



ประเด็นทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ทางการแพทย์ : ศึกษากรณีการตั้งครรภ์แทน Legal Issues Concerning Assisted Reproductive Technology : A Case Study on Surrogacy Arrangements

อนันต์ แทกริมย์กุล*

บทคัดย่อ

บทความนี้มีจุดประสงค์ในการศึกษาถึงบางประเด็นทางกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยคำนึงถึงหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กจึงต้องถูกปกป้องโดยกฎหมายและผู้ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดจำต้องกระทำตามหน้าที่ของตนบนพื้นฐานของหลักสุจริต (principle in good faith)

วิธีการศึกษาโดยทำการค้นคว้าวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary research) จากหนังสือกฎหมาย หนังสือการแพทย์ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ จากเอกสาร ข้อมูล บทความวิชาการทางกฎหมายของไทยและต่างประเทศ จากวิทยานิพนธ์ จากระบบฐานข้อมูลในเว็บไซต์บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

สรุปผลการวิจัยคือสิทธิของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนด้วยกลไกทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ดังกล่าวควรเท่าเทียมกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์ตามธรรมชาติ ดังนั้นจึงเสนอแนะให้ การตั้งครรภ์แทนมีหมายความว่า การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงเป็นหนังสือไว้กับสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตามก่อนตั้งครรภ์นั้น ให้เด็กที่เกิดด้วยวิธีการดังกล่าวข้างต้นเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม และห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือเพื่อการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ ส่วนสามีและภริยาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้ควรกำหนดบทกเว้นความผิดไว้เพื่อหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็ก

คำสำคัญ: เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ การตั้งครรภ์แทน สิทธิของเด็ก

* นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรังสิต

Abstract

This thesis aims to study some key legal issues dealing with the protection of children from illegal surrogacy arrangement under Assisted Reproductive technology Act, B.E.2558. In this regard, the best interest of the child principle must be protected by law and all stakeholders must perform their duties based on this principle in good faith.

The method of study is using documentary research methodology, many legal textbooks, medical textbooks, articles, research papers published in various journals, online databases, websites.

The research outcome of this thesis does confirm that the rights of the child born from assisted reproductive technology should be equal to the child born from pregnancy. Consequently, surrogacy means pregnancy through any assisted reproductive technology that the women who gets pregnant agrees to a legitimate spouse or unlicensed spouse in writing before her pregnancy and a baby born from such technology must be a legitimate child of the said legitimate spouse or unlicensed spouse and it is prohibited to perform a surrogacy for commercial purposes or for seeking unlawful benefits. However, the spouse and surrogate who violate Section 22 of the said Act should not be punished because of the best interest of the child instead.

Keyword: Assisted Reproductive Technology, Surrogacy Arrangements, Children's Right.

บทนำ

ความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีในด้านต่าง ๆ มีมากมายหลายอย่างโดยเฉพาะอย่างยิ่งทางด้านวัตถุสิ่งของและบริการซึ่งเป็นการอำนวยความสะดวกสบายในการดำเนินชีวิตของมนุษย์ ในขณะที่ด้วยกันมนุษย์เป็นสิ่งมีชีวิตที่มีกลไกการทำงานของร่างกายและจิตใจที่สลับซับซ้อนมาก อย่างไรก็ตามกระบวนการทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ที่อาศัยการศึกษาค้นคว้าทดลองและวิจัยสามารถนำไปสู่

เทคโนโลยีทางการแพทย์มากมาย เช่น เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์¹ (Assisted Reproductive technology) ใช้ชื่อย่อว่า ART ซึ่งเทคโนโลยีดังกล่าวนี้มีตัวอย่างได้แก่การปฏิสนธิในอกร่างกายด้วยวิธี IVF (In Vitro Fertilization) หรือที่เรียกว่าเด็กหลอดแก้ว (Test tube baby) การผสมเทียม (Artificial Insemination) เป็นต้น

¹ มาตรา 3, พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 หมายความว่า กรรมวิธีใดๆ ทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ที่นำอสุจิและไข่ออกจากร่างกายมนุษย์ เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์โดยไม่เป็นไปตามธรรมชาติรวมทั้งการผสมเทียม

บทบัญญัติในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยแต่เดิมไม่สามารถปรับใช้กับปัญหาเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้อย่างแท้จริงว่าเด็กเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายที่มีอำนาจการปกครองเด็ก หรือกรณีที่ถูกรับจ้างตั้งครรภ์แทน ไม่ส่งมอบบุตรให้ฝ่ายผู้ให้ตั้งครรภ์แทนหรือในทางตรงกันข้ามฝ่ายผู้ให้ตั้งครรภ์แทนปฏิเสธไม่ยอมรับบุตรเนื่องจากมีความพิการหรือผิดปกติอย่างใดอย่างหนึ่งก่อนคลอด หรือพบได้หลังคลอดแล้วจะได้หรือไม่ เป็นต้น

ต่อมามีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ขึ้น โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายนี้เพื่อกำหนดให้เด็กที่เกิดจากการรับจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดาและมารดาที่แท้จริง ซึ่งขอให้มีการตั้งครรภ์แทนมีการกำหนดสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของทั้งสองฝ่ายเพื่อมิให้มิข้อโต้แย้งหากไม่มีกฎหมายเฉพาะนี้บิดาและมารดาที่แท้จริงจะเป็นเพียงบิดามารดาบุญธรรมเท่านั้น ทั้งมีการกำหนดมิให้รับจ้างตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า และควบคุมการศึกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์การแพทย์เกี่ยวกับตัวอ่อนและเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มิให้มีการนำไปใช้ในทางที่ไม่ถูกต้องและมีบทลงโทษทางอาญาหากมีการฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองมารดาและเด็กไว้ตามมาตรา 48 และมาตรา 54 การจัดวางกฎระเบียบที่ดีไว้เพื่อให้เป็นไปตามหลัก

นิติธรรม ตามรัฐธรรมนูญจึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมิกดไถทางกฎหมายที่มีประสิทธิภาพมากพอที่จะคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้ทัดเทียมกับเด็กที่เกิดตามปกติธรรมดา

วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาถึงแนวคิดในการสร้างรูปแบบกฎหมาย (Law Model) ที่เหมาะสมในการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ให้เหมาะสมเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กในการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

2. เพื่อศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนเพื่อกำหนดอำนาจปกครองของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ให้เหมาะสมเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กในการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

3. เพื่อวิเคราะห์ประเด็นทางกฎหมายอันสำคัญในการควบคุมเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เพื่อมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือเพื่อการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบสำหรับการคุ้มครองเด็กที่เกิดดังกล่าวโดยไม่กระทบถึงความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

สมมติฐานของการศึกษา

ความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากสามีและภริยาโดยความสัมพันธ์ตามธรรมชาติย่อมถูกกำหนดด้วยสารพันธุกรรมนำไปสู่ความเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาก่อน แต่ด้วยการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในการบำบัดรักษาการมีบุตรยากโดยการตั้งครรภ์แทนซึ่งจะมีหญิงอื่นที่รับตั้งครรภ์เป็นผู้อุ้มท้องจนคลอดทารกออกมา จึงมีการอ้างสิทธิความเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แต่ข้อเท็จจริงเด็กได้รับสารพันธุกรรมจากฝ่ายสามีและภริยาผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนดังนั้นเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จึงควรเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาซึ่งประสงค์จะมีบุตรโดยตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้บัญญัติไว้แล้วแต่ต้องเป็นสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นที่จะขอให้มีการตั้งครรภ์แทนและมีอำนาจปกครองของเด็กได้ทั้งนี้การใช้หลักการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interests of the Child Principle) เป็นหลักการพื้นฐานทางกฎหมายเพื่อการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ดังนั้นจึงจำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตลอดจนจำเป็นต้องมีมาตรการทางกฎหมายในระดับต่าง ๆ ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยการตั้งครรภ์แทนอย่างแท้จริงและเป็นการป้องกันและปราบปรามการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในเชิงพาณิชย์อันอาจนำไปสู่ขบวนการค้ามนุษย์ได้

ขอบเขตของการศึกษา

คณาณิพนธ์ฉบับนี้ได้กำหนดขอบเขตของการศึกษาวิจัยโดยแบ่งเป็นประเทศที่มีการกระทำเกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ต่อไปนี้

1. ประเทศที่มีกฎหมายรองรับและสามารถทำการพาณิชย์ได้โดยศึกษาจากประเทศสหรัฐอเมริกาและอินเดียเป็นตัวอย่าง
2. ประเทศที่มีกฎหมายรองรับ แต่ไม่อนุญาตให้ทำการพาณิชย์โดยศึกษาจากประเทศสหราชอาณาจักรและออสเตรเลียเป็นตัวอย่าง
3. ประเทศที่กฎหมายห้ามโดยเด็ดขาดโดยศึกษาจากประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันเป็นตัวอย่าง
4. ประเทศที่ยังไม่มีกฎหมายใดมารองรับ เช่น นิวซีแลนด์ สิงคโปร์ เกาหลีใต้ มองโกเลีย เปรู ชิลี เป็นต้น

ประโยชน์ที่จะคาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ได้แนวคิดในการสร้างรูปแบบกฎหมาย (Law Model) ที่เหมาะสมในการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ให้เหมาะสมเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กในการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
2. เพื่อได้แนวทางตามมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนเพื่อกำหนดอำนาจปกครองของเด็กที่เกิดโดยอาศัย

เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ให้เหมาะสมเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กในการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

3. เพื่อได้แนวทางในการสร้างรูปแบบทางกฎหมายในการควบคุมเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เพื่อมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือเพื่อการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบสำหรับการคุ้มครองเด็กที่เกิดดังกล่าวโดยไม่กระทบถึงความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

วิธีดำเนินงานวิจัย

คุณฉันทิพนธ์ฉบับนี้มีวิธีดำเนินการวิจัยโดยพิจารณาจากระเบียบ ข้อบังคับ กฎหมาย และพระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ วิธีวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ด้วยการค้นคว้าจากหนังสือและบทความทางวิชาการต่าง ๆ ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ความเห็นของนักกฎหมายจากบทความต่าง ๆ รายงานวิจัย วิทยานิพนธ์ของไทยและต่างประเทศ ข้อมูลจาก websites ในการค้นหาผ่านทาง Internet ในเรื่องที่เป็นความรู้ทางเทคโนโลยีการแพทย์ช่วยการเจริญพันธุ์รวมถึงกฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับประมวลกฎหมายทางแพ่ง ทางอาญาของไทย และพระราชบัญญัติทางการแพทย์ต่าง ๆ ตลอดจนพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

² แสง บุญเฉลิมวิภาส ดาราพร ธีระวัฒน์, ประเด็นและข้อเสนอแนะทางกฎหมายและจริยธรรมเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และการคัดเลือกทางพันธุกรรม (กรุงเทพฯ: สวทช, 2548) 26.

ผลการวิจัย

จากแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ดังต่อไปนี้

1. แนวคิดทฤษฎีที่ให้ความสำคัญแก่หลักศาสนาและมาตรฐานทางศีลธรรม

เป็นแนวความคิดที่เกี่ยวกับหลักศีลธรรม ความเชื่อและคำสอนทางศาสนาในเรื่องเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ กล่าวคือ ศาสนาคริสต์นั้นตามคำสอนของศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก เกี่ยวกับการปฏิสนธิโดยใช้เทคโนโลยีต่าง ๆ นอกครรภ์มารดาเกี่ยวกับการปฏิสนธิในหลอดทดลองโดยไม่มีบุคคลอื่นเข้ามาเกี่ยวข้อง ศาสนจักรยอมรับได้มีเฉพาะกรณีเดียวเท่านั้นคือการกระทำในธรรมชาติของการกระทำเองเป็นการกระทำที่ช่วยให้เกิดการปฏิสนธิในครรภ์มารดาสะดวกขึ้น² ส่วนศาสนาอิสลาม การปฏิสนธิของทารกนอกครรภ์มารดาโดยไม่มีบุคคลอื่นเข้ามาเกี่ยวข้อง ทำได้โดยไม่ขัดหลักศาสนาอิสลามเมื่อไม่เกี่ยวข้องกับการใช้สุจิหรือไข่ของผู้อื่น และหญิงนั้นจะต้องสมรสแล้ว การตั้งครรภ์โดยใช้สุจิบริจาคจึงขัดหลักศาสนาอิสลามถือว่าคู่สมรสมีคู่ การใช้สุจิของชายอื่นเป็นสิ่งที่มิอาจยอมรับได้และการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่นนั้นต้องห้ามเช่นกัน เพราะมารดาของเด็กจะต้องเป็นผู้ให้กำเนิดเด็กเท่านั้น ส่วนหลักพุทธศาสนายอมรับการปฏิสนธินอกครรภ์มารดา เพราะเป็นวิธีช่วยให้เกิดบุตรเท่านั้น แต่ไม่สนับสนุนการสร้างตัวอ่อนจำนวนมากที่ต้อง

กำจัดตัวอ่อนหรือใช้ในการทดลองทางวิทยาศาสตร์ เพราะเป็นการละเมิดศีลข้อแรกคือการห้ามฆ่าสัตว์ การใช้อสุจิหรือไข่ของผู้อื่นนำมาใช้กับคู่สามีภรรยา แม้อาจไม่ได้ละเมิดศีลข้อ 3 การประพฤตินอกใจ หรือการเป็นชู้ก็ตาม แต่จะกระทบต่อความสัมพันธ์ ส่วนตัวและความมั่นคงของคู่สามีภรรยา

2. แนวคิดทฤษฎีที่ให้ความสำคัญแก่ผู้ให้ “เลือดและเนื้อ” แก่เด็ก³ แนวความคิดที่ให้ความสำคัญกับหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนซึ่งเป็นผู้ให้ “เลือดและเนื้อ” แก่เด็ก และเป็นผู้คลอดเด็ก เนื่องจากจะต้องเป็นผู้ที่อุ้มท้องถึง 9 เดือน ถือเป็นภาระที่จะต้องทำให้ดีที่สุดเพราะเปรียบเสมือนผู้ให้ “เลือดและเนื้อ” แก่เด็กเพื่อให้เด็กที่คลอดออกมามีร่างกายและจิตใจที่แข็งแรงสมบูรณ์ แนวความคิดนี้เป็นไปตามหลักทางชีวภาพ (Biological Relation Approach) หมายความว่าในการกำหนดความเป็นมารดาตามข้อสันนิษฐานทางกฎหมายกล่าวคือหญิงผู้ตั้งครรภ์ตามกลไกธรรมชาติผู้ให้กำเนิดเป็นมารดาของบุตรนั้น แม้ว่าหญิงนั้นจะเป็นผู้ตั้งครรภ์แทนก็ตามจึงถือได้ว่าเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย เป็นหลักการพื้นฐานที่บัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะครอบครัวของประเทศไทยแม้ว่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1546 ถือเป็นหลักได้ว่า บุตรเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของมารดาเสมอไม่ว่ากรณีใด ๆ ก็ตาม⁴ เนื่องจากความเป็นมารดาและบุตรเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่อาจปฏิเสธได้และสามารถนำสืบ

ได้ง่ายกว่าความเป็นบิดาและบุตร เด็กย่อมเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงเสมอ ไม่ว่าหญิงมารดาจะได้สมรสกับชายใดหรือไม่ก็ตาม⁵ แต่กฎหมายมีการแก้ไขเพิ่มเติมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1546 ดังนี้ เด็กเกิดจากหญิงที่มีการสมรสกับชาย ให้ถือว่า เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น แก้ไขเพิ่มเติมโดย มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติ แก้ไขเพิ่มเติม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2551 และในต่างประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น มีหลักกฎหมายพื้นฐานที่ว่า หญิงที่ตั้งครรภ์และคลอดบุตรออกมาถือว่าเป็นมารดาของบุตร ตามหลัก “mater est quam questatio demonstrat” (the mother is demonstrated by gestation)⁶ ด้วยเหตุผลที่ว่าหญิงตั้งครรภ์ย่อมมีความผูกพันกับเด็กในท้องอย่างลึกซึ้งกฎหมายจึงให้ถือว่าเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตรที่เกิดมาเสมอ โดยเป็นหลักกฎหมายที่ใช้มาเป็นเวลาช้านานแล้วก่อนที่จะมีเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และเนื่องจากหลักการนี้มีเหตุผลที่เพียงพอจึงยังคงใช้อยู่จนถึงปัจจุบันนี้สำหรับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law

3. แนวคิดทฤษฎีที่ให้ความสำคัญแก่ผู้ที่เป็นต้นกำเนิด คือเป็นผู้ให้ “เชื้อและไข่” เป็นองค์ประกอบแรกของการเกิดชีวิตเด็กขึ้น อันได้แก่สามี

³ จรัญ ภักดีธนากุล, “อุ้มบุญหรือเอื้อบาป” (2558) 67:5 วารสารพี 18, 23.

⁴ ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, พิมพ์ครั้งที่ 16, 2550) 526.

⁵ รัชฎา เอกบุตร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัวจาก บิดา มารดาและบุตร (กรุงเทพมหานคร: บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, พิมพ์ครั้งที่ 5, 2550) 59.

⁶ ประสพสุข บุญเดช, “การปฏิสนธิเทียมยุคโลกาภิวัตน์” (2538) 51:1 วารสารกฎหมาย 16, 18.

และภรรยาผู้ให้เชื้อ (sperm) และไข่ (ovum) ที่เป็นผู้ให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนแต่เป็นผู้ถ่ายทอดสารพันธุกรรมแก่เด็ก เป็นหลักความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม (Genetic-based Approach) ตามความเป็นจริงตามสายเลือด กล่าวคือคู่สามีภรรยาผู้เป็นเจ้าของเชื้ออสุจิหรือไข่ที่แท้จริงเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าหญิงนั้นจะเป็นผู้ตั้งครรภ์เองหรือจะให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนก็ตาม เป็นเพราะเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนได้มาจากคู่สามีภรรยาที่ต้องการจะมีบุตรจึงควรกำหนดให้เป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตรนั้น อย่างไรก็ตามสำหรับบางกรณีที่มีการอนุญาตให้ใช้ตัวอ่อนจากผู้บริจาคก็ยังคงเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตรนั้นแต่เป็นไปตามหลักหัวใจปรารถนาหรือหลักเจตจำนงของสามีภรรยาผู้นั้นนั่นเอง

4. แนวคิดทฤษฎีที่ให้ความสำคัญแก่ผู้ที่มีหัวใจปรารถนาที่จะได้เด็กเป็นบุตรของตน เป็นหลักการยึดเจตจำนงเป็นสำคัญ (Intent-Based Parenthood) ซึ่งเกิดจากสามีและภรรยาที่มีบุตรยากและให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนโดยคำนึงถึงข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนในการกำหนดความเป็นบิดามารดา เป็นหลักการในการคุ้มครองความต้องการของสามีภรรยาฝ่ายที่ต้องการมีบุตรเนื่องจากฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนย่อมมีข้อสันนิษฐานทางกฎหมายเป็นการคุ้มครองอยู่แล้ว จะเห็นได้ว่าหลักการนี้มีความสัมพันธ์กับหลักความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมเพราะเมื่อมีความคุ้มครองเกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาของสามีภรรยาที่ต้องการมีบุตรตามหลักความสัมพันธ์แล้วก็ย่อมได้รับความคุ้มครองตามหลักเจตจำนงเช่นกัน

5. แนวคิดทฤษฎีการถือประโยชน์สูงสุดของเด็กกับการใช้และตีความกฎหมายคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยผิดธรรมชาติ เป็นหลักการที่จำเป็นต้องอาศัยคำพิพากษาในการชี้ขาดตัดสินว่าความเป็นบิดามารดาของเด็กตามกฎหมายว่าเป็นอย่างไรและอำนาจในการปกครองเด็กนั้นควรจะอยู่ที่ผู้ใดนั้น สำหรับประเด็นเรื่องความเป็นบิดามารดาจำต้องมีกฎหมายรองรับศาลจึงจะสั่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ ส่วนประเด็นเรื่องอำนาจปกครองเด็ก ศาลจะมีหลักในการพิจารณาให้เป็นไปตามสัญญา (Contractual Model) เพราะถือหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาตามกฎหมายลักษณะสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมายและมีลักษณะที่สามารถบังคับได้ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญาดังครรภ์แทน นอกจากนี้ศาลยังอาจมีคำสั่งให้อำนาจปกครองอยู่กับผู้ใดโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interests of the Child Principle) เป็นสำคัญโดยไม่ต้องคำนึงถึงสัญญาดังครรภ์แทนที่ได้ตกลงกันไว้ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับเหตุผลในแต่ละเรื่องเป็นกรณีๆ ไป

ส่วนการบัญญัติกฎหมายห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์เพื่อประโยชน์ทางการค้าตามมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 นั้นยังขาดความชัดเจนและแน่นอนของถ้อยและการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากเด็กอาจนำไปสู่ปัญหาการค้ามนุษย์ได้

บทสรุปผลการวิจัย

จากแนวคิดทฤษฎีแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 กำหนดให้เด็กที่เกิดเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาคนไทยที่จดทะเบียนถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้นที่จะเป็นผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนโดยใช้หลักความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม (Genetic-based Approach) ตามความเป็นจริงตามสายเลือด กล่าวคือคู่สามีภรรยาผู้เป็นเจ้าของเชื้อสุจิหรือไข่ที่แท้จริงเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าหญิงนั้นจะเป็นผู้ตั้งครรภ์เองหรือจะให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน และใช้หลักการยึดเจตจำนง (Intent-Based Parenthood) ซึ่งเกิดจากสามีภริยาที่มีบุตรยากแต่ให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนโดยคำนึงถึงข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนในการกำหนดความเป็นบิดามารดา แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายในระบบ Common Law ส่วนใหญ่ ศาลจะตัดสินคดีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยถือประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interests of the Child Principle) เป็นสำคัญ แม้ว่าศาลจะถือหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาตามกฎหมายลักษณะสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมายและมีลักษณะที่สามารถบังคับได้ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในข้อตกลงตั้งครรภ์แทนก็ตามทำให้เกิดความชัดเจนว่าใครจะมีอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยศาลสามารถใช้

ดุลยพินิจว่าเด็กควรจะอยู่ในอำนาจปกครองของผู้ใดที่เหมาะสมที่สุดและสำหรับกรณีที่ทั้งสองฝ่ายปฏิเสธที่จะรับเด็กไว้ในอำนาจปกครอง ศาลก็ยังสามารถวินิจฉัยให้บุคคลที่สามเช่นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายคุ้มครองเด็กมีอำนาจปกครองเด็กนั้น

ส่วนประเด็นการบัญญัติกฎหมายห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์เพื่อประโยชน์ทางการค้าตามมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 นั้นควรแก้ไขให้เกิดความชัดเจนและแน่นอนของถ้อยคำยิ่งขึ้นและควรให้ความหมายของการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากเด็กไว้เพื่อป้องกันปัญหาการค้ามนุษย์

ข้อเสนอแนะ

1. ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับกำหนดสถานะทางกฎหมาย (Legal Status) ของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

โดยที่การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นหัวใจสำคัญของพระราชบัญญัตินี้จึงได้ตราเป็นกฎหมายให้เด็กที่เกิดเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาคนไทยที่จดทะเบียนถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้นที่จะเป็นผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนได้ การที่ชายและหญิงอยู่กินกันฉันสามีภริยาโดยไม่จดทะเบียนสมรสกันก็ควรจะได้รับการโอกาสในสิทธิขั้นพื้นฐานในการก่อตั้งครอบครัวและมีทายาท

สืบวงศ์ตระกูลซึ่งเมื่อได้พิจารณาตามมาตรา 27⁸ ของกฎหมายอังกฤษใช้บังคับกับเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อของผู้บริจาคและใช้กับกรณีที่คุณสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ดังนั้นการที่กฎหมาย Human Fertilization and Embryology Act 1990 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เรื่องสถานะทางกฎหมายของความเป็นบิดามารดาของบุตรที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้ชัดเจนขึ้นและได้ยอมรับสถานะทางกฎหมายของบุตรที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์แม้บิดามารดาไม่ได้สมรสกันตามกฎหมายก็ตาม

สิทธิของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในการรับรู้ข้อมูลผู้บริจาคอสุจิหรือไข่เมื่อเด็กมีอายุครบ 20 ปี ควรมีสิทธิที่จะรับรู้บรรพบุรุษของตนเพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 7⁹ เด็กจะได้รับการจดทะเบียนทันทีหลังการเกิด และจะมีสิทธิที่จะมีชื่อนับแต่เกิด และสิทธิที่จะได้สัญชาติและเท่าที่จะเป็นไปได้สิทธิที่จะรู้ใครคือผู้ที่ตั้งครรภ์และให้กำเนิดตน

⁸ Section 27 Meaning of “mother

(1) The woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child.

(2) Subsection (1) above does not apply to any child to the extent that the child is treated by virtue of adoption as not being the child of any person other than the adopter or adopters.

(3) Subsection (1) above applies whether the woman was in the United Kingdom or elsewhere at the time of the placing in her of the embryo or the sperm and eggs.

⁹ Human Rights, อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก-สิทธิมนุษยชน (5 Aug 2017) HumanRights <<http://www.Humanrights.mfa.go.th/upload/pdf/crc.pdf>>.

2. ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการกำหนดอำนาจปกครองเด็กที่เกิดในกรณีมีข้อพิพาท

เนื่องจากกฎหมายในระบบ Common Law ส่วนใหญ่ ศาลจะตัดสินคดีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยถือประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interests of the Child Principle) เป็นสำคัญ ซึ่งศาลจะมีคำสั่งให้อำนาจปกครองเด็กเป็นของฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนหรือฝ่ายสามีภรรยาที่ให้ตั้งครรภ์แทนก็ได้ แม้ว่าข้อตกลงในการตั้งครรภ์แทนจะเป็นอย่างไรก็ตาม และไม่ว่าฝ่ายใดเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม นอกจากนี้ศาลอาจแต่งตั้งให้บุคคลอื่นที่เหมาะสมเป็นผู้มีอำนาจปกครองเด็กโดยการถือหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กก็ได้ ดังนั้นจึงมีความเห็นว่าหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interests of the Child Principle) เป็นหลักกฎหมายพื้นฐานที่สำคัญที่สุดที่จะต้องนำมาเขียนไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อคุ้มครองเด็กจากการอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เนื่องจากศาลจะใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาเพื่อให้เกิดความเหมาะสมในการกำหนดอำนาจปกครองเด็กโดยการมีตัวบทกฎหมายไว้รองรับอย่างชัดเจน นอกจากนี้ยังเป็นการสอดคล้องกับหลักกฎหมายครอบครัวของไทยอีกด้วย

3. ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์

การที่บัญญัติห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์เพื่อประโยชน์ทางการค้าตามมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 กล่าวว่า “เพื่อประโยชน์ทางการค้า” เห็นว่ายังไม่ชัดเจนพอ ซึ่งอาจตีความถึงการคิดค่าบริการทางการแพทย์ในการดำเนินการตั้งครรภ์แทนด้วยหรือไม่ ดังนั้นการขาดความชัดเจนและแน่นอนของถ้อยคำดังกล่าวอาจนำไปสู่ปัญหาการตีความของกฎหมายจึงเห็นว่าควรมีนियามคำว่า “เพื่อประโยชน์ทางการค้า” ไว้ในมาตรา 3 ด้วยโดยอาจให้ความหมายคือ “เพื่อประโยชน์ทางการค้า” หมายความว่า เป็นประโยชน์ที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อเป็นการแลกเปลี่ยนสำหรับค่าตอบแทนที่เป็นทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดก็ตาม นอกเหนือจากค่าบริการทางการแพทย์ และค่าใช้จ่ายที่จำเป็นอื่นๆในการรับตั้งครรภ์แทนนั้น เช่นค่าใช้จ่ายในการดูแลหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในระหว่างตั้งครรภ์

จนกระทั่งคลอด เป็นต้น นอกจากนี้การรับตั้งครรภ์แทนเพื่อการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากเด็กอาจมีลักษณะเป็นการค้ำมนุษย์ ผู้ว่าจ้าง ผู้รับจ้าง รวมถึงแพทย์ อาจจะมีการผิด ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 มาตรา 6 ได้ สำหรับผู้ที่ฝ่าฝืนบทมาตรานี้ได้คือผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมและมีบทลงโทษตามมาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 แล้ว ส่วนผู้ที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยการฝ่าฝืนมาตรา 22 นี้กฎหมายไม่ได้กำหนดบทลงโทษไว้ จึงเห็นว่าควรกำหนดให้เป็นความผิดและมีโทษทางอาญาดูด้วย สำหรับสามีกับภริยาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนที่ฝ่าฝืนมาตรา 22 ควรจะกำหนดบทยกเว้นความผิดหรือบทยกเว้นโทษไว้ เพราะไม่น่าเชื่อว่าเป็นการกระทำที่ชั่วร้ายจนต้องลงโทษ การที่จะต้องมีความผิดและรับโทษทางอาญาอาจส่งผลกระทบต่อการใช้ดูแลเด็กตลอดจนกระทบต่อจิตใจของเด็กได้โดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ

บรรณานุกรม

- เกียรติศักดิ์ ดวงจันทร์, “พุทธจริยศาสตร์กับการตั้งครรภ์แทน” (2557) 6:1 *วารสารมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏสุราษฎร์ธานี*.
- จิตต์ ดิงศภัทัย, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์* (กรุงเทพฯ: เรือนแก้วการพิมพ์, พิมพ์ครั้งที่ 3, 2524).
จรัญ ภักดีธนากุล, “อุ้มบุญหรือเอื้อบาป” (2558) 67:5 *วารสารพี*.
- ประมวล วิรุฒมเสนและคณะ, “การตั้งครรภ์ก่อกวนจากการปฏิสนธิในร่างกาย” (2530) 31:11 *จุฬานววารสาร*.
- ประสพสุข บุญเดช, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 3, 2524).
- ยศศักดิ์ โกศัยกานนท์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายอุ้มบุญตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558* (กรุงเทพฯ: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชนจำกัด, 2558).
- วิชามหาคุณ, “จริยธรรมและกฎหมายกับการกำเนิดมนุษย์โดยเทคโนโลยีแผนใหม่” (2556) 40:3 *นิตยสารกระทรวงยุติธรรม*.
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, “การผสมเทียมกับกฎหมาย” (2531) 44:2 *บทบัญญัติ*.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาสและคาราพร ธีระวัฒน์, “ประเด็นและข้อเสนอแนะทางกฎหมายและจริยธรรมเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์” (2548) 5:2 *วารสารดุลพินิจ*.
- Dickens, B.M. “Ethical Issues Arising from the use of Assisted Reproductive Technologies” (2012) 6:3 *Social Medicine*.

