

ปัญหาสถานะทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

Legal Problems on Status of Child Born of Reproductive Technologies

ติณณ์ ชัยสายัณห์¹
Tin Chaisayan¹

Received : 8 พ.ค. 2563
Revised : 29 มิ.ย. 2563
Accepted : 1 ก.ค. 2563

บทคัดย่อ

งานวิจัยนี้ศึกษาปัญหาสถานะทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการนำเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย วัตถุประสงค์ของวิจัยนี้เป็นการนำหลักกฎหมายทั่วไปที่มีอยู่มาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติ วิธีดำเนินการวิจัยนี้เป็นการศึกษาในเชิงเอกสาร (Content analysis) วิเคราะห์จากเอกสาร โดยเครื่องมือที่ใช้ในการวิจัย ศึกษาจากสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น แนวคำพิพากษาของศาลทั้งของไทยและในต่างประเทศ ตำรา หนังสือ งานวิจัยที่เกี่ยวข้อง ในปี 2558 ถึงปี 2561 โดยวิเคราะห์ข้อมูลประเด็นศึกษาหลัก ปัญหาสถานะในทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ประกอบกับประเด็นศึกษารอง ศึกษาสถานะความเป็นบิดาและมารดาของเด็ก และการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ตามตามมาตรา 19 มาตรา 20 มาตรา 21 มาตรา 22 มาตรา 23 และมาตรา 29 โดยการศึกษาค้นพบว่าควรกำหนดหลักการไว้อย่างชัดเจนในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 เช่นเดียวกับกฎหมายในประเทศอังกฤษ ผลการศึกษา พบว่า ควรกำหนดว่าหากมีการฝ่าฝืนองค์ประกอบ หลักเกณฑ์ หรือฝ่าฝืนเงื่อนไขทางกฎหมาย หรือเงื่อนไขทางพันธุกรรมของพระราชบัญญัติฉบับนี้แล้ว สถานะในทางกฎหมายของเด็กที่จะเกิดมานั้น จะต้องเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ประกอบกับจะต้องบัญญัติถึงแนวทางที่เป็นข้อยกเว้นหลักการดังกล่าวมาด้วย ไม่ให้มีลักษณะที่เป็นการอุ้มบุญเพื่อเอื้อบาปอีกต่อไป

คำสำคัญ : เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์, การตั้งครรภ์แทน, อุ้มบุญเถื่อน

Abstract

This research studied legal problems on status of child born of reproductive Technologies. The objective of this research was to introduce the existed general law principles to define in the Act. This research was a content analysis. The tools used in the research study were from the condition of the problems, guidelines of court judgments both in Thailand and abroad, textbooks, books, and related research from 2015 to 2018. By analyzing the main study issues, problems in the legal status of children born from illegitimate surrogacy. Regarding the secondary issues, study the children's parental status and children's protection born of reproductive technologies following Section 19, Section 20, Section 21, Section 22, Section 23, and Section 29. The study found that should clearly define the principles in the Child Protection Act born through medical assisted reproduction technology 2015, as Law in England. Study results found that should determine if there is a violation of the constituents, guidelines, legal conditions, or genetic conditions of this Act then the legal status of the child to be born must be the legal child of the surrogate pregnant woman. In addition, it must also impose guidelines that exempt such principles. Not to have the characteristics of carrying merit in favor of sin.

Keywords : Child Born by medically assisted reproductive technology, Surrogacy unlawful, Surrogacy

¹ อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหาสารคาม อีเมล: artkubnattawut@gmail.com

¹ Full-Time Lecturer Faculty of Law, Mahasarakham University, Email: artkubnattawut@gmail.com

บทนำ

ปัจจุบันเป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 หรือที่เราเรียกสั้น ๆ ว่ากฎหมายอุ้มบุญ ได้มีผลบังคับใช้แล้วในปัจจุบัน ประกอบกับมีคู่สมรสมากมายที่อยู่ในภาวะของการมีบุตรยาก และมีความประสงค์ที่จะได้รับประโยชน์จากกฎหมายฉบับนี้ โดยเฉพาะหญิงที่มีอาจตั้งครรภ์ได้เองที่มีความประสงค์จะมีบุตร หรือที่ประสงค์จะให้บุคคลอื่นตั้งครรภ์แทนตนเอง แต่ถึงอย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ก็ได้หมายความว่าทุกคนที่ต้องการมีบุตรสามารถมีบุตรได้โดยวิทยาการทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ในลักษณะนี้ได้ในทุกกรณีไป เพราะในตัวบทกฎหมายเองก็ได้วางหลักเกณฑ์อันเป็นองค์ประกอบหลัก และกำหนดเงื่อนไขไว้อย่างเข้มงวด ถึงแนวทางในการที่จะนำเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาใช้ โดยเฉพาะในหมวด 3 มาตรา 21 และมาตรา 22 และมาตรา 23 ของกฎหมายฉบับนี้ โดยได้วางองค์ประกอบของหลักเกณฑ์และเงื่อนไขทางกฎหมาย และเงื่อนไขทางพันธุกรรมของคู่สมรสที่มีความประสงค์จะใช้สิทธิดังกล่าว รวมถึงแพทย์ที่จะทำการรักษาด้วยองค์ประกอบและเงื่อนไขที่เข้มงวดของกฎหมายนี้เอง ส่งผลให้คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หรือต้องการให้บุคคลอื่นตั้งครรภ์แทนตน หรือแม้ผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์บางกลุ่มก็สามารถใช้สิทธินี้ได้ เนื่องจากไม่เข้าองค์ประกอบ และไม่เข้าเงื่อนไขของกฎหมายดังกล่าว และเมื่อเป็นเช่นนั้นแล้วจึงส่งผลให้กลุ่มบุคคลบางกลุ่มที่ไม่ครอบครองประกอบและเงื่อนไขเหล่านั้นพยายามใช้สิทธิของตนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเรียกอีกอย่างว่าการอุ้มบุญเถื่อน ส่งผลให้สถานะของเด็กที่เกิดมาไม่เป็นไปตามแนวทางที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้วางไว้ แต่ในทางปฏิบัติก็อาจนำแนวทางในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ แต่วิธีนี้อาจไม่สอดคล้องกันกับวิธีการที่ตรงความประสงค์อันแท้จริงของพระราชบัญญัติฉบับนี้ และความประสงค์ของคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร รวมถึงหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนอย่างแน่นอน อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวมานี้ เป็นกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะ ดังนั้นจึงควรกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวให้ชัดเจน ถึงสถานะในทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการนำเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยมาใช้ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะสิ่งเหล่านี้อาจส่งผลกระทบต่อเด็กที่เกิดขึ้นมาแล้วต้องมารับภาระในการกระทำที่เห็นแก่ประโยชน์ส่วนตนของผู้ใหญ่ก็เป็นได้ (ประสพสุข บุญเดช, 2561 : 65)

ข้อมูลของสถานการณ์ปัญหาหรือตัวอย่างที่เกิดขึ้นในประเทศไทย กรณีการทำธุรกิจอุ้มบุญเถื่อนข้ามชาติของนักธุรกิจชาวจีนที่เข้ามาจ้างหญิงไทยให้ตั้งครรภ์แทน โดยผู้ประสงค์จะมีบุตรได้ออกค่าใช้จ่ายในการอุ้มบุญเถื่อนและเมื่อเด็กถือกำเนิดแล้วก็จะนำกลับไปยังประเทศต้นทาง เช่นกรณีนี้ นายโหลว เสียง หลง ชาวฮ่องกงที่มาเปิดบริษัทให้บริการอุ้มบุญในประเทศไทย ในครั้งนั้นมีการบริการผ่านเว็บไซต์ให้ชาวฮ่องกงที่มีลูกยากสามารถใช้บริการอุ้มบุญโดยเลือกใช้สเปิร์มของตัวเองหรือผู้อื่น ทั้งยังมีการให้เลือกไข่ไข่ของหญิงไทย เวียดนาม และกัมพูชาที่คัดหน้าตามาอย่างดีแล้วอีกด้วย รวมไปถึงกรณีของคู่รักเพศเดียวกันที่ประสงค์จะมีบุตร และจ้างวานให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนในรูปแบบของมารดารับจ้างตั้งครรภ์ เช่นกรณีน้องคาร์เมน หนึ่งในธุรกิจบาปที่รับอุ้มบุญเถื่อนที่เกิดขึ้นในสังคมไทย และในสังคมของประเทศที่กฎหมายไม่รัดกุม เกิดช่องว่างของกฎหมายที่ผู้ไม่หวังดีพยายามแสวงหาประโยชน์จากการกระทำอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่งผลให้เกิดปัญหาที่ตามมา คือ สถานะทางกฎหมายของเด็กที่เกิดมาจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว โดยสถิติของตัวเลขดังกล่าวนี้จะเกิดขึ้นเป็นอย่างมากในประเทศแถบเอเชีย (จักรกฤษณ์ ควรพจน์, 2558 : 54)

ด้วยเหตุผลดังกล่าวมานี้ส่งผลให้งานวิจัยชิ้นนี้ ต้องการศึกษถึงแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยการศึกษาว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้ควรมีลักษณะอย่างไรหากคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรใช้สิทธิของตน แต่กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ประกอบกับสถานะของเด็กที่เกิดมาแล้วจากการกระทำนั้น ต้องเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยการหาทางออกเพื่อให้เกิดความชัดเจนแก่พระราชบัญญัติฉบับนี้ โดยการกำหนดผลที่จะเกิดขึ้นกับคู่สามีภรรยา หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หรือแพทย์ที่ทำการรักษาแต่ไม่ได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัตินี้รวมถึงกำหนดบทบาทของความเป็นบิดาและมารดา ของเด็กที่เกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าวว่าควรจะเป็นไปอย่างไรเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 เพราะฉะนั้นพระราชบัญญัติฉบับนี้จึงควรได้รับการพิจารณาแก้ไขและปรับปรุงต่อไป

วัตถุประสงค์

1. เพื่อให้ทราบถึงสถานะทางกฎหมายของเด็กที่เกิดมา โดยใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การตั้งครรภ์แทนโดยอาศัยทั้งไข่และเชื้อสperms หรือของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่ต้องการมีบุตรตามกฎหมายที่ใช้ในการบังคับในปัจจุบัน และกฎหมายควรจะเป็นค่านึงถึงเจตนารมณ์ของคู่สมรสฝ่ายที่ต้องการมีบุตร และประโยชน์ของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นสำคัญ ตามมาตรา 19 มาตรา 20 มาตรา 21 มาตรา 22 มาตรา 23 และมาตรา 29
2. เพื่อให้ทราบถึงสถานะทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน โดยอาศัยทั้งไข่และสperms ของบุคคลอื่นตามกฎหมายที่ใช้บังคับในปัจจุบัน และตามกฎหมายที่ควรจะเป็นโดยค่านึงถึงเจตนารมณ์ของคู่สมรสฝ่ายที่ต้องการมีบุตร และประโยชน์ของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นสำคัญ
3. เพื่อนำผลการศึกษาวิจัยไปเป็นแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสถานะทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ตามมาตรา 19 มาตรา 20 มาตรา 21 มาตรา 22 มาตรา 23 และมาตรา 29

กรอบแนวคิด

ในการวิจัยครั้งนี้ ผู้วิจัยแสดงกรอบแนวคิดเกี่ยวกับทฤษฎีความเป็นมารดาและบุตร ศึกษาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนทั้งในประเทศไทยและในต่างประเทศที่มีกฎหมายในลักษณะเดียวกัน เช่นประเทศอังกฤษ เป็นต้น ตลอดจนปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการรับตั้งครรภ์แทน และแนวทางการแก้ไขหรือการบรรเทาปัญหาเหล่านั้นเพื่อจะนำมาเป็นหลักในการปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้อง โดยสมมุติฐานให้มีการแก้ตัวบทให้มีความชัดเจนและเพิ่มข้อความใหม่ในตัวบทกฎหมาย โดยค่านึงถึงเจตนาของคู่สมรสฝ่ายที่ต้องการมีบุตร และผลประโยชน์ของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นสำคัญ

วิธีดำเนินการวิจัย

งานวิจัยชิ้นนี้เป็นการศึกษารับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ภายหลังที่มีการประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้แล้ว โดยจะศึกษาวิจัยในเชิงเอกสาร (Content analysis) เป็นงานวิจัยเชิงคุณภาพ โดยแหล่งที่มาของข้อมูลจากปัญหาการรับจ้างอุมบุญเถื่อนที่เกิดขึ้นในประเทศไทย เครื่องมือที่ใช้ในการวิจัยจากแนวคำพิพากษาของศาลทั้งของไทยและในต่างประเทศ ตำรา หนังสือ งานวิจัยที่เกี่ยวข้อง ในปี 2558 ถึงปี 2561 โดยวิเคราะห์ข้อมูลจากการศึกษาหลักเรื่องปัญหาสถานะในทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และประเด็นศึกษารอง เรื่องสถานะความเป็นบิดาและมารดาของเด็กและการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ตามตามมาตรา 19 มาตรา 20 มาตรา 21 มาตรา 22 มาตรา 23 และมาตรา 29 โดยนำมาวิเคราะห์หาความสอดคล้องทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติ เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

สรุปผล

- งานวิจัยชิ้นนี้ ผู้วิจัยได้แบ่งแยกประเด็นหลักและประเด็นรองเพื่อทำการศึกษาวิจัยออกมา 4 ประเด็น ดังต่อไปนี้
1. ประเด็นศึกษาหลักประเด็นแรก คือ เรื่องปัญหาสถานะในทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการนำเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยหญิงนั้นตั้งครรภ์เองแต่เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย
 2. ประเด็นศึกษาหลักประเด็นที่สอง คือ เรื่องปัญหาสถานะในทางกฎหมายของเด็กที่เกิดการนำเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาใช้ โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน แต่เป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย
 3. ประเด็นศึกษารองประเด็นแรก ที่เป็นผลสืบเนื่องจากประเด็นหลักทั้งสองประเด็น คือ การกำหนดสถานะความเป็นบิดาของเด็กตามมาตรา 21 (4)
 4. ประเด็นศึกษารองประเด็นที่สอง ที่เป็นผลสืบเนื่องจากประเด็นหลักทั้งสองประเด็น เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ทางครอบครัวของเด็กที่เกิดมา โดยอาศัยเทคโนโลยีการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ในมาตรา 29
- ดังนั้นจากประเด็นการศึกษาข้างต้นจึงมีบุคคลต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้
1. คู่สามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย
 2. คู่สามีภรรยาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย
 3. บุคคลเพียงคนเดียวที่ประสงค์จะมีบุตรโดยมิสามารถตั้งครรภ์เองได้

4. หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน
5. สามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน
6. สามีที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน
7. แพทย์ที่ทำการรักษา

บุคคลที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้ต้องปฏิบัติตามองค์ประกอบหลักเกณฑ์ และต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขทางกฎหมาย และเงื่อนไขทางพันธุกรรมของการได้รับสิทธิในการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยให้หญิงนั้นตั้งครรภ์เอง หรือโดยการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน จึงจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย หลักการที่กล่าวมาข้างต้นนี้ถูกกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

หมวด 2 มาตรา 15 มาตรา 16 มาตรา 17 มาตรา 18 มาตรา 19 และมาตรา 20

หมวด 3 มาตรา 21 มาตรา 22 และมาตรา 23

รูปแบบของการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ แบ่งออกเป็น 2 รูปแบบ

รูปแบบที่ 1 เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยให้หญิงนั้นตั้งครรภ์เอง

รูปแบบที่ 2 เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน

วิธีการในการนำเทคโนโลยีเพื่อช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาใช้ แบ่งออกเป็น 2 วิธีการด้วยกัน

วิธีการที่ 1 การผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อ

1) การผสมเทียม โดยการใช้เชื้อสpermของผู้เป็นสามี

2) การผสมเทียม โดยการใช้เชื้อสpermของผู้ที่บริจาค

วิธีการที่ 2 การปฏิสนธิภายนอกร่างกาย

1) การปฏิสนธิภายนอกร่างกาย โดยใช้เชื้อสpermของผู้ที่เป็นสามีและไข่ของผู้เป็นภรรยา

2) การปฏิสนธิภายนอกร่างกาย โดยใช้เชื้อสpermของผู้ที่เป็นสามีและไข่ของผู้ที่บริจาค

3) การปฏิสนธิภายนอกร่างกาย โดยใช้เชื้อสpermของผู้ที่บริจาคและไข่ของผู้ที่เป็นภรรยา

4) การปฏิสนธิภายนอกร่างกาย โดยใช้เชื้อสpermของผู้ที่บริจาคและไข่ของผู้ที่บริจาค

ดังนั้น การที่บุคคลทั่วไปที่จะสามารถนำเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ มาใช้โดยชอบด้วยกฎหมายนั้น ต้องปฏิบัติตามองค์ประกอบหลักและเงื่อนไขทางกฎหมายและเงื่อนไขทางพันธุกรรมดังต่อไปนี้

รูปแบบที่ 1 เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยให้หญิงนั้นตั้งครรภ์เอง

องค์ประกอบหลัก คือ ต้องเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย ต้องเป็นคู่สมรสที่ได้จดทะเบียนสมรส ตามมาตรา 1457 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และภรรยาไม่อาจตั้งครรภ์เองได้หากไม่เข้าองค์ประกอบดังที่ได้กล่าวมาแล้วก็ต้องไปพิจารณาที่เงื่อนไขต่อไปอีก

1. เงื่อนไขทางกฎหมายตาม มาตรา 15 มีดังต่อไปนี้ คือ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

1.1 ต้องมีคุณสมบัติ

1.2 ต้องไม่มีลักษณะต้องห้าม

1.3 ต้องปฏิบัติตามมาตรฐานในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
ทั้งหมดนี้ต้องเป็นไปตามประกาศของแพทยสภาในเรื่องกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

2. เงื่อนไขทางกฎหมายตาม มาตรา 16 มีดังต่อไปนี้ คือ ก่อนการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จะต้องจัดให้มีการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกาย จิตใจ และสภาพแวดล้อมของผู้ขอรับบริการ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ที่จะนำมาใช้ดำเนินการ รวมทั้งการป้องกันโรคที่อาจมีผลกระทบต่อเด็กที่จะเกิดมาด้วย

ทั้งหมดนี้ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภา ประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

3. เงื่อนไขทางกฎหมายตาม มาตรา 17 มีดังต่อไปนี้ คือ การสร้าง การเก็บรักษา การใช้ประโยชน์จากตัวอ่อน หรือการทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อน ต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภา ประกาศกำหนด โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ แต่จะให้เก็บรักษาหรือใช้ประโยชน์จากตัวอ่อนที่มีอายุเกินกว่าสิบสัปดาห์ นับแต่วันปฏิสนธิไม่ได้ ทั้งนี้ อายุของตัวอ่อนไม่นับรวมระยะเวลาของการแช่แข็งตัวอ่อน

4. เงื่อนไขทางกฎหมายตาม มาตรา 18 มีดังต่อไปนี้ คือ ในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อาจทำการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรม ในตัวอ่อนที่อาจเกิดขึ้นตามความจำเป็นและสมควร ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะที่อาจทำให้เข้าใจว่าเป็นการเลือกเพศ การตรวจวินิจฉัยลักษณะนี้ ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภา ประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

5. เงื่อนไขทางกฎหมายตาม มาตรา 19 มีดังต่อไปนี้ คือ ภายใต้งบบังคับมาตรา 15 มาตรา 16 การผสมเทียม ต้องกระทำต่อหญิงที่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย และเป็นไปตามมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับการผสมเทียมที่แพทยสภา กำหนด โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

6. เงื่อนไขทางกฎหมายตาม มาตรา 20 มีดังต่อไปนี้ คือ การผสมเทียมโดยใช้สpermของผู้บริจาคต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการผสมเทียม การให้ความยินยอมต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภา ประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

รูปแบบที่ 2 เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน

องค์ประกอบหลัก คือ ต้องเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย ต้องเป็นคู่สมรสที่ได้จดทะเบียนสมรส ตามมาตรา 1457 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และภริยาไม่อาจตั้งครรภ์เองได้หากไม่เข้าองค์ประกอบดังที่ได้กล่าวมาแล้วก็ไม่ต้องไปพิจารณาที่เงื่อนไขต่อไปอีก

1. เงื่อนไขตามมาตรา 21 แบ่งออกเป็นเงื่อนไขทางกฎหมายและเงื่อนไขทางพันธุกรรม

1.1 ภริยาไม่อาจตั้งครรภ์เองได้

1.2 เป็นสามีภริยาที่มีสัญชาติไทย หรือฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นผู้มีสัญชาติไทย ในกรณีที่ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นผู้มีสัญชาติไทยนี้ คู่สมรสจะต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี (เงื่อนไขทางกฎหมาย)

1.3 หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องไม่ใช่บุพการี หรือผู้สืบสันดานของสามีและภริยาที่ประสงค์จะมีบุตร (เงื่อนไขทางพันธุกรรม)

1.5 หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ประสงค์จะมีบุตร ในกรณีไม่มีญาติสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ประสงค์จะมีบุตร ให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนได้แต่ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขเป็นผู้ประกาศกำหนด โดยคำแนะนำของคณะกรรมการ (เงื่อนไขทางกฎหมาย)

1.6 หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นหญิงที่เคยสมรสมาก่อนเท่านั้น ถ้าหญิงนั้นมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือชายที่อยู่กินฉันสามีภริยาจะต้องได้รับความยินยอมจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือชายดังกล่าวด้วย (เงื่อนไขทางกฎหมาย)

2. เงื่อนไขตามมาตรา 22 แบ่งออกเป็นเงื่อนไขทางกฎหมายและเงื่อนไขทางพันธุกรรม

2.1 ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีและไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน

2.2 ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีหรือไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน กับไข่หรืออสุจิของผู้อื่น

2.3 ห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน (เงื่อนไขทางพันธุกรรม)

2.4 ห้ามใช้ตัวอ่อนที่ผู้อื่นบริจาค (เงื่อนไขทางพันธุกรรม)

3. เงื่อนไขทางกฎหมายตามมาตรา 23

3.1 ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จะดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัตินี้ให้แก่สามีและภริยาตาม มาตรา 21(1) รายใด ต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการให้ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนให้แก่สามีและภริยารายนั้น

3.2 หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาตให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการ ประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา

หลักกฎหมาย องค์ประกอบ หลักเกณฑ์และเงื่อนไขทั้งทางกฎหมายและทางพันธุกรรมที่ได้กล่าวมาข้างต้น ถือได้ว่าเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายได้กำหนดไว้อย่างเคร่งครัด หากคู่สมรส หรือบุคคลใดที่ไม่ได้มีคุณสมบัติที่จะได้รับการรักษา โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ทำการฝ่าฝืนดังกล่าว ก็ถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนสาระสำคัญที่กฎหมายได้กำหนดไว้ หากเป็นเช่นนั้นจะถือได้ว่าเป็นการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น (แสง บุญเฉลิมวิภาส และดารารพร ธีระวัฒน์, 2558 : 36) หรือเรียกว่า “การอุ้มบุญเถื่อน”

หากพิจารณาให้ถี่ถ้วนพบว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ก็มีได้กล่าวถึงสถานะในทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการได้รับการรักษา โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้แต่ประการใด ไม่ได้ระบุอย่างชัดเจนว่าสถานะของเด็กที่เกิดจากการได้รับการรักษา โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวจะมีสถานะเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตร หรือหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน โดยเฉพาะในมาตรา 29 ที่ได้กล่าวถึงความเป็นบิดาและมารดาของเด็กและการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เอง ก็มีได้นำองค์ประกอบและหลักเกณฑ์ที่ได้กล่าวมาข้างต้นมากล่าวไว้อย่างชัดเจน แต่ในทางปฏิบัติก็อาจนำแนวทางในการนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ ซึ่งไม่ใช่วิธีการที่ตรงกับความต้องการของพระราชบัญญัติฉบับนี้ และความต้องการของคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร รวมถึงหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนอย่างแน่นอน อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวมานี้เป็นกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะ ก็ควรกำหนดไว้ในตัวบทให้ชัดเจนถึงสถานะในทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Kate Standley and Paula Davies, 2013 : 255-260)

ดังนั้นจากผลการวิจัยจึงค้นพบว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 จะต้องบัญญัติในเรื่องดังกล่าวนี้ไว้อย่างชัดเจน โดยกำหนดประเด็นพิจารณาสถานะของเด็ก ดังต่อไปนี้ ประเด็นศึกษาหลักประเด็นแรก คือ เรื่องปัญหาสถานะในทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการนำเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยหญิงนั้นตั้งครรภ์เองแต่เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือการผิดองค์ประกอบหลักเกณฑ์ หรือผิดองค์ประกอบเงื่อนไขทางกฎหมายตามมาตรา 15 มาตรา 16 มาตรา 17 มาตรา 18 มาตรา 19 มาตรา 20 หรือเป็นการกระทำที่ผิดทั้งองค์ประกอบหลักเกณฑ์ และผิดองค์ประกอบเงื่อนไขทางกฎหมายตามมาตรา 15 มาตรา 16 มาตรา 17 มาตรา 18 มาตรา 19 มาตรา 20 การกำหนดว่าหากมีการฝ่าฝืน องค์ประกอบ เงื่อนไขของหลักกฎหมายดังกล่าวแล้ว สถานะในทางกฎหมายของเด็กจะต้องเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ตั้งครรภ์ ด้วยการนำหลักเหตุผลตามหลักกฎหมายทั่วไป มาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอย่างชัดเจน เพื่อให้เป็นไปตามหลักความเป็นบิดาและมารดาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 วรรคด้วยครอบครัว มาตรา 1546 ที่กล่าวไว้ว่า “เด็กเกิดจากหญิงที่ได้สมรสมีการสมรสกับชายให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” ซึ่งหลักการดังที่ได้กล่าวมานี้ก็ถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ที่ถือว่าเด็กที่เกิดจากหญิงใด ก็เป็นบุตรของหญิงนั้น เพราะพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวมานี้เป็นกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะ ก็ควรกำหนดไว้ในตัวบทให้ชัดเจนถึงสถานะในทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์ โดยการนำเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาใช้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย ไม่ควรปล่อยให้เกิดช่องว่างของกฎหมายที่มีความเป็นกฎหมายเฉพาะแล้วให้นำหลักกฎหมายที่มีลักษณะทั่วไปมาใช้บังคับโดยอนุโลม

ประเด็นศึกษาหลักประเด็นที่สอง คือ เรื่องปัญหาสถานะในทางกฎหมายของเด็กที่เกิดการนำเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาใช้ โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน แต่เป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ปัญหาสำคัญที่ตามมาได้แก่ปัญหาทางกฎหมายที่ว่า จะให้เด็กซึ่งเกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของใครระหว่างหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน คู่สามีภรรยา หรือบุคคลที่ประสงค์จะให้เด็กเกิด หรือเจ้าของเชื้อและไข่ ความเห็นที่จะให้เด็กเป็นบุตรของเจ้าของเชื้อและไข่ดูจะมีน้ำหนักน้อยที่สุด เพราะแทบจะไม่มีกฎหมายพ้องทางด้านจิตใจ และเลือดเนื้อกับเด็กเลย ที่สำคัญที่สุดไม่น่าจะเป็นประโยชน์ต่อเด็กแต่อย่างใด เพราะผู้บริจาคเชื้อและไข่ นอกจากมิได้มีใจปรารถนาจะให้เด็กมาเป็นบุตรของตนแล้ว ส่วนใหญ่ยังไม่อยู่ในฐานะที่จะแบกรับภาระในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กได้ ดังนั้น จึงไม่มีกฎหมายของประเทศใดเลยที่บัญญัติให้เด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้บริจาคเชื้อและไข่ ในส่วนของหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนนั้น ถึงแม้กฎหมายพื้นฐานดั้งเดิมจะบัญญัติให้หญิงที่ตั้งครรภ์และคลอดเด็กมีฐานะเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก อันเป็นหลักที่ถูกต้องเป็นธรรมดาสำหรับกรณีปกติธรรมดาทั่ว ๆ ไปนั้น (หาควรนำมาใช้กับเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนไม่) เพราะหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนรู้มาแต่แรกแล้วว่า ตัวอ่อนที่ถูกนำมาสู่ครรภ์ของตนนั้น มิใช่เชื้อไขของตน ตนเข้ามารับหน้าที่ให้ตัวอ่อนที่มาจากเชื้อสุจิและไข่ ของคนอื่นอาศัย

กินอยู่หลับนอนและเติบโตในครรภ์ของตนเท่านั้น คล้ายดั่งแม่คนที่เข้ารับหน้าที่ตั้งแต่เด็กถูกนำเขาสู่ครรภ์เท่านั้นเอง เพียงแต่มีความผูกพันกับเด็กมากกว่าแม่นม เพราะเป็นผู้ให้เลือดเนื้อแก่เด็กนั้นด้วย อาจจะเป็นเพราะเหตุนี้ทำให้กฎหมายบางประเทศถึงแม้จะยืนยันให้หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก แต่ก็วางแนวทางแก้ไขปัญหาการขาดสิทธิประโยชน์ของเด็กโดยวิธีอื่น เช่น การจัดให้คู่สามีภรรยาที่ต้องการเด็กเป็นบุตรจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม เป็นต้น เพราะหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมักไม่อยู่ในฐานะที่จะอุปการะเลี้ยงดูเด็กให้ได้

ดังนั้น บทวิเคราะห์งานวิจัยเพื่อหาทางออกให้แก่กรณีเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงค้นพบแนวทางออกเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วยกัน 3 วิธี ดังนี้

1. ให้เด็กเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ที่รับตั้งครรภ์แทน (หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน)
2. ให้เด็กเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ที่รับตั้งครรภ์แทน แต่ให้บุคคลผู้ประสงค์จะมีบุตรนั้น จดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม

3. ให้เด็กเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ที่รับตั้งครรภ์แทน แต่ให้บุคคลผู้ประสงค์จะมีบุตรพิสูจน์ตนเองต่อศาลเพื่อให้ศาลพิจารณาว่า ถ้าตนสามารถดูแลเด็กได้ดีกว่าผู้ที่รับตั้งครรภ์แทน และเป็นประโยชน์แก่เด็กมากกว่า ให้เด็กเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ประสงค์จะมีบุตร ทั้งนี้โดยให้ศาลมีคำสั่ง

แนวทางออกทั้ง 3 วิธีนี้ สามารถนำมาใช้เพื่อกำหนดสถานะของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากการกระทำผิดองค์ประกอบและเงื่อนไขตามกฎหมายและเงื่อนไขทางพันธุกรรมได้ดังต่อไปนี้

หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าผิดองค์ประกอบอันเป็นหลักเกณฑ์ (คู่สมรสที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะไม่ได้จดทะเบียนสมรส)

1. คู่รักต่างเพศที่ไม่จดทะเบียนสมรส (สามีภรรยาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย) (ประสงค์จะมีบุตรโดยให้ผู้อื่นตั้งครรภ์แทน) การไม่ปฏิบัติตามองค์ประกอบหลักเกณฑ์ของกฎหมาย ทางออก คือ ให้เด็กเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ที่รับตั้งครรภ์แทน แต่ให้บุคคลผู้ประสงค์จะมีบุตรจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม หรือให้เด็กเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ที่รับตั้งครรภ์แทน แต่ให้บุคคลผู้ประสงค์จะมีบุตรพิสูจน์ตนเองว่า ท่านสามารถดูแลเด็กได้ดีกว่า และเป็นประโยชน์แก่เด็กมากกว่าโดยให้ศาลพิจารณา

2. คู่รักเพศเดียวกันประสงค์จะมีบุตรโดยให้ผู้อื่นตั้งครรภ์แทน การไม่ปฏิบัติตามองค์ประกอบหลักเกณฑ์ของกฎหมาย ทางออก คือ ให้เด็กเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ที่รับตั้งครรภ์แทน แต่ให้บุคคลผู้ประสงค์จะมีบุตรจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม

3. บุคคลเพียงคนเดียวที่ไม่มีคู่รักแต่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้ผู้อื่นตั้งครรภ์แทน การไม่ปฏิบัติตามองค์ประกอบหลักเกณฑ์ของกฎหมาย ทางออก คือ ให้เด็กเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ที่รับตั้งครรภ์แทน แต่ให้บุคคลผู้ประสงค์จะมีบุตรจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม

หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าผิดเงื่อนไขตามมาตรา 21 (แบ่งออกเป็นกรณีผิดเงื่อนไขทางกฎหมาย กับกรณีผิดเงื่อนไขทางพันธุกรรม)

1. ภริยาไม่อาจตั้งครรภ์เองได้
2. เป็นสามีภรรยาที่มีสัญชาติไทย หรือฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นผู้มีสัญชาติไทย ในกรณีที่ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นผู้มีสัญชาติไทยนี้ คู่สมรสจะต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี (หากผิดเงื่อนไขในทางกฎหมายข้อนี้) ทางออก คือ ให้เด็กเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ที่รับตั้งครรภ์แทน แต่ให้บุคคลผู้ประสงค์จะมีบุตรพิสูจน์ตนเองว่า ท่านสามารถดูแลเด็กได้ดีกว่า และเป็นประโยชน์แก่เด็กมากกว่าโดยให้ศาลพิจารณา
3. หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องไม่ใช่บุพการี หรือผู้สืบสันดานของสามีและภริยาที่ประสงค์จะมีบุตร (หากผิดเงื่อนไขทางพันธุกรรมข้อนี้) ทางออก คือ ให้เด็กเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ที่รับตั้งครรภ์แทน (หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน)
4. หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ประสงค์จะมีบุตร ในกรณีที่ไม่มีญาติสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ประสงค์จะมีบุตร ให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนได้แต่ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข เป็นผู้ประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการ หากผิดเงื่อนไขทางกฎหมายข้อนี้ ทางออก คือ ให้เด็กเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ที่รับตั้งครรภ์แทน แต่ให้บุคคลผู้ประสงค์จะมีบุตรพิสูจน์ตนเองว่า ท่านสามารถดูแลเด็กได้ดีกว่า และเป็นประโยชน์แก่เด็กมากกว่าโดยให้ศาลพิจารณา

5. หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นหญิงที่เคยสมรสมาก่อนเท่านั้น ถ้าหญิงนั้นมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือชายที่อยู่กินฉันสามีภริยาจะต้องได้รับความยินยอมจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือชายดังกล่าวด้วย (หากผิดเงื่อนไข ตามกฎหมายข้อนี้) ทางออก คือ ให้เด็กเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ที่รับตั้งครรภ์แทน แต่ให้บุคคลผู้ประสงค์จะมีบุตร พิสูจน์ตนเองว่า ท่านสามารถดูแลเด็กได้ดีกว่า และเป็นประโยชน์แก่เด็กมากกว่าโดยให้ศาลพิจารณา

หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าผิดเงื่อนไขตามมาตรา 22 กรณีดังกล่าว แบ่งออกเป็นกรณีผิดเงื่อนไขทางกฎหมาย และการผิดเงื่อนไขทางพันธุกรรม

1. ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีและไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน
2. ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีหรือไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน กับไข่หรืออสุจิของผู้อื่น
3. ห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เป็นเงื่อนไขทางพันธุกรรม หากผิดเงื่อนไขข้อนี้ ทางออก คือ ให้เด็ก เป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ที่รับตั้งครรภ์แทน (หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน)
4. ห้ามใช้ตัวอ่อนของผู้บริจาค เป็นเงื่อนไขทางพันธุกรรม หากผิดเงื่อนไขข้อนี้ ทางออก คือ ให้เด็กเป็นบุตร ที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ที่รับตั้งครรภ์แทน แต่ให้บุคคลผู้ประสงค์จะมีบุตรจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม

หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าผิดเงื่อนไขตามมาตรา 23 ถือเป็นการผิดเงื่อนไขทางกฎหมาย

1. ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จะดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน ตามพระราชบัญญัตินี้ให้แก่สามีและภริยาตาม มาตรา 21(1) รายใดต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการให้ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนให้แก่สามีและภริยารายนั้น หากเป็นกรณีผิดเงื่อนไขทางกฎหมายข้อนี้ ทางออกคือ ให้เด็กเป็นบุตรที่ชอบ ด้วยกฎหมายของผู้ที่รับตั้งครรภ์แทน แต่ให้บุคคลผู้ประสงค์จะมีบุตรพิสูจน์ตนเองว่า ท่านสามารถดูแลเด็กได้ดีกว่า และเป็น ประโยชน์แก่เด็กมากกว่าโดยให้ศาลพิจารณา
2. หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาตให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประกาศ กำหนดในราชกิจจานุเบกษา (หากผิดเงื่อนไขทางกฎหมายข้อนี้) ทางออกคือ ให้เด็กเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ที่รับ ตั้งครรภ์แทน แต่ให้บุคคลผู้ประสงค์จะมีบุตรพิสูจน์ตนเองว่า ท่านสามารถดูแลเด็กได้ดีกว่า และเป็นประโยชน์แก่เด็กมากกว่า โดยให้ศาลพิจารณา

ดังเช่นแนวทางของกฎหมายของอังกฤษ ในหลักเรื่องความเป็นมารดา ที่วางหลักในเรื่องดังกล่าวนี้ว่า

“การตั้งครรภ์ย่อมเป็นเครื่องบ่งชี้ความเป็นมารดาของบุตร ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการเกิดและการตาย (Births and Deaths Registration Act 1953 และ Registration of Births Deaths and Marriages Act 1965) โดยถือว่าหญิงที่ให้กำเนิดบุตร มีหน้าที่ต้องแจ้งจดทะเบียนการเกิดของเด็กนั้นว่าเป็นบุตรของตน แม้ต่อมาเมื่อเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มีความเจริญก้าวหน้า มากขึ้น หลักกฎหมายดังกล่าวของอังกฤษก็ได้เปลี่ยนแปลงไปแต่อย่างใด และได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมาย Human Fertilization and Embryology Act 1990 ในมาตรา 27 (1) ที่ได้กำหนดไว้ว่า “หญิงซึ่งกำลังตั้งครรภ์หรือได้ตั้งครรภ์เด็ก อันสืบเนื่องมาจากการนำตัวอ่อนหรือเชื้ออสุจิ และไข่ไปใส่ไว้ในร่างกาย ย่อมถือว่าเป็นบุคคลคนเดียวกับหญิงที่จะเป็นมารดา ของเด็กที่เกิดมา” ซึ่งทำให้บทบัญญัติดังกล่าวนี้สะท้อนให้เห็นถึงความเชื่อที่ว่า หญิงซึ่งได้อุทิศร่างกายเพื่อการตั้งครรภ์ เป็นเวลาเก้าเดือน ย่อมมีสิทธิในทางกฎหมายเหนือกว่าหญิงอื่นแม้ว่าจะเป็นหญิงซึ่งมิได้มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กนั้น ก็ตาม เท่ากับเป็นการนำหลักคอมมอนลอว์มาใช้ ซึ่งมีผลไปในทำนองเดียวกับหลักทั่วไปที่ว่า มารดาผู้ให้กำเนิดบุตรเป็นมารดา ที่ชอบด้วยกฎหมาย (วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, 2531 : 48)

ดังนั้น ในกรณีของการตั้งครรภ์แทนนั้น มารดาที่ให้กำเนิดย่อมถือว่าเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายแต่เพียง ผู้เดียว โดยไม่ถือว่า หญิงที่ทำสัญญาว่าจ้างให้ตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาตามกฎหมาย ไม่ว่าจะมีการนำไข่ของหญิงนั้น มาใช้ในการ ผสมเทียมหรือไม่ก็ตาม เฉกเช่นแนวทางในเรื่องดังกล่าวกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสก็ได้กำหนดไว้ว่า The Civil Code Article 341 สถานะสภาพความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในประเทศฝรั่งเศสนั้น ก็เป็นไปตามกฎหมาย แห่งทั่วไป ซึ่งยังคงถือตามหลักการที่ว่าหญิงที่ให้กำเนิดเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก (ประสพสุข บุญเดช, 2561 : 40)

แนวทางในการแก้ไขปัญหสถานะในทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีเจริญพันธุ์โดยไม่ชอบ ด้วยกฎหมายก็ควรถูกกำหนดไว้อย่างชัดเจนในต้วบทกฎหมายของพระราชบัญญัติฉบับนี้เอง และต้องมีลักษณะที่สอดคล้อง ตามหลักกฎหมายทั่วไปโดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงหลักในทางพันธุกรรมที่แท้จริงแต่อย่างใด กล่าวคือ ตามหลักนั้นต้องให้เด็กเป็นบุตร ที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงซึ่งรับตั้งครรภ์แทน เพราะถือว่าเป็นผู้ให้กำเนิดเด็กออกมาตามธรรมชาติ และต้องมีการกำหนด

ข้อยกเว้นต่าง ๆ แยกลักษณะตามประเภทของการกระทำความผิดองค์ประกอบและเงื่อนไขอย่างชัดเจน ซึ่งตามหลักแล้ว ก็ต้องเป็นหน้าที่ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ที่ต้องกำหนดถึงสถานะของเด็กดังกล่าวไว้ในตัวบทกฎหมายของพระราชบัญญัติฉบับนี้ด้วย (ยศศักดิ์ โกศัยกานนท์, 2555 : 91)

พระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นกฎหมายพิเศษ จำต้องกำหนดหลักเกณฑ์และแนวทางออกไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน ครอบคลุมในทุกกรณีที่เป็นปัญหา โดยเฉพาะปัญหาที่อาจเกิดขึ้นกับเด็กซึ่งถือได้ว่า เป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบโดยตรงจากการกระทำที่ไม่มีความรับผิดชอบและฝ่าฝืนกฎหมายของผู้ใหญ่ มิเช่นนั้นหากไม่มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนแล้ว อาจจะทำให้เกิดปัญหาการตีความกฎหมายซึ่งอาจตีความกันได้ในลักษณะที่แตกต่างกันออกไปในภายหลัง และเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 (Jones P, 1998 : 12-13)

ประเด็นศึกษารองประเด็นแรก ที่เป็นผลสืบเนื่องจากประเด็นหลักทั้งสองประเด็น คือ การกำหนดสถานะความเป็นบิดาของเด็กตามมาตรา 21 (4) คือ หากเด็กที่ถือกำเนิดมานั้นเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนแล้ว ซึ่งโดยหลักการของมาตรา 21(4) สามีที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องให้ความยินยอมด้วย และถ้าสามีที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้แสดงความยินยอม ความยินยอมนั้นต้องทำข้อตกลงเป็นหนังสือ สามีที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็สามารถนำหลักฐานความเป็นบิดาตาม มาตรา 1536 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวมาปรับใช้ได้ด้วย เพื่อให้เด็กผู้นั้นมีบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายและไม่อาจปฏิเสธความเป็นบิดาตามมาตรา 1539 แต่ในกรณีของสามีที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ยินยอมตาม มาตรา 21(4) หรือมิได้ให้ความยินยอมเป็นหนังสือ สามีที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็ไม่อาจถูกบังคับโดยผลของกฎหมายให้เป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กผู้นั้นได้ โดยอาจปฏิเสธความเป็นบิดาตามมาตรา 1539 ได้ ในเรื่องนี้กฎหมายก็ต้องระบุไว้ในพระราชบัญญัติอย่างชัดเจนไม่ให้คลุมเครือ ประกอบกับอีกกรณีหนึ่ง คือ ชายที่อยู่กินฉันสามีภริยากับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ให้ความยินยอม ความยินยอมนั้นก็ต้องทำข้อตกลงเป็นหนังสือเช่นกัน หากชายผู้นั้นปฏิเสธความเป็นบิดาก็สามารถถูกฟ้องให้เป็นบิดาตามมาตรา 1555 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวได้ด้วย แต่ถ้าหากชายที่อยู่กินฉันสามีภริยากับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ให้ความยินยอม หรือมิได้ทำข้อตกลงเป็นหนังสือ ก็จะถูกฟ้องให้เป็นบิดาตามมาตรา 1555 ไม่ได้ หากเป็นเช่นนั้นเด็กผู้นั้นก็อาจจะไม่มีบิดา (พลสนธิ โยงสมบัติ, 2552 : 136)

ดังนั้นตัวบทกฎหมายก็ต้องระบุไว้อย่างชัดเจนในพระราชบัญญัติฉบับนี้เช่นเดียวกัน ดังนั้นผู้วิจัยจึงเห็นควรให้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ไว้ในกฎหมายดังกล่าว เพื่อมิให้เกิดปัญหาในการตีความต่อไป

ประเด็นศึกษารองประเด็นที่สอง ที่เป็นผลสืบเนื่องจากประเด็นหลักทั้งสองประเด็น เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ทางครอบครัวของเด็กที่เกิดมาโดยอาศัยเทคโนโลยีการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ในมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ซึ่งเป็นปัญหาในเรื่องการใช้ถ้อยคำในตัวบทกฎหมาย โดยมาตราดังกล่าวไว้ว่าหลักว่า เด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาค แล้วแต่กรณี โดยใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ไม่ว่าจะเป็นโดยการให้ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์หรือให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่น ให้เด็กนั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร หลักเกณฑ์ในมาตราดังกล่าวนี้นหากพิจารณาให้ละเอียดพบว่าใช้บังคับได้เฉพาะเด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาคเท่านั้น มาตรานี้ไม่ได้กล่าวถึงการกำหนดความสัมพันธ์ทางครอบครัวของเด็กที่เกิดโดยใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เซลล์สืบพันธุ์ของคู่สมรสทั้งสองฝ่าย ซึ่งหมายความว่า หากมีการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนมาตราดังกล่าวมานี้ก็คุ้มครองแต่เพียงเด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาคเท่านั้น ไม่รวมถึงการไข่และอสุจิ ของคู่สมรสทั้งสองฝ่าย และไม่มีมาตราใดในตัวบทกฎหมายที่กล่าวถึงสถานะของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยใช้เซลล์สืบพันธุ์ของทั้งสองฝ่ายเลย ทำให้ต้องย้อนกลับไปพิจารณาในมาตรา 3 บทนิยามของคำว่าตั้งครรภ์แทน ที่กล่าวไว้ว่า การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงเป็นหนังสือไว้กับสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งปัญหาคืออาจเกิดขึ้นหากการตั้งครรภ์แทนแล้วผิดสัญญา หรือสัญญาเป็นโมฆะไปเพราะมาตรา 3 กำหนดความสัมพันธ์ทางครอบครัวของเด็กที่เกิดโดยใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยใช้เซลล์สืบพันธุ์ของคู่สมรสทั้งสองฝ่ายผ่านทางระบบของสัญญา (จิรทิพย์ โจนรัตนงูร, 2556 : 113)

เพราะการตั้งครรภ์แทนตามมาตรา 3 ดังกล่าว หมายถึง การใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงเป็นหนังสือไว้กับสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายก่อนตั้งครรภ์ว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ประกอบกับข้อตกลงเป็นหนังสือดังกล่าวในมาตรา 3 นั้นไม่ได้อยู่ในลักษณะของ

สัญญาตามกฎหมายเป็นเพียงข้อตกลงของคู่สามีภรรยาและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเท่านั้น ดังนั้นหากฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดผิดข้อตกลงที่เป็นหนังสือ หรือข้อตกลงเป็นโมฆะ เกิดการทำลายหนังสือ ย่อมมีปัญหาในการตีความสถานะในทางกฎหมายของเด็ก เพราะพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ได้เขียนทางออกไว้ และไม่สามารถตีความให้เข้ามาตรา 29 ได้ เนื่องจากเด็กไม่ได้เกิดจากเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนของผู้บริจาค ปัญหาดังกล่าวนี้อาจสืบเนื่องไปถึงปัญหาของการกำหนดสถานะของเด็กที่เกิดจากกระบวนการที่ฝ่าฝืนกฎหมายฉบับนี้ ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในประเด็นแรกด้วย

อภิปรายผล

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 จะต้องบัญญัติในเรื่องดังกล่าวนี้ไว้อย่างชัดเจน โดยการกำหนดว่าหากมีการฝ่าฝืน องค์ประกอบ เงื่อนไขของหลักกฎหมายดังกล่าวแล้ว สถานะในทางกฎหมายของเด็กจะต้องเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ตั้งครรภ์นั้น หรือคู่สามีภรรยา หรือบุคคลที่จำทำให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนแล้วแต่กรณี โดยคำนึงถึงสิทธิประโยชน์ที่จะเกิดกับเด็กเป็นสำคัญ ด้วยการนำทฤษฎีทางกฎหมายทั่วไปมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอย่างชัดเจน เพื่อให้เป็นไปตามหลักความเป็นบิดาและมารดาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว มาตรา 1546 ซึ่งหลักการดังที่ได้กล่าวมานี้ก็ถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ตามทฤษฎีที่ถือว่าเด็กที่เกิดจากหญิงใด ก็เป็นบุตรของหญิงนั้น เพราะพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวมานี้เป็นกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะก็ควรกำหนดไว้ในตัวบทให้ชัดเจนถึงสถานะในทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ควรปล่อยให้เกิดช่องว่างของกฎหมายแล้วให้อยากกลับไปนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้บังคับ เพราะในเมื่อมีกฎหมายพิเศษแล้วก็ควรกำหนดไว้ในกฎหมายพิเศษ เพื่อในการแก้ไขปัญหาจะได้ไม่ต้องไปนำหลักกฎหมายทั่วไปมาพิจารณาาร่วมกันอีก ประกอบกับในเรื่องการให้ความยินยอมในมาตรา 21 (4) ด้วยเช่นกัน เพราะจะแสดงถึงสถานะของความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นด้วย รวมถึงสถานะของความเป็นบิดาและมารดาของเด็ก และการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 29 จะต้องรวมถึงเด็กที่เกิดจากอสุจิและไข่ของคู่สมรสทั้งสองฝ่ายด้วย ในกรณีที่ให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน (จิรทีปต์ วิจารณ์ตางกูร, 2556 : 131)

กิตติกรรมประกาศ

งานวิจัยชิ้นนี้ได้รับการสนับสนุนการวิจัยจากงบประมาณเงินรายได้ ประจำปีงบประมาณ 2561 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหาสารคาม และขอขอบพระคุณอาจารย์ที่ปรึกษางานวิจัย ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ ศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ข้อเสนอแนะ

1. ข้อเสนอแนะในการนำไปใช้

ปัญหาสถานะของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจะพิจารณาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ไม่ได้ เพราะในพระราชบัญญัติดังกล่าว ตัวบทกฎหมายมิได้กำหนดสถานะของเด็กไว้

ดังนั้น พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 จะต้องบัญญัติทางออกในเรื่องดังกล่าวนี้ไว้อย่างชัดเจน โดยการกำหนดว่า หากมีการฝ่าฝืนองค์ประกอบ เงื่อนไขทางกฎหมาย หรือเงื่อนไขทางพันธุกรรมของหลักกฎหมายในพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวแล้ว ให้สถานะในทางกฎหมายของเด็กต้องเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ด้วยการนำหลักเหตุผลตามหลักกฎหมายทั่วไปมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอย่างชัดเจน เพื่อให้เป็นไปตามหลักความเป็นบิดาและมารดาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว มาตรา 1546 ซึ่งหลักการดังที่ได้กล่าวมานี้ก็ถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ที่ถือว่าเด็กที่เกิดจากหญิงใด ก็เป็นบุตรของหญิงนั้น พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวมานี้เป็นกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะควรกำหนดไว้ในตัวบทให้ชัดเจนถึงสถานะในทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ควรปล่อยให้เกิดช่องว่างของกฎหมายแล้วกลับไปใช้หลักกฎหมายทั่วไป เพราะในเมื่อมีกฎหมายพิเศษแล้ว ก็ควรกำหนดไว้ในกฎหมายพิเศษอย่างชัดเจนในการแก้ไขปัญหา ไม่ควรไปนำหลักกฎหมายทั่วไปมาพิจารณาร่วมอีก ประกอบกับพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวนี้ ก็จะต้องกล่าวถึงข้อยกเว้นของหลักทั่วไป

ไว้ด้วยเช่นกัน ดังนั้นผู้วิจัยจึงเสนอให้มีการเพิ่มหลักการ และข้อยกเว้นหลักทั่วไปในลักษณะต่าง ๆ ดังกล่าวไว้ในพระราชบัญญัติฉบับนี้

แก้ไขตามประเด็นศึกษาหลักประเด็นแรก คือ เรื่องปัญหาสถานะในทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการนำเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยหญิงนั้น ตั้งครรภ์เองแต่เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ความว่า มาตรา 19 “ภายใต้บังคับมาตรา 15 และมาตรา 16 การผสมเทียมและการปฏิสนธิภายนอกร่างกายต้องกระทำต่อหญิงที่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย และเป็นไปตามมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับการผสมเทียมและการปฏิสนธิภายนอกร่างกายที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

ความว่า มาตรา.....”เด็กที่เกิดจากการฝ่าฝืนมาตรา 15 มาตรา 16 มาตรา 17 มาตรา 18 มาตรา 19 มาตรา 20 ให้เด็กนั้นเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ตั้งครรภ์นั้น”

แก้ไขตามประเด็นศึกษาหลักประเด็นที่สอง คือ เรื่องปัญหาสถานะในทางกฎหมายของเด็กที่เกิดการนำเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาใช้ โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน แต่เป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ความว่า มาตรา 22 “การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัตินี้ให้กระทำได้สามวิธี ดังต่อไปนี้

1) ให้ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากสุจิของสามีและไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน
2) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากสามีหรือไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน กับไข่หรือสุจิของผู้อื่น ทั้งนี้ ห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

3) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากสามีหรือไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนกับไข่หรือสุจิของผู้อื่น ทั้งนี้ ห้ามใช้สุจิและไข่หรือตัวอ่อนที่ผู้อื่นที่ได้บริจาค

ความว่า มาตรา..... “เด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน โดยขัดกับมาตรา 21 (2) มาตรา 22 (2) ให้เด็กนั้นเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน”

ความว่า มาตรา..... “เด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน โดยขัดกับมาตรา 22 (3) ให้เด็กนั้นเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน แต่ให้บุคคลผู้ประสงค์จะมีบุตรจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม”

ความว่า มาตรา..... “เด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน โดยขัดกับมาตรา 21 (1) (3) (4) มาตรา 23 ให้เด็กนั้นเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน แต่ให้บุคคลผู้ประสงค์จะมีบุตรพิสูจน์ตนเองว่าถ้าสามารถดูแลเด็กได้ดีกว่า และเป็นประโยชน์แก่เด็กมากกว่า ให้เด็กเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ประสงค์จะมีบุตรนั้น ทั้งนี้โดยให้ศาลพิจารณา”

แก้ไขตามประเด็นศึกษารองประเด็นแรกที่เป็นผลสืบเนื่องจากประเด็นหลักทั้งสองประเด็น คือ การกำหนดสถานะความเป็นบิดาของเด็กตามมาตรา 21 (4) ผู้วิจัยเสนอให้มีการแก้ไขมาตรา 21 (4) เพื่อกำหนดสถานะและความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยมีข้อความดังต่อไปนี้

ความว่า มาตรา 21 (4) “หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นหญิงที่เคยมีบุตรมาก่อนแล้วเท่านั้น ถ้าหญิงนั้นมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินกันฉันสามีภริยา จะต้องได้รับความยินยอมจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือชายดังกล่าวด้วย และความยินยอมนั้นต้องทำข้อตกลงเป็นหนังสือ หากสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินกันฉันสามีภริยา มิได้ให้ความยินยอม หรือมิได้ทำข้อตกลงเป็นหนังสือ สามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินกันฉันสามีภริยาสามารถปฏิเสธความเป็นบิดาได้ หากเด็กนั้นต้องเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนโดยผลของกฎหมายนี้”

แก้ไขตามประเด็นศึกษารองประเด็นที่สองที่เป็นผลสืบเนื่องจากประเด็นหลักทั้งสองประเด็น เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ทางครอบครัวของเด็กที่เกิดมาโดยอาศัยเทคโนโลยีการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ในมาตรา 29 สถานะของความเป็นบิดาและมารดาของเด็ก และการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้วิจัยเสนอให้มีการแก้ไขมาตรา 29 ดังมีข้อความดังต่อไปนี้

ความว่า มาตรา 29 “ภายใต้บังคับมาตรา 3 มาตรา 22 เด็กที่เกิดจากสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาคแล้วแต่กรณี โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะกระทำโดยภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์ หรือให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่น หรือเด็กที่เกิดจากสุจิและไข่ของผู้เป็นสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ให้เด็กนั้นเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร แม้ว่าสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด

ชายหรือหญิงที่บริจาคอสุจิหรือไข่ ซึ่งนำมาใช้ปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์หรือผู้บริจาคตัวอ่อน และเด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่บริจาคดังกล่าว ไม่มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวและมรดก”

2. ข้อเสนอแนะในการทำวิจัยครั้งต่อไป

ศึกษาสถานะทางกฎหมายของเด็กที่เกิดมา โดยใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การตั้งครรภ์แทน โดยอาศัยทั้งไข่และเชื้ออสุจิของคู่สมรสหรือของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่ต้องการมีบุตรตามกฎหมายที่ใช้ในการบังคับ ในปัจจุบันและกฎหมายควรจะคำนึงถึงเจตนารมณ์ของคู่สมรสฝ่ายที่ต้องการมีบุตรและประโยชน์ของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน เป็นสำคัญ ตามมาตรา 19 มาตรา 20 มาตรา 21 มาตรา 22 มาตรา 23 และมาตรา 29 ศึกษาสถานะทางกฎหมายของเด็ก ที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน โดยอาศัยทั้งไข่และอสุจิของบุคคลอื่นตามกฎหมายที่ใช้บังคับในปัจจุบัน และตามกฎหมายที่ควรจะเป็น โดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ของคู่สมรสฝ่ายที่ต้องการมีบุตรและประโยชน์ของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นสำคัญ ประกอบ กับนำผลการศึกษาวินิจฉัยไปเป็นแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้อง กับสถานะทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

เอกสารอ้างอิง

- จักรกฤษณ์ ควรพจน์. (2558). *การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน*. รายงานการวิจัยเสนอต่อ สำนักงานคณะกรรมการ กฤษฎีกา.
- จิรทีปต์ โรจนรัตน์กูร. (2556). *เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์การโอนเซลล์สืบพันธุ์*. วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ยศศักดิ์ โกศัยกานนท์. (2555). *มาตรการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต.
- ประสพสุข บุญเดช. (2561). มารดารับจ้างตั้งครรภ์. *ศุลพาฬ*, 35(1), 16-24.
- พลาสินี โยงสมบัติ. (2552). *วิเคราะห์ ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ...*. วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายเอกชน. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส และดารารพร ธีระวัฒน์. (2558). ประเด็นและข้อเสนอแนะทางกฎหมายและจริยธรรมเกี่ยวกับการใช้ เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์. *วารสารมหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต*, 52(2), 1-22.
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2531). การผสมเทียมกับกฎหมาย. *วารสารทบบัณฑิต*, 44(2), 54-67.
- Kate, S. and Paula, D. (2013). *Family Law*. London: Palgrave Macmillan.