของเงื่อนไขเวลาที่จะต้องให้คู่สมรสดังกล่าวรอให้ครบ 3 ปี ซึ่งตามหลักการทั่วไปนั้นสถานะความเป็นสามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้นเมื่อการสมรสนั้นสมบูรณ์ถูกต้องตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งขัดกับหลักการสำคัญทั้งหลักการเลือกปฏิบัติและปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ที่มุ่งคุ้มครองสิทธิในการก่อตั้งครอบครัว ข้อ 16 (3)[5]

ประการสุดท้ายอุปสรรคทางกฎหมายในเรื่องของการเลือกเพศของบุตรที่จะเกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ตามมาตรา 18[6] การห้ามเลือกเพศของบุตรเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องและกระทบถึงสิทธิของคู่สมรสซึ่งประสงค์จะมีบุตร อันเป็นหนึ่งในข้อจำกัดของการเข้ารับบริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ซึ่งเป็นสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่สามารถกระทำได้ ปัจจุบันมีคู่สมรสผู้ประสบปัญหากรณีที่คู่สมรสตรวจพบว่าบุตรของตนที่ต้องกำเนิดมานั้นหากมีเพศชายหรือเพศหญิงอาจมีความเสี่ยงในการเกิดโรคติดต่อทางพันธุกรรมที่ร้ายแรงและยังเป็นอุปสรรคทางกฎหมายที่สำคัญในการห้ามมิให้มีการเลือกเพศ ซึ่งบทบัญญัติ “ห้ามกระทำในลักษณะที่อาจเข้าใจได้ว่าเป็นการเลือกเพศ” เช่นนี้อาจส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจทั้งของสมาชิกในครอบครัว พัฒนาการทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจของบุตรซึ่งเป็นข้อเปรียบเทียบต่อเด็กในช่วงวัยเดียวกัน อีกทั้ง ส่งผลกระทบทางเศรษฐกิจโดยรวมของครอบครัวของผู้ซึ่งประสงค์จะมีบุตร

---

[5] ข้อ 16 (3) แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.1948 บัญญัติว่า “ครอบครัวเป็นหน่วยธรรมชาติและพื้นฐานของสังคมย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองจากสังคมและรัฐ”

[6] มาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 “ในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้ให้บริการ เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ อาจทำการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมในตัวอ่อน ที่อาจเกิดขึ้นได้ตามความจำเป็นและสมควร ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะที่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการเลือกเพศ”

จึงเห็นสมควรให้มีการเสนอแนวทางการแก้ไขในส่วนที่ยังเป็นข้อจำกัดและอุปสรรคทางกฎหมายของคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 ให้มีความครอบคลุมถึงในประเด็นของข้อจำกัดและอุปสรรคทางกฎหมายดังกล่าวข้างต้น เพื่อให้มีข้อบัญญัติของกฎหมายบัญญัติให้เหมาะสมกับความเจริญก้าวหน้าทางการแพทย์ให้เป็นไปตามมาตรฐานสากลและรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่เล็งเห็นความสำคัญกับทุกปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อบุคคลที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะในประเด็นเกี่ยวกับบทบัญญัติของกฎหมายที่ยังไม่สามารถให้ความคุ้มครองสิทธิได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อให้สถาบันครอบครัวได้รับการคุ้มครองปกป้อง สร้างความเข้มแข็งระหว่างสถาบันครอบครัวได้และสามารถจะพัฒนาบุคคลให้เติบโตเพื่อผลิตทรัพยากรมนุษย์ที่มีประสิทธิภาพ

2. ข้อจำกัดและอุปสรรคทางกฎหมายอันเกิดจากการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

2.1 ข้อจำกัดเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลในการเข้ารับบริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์

ข้อจำกัดทางกฎหมายประการแรกซึ่งเป็นประเด็นสำคัญอย่างยิ่งในการเข้าถึงสิทธิการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในประเทศไทย เนื่องจากปัจจุบันการสร้างครอบครัวที่มีอยู่อย่างหลากหลายรูปแบบ ทำให้เด็กบางประเภทที่เกิดมาจากการสร้างครอบครัวจากการตัดสินใจของบิดามารดาที่แท้จริงที่ประสงค์อยู่กินกันฉันสามีภรรยาโดยไม่จดทะเบียนสมรสนั้นไม่ว่าจะโดยวิธีการทางธรรมชาติหรือการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ยังขาดสิทธิและหน้าที่จากบิดาตามความเป็นจริงโดยตรง แต่ต้องอาศัยบทบัญญัติซึ่งได้มีการกำหนดวิธีการทางกฎหมายเพื่อให้กฎหมายรับรองสถานะของความเป็นบุตรและบิดาให้ถูกต้องตามความเป็นจริง เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์พบว่า

มาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 “ภายใต้บังคับมาตรา 15 และมาตรา 16 การผสมเทียมต้องกระทำต่อหญิงซึ่งประสงค์จะมีบุตรและประสงค์จะอยู่กินฉันสามีภรรยากับชายหรือหญิงที่ประสงค์จะมีบุตรและมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเป็นไปตามมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับการผสมเทียมที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ”

“มาตรา 21(1) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 “ภายใต้บังคับมาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนอย่างน้อยต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

(1) ผู้ที่ประสงค์จะมีบุตรทั้งที่ประสงค์จะอยู่กินกันฉันสามีภรรยากับชายหรือหญิงที่จดทะเบียนชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องมีสัญชาติไทย”

จากบทบัญญัติดังกล่าวการสร้างครอบครัวในรูปแบบของคู่รักที่ประสงค์จะอยู่กินกันฉันสามีภรรยา คู่รักเพศเดียวกัน บุคคลที่ไม่ประสงค์จะมีคู่สมรสแต่เพียงต้องการสร้างครอบครัวในรูปแบบของตนเองเท่านั้นหรือความสัมพันธ์ในรูปแบบอื่น ๆ ยังไม่เป็นที่ยอมรับในสังคมไทยและตามกฎหมายไทยยังได้มีการจำกัดสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวเหล่านี้ ตลอดจนบุตรที่เกิดมาจากครอบครัวในรูปแบบเหล่านี้ด้วย ผู้ศึกษามีความเห็นว่าแท้จริงแล้วการจดทะเบียนสมรสควรเป็นทางเลือกให้แก่บุคคลซึ่งไม่ควรนำมาเป็นเงื่อนไขในการสร้างครอบครัวซึ่งมีการกระทบถึงสิทธิของบุคคล แต่เป็นสิทธิหน้าที่ที่รัฐควรจะต้องรับรองและคุ้มครองให้แก่ทุกคน สมาชิกใหม่ที่เกิดมาต้องไม่มีความเหลื่อมล้ำเพียงเพราะต้องการออกแบบวิถีความเป็นครอบครัวที่เป็นปัจเจก

แต่อย่างไรก็ดี ตามกฎหมายต่างประเทศที่ผู้ศึกษาได้นำมาอภิปรายต่อไปนี้นั้นมีการยอมรับในการสร้างครอบครัวในรูปแบบที่หลากหลาย ทั้งคู่สมรส คู่ที่อยู่กินกันฉันสามีภรรยา คู่ชีวิต หุ้นส่วนชีวิต และชายหรือหญิงโสดที่ประสงค์จะสร้างครอบครัวของตนเองซึ่งมีความแตกต่างจากประเทศไทย ในขณะเดียวกันความต้องการในการสร้างครอบครัวของคนไทยมีความเปลี่ยนแปลงไปตามบริบทของสังคม การสร้างครอบครัวของทั้งคนไทยและชาวต่างชาติที่ประสงค์จะสร้างครอบครัวในรูปแบบที่หลากหลาย การจำกัดการเข้าถึงการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์อันเป็นการจำกัดสิทธิของผู้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไว้อย่างแคบ ผลของกฎหมายดังกล่าวไม่เพียงกระทบต่อสิทธิของผู้ที่ประสงค์จะให้มีบุตรเท่านั้น แต่ยังมีผลถึงสิทธิของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีดังกล่าวด้วย เนื่องจากเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่มิได้เป็นไปตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 ย่อมไม่ได้รับสิทธิและหน้าที่ต่อบิดามารดาตามพันธุกรรมอย่างแท้จริงภายใต้บทบัญญัติตามกฎหมายดังกล่าว

เมื่อทำการศึกษาถึงกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกาถึงการสร้างครอบครัวทางพันธุกรรมได้มีการบัญญัติถึงนิยามของคำว่า “บิดามารดาผู้ประสงค์จะมีบุตร” (Intended Parent) หมายถึงบุคคลที่แต่งงานแล้วหรือยังไม่แต่งงาน ซึ่งแสดงเจตนาที่จะผูกพันกันตามกฎหมายในฐานะผู้ปกครอง

ของเด็กที่เกิดจากการช่วยการเจริญพันธุ์[7] และการอนุญาตให้ผู้ปกครองที่ประสงค์จะมีบุตรนั้นไม่จำกัดแค่ครอบครัวของคู่สมรสที่จดทะเบียนชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่อนุญาตให้คู่รักที่อยู่กินกันฉันสามีภรรยาได้สร้างครอบครัวทางพันธุกรรมได้อย่างหลากหลายและเพิ่มโอกาสรักษาความสัมพันธ์ทางชีวภาพกับบุตรของตนซึ่งเป็นความสัมพันธ์ระยะยาวของครอบครัว

ในสหราชอาณาจักรนั้นได้มีการกำหนดความเป็นบิดามารดาและบุตรไว้ในพระราชบัญญัติปฏิสนธิมนุษย์และตัวอ่อนมนุษย์ คริสต์ศักราช 1990 โดยมีการบัญญัติว่า “ผู้ที่ขอให้ตั้งครรภ์แทน” หมายถึง คู่สมรสหรือคู่ชีวิตไม่ว่าจะต่างเพศหรือเพศเดียวกันซึ่งอาศัยอยู่ร่วมกันฉันสามีภรรยา[8] สามารถขอให้มีการตั้งครรภ์แทนได้ โดยศาลจะพิจารณารับรองให้บุตรเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของบุคคลนั้นจะต้องมีการพิสูจน์ว่าเด็กที่เกิดมานั้นมีเซลล์สืบพันธุ์ของผู้ที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนอีกด้วย

ในสาธารณรัฐแอฟริกาใต้ ข้อตกลงการเป็นมารดาที่ตั้งครรภ์แทนจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยการลงนามโดยคู่สัญญาทุกฝ่ายและได้รับการยืนยันจากศาลสูง[9] และมีการนิยาม

---

[7] Section 7960 of Family Code DIVISION 12. PARENT AND CHILD RELATIONSHIP [7500 - 7962] (Division 12 enacted by Stats. 1992, Ch. 162, Sec. 10.)

PART 7. SURROGACY AND DONOR FACILITATORS, ASSISTED REPRODUCTION AGREEMENTS FOR GESTATIONAL CARRIERS, AND OOCYTE DONATIONS

(c) “Intended parent” means an individual, married or unmarried, who manifests the intent to be legally bound as the parent of a child resulting from assisted reproduction.

[8] Section 54 Parental orders of Human Fertilisation and Embryology Act 2008.

“54 (1) On an application made by two people (“the applicants”), the court may make an order providing for a child to be treated in law as the child of the applicants if—

(a) the child has been carried by a woman who is not one of the applicants, as a result of the placing in her of an embryo or sperm and eggs or her artificial insemination,

(b) the gametes of at least one of the applicants were used to bring about the creation of the embryo, and

(c) the conditions in subsections (2) to [F2(8A)] are satisfied.

(2) The applicants must be—

(a) husband and wife,

(b) civil partners of each other, or

(c) two persons who are living as partners in an enduring family relationship and are not within prohibited degrees of relationship in relation to each other.

[9] i) Formalities – Section 292 of Content of Chapter 19 of the Children’s Act 2010

“Surrogate motherhood agreement must be in writing, signed by all the parties thereto and

ความหมายของ “ผู้ปกครองที่เข้ารับบริการการตั้งครรภ์แทน” คือ บุคคลหรือคู่สามีภรรยาที่ไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ด้วยตนเองไม่ว่าจะเหตุผลใดก็ตามและเลือกการตั้งครรภ์แทนเพื่อสร้างครอบครัว โดยมีการทำข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรและต้องได้รับความยินยอมจากทุกฝ่าย[10] โดยเด็กที่เกิดนั้นจะต้องมีพันธุกรรมเกาะเกี่ยวกับผู้ที่จะเป็นบิดามารดาของบุตรอย่างน้อยหนึ่งคนและต้องมีการยืนยันทางพันธุกรรมให้แก่ศาลทราบ

ตามกฎหมายในรัฐอิสราเอลการรับรองความเป็นบิดามารดาตามกฎหมายนั้นได้มีบัญญัติถึง “ผู้ปกครองที่ประสงค์จะมีบุตร” หมายถึง ผู้ปกครองซึ่งเป็นคู่สมรสที่มีความประสงค์และตั้งใจจะมีบุตรชายและหญิงที่เป็นคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรโดยใช้การตั้งครรภ์แทน[11] ชายโสดและผู้หญิงโสดที่ประสงค์จะมีบุตรโดยการใช้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการ[12] ทั้งนี้ ในรัฐอิสราเอลได้มีคำพิพากษาของศาลสูงในการคุ้มครองในการสร้างครอบครัวจากการใช้หญิง

---

confirmed by the High Court. The agreement must be entered into in the Republic and it is imperative that the surrogate mother be domiciled within the Republic.”

[10] ii) Consent - Section 293 of Content of Chapter 19 of the Children’s Act 2010

“The consent of all parties to the agreement must be obtained ie the husband, wife or partner of the commissioning parent and the surrogate mother, before the court may confirm the agreement. Where such consent is unreasonably withheld and the husband, wife or partner is not the genetic parent of the child, the court may confirm such agreement.”

[11] Section 1 of Law on Agreements for Carrying Fetuses (Confirmation of Agreement and the Status of the Newborn) (Amendment No. 2), 2018

In section 1 1) below Amendment of

Section 1.1 of the Law on Agreements for the Carrying of Fetuses (Confirmation of the Agreement and the Status of the Newborn), 1996-55

- the main law (in section 1 -

(1) Instead of the definition “intended parents” there will be:

“intended parents” - intended parents who are spouses and also if a unit is intended;

“intended parents who are spouses” - a man and a woman who are spouses, communicating together with a mother carrying a child for birth;

“Intended single mother” - a woman without a partner, who communicates with a mother bearing a birth name Boy

[12] Section 2 of Law on Agreements for Carrying Fetuses (Confirmation of Agreement and the Status of the Newborn) (Amendment No. 2), 2018

“In section 2 she may, after” import “the certification committee may, after”;

(a) She is not married, but the approval committee may approve Contact with a surrogate mother who is a married woman, if proven to be pregnant

ที่รับตั้งครรภ์แทนและไม่มีใครที่จะต้องถูกเลือกปฏิบัติและปฏิเสธไม่ให้พวกเขาเข้าสู่กระบวนการมีบุตรเพียงเพราะพวกเขาไม่ใช่คู่ชายและหญิงหรือไม่ได้จดทะเบียนสมรส

อย่างไรก็ตาม เมื่อทำการวิเคราะห์กฎหมายต่างประเทศเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยแล้วนั้น ทั้งตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ รัฐอิสราเอล ล้วนมีกฎหมายที่รับรองสิทธิให้แก่คู่ชายหญิงที่อยู่กินกันฉันสามีภรรยาสามารถใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้ ทั้งนี้ ทุกประเทศที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นนั้นได้ให้ความสำคัญกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ แต่ในขณะเดียวกันกฎหมายของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 ยังมีการจำกัดถึงสิทธิของบุคคลในการเข้ารับบริการ โดยกำหนดให้เป็นสิทธิของสามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น คู่ที่อยู่กินกันฉันสามีภรรยานั้นไม่มีสิทธิอย่างเท่าเทียมกับคู่ที่จดทะเบียนสมรส ไม่มีการกำหนดเงื่อนไขให้ชัดเจนเพื่อเปิดโอกาสให้ทุกคนสามารถมีบุตรทางพันธุกรรมของตนเองได้ ซึ่งขัดกับสิทธิในการสร้างครอบครัวและสิทธิในการเจริญพันธุ์ กฎหมายจึงควรเคารพสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวตามหลักสิทธิมนุษยชนและไม่ควรลิดรอนสิทธิดังกล่าวในกรณีชายหญิงที่อยู่กินกันฉันสามีภรรยาโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรสที่ต้องการมีบุตรแต่มีภาวะการมีบุตรยากเพื่อให้สอดคล้องกับบริบทของสังคมไทย และเพื่อเป็นไปในการบำบัดรักษาผู้ที่มีบุตรยากได้ใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อย่างเหมาะสมและเป็นธรรม

2.2 ข้อจำกัดเกี่ยวกับสิทธิของคู่สมรสที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้มีสัญชาติไทย

ปัจจุบันการอยู่กินกันฉันสามีภรรยาหรือการจดทะเบียนสมรสระหว่างคนต่างสัญชาติทั่วโลกมีแนวโน้มที่เพิ่มขึ้นทุกปี เช่นเดียวกับคนสัญชาติไทยที่มีความประสงค์จะอยู่กินกันฉันสามีภรรยาหรือจดทะเบียนสมรสกับชาวต่างสัญชาติปัจจุบันมีจำนวนเพิ่มมากยิ่งขึ้น ทั้งยังเป็นประโยชน์โดยรวมทั้งในเชิงของสังคมและในเชิงเศรษฐกิจ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่องความสัมพันธ์ในครอบครัว ตั้งแต่ปีพุทธศักราช 2478 ได้มีการวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการยอมรับให้คนสัญชาติไทยทำการสมรสกับบุคคลต่างสัญชาติได้อันเป็นนิติสัมพันธ์อย่างหนึ่งในทางระหว่างประเทศ ซึ่งได้กำหนดไว้ในมาตรา 1459[13] แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นเงื่อนไขหรือแบบของการสมรสและยังไม่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมแต่อย่างใด เพื่อกำหนดเงื่อนไขในการสมรสระหว่างชาย

[13] มาตรา 1459 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “การสมรสในต่างประเทศระหว่างคนที่มีสัญชาติไทยด้วยกัน หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติไทยสามารถดำเนินการที่สถานเอกอัครราชทูตหรือสถานกงสุลใหญ่ไทยในต่างประเทศได้ในกรณีที่คู่สมรสประสงค์จะจดทะเบียนตามกฎหมายไทยให้พนักงานทูตหรือกงสุลไทยเป็นผู้รับจดทะเบียน”

และหญิง ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2495 มาตรา 40 หากคนไทยไปทำการสมรสในต่างประเทศที่ไม่มีนายอำเภอจะมีการกำหนดให้พนักงานทูตหรือกงสุลไทยที่ทำหน้าที่นายทะเบียนเป็นคนจดทะเบียนแทนและการที่คนไทยทำการสมรสในต่างประเทศการสมรสอาจทำระหว่างคนไทยด้วยกันทั้งคู่หรืออาจเป็นการสมรสระหว่างคนไทยกับคนต่างสัญชาติก็ดี กฎหมายได้มีการอนุญาตให้เลือกทำการสมรสตามแบบของกฎหมายในต่างประเทศที่ทำการสมรสหรือจะทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ในกฎหมายไทยก็ได้ ทั้งนี้ จากหลักในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลที่ว่าถ้าทำนิติกรรมตามแบบของประเทศที่ทำนิติกรรมนั้นย่อมสมบูรณ์[14] ในแง่ของการก่อตั้งครอบครัวที่มีลักษณะระหว่างประเทศซึ่งอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.2481 โดยกฎหมายไทยยอมรับการสมรสระหว่างชายและหญิงตามกฎหมายที่ได้ทำการสมรสกันในราชอาณาจักรไทยหรือได้สมรสกันในต่างประเทศซึ่งหากกฎหมายแห่งท้องที่ที่ทำการสมรสถือว่าเป็นการสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายแล้วสามีภรรยาคู่นี้ถือว่าเป็นสามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายในที่อื่น ๆ ทั่วโลกด้วยไม่อาจมีใครโต้แย้งเป็นอย่างอื่นได้[15]

จากการศึกษาพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 ในกรณีที่คู่สมรสกลุ่มนี้เป็นผู้ที่ประสบปัญหาการมีบุตรยากและประสงค์จะมีบุตรโดยการตั้งครรภ์แทนนั้นจะต้องถูกจำกัดด้วยกฎหมายตาม “มาตรา 21 ภายใต้บังคับมาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนอย่างน้อยต้องเป็นไปตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

(1) สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีที่สามีหรือภริยามิได้มีสัญชาติไทย ต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี”

อีกทั้งยังมีประกาศกระทรวงสาธารณสุขที่ออกมารับรองความหมายของสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายให้สอดคล้องกับมาตรา 21 ในข้อ 3 บัญญัติว่า

“ข้อ 3 สามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย หมายความว่า สามีและภรรยาที่จดทะเบียนถูกต้องตามกฎหมายหรือจดทะเบียนสมรสที่ต่างประเทศและกฎหมายไทยให้การรับรอง”

---

[14] เสนีย์ ปราโมทย์, **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวมฤดก พ.ศ.2508**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2508), หน้า 65-66

[15] ประสพสุข บุญเดช, **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2553), หน้า 154.

การที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้เป็นเหตุให้คู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรโดยการใช้เทคโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยการตั้งครรภ์แทนและมีคู่สมรสเป็นบุคคลสัญชาติอื่นต้องรอถึง 3 ปี ซึ่งเป็นข้อจำกัดในด้านความเสมอภาคและการเลือกปฏิบัติต่อสถานะความเป็นครอบครัวอย่างชัดแจ้ง ทำให้กลุ่มคู่สมรสเหล่านี้ต้องยืดระยะเวลาในการมีบุตรออกไป ซึ่งเมื่อพิจารณาจากภาวะของผู้ที่ประสบภาวะการมีบุตรยากนั้น ประเด็นเรื่องอายุและสุขภาพเป็นปัญหาสำคัญอย่างยิ่งในการเจริญพันธุ์ หากปล่อยให้ระยะเวลาล่วงเลยออกไปจะเป็นปัจจัยที่สำคัญซึ่งทำให้ประสิทธิภาพในการมีบุตรของคู่สมรสลดลงอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

เมื่อทำการศึกษาและวิเคราะห์ถึงประเด็นที่มีการจำกัดในเรื่องสัญชาติของคู่สมรสในสหรัฐอเมริกา นอกจากเงื่อนไขทางการแพทย์ สังคมและกฎหมายที่เอื้ออำนวยให้อนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทน ทำให้สามารถวางใจได้ว่าเด็กที่เกิดในสหรัฐอเมริกาหรือเดินทางมาใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในสหรัฐอเมริกาจะได้รับการดูแลอย่างปลอดภัยในทุกขั้นตอน[16] ซึ่งมีการบัญญัติไว้ในมาตรา 7960 Family Code DIVISION บัญญัติว่า “ผู้ปกครองที่ประสงค์จะมีบุตรนั้น หมายถึง บุคคลที่แต่งงานแล้วหรือยังไม่ได้แต่งงานซึ่งแสดงเจตนาที่จะผูกพันกันตามกฎหมายในฐานะผู้ปกครองของเด็กที่จะเกิดจากการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์” และ “ผู้ปกครองโดยเจตนา หมายถึง บุคคลที่แต่งงานแล้วหรือยังไม่ได้แต่งงานซึ่งแสดงเจตนาที่จะผูกพันตามกฎหมายในฐานะผู้ปกครองของเด็กที่เกิดจากการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์” ทั้งนี้ ผู้ปกครองอย่างน้อย 1 คนต้องมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็ก[17] โดยไม่ปรากฏว่าผู้ปกครองหรือผู้ประสงค์จะมีบุตรโดยการตั้งครรภ์แทนนั้นจะต้องมีการจำกัดเรื่องสัญชาติหรือมีการตั้งข้อจำกัดด้วยระยะเวลาเพื่อหน่วงกันไว้เป็นข้อจำกัดในการใช้เทคโนโลยีดังกล่าวเพื่อสร้างครอบครัว

เมื่อศึกษาถึงข้อจำกัดเรื่องระยะเวลาในการสมรสของผู้ที่ประสงค์จะดำเนินการตั้งครรภ์แทนในสหราชอาณาจักร กฎหมายเกี่ยวกับความเป็นมารดาของบุตรที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนว่าด้วยการปฏิสนธิมนุษย์และตัวอ่อนในมาตรา 54 A นั้นได้บัญญัติว่า “ผู้ที่ขอให้ตั้งครรภ์แทน” หมายถึง คู่สมรส คู่ชีวิต ไม่ว่าจะต่างเพศ หรือเพศเดียวกันซึ่งอาศัยอยู่ร่วมกันฉันคู่ชีวิตแบบยั่งยืน จึงจะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ของการให้อำนาจปกครองบุตรให้ตกแก่ครอบครัวของผู้ที่ขอให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นมุ่งเน้นให้เด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทนดังกล่าวมีบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายและ

---

[16] For International Parents, “International Surrogacy Services, CREATIVE FAMILY CONNECTIONS,” [online] Available from : https://www.creativefamilyconnections.com/intended-parents/international-surrogacy [7 February 2024]

[17] Pre-birth Parentage Orders, “Gestational Surrogacy in California,” [online] Available from : https://www.creativefamilyconnections.com/ us-surrogacy-law-map/california/ [7 February 2024]

ให้สิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลโดยไม่จำกัดด้วยสัญชาติหรือระยะเวลา การตั้งครรภ์แทนในสหราชอาณาจักรมีคำสั่งของการขออำนาจปกครองบุตรในมาตรา 54 พระราชบัญญัติการปฏิสนธิมนุษย์และตัวอ่อนมนุษย์ ค.ศ.1990 (Human Fertilisation and Embryology Act 2008)

โดยมีข้อกำหนดว่าเด็กนั้นต้องมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย กล่าวคือต้องมีไข่หรืออสุจิของครอบครัวผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนเป็นส่วนประกอบทางพันธุกรรมของเด็ก และผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนต้องเป็นคู่สมรส หรือคู่ชีวิต ไม่ว่าจะต่างเพศหรือเพศเดียวกัน ซึ่งอาศัยอยู่ร่วมกันฉันคู่ชีวิตแบบยั่งยืน กระทำโดยบุคคลที่มีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ โดยปฏิบัติตามเงื่อนไขในมาตรา 54 A ของพระราชบัญญัติการปฏิสนธิมนุษย์และตัวอ่อนมนุษย์ ค.ศ.1990 ซึ่งผู้ที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนต้องยื่นคำขอให้ศาลสั่งภายใน 6 เดือนนับแต่เด็กเกิด ผู้ยื่นคำขอทั้งสองคนหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งจะต้องมีภูมิลำเนาเดิมในสหราชอาณาจักร

ผู้ยื่นคำขอต้องพิสูจน์ให้เป็นที่พอใจแก่ศาลว่าทั้งผู้ตั้งครรภ์แทนและผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนมีอิสระในการกระทำเรื่องดังกล่าวเป็นการตกลงที่ไม่มีเงื่อนไขใด ๆ ที่เกี่ยวข้องในผลประโยชน์หรือเป็นไปเพื่อการพาณิชย์ และผู้ที่ประสงค์จะมีบุตรจากกระบวนการนี้มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ให้เป็นที่พอใจแก่ศาลว่า ไม่มีเงินหรือผลประโยชน์อื่นใดในเชิงพาณิชย์มาเกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ นอกเหนือจากค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นตามจำเป็นและสมควร ทั้งนี้ เด็กนั้นต้องอาศัยอยู่กับคู่สมรสที่ว่าจ้างในขณะที่ยื่นคำร้องและขณะที่ศาลมีคำสั่ง[18]

ดังนั้น สหราชอาณาจักรจึงเป็นประเทศที่ให้ความสำคัญในการสร้างครอบครัวในรูปแบบที่หลากหลายและสหราชอาณาจักรยังเป็นประเทศต้นแบบในการยกร่างพระราชบัญญัติคุ้มครอง

---

[18] Section 54 Parental orders of Human Fertilisation and Embryology Act 2008.

"54 (1) On an application made by two people ("the applicants"), the court may make an order providing for a child to be treated in law as the child of the applicants if—

(a) the child has been carried by a woman who is not one of the applicants, as a result of the placing in her of an embryo or sperm and eggs or her artificial insemination,

(b) the gametes of at least one of the applicants were used to bring about the creation of the embryo, and

(c) the conditions in subsections (2) to [F2(8A)] are satisfied.

(2) The applicants must be—

(a) husband and wife,

(b) civil partners of each other, or

(c) two persons who are living as partners in an enduring family relationship and are not within prohibited degrees of relationship in relation to each other.

เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่บังคับใช้ในปัจจุบันด้วย สำหรับผู้ปกครองที่มีความประสงค์จะมีบุตรจากการตั้งครรภ์แทนในสหราชอาณาจักรนั้นได้มีกฎหมายกำหนดให้จะต้องมีการทำคำร้องขอต่อศาลสูงเพื่อขออำนาจปกครองบุตรที่เกิดจากกระบวนการดังกล่าว โดยกฎหมายไม่ได้จำกัดถึงสัญชาติของคู่สมรสของผู้เข้ารับบริการหรือผู้ยื่นคำขอทั้งสองคนหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งจะต้องมีภูมิลำเนาเดิมในสหราชอาณาจักรและไม่ได้จำกัดว่าคู่สมรสนั้นจะต้องมีการจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี จึงเป็นการเปิดโอกาสให้กับประชากรในประเทศได้ใช้สิทธิในการสร้างครอบครัวโดยไม่ถูกจำกัดด้วยเงื่อนไขของระยะเวลาในการสมรสถึงแม้ว่าจะได้มีการสมรสกับคนสัญชาติอื่นและเป็นคู่ที่แพทย์มีความเห็นว่าเป็นผู้มีบุตรยากและต้องใช้การตั้งครรภ์แทนนั้นสามารถกระทำได้

การตั้งครรภ์แทนในสาธารณรัฐแอฟริกาใต้มีการกำหนดสิทธิของผู้ปกครองที่เข้ารับบริการการตั้งครรภ์แทนว่าผู้ปกครองที่เข้ารับบริการการตั้งครรภ์แทนคือบุคคลหรือคู่สามีภรรยาที่ไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ด้วยตนเองไม่ว่าด้วยเหตุผลใดก็ตามและเลือกการตั้งครรภ์แทนเพื่อสร้างครอบครัว และจะต้องได้รับการอนุญาตจากศาลในการที่จะเป็น “ผู้ปกครองทางพันธุกรรม” ของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน โดยมีระบุไว้ในข้อตกลงตามข้อตกลงที่ 292 ถึง 295 ของ Content of Chapter 19 of the Children’s Act 2010 โดยมีการระบุว่าเงื่อนไขในการตั้งครรภ์แทนที่จะต้องขออนุญาตจากศาลบุคคลที่จะเป็นผู้ปกครองนั้นจะเป็นสามีภรรยาหุ้นส่วนชีวิตและจะต้องมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมของเด็กอย่างน้อยหนึ่งคน คือ บุคคลหรือคู่สามีภรรยาที่ไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ด้วยตนเองไม่ว่าจะเหตุผลใดก็ตามและเลือกการตั้งครรภ์แทนเพื่อสร้างครอบครัว ผู้เข้ารับบริการจะเป็นบิดามารดาเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ทันที[19] อาจมีเงื่อนไขการขออนุญาตจากศาล ดังนี้

1. การตั้งครรภ์แทนข้อตกลงการเป็นมารดาที่ตั้งครรภ์แทนจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรลงนามโดยคู่สัญญาทุกฝ่ายและได้รับการยืนยันจากศาลสูง ต้องทำข้อตกลงในสาธารณรัฐแอฟริกาใต้และจำเป็นอย่างยิ่งที่มารดาที่ตั้งครรภ์แทนต้องมีภูมิลำเนาภายในสาธารณรัฐแอฟริกาใต้[20]

---

[19] Fertility Center, “The progress for Surrogacy in South Africa,” [online] Available from : https://www.fertilitycentre.co.za/2022/06/01/the-top-eight-questions-people-have-about-the-process-of-applying-for-surrogacy-in-south-africa/ [16 March 2023]

[20] i) Formalities – Section 292 of Content of Chapter 19 of the Children’s Act 2010

“Surrogate motherhood agreement must be in writing, signed by all the parties thereto and confirmed by the High Court. The agreement must be entered into in the Republic and it is imperative that the surrogate mother be domiciled within the Republic.”

2. ต้องได้รับความยินยอมจากคู่สัญญาทุกฝ่ายในข้อตกลง เช่น สามีภรรยาหรือหุ้นส่วนชีวิต ผู้ปกครองที่ว่าจ้างและมารดาที่ตั้งครรภ์แทนก่อนที่ศาลจะอนุญาต หากความยินยอมดังกล่าวไม่ได้รับอนุญาตโดยไม่มีเหตุอันสมควรทางสามีภรรยาหรือคู่ครองไม่ใช่ผู้ปกครองทางพันธุกรรมของเด็กศาลอาจยืนยันความเป็นผู้ปกครอง[21]

3. การกำเนิดทางพันธุกรรมของเด็ก ผู้ปกครองที่ว่าจ้างอย่างน้อย 1 คน จะต้องเป็นผู้บริจาคเซลล์สืบพันธุ์เพื่อวัตถุประสงค์ในการกำเนิดทางพันธุกรรมของเด็ก[22]

4. ข้อกำหนดการยืนยันทางพันธุกรรมโดยศาล ผู้ปกครองที่ว่าจ้างต้องเป็นผู้มีบุตรยากอย่างน้อย 1 คนและผู้ว่าจ้างต้องเป็นบุคคลที่เหมาะสมที่จะยอมรับเป็นบิดามารดาของเด็กที่จะตั้งครรภ์และเข้าใจถึงผลทางกฎหมายของข้อตกลง[23]

ดังนั้น กฎหมายในแอฟริกาใต้ไม่ได้มีการกำหนดถึงในกรณีที่ผู้ปกครองที่ประสงค์จะมีบุตรมีคู่สมรสเป็นคนสัญชาติอื่นและประสงค์จะมีบุตรจะต้องจำกัดระยะเวลาในการสมรสมาไม่น้อยกว่า 3 ปี เพียงแต่ศาลจะพิจารณาเพียงบุคคลที่ประสงค์จะมีบุตรจากการตั้งครรภ์แทนนั้นจะต้องมีความเหมาะสมที่จะเป็นผู้ปกครองของบุตรอย่างแท้จริงโดยให้สิทธิในการสร้างครอบครัวกับคนในรัฐ โดยไม่จำกัดถึงระยะเวลาในการสมรสของผู้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยการตั้งครรภ์แทน

---

[21] ii) Consent - Section 293 of Content of Chapter 19 of the Children's Act 2010

"The consent of all parties to the agreement must be obtained ie the husband, wife or partner of the commissioning parent and the surrogate mother, before the court may confirm the agreement. Where such consent is unreasonably withheld and the husband, wife or partner is not the genetic parent of the child, the court may confirm such agreement."

[22] iii) Genetic origin of the child - Section 294 of Content of Chapter 19 of the Children's Act 2010

"At least one of the commissioning parents is required to be a gamete donor for the purposes of the genetic origin of the child (implication – at least one commissioning parent must be fertile)."

[23] iv) Requirements for the confirmation by court - Section 295 of Content of Chapter 19 of the Children's Act 2010

"The commissioning parent(s) are permanently unable to give birth to a child (implication – at least one commissioning parent must be infertile). The commissioning parents must be suitable persons to accept the parenthood of the child to be conceived and understand the legal consequences the agreement.

The surrogate must also be competent, suitable to act as a surrogate mother and must also understand the legal consequences of the agreement. The court must be certain the agreement has been entered into for altruistic not commercial reasons (contractual implications).

The surrogate must have had at least one pregnancy and viable delivery and a living child of her own (implications – only woman who have children of their own may be surrogates). The agreement must include specific provisions for the child that are above all in his or her interests."

ในรัฐอิสราเอล มีการประกาศให้การตั้งครรภ์แทนถูกกฎหมายตั้งแต่ปี พ.ศ.2539 ภายใต้ “กฎหมาย Embryo Carrying Agreements” หรือกฎหมายที่ระบุข้อกำหนดเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนโดยเฉพาะทำให้อิสราเอลเป็นประเทศแรกในโลกที่มีการวางระบบตั้งครรภ์แทนโดยรัฐ กฎหมายที่เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนในรัฐอิสราเอลนั้นถือเป็นการรักษาภาวะเจริญพันธุ์ เนื่องจากเกณฑ์ทางการแพทย์ที่เข้มงวดสำหรับคู่รักต่างเพศหรือหญิงโสดที่อาศัยอยู่ในอิสราเอล ทั้งสองกรณีต้องมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับบิดาหรือมารดาอย่างน้อย 1 คน โดยได้มีการบัญญัติไว้ในข้อตกลงสำหรับการตั้งครรภ์แทนของทารกในครรภ์ (การอนุมัติข้อตกลงและสถานะของทารกเกิดใหม่) The Embryo Carrying Agreement (Authorization Agreement & Status of the Newborn Child) 1996 ตามข้อ 5756-1996 เกี่ยวข้องกับข้อตกลงระหว่างเจตนาของผู้เข้ารับบริการการตั้งครรภ์แทนและผู้รับตั้งครรภ์แทนซึ่งรัฐต้องเป็นผู้ให้อนุญาตการตั้งครรภ์แทนทุกกรณีที่มีการร้องขอบุคคลที่จะเป็นบิดามารดาตามกฎหมายนั้นจะต้องมีพันธุกรรมเกี่ยวข้องกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนและจะต้องได้รับอนุญาตจากศาล ศาลจะมีคำสั่งให้เป็นบิดามารดาชอบด้วยกฎหมายและให้คำนิยามว่า “ผู้ปกครองที่ประสงค์จะมีบุตร” นั้นให้หมายถึง ผู้ปกครองซึ่งเป็นคู่สมรสที่มีความประสงค์และตั้งใจจะมีบุตรหรือชายและหญิงที่เป็นคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรโดยการตั้งครรภ์แทนและผู้หญิงโสดที่ประสงค์จะใช้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนสามารถเข้ารับบริการได้ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด

กฎหมายว่าด้วยข้อตกลงในการตั้งครรภ์แทน (การยืนยันข้อตกลงและสถานะของทารกแรกเกิด) แก้ไขครั้งที่ 2 ค.ศ.2018 มีข้อกำหนดว่าผู้ปกครองที่ประสงค์จะมีบุตร หมายถึง ผู้ปกครองซึ่งเป็นคู่สมรสที่มีความประสงค์และตั้งใจที่จะมีบุตร ทั้งที่เป็นชายและหญิงที่เป็นคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรโดยใช้การตั้งครรภ์แทน ผู้หญิงโสดที่ประสงค์โดยการใช้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน โดยผู้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยใช้การตั้งครรภ์แทนจะต้องเป็น “ผู้ที่พำนักในอิสราเอล” หมายถึง พลเมืองหรือผู้ถือใบอนุญาตมีถิ่นที่อยู่ถาวรซึ่งอาศัยอยู่ในอิสราเอลอย่างน้อย 3 ปี แต่ไม่เกิน 5 ปี ก่อนยื่นการอนุมัติ[24]

---

[24] Section 1 of Law on Agreements for Carrying Fetuses (Confirmation of Agreement and the Status of the Newborn) (Amendment No. 2), 2018

In section 1 1) below Amendment of

Section 1.1 of the Law on Agreements for the Carrying of Fetuses (Confirmation of the Agreement and the Status of the Newborn), 1996-55

- the main law (in section 1 -

(1) Instead of the definition “intended parents” there will be:

“intended parents” - intended parents who are spouses and also if a unit is intended;

เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายประเทศไทยในเรื่องของข้อจำกัดทางกฎหมายในการจำกัดระยะเวลาของคู่สมรสที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติอื่นร่วมกับกฎหมายของ สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ รัฐอิสราเอล การจำกัดจำนวนปีเป็นสาระสำคัญประเด็นหนึ่งทางการแพทย์ที่จะใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เพราะเรื่องอายุเป็นสาระสำคัญของการเจริญพันธุ์และความเสื่อมต่าง ๆ ของร่างกายของคู่สมรสทั้งฝ่ายชายเองก็ดี หรือฝ่ายหญิงก็ดีทำให้เงื่อนไขดังกล่าวไปกระทบถึงสิทธิของคู่สมรสอย่างมีนัยสำคัญ การที่กฎหมายในประเทศไทยมีการจำกัดระยะเวลาของคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรในกรณีที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติอื่นนั้นซึ่งมีความแตกต่างจากกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ รัฐอิสราเอลซึ่งไม่ได้มีการระบุเรื่องสัญชาติ หรือมีการกำหนดระยะเวลาของคู่สมรสที่ประสงค์จะเข้ารับบริการไว้แต่อย่างใด จึงเป็นการไม่เคารพสิทธิในการสร้างครอบครัวและเป็นการเลือกปฏิบัติต่อคู่สมรส ทั้งที่จุดเกาะเกี่ยวของรัฐด้วยคนสัญชาติไทยฝ่ายหนึ่งนั้นเป็นคนที่อยู่ภายในกำกับของรัฐไทยจึงมีสิทธิในการเข้าถึงเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เสมือนครอบครัวอื่น ๆ การที่กฎหมายไทยนำหลักการเรื่องสัญชาติของคู่สมรสมาจำกัดให้จะต้องมีการรอถึง 3 ปีนั้นทำให้ปัญหาในการมีบุตรยากของคู่สมรสนั้นไม่อาจแก้ปัญหาได้อย่างมีประสิทธิภาพ ถึงแม้ว่าคู่สมรสอีกฝ่ายจะไม่ได้มีสัญชาติไทยก็ตามหากแต่คู่สมรสดังกล่าวต้องด้วยข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ซึ่งแพทย์จะเป็นผู้วินิจฉัยว่าอยู่ในภาวะของผู้มีบุตรยากหรือไม่ และสมควรใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ช่วยให้คู่สมรสนั้นมีบุตรได้หรือไม่ ซึ่งจะตรงกับเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้ซึ่งออกมาแก้ไขปัญหาของผู้มีบุตรยากได้อย่างตรงตามวัตถุประสงค์ แต่การจำกัดด้วยระยะเวลาดังกล่าวนอกจากจะเป็นการไม่เคารพความเป็นครอบครัวของคู่สมรสแล้วยังไม่เป็นการเคารพกฎหมายในส่วนของการสร้างครอบครัวของผู้ที่มีสัญชาติไทยและประสงค์จะสมรสกับบุคคลที่มีสัญชาติอื่นที่จะต้องอนุวัติตามที่ได้บัญญัติขึ้น อีกทั้ง ยังเป็นการอนุมานในเชิงลบว่าการที่คนสัญชาติไทยสมรสกับคนที่มีสัญชาติอื่นแล้วมีความประสงค์จะมีบุตรนั้นเป็นคู่สมรสที่มีเจตนาในการสมรสไม่สุจริตจึงไม่มีสิทธิในการสร้างครอบครัว ทั้งข้อจำกัดในส่วนนี้อยู่ทำให้ปัญหาในการมีบุตรยากของคู่สมรสนั้นไม่อาจแก้ปัญหาได้อย่างมีประสิทธิภาพ

“intended parents who are spouses” - a man and a woman who are spouses, communicating together with a mother carrying a child for birth;

“Intended single mother” - a woman without a partner, who communicates with a mother bearing a birth name Boy

2.3 อุปสรรคทางกฎหมายในการเลือกเพศของบุตรที่เสี่ยงต่อการมีโรคติดต่อทางพันธุกรรม

เรื่องการเลือกเพศของบุตรที่อยู่ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 นั้นได้กำหนดไว้ตามมาตรา “มาตรา 18 ในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ อาจทำการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมในตัวอ่อนที่อาจเกิดขึ้นได้ตามความจำเป็นและสมควร ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะที่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการเลือกเพศ” นอกจากนี้ยังมีกฎหมายที่ออกมากำหนดภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 ด้วยประกาศแพทยสภาซึ่งมุ่งเน้นที่มาตรฐานการประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ ซึ่งเมื่อพิจารณาประกาศแพทยสภา ที่ 94 (5)/2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมในตัวอ่อน ใน “ข้อ 2 ซึ่งมีวัตถุประสงค์ของการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมในตัวอ่อนเพื่อการคัดกรองความผิดปกติทางพันธุกรรมของตัวอ่อนหากมีความผิดปกติทางพันธุกรรมหรือมีพันธุกรรมแฝงที่ทราบอยู่ก่อนแล้วและต้องไม่กระทำในลักษณะที่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการเลือกเพศ”[25] จึงเห็นได้ว่ากฎหมายทั้งสองฉบับที่ได้มีการประกาศใช้เพื่อใช้บังคับให้แพทย์ผู้ประกอบอาชีพเวชกรรมเกี่ยวกับการให้บริการทางการแพทย์เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไม่สามารถกระทำการเลือกเพศของบุตรที่ตนประสงค์จะมีได้ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลเป็นประการใดก็ตาม จึงทำให้เกิดการตีความกฎหมายและทำให้เกิดความไม่สมบูรณ์ทั้งในทางกฎหมายและในทางปฏิบัติ ซึ่งในส่วนของทางการแพทย์เองที่ประสงค์จะดำเนินการต่อคู่สมรสต่อไปอย่างไรก็จะประสบกับอุปสรรคทางกฎหมายที่ว่านี้ “ห้ามกระทำในลักษณะที่อาจเข้าใจได้ว่าเป็นการเลือกเพศ” หรือแม้กระทั่งตัวคู่สมรสเอง หากทางการแพทย์มีการวินิจฉัยตรวจโรคติดต่อทางพันธุกรรมแก่ตัวอ่อนเป็นที่เรียบร้อยแล้ว พบว่าตัวอ่อนหรือบุตรที่ทำการฝังตัวนั้นอาจมีความเสี่ยงที่จะเกิดโรคติดต่อทางพันธุกรรมและส่งผลกระทบต่อสภาพครอบครัวในอนาคต ซึ่งเป็นอุปสรรคอย่างแท้จริงในการวางแผนครอบครัวของคู่สมรสที่มีบุตรยากและประสงค์จะมีบุตรโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

[25] ข้อ 2 แห่งประกาศแพทยสภา ที่ 94 (5)/2558 เรื่องหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมในตัวอ่อน

เมื่อทำการศึกษาในส่วนของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเลือกเพศตามกฎหมายไทยและตามกฎหมายต่างประเทศพบว่า การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในกฎหมายต่างประเทศนั้นมีวัตถุประสงค์อีกอย่างหนึ่งเพื่อจัดการกับปัญหาที่จะเกิดขึ้นในอนาคตและเพื่อควบคุมสิ่งที่อาจก่อให้เกิดความเสี่ยงที่สำคัญต่อผู้หญิง เด็ก และสังคมโดยรวม

ตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกาอนุญาตคลินิกที่ทำการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (ART) และบริการในการตรวจคัดกรองพันธุกรรมก่อนปลูกถ่าย (Preimplantation Genetic Screening: PGS) มีการสร้างฐานข้อมูลและเก็บข้อมูลเกี่ยวกับผลลัพธ์ด้านสุขภาพของผู้ที่มาใช้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (ART) และรูปแบบการปฏิบัติและมีการติดตามฐานข้อมูลรวมถึงความเสี่ยงต่อบุคคลและสังคมการทดสอบทางพันธุกรรมเพื่อเลือกเพศของบุตรหรือเพื่อหาความผิดปกติทางพันธุกรรมนั้น จึงกลายเป็นสิ่งที่จำเป็นในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่จะใช้ในการวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมและการสร้างความสมดุลในครอบครัวในสหรัฐอเมริกา[26] เพื่อให้ครอบครัวนั้นได้มีบุตรที่เกิดมาโดยไม่มีความเสี่ยงทางโรคที่เกี่ยวกับพันธุกรรมแต่อย่างใด จึงไม่มีกฎหมายใดที่เข้ามาควบคุมหรือห้ามไม่ให้คู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรทำการห้ามเลือกเพศของบุตรหรือห้ามทดสอบทางพันธุกรรม[27] นอกจากจะเป็นการป้องกันการผิดปกติทางเพศของเด็กที่จะเกิดขึ้นในอนาคตแล้วยังแก้ไขปัญหาเรื่องความสมดุลในครอบครัวและสามารถทำให้ครอบครัวสามารถมีการวางแผนได้อย่างมีประสิทธิภาพและสามารถหลีกเลี่ยงอัตราการทำแท้งได้อีกด้วย

ในสหราชอาณาจักรได้มีการบัญญัติว่าถึงแม้จะห้ามเลือกเพศบุตรเพื่อเหตุผลทางสังคมแต่หากตรวจพบว่ามีโรคติดต่อทางพันธุกรรมอย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อเป็นการรับประกันว่าเด็กที่เกิดมาจะไม่มีโรคติดต่อทางพันธุกรรมตามพระราชบัญญัติการปฏิสนธิของสหราชอาณาจักรนี้จะอนุญาตให้กระทำการเลือกเพศได้ในเฉพาะหญิงตั้งครรภ์ที่มีแนวโน้มว่าบุตรที่คลอดออกมาจะมีความพิการทางด้านร่างกายหรือจิตใจอย่างร้ายแรงที่เกี่ยวข้องกับเพศสภาพหรือโรคติดต่ออย่างร้ายแรงที่ส่งต่อทางพันธุกรรมหรือภาวะทางการแพทย์ร้ายแรงอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเพศ อาจมีความพิการทางด้านร่างกายหรือจิตใจ ความเจ็บป่วย เงื่อนไขทางการแพทย์ที่เกี่ยวกับเพศนั้น ๆ ที่ส่งผลต่อเพศหนึ่ง

---

[26] Gender Selection, “Gender selection can help patients have the family they’ve always dreamed of,” [online] Available from : https://fertilitycenterlv.com/fertility-treatments/gender-selection/ [22 February 2023]

[27] Michelle J Bayefsky, “Comparative preimplantation genetic diagnosis policy in Europe and the USA and its implications for reproductive tourism”, in **Reproductive Biomedicine and Society Online**, 3 (2016), p.41-47.

มากกว่าอีกเพศหนึ่งอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อสภาพร่างกายหรือจิตใจของเด็กและครอบครัวในอนาคต[28] จึงจะอนุญาตให้ทำการเลือกเพศของบุตรได้โดยไม่ให้คู่สมรสจะต้องมาแบกรับความเสี่ยงดังกล่าวทางพันธุกรรมที่จะเกิดขึ้นในอนาคต

พระราชบัญญัติการปฏิสนธิของมนุษย์ 1990 ของประเทศอังกฤษ (The Human Fertilisation and Embryology Act 1990) ในเรื่องของการทดสอบตัวอ่อนและการเลือกเพศนั้นได้มีการบัญญัติว่า กฎหมายไม่อนุญาตการปฏิบัติการใด ๆ ที่ออกมาเพื่อรับประกันว่าเด็กที่เกิดจะเป็นเพศใดเพศหนึ่งมากกว่าอีกเพศหนึ่ง เพื่อรับประกันว่าเด็กที่เกิดจะเป็นเพศเดียวมากกว่าอีกเพศหนึ่ง แต่ในกรณีที่มีความเสี่ยงโดยเฉพาะที่หญิงตั้งครรภ์จะคลอดบุตรที่จะมีหรือพัฒนาไปสู่

(1) ความพิการทางร่างกายหรือจิตใจอย่างร้ายแรงที่เกี่ยวข้องกับเพศสภาพ

(2) โรคร้ายแรงที่เกี่ยวข้องกับเพศสภาพหรือ

(3) ภาวะทางการแพทย์ที่ร้ายแรงอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเพศ

การอนุญาตสำหรับการรักษาหรือการทดสอบตัวอ่อนในกรณีที่จะต้องมีการทดสอบตัวอ่อนได้นั้นตามกฎหมายในสหราชอาณาจักรอนุญาตให้มีการทดสอบตัวอ่อนได้ในกรณีที่ตัวอ่อนเกิดมีความผิดปกติที่อาจส่งผลต่อความสามารถในการดำรงชีพของเด็กและในกรณีที่พบว่ามีความผิดปกติของยีนหรือโครโมโซมไมโทคอนเดรียผิดปกติหรือในกรณีที่มีความเสี่ยงเฉพาะเด็กที่เกิดมาจะมีพัฒนาการช้า มีความทุพพลภาพร้ายแรงทางร่างกายหรือจิตใจ มีอาการเจ็บป่วยเรื้อรังเกี่ยวกับเพศหรือเงื่อนไขทางการแพทย์อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเพศเป็นตัวกำหนดเพศของตัวอ่อน ในกรณีที่การมีเพศใดเพศหนึ่งแล้วมีความเสี่ยงเฉพาะจะสามารถทำการอนุญาตให้ทดสอบได้หรือพบว่าความเสี่ยงมีผลสำคัญต่อพัฒนาการความทุพพลภาพร้ายแรงทางร่างกายหรือจิตใจการเจ็บป่วยที่ร้ายแรงหรืออื่น ๆ และสภาพทางการแพทย์ที่ร้ายแรงและในกรณีที่มีเพศหนึ่งจะส่งผลกระทบมากกว่าการมีอีกเพศหนึ่งอย่างมีนัยสำคัญ[29]

---

[28] Section 3 of Act for Protection of Embryos (The Embryo Protection Act) Forbidden sex selection

Anyone who attempts to fertilise artificially a human egg cell with a sperm cell, that is selected for the sex chromosome contained in it, will be punished with up to one years's imprisonment or a fine. This does not apply when the selection of an sperm cell is made by a doctor in order to preserve the child from falling ill with Duchenne-type muscular dystrophy or a similarly severe sex-linked genetic illness, and the illness threatening the child is recognised as being of appropriate severity by the body responsible according to Land legislation

[29] Human Fertilisation and Embryology (HFE) Act 1990 (as amended) Schedule 2 – Activities that may be licensed under the 1990 Act Licences for treatment Embryo testing

ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวนั้นมีเงื่อนไขในการอนุญาตให้วินิจฉัยเพศในกรณี ดังนี้

1. ตัวอ่อนที่ทราบกันว่ามียีน โครโมโซม หรือโครโมโซมไมโทคอนเดรียผิดปกติที่เกี่ยวข้องความเสี่ยงที่มีสำคัญที่บุคคลที่มีความผิดปกติจะมีหรือพัฒนาช้าหรือมีความพิการทางร่างกายหรือจิตใจอย่างรุนแรง

2. โรคร้ายแรงตามเงื่อนไขทางการแพทย์อื่น ๆ

3. ตัวอ่อนที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่าเป็นเพศใดเพศหนึ่งและเป็นที่ทราบว่ามีความเสี่ยงเป็นพิเศษเมื่อเทียบกับเอ็มบริโอของเพศนั้นโดยทั่วไป ผลลัพธ์ที่ได้จะมีความพิการทางร่างกายหรือจิตใจอย่างร้ายแรงที่เกี่ยวข้องกับเพศ

4. โรคร้ายแรงที่เกี่ยวข้องกับเพศหรือเงื่อนไขทางการแพทย์ที่ร้ายแรงอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเพศ คู่สมรสจะต้องไม่ถูกแบกรับความเสี่ยงดังกล่าว[30]

1ZA (1) A licence ... cannot authorise the testing of an embryo, except for one or more of the following purposes–

(a) establishing whether the embryo has a gene, chromosome or mitochondrial abnormality that may affect its capacity to result in a live birth,

(b) in a case where there is a particular risk that the embryo may have any gene, chromosome or mitochondrion abnormality, establishing whether it has that abnormality or any other gene, chromosome or mitochondrion abnormality,

(c) in a case where there is a particular risk that any resulting child will have or develop–

(i) a gender-related serious physical or mental disability,

(ii) a gender-related serious illness, or

(iii) any other gender-related serious medical condition, establishing the sex of the embryo, ...

(e) in a case where uncertainty has arisen as to whether the embryo is one of those whose creation was brought about by using the gametes of particular persons, establishing whether it is.

(2) A licence... cannot authorise the testing of embryos for the purpose mentioned in subparagraph (1) (b) unless the Authority is satisfied–

(a) in relation to the abnormality of which there is a particular risk, and

(b) in relation to any other abnormality for which testing is to be authorised under subparagraph (1) (b), that there is a significant risk that a person with the abnormality will have or develop a serious physical or mental disability, a serious illness or any other serious medical condition.

(3) For the purposes of sub-paragraph (1) (c), a physical or mental disability, illness or other Medical condition is gender-related if the Authority is satisfied that–

(a) it affects only one sex, or

(b) it affects one sex significantly more than the other.

[30] Licence conditions Embryos that are known to have a gene, chromosome or mitochondrion abnormality involving a significant risk that a person with the abnormality will have or develop:

a. a serious physical or mental disability

สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ประเด็นในการเลือกเพศของบุตรหรือการเลือกเพศโดยการตรวจพันธุกรรมตามข้อบังคับเกี่ยวกับการเลือกเพศ (The Sex Selection Prohibition) นั้นสามารถกระทำได้[31] ตั้งแต่มีการปฏิสนธิโดยมีการให้เหตุผลในการเลือกเพศนั้นมีตั้งแต่เรื่องความสมดุลในครอบครัวความปรารถนาที่จะมีบุตรในแต่ละเพศตลอดจนเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องทางพันธุกรรมที่เชื่อมโยงกับโรคติดต่อทางพันธุกรรม[32] โดยมีการบัญญัติว่าการเลือกเพศเป็นเรื่องที่เป็นส่วนหนึ่งของอิสระในการสืบพันธุ์และการตัดสินใจว่าจะมีบุตรเป็นเพศใด เพิ่มสิทธิและเสรีภาพในการเจริญพันธุ์ รวมไปถึงสิทธิในการตัดสินใจเกี่ยวกับจำนวนของบุตรในแต่ละครอบครัว สิทธิความเป็นส่วนตัวและเสรีภาพความปลอดภัยของบุคคลสิทธิในการคุ้มครองความเป็นบิดามารดาและสิทธิในการเลือกเพศจะอยู่ภายใต้สิทธิต่าง ๆ ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นทุกครอบครัวสามารถใช้สิทธิในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้อย่างอิสระล้วนแล้วแต่เกิดจากการตัดสินใจของครอบครัวจึงเป็นประเทศที่เคารพสิทธิในครอบครัวอย่างแท้จริง

ส่วนในรัฐอิสราเอลการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้นสามารถทำการยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการสาธารณสุขเพื่อขออนุมัติการวินิจฉัยพันธุกรรมก่อนการปลูกถ่าย

---

b. a serious illness, or

c. any other serious medical condition, must not be preferred to those that are not known to have such an abnormality.

Embryos that are known to be of a particular sex and are known to carry a particular risk, compared with embryos of that sex in general, that any resulting child will have or develop:

a. a gender-related serious physical or mental disability

b. a gender-related serious illness, or

c. any other gender-related serious medical condition, must not be preferred to those that are not known to carry such a risk.

[31] (ii) The Sex Selection Prohibition 92 of IN THE HIGH COURT OF SOUTH AFRICA GAUTENG DIVISION, PRETORIA CASE NO: 50683/2020

Preimplantation sex selection refers to the selection of a specific embryo to be transferred to the recipient's uterus based on the recipient's preference to have a baby of a certain sex. This can be done by using Preimplantation Genetic Diagnosis (PGD) or other technologies such as MicroSort. This was unregulated in South Africa before 2012 and was offered as a service by some fertility clinics. The current regulations prohibit it.

[32] (ii) The Sex Selection Prohibition 87 of IN THE HIGH COURT OF SOUTH AFRICA GAUTENG DIVISION, PRETORIA CASE NO: 50683/2020

Such as cystic fibrosis, haemophilia, and sickle cell disease

พันธุกรรมเข้าสู่ร่างกายได้ โดยทำเป็นคำร้องเป็นลายลักษณ์อักษรต่อคณะกรรมการและคณะกรรมการจะทำการพิจารณาสำหรับการวินิจฉัยพันธุกรรมก่อนการปลูกถ่ายและมีการห้ามเลือกเพศของตัวอ่อนเพื่อจุดประสงค์ที่ไม่ใช่โดยทางการแพทย์ โดยไม่สามารถเลือกได้หากเป็นเหตุผลในทางสังคมหรือความต้องการของครอบครัว แต่หากมีข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ว่าจะเกิดความเจ็บป่วยอย่างร้ายแรงทางพันธุกรรมที่ส่งผลกระทบต่อเด็กจะต้องมีการขออนุญาตให้มีการเลือกเพศได้ในกรณีพิเศษ[33] โดยคณะกรรมการจะเป็นคนตรวจสอบคำร้องขอโดยทำเป็นลายลักษณ์อักษรและให้กรรมการอนุมัติล่วงหน้าโดยมีการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของผู้เข้ารับบริการ นอกจากเรื่องความเสี่ยงทางสุขภาพหรือความเสี่ยงทางพันธุกรรมอย่างร้ายแรงที่อาจส่งต่อสู่ทารกในครรภ์นั้น

การเลือกเพศของบุตรในรัฐอิสราเอลนั้น รัฐบาลอิสราเอลได้มีการระบุว่าปัจจุบันสามารถเลือกเพศของบุตรได้ผ่านการตรวจวินิจฉัยทางพันธุกรรมก่อนการปลูกถ่ายและการปฏิสนธิภายนอกร่างกาย แต่ห้ามการเลือกเพศของตัวอ่อนเพื่อจุดประสงค์ที่ไม่ใช่ทางการแพทย์ โดยคณะกรรมการจะเป็นคนตรวจสอบคำขอสำหรับการเลือกเพศและตัดสินใจว่าจะยอมรับหรือปฏิเสธคำขอดังกล่าวอนุญาตให้มีการเลือกเพศได้ในกรณีพิเศษและต้องได้รับการอนุมัติล่วงหน้าเป็นลายลักษณ์อักษรจากคณะกรรมการและผู้ที่สามารถใช้บริการดังกล่าว ได้แก่ คู่สมรส ผู้ที่อยู่กินกันฉันสามีภรรยา และคนโสด คณะกรรมการจะทำการอนุมัติคำร้องได้เมื่อผู้เข้ารับบริการมีเงื่อนไขและคุณสมบัติดังต่อไปนี้

1. หากพบว่ามีความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายร้ายแรงต่อสุขภาพจิตของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือต่อบุตรในครรภ์หากไม่สามารถระบุเพศของบุตรได้ล่วงหน้า

2. หากผู้เข้ารับบริการมีบุตรเพศเดียวกันแล้วอย่างน้อย 4 คนและไม่มีบุตรเป็นเพศอื่นยกเว้นในกรณีพิเศษและหายากด้วยเหตุผลพิเศษ (ให้บันทึกไว้ในคำตัดสินของคณะกรรมการ)

3. ผู้เข้ารับบริการจะได้รับคำปรึกษาและคำชี้แจงทางพันธุกรรมรวมถึงรายละเอียดขั้นตอนและคำแนะนำจากแพทย์ผู้มีบุตรยากถึงโอกาสและความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้น รวมถึงข้อพิจารณาด้านจริยธรรมที่เกี่ยวข้องกับการเลือกเพศของเด็กในครรภ์ รวมถึงสิ่งที่เกิดขึ้นกับตัวอ่อนที่ไม่ได้รับการคัดเลือก

4. ผู้เข้ารับบริการจะต้องให้ความยินยอมเป็นลายลักษ์อักษร

การตัดสินจากคณะกรรมการจะพิจารณาจากผู้เข้ารับบริการที่จำเป็นต้องมีการปฏิสนธิภายนอกร่างกายด้วยเหตุผลทางการแพทย์และไม่ใช่เพียงเพื่อวัตถุประสงค์ในการเลือกเพศของทารก

---

[33] Judy Siegel-Itzkovich, “Israel allows sex selection of embryos for non-medical reasons,” [online] Available from : www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC558118/ [25 March 2023]

แรกเกิด มีการพิจารณาจากระดับความเสี่ยงและภาระของมารดาต่อการทำเด็กหลอดแก้วหากไม่จำเป็นทางการแพทย์และทำเพื่อวัตถุประสงค์ของการเลือกเพศของทารกแรกเกิดเท่านั้น จำเป็นต้องผ่านกระบวนการวินิจฉัยพันธุกรรมก่อนการปลูกถ่ายด้วยเหตุผลทางการแพทย์หรือไม่และไม่ใช่เพื่อการเลือกเพศของทารกแรกเกิดเท่านั้น และสถานภาพการสมรสและสถานะทางสังคมของผู้เข้ารับบริการรวมไปถึงอายุของผู้เข้าบริการ[34]

อย่างไรก็ตาม เมื่อทำการเปรียบเทียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอุปสรรคทางกฎหมายของผู้ที่ประสงค์จะเข้ารับบริการเพื่อใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในการเลือกเพศของบุตรตามกฎหมายของ สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ รัฐอิสราเอล เพื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยแล้วนั้น พบว่ากฎหมายในประเทศไทยยังมีอุปสรรคทางกฎหมายในการเข้าถึงเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พระราชบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาและบุตรเป็นหลักการสำคัญซึ่งยังไม่ได้มีความชัดเจนในส่วนของคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรในการเข้าถึงการรับบริการและการใช้เทคโนโลยี โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตรวจคัดกรองพันธุกรรมก่อนปลูกถ่าย (Preimplantation Genetic Screening: PGS) อาจทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางสังคมที่สำคัญ แต่หากพิจารณาถึงวัตถุประสงค์และมีประสิทธิภาพของการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในการคัดเลือกตัวอ่อนแล้วนั้น นอกจากจะช่วยป้องกันการเกิดโรคทางพันธุกรรมในทารกและสามารถแก้ไขปัญหาโรคทางพันธุกรรมของครอบครัวให้หมดไปแล้วจะยังทำให้คู่สมรสที่เข้ารับการตรวจรักษาสามารถมีบุตรที่สมบูรณ์แข็งแรงไม่มีโรคและเพิ่มศักยภาพในการเป็นครอบครัวให้ดียิ่งขึ้นด้วย

3. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

3.1 บทสรุป

เพื่อให้สอดคล้องกับแนวทางของสังคมไทยควรมีความปรับเปลี่ยนให้มีความชัดเจนเพื่อลดข้อจำกัดและอุปสรรคทางกฎหมายตามความก้าวหน้าของวิทยาศาสตร์ทางการแพทย์ ในการใช้สิทธิของบุคคลที่ประสบกับภาวะการมีบุตรยากและประสงค์จะใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ซึ่งมีสาระสำคัญเพื่อควบคุมขอบเขตการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

[34] Choose the sex of your child, “Discover a convenient and innovative digital government experience,” [online] Available from : https://www.gov.il/en/service/national-gender-selection-committee [6 February 2023]

เป็นไปอย่างถูกต้องและเหมาะสม สามารถช่วยเหลือผู้ที่มีภาวะการมีบุตรยากให้สามารถตั้งครรภ์ รวมถึงการตั้งครรภ์แทนและให้เด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้รับประโยชน์สูงสุด โดยกำหนดความเป็นบิดามารดาและบุตร รวมถึงหน้าที่ในทางกฎหมายให้สัมพันธ์ถูกต้องกับความเป็นจริง รวมทั้งได้กำหนดความผิดและบทลงโทษห้ามมิให้ทำการวิจัยหรือการทดลองหรือดำเนินการใด ๆ ที่อาจเกิดผลกระทบต่อมวลมนุษยชาติในทางที่ไม่ถูกต้องและมีคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เพื่อควบคุมดูแลรับผิดชอบเรื่องการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยเฉพาะ ดังนั้น การที่เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จะได้รับประโยชน์สูงสุดและมีมาตรการการควบคุมการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เกิดประโยชน์และเป็นไปอย่างถูกต้องบนพื้นฐานของการเคารพสิทธิของบุคคล

3.2 ข้อเสนอแนะ

1. ข้อเสนอแนะในประเด็นข้อจำกัดเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลในการเข้ารับบริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ การก่อตั้งครอบครัวตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้น นอกจากไม่ควรจำกัดให้เฉพาะคู่ที่จดทะเบียนสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายแต่เพียงกลุ่มเดียวแล้วการที่ผู้เขียนเสนอให้มีการเปิดโอกาสในการสร้างครอบครัวให้แก่ผู้ที่ประสงค์จะอยู่กินกันฉันสามีภรรยา ไม่ว่าจะเป็นบุคคลที่มีสัญชาติไทยและประสงค์จะอยู่กินกันฉันสามีภรรยา ตลอดจนบุคคลที่อีกฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติไทยและประสงค์จะอยู่กินกันฉันสามีภรรยากับบุคคลที่มีสัญชาติอื่นด้วย ซึ่งที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ให้มีความสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนในการสร้างครอบครัวที่ประเทศต่าง ๆ ที่ผู้เขียนนำมาศึกษาเปรียบเทียบได้นำหลักการสากลในการให้สิทธิของบุคคลในการก่อตั้งครอบครัวให้แก่ประชากรในรัฐโดยปราศจากข้อจำกัดกฎหมาย โดยผ่านการดำเนินการพิจารณาอนุญาตจากคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ประกอบกับแพทยสภาหรือกรมพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์เป็นผู้พิจารณาอนุญาตเป็นรายกรณีไปประกอบกับความเห็นทางการแพทย์ว่าบุคคลผู้ซึ่งประสงค์จะอยู่กินกันฉันสามีภรรยานั้นเป็นผู้ที่มีความตั้งใจหรือมีเจตจำนงร่วมกันในการสร้างครอบครัว เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษที่นำหลักการนี้มาเพื่ออนุญาตในการก่อตั้งครอบครัว หรือผ่านการอนุญาตจากศาล เช่น ในประเทศแอฟริกาใต้ หรือผ่านการอนุญาตจากคณะกรรมการ เช่น ในประเทศอิสราเอล กำหนดในตัวบทกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อให้ไม่มีปัญหาในการใช้การตีความ และการใช้อำนาจพิจารณาอนุญาตจากคณะกรรมการที่เกี่ยวข้องตามความเหมาะสม พิจารณาร่วมกับเอกสารทางการแพทย์ในการตรวจร่างกายของผู้ซึ่งประสงค์

จะมีบุตรนั้นว่าประสบกับปัญหาภาวะการมีบุตรยากและได้ดำเนินการตามที่แพทย์กำหนดแล้ว พบว่าเป็นผู้ที่เหมาะสมที่จะเข้ารับการรักษาแล้วจึงมีการพิจารณาอนุญาตเป็นรายกรณีไปเช่นนี้ ถือว่าจะเป็นประโยชน์โดยรวมแก่ทั้งในภาพรวมของการวางแผนครอบครัว การมีทรัพยากรบุคคลที่มีคุณภาพและความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์การแพทย์เพื่อส่งเสริมให้บุคคลสามารถผลิตบุตรที่มีคุณภาพตลอดจนความสมบูรณ์ของครอบครัว

แต่อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นควรพิจารณาถึงมิติทางข้อเท็จจริงในสังคมประกอบกับมิติในทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองประโยชน์ในการสร้างครอบครัวของบุคคลผู้มีบุตรยากอย่างแท้จริงและเท่าเทียมกันทั้งที่ประสงค์จะจดทะเบียนสมรสและประสงค์จะอยู่กินกันฉันสามีภรรยา กฎหมายไม่ควรจำกัดสิทธิให้ผู้ที่อยู่กินกันฉันสามีภรรยาที่ประสบกับภาวะการมีบุตรยาก ซึ่งได้มีการใช้กระบวนการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์จะต้องประสบกับปัญหาถึงสถานะในการสร้างครอบครัวตามกฎหมาย

หากพิจารณาในแง่ของสิทธิมนุษยชนทุกคนควรมีสิทธิเข้าถึงบริการการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จากบริบทสังคมที่เปลี่ยนไปชายและหญิงประสงค์ที่จะอยู่กินกันฉันสามีภรรยาโดยไม่จดทะเบียนสมรสเพิ่มมากขึ้น การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เพื่อแก้ไขปัญหาการมีบุตรยากให้แก่คู่ทั้งที่เป็นสามีภรรยาหรือผู้ที่ประสงค์จะอยู่กินกันฉันสามีภรรยากฎหมายไม่ควรจำกัดการเข้าถึงการรับบริการดังกล่าว แต่ควรจะพิจารณาให้แก่คู่สามีภรรยาหรือผู้ที่อยู่กินกันฉันสามีภรรยาและประสบกับภาวะการมีบุตรยากที่มีความพร้อมควรจัดให้มีการรับบริการให้คำปรึกษาโดยองค์กรที่รับผิดชอบ ข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ประกอบกับข้อบ่งชี้ทางสังคมกำหนดขั้นตอนอย่างชัดเจน มีผู้เชี่ยวชาญให้ความเห็นว่าผู้ที่ประสงค์เข้ารับบริการนั้นสมควรหรือไม่ โดยคำนึงถึงความต้องการของผู้รับบริการและการตัดสินใจของผู้รับบริการเป็นหลัก มีการประเมินความพร้อมของผู้ที่เข้ารับบริการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หากมีการประเมินแล้วว่ามีความพร้อมและสมควรเข้ารับบริการผ่านกระบวนการพูดคุย โดยองค์กรที่รับผิดชอบ เพื่อที่จะประเมินความพร้อมของตนเองอย่างชัดเจนจึงสามารถเข้ารับบริการได้

จึงเห็นควรแก้ไขและเพิ่มเติม ดังนี้ จากเดิม “มาตรา 19 ภายใต้บังคับมาตรา 15 และมาตรา 16 การผสมเทียมต้องกระทำต่อหญิงซึ่งมีสามีชอบด้วยกฎหมายและเป็นไปตามมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับการผสมเทียมที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ” และ “มาตรา 21 ภายใต้บังคับมาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนอย่างน้อยต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

(1) สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีที่สามีหรือภริยามิได้มีสัญชาติไทย ต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี

เห็นควรแก้ไขและเพิ่มเติม ดังนี้

“มาตรา 19 ภายใต้บังคับมาตรา 15 และมาตรา 16 การผสมเทียมต้องกระทำต่อหญิงซึ่งประสงค์จะมีบุตร ซึ่งหญิงที่มีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือหญิงนั้นประสงค์จะอยู่กินฉันสามีภรรยากับชายโดยผ่านการพิจารณาจากคณะกรรมการ ซึ่งเป็นไปตามมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับการผสมเทียมที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยผ่านการอนุญาตของคณะกรรมการ” และ

“มาตรา 21 ภายใต้บังคับมาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนอย่างน้อยต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

(1) ผู้ซึ่งประสงค์จะมีบุตรทั้งที่จดทะเบียนชอบด้วยกฎหมายหรือประสงค์จะอยู่กินกันฉันสามีภรรยากับชายโดยผ่านการอนุญาตจากคณะกรรมการ ซึ่งไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องมีสัญชาติไทย

ทั้งนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมในมาตราดังกล่าวจะทำให้ครอบคลุมถึงประเด็นปัญหาเกี่ยวกับคู่อยู่กินกันฉันสามีภรรยาและสัญชาติของคู่สมรสด้วย ตลอดจนมีการกำหนดคุณสมบัติรวมถึงการกำหนดเงื่อนไขเรื่องความพร้อมในด้านต่าง ๆ ของผู้ที่ประสงค์จะเข้ารับบริการเพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ที่เข้าสู่กระบวนการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กระทำไปโดยมีเจตจำนงเพื่อการค้า

2. ข้อเสนอแนะในประเด็นข้อจำกัดเกี่ยวกับสิทธิของคู่สมรสที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้มีสัญชาติไทย การที่กฎหมายยังจำกัดสิทธิของสามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีที่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติอื่นและประสงค์จะตั้งครรภ์แทนจะต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปีนั้น เนื่องจากข้อจำกัดดังกล่าวทำให้เห็นถึงความแตกต่างของคู่สามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายมีบุตรยากในกรณีที่ทั้งสองฝ่ายมีสัญชาติไทยได้อย่างชัดเจน ในบริบทของครอบครัวที่ได้รับการยอมรับตามกฎหมายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับการก่อตั้งสถานะครอบครัว แต่อย่างไรก็ดีในกรณีที่คู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติอื่นนั้นทำให้เป็นข้อจำกัดต่อคู่สมรสที่มีบุตรยากและประสงค์จะใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในการตั้งครรภ์แทนซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความเสมอภาคและความเท่าเทียมกันของสถานะครอบครัวอย่างแท้จริงที่มุ่งหมายไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติด้วยเชื้อชาติ ภาษา ศาสนา วัฒนธรรม ฯลฯ เมื่อพิจารณาในประเด็นดังกล่าวเห็นว่ากฎหมายไม่ให้สิทธิคู่สมรสในกรณีที่คู่สมรสอีกฝ่ายมีสัญชาติอื่นที่มีบุตรยากได้รับการบำบัดทางการแพทย์ในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อย่างเท่าเทียมกับคู่สมรสที่ทั้งสองฝ่ายมีสัญชาติไทย เพื่อไม่ให้เกิดความไม่เท่าเทียมในสังคมไทยและบริบทของครอบครัว จึงเห็นควรแก้ไขและเพิ่มเติม

ดังนี้ จากเดิม “มาตรา 21 ภายใต้บังคับมาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนอย่างน้อยต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

(1) สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีที่สามีหรือภริยามิได้มีสัญชาติไทย ต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี

เห็นควรแก้ไขและเพิ่มเติม ดังนี้

“มาตรา 21 ภายใต้บังคับมาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนอย่างน้อยต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

(1) ผู้ซึ่งประสงค์จะมีบุตรทั้งที่จดทะเบียนชอบด้วยกฎหมายหรือประสงค์จะอยู่กินกันฉันสามีภรรยากับชายโดยผ่านการอนุญาตจากคณะกรรมการ ซึ่งไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องมีสัญชาติไทย

อย่างไรก็ดี การเพิ่มเติมคำนิยามศัพท์ในมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ซึ่งปัจจุบันไม่ได้มีการบัญญัติถึงคำนิยามของ “ผู้ซึ่งประสงค์จะมีบุตร” ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ซึ่งจะเป็นประโยชน์ในการบังคับใช้และการตีความของผู้ซึ่งประสงค์จะมีบุตร ทั้งนี้ ผู้เขียนยังเห็นอีกต่อไปว่าในอนาคตอาจมีการอนุญาตให้มีการสร้างครอบครัวในรูปแบบที่หลากหลายมากขึ้นจะเป็นประโยชน์ต่อบุคคลผู้ซึ่งมีบุตรยากและประสงค์จะมีบุตรโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ต่อไป

จึงเห็นควรเพิ่มเติม ดังนี้

“มาตรา 3 “ผู้ซึ่งประสงค์จะมีบุตร” หมายความว่า คู่สามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือผู้ซึ่งประสงค์อยู่กินกันฉันสามีภรรยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยผ่านความเห็นชอบจากคณะกรรมการ”

3. อุปสรรคทางกฎหมายในประเด็นการเลือกเพศของบุตรที่เสี่ยงต่อการมีโรคติดต่อทางพันธุกรรม ควรกระทำโดยการเพิ่มเติมหรือการมีกระบวนการตรวจสอบก่อนการเข้ารับบริการทางการแพทย์เพื่อการเลือกเพศของบุตรหรือการที่มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการสร้างความสมดุลของครอบครัวอย่าง เช่น สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร สาธารณรัฐแอฟริกาใต้ รัฐอิสราเอลอาจเป็นทางเลือกหนึ่งซึ่งสามารถสร้างความสมดุลในครอบครัวได้และสามารถลดข้อห่วงกังกลของกฎหมายได้ โดยการให้คณะกรรมการเข้ามาคัดกรองเจตนาของผู้ที่ประสงค์จะมีการเลือกเพศ

ของบุตร หากพบว่าเป็นทางสังคมหรือเพื่อทางพันธุกรรมหรือเมื่อมีบุตรเพศใดเพศหนึ่งมากและต้องการมีอีกเพศหนึ่ง การคัดกรองเบื้องต้นก่อนการเข้าสู่กระบวนการอาจเป็นทางเลือกที่เหมาะสมในแก่ประเทศไทยได้อีกทางหนึ่งเช่นกัน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในการมีบุตรนั้นเทคโนโลยีนั้นเป็นสิ่งที่สามารถคัดเลือกสิ่งที่ดีที่สุดไม่ว่าจะเป็นเชื้อที่แข็งแรงที่สุดเพื่อให้ได้ตัวอ่อนที่แข็งแรงที่สุด ดังนั้น หากการเลือกเพศจะเป็นอีกทางเลือกหนึ่งที่จะเป็นตัวเติมเต็มความสมบูรณ์ของครอบครัวในบางบริบทที่มีความจำเป็นการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในการเลือกเพศจะเป็นประโยชน์ในการสร้างครอบครัวที่มีศักยภาพจึงไม่ควรนำความสมบูรณ์ของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาปิดกั้นในเรื่องความสมบูรณ์ของครอบครัวและความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีจะสร้างความสมดุลในธรรมชาติ เพียงแต่เราจะต้องมีการจัดการกับข้อกฎหมายเพื่อรองรับกับเทคโนโลยีที่จะมีความก้าวหน้ายิ่งขึ้นไป

ประเทศไทยควรมีการออกกฎเกณฑ์ให้ทันกับความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์เทคโนโลยีตลอดจนกฎเกณฑ์ทางแพทยสภาในทางการแพทย์หรือกฎเกณฑ์ทางด้านสังคมโดยไม่แทรกแซงสิทธิของบุคคล ควรให้ข้อมูลโดยรอบด้านแล้วให้คู่สมรสตัดสินใจและเห็นสมควรต้องมีกฎเกณฑ์มาตรฐานทางการแพทย์ เช่น โรคใดเป็นพาหะหรือโรคใดเป็นโรคทางพันธุกรรมที่มีความร้ายแรงและจะส่งผลกระทบต่อบุตรที่จะเกิดมาเพื่อเลี่ยงกรณีที่เด็กอาจจะเป็นโรค ซึ่งดำเนินการโดยคณะกรรมการที่รับผิดชอบเพื่อที่จะประเมินความพร้อมของผู้ที่ประสงค์เข้ารับบริการได้ จึงเห็นควรแก้ไขและเพิ่มเติมบทบัญญัติ ดังนี้ จากเดิม คือ “มาตรา 18 ในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้ให้บริการ เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ อาจทำการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมในตัวอ่อน ที่อาจเกิดขึ้นได้ตามความจำเป็นและสมควร ทั้งนี้ต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะที่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการเลือกเพศ”

เห็นควรแก้ไขและเพิ่มเติม ดังนี้

“มาตรา 18 ในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ อาจทำการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมในตัวอ่อน ที่อาจเกิดขึ้นได้ตามความจำเป็นและสมควร ทั้งนี้ อาจกระทำการเลือกเพศได้หากพบว่ามีความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดโรคทางพันธุกรรม”