



การพัฒนามาตรการทางกฎหมายการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดย
อาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

ศุภชัย ศรีวิวัฒน์

ดุขฎิณิพนธ์เสนอต่อมหาวิทยาลัยรามคำแหง
เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญา
นิติศาสตรดุขฎิบัณทิต
ปีการศึกษา 2561

การพัฒนามาตรการทางกฎหมายการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดย
อาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

ศุภรัช ศรีวิพัฒน์

ดุชนิพนธ์เสนอต่อมหาวิทยาลัยรามคำแหง
เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญา
นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต
ปีการศึกษา 2561
ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยรามคำแหง

THE DEVELOPMENT OF LEGAL MEASURES FOR
THE PROTECTION OF CHILDREN BORN BY
MEDICALLY ASSISTED REPRODUCTIVE
TECHNOLOGY

SUPHATUT SRIVIPATANA

A DISSERTATION PRESENTED TO RAMKHAMHAENG UNIVERSITY
IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS
FOR THE DEGREE OF DOCTOR OF LAWS

2018

COPYRIGHTED BY RAMKHAMHAENG UNIVERSITY

ชื่อเรื่องคุณิพนธ์ การพัฒนามาตรการทางกฎหมายการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัย
เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
ชื่อผู้เขียน นายสุภรัช ศรีวิวัฒน์
สาขาวิชา นิติศาสตร์
คณะกรรมการที่ปรึกษาคุณิพนธ์

.....ประธานกรรมการ

(รองศาสตราจารย์สุชนม์ สุธวิฑิต)

.....กรรมการ

(รองศาสตราจารย์ ดร. บุญมี พันธุ์ไทย)

.....กรรมการ

(นายปัญญา กางกรณ)

มหาวิทยาลัยรามคำแหงอนุมัติให้คุณิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตาม
หลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต

.....คณบดีบัณฑิตวิทยาลัย

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. สัมพงษ์ ปรามใหญ่)

.....รักษาการในตำแหน่งผู้อำนวยการ

(ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. จิรโชค วีระสย) โครงการปรัชญาคุณิพนธ์บัณฑิตทางสังคมศาสตร์

คณะกรรมการสอบคุณิพนธ์

.....ประธานกรรมการ

(ศาสตราจารย์พิเศษปัญญา สุธวิฑิต)

.....กรรมการ

(ศาสตราจารย์คลินิก นพ. อำนาจ กุศลนันท์)

.....กรรมการ

(นายสุเมธ รอยกุลเจริญ)

.....กรรมการ

(ศาสตราจารย์ ดร. ปิยะฉัตร สารธีรสานต์)

.....กรรมการ

(ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. จิรโชค วีระสย)

บทคัดย่อ

ชื่อเรื่องคุณูปนิพนธ์ การพัฒนามาตรการทางกฎหมายการคุ้มครองเด็กที่เกิด
โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

ชื่อผู้เขียน นายสุกฤษ ศรีวิพัฒน์

ชื่อปริญญา นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต

ปีการศึกษา 2561

คณะกรรมการที่ปรึกษาคุณุฎิณิพนธ์

1. รองศาสตราจารย์สุชสมัย สุทธิพิบัติ
2. รองศาสตราจารย์ ดร. บุญมี พันธุ์ไทย
3. นายปัญญา ทางกรณ

บทบัญญัติของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มีเจตนารมณ์เพื่อกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เหมาะสมสอดคล้องกับความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม ตลอดจนควบคุมกระบวนการศึกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์ทางการแพทย์ที่เกี่ยวกับตัวอ่อนและเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ มิให้มีการนำไปใช้ในทางที่ไม่ถูกต้อง เห็นได้ว่าเป็นการคุ้มครองผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์และคุ้มครองบุคคลที่อยู่ในกระบวนการเกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีทางการแพทย์ โดยมีได้ให้ความสำคัญกับมาตรการเพื่อการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้มีคุณภาพชีวิตที่ดีตามมาตรฐานของสังคม จึงจำเป็นต้องมีการวิจัยเพื่อปรับปรุงพัฒนามาตรการทางกฎหมายคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่เหมาะสมและเป็นธรรม

การวิจัยได้ทำการศึกษา เปรียบเทียบการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ระหว่างกฎหมายของไทยกับกฎหมายของต่างประเทศ และได้วิเคราะห์สภาพปัญหาบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนี้ซึ่งทำให้เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไม่ได้รับความคุ้มครองที่เหมาะสมและเป็นธรรมตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 แล้วนำมายกร่างกฎหมายเพื่อพัฒนามาตรการทางกฎหมายคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่เด็ก

ผลการศึกษาวิจัยพบว่า

1. กฎหมาย มิได้กำหนดคุณลักษณะของบุคคลที่ให้ตั้งครรภ์แทนและบุคคลที่รับตั้งครรภ์แทน รวมถึงการตรวจสอบสภาพความเป็นอยู่และสภาพจิตใจของครอบครัวที่ประสงค์ให้ตั้งครรภ์แทนก่อนให้บริการ อีกทั้งมิได้กำหนดอายุของบุคคลที่รับตั้งครรภ์แทนเพื่อให้เด็กที่จะเกิดมามีสุขภาพสมบูรณ์แข็งแรงทั้งร่างกายและจิตใจ

2. กฎหมายได้ห้ามมิให้มีการดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า แต่ไม่ได้กำหนดคำนิยามคำว่า “เพื่อประโยชน์ทางการค้า” จึงทำให้เกิดปัญหาการตีความว่า การกระทำการใดถือว่าเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ทางการค้า ส่งผลเสียหายต่อมาตรการคุ้มครองเด็กที่จะต้องรอคำวินิจฉัยจากศาล

3. กฎหมายไม่ได้กำหนดให้มีการตรวจสอบสภาพครอบครัวของผู้ให้ตั้งครรภ์แทน ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาแก่เด็กและเด็กอาจถูกนำไปแสวงหาประโยชน์โดยบุคคลที่ประสงค์มีบุตรมีเจตนาแอบแฝงอันก่อให้เกิดผลร้ายแก่เด็ก

ผู้วิจัยจึงเห็นสมควรปรับปรุงเพิ่มเติมบทบัญญัติของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยยกร่างกฎหมายเพื่อพัฒนามาตรการทางกฎหมายคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้ได้รับการคุ้มครองอย่างเหมาะสมและเป็นธรรม

ABSTRACT

Dissertation Title The Development of Legal Measures for the
Protection of Children Born by Medically
Assisted Reproductive Technology

Students Name Mr. Suphatut Srivipatana

Degree Sought Doctor of Laws

Academic Year 2018

Advisory Committee

1. Assoc. Prof. Suksmai Sutthibodee Chairperson
2. Assoc. Prof. Dr. Boonmee Phunthai
3. Mr. Panya ganggorn

The provisions in the Protection of a Child Born from Medically Assisted Reproductive Technology Act, B.E. 2558 (2015) have the intent to legitimize children by designating fathers and mothers of children born by medically assisted reproductive technology in a manner akin to genetic relationships. The intent of the law is also to control the study procedures of research in medical science research concerning embryos and medically assisted reproductive technology such that they are correctly carried out. It can be seen that it is also an effort to protect medical professionals and those engaged in the procedures of medically assisted reproductive technology.

However, attention is not paid to measures protecting children born by medically assisted reproductive technology such that they shall enjoy a good

quality of life as based on current social standards. It is therefore necessary to conduct research to the end of improving and developing legal measures for affording protection to children born by medically assisted reproductive technology in an appropriate and just manner.

The researcher conducted a comparative study of the protection of children born by medically assisted reproductive technology in Thai and foreign laws. The researcher analyzed the conditions of problems found in the provisions of the law presently enforced in which children born by medically assisted reproductive technology are not appropriately and justly protected by the provisions of the Protection of a Child Born by Medically Assisted Reproductive Technology Act, B.E. 2558 (2015). Therefore, the researcher has drawn up a draft law in order to develop legal measures affording protection to children born by medically assisted reproductive technology so as to ensure that such children can reap maximum benefits.

Findings are as follows:

1. The law does not designate particular characteristics of a person requesting surrogacy services and the person providing surrogacy services. The living conditions and the mental states of the members of the family desiring surrogacy services are not investigated before the provision of service. The age of the person providing surrogacy is not specified even though this is a major factor in ensuring that such children are born with both physical and mental good health.

2. The law prohibits surrogacy for commercial benefits but does not define “for commercial benefits”. A problem of interpretation then occurs as

to what actions are to be considered as actions carrying commercial benefits. This results in damage to the measures governing child protection while awaiting judgment from the courts.

3. The law does not require investigation of the family conditions of the person(s) desiring surrogacy. This may cause problems to a child. The child may be used to the end of searching for benefits by the person(s) wanting to have a child but having hidden intentions that may result in bad consequences for a child.

In the view of the researcher, it is therefore appropriate to add provisions to the Protection of a Child Born by Medically Assisted Reproductive Technology Act, B.E. 2558 (2015) by drafting a law in which legal measures are developed affording protection to a child born by medically assisted reproductive technology such that such a child can enjoy appropriate and just protection.

กิตติกรรมประกาศ

คุษฎีนิพนธ์ฉบับนี้สามารถบรรลุผลอย่างสมบูรณ์ได้ด้วยความช่วยเหลืออย่างดียิ่งจาก คณะกรรมการที่ปรึกษาคุษฎีนิพนธ์ อันประกอบด้วย รองศาสตราจารย์สุขสมัย สุทธิบดี ประธานกรรมการที่ปรึกษาคุษฎีนิพนธ์ รองศาสตราจารย์ ดร. บุญมี พันธุ์ไทย นายปัญญา กางกรณ ซึ่งทุกท่านได้สละเวลาอันมีค่าเพื่อให้คำปรึกษาและให้คำแนะนำ ในการศึกษาค้นคว้า จนทำให้คุษฎีนิพนธ์นี้มีความถูกต้องและมีเนื้อหาที่สมบูรณ์ อัน ทำให้มีคุณค่าทางวิชาการ ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณท่านเป็นอย่างสูงและจะขอ น้อมระลึกถึงพระคุณของท่านตลอดไป

ขอกราบขอบพระคุณท่านผู้ทรงคุณวุฒิ ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมาย บุคคลที่เกี่ยวข้อง กับกระบวนการทางการแพทย์ด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ทุกท่าน ซึ่งทำให้ได้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์ในการวิจัยครั้งนี้ ที่ได้ให้คำแนะนำและวิจารณ์ร่าง กฎหมายจนทำให้ผู้เขียนจัดทำร่างกฎหมายได้สมบูรณ์ตามวัตถุประสงค์ของการวิจัยในครั้งนี้

ขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์พิเศษปัญญา สุทธิบดี ศาสตราจารย์คลินิก นพ. อำนวย กุศลนันท์ นายสุเมธ รอยกุลเจริญ ศาสตราจารย์ ดร. ปิยะฉัตร จารุธีรสานต์ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. จิรโชค วีระสยที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่าอย่างยิ่งมาเป็น ผู้ทรงคุณวุฒิในการสอบป้องกันคุษฎีนิพนธ์ โดยท่านได้กรุณาให้คำแนะนำเพิ่มเติมจน ทำให้คุษฎีนิพนธ์ยังเพิ่มคุณค่าทางวิชาการมากขึ้นไปอีก

ขอขอบคุณพี่ ๆ น้อง ๆ เพื่อน ๆ นักศึกษาปริญญาเอก และ โครงการปรัชญาคุษฎี-บัณฑิตทางสังคมศาสตร์ ตลอดจนทั้งคณาจารย์และเจ้าหน้าที่ประจำโครงการปรัชญาคุษฎี-บัณฑิตทางสังคมศาสตร์ ทุกท่านที่ได้กรุณาให้ข้อแนะนำขั้นตอนการศึกษาและให้ กำลังใจกับผู้วิจัยมาโดยตลอด

ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณอย่างสูงต่อครูอาจารย์ที่ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ และผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องที่ได้เอยนามทุกท่านและกราบขอบพระคุณ ความช่วยเหลือ และกำลังใจจากครอบครัว บิดามารดา ภรรยา และบุตร ที่คอยเป็นที่ปรึกษาและเป็น กำลังใจ ทำให้วิจัยฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

ท้ายที่สุดนี้ ผู้วิจัย ขอขอบคุณมหาวิทยาลัยรามคำแหง จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ที่
ให้โอกาสผู้วิจัยได้เข้าไปค้นคว้าข้อมูลในห้องสมุด จนสามารถศึกษาคุณูปการนี้สำเร็จ
ลงได้ และ ผู้วิจัยหวังเป็นอย่างยิ่งว่าคุณูปการจากมหาวิทยาลัยรามคำแหงอันทรง
เกียรติอย่างสูงยิ่งฉบับนี้ จะสามารถนำไปใช้ให้เกิดประโยชน์สูงสุดกับประชาชนและ
ประเทศชาติสืบไป

ศุภรัช ศรีวิวัฒน์

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	(4)
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	(6)
กิตติกรรมประกาศ	(9)
บทที่	
1 บทนำ	1
1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา	8
3. ขอบเขตของการศึกษา	9
4. คำนิยามศัพท์เฉพาะ	10
5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	10
2 วรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง.....	11
1. ประวัติความเป็นมา ความหมาย วิธีการของเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทาง การแพทย์.....	11
1.1 ประวัติความเป็นมาของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง การแพทย์	12
1.2 วัตถุประสงค์ของการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง การแพทย์	16
1.3 ความหมายของการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง การแพทย์.....	19
1.4 สาเหตุการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์.....	20
1.5 วิธีการทางการแพทย์ที่ใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ทางการแพทย์.....	25
1.6 ประโยชน์ของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์.....	30

บทที่	หน้า
2. ความเป็นมา ความหมายของการตั้งครรภ์แทน.....	32
2.1 การเริ่มต้นชีวิตมนุษย์	32
2.2 ความหมายของการตั้งครรภ์แทน	53
2.3 สาเหตุของการตั้งครรภ์แทน.....	55
2.4 ประเภทของการตั้งครรภ์แทน	59
2.5 ข้อดี-ข้อเสียของการตั้งครรภ์แทน	63
3. แนวคิดเรื่องการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเด็ก	64
3.1 แนวคิดเรื่องกฎหมายธรรมชาติและสิทธิตามธรรมชาติ.....	65
3.2 พัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ของสิทธิและเสรีภาพ	71
3.3 หลักพื้นฐานว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ.....	76
3.4 ความหมายของเด็ก.....	103
3.5 แนวคิดการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเด็ก.....	109
4. การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ของประเทศไทย.....	149
4.1 พัฒนาการของการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีเจริญ พันธุ์ทางการแพทย์	150
4.2 เจตนารมณ์พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัย เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558.....	166
4.3 หลักการคุ้มครองเด็กตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิด โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558	167
4.4 ประกาศแพทยสภาที่ออกตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก ที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558	175

บทที่	หน้า
5. การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ทางการแพทย์ของต่างประเทศ	192
5.1 สหราชอาณาจักร	193
5.2 สหรัฐอเมริกา	200
5.3 เครือรัฐออสเตรเลีย.....	209
3 วิธีดำเนินการวิจัย.....	219
1. วิจัยเอกสาร (Documentary Research)	219
1.1 การเก็บรวบรวมข้อมูล.....	220
1.2 การวิเคราะห์ข้อมูล	221
2. วิจัยภาคสนาม (Field Research).....	221
2.1 การสัมภาษณ์เชิงลึก (In-Depth Interview).....	221
2.2 การประเมินร่างกฎหมาย	228
4 ผลการวิเคราะห์ข้อมูล	232
1. ผลการวิเคราะห์เปรียบเทียบการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัย เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ระหว่างกฎหมาย ของไทยกับต่างประเทศ.....	232
2. ผลการวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายการคุ้มครอง เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์	248
3. แนวทางยกร่างกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการการคุ้มครองเด็กที่เกิด โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์	261
5 สรุปและข้อเสนอแนะ	282
1. สรุปผลการวิจัย	283
1.1 สรุปผลการเปรียบเทียบการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัย เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ระหว่าง ระหว่างกฎหมายของไทยกับกฎหมายต่างประเทศ	283

บทที่	หน้า
1.2 สรุปผลจากการศึกษาปัญหาเกี่ยวกับมาตรการทาง กฎหมายการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วย การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์.....	285
1.3 สรุปผลการยกร่างกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการการคุ้มครอง เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง การแพทย์.....	288
2. ข้อเสนอแนะ	289
บรรณานุกรม	296
ประวัติผู้เขียน.....	304

บทที่ 1

บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ประเทศไทยได้มีความเจริญก้าวหน้าทางการแพทย์ในด้านการช่วยเหลือบุคคลที่มีบุตรยากนอกเหนือวิธีการทางธรรมชาติ โดยอาศัยวิธีการทางเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ เป็นกระบวนการนำเซลล์สืบพันธุ์เพศหญิงหรือไข่ออกมาร่างกายของฝ่ายหญิง เพื่อช่วยให้เกิดการตั้งครรภ์ เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เป็นเทคโนโลยีที่นำมาแก้ไขปัญหาคoupleที่มีบุตรยาก จึงทำให้ต้องอาศัยเทคนิคทางการแพทย์มาช่วย วิชาการของวิทยาศาสตร์การแพทย์มีความสืบเนื่องมายาวนาน โดยครั้งแรกได้มีการผสมเทียมโดยใช้วิธีฉีดน้ำอสุจิของสามีเข้าไปในช่องคลอดของหญิง เรียกว่า Artificial Insemination by Husband ได้มีการนำไปผสมเทียมให้กับหญิงรายที่สามีไม่สามารถหลั่งน้ำอสุจิในช่องคลอดของภริยาในขณะร่วมเพศได้ ต่อมาได้มีการนำน้ำอสุจิของชายอื่นมาทดแทนโดยฉีดเข้าไปในช่องคลอดของหญิงที่สามีเป็น เทคโนโลยีนี้ได้พัฒนาต่อมาเรื่อย ๆ จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1978 ได้ประสบความสำเร็จในการให้กำเนิดมนุษย์ หลุยส์ บราวน์ (Louis Brown) เป็นเด็กหลอดแก้ว คนแรกของโลก เป็นเทคนิควิธีการที่ใช้กับเด็กหลอดแก้ว คนแรกของโลก¹ สำหรับประเทศไทยได้มีการนำเทคโนโลยีเกี่ยวกับการเจริญพันธุ์นี้มาใช้เป็นเวลา กว่า 30 ปี โดยโรงพยาบาลจุฬาลงกรณ์เป็นแห่งแรกที่ประสบความสำเร็จในการนำเทคนิค “เด็กหลอดแก้ว” มาใช้ จากความสามารถของศาสตราจารย์

¹เียวานูช รัชมิวงศ์พร, “ศาสตร์แห่งการกำเนิดมนุษย์ ทางสามแพร่งของวงการแพทย์ไทย,” วารสาร **Hi-class** 6, 67 (พฤศจิกายน 2532): 106.

นายแพทย์ ประมวล วีรุตเสน และคณะ² เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ได้พัฒนามาใช้รักษาแก่คู่สามีภรรยาที่ไม่มีบุตรกันอย่างกว้างขวางจนกระทั่งถึงปัจจุบันได้กระทำในลักษณะหญิงอื่นมาตั้งครรภ์แทน ในกรณีที่ภรรยาไม่สามารถมีบุตรได้ไม่ว่ากรณีใด ๆ เช่น ไม่มีมดลูกหรือมีความผิดปกติของมดลูกมาแต่กำเนิด เป็นโรคเกี่ยวกับมดลูกทำให้แพทย์จำเป็นต้องตัดมดลูกทิ้ง หรือมีมดลูกแต่ตั้งครรภ์เองไม่ได้ เนื่องจากมีปัญหาในทางการแพทย์ เช่น ป่วยเป็นโรคหัวใจ โรคไตขั้นรุนแรง เป็นต้น แต่ฝ่ายสามี มีตัวอสุจิพอที่จะผสมพันธุ์ได้ เมื่อเป็นเช่นนี้ทำให้ต้องหาหญิงอื่นที่สามารถตั้งครรภ์ เป็นบุคคลที่มาตั้งครรภ์แทนโดยฉีดอสุจิของฝ่ายสามีเข้าไปในช่องคลอดของหญิงนั้น เมื่อหญิงนั้นตั้งครรภ์และคลอดบุตรออกมา ก็จะยกให้เป็นบุตรบุญธรรมของสามีภรรยาซึ่งฝ่ายสามีเป็นเจ้าของอสุจินั้นทันที และพัฒนาการทางเทคโนโลยีล่าสุดที่ประสบความสำเร็จ แพทย์สามารถเอาไข่จากรังไข่ของหญิงออกมาภายนอก ร่างกายและนำเอาเชื้ออสุจิของชายเข้าไปผสมในหลอดทดลอง เมื่ออสุจิเข้าผสมกับไข่เกิดตัวอ่อนขึ้นแล้ว นำตัวอ่อนกลับเข้าไปในมดลูกของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนต่อไป³ ทำให้ประเทศไทยมีความก้าวหน้าที่สามารถช่วยเหลือให้มีการตั้งครรภ์แทน เพื่อบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยาก หรือที่เรียกว่า “อุ้มบุญ” โดยวิธีการผสมเทียมให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน โดยอาจมีข้อตกลงกันว่า จะส่งมอบเด็กที่เกิดมาให้แก่คู่สมรสเจ้าของไข่และเชื้ออสุจิ กระบวนการนี้เรียกว่า การรับตั้งครรภ์แทน (Surrogacy) เป็นกระบวนการในการที่หญิงคนหนึ่งตกลงรับที่จะตั้งครรภ์ด้วยวิธีการอย่างหนึ่งอย่างใด และตกลงว่าจะส่งมอบเด็กที่เกิดมานั้นให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง พร้อมกับสละสิทธิใด ๆ ในความเป็นมารดาของเด็กนั้นทันทีที่เด็กกำเนิดมา

ในอดีตการตั้งครรภ์แทนถือว่าเป็นปัญหาในทางจริยธรรมและปัญหาในทางกฎหมาย จากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เพื่อบำบัดภาวะบุคคลมีบุตรยาก ซึ่งแต่ละฝ่ายล้วนอ้างสิทธิในทางกฎหมายหรือทางศีลธรรมเป็นเหตุผลสนับสนุน

²ประมวล วีรุตเสน และคณะ, “การผสมเทียมและเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์,” วารสารเด็กหลอดแก้ว 17, 2 (กันยายน-ตุลาคม 2530): 60.

³วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, “การผสมเทียมกับกฎหมาย,” บทบัญญัติ 44, 2 (มิถุนายน 2531): 54.

การกระทำของฝ่ายตนได้ในทางจริยธรรม อาจมีผู้เห็นว่า การรับตั้งครรรค์แทนเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนจริยธรรมอย่างรุนแรง เนื่องจากการกระทำที่ผิดธรรมชาติและมีการนำมนุษย์มาใช้เป็นเครื่องมือในการผลิตเด็กเพียงเพื่อให้เป็นไปตามความประสงค์ของบุคคลหนึ่งเท่านั้น การรับตั้งครรรค์แทน ยังอาจก่อให้เกิดการแสวงหาประโยชน์ทางการค้าไม่ว่าจะเป็นการอาศัยร่างกายของตนเองในการรับตั้งครรรค์แทนผู้อื่น หรือด้วยการจัดการให้มีการรับตั้งครรรค์แทนเกิดขึ้น นอกจากนี้ การรับตั้งครรรค์แทนยังเปรียบเสมือนเป็นการซื้อขายเด็กเพราะในการรับตั้งครรรค์แทนส่วนใหญ่จะมีข้อตกลงให้หญิงที่รับตั้งครรรค์แทนส่งมอบเด็กให้แก่คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรเพื่อแลกเปลี่ยนกับค่าตอบแทนที่จะได้รับจากการตั้งครรรค์นั้น โดยปัญหาเกี่ยวกับการตั้งครรรค์แทนมีปัญหาเรื่อย ๆ เนื่องจากประเทศไทยยังไม่ได้มีกฎหมายเข้ามาควบคุม และคุ้มครองสิทธิเกี่ยวกับการรับตั้งครรรค์แทน ทำให้ประเทศไทยกลายเป็นประเทศที่มีชาวต่างชาตินิยมจ้างหญิงไทยตั้งครรรค์แทน และก่อให้เกิดปัญหาทางด้านสังคมมากมาย อาทิ จากปัญหาที่เกิดขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2557 ตำรวจและเจ้าหน้าที่ทหารได้เข้าจับแก๊งอุ้มบุญ โดยได้ตรวจสอบคอนโดมิเนียมแห่งหนึ่ง บริเวณย่านลาดพร้าว หลังจากได้รับแจ้งว่าเป็นแหล่งขบวนการอุ้มบุญและมีหญิงสาวอุ้มบุญให้ชาวต่างชาติมาพักอยู่จำนวนมาก เมื่อไปถึงสถานที่ดังกล่าวพบว่า ห้องพักห้องหนึ่งที่อยู่ชั้นล่างอาคารชุดแห่งนี้ มีเด็กทารกอายุตั้งแต่แรกเกิดจนถึง 8 เดือนจำนวน 9 ราย แต่ละรายจะมีพี่เลี้ยงดูแลอย่างใกล้ชิด ที่น่าสังเกตคือ เด็กเหล่านี้หน้าตาคล้ายเด็กลูกครึ่ง ผิวพรรณดี ตรงข้ามกับพี่เลี้ยงที่เป็นเพียงหญิงชาวบ้านธรรมดา จากการสอบถามทราบว่า เด็กทั้งหมดเป็นเด็กที่เกิดจากการอุ้มบุญจากแม่ชาวไทย ที่รอการดำเนินการด้านเอกสารในการเดินทางไปต่างประเทศ โดยพี่เลี้ยงรับจ้างเลี้ยงเด็ก เดือนละ 10,000 บาท และทราบแต่เพียงว่าเกิดจากการอุ้มบุญจากพ่อชาวญี่ปุ่น ระหว่างการตรวจสอบข้อเท็จจริงเจ้าหน้าที่จึงได้รับเด็กทั้งหมด 9 ราย ไปดูแลที่สถานสงเคราะห์เด็กอ่อนปากเกร็ด จังหวัดนนทบุรี จากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น ทำให้ประเทศไทย เริ่มเล็งเห็นปัญหาจากการรับจ้างตั้งครรรค์ ในขณะนั้นประเทศไทยไม่มีกฎหมายคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยที่ผ่านมามีการร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการ-

เจริญพันธุ์ทางการแพทย์ มาแล้วในปี พ.ศ. 2553 เมื่อนำร่างกฎหมายส่งไปที่สำนักงานเลขาธิการคณะรัฐมนตรี และให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจสอบแล้ว แต่ไม่มีการนำเข้าพิจารณาในสภาได้ ทำให้ประเทศไทยมีเพียงแต่ประกาศของแพทยสภา ทำให้ไม่มีมาตรการและสภาพบังคับทางกฎหมาย อีกทั้งประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ควบคุมเกี่ยวกับเรื่องเหล่านี้โดยตรง เช่น การรับจ้างตั้งครรภ์แทน การห้ามมิให้มีการโฆษณาใด ๆ หรือการกระทำโดยคนกลางเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน ในเชิงพาณิชย์ทำให้ประเทศไทยไม่สามารถควบคุมและลงโทษบุคคลที่แสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ได้ อีกทั้งนำหลักกฎหมายใกล้เคียง เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546, พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 มาปรับใช้ ย่อมไม่ตรงกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการกำหนดความชัดเจนเกี่ยวกับสถานภาพความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย การกำหนดหลักเกณฑ์การให้บริการหรือการควบคุมเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ทำให้ภาครัฐเล็งเห็นความจำเป็น จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ขึ้นมาเพื่อคุ้มครองสิทธิเด็กที่ไม่ได้กำเนิดโดยวิธีการทางธรรมชาติ และวิธีการที่นำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ด้วยวิธีการตั้งครรภ์แทน เป็นวิธีการก่อให้เกิดปัญหามากที่สุด เนื่องจากวิธีการตั้งครรภ์แทน เด็กเกิดมาจากครรภ์ของบุคคลอื่นที่มีไข่ของหญิงที่ต้องการมีบุตร ทำให้เด็กที่เกิดมามีปัญหาเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดา ทำให้กฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือบุคคลที่มีภาวะมีบุตรยากให้มีบุตรโดยการใช้นวัตกรรมเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และให้การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เกี่ยวกับเรื่องความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ไม่สอดคล้องกับความสัมพันธ์ในทางพันธุกรรม ดังนั้น เพื่อกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ให้เหมาะสม ตลอดจนควบคุมการศึกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์การแพทย์เกี่ยวกับตัวอ่อนและเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มิให้มีการนำไปใช้ในทางที่ไม่ถูกต้อง

การตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ผู้วิจัยเห็นว่าก่อให้เกิดประโยชน์แก่สามิภริยาที่มีบุตรยาก ให้มีบุตรได้ถูกต้องตามกฎหมาย และส่งผลดีแก่เด็กมีสถานภาพที่ถูกต้องตามกฎหมาย เมื่อศึกษาพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้นำหลักการ แนวทางเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาจากกฎหมาย ในสหราชอาณาจักรมาใช้เป็นแบบอย่างในการร่างกฎหมาย ทำให้หลักการในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายในสหราชอาณาจักร ที่มีการบัญญัติไว้นานแล้ว อีกทั้งกฎหมายที่บัญญัติขึ้นไม่ได้เกิดจากการถกเถียงจากสภาพปัญหาที่แท้จริงในสังคมไทยกับเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และจากที่ได้ศึกษาบทบัญญัติของกฎหมาย กฎหมายให้การคุ้มครองเด็กในส่วนที่เกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาของเด็กเท่านั้น อีกทั้งแนวทางคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ต้องคำนึงถึงความละเอียดอ่อนในเชิงศีลธรรม ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ รวมทั้งการพัฒนาคุ้มครองเด็กต้องไม่เลือกปฏิบัติและเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กต้องพัฒนากฎหมายให้มีแนวทางที่สอดคล้องกับหลักการคุ้มครองเด็กและอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก โดยเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ต้องมีแนวทางปฏิบัติต่อเด็ก การสงเคราะห์เด็ก การคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยต้องมีกระบวนการบางประการที่พิเศษกว่าเด็กที่เกิดโดยวิธีการทางธรรมชาติ เพื่อให้เด็กมีชีวิตรอด ได้รับความปลอดภัย ดังนั้นการคุ้มครองเด็กต้องเริ่มใช้มาตรการในการคุ้มครองเด็กตั้งแต่เริ่มกำเนิด จนกระทั่งเด็กคลอดออกมาจากหญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์ ตลอดจนกระทั่งสามิภริยาได้รับเด็กไปเลี้ยงดูในครอบครัว โดยมีมาตรการดังต่อไปนี้

1) มาตรการคุ้มครองเด็กโดยให้มีการกำหนดลักษณะของบุคคลที่ให้ตั้งครรภ์ และรับตั้งครรภ์แทน

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 กำหนดลักษณะของบุคคลที่ให้ตั้งครรภ์แทน

มาตรา 21 (1) บัญญัติว่า “สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีที่สามีหรือภริยามีได้มีสัญชาติไทย ต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี” พบว่า การกำหนดคุณสมบัติของบุคคลให้ตั้งครรภ์แทนตามกฎหมายเดิมมีช่องว่างทำให้เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไม่ได้รับการคุ้มครองอย่างเต็มที่ กฎหมายกำหนดเกณฑ์ในการพิจารณาคุณสมบัติของบุคคลที่ให้ตั้งครรภ์แทนมีกระบวนการในการตรวจสอบที่ไม่รัดกุม สำหรับการกำหนดให้บุคคลที่ให้ตั้งครรภ์แทนฝ่ายหนึ่งเป็นคู่สมรสที่เป็นชาวต่างชาติ กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้ ถือว่าเป็นการเปิดเสรีมากเกินไป ทำให้เด็กที่เกิดมาเสี่ยงต่อเข้าสู่กระบวนการค้ามนุษย์และหากนำเด็กเลี้ยงดูในต่างประเทศ ทำให้เจ้าหน้าที่ลำบากในการตรวจสอบความเป็นอยู่ของเด็กในครอบครัว

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 21 (2), (3), (4) กำหนดลักษณะของบุคคลที่ตั้งครรภ์แทน โดยบุคคลที่ตั้งครรภ์แทน เป็นญาติสืบสายโลหิต มิใช่บุพการีหรือผู้สืบสันดาน และต้องมีบุตรมาก่อน เกณฑ์การกำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นเรื่องสำคัญมาก จึงควรเพิ่มเติมเกณฑ์ในการตรวจสอบด้านอื่นๆ อีก เพื่อให้เด็กที่อยู่ในครรภ์เกิดมาเป็นบุคคลที่สมบูรณ์ แข็งแรง มีสุขภาพจิตที่ดี สำหรับการอนุญาตให้บุคคลอื่นสามารถตั้งครรภ์แทนได้ก่อให้เกิดประโยชน์สำหรับคู่สมรสที่ไม่มีบุตร แต่กฎหมายที่บัญญัติควรคำนึงถึงความสำคัญของเด็กเป็นหลัก หากมีการอนุญาตให้บุคคลอื่นมารับตั้งครรภ์แทน จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อเด็ก หากให้บุคคลอื่นเข้ามาตั้งครรภ์แทนที่มีญาติควรมีการตรวจสอบเป็นพิเศษ การกำหนดคุณลักษณะของบุคคลถือว่าเป็นสิ่งสำคัญ ทำให้เด็กได้เกิดมาในครอบครัวที่อบอุ่น ส่งผลต่อสภาพจิตใจและความเป็นอยู่ของเด็กด้วย

2) มาตรการคุ้มครองเด็กเกี่ยวกับความรับผิดชอบเพื่อประโยชน์ในทางการค้า

กฎหมายห้ามให้มีการตั้งครรภ์แทน เพื่อประโยชน์ในทางการค้า เนื่องจากโดยหลักการแล้วเด็กเป็นสิ่งมีชีวิต เด็กไม่ใช่สินค้าซื้อขายกันได้ตามอำเภอใจ ดังนั้นเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มีขึ้นเพื่อช่วยเหลือคู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรได้ มิใช่เพื่อประโยชน์ในทางการค้า ตามกฎหมายกำหนดในเรื่องการห้ามทำการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ในทางการค้า บัญญัติในมาตรา 24 “ห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า” แต่คำว่า เพื่อประโยชน์ในทางการค้า ในบทบัญญัติมาตรา 24 กฎหมายใช้ถ้อยคำที่ไม่ชัดเจน ก่อให้เกิดการตีความว่า การกระทำอย่างไรถือว่าเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ทางการค้า เช่น ฝ่ายคู่สมรสประสงค์จะมีบุตรกับฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เป็นไปเพื่อประโยชน์อื่น ๆ ที่มีลักษณะเป็นการแลกเปลี่ยน เช่น การสนับสนุนการศึกษาต่อในระดับสูงขึ้นให้กับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หรือจ่ายเงินดูแลเป็นค่าเลี้ยงดูให้กับบุพการีของหญิงรับตั้งครรภ์แทน อีกทั้งหากเกิดปัญหาเด็กไม่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายได้ทันที เด็กจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ต่อเมื่อเป็นคดีความและรอศาลพิพากษาคัดสิน โดยขึ้นอยู่กับความรู้สึของผู้ใช้กฎหมาย

3) มาตรการคุ้มครองเด็กในการตรวจสอบครอบครัวที่รับเด็กไปเลี้ยงดู

ในกฎหมายฉบับนี้มีกระบวนการในการคุ้มครองเด็กที่เกิดมาต้องมีสภาพที่สมบูรณ์ แข็งแรง ไม่เจ็บป่วย กฎหมายจึงได้ กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการตรวจประเมินความพร้อมทางด้านร่างกายของบุคคลที่รับตั้งครรภ์แทน ในมาตรา 16 “ก่อนให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ต้องมีการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกาย จิตใจ และสภาพแวดล้อมของผู้ขอรับบริการ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และผู้บริการสุจิหรือไข่ที่จะนำมาดำเนินการ รวมทั้งการป้องกันโรคที่อาจมีผลกระทบต่อเด็กที่จะเกิดมาด้วย” แต่พบว่า กระบวนการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มิได้เกิดขึ้นและสิ้นสุดลงเฉพาะเมื่อตัวอ่อนอยู่ในท้องของหญิงรับตั้งครรภ์จนกระทั่งหญิงผู้นั้นได้คลอดเด็กออกมาแล้วเท่านั้น หลังจากที่เด็กเกิดมาแล้วควรได้รับการเอาใจใส่ และการเลี้ยงดู เป็นอย่างดี ตามกฎหมายไม่ได้กำหนดรายละเอียดใน

การคุ้มครองเด็กภายหลังจากที่ฝ่ายประสงค์จะมีบุตรรับเด็กไปเลี้ยงดู เมื่อกฎหมายไม่ได้กำหนดเกี่ยวกับกระบวนการในการตรวจสอบอาจก่อให้เกิดปัญหาแก่เด็กภายหลังที่นำเด็กไปเลี้ยง ซึ่งเด็กที่เกิดมาแล้วอาจอาศัยอยู่ในภาวะแวดล้อมที่ไม่เหมาะสม เด็กไม่ได้รับการเลี้ยงดูเอาใจใส่เท่าที่ควร หรือ ฝ่ายที่ประสงค์จะมีบุตรมีเจตนาแอบแฝง โดยมีการจดทะเบียนสมรสกันปลอมเพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์ที่ถูกต้องตามกฎหมายฉบับนี้ แล้วนำเด็กที่เกิดมาใช้แรงงาน หรือ มีการนำเด็กมาขายอวัยวะ เมื่อเป็นเช่นนี้จึงส่งผลเสียทำให้เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไม่ได้รับการคุ้มครองได้อย่างแท้จริง

การสร้างมาตรการที่เหมาะสมในการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ทำให้เด็กที่เกิดมาอยู่ในสภาวะแวดล้อมที่ดี และเติบโตเป็นผู้ใหญ่อย่างมีคุณภาพของสังคมไทย โดยผู้วิจัยศึกษาค้นคว้ากฎหมายของไทยที่เกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เปรียบเทียบกับกฎหมายของสหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา เครือรัฐออสเตรเลีย ที่เป็นประเทศที่มีการพัฒนาเกี่ยวกับกฎหมายเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาช้านานเพื่อมาพัฒนามาตรการการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ให้กฎหมายสามารถคุ้มครองเด็กให้เกิดความเหมาะสมต่อไป

2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา

2.1 เพื่อศึกษาเชิงเปรียบเทียบการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ระหว่างกฎหมายของไทยกับกฎหมายต่างประเทศ

2.2 เพื่อศึกษาวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

2.3 เพื่อเป็นแนวทางร่างกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

3. ขอบเขตของการศึกษา

การวิจัยครั้งนี้ ผู้วิจัยศึกษากฎหมายเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ซึ่งได้ดำเนินการวิจัยตามลักษณะของการเก็บรวบรวมข้อมูล โดยแบ่งออกเป็น 2 ขั้นตอน

ขั้นตอนที่ 1 การวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาหลักกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ อันได้แก่ พระราชบัญญัติการคุ้มครองเด็กโดยอาศัยเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 พระราชบัญญัติคุ้มครองสิทธิเด็ก พ.ศ. 2546 กฎและระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ของต่างประเทศ อันได้แก่ สหราชอาณาจักร เครือรัฐออสเตรเลีย มีลักษณะเป็นระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) สหรัฐอเมริกา เป็นระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law)

ขั้นตอนที่ 2 การวิจัยภาคสนาม (Field Research) โดยการสัมภาษณ์เชิงลึก ผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านกฎหมายและบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จำนวน 20 คน ในช่วงเดือนมิถุนายนถึงเดือนธันวาคม พ.ศ. 2560 เมื่อได้สัมภาษณ์เชิงลึก จึงนำมาจัดทำร่างกฎหมายขึ้น โดยจัดผู้ทรงคุณวุฒิด้านกฎหมายหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จำนวน 10 คน ประเมินร่างกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อเป็นการยืนยันว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 สมควรที่วางมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดคุณลักษณะของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ การกำหนดคำจำกัดความคำว่าเพื่อประโยชน์ทางการแพทย์ การตั้งบุคลากรทางภาครัฐที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการคุ้มครองสิทธิเด็กเข้าตรวจสอบครอบครัวเด็กหลังจากมีการรับเด็กไปเลี้ยงดู มาตรการที่กล่าวมานี้สามารถนำไปสู่การคุ้มครองเด็กที่เกิดมาได้ทุกด้านไม่ว่าจะเป็นด้านร่างกาย จิตใจ การได้รับการพัฒนาทุกรูปแบบ และป้องกันมิให้มีการนำเด็กที่เกิดมาเข้าสู่กระบวนการธุรกิจการค้ามนุษย์อีกทางหนึ่งด้วย

4. คำนิยามศัพท์เฉพาะ

4.1 “เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์” หมายความว่า กรรมวิธีใด ๆ ทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ที่นำอสุจิและไข่ออกจากร่างกายมนุษย์ เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์โดยไม่เป็นไปตามธรรมชาติรวมทั้งการผสมเทียม

4.2 “การผสมเทียม” หมายความว่า การนำอสุจิเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง เพื่อให้หญิงนั้นตั้งครรภ์โดยไม่มีการร่วมประเวณี

4.3 “การตั้งครรภ์แทน” หมายความว่า การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงเป็นหนังสือไว้กับสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายก่อนตั้งครรภ์ว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น

4.4 “บุคคลที่รับตั้งครรภ์แทน” หมายความว่า หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนสามีและภริยาที่ซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์

4.5 “บุคคลที่ให้ตั้งครรภ์แทน” หมายความว่า สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน

5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

5.1 ทำให้ทราบเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ของกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ

5.2 ทำให้ทราบผลการวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

5.3 ทำให้สามารถร่างกฎหมายมาใช้ได้อย่างเหมาะสมในประเทศไทย

บทที่ 2

วรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง

ในบทนี้ผู้วิจัยทบทวนวรรณกรรมโดยศึกษาแนวคิด ทฤษฎี หลักการเกี่ยวกับเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ตามลำดับหัวข้อดังต่อไปนี้

1. ประวัติความเป็นมาของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
ความหมาย วิธีการของเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
2. เกี่ยวกับความเป็นมา ความหมายของการตั้งครรภ์ ถือเป็นวิธีการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์อย่างหนึ่ง และการครรภ์แทนเป็นเทคโนโลยีที่กฎหมายบัญญัติขึ้นมากุมครองเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ด้วยวิธีการตั้งครรภ์แทน และเพื่อให้ได้แนวทางในการพัฒนาการคุ้มครองสิทธิเด็ก
3. แนวคิดการคุ้มครองสิทธิเด็ก ว่ามีแนวคิดในการคุ้มครองสิทธิเด็กอย่างไร
กฎหมายที่บังคับใช้ในปัจจุบันที่มีแนวทางการคุ้มครองสิทธิเด็กในแง่มุมใดบ้าง
4. การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
ตามกฎหมายของประเทศไทย
5. การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
กฎหมายของต่างประเทศ โดยประเทศแรกที่ผู้วิจัยนำมาศึกษา คือ สหราชอาณาจักร ถือว่าเป็นประเทศต้นแบบของกฎหมายไทย และทำการศึกษากฎหมายต่างประเทศ อีก 2 ประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเครือรัฐออสเตรเลีย เป็นประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยรายละเอียดที่กล่าวมา มีดังต่อไปนี้

1. ประวัติความเป็นมา ความหมาย วิธีการ ของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

การพัฒนากฎหมายคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้วิจัยศึกษาเกี่ยวกับลักษณะเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ประกอบด้วย เพื่อที่จะได้รับทราบข้อมูลเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ว่ามีลักษณะอย่างไรสาเหตุที่ทำให้เกิดเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และมีการพัฒนาจนกระทั่งทำให้ทางการแพทย์มีการนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ มาใช้เพื่อช่วยเหลือผู้ที่ มีบุตรยาก ผู้วิจัยได้นำรายละเอียดเกี่ยวกับ

- ประวัติความเป็นมาของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
 - วัตถุประสงค์ของการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
 - ความหมายของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (ART)
 - หลักเกณฑ์และวิธีการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
 - วิธีการทางการแพทย์ที่ใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
- ซึ่งแต่ละหัวข้อมียาละเอียด ดังต่อไปนี้

1.1 ประวัติความเป็นมาของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

การพัฒนาเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในช่วงเวลา 40 กว่าปี ที่ผ่านมามีความรู้ทางการแพทย์ก้าวหน้าไปอย่างรวดเร็วและได้รับความสนใจจาก นักวิทยาศาสตร์และแพทย์เป็นอย่างมาก

ที่มาของวิธีการผสมเทียมดังกล่าวได้มีรายงานไว้ว่า เดิมทีมนุษย์รู้จักการผสม-เทียมในสัตว์มาก่อน โดยในปี พ.ศ. 2285 ได้มีผู้นำเชื้อพันธุ์ของปลาตัวเมีย ทำให้ปลาตัว-เมียตั้งท้องได้ และในปี พ.ศ. 2328 ได้มีผู้ทำการทดลองผสมเทียมให้กับสุนัขจนประสบ-ความสำเร็จ¹ การศึกษาและวิจัยในสัตว์ทดลองได้แก่ หนู กระต่าย เป็นรากฐานสำคัญที่

¹ สนิท ตระกูลพรายงาม, “ปัญหากฎหมายที่เกิดจากการผสมเทียม,” ดุลพาห 40, 6 (พฤศจิกายน 2536): 94.

นำไปสู่ความเข้าใจถึงสรีรวิทยาทางด้านชีววิทยาการเจริญพันธุ์ในทางลึก ในแง่มุมต่าง ๆ ของศาสตร์ในด้านนี้นักวิทยาศาสตร์สามารถนำไข่และตัวอสุจิของสัตว์มาศึกษาและวิจัยนอกร่างกายได้ จนกระทั่งสามารถนำไข่และตัวอสุจิมาปฏิสนธิ (Fertilization) กลายเป็นตัวอ่อน (Embryo) ในห้องปฏิบัติการได้ ศาสตร์ด้านนี้ได้พัฒนาอย่างต่อเนื่อง จนกระทั่งนักวิทยาศาสตร์ทางด้านการเจริญพันธุ์สามารถนำตัวอ่อนที่เกิดจากการปฏิสนธินอก ร่างกาย (In Vitro) ของกระต่ายย้ายกลับสู่โพรงมดลูก และออกลูกได้สำเร็จ ความสำเร็จดังกล่าว เป็นการจุดประกายความคิดที่จะนำวิธีการและกระบวนการดังกล่าวมาประยุกต์ใช้ในมนุษย์ โดยเฉพาะนำมาแก้ไขปัญหาคู่สามีภรรยาที่มีบุตรยาก ในกรณีที่ไข่และอสุจิไม่สามารถหรือสามารถปฏิสนธิกันได้เองตามธรรมชาติแต่มีปัญหาที่นำไปอุดตันหรือสาเหตุอื่น การปฏิสนธิภายนอกร่างกายระหว่างไข่และอสุจิประสบความสำเร็จครั้งแรกเมื่อ ค.ศ. 1956 โดยที่นักวิทยาศาสตร์และแพทย์ได้เพียรพยายามศึกษาและวิจัยงานทางด้านนี้ตั้งแต่ ปี ค.ศ. 1958 อุปสรรคและปัญหาเนื่องจาก การหาไข่ที่นำออกจากรังไข่ในระยะที่เหมาะสมและสมบูรณ์เต็มที่ รวมทั้งกระบวนการที่ได้ไข่จากรังไข่ยังมีความลำบากทั้งเทคโนโลยีและปัญหาทางจริยธรรมของการวิจัย ต่อมาเทคโนโลยีทางการแพทย์ได้รับการพัฒนาที่ประดิษฐ์กล้องส่องไปในช่องท้อง และใช้เข็มดูดไข่ออกจากรังไข่ได้สำเร็จพร้อม ๆ กับการพัฒนาทางด้านยาและฮอร์โมน ช่วยให้รังไข่ผลิตถุงไข่ซึ่งไม่มีไข่อยู่ภายในเจริญเติบโตหลายใบสามารถนำไข่มาใช้ในการศึกษาและวิจัยในแง่มุมต่าง ๆ ได้มากขึ้น ความพยายามของการมีบุตรด้วยกระบวนการนี้ประสบความสำเร็จครั้งแรกที่ประเทศ สหราชอาณาจักร เมื่อวันที่ 25 กรกฎาคม ค.ศ. 1978 (พ.ศ. 2521) นับได้ว่าเป็นการเปิดประวัติศาสตร์ทางการแพทย์ทางด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์

แม้ว่าเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในปัจจุบันจะมีความก้าวหน้ามากก็ตาม แต่ก็ไม่สามารถช่วยให้ฝ่ายหญิงมีบุตรได้โดยปราศจากการตั้งครรภ์ คู่สมรสที่ฝ่ายหญิงไม่สามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเองได้จึงต้องประสบปัญหาที่ไม่สามารถมีบุตรได้ต่อไป ดังนั้น จึงได้มีการริเริ่มเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เช่นนี้มาใช้กับคู่สมรสที่ฝ่ายหญิงไม่สามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเอง โดยการนำเอาเชื้ออสุจิของคู่สมรสฝ่ายชายใส่ไปที่โพรงมดลูกของหญิงอื่นซึ่งอาสารับตั้งครรภ์แทน

หรือด้วยการนำเอาตัวอ่อนที่ได้มาจากการปฏิสนธิของเชื้อสุจิและไข่ของคู่สมรสนั้นเข้าไปในมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เมื่อเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง จึงควรศึกษาถึงวิวัฒนาการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ จึงขออธิบายดังจะกล่าวต่อไปนี้ คือ ก่อนที่จะมีการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์สมัยใหม่กับมนุษย์ เดิมที่มีการใช้เทคนิคการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อกับสัตว์หลายชนิดมาก่อนเป็นเวลาหลายศตวรรษแล้ว

เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เป็นเทคโนโลยีที่นำมาใช้ในการแก้ไขปัญหาลำหรับผู้ที่มิบุตรยากหรือไม่สามารถมีบุตรได้เองตามธรรมชาติ จึงต้องอาศัยเทคนิควิทยาศาสตร์ทางการแพทย์เข้ามาช่วย วิวัฒนาการของวิทยาศาสตร์การแพทย์ด้านนี้มี ความสืบเนื่องยาวนานมากกว่าศตวรรษ โดยในครั้งแรกได้มีการผสมเทียมโดยใช้วิธีฉีดน้ำอสุจิของสามีเข้าไปในช่องคลอดหญิง เรียกว่า Artificial Insemination by Husband หรือ เรียกย่อ ๆ ว่า AIH ซึ่งได้มีการนำไปใช้ผสมเทียมให้กับหญิงในรายที่สามีไม่สามารถหลั่งน้ำอสุจิในช่องคลอดของภริยาในขณะที่ร่วมเพศ เช่น อวัยวะเพศผิดปกติ หรือตัวอสุจิมีคุณภาพไม่ดี หรือไม่สามารถมีเพศสัมพันธ์ได้ เนื่องจากมีความผิดปกติทางด้านจิตใจ เช่น การหลั่งอสุจีก่อนมีเพศสัมพันธ์ (Premature Ejaculation) ต่อมา ได้มีการนำน้ำอสุจิของชายอื่นมาทดแทนโดยฉีดเข้าไปในช่องคลอดหญิงที่สามีเป็นหมัน เรียกว่า Artificial Insemination by Donor หรือเรียกย่อ ๆ ว่า AID ซึ่งใช้ทดแทนเชื้ออสุจิของสามีที่มีโรคทางพันธุกรรมซึ่งอาจถ่ายทอดไปถึงเด็กได้ ในประเทศไทยใช้วิธีการนี้ มาเกือบ 50 ปีแล้ว เทคโนโลยีนี้ได้พัฒนาต่อมาเรื่อยๆ จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1978 ได้ประสบความสำเร็จในการให้กำเนิดมนุษย์ หลุยส์ บราวน์ (Louis Brown) เป็นเด็กหลอดแก้ว (Test Tube Baby) คนแรกของโลก ซึ่งเทคนิควิธีการที่ใช้กับเด็กหลอดแก้ว คือ IVF (In Vitro Fertilization) กับ ET (Embryo Transfer) IVF หมายถึง การปฏิสนธิภายนอกในร่างกาย ผสมกับ ET หมายถึง การย้ายตัวอ่อน นั่นคือ นำไข่จากรังไข่ของฝ่ายหญิงมาผสมกับน้ำอสุจิของฝ่ายชายจนเกิดการปฏิสนธิ แล้วเลี้ยงตัวอ่อนไว้ในจานทดลอง จนมีการแบ่งเซลล์ 4-8 เซลล์ จากนั้นจึงย้ายตัวอ่อนนี้เข้าไปในโพรงมดลูก ซึ่งประสบความสำเร็จจากความสามารถของนักวิทยาศาสตร์ชาวอังกฤษ คือ Dr. Robert Edwards และสูตินรีแพทย์ชาวอังกฤษ คือ Dr. Patric Steptoe สำหรับประเทศไทย

โรงพยาบาลจุฬาลงกรณ์เป็นแห่งแรกที่ประสบความสำเร็จในการนำเทคนิค “เด็กหลุดแก้ว” มาใช้ จากความสามารถของศาสตราจารย์ นายแพทย์ ประมวล วีรุตมเสน และคณะเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ได้พัฒนามาใช้รักษาแก่คู่สามีภรรยาที่ไม่มีบุตรกันอย่างกว้างขวางจนถึงปัจจุบันได้กระทำในลักษณะให้หญิงอื่นมาตั้งครรภ์แทนภรรยาในกรณีที่ภรรยาไม่สามารถมีบุตรได้ไม่ว่ากรณีใด ๆ เช่น ไม่มีมดลูกหรือมีความผิดปกติของมดลูกมาแต่กำเนิด เป็นโรคเกี่ยวกับมดลูกทำให้แพทย์จำเป็นต้องตัดมดลูกทิ้ง หรือมีมดลูกแต่ตั้งครรภ์เองไม่ได้ เนื่องจากมีเหตุผลทางการแพทย์ เช่น ป่วยเป็นโรคหัวใจโรคไตขั้นรุนแรง เป็นต้น แต่ฝ่ายสามีมีตัวอสุจิพอที่จะผสมพันธุ์ได้ จึงต้องหาหญิงอื่นที่สามารถตั้งครรภ์ได้ มาตั้งครรภ์แทนโดยฉีดอสุจิของฝ่ายสามีเข้าไปในช่องคลอดของหญิงนั้น เมื่อหญิงนั้นตั้งครรภ์และคลอดบุตรออกมาก็จะยกให้เป็นบุตรบุญธรรมของสามีภรรยาซึ่งฝ่ายสามีเป็นเจ้าของอสุจินั้นทันที และพัฒนาการทางเทคโนโลยีล่าสุดที่ประสบความสำเร็จเมื่อไม่นานมานี้ก็คือ การที่แพทย์สามารถเอาไข่จากรังไข่ของหญิงออกมาภายนอกในร่างกายและนำเอาเชื้ออสุจิของชายเข้าไปผสมในหลอดทดลอง เมื่ออสุจิเข้าผสมกับไข่เกิดตัวอ่อนขึ้นแล้ว นำตัวอ่อนกลับเข้าไปในมดลูกของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนต่อไป

รายละเอียดที่ผู้วิจัยศึกษาเกี่ยวกับความเป็นมาของการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้น เริ่มจากที่มนุษย์รู้จักการผสมเทียมสัตว์ จึงมีการนำกระบวนการกระบวนการผสมเทียมมาพัฒนาจนกระทั่ง นักวิทยาศาสตร์ชาวอังกฤษได้ประสบความสำเร็จ โดยใช้วิธีการทางการแพทย์ช่วยให้คู่สามีภรรยาที่ไม่มีบุตรสามารถมีบุตรได้ แต่ ณ ปัจจุบันนี้ การแพทย์มีการพัฒนาไปอย่างรวดเร็วก่อให้เกิดปัญหาหะหว่างสิทธิในเรื่องความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดโดยใช้วิธีการทางการแพทย์ เมื่อเกิดปัญหาทางด้านสังคมเช่นนี้ทำให้ประเทศไทยมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นมา เพื่อคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบิดา มารดา กับบุตรที่เกิดมาโดยอาศัยเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 และเมื่อศึกษาเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่ความก้าวหน้าทางวิทยาการและเทคโนโลยีทางการแพทย์ในการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากสามารถช่วยให้ผู้ที่มีภาวะการมีบุตรยากมีบุตรได้โดยการใช้เทคโนโลยีช่วยการ-

เจริญพันธุ์ทางการแพทย์ อันมีผลทำให้บทบาทของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันในเรื่องความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไม่สอดคล้องกับความสัมพันธ์ในทางพันธุกรรม ดังนั้น เพื่อกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เหมาะสม ตลอดจนควบคุมการศึกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์การแพทย์เกี่ยวกับตัวอ่อนและเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มิให้มีการนำไปใช้ในทางที่ไม่ถูกต้อง ทำให้แสดงให้เห็นว่ากฎหมายฉบับนี้ตราขึ้นเพื่อช่วยเหลือบุคคลที่มีบุตรยากเช่นเดียวกับเหตุผลที่มีการพัฒนาทางการแพทย์ที่ทำให้เกิดเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ แต่การใช้เทคนิคทางการแพทย์บางอย่างอาจมีความไม่เหมาะสมกับหลักจริยธรรมบางประการ จึงทำให้กฎหมายมีการตราขึ้นมาควบคุมการใช้บริการทางการแพทย์ด้วย

1.2 วัตถุประสงค์ของการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

การพัฒนาทางด้านวิทยาการทางการแพทย์เกี่ยวกับความพยายามในการทำให้เกิดการปฏิสนธิระหว่างอสุจิกับไข่จนเจริญเติบโตเป็นตัวอ่อน และทารกมีความก้าวหน้าขึ้นมาเป็นลำดับ ทำให้กลายเป็นที่มาของความมุ่งหมายในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ในปัจจุบันนอกจากจะมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือผู้ที่มีบุตรยากให้สามารถมีบุตรไว้สืบสกุลได้ ความต้องการทารกที่มีความแข็งแรงสมบูรณ์แล้ว ยังมีจุดมุ่งหมายสำหรับการวิจัยทางการแพทย์ และยังมีแนวโน้มไปสู่การวิจัยเพื่อรักษาโรคต่าง ๆ อีกต่อไปด้วย

ปัจจุบันวิทยาการทางการแพทย์มีความก้าวหน้าไปมาก โดยมีการใช้เทคโนโลยีมาช่วยให้เกิดการตั้งครรภ์หรือนำมาใช้ในขั้นตอนต่าง ๆ เพื่อให้เกิดการปฏิสนธิระหว่างไข่กับอสุจิจนเจริญเติบโตเป็นตัวอ่อนและทารกได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น ซึ่งเดิมเรียกวิธีการต่างๆ เหล่านี้ว่า “การปฏิสนธิเทียม” แต่ในระยะหลังได้มีการใช้ถ้อยคำใหม่ว่า “การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์”

สำหรับวัตถุประสงค์ของการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
ในปัจจุบันอาจพิจารณา ได้ดังนี้

1) เพื่อสนองความต้องการมีบุตร

ความต้องการมีบุตรไว้สืบสกุลถือว่าเป็นความต้องการพื้นฐานสำหรับ
การมีชีวิตครอบครัว การมีบุตรถือว่าเป็นส่วนสำคัญของการสมรส ซึ่งในบางครอบครัว
ประสบกับปัญหาที่ไม่สามารถมีบุตรได้และเกิดความทุกข์อย่างมาก ดังนั้นในทาง
การแพทย์จึงต้องมีการแสวงหาวิธีการต่าง ๆ ในการช่วยให้เกิดการตั้งครรภ์ที่ไม่เป็นไป
ตามธรรมชาติ เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์จึงได้รับการพัฒนาอย่างมากในปัจจุบัน
จากรายงานของ รศ. นพ. สมชาย สวจนกรณ์ กล่าวว่า การทำปฏิสนธินอกร่างกาย
อาจจะเป็นการปฏิสนธิตามปกติหรือการใช้วิธีการช่วยปฏิสนธิ จะสามารถช่วยแก้ไข
ปัญหาคู่สมรสนั้น ๆ ได้และสำหรับการแก้ไขปัญหาก็เกี่ยวกับความต้องการมีบุตรใน
ประเทศไทย ได้มีรายงานความสำเร็จของการช่วยปฏิสนธินอกร่างกายและย้ายฝากตัว
อ่อนในคนครั้งแรก โดยศาสตราจารย์นายแพทย์ประมวล วีรุตมเสน และคณะที่
คณะแพทยศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

2) เพื่อวัตถุประสงค์ในการค้นคว้าวิจัยทางการแพทย์

นอกจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เพื่อช่วยให้เกิดการปฏิสนธิ
และกำเนิดบุตรที่ต่างไปจากธรรมชาติแล้ว ในขณะเดียวกันก็เป็นการพัฒนางานค้นคว้า
ทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ควบคู่กันไปด้วย แต่การค้นคว้าวิจัยเรื่องใหม่ ๆ เหล่านี้ ก็ต้อง
คำนึงถึงเหตุผลและความจำเป็นที่จะต้องกระทำ ต้องระวังมิให้การพัฒนาองค์ความรู้
ก่อให้เกิดปัญหาจริยธรรมตามมา แม้ในบางเรื่องวิทยาศาสตร์จะทำให้เกิดขึ้นได้ แต่เป็น
เรื่องที่ควรทำหรือไม่จะต้องพิจารณาให้ถี่ถ้วนด้วยเพราะความเป็นมนุษย์จะมีปัญหาคอย
กำกับว่า “มนุษย์ควรทำในสิ่งที่ควรทำเท่านั้น มนุษย์ไม่ควรทำทุกสิ่งที่คุณสามารถทำได้”

3) เพื่อประโยชน์บำบัดรักษาโรค

การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในปัจจุบันมีแนวโน้มใน
การศึกษาวิจัยเพื่อใช้ประโยชน์ในทางการแพทย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสร้างสเต็มเซลล์เพื่อ
ทดแทนเซลล์ที่ทำงานไม่ปกติในร่างกาย โดยใช้ Embryonic Stem Cell พัฒนาเพื่อให้ได้

เซลล์ที่ทำหน้าที่ต่าง ๆ ในร่างกายได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยการศึกษาส่วนใหญ่จะเริ่มทำการทดลองในสัตว์ทดลองก่อนการทดลองในมนุษย์ เช่น ทำการทดลองในหนู พันธุ์ต่าง ๆ ซึ่งมีตัวอย่างการวิจัยพัฒนา Stem Cell ในการรักษาโรคต่าง ๆ เช่น โรคเบาหวาน โรคระบบประสาท และโรคหัวใจ

จากวัตถุประสงค์ทั้ง 3 ประการที่ก่อเกิดการนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มาใช้กับมนุษย์ พบว่าวัตถุประสงค์ที่กฎหมายอนุญาตให้นำมาใช้ได้ หากเกิดกรณีบุคคลต้องการบุตร โดยกฎหมายบัญญัติไว้ใน พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 22(1) กำหนดว่า “สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนต้องมีสัญชาติไทยในกรณีที่สามีหรือภริยามีได้มีสัญชาติไทยต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี” กฎหมายตราขึ้นมาเพื่อให้บุคคลที่ไม่สามารถมีบุตรได้และต้องการจะมีบุตร โดยมีการอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เป็นไปอย่างถูกต้องตามหลักของกฎหมายและในทางศีลธรรมอันดี กฎหมายจึงกำหนดให้คู่สามีภริยาที่ปรากฏว่า ภริยาไม่สามารถมีบุตรได้เองตามธรรมชาติสามารถนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาใช้ได้อย่างถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งจะตรงกับวัตถุประสงค์ในข้อ 1) แต่หากปรากฏว่าการนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาใช้ในการค้นคว้าวิจัยทางการแพทย์ หรือเพื่อประโยชน์บำบัดรักษาโรค กฎหมายไม่อนุญาตให้กระทำได้ ตามมาตรา 36 “ห้ามมิให้ผู้ใดสร้างตัวอ่อนเพื่อใช้ในกิจการใด ๆ เว้นแต่เพื่อใช้ในการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย” ในมาตรา 36 กฎหมายได้ย้ำอีกว่า การสร้างตัวอ่อนต้องเป็นการบำบัดรักษาการมีบุตรยากเท่านั้น แต่กฎหมายก็ไม่ได้ห้ามเด็ดขาดเกี่ยวกับการนำตัวอ่อนมาค้นคว้าวิจัย กฎหมายยังเปิดช่องให้กระทำได้แต่ต้องเป็นไปตามหลักของมาตรา 37 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ประสงค์จะใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้จากการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย เพื่อการศึกษาวิจัยต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาตให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา

1.3 ความหมายของการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มีหลายรูปแบบ เช่น การผสมเทียม (Artificial Insemination) การผสมเทียมนอกร่างกาย (Invitro Fertilization หรือ IVF) การเคลื่อนย้ายเซลล์สืบพันธุ์เข้าไปในท่อน้ำไข่ (Gamete Intro Follopion Transfer หรือ GIFT) Pronuclear Stage Tubal Transfer (PROST), Tubal Embryo Transfer (TET), Zygote Intra Follopion Transfer (ZIFT) เป็นต้น โดยไม่ว่าจะเป็นรูปแบบใด ก็หมายถึงการทำให้เกิดการตั้งครรภ์โดยกระบวนการที่ปราศจากการร่วมประเวณีหรืออีก นัยหนึ่งคือ การก่อให้เกิดการตั้งครรภ์โดยไม่มีการล่งล้าของอวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงแต่อย่างใดและบางแห่งก็ให้คำนิยามของการผสมเทียมหรือการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ว่าเป็นการทำให้เกิดการปฏิสนธิโดยกรรมวิธีอื่นใดที่ไม่มีการร่วมประเวณี อันผิดไปจากวิธิตามธรรมชาติก็ได้ ฉะนั้น หากการให้กำเนิดชีวิตโดยวิธีใดและโดยการอาศัยเทคโนโลยีใดก็ตามหากไม่มีการล่งล้าของอวัยวะเพศชายเข้าไปในอวัยวะเพศหญิงเราถือว่าเป็นการให้กำเนิดจากการผสมเทียมทั้งสิ้น ซึ่งจากความเจริญก้าวหน้าดังกล่าวการผสมเทียมทำให้นิยามของการให้กำเนิดมนุษย์ หรือปัจจัยที่ใช้ในการขยายเผ่าพันธุ์มนุษย์เปลี่ยนไป ซึ่งจากเดิมจะต้องมีการล่งล้าของอวัยวะเพศชาย หรือที่เราเรียกว่ามีการร่วมหลับนอนของชายหญิงนั้น ไม่ใช่ปัจจัยสำคัญอีกต่อไป นอกจากนั้นการผสมเทียมก็ยังทำให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนหญิงเจ้าของไข่ได้อีกด้วย จึงถือได้ว่าการผสมเทียมเป็นการรักษาและขยายเผ่าพันธุ์มนุษย์โดยวิธีการที่น่าสมมุติที่มนุษย์ได้คิดค้นขึ้นมาเพื่อเอาชนะธรรมชาติ ให้เห็นว่าการขยายเผ่าพันธุ์มนุษย์โดยวิธีการที่น่าสมมุติที่มนุษย์ได้คิดค้นขึ้นมาเพื่อเอาชนะมาเป็นปัจจัยเท่านั้น จึงจะให้กำเนิดบุตรได้และไม่จำเป็นว่าสามี ภรรยาที่ต้องการจะได้บุตรนั้น ฝ่ายภรรยาของตนจะต้องเป็นผู้ตั้งครรภ์บุตรด้วยตนเอง

เมื่อประเทศไทยได้มีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยในบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 3 ได้มีการกำหนดความหมายของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

หมายความว่า กรรมวิธีใด ๆ ทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ที่น่าอสุจิและไข่ออกจากร่างกายมนุษย์ เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์โดยไม่เป็นไปตามธรรมชาติ รวมทั้งการผสมเทียม

จากความหมายเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้วิจัยได้ศึกษาความหมายจากกฎหมายต่างประเทศ โดยกฎหมายต่างประเทศได้ให้ความหมายคือ การตั้งครรภ์โดยปราศจากการร่วมประเวณีและไม่ใช้วิธีการทางธรรมชาติ แต่เมื่อในประเทศไทยมีการตรากฎหมายมาคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จึงต้องนำความหมายตามกฎหมายมาใช้ ซึ่งความหมายที่กฎหมายบัญญัติไว้มีความคล้ายคลึงกับกฎหมายต่างประเทศ คือ การตั้งครรภ์ที่มีการใช้วิทยาศาสตร์ทางการแพทย์โดยไม่เป็นไปตามธรรมชาติ

1.4 สาเหตุการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

การที่จะพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ กฎหมายที่มีเจตนารมณ์ ในการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ถือว่าเป็นการคุ้มครองเด็กที่เกิดมาจากวิธีการทางแพทย์ เด็กไม่ได้เกิดจากวิธีการทางธรรมชาติ เนื่องจากการนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาใช้ เพื่อช่วยเหลือผู้ที่มีบุตรยาก ดังนั้น จึงต้องศึกษาว่ามีเหตุผลใดที่ทำให้บุคคลมีบุตรยาก

สาเหตุพื้นฐานที่สำคัญที่ทำให้มีบุตรยาก ในปัจจุบันมีการระบุสาเหตุของการมีบุตรยากไว้แตกต่างกันพอสมควรขึ้นอยู่กับความละเอียดในการตรวจสอบสาเหตุของแต่ละแห่ง แต่ส่วนใหญ่ก็มีสาเหตุที่คล้ายคลึงกัน

1) สาเหตุที่ระบุโดยคณะทำงานทางด้านวิทยาศาสตร์ขององค์การอนามัยโลก (WHO Scientific Group) โดย WHO ได้เสนอปัญหาข้อบ่งชี้สำหรับการปฏิสนธินอกร่างกาย ดังนี้

(1) การมีบุตรยากที่เกิดจากฝ่ายหญิง เช่น ปัญหาเกี่ยวกับท่อ นำไข่ เชื้อบูโพรงมดลูกเจริญผิดที่ ปากมดลูกผิดปกติ ปัญหาเกี่ยวกับระบบภูมิคุ้มกัน ประวัติการใช้ยา Diethylstilbrol

(2) การมีบุตรยากที่เกิดจากฝ่ายชาย

- (3) การมีบุตรยากที่มีหลายสาเหตุร่วมกัน
- (4) การมีบุตรยากที่ตรวจไม่พบความผิดปกติ
- (5) อื่น ๆ เช่น กรณีภาวะไข่ไม่ตกที่ไม่ได้รับการรักษามีการตกไข่เกิดขึ้นเป็นระยะเวลานาน แต่ก็ยังไม่ตั้งครรภ์ หรือในกรณีที่ได้รับการผสมเทียมโดยเชื้อพันธุ์บริจาคมาหลายเดือนแล้วยังไม่ตั้งครรภ์ การบริจาคเป็นต้น
- (6) การบริจาคไข่ในรายที่รังไข่ไม่ทำงาน ซึ่งอาจเป็นมาแต่กำเนิดหรือเกิดในภายหลัง

2) สาเหตุที่ระบุโดยองค์กรอื่นๆ นอกจากการแบ่งสาเหตุของการมีบุตรยากตามหลักเกณฑ์ของ WHO แล้วยังอาจแบ่งสาเหตุของภาวะมีบุตรยากในอีกหลายกรณีดังนี้

- (1) ปัจจัยทางฝ่ายชาย (Male Factors: 30-40%) ได้แก่
 - การสร้างตัวอสุจิลดลง เกิดจากความเครียด เส้นเลือดของ (Varicocele) ลูกอัณฑะไม่ลงมาในถุงอัณฑะ (Cryptorchidism) การทำงานของฮอร์โมนผิดปกติและจำนวนมากที่สุดคือไม่พบสาเหตุชัดเจนที่นำอสุจิตีบตัน อาจเป็นมาตั้งแต่กำเนิด เกิดหลังโรคติดเชื้อ หรือจากการทำหมันไม่สามารถหลั่งน้ำอสุจิเข้าไปในช่องคลอด เช่น กามตายดำน (Impotence) ปลายท่อปัสสาวะเปิดผิดปกติ (Hypospadias) การหลั่งน้ำอสุจิย้อนเข้ากระเพาะปัสสาวะ (Petrograde Ejaculation) เป็นต้น
 - ความผิดปกติของน้ำอสุจิ เช่น จำนวนมากหรือน้อย
- (2) ปัจจัยการตกไข่ (Ovulation Factors: 20%)
 - ไม่มีการตกไข่ (Anovulation)
 - ความผิดปกติระยะหลังตกไข่ (Corpus Luteum Defect)
 - ไม่มีระดู (Amenorrhea)
- (3) ปัจจัยจากท่อไข่หรืออุ้งเชิงกราน (Tubal or Pelvic Factors: 20%)
 - การอักเสบในอุ้งเชิงกราน (Pelvic Inflammatory Disease: PID)
 - ความผิดปกติตั้งแต่กำเนิด (Congenital Anomaly)
 - เยื่อมดลูกเจริญผิดปกติ (Endometriosis) หรือ เคยผ่าตัดในช่องท้อง มา

ก่อน

(4) ปัจจัยจากมดลูกและตัวมดลูก (Cervical and Uterine Factors: 10%)

ความผิดปกติของมดลูก เช่น Myoma, Anomalies, Synechiae

เป็นต้น

ความผิดปกติของคอมดลูก เช่น Stenosis, Endocervical Glands

เป็นต้น

(5) ปัจจัยทางช่องคลอด (Vaginal Factors: 5%)

พบได้น้อย เช่น ไม่มีช่องคลอดมาแต่กำเนิด เยื่อพรหมจารีไม่ทะลุ

(Imperforate Hymen) การหดตัวของกล้ามเนื้อรอบช่องคลอด (Vaginismus) หรือ ช่องคลอดอักเสบ (Vaginitis) เป็นต้น

(6) ปัจจัยจากภูมิคุ้มกันต่อต้านตัวอสุจิ (Immunologic Factors: <5%)

(7) ปัจจัยจากต่อมไร้ท่ออื่น ๆ (Endocrinologic Factors: 5%)

Hyperprolactinemia

Hyper-or Hypothyroidism

Adrenal Disease

Diabetes

(8) ภาวะมีบุตรยากที่อธิบายสาเหตุไม่ได้ (Unexplained Infertility:

5-10%)

อุบัติการณ์ของสาเหตุต่างๆเหล่านี้มีการเปลี่ยนแปลงไปได้เสมอ

ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี จะทำให้ตรวจค้นหาสาเหตุได้มากขึ้น ทำให้อัตราของภาวะมีบุตรยากที่อธิบายสาเหตุไม่ได้หรือ Unexplained Infertility ลดลง

ในทางปฏิบัติจริง ๆ การตรวจหาสาเหตุเหล่านี้มักมุ่งตรวจสาเหตุที่พบบ่อยก่อน โดยเฉพาะปัจจัยทางฝ่ายชายปัจจุบันการตกไข่และปัจจัยจากท่อ นำไข่สาเหตุนี้รวมแล้วเป็นปัญหาของการมีบุตรยากประมาณร้อยละ 70 หากตรวจแล้วปกติจึงจะตรวจหาสาเหตุอื่น ๆ ต่อไปสาเหตุที่ไม่ค่อยได้ตรวจนักคือปัจจัยทางภูมิคุ้มกัน เพราะยุ่งยากและเสียค่าใช้จ่ายอีกทั้งการแปลผลว่า เกี่ยวพันกับการมีบุตรก็บอกได้ไม่ชัดเจนสำหรับโรงพยาบาลศิริราชในการตรวจ 3 สาเหตุหลักดังกล่าวพบว่า เป็นปัจจัยทางฝ่ายชายร้อยละ 33.2 ปัจจัยการตกไข่ร้อยละ 28.3 และปัจจัยจากท่อ นำไข่ร้อยละ 29.2

ซึ่งจะนัดผู้ป่วยมา 2 ครั้ง เมื่อจะตรวจสาเหตุทั้ง 3 นี้ได้ครบถ้าพบความผิดปกติแพทย์
มักจะเริ่มให้การรักษาไปก่อนควบคู่ไปกับการตรวจหาสาเหตุอื่น ๆ ต่อไป

จากข้อบ่งชี้ข้างต้นนั้นเมื่อทราบถึงสาเหตุที่ทำให้บุตรยากแล้ว
เมื่อมีผู้ที่มีปัญหาในการมีบุตรมาปรึกษาแพทย์จากนั้นแพทย์จะตรวจหาความผิดปกติ
หรือข้อบกพร่องในแต่ละฝ่ายเพื่อหาหนทางในการแก้ไขในบางกรณีการแก้ไข
ข้อบกพร่องเพียงเล็กน้อยก็สามารถช่วยให้เกิดการตั้งครรภ์ตามธรรมชาติได้โดย
ไม่จำเป็นต้องใช้วิธีการช่วยการเจริญพันธุ์ที่มีขั้นตอนยุ่งยากซับซ้อนแต่ประการใด
ผู้ที่มีปัญหาในการมีบุตรยากนั้นจะมีความกดดันทางจิตใจว่าตนมีข้อบกพร่องไม่อาจให้
กำเนิดบุตรได้ตามปกติของมนุษย์ทั่วไปอยู่ตลอดเวลาจะเห็นได้ว่า สาเหตุการมีบุตรยาก
สามารถเกิดกับฝ่ายชายหรือฝ่ายหญิงก็ได้ ขึ้นอยู่กับว่าฝ่ายไหนมีความบกพร่องทาง
ด้านร่างกาย ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญ-
พันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ให้การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการ-
เจริญพันธุ์ทางการแพทย์ต้องเป็นสาเหตุจากกรณีที่ฝ่ายหญิงไม่อาจตั้งครรภ์ได้ ตาม
มาตรา 21(1) กำหนดว่า “สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่
ประสงค์จะมีบุตร โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีที่สามีหรือ
ภริยามีได้มีสัญชาติไทย ต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี” ไม่ว่าการมีบุตร
ยากจะเกิดจากปัจจัยใดก็ตาม หากหญิงไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ กฎหมายอนุญาตให้มี
การนำเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาใช้ได้ โดยผู้รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นไป
ตามหลักมาตรา 21(3) (4) กำหนดว่า “หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติสืบสายโลหิต
ของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือ
ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนได้ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์
วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนดโดย
คำแนะนำของคณะกรรมการ และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นหญิงที่เคยมีบุตรมา
ก่อนแล้วเท่านั้น ถ้าหญิงนั้นมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมาย” สำหรับหากความบกพร่อง
ทางด้านร่างกายเกิดกับฝ่ายชาย กฎหมายอนุญาตให้ได้รับการบริจาคอสุจิได้ ตาม

มาตรา 22(2) คือ “ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากสpermของสามีหรือไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนกับไข่หรือสpermของผู้อื่น ทั้งนี้ ห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน”

ดังนั้น ในปัจจุบันแพทย์จึงได้อาศัยความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีสมัยใหม่ทำให้เกิดการกำเนิดมนุษย์ได้โดยอาศัยธรรมชาติเป็นผู้กำเนิดแต่อย่างใดการแก้ไขปัญหของผู้ที่มีปัญหานั้น ๆ แพทย์สามารถเลือกใช้เทคโนโลยีที่เหมาะสมตามขั้นตอนที่ควรจะเป็นซึ่งต้องอาศัยความร่วมมือและความตั้งใจจริงของผู้ที่มีปัญหาด้วยเช่นกันส่วนใหญ่แล้วผู้ที่มาขอรับคำปรึกษากับแพทย์เพื่อแก้ไขปัญหามีบุตรยากมักจะเป็นคู่สามีภริยาที่ได้พยายามมีบุตรเองตามธรรมชาติไม่สำเร็จ (ซึ่งโดยปกติถ้าสามีภริยามีร่างกายแข็งแรงและอยู่ในช่วงวัยเจริญพันธุ์ที่สมบูรณ์จะสามารถมีบุตรได้ร้อยละ 70-80 ภายหลังการสมรส 1 ปี) เมื่อไม่สามารถเจริญพันธุ์ได้เองตามธรรมชาติสามีภริยาจะมาพบแพทย์เพื่อให้ถูกต้องตามสรีรวิทยาของการเจริญพันธุ์ก็สามารถตั้งครรภ์ได้โดยง่ายแต่ถ้ามีความผิดปกติหรือมีข้อบกพร่องไม่ว่าจะเป็นฝ่ายหญิงหรือฝ่ายชายหรือทั้งสองฝ่ายแพทย์ก็จำเป็นต้องอาศัยเทคโนโลยีสมัยใหม่หรือที่เรียกว่าเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เข้ามาช่วยในการแก้ไขปัญหามีบุตรยาก เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่มีไว้เพื่อใช้แก้ปัญหามีบุตรยากมีอยู่หลายรูปแบบขึ้นอยู่กับผู้ที่มีปัญหาในการมีบุตรยากมีข้อบกพร่องอย่างไร ในปัจจุบันเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นี้ได้มีการพัฒนาไปจนสามารถกระทำได้หลายรูปแบบ เช่น การปฏิสนธิภายนอก (In vitro Fertilization or IVF) การเคลื่อนย้ายเซลล์สืบพันธุ์เข้าไปในท่อ นำไข่ (Gmetre Intro Follopion Transfer (GIET), PRONUCLEAR Stage Tubal (PROST), Tubal Embryo Transfer (TET), Zygote Intro Fllopion Transfer (ZIFT) นอกจากนั้นยังสามารถคิดค้นวิธีการเก็บไข่ การเตรียมตัวอ่อน การแช่แข็งตัวอ่อน การแช่แข็งเชื้อพันธุ์เพื่อนำไปใช้ในการปฏิสนธิเทียม เป็นต้น การตั้งครรภ์แทนก็จะเป็นวิธีหนึ่งในการแก้ไขปัญหามีบุตรยากของสามีภริยา โดยเฉพาะในกรณีที่ฝ่ายภริยาเป็นผู้ที่ไม่สามารถตั้งครรภ์และคลอดบุตรได้เอง ก็จำเป็นต้องอาศัยผู้อื่นมาเป็นผู้ตั้งครรภ์แทนผู้วิจัยได้กล่าวในรายละเอียดต่อไปนี้หัวข้อต่อไป เกี่ยวกับวิธีการทางการแพทย์ที่ใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

1.5 วิธีการทางการแพทย์ที่ใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

ปัจจุบันวิธีการทางวิทยาศาสตร์ทางการแพทย์ได้ก้าวหน้าไปมาก จนสามารถใช้เทคโนโลยีช่วยให้เกิดการตั้งครรภ์ ซึ่งเคยเรียกวิธีการต่าง ๆ เหล่านี้ว่า “การปฏิสนธิเทียม” (ในการทางแพทย์เคยใช้วิธีการช่วยการเจริญพันธุ์ หมายถึง การฉีดเชื้อสุมิเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์ภายในของหญิง เพื่อให้หญิงนั้นตั้งครรภ์ โดยใช้เชื้อสุมิและไข่ออกจากร่างกายของชายและหญิงมาทำให้เกิดการปฏิสนธิจนเป็นตัวอ่อน) แต่ในระยะหลังได้ใช้ถ้อยคำใหม่ว่า การตั้งครรภ์โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

ซึ่งการจำแนกรูปแบบทางเทคนิคเกี่ยวกับเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ได้ดังต่อไปนี้

1) การผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อ (Artificial Insemination)

การผสมเทียมด้วยการฉีดเชื้อ คือ การนำน้ำเชื้อสุมิไม่ว่าจะเป็นเชื้อสด (Fresh Sperm) หรือเชื้อที่ผ่านการแช่แข็ง (Frozen Sperm) ฉีดเข้าไปในช่องคลอด (Vagina) ของฝ่ายหญิง บริเวณปากมดลูกโพรงมดลูกท่อนำไข่ หรือมดลูก (Uterus) ในช่วงที่มีการตกไข่เพื่อให้เกิดการปฏิสนธิระหว่างตัวสุมิกับไข่ในร่างกายของฝ่ายหญิง (In Vivo Fertilisation) และทำให้หญิงนั้นตั้งครรภ์โดยไม่ต้องมีสัมพันธ์ทางเพศกับฝ่ายชายโดยวิธีตามธรรมชาติ

โดยปกติแล้ว การผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อมักจะกระทำโดยการนำเอาน้ำเชื้อสุมิที่ผ่านการล้างเชื้อเอาแบคทีเรียและสารต่าง ๆ ออกและคัดเฉพาะเชื้อสุมิที่แข็งแรงในปริมาณที่พอเหมาะ มาฉีดผ่านท่อกลวงที่สอดเข้าไปในช่องคลอด (Cannula) หรือโดยใช้กระบอกฉีด (Syringe) ซึ่งจะทำให้เชื้อสุมิของฝ่ายชายเข้าไปผสมกับไข่ของฝ่ายหญิงและการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อ จะต้องกระทำในช่วงระยะเวลาไข่ใกล้สุก เพราะเป็นช่วงระยะเวลาที่ฝ่ายหญิงมีโอกาสตั้งครรภ์มากที่สุด น้ำเชื้อสุมิอาจนำมาจากเชื้อสด (Fresh Sperm) หรือเชื้อที่ผ่านการแช่แข็ง (Frozen Sperm) มาก่อนก็ได้ การผสมเทียมด้วยวิธีนี้มีอัตราการตั้งครรภ์ประมาณร้อยละ 10-20 ต่อรอบเดือน ตามปกติจะเห็นผลภายใน 3-6 รอบเดือนของการรักษา

การผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อเป็นวิธีการที่ง่าย สิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายน้อย และไม่จำเป็นต้องใช้ความรู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์มากนัก แต่ถ้าวการผสมเทียมด้วยวิธีการนี้ได้กระทำภายใต้การควบคุมดูแลของแพทย์ก็จะทำให้มีโอกาสประสบความสำเร็จในการตั้งครรภ์มากขึ้น และยังช่วยให้เด็กที่เกิดมามีความเสี่ยงในการเกิดโรคทางพันธุกรรม (Genetic Disease) น้อยลง เนื่องจากแพทย์สามารถใช้ความชำนาญในการคัดเลือกเชื้ออสุจิที่เหมาะสมเพื่อประโยชน์ในการตั้งครรภ์หรือเพื่อหลีกเลี่ยงโอกาสในการเกิดโรคทางพันธุกรรมบางชนิดกับทารกได้

เมื่อพิจารณาจากแหล่งที่มาของเชื้ออสุจิ การผสมเทียมดังกล่าวอาจแบ่งได้ เป็น 3 ประเภท คือ

(1) การผสมเทียมโดยใช้เชื้อของสามี (Artificial Insemination by The Husband หรือ AIH) เป็นวิธีการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากอย่างหนึ่งที่จะนำมาใช้เมื่อฝ่ายชายซึ่งเป็นสามีสามารถผลิตน้ำอสุจิได้อย่างสมบูรณ์ แต่ไม่สามารถมีเพศสัมพันธ์ได้เนื่องจากเป็นกามตายด้าน หรือมีความผิดปกติทางกายวิภาค การผสมเทียมโดยวิธีนี้ยังถูกนำไปใช้เพื่อบำบัดภาวะการมีบุตรยากที่เกิดจากความผิดปกติของฝ่ายหญิงด้วย เช่น หากฝ่ายหญิงมีเยื่อที่บริเวณปากมดลูกทำให้เชื้ออสุจิไม่สามารถผ่านเข้าไปผสมกับไข่ได้ (Mucus Hostility) ในกรณีเช่นนี้จะต้องฉีดเชื้ออสุจิเข้าไปที่มดลูกของฝ่ายหญิงเพื่อให้เกิดการปฏิสนธิกับไข่ในบริเวณดังกล่าว

การใช้เชื้ออสุจิจากสามีในการผสมเทียมอาจเกิดหลายสาเหตุอื่น เช่น ระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 สหรัฐอเมริกาได้ส่งน้ำเชื้ออสุจิกลับประเทศเพื่อใช้ในการผสมเทียมเป็นจำนวนมาก หรืออาจนำไปใช้เมื่อฝ่ายสามีต้องการรับการบำบัด ซึ่งอาจส่งผลให้ชายคนนั้นต้องเป็นหมัน ฝ่ายชายก็อาจจะเลือกที่จะให้แพทย์เก็บน้ำเชื้อของตนเองไว้ก่อนและนำมาใช้เมื่อถึงคราวจำเป็นได้²

(2) การผสมเทียมโดยใช้น้ำเชื้ออสุจิจากผู้บริจาค (Artificial Insemination by The Donor หรือ AID) เป็นการผสมเทียมที่ใช้เทคนิคเช่นเดียวกับการผสมเทียมโดย

² Womock M. Mary, **A Question of Life: The Warnock Report on Human Fertilization and Embryology** (Oxford: Blackwell, 1985), p. 17.

ใช้น้ำเชื้อของสามี เพียงแต่เป็นการนำเชื้อของผู้บริจาคมาใช้ในการผสมเทียมแทนที่จะเป็นน้ำเชื้อของสามีของหญิงนั้น สาเหตุเนื่องมาจากฝ่ายสามีเป็นหมันไม่ว่ามาจากสาเหตุใดก็ตาม รวมทั้งการเป็นหมันหลังจากการทำหมันชาย (Vasectomy) แล้วแก้ไขไม่สำเร็จ หรือสามีมีปริมาณตัวอสุจิในน้ำอสุจิน้อยหรือไม่มีเลย รวมทั้งเป็นกรณีที่ฝ่ายสามีมีความผิดปกติของยีนส์ ทำให้มีความผิดปกติในการสืบพันธุ์และอาจมีการนำมาผสมเทียมด้วยวิธีการนี้มาเพื่อหลีกเลี่ยงการเกิดโรคทางพันธุกรรมกับเด็กที่จะกำเนิดมาด้วย หากปรากฏว่าฝ่ายชายมีความบกพร่องทางพันธุกรรมที่จะต้องถ่ายทอดไปยังทารกอย่างที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงด้วยวิธีการอย่างอื่นได้ นอกจากนี้หญิงที่ไม่มีคู่สมรสก็อาจใช้วิธีนี้เพื่อให้ตนเองสามารถมีบุตรได้เช่นกัน แต่การผสมเทียมด้วยวิธีนี้จะทำให้เด็กมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมเฉพาะกับฝ่ายหญิงซึ่งเป็นเจ้าของไข่เท่านั้น ส่วนฝ่ายชายซึ่งไม่ได้เป็นเจ้าของอสุจิจะไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมาเลย

(3) การผสมเทียมโดยใช้เชื้อจากการผสมระหว่างสามีกับผู้บริจาค

(Combined of Confused Artificial Insemination หรือ CAI)

ในกรณีที่นำน้ำเชื้อของสามีที่มีปริมาณตัวอสุจิน้อย แพทย์อาจใช้วิธีการผสมน้ำเชื้ออสุจิระหว่างน้ำเชื้ออสุจิของสามีกับผู้บริจาค เพื่อเพิ่มโอกาสในการที่เชื้ออสุจิของสามีสามารถ เข้าไปปฏิสนธิกับไข่ได้มากกว่าที่จะใช้น้ำเชื้อของผู้บริจาค แต่เพียงอย่างเดียว และทำให้คู่สมรสฝ่ายชายรู้สึกว่าการนำเชื้ออสุจิที่ปฏิสนธิกับไข่นั้นเป็นของตนเอง³ ในการนี้แพทย์จะคัดเลือกรับน้ำเชื้อจากผู้บริจาคที่มีลักษณะภายนอกที่ใกล้เคียงกับสามีของหญิงที่จะได้รับการผสมเทียมนั้น แต่ปัจจุบันเทคโนโลยีเกี่ยวกับการตรวจเลือด (Blood Testing) หรือการตรวจลายพิมพ์ดีเอ็นเอ (DNA Fingerprint) มีความเจริญก้าวหน้าและให้ผลที่น่าเชื่อถือ ทำให้สามารถตรวจสอบความเป็นบิดาของเด็กได้อย่างแม่นยำ จึงทำให้มีการนำวิธีการผสมเทียมเช่นนี้มาใช้น้อยลง⁴

³Warwick Wadlington, **Artificial Conception: The Challenge for Family Law** (London: Princeton University Press), pp. 465, 469.

⁴Mccamus D. John, **Ontario Law Reform Commission** (Toronto, Canada: The Commission, 1997), p. 17.

2) กรณีเกิดการปฏิสนธินอกร่างกาย

คือ การนำไข่และเชื้ออสุจิมาผสมให้เกิดการปฏิสนธินอกร่างกายจนกลายเป็นตัวอ่อนที่เกิดขึ้นในส่วกลับเข้าสู่โพรงมดลูกเพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์ มี 3 วิธีการดังนี้⁵

(1) การปฏิสนธินอกร่างกายและย้ายฝากตัวอ่อน (In Vitro Fertilization and Embryo Transfer) “IVE and ET” หรือที่เรียกว่า เด็กหลอดแก้ว วิธีการนี้คือการนำไข่และอสุจิมาผสมกันในหลอดแก้วแล้วฉีดกลับเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงที่เป็นแม่ คือ หญิงที่เป็นเจ้าของไข่เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์ต่อไป

(2) การช่วยปฏิสนธินอกร่างกายโดยการฉีดเชื้ออสุจิเข้าไปในไข่ (Intra Cytoplasmic Sperm Injection) หรือที่เรียกว่า “ICSI” คือ แทนที่จะให้ไข่และอสุจิผสมกันเองตามธรรมชาติ จะใช้เข็มเล็กๆ ฉีดเซลล์อสุจิหนึ่งเซลล์เข้าไปในไข่ ซึ่งอยู่ภายนอกร่างกายเพื่อให้เกิดการปฏิสนธิเป็นตัวอ่อน แล้วนำตัวอ่อนนั้นเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงเพื่อให้ตั้งครรภ์วิธีการนี้จะทำให้กรณีท่อนำไข่ไม่แข็งแรง มีน้อยมากหรือเปลือกไข่หนา รวมทั้งผู้ที่ไม่มีอาการปฏิสนธิภายหลังการทำเด็กหลอดแก้ว ตามปกติปัจจุบันสามารถนำเทคนิคนี้มาประยุกต์ใช้แก้ปัญหาโรคบางชนิดที่ถ่ายทอดทางพันธุกรรมหรือโรคที่เกี่ยวข้องกับเพศได้

(3) การนำไข่ที่ถูกผสมแล้วแต่ยังไม่แบ่งตัวอ่อนไปใส่ที่ท่อนำไข่ หรือการย้ายฝากตัวอ่อนระยะไซโกตเข้าไปในท่อนำไข่ (Zygote Intra Fallopian Transfer) หรือที่เรียกว่า “ZIFT” คือ การช่วยให้เกิดการตั้งครรภ์โดยการนำไข่ออกมานอกร่างกายของหญิงแล้วนำเชื้ออสุจิมาทำให้เกิดการปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนแรกเริ่ม(ตัวอ่อนแรกเริ่มหมายถึง ตัวอ่อนมนุษย์ตั้งแต่ปฏิสนธิแล้ว แต่ยังไม่มีการแบ่งเซลล์หากนับตั้งแต่ปฏิสนธิไปถึงถึง 8 สัปดาห์ เรียกว่า ตัวอ่อน ถ้าตัวอ่อนมีอายุเกินกว่า 8 สัปดาห์ เรียกว่า ทารกแล้วฉีดเข้าไปในหลอดมดลูกโดยอาจใส่ผ่านทางช่องคลอด หรือการเจาะหน้าท้อง

⁵ประมวล วีรุตมเสน, “เทคโนโลยีกับการกำเนิดชีวิต,” วารสารจุฬาลงกรณ์ 4, 15 (เมษายน-มิถุนายน 2535): 16-24.

3) กรณีที่เกิดการปฏิสนธิในร่างกาย

ปัจจุบันยังมีเพียงวิธีการเดียวซึ่งเป็นวิธีการพื้นฐานของเทคโนโลยีช่วย-
การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ คือ การย้ายฝากเซลล์สืบพันธุ์เข้าไปในท่อรังไข่ หรือที่
เรียกว่า “GIFT” ซึ่งหมายถึง การตั้งครรภ์ โดยการนำไข่ออกมานอกร่างกายของหญิงแล้ว
นำเชื้ออสุจิมาผสมรวมกันแล้วฉีดเข้าไปในท่อนำไข่หรือหลอดมดลูกของหญิงวิธีการนี้
หญิงจะต้องมีหลอดมดลูกปกติอย่างน้อย 1 ข้าง และไม่มีพังผืดในอุ้งเชิงกรานมาก
เกินไปตัวอสุจิจะต้องมีคุณภาพที่จะผสมกับไข่ได้ ข้อจำกัด คือ การนำเซลล์สืบพันธุ์ไป
ใส่ต้องอาศัยการผ่าตัดผ่านกล้องเข้าไปในอุ้งเชิงกราน ซึ่งมักต้องดมยาสลบ และอัตรา
การตั้งครรภ์แฝดก็มีมาก

4) การตั้งครรภ์แทน

คือ การนำตัวอ่อนที่ได้จากการปฏิสนธิของไข่และตัวอสุจิเข้าไปในโพรง
มดลูกของหญิงอื่น เพื่อให้ตั้งครรภ์แทน เนื่องจากฝ่ายภริยามีปัจจัยที่ไม่เหมาะสมต่อการ-
ตั้งครรภ์ เช่น มีเนื้องอกในมดลูก ไม่มีมดลูก หรือมีโรคประจำตัวทางร่างกายที่ไม่
สามารถตั้งครรภ์เองได้ซึ่งผู้วิจัยจะได้กล่าวถึงรายละเอียดเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนใน
หัวข้อต่อไป

จากรูปแบบวิธีการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ทั้ง 4 รูปแบบ วิธีการที่
กฎหมายให้การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัติ-
คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558
ในมาตรา 3 คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ คือ
การผสมเทียม โดยให้หญิงอื่นเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน แต่หากใช้วิธีการผสมเทียมในทาง
การแพทย์ที่ฉีดเชื้อของสามีเข้าไปในโพรงมดลูกให้แก่ภริยาที่สามารถตั้งครรภ์เอง
วิธีการผสมเทียมในลักษณะนี้ไม่ใช่วิธีการผสมเทียมตามมาตรา 3 และหากเกิดกรณีการ-
ผสมเทียมเช่นนี้กฎหมายไม่ให้การคุ้มครองสำหรับเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วย-
การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เป็นที่สังเกตได้ว่าหากเป็นกรณีได้รับเชื้อบริจาคจากชายอื่น
และน้ำเชื้อ ดังกล่าวมานี้ฉีดในมดลูกของภริยาตนเองแล้ว เด็กที่เกิดมาจะเป็นบุตรของบุคคลใด
เพราะกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าต้องเกิดกรณีที่ให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทน
ทำให้บทบัญญัติในกฎหมายหมวด 4 ตั้งแต่มาตรา 29-34 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครอง

เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 เรื่อง ความเป็นบิดา และมารดาของเด็กและการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไม่สามารถคุ้มครองเด็กในกรณีอื่น ๆ ได้

1.6 ประโยชน์ของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

จะเห็นได้ว่า การใช้เทคโนโลยีการช่วยการเจริญพันธุ์ ทางทางการแพทย์ปัจจุบันสามารถแก้ไขปัญหามีบุตรยากในหลาย ๆ กรณีได้ กล่าวโดยสรุปคือ

- 1) หากการมีบุตรยากเกิดเพราะสาเหตุสามีขาดเชื้อพันธุ์แต่ภริยาปกติแก้ไขได้โดยการใช้เชื้อพันธุ์ของชายอื่นฉีดเข้าไปในภริยา
- 2) หากภริยาขาดไข่เจริญพันธุ์แต่สามีปกติดี จึงแก้ไขโดยการใส่ไข่ของหญิงอื่นมาผสมกับเชื้อพันธุ์ที่เจริญพันธุ์ของสามีนอกมดลูกแล้วฉีดกลับเข้าไปในมดลูกของภริยา
- 3) สามีมีเชื้อพันธุ์ที่เจริญพันธุ์และภริยาก็มีไข่ที่เจริญพันธุ์แต่ไม่สามารถปฏิสนธิในมดลูกได้ จึงผสมเทียมนอกมดลูกแล้วฉีดตัวอ่อนกลับเข้าไปในมดลูกของภริยา
- 4) สามีมีเชื้อพันธุ์ที่เจริญพันธุ์แต่ภริยาขาดไข่ที่เจริญพันธุ์และไม่สามารถอุ้ม-ครรภ์ได้แก้ไขได้โดยใช้เชื้อพันธุ์ที่เจริญพันธุ์ของสามีฉีดเข้าไปในมดลูกของหญิงอื่นให้ตั้งครรภ์หรือใส่ไข่ที่เจริญพันธุ์ของหญิงอื่นผสมกับเชื้อพันธุ์ของสามีนอกมดลูก แล้วฉีดเข้าไปในมดลูกของผู้หญิงอื่น
- 5) ทั้งสามีและภริยาขาดเชื้อพันธุ์ที่เจริญพันธุ์แต่ภริยาสามารถอุ้มครรภ์ได้แก้ไขโดยการผสมเทียมนอกมดลูกโดยใช้เชื้อพันธุ์และไข่ของบุคคลอื่นแล้วฉีดตัวอ่อนกลับเข้าไปในมดลูกของภริยา
- 6) สามีมีเชื้อพันธุ์ที่เจริญพันธุ์ส่วนภริยามีไข่ที่เจริญพันธุ์แต่ไม่สามารถอุ้ม-ครรภ์ได้ จึงต้องแก้ไขด้วยการนำไข่ของภริยากับเชื้อพันธุ์ที่เจริญพันธุ์ของชายอื่นนอกมดลูกแล้วฉีดตัวอ่อนกลับเข้าไปในมดลูกของหญิงอื่น

7) ทั้งสามีและภริยามีเชื้พันธ์และไข่ที่เจริญพันธ์ แต่ภริยาสามารถอุ้ม-
ครรภ์ได้จึงแก้ไขโดยการใส่ไข่ของภริยาผสมกับเชื้พันธ์ที่เจริญพันธ์ของสามีนอก
มดลูกแล้วฉีดเข้าไปในมดลูกของหญิงอื่น

8) ทั้งสามีและภริยาขาดเชื้พันธ์ที่เจริญพันธ์และไข่ที่เจริญพันธ์ และภริยา
ไม่สามารถอุ้มครรภ์ได้ แก้ไขโดยการนำไข่ของผู้หญิงอื่นมาผสมในมดลูกหรือนอก
มดลูกกับเชื้พันธ์ที่เจริญพันธ์ของชายอื่น ถ้าเป็นการผสมเทียมนอกมดลูกอาจจะฉีดตัว
อ่อนเข้าไปในหญิงคนที่สามก็ได้

ดังนั้น หากการนำเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธ์ทางการแพทย์ มาใช้ร่วมกับการ
การนำไข่และเชื้พันธ์ของผู้ที่ต้องการเข้ารับบริการเองก็จะก่อให้เกิดความสะดวกทาง
การแพทย์ เพราะสามารถนำไข่และเชื้พันธ์ที่ได้มาเข้ากระบวนการทางการแพทย์ได้โดย
โดยไม่ต้องขอความเห็นจากผู้ใดและไม่ต้องพิจารณาผลที่เกิดขึ้นตามกฎหมาย แต่หาก
ความผิดปกติในการตั้งครรภ์นั้นเกิดจากความผิดปกติของชายหรือหญิงเองที่ไม่สามารถ
ผลิต เซลล์ไข่ หรือผลิตเชื้พันธ์ได้แล้ว อาจทำให้ผู้สมรสต้องใช้เชื้พันธ์ของผู้บริจาค
ซึ่งการกระทำเหล่านี้ต้องพิจารณาถึงความถูกต้องหรือศีลธรรมและผลทางกฎหมายที่จะ
เกิดขึ้นด้วย

เมื่อศึกษาข้อมูลเกี่ยวกับหลักการของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธ์ทาง-
การแพทย์แล้ว ทำให้พบว่า การตั้งครรภ์แทนถือว่าเป็นประเภทหนึ่งที่จัดอยู่ในวิธีการ
ของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธ์ทางการแพทย์และจัดได้ว่าเป็นวิธีการที่กฎหมายได้
ออกมาให้ความคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ดังนั้นในหัวข้อต่อไปผู้วิจัยได้นำ
รายละเอียดเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน เพื่อศึกษาในรายละเอียดเฉพาะเกี่ยวกับการตั้ง-
ครรภ์แทน เพราะในกฎหมายที่คุ้มครองเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีเจริญพันธ์ทาง
การแพทย์ กฎหมายให้การคุ้มครองเฉพาะวิธีการที่เกิดโดยการตั้งครรภ์แทนเท่านั้น

2. ความเป็นมา ความหมายของการตั้งครรภ์แทน

การพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จำเป็นต้องศึกษาเกี่ยวกับความเป็นมาและความหมายของการตั้งครรภ์แทน เพราะการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นกรณีที่คุณ่สามิภริยาให้บุคคลอื่นตั้งครรภ์แทน ทำให้ต้องศึกษา คำว่า “ตั้งครรภ์แทน” เพื่อให้เกิดความเข้าใจเกี่ยวกับเจตนารมณ์ สาเหตุที่ทางการแพทย์ให้บุคคลอื่นตั้งครรภ์แทน เพราะบุคคลที่ต้องการมีบุตร แล้วให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน เด็กที่ไม่ได้เกิดจากกรรมมารดาที่ต้องการให้มีบุตร ลักษณะตั้งครรภ์แทนอาจส่งผลต่อเด็กในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างพ่อ แม่ และเด็ก ดังนั้น ผู้วิจัยจึงศึกษาโดยเริ่มตั้งแต่แนวคิดการเริ่มต้นชีวิตมนุษย์ โดยศึกษาจากหลักศาสนา เพราะศาสนาอยู่กับชีวิตมนุษย์มาช้านาน รวมถึงการเริ่มต้นชีวิตมนุษย์ตามหลักการทางการแพทย์ เพราะการตรากฎหมายเกี่ยวกับเด็กต้องศึกษารายละเอียดจากหลักการอื่นประกอบด้วย เพื่อให้เกิดความสมดุลและกระทบต่อจิตใจของเด็กให้น้อยที่สุด

นอกจากนั้น ผู้วิจัยได้ศึกษารายละเอียดความเป็นมาเกี่ยวกับการตั้งครรภ์ว่ามีมูลเหตุใดที่มนุษย์ไม่ใช้วิธีการตั้งครรภ์ด้วยวิธีการทางธรรมชาติ ผู้วิจัยได้นำแนวคิดเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน พร้อมทั้งศึกษาความหมายของการตั้งครรภ์แทน โดยเนื้อหาที่ศึกษามีรายละเอียด ดังนี้

2.1 การเริ่มต้นชีวิตมนุษย์

การพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เกิดความเหมาะสมที่นำมาบังคับใช้ ควรคำนึงถึงหลักจริยธรรมประกอบด้วย เพราะการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นการใช้วิธีการทางการแพทย์โดยเด็กที่เกิดไม่ได้เกิดโดยวิธีการทางธรรมชาติเมื่อเด็กไม่ได้เกิดโดยวิธีการทางธรรมชาติ ความรัก ความห่วงใย ในตัวอ่อนที่กำลังจะเจริญเติบโตมีน้อยหรือไม่มีเลยก็ได้ เพราะตัวอ่อนจะต้องเกิด โดยกระบวนการทางวิทยาศาสตร์ก่อน ทำให้ตัวอ่อนที่ถูกสร้างมา อาจเกิดการทำลายได้ง่าย ทำให้ต้องมา

พิจารณาว่าการเริ่มต้นชีวิตมนุษย์เริ่มเกิดขึ้นเมื่อใด เพราะหากมีการเริ่มต้นชีวิตมนุษย์แล้ว หากมีการทำลายตัวอ่อน นำตัวอ่อนไปใช้บำบัดรักษาโรค ถือว่าเป็นการฆ่าชีวิตหนึ่งชีวิต ผู้วิจัยจึงได้ทำการค้นคว้าเกี่ยวกับหลักการทั้งทางด้านศาสนาพุทธ คริสต์ อิสลาม และแนวคิดทางด้านการแพทย์ เพื่อใช้ประกอบการศึกษา ดังนี้

2.1.1 ข้อพิจารณาทางจริยธรรมและพุทธศาสนากับการเริ่มต้นชีวิตมนุษย์

อาจกล่าวได้ว่า การวิจัยหรือการทดลองเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้นเป็นพัฒนาการทางวิทยาศาสตร์อย่างหนึ่ง และข้อสำคัญของวิทยาศาสตร์คือเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับโรคทางกายภาพ ซึ่งจะไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องความดีงามของชีวิตอันเป็นประเด็นทาง จริยธรรมวิทยาศาสตร์ และไม่เกี่ยวกับการพัฒนาชีวิตมนุษย์ในทางศีลธรรม ส่วนพุทธศาสนานั้นเป็นกิจกรรมการพัฒนาคตนเอง โดยยึดเอาประสบการณ์ของบุคคลเป็นฐานของการพัฒนาคตนเองทางศีลธรรม โลกที่พุทธศาสนาสนใจไม่ใช่โลกทางกายภาพ แต่เป็นทางจิตวิญญาณ และเกี่ยวข้องกับความดีงามของชีวิตอันเป็นประเด็นทาง จริยธรรมศาสตร์เท่านั้น⁶ และในประเทศไทยที่พุทธศาสนามีอิทธิพลต่อความเชื่อ จารีตประเพณี ตลอดจนกฎหมายเวลาที่รัฐต้องเผชิญกับปัญหาทางจริยธรรมอันเนื่องมาจากความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์สมัยใหม่ และปัญหาเหล่านี้ในท้ายที่สุดแล้ว รัฐจะต้องจัดการในทางกฎหมายไม่ว่าอย่างใดก็อย่างหนึ่ง “พุทธจริยธรรม” มักได้รับการมองเป็นอันดับแรกว่าจะมีทัศนะอย่างไรเกี่ยวกับประเด็นปัญหาเหล่านี้

ตามความหมายของจริยธรรม คำว่า “จริยธรรม” แปลมาจากศัพท์ภาษาอังกฤษคำว่า Ethic ซึ่งมาจากคำว่า Ethos ในภาษากรีก แปลว่า อุปนิสัย ธรรมเนียม ประเพณีที่ปฏิบัติกันมาเป็นเวลานาน หรือหมายถึงศีลธรรมของกลุ่มคน (Group Morality) ศัพท์คำว่าจริยธรรมนี้ได้ใช้กับสังคมไทยเมื่อไม่นานมานี้เอง แต่เดิมในสังคมไทยมักจะพูดถึงความหมายดังกล่าวโดยใช้คำว่า ศีลธรรม หรือใช้คำว่า ธรรม ตามหลักในทางศาสนา ซึ่งท่านอาจารย์พระพรหมคุณาภรณ์ (ป. อ. ปยุตโต) ได้อธิบายว่า

⁶สมภาร พรหมทา, “พุทธศาสนา กับวิทยาศาสตร์,” *ชีวจริยศาสตร์* 1, 13, 2 (กันยายน 2547): 15.

ในทางพุทธศาสนา “จริยธรรม” โดยธรรมชาติ คือ เป็นเรื่องการทำของมนุษย์ ที่มีผลสืบเนื่องจากความจริงตามธรรมชาติ เป็นเรื่องของการดำเนินชีวิตอย่าง ประเสริฐ ซึ่งเป็นระบบความสัมพันธ์กับสิ่งแวดล้อมด้วยพฤติกรรมเป็นต้น (ศีล) การพัฒนาจิตใจ (สมาธิ) ทั้ง 3 ด้านนี้เป็นปัจจัยอิงอาศัยและส่งผลต่อกัน ไม่อาจแยกต่างหากจากกัน ท่านอธิบายว่า “จริยธรรม” ก็คือ ความจริงตามธรรมชาติที่สัมพันธ์กับมนุษย์ ซึ่งก่อให้เกิดผลที่มองในแง่ของมนุษย์ว่า เป็นผลดีหรือเกือกูล

ส่วนคำว่า ชีวจริยศาสตร์ เป็นคำที่แปลมาจากคำภาษาอังกฤษว่า “Bioethics” ซึ่งเป็นชื่อเรียกสาขาวิชาการใหม่ที่เพิ่งเกิดขึ้นเมื่อไม่กี่สิบปีมานี้ เพื่อศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับความสัมพันธ์ด้านต่างๆ ระหว่างวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีชีวภาพกับคุณค่าทางจริยะ คุณค่าที่การกระทำหนึ่ง ๆ มีซึ่งทำให้การกระทำนั้น ๆ มีคุณสมบัติ “ดี” หรือ “เลว” หรือ “ชอบธรรม” หรือ “ถูกทำนองครองธรรม” เช่น การพูดปด ถือกันว่าเป็นการกระทำที่ไม่ดี ก็หมายความว่า การกระทำนี้มีคุณค่าทางจริยะไปในเชิงลบ ส่วนการช่วยเหลือผู้อื่น เอื้อเฟื้อเผื่อแผ่ จะถือว่าเป็นการกระทำที่ดี หรือพูดอีกอย่างหนึ่งก็คือมีคุณค่าทางจริยะในเชิงบวกชีวจริยศาสตร์เกี่ยวข้องอย่างมากกับ จริยศาสตร์การแพทย์ หรือ “Medical Ethics” ส่วนที่แตกต่างกันอยู่ที่ว่า เนื้อหาของชีวจริยศาสตร์กว้างขวางกว่า และครอบคลุมเอาจริยศาสตร์การแพทย์เข้าไปด้วย เพราะอย่างแรกพูดถึงปัญหาของการทดลอง วิจัยทางวิทยาศาสตร์ด้วย ส่วนอย่างหลังพูดถึงปัญหาที่เกิดขึ้นจากการแพทย์เป็นหลัก เมื่อเป็นเช่นนี้ บางคนจึงมีคำเรียกอีกคำหนึ่ง ได้แก่ “Biomedical Ethics” ซึ่งเป็นการจงใจรวมเอาสองอย่างนี้เข้าไว้ด้วยกัน ภาษาไทยอาจเรียกว่า “ชีวเวชจริยศาสตร์”

เราทราบว่า ความก้าวหน้าในด้านต่าง ๆ ของวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีชีวภาพ ทำให้สังคมหรือบุคคลแต่ละคน ต้องตัดสินใจว่า ควรจะอย่างไรดี ปัญหานี้เป็นจุดตั้งต้นของชีวจริยศาสตร์ ตัวอย่างเช่น เมื่อเทคโนโลยีก้าวมาถึงขั้นที่ว่า เราสามารถทำสำเนาพันธุกรรมตัวเราเองได้ก็เกิดปัญหามานี้ว่า เราควรทำเช่นนี้หรือไม่ และสังคมควรจะตัดสินใจอย่างไรเกี่ยวกับเรื่องทำนองนี้ การคิดวิเคราะห์อย่างเป็นระบบเพื่อหาคำตอบเหล่านี้ ก็คือ หัวใจของชีวจริยศาสตร์นั่นเองดังนั้น การกระทำใด ๆ ของแพทย์ผู้ใช้เทคโนโลยีในสังคมไทยนั้น จึงควรที่จะต้องคำนึงถึงข้อคิดใน

ทางจริยธรรมประกอบกับชีวจริยศาสตร์ เพื่อยึดถือเป็นแนวปฏิบัติในการดำเนินการเกี่ยวกับตัวอ่อนที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ด้วย

ข้อพิจารณาทางพุทธศาสนาเกี่ยวกับการเริ่มต้นชีวิตมนุษย์

การที่จะพิจารณากำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในบริบทของกฎหมาย ในกรณีของการคุ้มครองชีวิตอันเกิดจากเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้น มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพิจารณาถึงแนวคิดในเชิงจริยธรรมและพุทธศาสนาในเรื่องดังกล่าวประกอบเข้าด้วยกันดังนั้น ในส่วนนี้จึงขอกล่าวถึงข้อพิจารณาทางจริยธรรมและพุทธศาสนาเกี่ยวกับการเริ่มต้นชีวิตมนุษย์ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาในแง่ของการคุ้มครองเด็กในแนวทางของกฎหมาย

สิ่งสำคัญสิ่งหนึ่งที่จะต้องนำมาเป็นข้อพิจารณาคือ เราจะกำหนดให้ ความคุ้มครองเริ่มตั้งแต่เมื่อใด จึงมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปอีกว่า การเริ่มต้นของชีวิตนั้นเริ่มตั้งแต่เมื่อใด ซึ่งในทางกฎหมายมิได้ให้ความหมายหรือนิยามของการเริ่มต้นของชีวิตในกรรมมารดาไว้โดยเฉพาะ คงเป็นเพียงการพิจารณาตามสภาพความเป็นจริงและพัฒนาการทางวิทยาศาสตร์ว่า ชีวิตในกรรมมารดาเริ่มต้นเมื่อไข่ผสมกับอสุจิ และเกิดการฝังตัวของตัวอ่อนในโพรงมดลูก การทำลายชีวิตจากจุดนี้จนถึงเวลาคลอด ถือว่าเป็นความผิดฐานทำให้แท้งลูก จะเห็นได้ว่า การพัฒนาการทางการแพทย์ก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมายอันเกี่ยวกับการคุ้มครองชีวิตในกรรมมารดาในกรณีที่ชีวิตเกิดจากการปฏิสนธิระหว่างไข่กับอสุจิภายนอกร่างกายโดยใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์ และการจะกำหนดความชัดเจนในการให้ความคุ้มครองดังกล่าวย่อมมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาเกี่ยวกับการเริ่มต้นชีวิตมนุษย์ในแง่ของพุทธศาสนา ประกอบด้วยตามพุทธบัญญัติที่ว่าด้วยปาราชิก คำว่า “มนุสสวีกคห” หรือ “ชีวิตมนุษย์” ได้แก่จิตที่เป็นปฐม คือ วิญญาณแรกซึ่งปรากฏในกรรมมารดาจนกระทั่งถึงมรณะ

ในอรรถกถาได้อธิบาย “จิตที่เป็นปฐม” ว่าได้แก่ปฏิสนธิจิตของสัตว์ที่มีขันธห้าท่านพระธรรมปิฎก ได้อธิบายความหมายปฏิสนธิจิตหรือวิญญาณแรกว่าตรงกับภาษาอังกฤษว่า Re-Linking Consciousness การ Re-Linking ก็คือ การเข้าไปเชื่อมโยงใหม่ ตรงตามภาษาบาลี กล่าวคือ ในภาษาบาลี สนธิ แปลว่า ต่อ ปฏิ แปลว่า ใหม่

จากนั้นท่านได้กล่าวต่อไปว่า ได้มี “กลลรูป” เกิดขึ้นพร้อมด้วยปฐมจิตนั้น เท่ากันได้มีการเกิดขึ้นทั้งทางด้านนามธรรมหรือจิตใจกับทางด้านรูปธรรมหรือด้านร่างกาย คือ การเกิดของกลลรูป

กลละ นี่ท่านบอกว่า เป็นหยาดน้ำใส เป็นหยดที่เล็กเหลือเกิน อุปมาเอาชนจามรี (สัตว์อยู่ทางภูเขาหิมาลัย มีขนละเอียดมาก) มาเส้นหนึ่งมาจุ่มน้ำมันงา แล้วก็สลัดเจ็ดครั้ง แม้จะสลัดเจ็ดครั้งแล้วมันก็ยังมียเหลือติดอยู่นิดหนึ่ง ซึ่งเล็กเหลือเกินนี้แหละเป็นขนาดของกลละ ซึ่งเป็นชีวิตในฝ่ายรูปธรรม จากนั้นในสัปดาห์ที่สองก็เป็นอัพพุทะเป็นเมือกขึ้น จากนั้นในสัปดาห์ที่สามจะเป็น เปลิ ก็เป็นขึ้นเนื้อและในสัปดาห์ที่สี่จะเป็นก้อนเรียกว่า ฆนะ สัปดาห์ที่ห้า จะมีส่วนที่งอกออกมาเป็นปุ่มห้าปุ่ม เรียกว่า ปัญจสาข ตามลำดับ

เกี่ยวกับการกำเนิดมนุษย์นี้ ยังมีข้อความในพระสูตรที่พระพุทธเจ้าตรัสเกี่ยวกับการกำเนิดของชีวิตมนุษย์ไว้ว่า

“ภิกษุทั้งหลาย เมื่อใดมารดาบิดาร่วมกัน มารดาอยู่ในฤดู (ช่วงเวลาไขสูก) และคันธัพพะเข้าไปตั้งอยู่แล้ว เพราะประหม่อมองค์ประกอบ 3 ประการอย่างนี้ ก็มีการก้าวลงแห่งครรภ์”

จากพุทธพจน์ดังกล่าว การกำเนิดมนุษย์จึงต้องประกอบด้วยองค์ประกอบในสามประการ คือ

- 1) บิดามารดาได้ร่วมกันคือมีเพศสัมพันธ์กัน
- 2) มารดาอยู่ในระยะที่จะทำให้กำเนิดได้คือเป็นช่วงไขสูก
- 3) คันธัพพะได้ตั้งขึ้น

สำหรับความหมายของ “คันธัพพะ” ได้มีคำอธิบายในอรรถกถาว่า หมายถึง สัตว์ที่เข้าไปนั้น คือสัตว์ผู้ไปเกิด คันธัพพะจึงเป็นการกล่าวถึงสัตว์ทั้งตัวที่มีปฐมจิตรวมอยู่ด้วยเมื่อเป็นดังนี้การทำลายชีวิตตั้งแต่เมื่อเป็นกลลรูปจึงถือเป็นบาป ส่วนจะมีโทษมากหรือโทษน้อยบาปมากหรือบาปน้อย ท่านได้ให้ข้อคิดเกี่ยวกับการพิจารณาโดยกล่าวเป็นลักษณะทั่วไปเกี่ยวกับการฆ่ามนุษย์ด้วย โดยให้หลักในการพิจารณา ดังนี้

(1) ดูที่ตัวสัตว์นั้นเองว่ามีคุณมากหรือคุณน้อย มีโทษมากหรือโทษน้อย ถ้าตัวนั้นมีคุณความดีมาก เช่น บิดา มารดา เมื่อฆ่าก็เป็นบาปมากมีโทษมาก

ผู้ใดมีคุณประโยชน์ต่อสังคมมาก มีคุณธรรมมาก เราไปฆ่าก็เป็นบาปมาก ถ้าฆ่ามนุษย์ ซึ่งเป็นสัตว์ที่ศักยภาพในการทำคามดีงามได้น้อย ระหว่างสัตว์ดิรัจฉานด้วยกัน ถ้าเป็น สัตว์ที่มีคุณน้อยหรือเป็นสัตว์ที่มีโทษการฆ่าก็เป็นบาปน้อย แต่ไม่ว่าในกรณีใดก็คือการ ทำลายชีวิตทั้งนั้น อันนี้ต้องยอมรับความจริงเป็นการยอมรับขั้นหนึ่งว่า มีการฆ่า แต่ แยกได้ในแง่ที่มันเป็นบาปมากหรือบาปน้อย

(2) ดูที่เจตนาของผู้กระทำว่า ทำด้วยเจตนาหรือความรู้สึกอย่างไร ถ้าทำด้วยกิเลสแรง มีความรู้สึกเกลียดชัง เกลียดเค่น มุ่งร้าย มุ่งจะทำลาย กลั่นแกล้ง รังแก ข่มเหง เบียดเบียน อย่างนี้ถือว่าเป็นบาปมากมีโทษมาก แต่ถ้ามีเจตนาไม่รุนแรง หรือมีเจตนาในทางที่ดีก็มีโทษน้อย เช่น ในกรณีของคนที่ป้องกันตัว เป็นต้น ซึ่งไม่ได้ มีเจตนามุ่งร้ายทำลายใคร ไม่ได้ทำด้วยเจตนาที่จะเบียดเบียนคนอื่น

(3) ดูที่ความเพียรพยายาม ถ้ามีการเตรียมการ มีการวางแผนอย่าง เอาจริงเอาจัง ทำด้วยความหมายมั่นอย่างรุนแรง จงล้างจงผลาญเต็มที่ ไม่ยอมหยุดไม่ ยอมเลิกราก็บาปมาก แต่ถ้าทำด้วยอารมณ์วูบ แม้จะมีกิเลส เช่น โกรธรุนแรงก็บาป เบากว่า

นอกจากนี้ ดร. บรรจบ บรรณรุจิ ยังเห็นว่า องค์ประกอบการเริ่มมีชีวิต มนุษย์จะมีครบถ้วนก็ต่อเมื่อชายและหญิงมีเพศสัมพันธ์กัน และมีวิญญาณเข้ามาเกิดใน ท้องของฝ่ายหญิง จึงจะเรียกว่าการปฏิสนธิ “วิญญาณ” จึงถือเป็นสิ่งบ่งชี้สำคัญของชีวิต ที่เกิดใหม่

สำหรับในประเทศไทยซึ่งประชากรส่วนใหญ่นับถือศาสนาพุทธ เห็นว่า เมื่อมีการผสมระหว่างอสุจิและไข่จนเกิดเป็นตัวอ่อนขึ้นแล้วก็ถือว่าชีวิตได้เริ่ม เป็นมนุษย์ เพราะเกิดการสืบต่อ เหตุนี้การทำลายตัวอ่อนหรือการนำตัวอ่อนไปทดลอง โดยมีได้ย้ายเข้าฝังตัวในมดลูกจึงเป็นบาปทางศาสนา เพราะถือว่าเป็นการทำลายชีวิต ตั้งแต่เมื่อเป็น “กลลรูป” ซึ่งเป็นชีวิตทางฝ่ายรูปธรรม แต่ในส่วนของ “จิตที่เป็นปฐุม” หรือปฏิสนธิจิตนั้น จะเห็นว่ายังขาดองค์ประกอบในส่วนนี้อยู่ เพราะจิตที่เป็นปฐุม หมายถึงวิญญาณแรกซึ่งปรากฏในครรภ์มารดาจนกระทั่งมรณะ แต่ผู้วิจัยเห็นว่า กรณีของการปฏิสนธิระหว่างไข่กับอสุจิภายนอกครรภ์มารดา เป็นการใช้เทคโนโลยีทาง การแพทย์ที่ผิดแผกไปจากการผสมกันทางธรรมชาติ กล่าวคือไม่มีการล่วงล้ำของอวัยวะ

เพศชาย หรือขาดการร่วมประเวณีกันระหว่างชายหญิง ดังนั้น ในการพิจารณาเกี่ยวกับการปฏิสนธิจิต หรือวิญญานแรกที่ปรากฏในครรภ์มารดานั้น จึงควรจะลดความสำคัญลงโดยถือเอาจุดขณะที่เกิดการปฏิสนธิระหว่างไข่กับอสุจิในสภาวะแวดล้อมที่เหมาะสม และพร้อมที่จะพัฒนาต่อไปเป็นทารกได้มาพิจารณาแทน เพราะปัจจุบันอาจไม่มีการตั้งครรภ์หรืออาจผสมไข่กับอสุจิโดยไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะนำไปใส่ในครรภ์มารดา

เกี่ยวกับข้อพิจารณาทางพุทธศาสนาในส่วนของคำถามที่ว่า “ชีวิตมนุษย์เริ่มต้นเมื่อไรนั้น” ได้มีการสนทนาธรรมเพื่ออภิปรายกับพระพรหมคุณาภรณ์ (ป. อ. ปยุตฺโต) ในปัญหาดังกล่าวซึ่งท่านมีความเห็นว่า “ชีวิต” ในทางพุทธศาสนา เกิดขึ้นเมื่อมีองค์ประกอบ 3 ด้าน คือ องค์ประกอบฝ่ายบิดา องค์ประกอบฝ่ายมารดา (มารดาอยู่ในภาวะที่เอื้ออำนวย) และมีสัตว์เกิด เพราะฉะนั้นจึงเป็นการตั้งตนพร้อมกัน เรียกว่า “ปฏิสนธิ” คือ เมื่อมีการปฏิสนธิชีวิตก็เริ่มเลย ดังนั้น การที่มีผู้กล่าวว่าในทางพุทธศาสนา ชีวิตเริ่มต้นเมื่อหลังปฏิสนธิแล้ว 2 สัปดาห์ จึงเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้องเพราะทางพุทธไม่เคยมีคำกล่าวเช่นนั้น ในส่วนของสัตว์ที่มาปฏิสนธิในทางพุทธศาสนาใช้คำว่า “คันธัพพะ” หมายความว่า สัตว์ที่เกิด หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “วิญญาน” คำว่า “วิญญาน” มีความหมายเป็นนามธรรมที่เป็นธาตุรู้ คือ สภาวะที่รู้ต่ออารมณ์ (ปัจจุบันเรียกว่าสิ่งเร้า) เช่น เห็น ได้ยิน ฯลฯ คำว่า “ธาตุ” มีความหมายเป็นนามธรรมก็ได้ รูปธรรมก็ได้ คือ เป็นสภาวะที่มีอยู่และเป็นอยู่ตามธรรมชาติ ซึ่งบางครั้งเราเรียกวิญญานว่า “วิญญานธาตุ” หมายความว่า วิญญานก็เป็นธาตุชนิดหนึ่งที่มีอยู่ตลอดเวลาที่เป็นมนุษย์ เพราะมีชีวิตอยู่ก็ต้องมีความรู้ ถ้าไม่มีธาตุรู้ตัวนี้ก็เป็นมนุษย์ไม่ได้ ซึ่งตัว “ธาตุรู้” นี้เอง เมื่อทำหน้าที่ในตอนเริ่มต้นในชาติภพหนึ่ง ๆ เรียกว่า มีการปฏิสนธิ จึงเรียกมันว่า “ปฏิสนธิวิญญาน” หรือกล่าวว่า เป็นสภาวะรู้ที่เริ่มแรก ถือว่าความรู้ของมนุษย์ได้เกิดขึ้นแล้ว และความเป็นมนุษย์ถ้าเกิดในขณะนั้นเอง ดังนั้น การที่จะพยายามตีความคำว่า “คันธัพพะ” โดยเทียบกับทางวิทยาศาสตร์ ให้หมายถึงว่า ตัวอ่อนที่ผสมแล้วต้องเข้าไปฝังตัวในมดลูก เมื่อไข่ที่ผสมแล้วยังไม่เข้าไปฝังตัวในมดลูก ก็ยังไม่ถือว่าเกิดคันธัพพะ นั่น จึงเป็นการตีความที่ไม่ถูกต้องตามหลักของพุทธศาสนา เพราะในทางวินัยนั้นต้องตีความโดยเคร่งครัดเมื่อจะเอาผิดแก่พระภิกษุก็ต้องพิจารณาตั้งแต่เริ่มต้นเกิดเป็นตัวเลย มิฉะนั้นก็จะเกิดความหย่อนยาน

ส่วนในประเด็นที่น่าไขและอสุจิมาปฏิสนธิภายนอกร่างกายเพื่อให้มีการแบ่งเซลล์ไปเรื่อย ๆ นั้น ท่านพิจารณาว่า ชีวิตก็มีการแบ่งเป็นชั้น ๆ อีกในที่นี้คือ เรื่องของชีวิตมนุษย์ ซึ่งเราต้องจำเพราะว่า ชีวิตมนุษย์นั้นเริ่มต้นเมื่อใด ซึ่งถ้าพิจารณาตามหลักทางพุทธศาสนาตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น การนำเซลล์มาผสมกันถือว่ามีฝ่ายบิดาฝ่ายมารดา และมีการปฏิสนธิวิญญาน คือ มโนภพประกอบครบ 3 ประการพร้อมบริบูรณ์ขึ้นมาแล้ว ความเป็นมนุษย์จึงเริ่มต้นตั้งแต่นั้นไป ถึงแม้ว่าเซลล์ที่มีการผสมกันนั้นจะไม่ได้อยู่ในครรภ์ของมารดา ก็ถือว่าเป็นการนำความรู้ความจริงของธรรมชาติมาใช้ โดยนำเอาบางสิ่งของชีวิตไปและก็ไปทำเลียนแบบวิธีการทางธรรมชาติ ก็ยังต้องยึดหลักการเดิมในทางพุทธศาสนาอยู่นั่นเอง

ส่วนกรณีของการโคลนนิ่งโดยใช้เซลล์ร่างกาย (Somatic Cell) เพื่อสร้างตัวอ่อนแล้วไม่ปล่อยให้ตัวอ่อนนี้เจริญเติบโตต่อไปเป็นมนุษย์ แต่มีการนำเซลล์ที่ได้จากตัวอ่อนนั้นไปบำบัดรักษาโรคต่อไปนั้น ยังมีข้อถกเถียงอยู่ว่ากรณีเช่นนี้ มีการสร้างชีวิตขึ้นมาใหม่ เพื่อทำลายแล้วนำไปรักษาโรคหรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาในทางเทคนิคจะต้องมีการนำเซลล์ของบุคคลหนึ่งไปผสมกับไข่ของหญิง โดยจะต้องนำ DNA (Deoxyribonucleic Acid) ของไข่ออกไปแล้วใส่ DNA ของเซลล์ที่ต้องการทำสำเนาชีวิตนั้นเข้าไปแทน ซึ่งไข่นั้นจะสามารถถูกกระตุ้นด้วยกระแสไฟฟ้าและทำให้กลายเป็นตัวอ่อนขึ้นมาได้ แต่จะเห็นว่ากระบวนการดังกล่าวไม่ใช่การผสมระหว่างเซลล์ตัวผู้กับเซลล์ตัวเมียแบบที่เกิดขึ้นในธรรมชาติ ซึ่งในทางพุทธศาสนาท่านให้พิจารณาว่า ในขั้นตอนที่นำเซลล์มาผสมกับไข่นั้น เกิดการปฏิสนธิวิญญานหรือไม่ ปรากฏว่า ในทางเทคนิคเมื่อมีการนำเซลล์มาจากส่วนใดในร่างกายนั้นจะมีส่วนที่ปฏิสนธิเรียบร้อยแล้ว (ทั้งตัวเซลล์จะเหมือนกัน โดยเป็นของฝ่ายบิดาหนึ่งครึ่งหนึ่งและมารดาครึ่งหนึ่ง) ดังนั้น ถ้าจะพิจารณาว่ามีการปฏิสนธิเกิดขึ้นก็น่าจะเกิดตั้งแต่เซลล์ของร่างกายแล้วการที่เกิดเป็นตัวอ่อนใหม่ก็เพราะมีการนำไปอยู่ในสิ่งแวดล้อมหนึ่งซึ่งเป็นสิ่งแวดล้อมของไข่ ในจุดนี้ท่านพระพรหมคุณาภรณ์ (ป. อ. ปยุตฺโต) มีความเห็นว่า เซลล์ของอวัยวะทั้งหลายในร่างกายเรารวมทั้งสเปิร์มของพ่อและไข่ของแม่ เป็นเพียงชีวิตในระดับพีชนิยามเท่านั้น ยังไม่ครบองค์ที่จะเป็นมนุษย์ หมายความว่าองค์ประกอบฝ่ายบิดามารดา มีพร้อมแล้ว แต่ยังไม่วิญญานใหม่ขึ้นมา ซึ่งเมื่อเป็นเช่นนี้อาจกล่าวได้ว่า ไม่มีวิญญาน

ใหม่มาปฏิสนธิ แต่ในขณะที่นำเซลล์นั้นมาใส่ในไข่เพื่อให้เกิดเป็นตัวอ่อนใหม่ เรายังไม่มีจุดกำหนดแน่นอนว่ามีการปฏิสนธิวิญญานเกิดขึ้นได้หรือไม่ และจะเกิดขึ้นเมื่อใด ในประเด็นนี้ผู้วิจัยเห็นว่า ในกระบวนการของการทำโคลนนิ่งเพื่อให้เกิดเป็นตัวอ่อนมนุษย์ขึ้นใหม่นั้นน่าจะต้องพิจารณาเทียบเคียงกับหลักการของการปฏิสนธิในร่างกายมนุษย์ ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น คือ ต้องถือว่าการปฏิสนธิวิญญานเกิดขึ้นใหม่แล้ว ถึงแม้ว่าจะไม่ใช่กรณีที่น่าเซลล์สืบพันธุ์ของชายและหญิงมาผสมกันโดยตรงแต่ก็เป็นการนำเซลล์ที่มีการปฏิสนธิอยู่ก่อนแล้ว มาทำให้เกิดการปฏิสนธิใหม่ในสภาวะแวดล้อมของไข่ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดเป็นตัวอ่อนขึ้น กรณีของตัวอ่อนที่ได้จากการโคลนนิ่งถือว่าเป็นชีวิตใหม่ที่ครบองค์ประกอบทั้ง 3 ประการในทางพุทธศาสนา

ดังนั้น สรุปได้ว่า ในทางพุทธศาสนานั้น ชีวิตมนุษย์จะเกิดขึ้นได้ ต่อเมื่อครบองค์ประกอบ 3 ส่วน คือ (1) บิดามารดาได้ร่วมกันมีเพศสัมพันธ์กัน (2) มารดาอยู่ในระยะที่จะให้กำเนิดได้คือเป็นช่วงไข่สุก (3) คันธัพพะได้ตั้งขึ้น และเมื่อมีองค์ประกอบทั้งสามประการตั้งขึ้นพร้อมกันแล้วก็ถือว่าเกิดการ “ปฏิสนธิ” และเมื่อมีการปฏิสนธิแล้ว ชีวิตก็เริ่มต้นขึ้นทันที ดังนั้น การที่จะมีการทำลายชีวิตที่เกิดการปฏิสนธิจนเกิดเป็น “กลลรูป” จึงถือว่าเป็นบาปในทางพุทธศาสนา แต่จะถือว่าเป็นบาปมากหรือน้อยเพียงใดย่อมต้องพิจารณาเป็นอีกเรื่องหนึ่ง ซึ่งเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกรณีของตัวอ่อนที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เมื่อแพทย์ได้ทำการปฏิสนธิเซลล์สืบพันธุ์จนเกิดเป็นตัวอ่อนขึ้นภายนอกร่างกายแล้ว ก็ถือได้ว่าตัวอ่อนนั้นมีชีวิตอันสมควรที่จะได้รับการคุ้มครอง แต่ในทางกฎหมายจะให้ความคุ้มครองมากน้อยเพียงใด คงต้องพิจารณาถึงการกระทำของแพทย์ที่จะต้องกระทำการใดกับตัวอ่อนเหล่านั้นว่ามีความจำเป็นมากน้อยเพียงใด

2.1.2 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการเริ่มต้นชีวิตมนุษย์ในศาสนาคริสต์ และศาสนาอิสลาม

ในกรณีของวิทยาการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการปฏิสนธิภายนอกร่างกายมนุษย์เพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้ประโยชน์จากตัวอ่อนนั้น ย่อมหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องประสบกับปัญหาทางด้านจริยธรรมตามมาว่า เป็นกรณีที่สละชีวิตเพื่อชีวิตหรือไม่ และมีคำถามตามอีกว่าที่แท้แล้วชีวิตเกิดขึ้นเมื่อใด เกิดขึ้นทันทีหลังปฏิสนธิหรือไม่ หรือ

เกิดหลังจากการปฏิสนธิแล้วที่วันตัวอ่อนที่เกิดจากโคลนนิ่งไข่ชีวิตหรือไม่ ซึ่งประเด็นทางจริยธรรมอันเกิดขึ้นเนื่องจากความก้าวหน้าทางการแพทย์เหล่านี้ก็ยังไม่อาจหาข้อสรุปร่วมกันได้ เนื่องจากมุมมองของบุคคลแต่ละกลุ่มในสังคมมีความแตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับจะหยิบยกเอาหลักการและเหตุผลใดมาอธิบายปัญหาดังกล่าวที่เกิดขึ้น เช่น ในทางวิทยาศาสตร์มีบางคนกล่าวว่าตัวอ่อนที่ยังไม่ฝังตัวในมดลูกยังไม่อาจเรียกได้ว่ามีชีวิตเพราะขาดศักยภาพที่จะเจริญเติบโตได้ด้วยตนเอง เป็นต้น แต่ในทางปรัชญาและศาสนา รวมทั้งในกฎหมายในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์ในการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมนั้น จะมีแนวคิดในเรื่องดังกล่าวอย่างไร จะต้องมีการศึกษาเพื่อหาข้อยุติร่วมกันต่อไป

แนวคิดในศาสนาคริสต์

ประเด็นเกี่ยวกับชีวิตมนุษย์ที่ศาสนาคาทอลิกสอนไว้ในคัมภีร์ไบเบิล และสามารถนำมาประยุกต์ใช้ในการเข้าใจเกี่ยวกับเรื่องชีวิตของตัวอ่อนมนุษย์ได้ คือ คำสอนที่ว่า “ชีวิตมนุษย์ผู้บริสุทธิ์นั้นศักดิ์สิทธิ์และล่วงละเมิดไม่ได้” พื้นฐานคำสอนดังกล่าวตั้งอยู่บนแนวคิดความเข้าใจ เกี่ยวกับมนุษย์ว่า “พระองค์ทรงเป็นผู้ปกป้องชีวิตมนุษย์ซึ่งเป็นผู้บริสุทธิ์” ทำให้เราพอจะสรุปได้ว่าแนวคิดของคาทอลิกมองว่า มนุษย์ไม่ได้เป็นเจ้าของชีวิตตนเอง พระเป็นเจ้าแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้นที่ทรงเป็นเจ้าของชีวิตมนุษย์ ดังนั้น การทำลายชีวิตมนุษย์โดยเฉพาะผู้ที่บริสุทธิ์จึงไม่เป็นเพียงฆาตกรรมระหว่างมนุษย์ด้วยกันเท่านั้น แต่ยังหมายถึงการละเมิดพระบัญญัติข้อที่ร้ายแรงของพระเจ้าอีกด้วย

ศาสนาคาทอลิกสอนว่า ในวินาทีที่ไข่ได้รับการปฏิสนธิชีวิตมนุษย์ได้เริ่มต้นขึ้นแล้ว “โดยแท้จริงแล้ว นับตั้งแต่ไข่ได้รับการผสม ชีวิตที่เริ่มขึ้นนั้น ไม่ใช่เป็นชีวิตของบิฮามารดา แต่เป็นชีวิตของมนุษย์คนใหม่ที่จะต้องเจริญเติบโต” “ชีวิตนั้นไม่สามารถที่จะทำให้เป็นชีวิตมนุษย์ได้ถ้าไม่มีความเป็นชีวิตของมนุษย์อยู่แล้ว ความจริงนี้ชัดเจนตลอดทุกยุคทุกสมัยและวิชาพันธุกรรมสมัยใหม่ก็รับรองความจริงนี้ โดยได้พิสูจน์ว่าตั้งแต่วินาทีแรกผู้มีชีวิตมีโครงสร้างของวิวัฒนาการกำหนดอยู่แล้ว คือ ลักษณะเฉพาะของปัจเจกบุคคลถูกกำหนดอยู่แล้วอย่างตายตัวนับตั้งแต่เริ่มปฏิสนธิ การดิ้นรนต่อสู้ของชีวิตมนุษย์เริ่มขึ้น และสมรรถภาพแต่ละอย่างของชีวิตนี้เพื่อรอกาลเวลาค่อนข้างยาวนาน เพื่อเป็นตำแหน่งและหน้าที่ของส่วนต่างๆ ของร่างกาย ถึงแม้ว่าเรา

ไม่สามารถพิสูจน์โดยข้อมูลที่ประจักษ์ทางวิทยาศาสตร์ว่าจิตวิญญาณอยู่ในชีวิตแล้ว ผลการค้นคว้าทางวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับตัวอ่อนของมนุษย์ มีคุณค่าพอที่บ่งชี้ให้เรานำมาพิจารณาด้วยตนเองถึงสภาพการณ์เป็นบุคคลของชีวิตมนุษย์ที่เริ่มต้น สิ่งที่เป็นลักษณะเฉพาะของมนุษย์จะไม่ใช่เป็นบุคคลได้อย่างไร” ผลของการปฏิสนธิของมนุษย์ ตั้งแต่วินาทีแรกของชีวิตจะต้องได้รับหลักประกันว่าจะต้องได้รับการเคารพอย่างไม่มีเงื่อนไข เป็นการเคารพที่จะต้องแสดงต่อมนุษย์ในฐานะที่เป็นที่รวมของร่างกายและจิตวิญญาณเป็นหนึ่งเดียว “มนุษย์ต้องได้รับการเคารพและการปฏิบัติในฐานะที่เป็นบุคคล นับตั้งแต่วินาทีแรกของการปฏิสนธิ เพราะฉะนั้นนับตั้งแต่เวลานั้นเอง ผู้อื่นจะต้องยอมรับสิทธิของเขาในฐานะที่เป็นบุคคล สิทธิแรกที่จะต้องยอมรับนั้นคือ สิทธิอันมีอาลว่งละเมิดได้ของมนุษย์ผู้บริสุทธิ์ ทุกคนที่จะมีชีวิต”

ในอีกแง่หนึ่งนั้น การที่นักวิจัยได้พยายามศึกษาถึงกระบวนการพัฒนาของตัวอ่อนมนุษย์เพื่อกำหนดมาตรการที่ใช้วัดว่าระยะเวลาใดที่ตัวอ่อนมีสถานะภาพความเป็นบุคคล โดยใช้มิติด้านสรีรวิทยา (Biological Perspective) ซึ่งตามกระบวนการพัฒนาเจริญเติบโตของชีวิตที่เริ่มต้นเมื่อเกิดการปฏิสนธิระหว่างอสุจิกับไข่ โดยเมื่อตัวอ่อนมีคุณสมบัติบางประการที่เป็นลักษณะเด่นชัดสามารถใช้เป็นสิ่งบ่งบอกความเป็นบุคคลของทารกก็จะมีแนวคิดแตกต่างกันออกไปเกี่ยวกับสภาพความเป็นบุคคลของทารก ดังนี้

มาตรการแรกเสนอว่า ความเป็นบุคคลของทารกเริ่มต้น เมื่อตัวอ่อนเริ่มที่จะมีศูนย์กลางของระบบแห่งร่างกาย (An Uniform Center) ซึ่งความคิดนี้เสนอว่าเมื่อเกิดการผสมระหว่างตัวอสุจิและไข่เกิดเป็นเซลล์ใหม่ที่มีโครโมโซมเป็นจำนวน 2 เท่า แล้วเราก็จะได้ตัวอ่อน (Zygote) ในระยะแรกตัวอ่อนเริ่มมีการแบ่งตัวแบบทวีคูณ จนถึงระยะหนึ่งที่มีศูนย์กลางของระบบแห่งร่างกาย ในระยะนี้ตัวอ่อนเริ่มมีการเจริญเติบโต พัฒนาการไปในทิศทางเดียวกัน ดังนั้น ความเป็นบุคคลของตัวอ่อนควรเริ่มต้น เมื่อตัวอ่อนเริ่มแสดงให้เห็นถึงเส้นแนวประสาท (Brain Sketch) ซึ่งก่อนที่จะพัฒนากลายเป็นสมองต่อไป และแนวคิดอีกแนวหนึ่งที่เสนอว่า “ภายใน 14 วัน” หลังจากการปฏิสนธิ ความเป็นบุคคลของตัวอ่อนควรที่จะเริ่มขึ้น กล่าวคือ เมื่อตัวอ่อนเริ่มแบ่งตัวหลังจาก

การปฏิสนธิ 14 วันแล้วนั้น ตัวอ่อนจะเข้าสู่ระยะหนึ่งที่ไม่สามารถกลายเป็นแฝด ที่เกิดจากไข่ใบเดียวได้ (Identical Twins) มาตราดังกล่าวไม่เป็นที่ยอมรับสำหรับศาสนาคาทอลิก

นอกเหนือจากความพยายามที่จะกำหนดมาตรการวัดความเป็นมนุษย์ของตัวอ่อนเริ่มขึ้นเมื่อใด ยังมีความพยายามที่จะอธิบายสถานภาพของตัวอ่อนในระยะก่อนหน้า ที่ตัวอ่อนมีการพัฒนาเติบโตในทิศทางเดียวกัน หรือที่เรียกว่า สถานภาพก่อนการเป็นทารก (Pre-Embryo) หรือการเป็นบุคคลความสามารถ (Person In Potential) ซึ่งความจริงที่เราทราบและปฏิเสธไม่ได้จากข้อมูลด้านวิทยาศาสตร์ คือ ชีวิตมนุษย์เริ่มต้นเมื่อเกิดการปฏิสนธิและชีวิตมนุษย์มีกระบวนการ (Process) ในการพัฒนาเติบโตมุ่งไปสู่ความเป็นบุคคล นี่คือภาษาแห่งความจริง (The Language of Fact) ธรรมชาติแห่งความเป็นมนุษย์ (Being) ของตัวอ่อนหลังจากการปฏิสนธิแล้วนั้น แตกต่างจากเซลล์ก่อนที่จะเริ่มการปฏิสนธิอย่างแน่นอน ส่วนสถานภาพของทารก (Embryo) แยกออกจากสถานภาพของทารก (Pre-Embryo) โดยกำหนดว่าตัวอ่อนที่เข้าสู่ความเป็นทารกในระยะนี้เท่านั้นเป็นบุคคลที่ได้รับการปกป้องศักดิ์ศรีและสิทธิต่าง ๆ แต่การแยกแยะดังกล่าวก็ยังมีข้อโต้แย้ง ถึงแม้จะเป็นความพยายาม สร้างความเป็นเอกภาพ (Unity) ให้กับสถานะภาพของทารก (Embryo) ได้ในระดับหนึ่ง แต่อีกแง่หนึ่งก็เป็นการสร้างบันไดขั้นต่ำกว่าการเป็นบุคคลขึ้นมา จึงสามารถที่จะใช้เป็นวัตถุขบถในการทดลอง เพราะไม่มีสภาพความเป็นบุคคล เป็นสิ่งที่ยอมรับไม่ได้สำหรับศาสนาคาทอลิก ส่วนในกรณีการทำโคลนนิ่งเพื่อการปลูกถ่ายอวัยวะ โดยการผลิตเซลล์ต้นกำเนิด ซึ่งมี ความสามารถที่จะสร้างตนเองใหม่ (Self-Renewal) และกลายเป็นส่วนต่าง ๆ ของอวัยวะ (Differentiation) โดยเฉพาะการทำโคลนนิ่งโดยใช้ตัวอ่อนมนุษย์เป็นวัตถุดิบในการผลิต เซลล์ต้นแบบ (Stem Cell) ก็เป็นประเด็นที่ก่อให้เกิดปัญหาทางศีลธรรม

พระสม ฌ สาสน์เรื่องข่าวดีเรื่องชีวิต (The Gospel of Life) ข้อที่ 62⁷ว่า “การวินิจฉัยทางศีลธรรมเกี่ยวกับการทำแท้งนี้สามารถนำมาใช้ประยุกต์กับรูปแบบของวิธีการกระทำ

⁷ สมภาร พรหมทา, เรื่องเดียวกัน, หน้า 28.

ต่าง ๆ เกี่ยวกับตัวอ่อนของมนุษย์ แม้ว่ามีจุดประสงค์ถูกต้องในตัวของมันแต่ผลที่ตามมาอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ก็คือ การฆ่าตัวอ่อน อาทิเช่น ในกรณีที่ทารกทดลองในตัวอ่อน ซึ่งเป็นการกระทำที่อยู่ทั่วไปโดยที่กฎหมายบ้านเมืองบางประเทศอนุญาตให้ทำได้ เรายังต้องประณามถึงวิธีการต่าง ๆ ที่ใช้ตัวอ่อนและทารกในครรภ์เพื่อการทดลอง ซึ่งบางครั้งเป็นการผลิตโดยการผสมในหลอดทดลองเพื่อใช้เป็นวัตถุดิบทางชีววิทยา หรือการจัดเตรียมไว้เพื่อเปลี่ยนปลุกถ่ายอวัยวะหรือเนื้อเยื่อในการรักษาโรคบางอย่าง การฆ่ามนุษย์บริสุทธิ์แม้จะเป็นการกระทำเพื่อช่วยผู้อื่น ก็เป็นการกระทำที่ไม่สามารถยอมรับได้อย่างสิ้นเชิง”การทำโคลนนิ่งตัวอ่อนมนุษย์ (Cloned Embryo) เพื่อใช้เซลล์ต้นแบบเป็นวัตถุดิบในการปลุกถ่ายเพื่อรักษาโรค เช่น โรคเบาหวาน Parkinson’s Disease Leukemia และ Alzheimer’s Disease เป็นการกระทำที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อเป็นการรักษา (Therapeutic Cloning) เพราะเป็นความพยายามของนักวิทยาศาสตร์ที่จะเอาชนะโรค ศาสนาคาทอลิกสอนว่าการทำโคลนนิ่ง โดยใช้ตัวอ่อนเป็นเครื่องมือ แม้ว่าจะมีวัตถุประสงค์เพื่อการรักษาโรคที่เกิดจากความบกพร่องทางพันธุกรรมก็ตาม แต่เป็นวิธีการที่ไร้ศีลธรรม เพราะเป็นการใช้ตัวอ่อนที่มีชีวิตมนุษย์ (Embryo) ที่อยู่ในช่วงระยะเวลาที่กำลังพัฒนาเป็นทารกที่สมบูรณ์ในอนาคต ดังนั้น การทำโคลนนิ่งตัวอ่อนเพื่อผลิตเซลล์ต้นแบบ จึงเป็นการกระทำที่ควรหลีกเลี่ยงศาสนาคาทอลิกแนะนำว่านักวิจัย ควรที่จะค้นคว้าหาวิธีอื่น ในการรักษาโรค เช่น การใช้เซลล์ต้นแบบในเนื้อเยื่อของอวัยวะต่าง ๆ ของมนุษย์ เช่น ในถุงน้ำคร่ำ ในตับ และในไขกระดูกของมนุษย์ หรือจากทารกที่แท้งก่อนที่จะคลอด ซึ่งการผลิตเซลล์ต้นแบบจากเซลล์เนื้อเยื่อดังกล่าว จะเป็นการทำที่สมเหตุสมผลเพื่อจุดประสงค์ในการรักษา แต่การโคลนนิ่งตัวอ่อนอย่างมากมายเพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการผลิตเซลล์ต้นแบบการรักษาคนป่วย เป็นการกระทำที่ขาดความยุติธรรมและไร้ศีลธรรม เนื่องจากการฆาตกรรมชีวิตมนุษย์ ที่ไม่สามารถป้องกันตัวเองได้ และกำลังอยู่ในระยะเริ่มแรกของชีวิต

จากที่ได้กล่าวมาทั้งหมดเป็นแนวคิดเกี่ยวกับการเริ่มต้นชีวิตในมุมมองความเชื่อของศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า ข้อสรุปของศาสนาคาทอลิก คือ ชีวิตมนุษย์เกิดขึ้นทันทีที่มีการปฏิสนธิระหว่างไข่กับอสุจิ และคัดค้าน

การกระทำใด ๆ ที่เป็นการหยุ่ขี้หรือทำลายการเจริญเติบโตของตัวอ่อน เพราะถือว่าเป็นการละเมิดต่อพระเจ้าในฐานะที่เป็นเจ้าของชีวิตมนุษย์และประทานชีวิตมาให้ ซึ่งในมุมมองความเชื่อดังกล่าวอาจนำมาพิจารณาเป็นแนวทางประกอบการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเกี่ยวกับการคุ้มครองชีวิตอันเกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในบริบทที่จะศึกษาได้เพียงส่วนหนึ่งในฐานะที่เป็นทัศนคติของสังคมเท่านั้น อย่างไรก็ตาม การที่สังคมโดยรวมจะมีข้อสรุปในเรื่องดังกล่าวอย่างไรมันย่อมขึ้นอยู่กับการตัดสินใจร่วมกันของบุคคลในทุก ๆ ศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง เพื่อหาจุดสมดุลของการกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวต่อไป

แนวคิดในศาสนาอิสลาม

ในประเด็นเกี่ยวกับการเริ่มต้นชีวิตมนุษย์ในมุมมองของศาสนาอิสลาม นักนิติศาสตร์อิสลามมีทัศนะในแง่ของการเริ่มต้นชีวิตที่มีศักดิ์ศรี และห้ามทำลายอยู่ 3 ทัศนะดังนี้

ทัศนะที่ 1 ชีวิตเริ่มต้นเมื่อปฏิสนธิในครรภ์ เป็นชีวิตที่มีศักดิ์ศรีและห้ามทำลาย

ทัศนะที่ 2 ชีวิตเริ่มต้นเมื่อทารกถูกใส่วิญญาณเข้าไปในร่าง คือ เมื่อตั้งครรภ์ได้ 120 วัน เป็นชีวิตที่มีศักดิ์ศรีและห้ามทำลาย

ทัศนะที่ 3 ชีวิตเริ่มต้นเมื่อทารกเริ่มเคลื่อนไหวขณะอยู่ในครรภ์ คือ เมื่อตั้งครรภ์ได้ 40 วัน

นักนิติศาสตร์อิสลามเห็นว่า การเริ่มต้นชีวิตของตัวอ่อน เป็นประเด็นทางวิชาการที่มีความสำคัญยิ่ง ซึ่งในปัจจุบันมีคำตอบที่หลากหลายเนื่องจากความเห็นที่แตกต่างกัน⁸ โดยยุคก่อนได้พยายามอธิบายการเริ่มต้นชีวิตของตัวอ่อน ซึ่งบางส่วนเห็นว่าชีวิตสืบคลานเข้าสู่ทารกพร้อมกับการเคลื่อนไหวของอวัยวะต่าง ๆ ของทารกในครรภ์ คือประมาณเดือนที่ 4 ของการตั้งครรภ์ โดยเชื่อว่าการเคลื่อนไหวนั้นเท่ากับการเริ่มต้น

⁸มูลนิธิสาธารณสุขแห่งชาติ, ศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ, แนวคิดทางศาสนาอิสลามเกี่ยวกับการวิจัยทางการแพทย์สมัยใหม่ (กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิสาธารณสุขแห่งชาติ, 2548), หน้า 17.

ชีวิต ด้วยเหตุนี้จึงพบว่าบางสำนักก็มีการอนุญาตให้ทำแท้ง (เพราะมีเหตุจำเป็น) ก่อน 120 วันต่อมามีความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ซึ่งทำให้เห็นการเจริญเติบโตของทารก หรือสิ่งมีชีวิตในครรภ์ จึงมีแนวคิดที่ชีวิตเริ่มต้นภายในมดลูกนับตั้งแต่วินาทีแรกของการตั้งครรภ์ภายหลังจากการปฏิสนธิ ซึ่งมีบางทัศนะกล่าวว่า ทารกนับตั้งแต่ช่วงแรกของการตั้งครรภ์เป็นสิ่งมีชีวิตมีศักดิ์ศรี และไม่ยอมให้ล่วงละเมิดต่อสิ่งมีชีวิตนี้อย่างไรก็ตาม ในทางวิชาการก็เห็นว่าการผสมกันของไข่และสเปิร์มก็ไม่ได้ทำให้เกิดเป็นทารกที่มีชีวิตทุกกรณี เพราะอาจเกิดการฟิการ์หรือไม่สมประกอบและอยู่ในครรภ์เพียงชั่วคราวเวลาหนึ่งก่อนที่จะแท้งไปโดยอัตโนมัติหรือถูกทำให้พ้นจากมดลูกไป ดังนั้นจึงเกิดทัศนะที่ว่า ศักดิ์ศรีของทารกและครรภ์จะเริ่มต้นตั้งแต่ทารกนี้จะกลายเป็นมนุษย์และคนที่สมบูรณ์ จึงไม่เชื่อว่าทุกสิ่งมีชีวิตในมดลูกจะได้รับเกียรติและได้รับการยกย่อง

ในส่วน of ขั้ตอนต่าง ๆ ภายในครรภ์นั้น ตามคัมภีร์อัลกุรอานได้บรรยายไว้ว่า “แท้จริงเราได้สร้างมนุษย์ขึ้นมาจากธาตุดิน หลังจากนั้นเราได้สร้างเขาขึ้นมาจากที่ฟานักอันมันคง หลังจากนั้นเราได้สร้างจากการปฏิสนธินั้นเป็นก้อนเลือด เราได้สร้างก้อนเลือดเป็นก้อนเนื้อ เราได้สร้างก้อนเนื้อเป็นกระดูก เราได้หุ้มห่อกระดูกด้วยเนื้อ หลังจากนั้นเราได้สร้างเขาเป็นรูปร่างอีกอย่างหนึ่ง. . .” (อัลฮุมมฺ 12-14)

นอกจากนี้ก็ได้บรรยายการสร้างมนุษย์ไว้ว่า “แท้จริงเราได้สร้างมนุษย์ขึ้นมาจากน้ำเชื้อที่ผสมกัน” (อัลอะหฺร) คือ น้ำเชื้อที่ผสมกันระหว่างเชื้อสเปิร์มและไข่ โดยอัลเลาะห์ตาอาลาได้ตรัสว่า “พระองค์ได้สร้างมนุษย์ขึ้นมาจากน้ำเชื้อ แล้วเขาก็เป็นปรปักษ์อย่างชัดเจน” และตรัสว่า “พระองค์ได้สร้างมนุษย์ขึ้นมาจากก้อนเลือด” (อัลอะลัก) หมายถึง ขั้ตอนของก้อนเลือดก่อนถึงขั้ตอนมนุษย์ ซึ่งจากข้อความในพระคัมภีร์อาจกล่าวได้ว่า การผสมกันของเชื้อสเปิร์มและไข่เป็นครั้งแรกนั้นยังไม่เป็นมนุษย์ถึงแม้ว่าจะมีชีวิตเกิดขึ้น เช่นเดียวกับขั้ตอนต่าง ๆ ขณะอยู่ในสภาพปฏิสนธิเลือด ก้อน เนื้อก้อน กระดูก และเนื้อก็ยังไม่ใช่ของมนุษย์ที่อยู่ในสภาพที่มีเรือนร่างสวยงาม เพราะขั้ต่อไปของขั้ตอนเหล่านี้คือขั้ของการเกิดอีกรูปหนึ่ง และเกิดรูปลักษณะของความเป็นมนุษย์ โดยในเรื่องนี้นักกฎหมายอิสลามบางท่านได้ให้ความเห็นว่า

⁹ สมภาร พรหมทา, เรื่องเดิม, หน้า 22.

การเคลื่อนไหวเริ่มต้นขณะที่ทารกเริ่มมีรูปร่างเป็นมนุษย์ คือ ภายหลังจาก 140 วัน นับตั้งแต่กำเนิดทารกอยู่ในครรภ์มารดา

จะเห็นได้ว่า แนวคิดของศาสนาอิสลามที่ได้กล่าวมาข้างต้น ก่อนข้างที่ จะยังไม่สอดคล้องกันแนวคิดของศาสนาคริสต์ กล่าวคือ ยังมีบางทัศนะที่ต่างกับแนวคิด ของศาสนาคริสต์ที่มองว่าชีวิตมนุษย์เริ่มตั้งแต่เมื่อมีการปฏิสนธิระหว่างไข่และสเปิร์ม โดยเห็นว่าชีวิตที่พระเจ้าอเลาะห์ทรงสร้างขึ้นนั้น จะเกิดเป็นมนุษย์ต่อเมื่อทารกถูกใส่ วิญญาณไป ในร่าง (เมื่อตั้งครรภ์ 120 วัน) หรือเมื่อทารกเริ่มเคลื่อนไหวขณะอยู่ในครรภ์ (เมื่อตั้งครรภ์ 40 วัน) ซึ่งหากเราถือตามแนวคิดนี้ก็จะส่งผลถึงเรื่องการให้การคุ้มครองตัวอ่อนที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในเรื่องระยะเวลาของ การเจริญเติบโตของตัวอ่อนดังกล่าวโดยตัวอ่อนที่มีอายุน้อยกว่า 120 วัน หรือ 40 วัน แล้วแต่กรณี ก็จะไม่ได้รับการคุ้มครองในลักษณะที่เป็นชีวิตมนุษย์ ดังนั้นจึงมีความ จำเป็นต้องศึกษาโดยพิจารณาถึงแนวคิดในด้านอื่นประกอบด้วย

2.1.3 การแพทย์เกี่ยวกับการเริ่มต้นชีวิตมนุษย์

เมื่อได้พิจารณาถึงการเริ่มต้นชีวิตในแง่มุมทางพุทธศาสนาแล้ว สิ่งที่สำคัญประการต่อมาคือในองค์ประกอบทางกายภาพของตัวอ่อนที่เกิดจากการปฏิสนธิ ระหว่างไข่กับอสุจินั้น มีพัฒนาการอย่างไรและในทางการแพทย์ถือว่าชีวิตมนุษย์เริ่มต้น เมื่อตัวอ่อนนั้นพัฒนาการเข้าสู่ขั้นตอนใด และกฎหมายควรจะเข้ามาให้ความคุ้มครอง เมื่อใด อย่างไรดังรายละเอียดต่อไปนี้

1) กระบวนการเจริญเติบโตของตัวอ่อน¹⁰

ด้วยความรู้ปัจจุบัน เราทราบว่ากระบวนการพัฒนาไปเป็นตัวอ่อน (Development) เริ่มขึ้นตั้งแต่ เมื่อเซลล์สืบพันธุ์ (ไข่และสเปิร์ม) ผสมกัน นำเอาสาร พันธุกรรมจากพ่อและแม่มาอย่างละครึ่งมารวมกันเป็นเซลล์ที่มีโครโมโซมอยู่ 23 คู่ นี้

¹⁰นเรศ คำรงค์ชัย, “ชีวจริยธรรมของการวิจัยด้านเซลล์ต้นกำเนิด จากแนวคิดสู่ แนวทางปฏิบัติสำหรับประเทศไทย,” วารสารชีวจริยศาสตร์ 2 26, 4 (ธันวาคม 2547):

คือ ไข่ที่ได้รับการปฏิสนธิแล้ว (Fertilized Egg หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า Zygote) จากนั้นเป็นต้นไปเซลล์นี้จะแบ่งตัวไปเรื่อยๆเป็นเวลาประมาณสองสัปดาห์ นักชีววิทยาการสืบพันธุ์บางคนเสนอให้ใช้คำว่า Pre-Embryo สำหรับเรียกตัวอ่อนในระยะนี้มากกว่าใช้คำว่า Embryo ด้วยเหตุผลในทางปฏิบัติมากกว่าเหตุผลทางวิทยาศาสตร์

ในระยะแรกนี้เซลล์จะแบ่งตัวเป็นสอง สี่ แปดเซลล์ หากเราแยกเซลล์ที่แบ่งตัวอยู่นี้ออกจากกัน แต่ละเซลล์ก็ยังสามารถพัฒนาไปเป็นตัวของมันเอง (กรณีดังกล่าวเป็นเหตุที่ทำให้เกิดครรภ์แฝด) แต่เมื่อถึงระยะ 16 เซลล์ จะเริ่มเห็นการเปลี่ยนแปลงในกลุ่มเซลล์เล็กๆนี้ จากที่เคยเหมือนกันทุก ๆ เซลล์ก็จะเริ่มมีบางเซลล์ที่พัฒนาตัวเองแตกต่างออกไป (Differentiate) พร้อมกันนี้ ความสามารถของแต่ละเซลล์ที่จะพัฒนาไปเป็นตัวอ่อนได้ด้วยตัวเองก็จะลดลง บางเซลล์เริ่มปรากฏหน้าที่เฉพาะของเซลล์เอง เช่น เซลล์ที่อยู่ภายนอกจะเริ่มรับรู้ว่าคุณเองอยู่ “ด้านนอก” และเตรียมตัวพัฒนาไปเป็นรกและเนื้อเยื่ออื่น ๆ ที่ห่อหุ้มและปกป้องตัวอ่อนที่จะเติบโตต่อไปภายในเมื่อเข้าสู่สัปดาห์ที่สอง กลุ่มเซลล์ทั้งหมดนี้จะหลุดออกมาจากเปลือกของเซลล์ไข่และฝังตัวติดกับผนังมดลูกของมารดา ร่างกายของมารดาจะรับรู้การมีอยู่ของตัวอ่อนเป็นครั้งแรกและเริ่มการตั้งครรภ์เพื่อหล่อเลี้ยงตัวอ่อน แต่กลุ่มเซลล์ที่อยู่ “ข้างใน” ตัวอ่อนนั้น แต่ละเซลล์ยังมีความสามารถที่จะกลายไปเป็นอวัยวะทุก ๆ อย่างในร่างกายได้ หรือแม้กระทั่งแตกตัวออกกลายเป็นตัวอ่อนหลายตัวเกิดเป็นครรภ์แฝดก็เป็นไปได้ ในระยะนี้ไม่มีทางรู้เลยว่าเซลล์ที่อยู่ข้างในนี้ เซลล์ไหนจะกลายเป็นส่วนของร่างกายมนุษย์ และเซลล์ไหนจะกลายเป็นรก (ไม่ใช่ส่วนหนึ่งของร่างกายมนุษย์) แต่เมื่อถึงวันที่สิบสาม ระยะเวลาช่วงที่นักปฏิบัติบางคนเรียก ว่าระยะ Pre-Embryo ก็จะหมดลง

นับจากวันที่สิบสี่หรือวันที่สิบห้าเป็นต้นไปกลุ่มเซลล์ส่วนน้อยกลุ่มหนึ่งที่อยู่ภายในตัวอ่อนจะเริ่มพัฒนาไปเป็น Fetus ที่จะกลายเป็นมนุษย์ ผู้วิจัยจะเริ่มมองเห็นความแตกต่างของเซลล์แต่ละเซลล์ และพบว่าเซลล์กลุ่มหนึ่งพัฒนาขึ้นเป็นโครงสร้างที่เรียกว่า Primitive Streak ซึ่งเป็นระยะแรกของเส้นประสาทและกระดูกสันหลัง นี่เป็นจุดเปลี่ยนสำคัญของการพัฒนาการของตัวอ่อน เพราะว่าจากวันนี้เป็นต้นไปจะไม่มีการแยกตัวออกเป็นแฝดอีกต่อไป ตัวอ่อนอายุสิบห้าวันหนึ่งตัว จะกลายเป็นมนุษย์หนึ่งคน (ถ้าไม่แท้งเสียก่อน) ไม่มากไปกว่านั้น

ซึ่งจากจุดนี้ไปตัวอ่อนจะพัฒนาไปอย่างรวดเร็วในการสร้างเนื้อเยื่อต่าง ๆ เมื่อเข้าสู่สัปดาห์ที่ 8 ตัวอ่อน (Embryo) ก็จะกลายเป็น Fetus เราจะเริ่มเห็นสิ่งที่คล้ายแขน ขา และอวัยวะอื่น ๆ ของมนุษย์

2) จุดเริ่มต้นชีวิตมนุษย์ในทางการแพทย์

จากความรู้ดังกล่าว ทำให้หลายประเทศมีข้อกำหนดแนวทางในการปฏิบัติกับตัวอ่อนอย่างระมัดระวัง โดยห้ามมิให้ใช้เซลล์จากตัวอ่อนภายหลังระยะเวลา 14 วันหลังปฏิสนธิ ดังนั้น ในการพิจารณาการเริ่มต้นชีวิตบนพื้นฐานทางวิทยาศาสตร์ จึงอาจกล่าวได้ว่า ชีวิตมนุษย์เริ่มต้นเมื่อกลุ่มเซลล์ภายในตัวอ่อนเริ่มพัฒนาไปเป็น Fetus ที่จะกลายเป็นมนุษย์ (ภายหลังระยะเวลา 14 วันหลังปฏิสนธิ) แต่อย่างไรก็ตามข้อถกเถียงที่ว่า “ชีวิต” นั้นไม่สามารถอ้างอิงอยู่กับความเข้าใจทางวิทยาศาสตร์เพียงอย่างเดียว เพราะมนุษย์เองก็ยังมีความเห็นเกี่ยวกับการตีความหมายของคำว่า “ชีวิต” แตกต่างกันอย่างมากระหว่างปัญหาที่ว่า ชีวิตเริ่มต้นเมื่อใดนั้น ท่านอาจารย์ประมวล วิรุฒมเสนได้อธิบายไว้ว่านักวิทยาศาสตร์เชื่อและพิสูจน์ได้ว่าชีวิตของสัตว์ เช่น คนและสัตว์เลี้ยงลูกด้วยนม เกิดจากการรวมตัว (ปฏิสนธิ) ของไข่และตัวอสุจิ จากนั้นมีการแบ่งตัวและพัฒนาต่อไปภายใต้สิ่งแวดล้อมและเงื่อนไขที่เหมาะสมและสามารถดำรงชีวิตอยู่ในธรรมชาติและสืบพันธุ์ต่อไปได้ ถ้าเป็นเช่นนั้นไข่และตัวอสุจิไม่น่าจะนับได้ว่าเป็นชีวิตที่สมบูรณ์ แต่น่าจะนับเป็นส่วนหนึ่งของการเกิดชีวิตทั้งนี้ ชีวิตน่าจะเริ่มเมื่อตัวอสุจิและไข่รวมตัวกันภายหลัง 12 ชั่วโมง ซึ่งจะเป็น Pronuclear และเกิดปฏิสนธิระหว่างไข่และอสุจิแล้ว

3) ปัญหาของการให้ความหมายของคำว่า “ชีวิต” ในทางการแพทย์

จากที่ได้กล่าวมาแล้วว่าวิทยาศาสตร์ทางการแพทย์ในปัจจุบันมีความเจริญก้าวหน้าอย่างมาก จนบางครั้งอาจมีผลต่อแนวคิดในการดำเนินชีวิตประจำวันของมนุษย์เป็นอย่างมาก โดยเฉพาะในประเด็นเกี่ยวกับการให้ความหมายของคำว่า “ชีวิต” เนื่องจากที่ได้กล่าวมาแล้วว่าวิทยาการทางการแพทย์ทำให้เกิดตัวอ่อนหรือทารกขึ้นโดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ที่ไม่เป็นไปตามกระบวนการทางธรรมชาติเช่นที่เคยผ่านมาในอดีต ซึ่งในทีนี้จะขอกล่าวถึงทัศนะที่เกี่ยวกับตัวอ่อน และทารกที่ไม่ได้เกิดขึ้นโดยวิธีการทางธรรมชาติ ว่าควรจะถือว่าสิ่งที่เกิดมาเป็น “ชีวิต” หรือไม่ อย่างไร

ประการแรก คือ การที่ไข่ที่สุกมานั้นไม่ได้เกิดจากกระบวนการตามธรรมชาติกล่าวคือในกรณีของการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์นั้น มีวิธีการปฏิสนธินอกร่างกายและการย้ายฝากตัวอ่อน (In Vitro Fertilization and Embryo Transfer) ซึ่งแพทย์จะนำไข่ออกจากรังไข่ นำมาผสมกับอสุจิแล้วฉีดกลับเข้าไปยังโพรงมดลูกเพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์ต่อไป และในกระบวนการดังกล่าวก็จะต้องมีการจัดทำหรือการกระตุ้นให้ไข่สุกหลายใบ (Super Ovulation) ทั้งนี้เพื่อที่จะให้มีโอกาสได้ไข่มากที่สุด โดยมีความจำเป็นทางเทคนิค ได้แก่ การนำไข่ออกจากรังไข่ การปฏิสนธิและการย้ายตัวอ่อนกลับสู่โพรงมดลูก ขั้นตอนต่างๆ นี้อาจต้องสูญเสีย ไข่หรือตัวอ่อนในขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่ง ดังนั้นจึงอาจเกิดข้อคิดได้ว่า ตัวอ่อนหรือทารกที่เกิดจากไขดังกล่าวนี้ถือเป็นชีวิตมนุษย์ที่มีศักดิ์ศรีและควรได้รับการปกป้องดูแลอย่างชีวิตที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติหรือไม่

ประการที่สอง คือ ตัวอ่อนที่ได้มาจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้น ไม่ได้อยู่ในที่ที่เป็นธรรมชาติ กล่าวคือ ตัวอ่อนถูกทำให้เกิดขึ้นและเจริญเติบโตอยู่ภายนอกครรภ์มารดาจนถึงระยะเวลาหนึ่ง เช่น ตัวอ่อนที่ปฏิสนธิแล้วอาจถูกเลี้ยงอยู่ในหลอดแก้วหรือจานทดลองก่อนที่จะนำกลับเข้าสู่ครรภ์มารดาหรือนำไปใช้ประโยชน์ประการอื่น ซึ่งสภาพแวดล้อมดังกล่าวไม่ได้เกิดขึ้นตามธรรมชาตินั้น ถือเป็นชีวิตมนุษย์ที่สมควรจะได้รับการคุ้มครองแล้วหรือไม่ เพียงใด

ประการที่สาม คือ การที่ตัวอ่อนที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้น เกิดขึ้นและปฏิสนธิกันโดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ กล่าวคือ มีการปฏิสนธิกันโดยปราศจากการร่วมประเวณีกันตามธรรมชาติในการสืบพันธุ์ของมนุษย์ (Sexual Act) จึงอาจเกิดข้อคิดได้ว่า สิ่งที่เกิดมานั้นถือว่าเป็นชีวิตมนุษย์หรือไม่ เนื่องจากตามปกติมนุษย์เกิดขึ้นจากการปฏิสนธิกันโดยมีกิจกรรมทางเพศระหว่างหญิงและชาย จนเกิดการปฏิสนธิกันตามกระบวนการทางธรรมชาติและเกิดเป็นทารกซึ่งเจริญเติบโตอยู่ภายในครรภ์มารดาจนกระทั่งคลอดออกมา ซึ่งเมื่อพิจารณากับกรณีของการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์แล้วจะเห็นว่าตัวอ่อนหรือทารกนั้นเกิดขึ้นโดยปราศจากขั้นตอนดังกล่าว ในทางการแพทย์จึงอาจเกิดปัญหาว่าชีวิตที่เกิดขึ้นนั้นอาจไม่ถือว่าเป็นชีวิตมนุษย์อย่างแท้จริงดังเช่นชีวิตที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ

ในปัญหาดังกล่าว เมื่อพิจารณาจากข้อพิจารณาทางจริยธรรมและแนวคิดทางศาสนาของศาสนาต่าง ๆ ที่ได้กล่าวมาแล้ว ไม่ได้มีการกล่าวถึงอย่างชัดเจนในกรณีของชีวิตที่มีได้เกิดขึ้นจากกระบวนการตามธรรมชาติดังกล่าวข้างต้นว่า จะมีข้อพิจารณาอย่างไร หากแต่ได้กล่าวถึงจริยธรรมทางการแพทย์เกี่ยวกับการทำวิจัยทดลองทางการแพทย์ซึ่งรู้จักกันในคำว่า "ชีวจริยศาสตร์" และทักษะเกี่ยวกับการเริ่มต้นของชีวิตว่าชีวิตมนุษย์นั้นเริ่มต้นขึ้นเมื่อใด โดยมีได้กล่าวไว้ถึงชีวิตที่เกิดขึ้นโดยกระบวนการที่ผิดไปจากธรรมชาติดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าถือว่าเป็นชีวิตมนุษย์หรือไม่ แต่ในทางพุทธศาสนานั้น จะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบ 3 ประการที่สำคัญคือ

- (1) บิдамารดาได้อยู่ร่วมกันคือมีเพศสัมพันธ์กันตามธรรมชาติ
- (2) มารดาอยู่ในระยะที่จะให้กำเนิดได้ คือ เป็นช่วงไข่สุก
- (3) กันธัพพะได้ตั้งขึ้น ซึ่งหากพิจารณาเปรียบเทียบกับกรณีของ

ชีวิตตัวอ่อนที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้นจะเห็นได้ว่าไม่สอดคล้องกับองค์ประกอบของความเป็นมนุษย์ในทางพระพุทธศาสนา กล่าวคือตัวอ่อนไม่ได้เกิดจากการมีเพศสัมพันธ์กันตามธรรมชาติ และในบางกรณีมารดาก็มิได้อยู่ในสถานะที่พร้อมจะตั้งครรภ์หรือมิได้อยู่ในช่วงที่ไข่สุก แต่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีในการช่วยเร่งให้ไข่สุกในช่วงเวลาที่ต้องการเพื่อนำออกมาปฏิสนธินอกร่างกาย และประการสุดท้ายตัวอ่อนมิได้อยู่ในครรภ์มารดา คือ ยังไม่มีการตั้งครรภ์ในขณะนั้น เพราะตัวอ่อนในระยะเริ่มแรกจะต้องทำการเลี้ยงไว้ในที่ที่เหมาะสมในช่วงเวลาหนึ่งก่อนที่จะนำไปใส่ในครรภ์ของหญิงเพื่อให้เจริญเติบโตต่อไป

เมื่อพิจารณาในเบื้องต้นผู้วิจัยมีความเห็นว่า แม้ตัวอ่อนที่เกิดขึ้นจะมีได้เกิดโดยวิธีการทางธรรมชาติทั้งหมด เริ่มตั้งแต่การใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์ช่วยเร่งให้ไข่สุก และทำให้เกิดการปฏิสนธิกันระหว่างไข่กับสเปิร์มภายนอกนอกร่างกายมนุษย์โดยปราศจาก การมีเพศสัมพันธ์จนเกิดเป็นตัวอ่อนที่เจริญเติบโตอยู่ภายนอกนอกร่างกายในช่วงระยะเวลาหนึ่งก็ตาม แต่เมื่อในปัจจุบันวิทยาการทางการแพทย์สามารถสร้างสิ่งมีชีวิตขึ้นได้โดยไม่ต้องอาศัยกระบวนการทางธรรมชาติประกอบกับสิ่งที่เกิดขึ้นคงปฏิเสธได้ยากว่าไม่ใช่สิ่งมีชีวิต ในเมื่อทางการแพทย์นั้นเป็นที่ยอมรับว่าตัวอ่อนนั้นเป็นสิ่งมีชีวิต และเมื่อสิ่งมีชีวิตดังกล่าวมีความสามารถเจริญเติบโตต่อไปจนกลายเป็นมนุษย์คนหนึ่ง

ได้ก็คงจะปฏิเสธได้ยากเช่นกันว่าชีวิตดังกล่าวนั้นไม่เป็นชีวิตมนุษย์ เพราะหากถือว่าชีวิตดังกล่าวมิใช่ชีวิตมนุษย์ที่มีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้ว ตัวอ่อนเหล่านั้นก็คงไม่ต่างจากสัตว์ที่มนุษย์สามารถดำเนินการใด ๆ ต่อตัวอ่อนนั้นได้ตามอำเภอใจ และจะส่งผลต่อทัศนคติในทางศีลธรรมจนอาจเกิดความขัดแย้งขึ้นในสังคมได้ ดังนั้นปัญหาคงมีเพียงว่าผู้เกี่ยวข้องจะกำหนดสถานะให้ความสำคัญกับการให้ความคุ้มครองสิ่งมีชีวิตในระยะดังกล่าวมากน้อยเพียงใดผู้วิจัยเห็นว่าเมื่อพิจารณาจากชีวจริยศาสตร์ ซึ่งกล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างการใช้เทคโนโลยีทางชีวภาพกับคุณค่าทางจริยะ ประกอบกับแนวคิดทางพุทธศาสนาเรื่องความดีความชั่วการเริ่มต้นชีวิตแล้ว การที่จะกำหนดสถานะของตัวอ่อนเพื่อให้การคุ้มครองในทางกฎหมายและการกำหนดแนวทางการปฏิบัติของแพทย์หรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องที่จะดำเนินการใดๆกับตัวอ่อนนั้น คงต้องพิจารณาถึงเหตุผลและความจำเป็นที่จะต้องมีการล่วงละเมิดต่อชีวิตดังกล่าว ที่จะไม่ส่งผลกระทบต่อการใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์เพื่อประโยชน์ต่อมวลมนุษย

สรุป การเริ่มต้นชีวิตมนุษย์ในแต่ละศาสนามีความแตกต่างกัน ศาสนาพุทธเมื่อมีการปฏิสนธิแล้วถือว่าชีวิตมนุษย์เกิดขึ้นทันที ศาสนาคริสต์ เมื่อไข่ได้รับการผสมแล้วถือว่าชีวิตมนุษย์เริ่มต้นทันทีห้ามทำลายตัวอ่อนถือว่าเป็นการล่วงละเมิดสิทธิสำหรับศาสนาอิสลาม จะมีระยะเวลาในการคุ้มครองตัวอ่อน เมื่อมาพิจารณาพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 กฎหมายได้ให้การคุ้มครองในการเริ่มต้นชีวิตมนุษย์ เมื่อเป็นตัวอ่อน ซึ่งในมาตรา 3 กำหนดคำนิยาม ตัวอ่อน ว่า “อสุจิและไข่ของมนุษย์ซึ่งรวมกันจนเกิดการปฏิสนธิไปจนถึงแปดสัปดาห์” แสดงว่าการเริ่มชีวิตที่กฎหมายให้การคุ้มครองเมื่อเกิดเป็นตัวอ่อน คือ การปฏิสนธิกันซึ่งสอดคล้องกับหลักการของศาสนาพุทธที่มีวิธีการเกิดโดยธรรมชาติ และถ้าหากเกินแปดสัปดาห์จะกลายเป็นทารก กฎหมายถือว่าตัวอ่อนเป็นการเริ่มต้นชีวิตมนุษย์แล้ว กฎหมายจึงได้บัญญัติในการคุ้มครองตัวอ่อนไว้ในมาตรา 35 “ห้ามมิให้ผู้ใดซึ่งมิใช่ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ รวมทั้งรับฝาก รับบริจาค ใช้ประโยชน์จากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อน หรือทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อน” จากที่ปรากฏในมาตรา 35 แสดงให้เห็นถึงการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ กฎหมาย

ได้ให้การคุ้มครองตั้งแต่การเริ่มต้นชีวิตมนุษย์ ถือว่าเป็นสิ่งที่ดีและทำให้แสดงว่า แม่เด็กจะเกิดมาโดยวิธีการใด ก็แสดงให้เห็นถึงคุณค่าความเป็นมนุษย์

2.2 ความหมายของการตั้งครรภ์แทน

แต่เดิมคำว่า “ตั้งครรภ์แทน” (Surrogacy Arrangement) ยังไม่ปรากฏนิยามความหมายที่ชัดเจนเท่าไรนัก แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปของนักกฎหมาย นักวิชาการ หรือแม้แต่บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนในทางวิชาชีพการแพทย์ ก็ล้วนต่างกำหนดขอบเขตหรือความหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนแตกต่างกันออกไป ขึ้นอยู่กับผู้เรียกแต่ละคนต้องการจะเรียกคำๆ นี้ว่าอย่างไร คำที่คนมักใช้เรียกกันบ่อยๆ ได้แก่ การตั้งครรภ์แทน การรับตั้งครรภ์แทน การรับจ้างตั้งครรภ์ หรือแม้กระทั่งภาษาชาวบ้านที่นิยมเรียกกันมานานแล้ว คือ คำว่า “อุ้มบุญ” นั่นเอง

แต่อย่างไรก็ตาม ในรูปแบบคำศัพท์ภาษาอังกฤษ ความหมายคำว่า “เซอร์โรเกต” (Surrogate) คือ บุคคล หรือสิ่งของ ซึ่งกระทำหรือถูกใช้แทนผู้อื่น หรือแทนสิ่งอื่น

รัชชาปี (Rassaby) ให้นิยามว่า “ตัวแทน” หรือ “เซอร์โรเกต” มีความหมายไม่มากไปกว่า “การแทนที่” ดังนั้น “หญิงรับตั้งครรภ์” คือมารดาแทน : บุคคลซึ่งตกลงรับตั้งครรภ์เพื่อผู้อื่น เพื่อการเงิน หรือความเห็นอกเห็นใจ สำหรับ โมกิชซี (Moghissi) ให้ความหมายว่า “เซอร์โรเกต” หรือ หญิงที่มีสุขภาพร่างกายสมบูรณ์และอยู่ในวัยเจริญพันธุ์ ตกลงยินยอมตั้งครรภ์ให้แก่คู่สมรสที่มีบุตรยาก โดยมีข้อตกลงว่าจะส่งมอบทารกให้กับคู่สมรสนั้นทันทีที่ทารกเกิด ไม่ว่าจะโดยการยกทารกให้เป็นบุตรบุญธรรม หรือโดยการสละสิทธิและหน้าที่ในการเป็นมารดา

ส่วนคณะกรรมการวอลล์เลอร์ (Waller Committee) แห่งเครือรัฐออสเตรเลีย ให้คำนิยามการตั้งครรภ์แทนโดยใช้วิธีการทำเด็กหลอดแก้วดังนี้

“หญิงรับตั้งครรภ์” นำไปใช้กับวิธีการซึ่งหญิงผู้หนึ่งตกลงที่จะตั้งครรภ์แทนหญิงอื่น โดยมีความตั้งใจที่จะส่งเด็กให้กับหญิงอื่นนั้น โดยทันที หรือเร็วที่สุดภายหลังจากที่เด็กเกิด”

“การตั้งครรภ์แทน” คือ การที่หญิงคนหนึ่งตกลงที่จะอุ้มท้องหรือตั้งครรภ์แทนบุคคลอีกคนหนึ่ง¹¹

นายแพทย์สมชัย โกวิทเจริญกุล กรรมการผู้จัดการศูนย์การแพทย์นวัตกรให้นิยามของการตั้งครรภ์แทนว่า

“การอุ้มบุญ” หมายถึง การนำลูกหรือตัวอ่อนไปฝากไว้ในมดลูกของผู้หญิงอีกคนหนึ่ง โดยนำไข่ของแม่และอสุจิของพ่อผสมกันเก็บไว้ในหลอดแก้ว หรือเรียกว่า จานเพาะเลี้ยง ฝังในอุ้งใน ในอุณภูมิพอเหมาะเหมือนอยู่ในร่างกายมนุษย์ คือ มีอากาศ สภาพแวดล้อมเลียนแบบในท้องแม่ หลังจากนั้น 48 ชั่วโมงจึงเลือกตัวอ่อนที่สมบูรณ์ที่สุด 2-3 ตัวส่งกลับไปยังผู้หญิงอีกคนหนึ่งให้ตั้งครรภ์แทน¹²

สำหรับประเทศไทยมีกฎหมายบัญญัติขึ้นมาคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ในมาตรา 3 ได้กำหนดคำนิยาม เกี่ยวกับ “การตั้งครรภ์แทน” ไว้ว่า การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงเป็นหนังสือไว้กับสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายก่อนตั้งครรภ์ว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นซึ่งเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์หมายความว่า กรรมวิธีใด ๆ ทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ที่นำอสุจิและไข่ออกจากร่างกายมนุษย์เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์โดยไม่เป็นไปตามธรรมชาติรวมทั้งการผสมเทียม

จากบทบัญญัติของกฎหมายทำให้สรุปหลักการของการตั้งครรภ์แทนได้ดังต่อไปนี้

¹¹ยศศักดิ์ โกไศยกานนท์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายอุ้มบุญ: ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), หน้า 20.

¹²สมชัย โกวิทเจริญกุล, “สัมภาษณ์เกี่ยวกับการอุ้มบุญให้เกิดหนทางของผู้มีลูก,” ข่าวกรุงเทพธุรกิจ, 1 กุมภาพันธ์ 2537, หน้า 1.

ประการที่หนึ่ง การตั้งครรภ์แทน จะต้องเป็นการใช้เทคโนโลยีช่วยการ-
เจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไม่ว่าจะเป็นการฉีดเชื้อ หรือการนำตัวอ่อนที่เกิดจากการ-
ปฏิสนธินอกร่างกายโดยใช้ตัวอสุจิของสามีและไข่ของภริยามาผสมกัน แล้วนำตัวอ่อน
นั้นไปใส่โพรงมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

ประการที่สอง คู่สมรสที่มีบุตรยากนั้น จะต้องมีส่วนได้เสียในบุตรดังกล่าว
เป็นเจ้าของเชื้ออสุจิหรือเป็นเจ้าของไข่ที่ให้กำเนิดบุตร ต้องมีเจตนาเลี้ยงดูเด็กที่เกิดมาใน
ฐานะเป็นบุตรของตนอย่างแท้จริง

ประการที่สาม หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน จะต้องส่งมอบเด็กที่เกิดมาให้แก่คู่
สมรสที่มีบุตรยาก ภายใต้เจตนาตั้งแต่แรกที่จะยกให้บุตรของคู่สมรสที่มีบุตรยากขอให้
มีการตั้งครรภ์แทน

2.3 สาเหตุของการตั้งครรภ์แทน

ปัจจัยสำคัญของการที่ต้องมีการตั้งครรภ์แทนก็คือ ความบกพร่องทาง
กายภาพในระบบสืบพันธุ์ของภริยา เนื่องจากภริยาที่มีความบกพร่องทางร่างกายมาโดย
กำเนิด เช่น มดลูกพิการมาแต่กำเนิด หรือภริยามีเหตุผลจำเป็นอย่างที่ตัดมดลูกทิ้ง
เนื่องจากเป็นมะเร็ง

ปัจจัยดังกล่าวข้างต้นนี้ทำให้ภริยาไม่สามารถที่จะตั้งครรภ์ด้วยตนเองได้
แต่เนื่องจากความต้องการที่จะมีบุตรไว้เป็นผู้สืบสกุล อีกทั้งต้องการมีครอบครัวที่
สมบูรณ์ซึ่งครอบครัวที่สมบูรณ์จะต้องประกอบไปด้วยพ่อ แม่ ลูก การมีบุตรถือว่าเป็น
เรื่องสำคัญอย่างหนึ่งของชีวิตสมรสให้สมบูรณ์แบบ ในเกือบทุกสังคมถูกอบรมสั่งสอน
ว่าการมีลูกมีทายาทเป็นเรื่องดี ดังนั้น ชายหญิงเมื่อสมรสกันก็คาดหวังที่จะมีลูกเพื่อเป็น
ครอบครัวที่สมบูรณ์ การมีลูกมีผลหลายอย่างในทางบวก ต่อการดำรงชีวิตในสังคม เช่น
ทำให้รู้สึกว่างค์ตระกูลของตนจะไม่สูญพันธุ์ไปไม่มีความรู้สึกได้เพื่อนไว้แก่เหงา รู้สึก
เป็นผู้ใหญ่ที่สมบูรณ์ และมีที่พึ่งในยามแก่เฒ่า เป็นต้น ในบางสังคมการมีลูกเป็น
เครื่องมืออันที่ผู้หญิงจะใช้ต่อรองอำนาจในครอบครัวได้ดังนั้นสามีภรรยาทั้งคู่ที่สมรส
กันมาเป็นเวลานานแล้วไม่มีลูกสักที คนกลุ่มนี้จะมีความรู้สึกเสื่อมโทรมทางจิตใจหลาย
ด้าน ความภูมิใจในตัวเองจะลดน้อยลง บางคนรู้สึกว่าตนเองไร้ความสามารถที่จะสร้าง

ชีวิตขึ้นมาสักชีวิต เกิดความคับข้องใจเนื่องจากมีค่านิยมทางสังคมเข้ามามีส่วนผลักด้วย กล่าวคือ สามิภรรยาคนนั้นก็จะถูกสังคมหรือบุคคลที่อยู่รอบข้างผลักดันสนับสนุนให้พยายามทำทุกวิถีทางที่จะให้ได้มาซึ่งลูก ไม่ว่าจะเป็นการบนบานสานกล่าวต่อสิ่งศักดิ์สิทธิ์ หรือการใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์เข้ามาช่วยเหลือ ในอดีตที่เทคโนโลยีทางการแพทย์ยังไม่เจริญนั้น คู่สมรสที่มีบุตรยากมักจะนิยมใช้วิธีการบนบานสานกล่าวต่อสิ่งศักดิ์สิทธิ์ โดยจะไปขอลูกตามศาลเจ้าพ่อ เจ้าแม่ต่าง ๆ ถ้ามีใครบอกว่าถ้าทำอย่างนั้นอย่างนี้แล้วจะมีลูกก็จะพยายามทำตามทั้ง ๆ ที่บางคนอาจมองว่าการทำตามคำแนะนำ¹³ เหล่านั้นเป็นเรื่องที่มลายและน่าขบขันก็ตาม แต่คู่สมรสเหล่านั้นก็ไม่สนใจว่าคนเหล่านั้นจะคิดอย่างไร คิดอยู่อย่างเดียวว่าทำอย่างไรจึงจะมีลูกได้เท่านั้น ซึ่งคู่สมรสบางคู่ก็ประสบความสำเร็จจากการขอลูกโดยอาศัยการบนบานสิ่งศักดิ์สิทธิ์ต่าง ๆ แต่ก็มีคู่สมรสจำนวนไม่น้อยที่ไม่ประสบความสำเร็จนั้น เมื่อเทคโนโลยีทางการแพทย์เจริญก้าวหน้ามากขึ้น คู่สมรสบางคู่มีฐานะทางเศรษฐกิจดีพอที่จะอาศัยเทคโนโลยีดังกล่าวนี้ก็จะหันมานิยมใช้เทคโนโลยีมากขึ้น ซึ่งก็มีคู่สมรสหลายรายที่ประสบความสำเร็จจากการใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์เข้ามาช่วยเหลือ

จะเห็นได้ว่า ลูกเป็นบุคคลที่มีความสำคัญมากในครอบครัว มีบางคนกล่าวว่าลูกเป็นโซ่ทองคล้องใจพ่อและแม่ ซึ่งคำกล่าวนี้เป็นความจริง จะสังเกตเห็นได้จากครอบครัวที่มีปัญหาทางครอบครัว สามิภรรยาทะเลาะกัน ประสงค์ที่จะหย่าร้างกัน แต่เมื่อคำนึงถึงอนาคตของลูกแล้ว สามิภรณาก็ต้องพยายามปรองดองรักใคร่กัน ทั้งนี้เพื่อให้ลูกมีความสุข ในครอบครัวพอภรรยามีลูกแล้วทำให้สามีรักและเข้าใจภรรยามากขึ้น สามีบางคนที่ชอบออกไปเที่ยวนอกบ้าน พอภรรยาลอดลูกเข้ามาเป็นตัวเสริมทำให้คำว่า “ครอบครัว” มีความหมายมากขึ้น ภรรยาคนใดที่ไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้ไม่ว่าด้วยเหตุผลใด ๆ ก็ตาม จะมีความรู้สึกผิดต่อสามี โดยเฉพาะในกรณีที่สามีมีความสามารถในการที่จะให้กำเนิดบุตรได้ ในอดีตซึ่งเทคโนโลยีทางการแพทย์ในเรื่องของการช่วยการเจริญพันธุ์ ในลักษณะที่ทำให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนยังไม่เจริญ ภรรยา

¹³ กฤตยา อาชวนิจกุล, “วิทยาการสร้างลูกนอกไข่: ผู้หญิงได้หรือเสีย,” สตรีทัศน์

เหล่านี้ก็มักจะแนะนำสามีให้หญิงอื่นที่มีความสามารถในการให้กำเนิดบุตรได้ ซึ่งการที่สามีมีหญิงอื่นนั้นอาจทำให้เกิดปัญหาความแตกร้างในครอบครัว เมื่อเทคโนโลยีทางด้านนี้เจริญมากขึ้น ภรรยาที่ไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้ จึงมีความประสงค์ที่จะหาหญิงอื่นมาตั้งครรภ์แทนตน โดยใช้เทคโนโลยีช่วยเหลือการเจริญพันธุ์เข้ามาช่วย ซึ่งการใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์มาช่วยนี้มีผลดีต่อครอบครัว คือ ไม่ทำให้เกิดความแตกร้างภายในครอบครัวเพราะสามีไม่มีความสัมพันธ์ใด ๆ ในทางชู้สาวกับหญิงอื่น และในกรณีภรรยาสามารถผลิตไข่ได้ก็จะมีความรู้สึกว่าตนมีส่วนร่วมในการให้กำเนิดเด็กด้วย เนื่องจากตนเป็นเจ้าของไข่ในทางการแพทย์ การตั้งครรภ์แทนเป็นวิธีการทางเทคโนโลยีชีวภาพและพันธุศาสตร์ที่นำมาปรับใช้เพื่อช่วยคู่สมรสที่มีบุตรยาก หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นการให้กำเนิดบุตรโดยไม่ใช้ธรรมชาติ และมีความแตกต่างที่สำคัญว่าการใช้เทคโนโลยีกรณีอื่น ๆ การตั้งครรภ์แทนจำเป็นต้องมีหญิงอื่นที่ยินยอมตั้งครรภ์หรือให้กำเนิดบุตรแทนหญิงซึ่งประสงค์จะเป็นมารดาของเด็กภายหลังการคลอดก่อนที่จะกล่าวถึงรายละเอียดของการตั้งครรภ์แทนต่อไป ผู้วิจัยขออธิบายถึงวิธีการทางการแพทย์ที่มีส่วนร่วมในการนำมาปรับใช้กับการตั้งครรภ์แทน¹⁴ อันได้แก่

1) การปฏิสนธิในหลอดทดลอง (In Vitro Fertilization หรือ IVF) หรือที่เรียกว่า เด็กหลอดแก้ว (Test Tube Baby) นั้น ก็เป็นวิธีการปฏิสนธิภายนอกในร่างกายอย่างหนึ่ง โดยการเจาะเอาไข่จากรังไข่ของหญิงออกมาผสมกับเชื้ออสุจิในหลอดทดลอง เมื่อเกิดการปฏิสนธิและเกิดตัวอ่อนแล้วนำไปใส่ตู้ฟักในอุณหภูมิที่พอเหมาะ เพื่อให้ตัวอ่อนเจริญเติบโตถึงระยะแบ่งตัว 8-16 เซลล์ จากนั้นแพทย์จะนำเอาไข่ที่กำลังแบ่งตัวฉีดเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงโดยผ่านทางช่องคลอด เพื่อให้ไข่ฝังตัวในโพรงมดลูกและเจริญเติบโตเป็นทารกต่อไปการปฏิสนธิในหลอดทดลองเป็นเทคโนโลยีการแพทย์ที่นำมาใช้ทางปฏิบัติ เพื่อช่วยคู่สมรสที่ไม่มีบุตรให้สามารถมีบุตรได้เป็นการผสมเทียมอีก

¹⁴ ขนิษฐา ศรีไพบูลย์, “ปัญหาจริยธรรมของการรับตั้งครรภ์แทน,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 6.

ลักษณะหนึ่งที่ใช้ในกรณีฝ่ายภรรยามีความบกพร่องในระบบสืบพันธุ์ เช่น ท่อรังไข่อุดตันทำให้ตั้งครรภ์ไม่ได้¹⁵ เทคนิคการปฏิสนธิในหลอดทดลองนี้จะเข้ามาเกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน หากมีการนำไปใช้โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนภรรยา โดยอาจใช้ไข่ของภรรยาแล้วเชื้ออสุจิของสามี (ใช้ในกรณีที่สามีมีเชื้ออสุจิและภรรยามีไข่ แต่ไม่มีมดลูกสำหรับตั้งครรภ์หรือมีเหตุผลทางการแพทย์อย่างอื่น) หรือใช้ไข่และเชื้ออสุจิของผู้บริจาค (ใช้ในกรณีที่สามีหรือภรรยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่มีเซลล์สืบพันธุ์ หรือไม่มีเซลล์สืบพันธุ์ทั้งคู่) มาผสมให้เกิดปฏิสนธิภายนอกจนเป็นตัวอ่อน แล้วถ่ายตัวอ่อนเข้าในมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

2) อดชี (ICSI ย่อมาจาก Intracytoplasmic Sperm Injection) เป็นเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์แบบใหม่ที่เพิ่งเกิดขึ้นเมื่อต้นปี พ.ศ. 2538 ที่ประเทศเบลเยียม เพื่อช่วยแก้ปัญหาให้กับคู่สมรสที่มีบุตรยาก ในกรณีที่ฝ่ายชายมีความผิดปกติของเชื้ออสุจิ โดยธรรมชาติแล้วการปฏิสนธิจะเกิดขึ้นต่อเมื่อเชื้ออสุจิจะเปลือกไข่เข้าไปผสมกับเซลล์ไข่ข้างใน ฉะนั้นเชื้อที่จะเปลือกไข่ได้จึงต้องมีความแข็งแรง ถ้าเชื้อขาดความสามารถตรงนี้ แพทย์จำเป็นต้องหาวิธีช่วยให้ตัวอสุจิเข้าไปในไข่ได้เลย อดชีจึงเป็นเทคนิคที่นำมาใช้ในกรณีที่ใช้ IVE ไม่ได้ผล คือ เมื่อปล่อยไข่ให้ไข่และอสุจิปฏิสนธิเองแล้ว ปรากฏว่าอสุจิไม่สามารถเจาะเข้าไปในเปลือกไข่ได้ แพทย์จึงจำเป็นต้องใช้กรรมวิธีอดชีเข้าช่วย วิธีทำก็คือแพทย์จะใช้เข็มปลายแหลมดูดเอาเชื้ออสุจิที่ดีที่สุด 1 ตัว แล้วฉีดเชื้ออสุจินั้นเข้าไปในไข่ของหญิง อสุจิจะเข้าไปในไข่ได้ทันทีโดยไม่ต้องเสียเวลาในการเจาะเปลือกไข่ เมื่อผ่านขั้นตอนการนำอสุจิใส่เข้าไปในไข่แล้ว จะนำไข่ที่ผสมไปใส่ในน้ำเพาะเลี้ยง และนำไปเลี้ยงต่อในตูบที่ใช้เลี้ยงตัวอ่อน รอให้เกิดการปฏิสนธิเป็นตัวอ่อน แล้วจึงนำตัวอ่อนนั้นหยอดกลับไปใส่โพรงมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

¹⁵วิสาร พันธุระ, “เทคโนโลยีชีวภาพกับกฎหมาย,” วารสารสุโขทัยธรรมาธิราช 5, 3 (กันยายน-ธันวาคม 2559): 40.

2.4 ประเภทของการตั้งครรภ์แทน

การตั้งครรภ์แทนมีหลายประเภทด้วยกัน ทำให้ต้องศึกษารายละเอียดเกี่ยวกับรูปแบบการตั้งครรภ์แทนว่ากรณีใดที่กฎหมายการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

2.4.1 การตั้งครรภ์แทนโดยการฉีดเชื้อ

การตั้งครรภ์แทนโดยการฉีดน้ำเชื้อ เป็นกรณีที่หญิงรับตั้งครรภ์แทนนั้น ตั้งครรภ์โดยมีการนำเชื้อสุจิของฝ่ายชายผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนมาฉีดเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงนั้น การรับตั้งครรภ์แทนในลักษณะเช่นนี้ได้กระทำมาก่อนการรับตั้งครรภ์แทนประเภทอื่น โดยมีพัฒนาหลังจากเทคโนโลยีการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อเจริญขึ้นไม่มากนัก ในบางครั้งจึงเรียกการรับตั้งครรภ์ประเภทนี้ว่า “การรับตั้งครรภ์แบบดั้งเดิม” (Traditional Surrogacy) การรับตั้งครรภ์แทนด้วยวิธีการนี้จะทำให้เด็กที่เกิดมามีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับฝ่ายชายผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนกับฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเพราะหญิงนั้นเป็นเจ้าของไข่ที่ใช้ในการผสมเทียม แต่เด็กนั้นจะไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสฝ่ายหญิงที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนเลย การรับตั้งครรภ์แทนเช่นนี้ในบางครั้งจึงถูกเรียกว่า “การรับตั้งครรภ์แทนแบบไม่สมบูรณ์” (Partial Surrogacy) เพราะเด็กที่เกิดมานั้นจะมีความสัมพันธ์บางส่วนกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและมีความสัมพันธ์บางส่วนกับคู่สมรสฝ่ายชายที่ต้องการมีบุตร ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ประมาณ 2,000 บาทต่อครั้ง¹⁶

2.4.2 การตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธินอกร่างกาย

เมื่อมีการนำเทคนิคการปฏิสนธินอกร่างกายมาใช้ในการรับตั้งครรภ์แทน การรับตั้งครรภ์แทนเช่นนี้ก็จะถูกเรียกว่า การรับตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธินอกร่างกาย การรับตั้งครรภ์แทนประเภทนี้จะมีการนำไข่ของคู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนฝ่ายหญิงมาผสมกับเชื้อสุจิของคู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนฝ่ายชายนอกร่างกายของฝ่ายหญิง หลังจากนั้นเมื่อเกิดการปฏิสนธิแล้ว ก็จะนำไข่ที่ได้รับการผสมนั้นใส่เข้าไปใน

¹⁶จักรกฤษณ์ ควรพจน์, รายงานการวิจัย เรื่อง การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2549), หน้า 23.

มดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เพื่อให้ตัวอ่อนฝังตัวที่ผนังมดลูกแล้วเจริญเติบโตต่อไป ด้วยวิธีการดังกล่าวเด็กที่เกิดมาจะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสทั้งสองฝ่ายเพราะฝ่ายชายเป็นเจ้าของอสุจิ และฝ่ายหญิงเป็นเจ้าของไข่ ส่วนหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นแม้เด็กจะได้รับสารอาหารจากหญิงนั้นผ่านทางสายรก แต่ก็จะไม่มี ความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กจากการรับตั้งครรภ์แทนเลย กรณีเช่นนี้จึงมี ผู้เปรียบเทียบว่าเป็นเสมือนการเช่ามดลูก (Womb Leasing) เท่านั้น ผลการรับตั้งครรภ์ ประเภทนี้ในบางครั้งจึงถูกเรียกว่า “การรับตั้งครรภ์แทนโดยการตั้งครรภ์” (Gestational Surrogacy) หรือ “การรับตั้งครรภ์แทนโดยสมบูรณ์” (Full Surrogacy) เนื่องจากคู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนทั้งสองฝ่ายจะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน¹⁷

2.4.3 การตั้งครรภ์แทนโดยใช้ตัวอ่อนที่ได้รับบริจาค

ในกรณีที่คู่สมรสทั้งสองฝ่ายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถมีลูกได้โดยสิ้นเชิง คือ ทั้งสองฝ่ายไม่สามารถนำเซลล์สืบพันธุ์ของแต่ละฝ่ายมา คือ เชื้ออสุจิของฝ่ายชายและไข่ของฝ่ายหญิงใช้ในการปฏิสนธิได้เลย คู่สมรสนั้นอาจขอให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนโดยการขอรับบริจาคตัวอ่อนจากบุคคลอื่น แล้วนำตัวอ่อนที่ได้รับบริจาค้นั้นมาย้ายฝากเข้าไปยังมดลูกของฝ่ายหญิงตกลงที่จะรับตั้งครรภ์แทน เมื่อเด็กคลอดออกมา หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็จะส่งมอบทารกนั้นให้แก่คู่สมรสที่ว่าจ้าง การรับตั้งครรภ์แทนในลักษณะนี้ จะทำให้คู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนและหญิงที่จะรับตั้งครรภ์แทนไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมาเลย การรับตั้งครรภ์แทนประเภทนี้ถือว่าเป็นการรับตั้งครรภ์โดยการตั้งครรภ์ (Gestational Surrogacy) ประเภทหนึ่ง เพราะหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็จะไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมาเช่น การรับ-ตั้งครรภ์แทนเช่นนี้เกิดขึ้นไม่บ่อยนัก เนื่องจากต้องเสียค่าใช้จ่ายสูง เพราะต้องเสียค่าใช้จ่ายหลายขั้นตอน คือ ค่าใช้จ่ายในการดำเนินการเพื่อให้ได้เชื้ออสุจิและไข่ ค่าใช้จ่ายในการนำเชื้ออสุจิและไข่มาผสมกัน และค่าใช้จ่ายในการนำไข่ที่ได้รับการผสม

¹⁷จักรกฤษณ์ ควรพจน์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 24.

แล้วใส่เข้าไปที่มดลูกของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน ตลอดจนเสียค่าใช้จ่ายในการว่าจ้างให้ตั้งครรภ์แทนนั้น แต่เมื่อเด็กนั้นคลอดออกมาก็จะไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน โดยส่วนใหญ่แล้วคู่สมรสในภาวะเช่นนี้มักจะเลือกวิธีการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมมากกว่าเพราะเสียค่าใช้จ่ายน้อยและได้ผลที่เท่าเทียมกัน¹⁸

ดังนั้น การตั้งครรภ์แทนจะมีองค์ประกอบซึ่งเป็นสาระสำคัญอยู่

4 ประการคือ

- 1) การตั้งครรภ์แทนจะต้องเกิดจากการผสมเทียม หรือการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ ไม่ได้เกิดจากร่วมประเวณีกันตามธรรมชาติ
- 2) เด็กเกิดจากการตั้งครรภ์นั้น หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนเมื่อคลอดบุตรออกมาแล้ว มีเจตนาจะสละความเป็นมารดาและอำนาจปกครองบุตร โดยการยกให้เป็นบุตรบุญธรรมของผู้ให้ตั้งครรภ์แทนในขณะที่เข้าทำสัญญารับตั้งครรภ์แทน แต่ถ้าหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนเลี้ยงดูบุตรต่อไปไม่ถือว่าเป็นการรับตั้งครรภ์แทน
- 3) ผู้อุปการะเลี้ยงดูเด็กอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสียในตัวเด็ก เช่น เป็นเจ้าของไข่หรือเจ้าของอสุจิที่ใช้การผสมเทียม หรือเป็นคู่สมรสของเจ้าของไข่หรือเชื้ออสุจิ หรือเป็นผู้จัดหาไข่หรือเชื้ออสุจิที่ใช้ในการผสมเทียมเพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้น¹⁹
- 4) เจตนาจะสละความเป็นมารดาและอำนาจปกครองบุตรของผู้รับตั้งครรภ์แทน ต้องมีก่อนผสมเทียม หรือการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์แทนขึ้น

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนที่กฎหมายจะให้ความคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

¹⁸จักรกฤษณ์ ควรพจน์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 25.

¹⁹ประสพสุข บุญเดช, “อุ้มบุญ,” วารสารกฎหมายอุโขทัยธรรมมาธิราช 2, 15 (ธันวาคม 2536): 26.

ซึ่งกฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 21 สำหรับวิธีการตั้งครรภ์แทน ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ซึ่งกฎหมายอธิบายว่า การดำเนินการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัตินี้ได้กระทำ 2 วิธี คือ

วิธีที่ 1 ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีและไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน

วิธีที่ 2 ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีหรือไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนกับไข่หรืออสุจิของผู้อื่น ทั้งนี้ ห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

จากวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้ตามมาตรา 22 แสดงได้ว่ากฎหมายอนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนได้ตาม ข้อ 2.5.2 และ ข้อ 2.5.3 เนื่องจาก การตั้งครรภ์โดยการปฏิสนธิในร่างกายจะเป็นการนำไข่และอสุจิมาใช้เทคนิคทางการแพทย์ให้เกิดการปฏิสนธิกันก่อน และค่อยนำไปฉีดในมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ตรงกับมาตรา 22(1) ส่วนการตั้งครรภ์แทนโดยตัวอ่อนได้รับการบริจาคกฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ และตรงกับมาตรา 22(2) โดยหลักเกณฑ์การใช้อสุจิหรือไข่ของผู้รับบริจาคต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 20 กำหนดว่า “การผสมเทียมโดยใช้อสุจิของผู้บริจาคต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการผสมเทียมการให้ความยินยอมตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ” และในตอนท้ายของมาตรา 22(2) ระบุไว้ชัดเจนว่าแม้ว่าจะมีการบริจาคไข่หรืออสุจิ ห้ามใช้ไข่ของผู้รับตั้งครรภ์แทน ดังนั้น การตั้งครรภ์แทนประเภทที่กล่าวไว้ในข้อที่ 2.5.1 คือ การตั้งครรภ์โดยการฉีดเชื้อไม่สามารถทำได้ เพราะต้องใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

2.5 ข้อดี-ข้อเสียของการตั้งครรภ์แทน

2.5.1 ข้อดีของการตั้งครรภ์แทน

- 1) ทำให้มีบุตรไว้วางใจได้
- 2) เป็นการลดปัญหาการมีภรรยาบ่อย เพราะการที่ฝ่ายภรรยามีความบกพร่องทางกายไม่สามารถมีบุตรไว้วางใจได้ ทำให้สามีถือเป็นข้ออ้างอย่างหนึ่งในการมีภรรยาบ่อยเพื่อที่จะได้มีบุตรไว้วางใจได้ ซึ่งผลที่ติดตามมาจากการที่สามีมีภรรยาน้อยก็คือ อาจทำให้เกิดความล้มเหลวในชีวิตครอบครัวขึ้นได้
- 3) สืบเนื่องจากผลข้อ 2) การตั้งครรภ์แทนจึงสามารถลดปัญหาความแตกร้างในชีวิตครอบครัวได้
- 4) เป็นการทำให้ชีวิตครอบครัวสมบูรณ์ขึ้น คือ มีทั้งพ่อ แม่ ลูก
- 5) เด็กที่เกิดมาย่อมได้รับการศึกษาและเลี้ยงดูเป็นอย่างดีเนื่องจากคู่สามีภรรยาที่มาใช้บริการส่วนใหญ่จะมีฐานะทางครอบครัวและทางสังคมที่ดี
- 6) การที่คู่สามีภรรยาไม่สามารถมีบุตรได้เนื่องจากความบกพร่องของร่างกายนั้นไม่ใช่ความผิดของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ในเมื่อเทคโนโลยีนี้สามารถเข้ามาชดเชยแก้ไขปัญหานี้ได้ก็ทำให้ปัญหาครอบครัว ปัญหาสังคมลดน้อยลง
- 7) คู่สมรสที่ขอให้ผู้อื่นตั้งครรภ์แทนส่วนใหญ่มีความพร้อมที่จะมีบุตรอยู่แล้วและส่วนใหญ่ก็มีฐานะทางการเงินดี ดังนั้นเด็กที่เกิดมาในครอบครัวที่มีความพร้อมที่จะอบรมเลี้ยงดูและให้การศึกษา ก็ย่อมจะเป็นทรัพยากรที่ดีของประเทศชาติในอนาคต
- 8) ดีกว่าการรับบุตรบุญธรรมโดยทั่วไป เพราะอย่างน้อยเด็กที่เกิดมาก็มีความเกี่ยวข้องกับพันธุกรรมกับคู่สามีภรรยาที่ต้องการบุตร
- 9) ถือเป็นความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์การแพทย์

2.5.2 ข้อเสียของการตั้งครรภ์แทน

- 1) เทคนิคทางการแพทย์ที่นำมาใช้ค่าใช้จ่ายสูงมาก เฉพาะแต่ค่าใช้จ่ายการแพทย์จะเป็นเงินระหว่าง 20,000-30,000 บาทต่อหนึ่งรอบการรักษา และถ้าหากการปฏิบัติครั้งแรกไม่สำเร็จต้องทำซ้ำจะทำให้ค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นอีก
- 2) อัตราความสำเร็จยังต่ำอยู่ ประมาณร้อยละ 15-20

3) เป็นการยากที่จะหาหญิงที่มีคุณสมบัติที่เหมาะสม และพร้อมที่จะรับ-
ตั้งครรภ์แทน

4) อาจมีปัญหาตามมาในกรณีที่คู่สมรสที่มีบุตรยากและหญิงที่รับ-
ตั้งครรภ์แทนตกลงกันเรื่องการปกครองเด็ก (ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ทั้งสองฝ่ายต้องการเด็ก
หรือไม่ต้องการเด็ก) ไม่ได้

3. แนวคิดเรื่องการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเด็ก

กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีเจริญพันทาง-
การแพทย์ เป็นกฎหมายที่มีเจตนารมณ์ในการปกป้อง คุ้มครองเด็กที่มีวิธีการเกิดที่ไม่ใช่
วิธีการทางธรรมชาติ ทำให้กฎหมายที่ตราขึ้นมาต้องใช้ความละเอียดอ่อนและเข้าใจถึง
กระบวนการทางแพทย์ประกอบด้วย ทำให้ผู้วิจัยได้ศึกษาเกี่ยวกับเทคโนโลยีเจริญ-
พันธุ์ทางการแพทย์ การตั้งครรภ์แทน ดังที่กล่าวมาแล้ว และจากการศึกษาทำให้เข้าใจได้
ว่ากฎหมายที่คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ต้องเป็น
กรณีที่สามมีและภริยาให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนเท่านั้น

นอกจากที่ผู้วิจัยศึกษากระบวนการทางการแพทย์แล้ว การตรากฎหมายเกี่ยวกับ
การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ต้องอาศัยพื้นฐาน
ของหลักสิทธิเสรีภาพประกอบด้วย เพื่อให้กฎหมายที่ตราขึ้นมามีส่วนในการคุ้มครอง
เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยการศึกษาเกี่ยวกับแนวคิด
เรื่องสิทธิเสรีภาพเป็นเพียงส่วนหนึ่งที่ ผู้วิจัยได้นำหลักดังกล่าวมาพัฒนากฎหมายเพื่อ
สร้างมาตรการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
อันได้แก่ มาตรการคุ้มครองภายหลังเด็กเกิดมาแล้ว คือ มาตรการคุ้มครองเด็กเกี่ยวกับ
ความรับผิดชอบเพื่อประโยชน์ในทางการค้า มาตรการในการตรวจสอบครอบครัวที่รับเด็ก
ไปเลี้ยงดู เด็กต้องได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับเด็กที่เกิดมาด้วยวิธีการทางธรรมชาติ
ทำให้ผู้วิจัยได้ศึกษาแนวคิด หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ดังต่อไปนี้

3.1 แนวคิดเรื่องกฎหมายธรรมชาติและสิทธิตามธรรมชาติ

แนวคิดทฤษฎีว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) มีกำเนิดมาตั้งแต่จากสมัยกรีกก่อนคริสตกาลนั้น ซึ่งเป็นแนวความคิดที่อ้างว่ากฎหมายมีอยู่ตามธรรมชาติ กล่าวคือ กฎหมายเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นและมีมาเองโดยมนุษย์ไม่ได้ทำขึ้น เป็นกฎหมายที่อยู่เหนือรัฐ และใช้ได้โดยไม่จำกัดกาลเวลา²⁰ สืบเนื่องมาจากประชาชนในสมัยนั้นถูกปกครองแบบกดขี่ข่มเหง โดยกษัตริย์หรือผู้มีอำนาจปกครองจึงทำให้เกิดแนวความคิดในการจำกัดอำนาจของกษัตริย์และผู้มีอำนาจปกครองดังกล่าว ในขณะเดียวกันได้กำหนดให้บุคคลมีสิทธิต่าง ๆ ขึ้นมา ซึ่งสิทธิดังกล่าวนั้นก็คือ สิทธิตามธรรมชาติ (Natural Right) ตามแนวคิดของกฎหมายธรรมชาติซึ่งจะมีลักษณะอย่างเดียวกัน คือ ใช้ได้ทุกยุคทุกสมัยไม่จำกัดเวลา สถานที่ และจะออกกฎหมายใด ๆ มาขัดแย้งกับสิทธิธรรมชาติไม่ได้²¹ โดยแนวคิดในเรื่องนี้มีอิทธิพลจนกระทั่งเกิด “ปณิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติ” ในที่สุด²² ทั้งนี้ นักปราชญ์ตั้งแต่สมัยกรีกได้ให้ความหมายของความ เป็นกฎหมายธรรมชาติไว้หลายท่าน เช่น นักปราชญ์กลุ่ม Stoics ซึ่งเป็นกลุ่มนักปราชญ์ที่มีชื่อเสียงก่อนคริสต์ศักราชโดยพวกเขาเชื่อว่ากฎหมายธรรมชาตินั้นใช้บังคับเหนือพระเจ้าและมนุษย์และเป็นกฎหมายซึ่งแนะนำว่า “อะไรคือ สิ่งที่ต้องทำและห้ามสิ่งที่ไม่ควรกระทำ” พวกเขาเน้นว่าระเบียบและความมั่นคงเป็นพลังตามธรรมชาติที่จะเหนี่ยวรั้งมนุษย์ให้มีชีวิตและปฏิบัติตามธรรมชาติ ถ้าไม่มีสิ่งนี้แล้วสังคมจะปราศจากสันติและความ เป็นระเบียบ ซึ่งความระเบียบและความมั่นคงเช่นนี้ก็คือ กฎหมายธรรมชาติ

²⁰ กุลพล พลวัน, การบริหารกระบวนการยุติธรรม (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544), หน้า 246.

²¹ ไพศาล วัตรธรรม, การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการออกหมายจับ (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2549), หน้า 10.

²² กุลพล พลวัน, สิทธิมนุษยชนในสังคมไทย (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 14-15.

นั่นเอง²³ นอกจากนี้ เฮราลิตัส (Heralitus) ซึ่งเป็นนักปราชญ์ชาวกรีก ยังได้กล่าวถึง กฎหมายธรรมชาติว่าเป็นกฎหมายที่มีได้เขียนไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแต่ได้แพร่หลาย และควบคุมไว้ซึ่งธรรมชาติ ถ้าไม่มีกฎหมายนี้แล้วโลกจะเกิดความวุ่นวาย ดังนั้น ตามแนวความคิดของเขา กฎหมายธรรมชาติจึงมีพื้นฐานมาจากหลักที่ว่า ทุกสิ่งเกิดขึ้น ตามที่ควรเป็นเช่นนั้นเป็นต้นซึ่งแนวความคิดของนักปราชญ์กลุ่ม Stoics และเฮราลิตัส (Heralitus) ดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าแนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติมี วัตถุประสงค์เพื่อแสดงถึงหลักแห่งความยุติธรรมและความถูกต้อง ซึ่งฝังแน่นอยู่ในจิตใจ ของมนุษย์และใช้แนวทางในการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ต่าง ๆ เช่น การใช้สิทธิ การปฏิบัติตาม พันธกรณี และการรักษาไว้ซึ่งระเบียบและความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน โดยการละเลย ไม่รักษาไว้ซึ่งข้อเรียกร้องของกฎหมายตามธรรมชาติ จึงเป็นการทำลายกฎหมายดังกล่าว สรุปได้ว่า ลักษณะสำคัญของแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติมี 3 ประการ คือ

- 1) กฎหมายธรรมชาติใช้ได้โดยไม่จำกัดเวลา กล่าวคือ กฎหมายธรรมชาติ ย่อมใช้ได้เสมอ ไม่มีวันยกเลิกหรือล้าสมัย
 - 2) กฎหมายธรรมชาติใช้ได้ทุกแห่งไม่จำกัดว่าจะต้องใช้ได้เฉพาะในรัฐใด หรือสถานที่ใดเท่านั้น
 - 3) กฎหมายธรรมชาติอยู่เหนือรัฐ คือ กฎหมายธรรมชาติย่อมมีความยุติธรรม เป็นที่สุด ฉะนั้นกฎหมายของรัฐจะขัดหรือแย้งต่อกฎหมายธรรมชาติไม่ได้²⁴
- จากแนวคิดในเรื่องกฎหมายธรรมชาติจึงเป็นแนวคิดที่เชื่อว่า นอกเหนือไปจากกฎหมายที่รัฐบัญญัติขึ้นแล้วยังมีกฎหมายอีกประการหนึ่งซึ่งจะเกิดขึ้นเองตามธรรมชาติโดยมนุษย์ไม่ได้เป็นผู้สร้างขึ้น เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับได้โดยไม่จำกัด กาลเวลาและสถานที่ กฎหมายธรรมชาติมีสิทธิเหนือรัฐ กล่าวคือ รัฐต้องเคารพกฎ

²³ กุลพล พลวัน, พัฒนาการสิทธิมนุษยชน, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538), หน้า 26.

²⁴ มานิตย์ จุมปา, ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547), หน้า 21.

ธรรมชาติ กฎหมายที่รัฐบัญญัติขึ้นจะมีสภาพบังคับก็ต่อเมื่อสอดคล้องกับกฎหมายธรรมชาติและกฎหมายจะไร้สภาพบังคับลงหากว่าขัดแย้งกับกฎหมายธรรมชาติ²⁵ ซึ่งนักปราชญ์ชาวกรีกได้วางรากฐานในทางปรัชญากฎหมายธรรมชาติโดยได้ให้ความเห็นว่า แก่นสารของชีวิตเป็นสิ่งที่มียู่ในธรรมชาติ อันประกอบด้วย จุดหมายปลายทาง ระเบียบ และเหตุผล โดยถือว่าธรรมชาติคือ ความสัมพันธ์ของสรรพสิ่ง ซึ่งแนวความคิดกฎหมายธรรมชาติดังกล่าวจึงทำให้นักปราชญ์ที่สำคัญของกรีกอีกหลายคนต่อ ๆ มา เช่น โซกราตีส (Socrates) เพลโต (Plato) และอริสโตเติล (Aristotle) ซึ่งมีแนวความคิดเดียวกัน โดยอาศัยหลักเหตุผลตามธรรมชาติของมนุษย์ว่าภายใต้กฎเกณฑ์เดียวกันแห่งโลกและจักรวาล มนุษย์มีสติปัญญารู้ผิดชอบชั่วดีเหมือน ๆ กัน²⁶ และมีความเชื่อกันว่ามนุษย์ จึงมีเหตุผล (Ratio Reason) อยู่ในตัวเองเป็นหลัก โดยมนุษย์มีสิทธิเสรีภาพที่เสมอภาคเท่าเทียมกันเป็นสากล มนุษย์ไม่อาจเป็นทาสด้วยกันได้²⁷ ด้วยเหตุนี้ การปกครองของกรีกจึงมีลักษณะเป็นประชาธิปไตย โดยให้การยอมรับสิทธิและเสรีภาพของเอกชน ตลอดจนทั้งให้การยกย่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เช่น เปิดโอกาสให้ประชาชนได้เลือกผู้ปกครองบ้านเมืองเอง มีการพบปะสนทนา ได้เถียง แลกเปลี่ยนความคิดเห็นซึ่งกันและกันอย่างมีเหตุผล การกระทำได้กล่าวเป็นพื้นฐานที่ช่วยผลักดันให้โอกาสประชาชนได้มีสิทธิเสรีภาพในการแสดงออกอย่างเต็มที่ จึงเป็นการนำหลักกฎหมายธรรมชาตินี้มาใช้กับพลเมืองของตนและได้มีการพัฒนาและถ่ายทอดไปสู่ยุคโรมัน โดยนำแนวความคิดเกี่ยวกับหลักมนุษยธรรมมาปรับใช้กับทาสในยุคนั้น โดยอาศัยแนวความคิดของนักปราชญ์ชาวกรีกที่ว่ามนุษย์มีความเสมอภาคกัน และไม่อาจเป็น

²⁵วีระ โลจายะ, “กฎหมายแพ่งและพาณิชย์,” ใน เอกสารสอนชุดวิชา กฎหมายมหาชน เล่ม 2, หน่วยที่ 7 (นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช, 2531), หน้า 467.

²⁶จรัญ โฆษณานันท์, *สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2556), หน้า 5.

²⁷ปรีดี เกษมทรัพย์, *นิติปรัชญา* (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546), หน้า 116-126.

ทรัพย์สินของมนุษย์ด้วยกันได้เป็นหลัก จนกระทั่งจักรวรรดิโรมันล่มสลายลง ต่อมา แนวความคิดดังกล่าวได้เกิดขึ้นอีกในยุคกลางตอนปลาย โดย Saint Thomas Aquinas ซึ่งได้ให้ความสำคัญกับธรรมชาติและเหตุผลมาก โดยเน้นว่ากฎหมายมนุษย์จะต้องสอดคล้องกับกฎหมายธรรมชาติให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้²⁸ จึงมีแนวความคิดว่า ผู้ปกครองบ้านเมืองนั้นควรได้รับเลือกมาจากประชาชนและประชาชนต้องมีสิทธิมีเสียงในการปกครองบ้านเมืองด้วย ซึ่งแนวความคิดนี้ได้เป็นรากฐานสำคัญในการพัฒนาแนวความคิดกฎหมายธรรมชาติในศตวรรษที่ 17 และ 18 เพื่อจำกัดอำนาจรัฐ และคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์ เพราะจุดที่สำคัญที่สุดในกฎหมายธรรมชาติก็คือ เชื่อว่าเหนืออำนาจสูงสุดของมนุษย์ยังมีสิ่งสำคัญอื่นอีก คือ “ธรรมชาติ” และ “เหตุผล” เมื่อสิ่งใดเป็นสิทธิเสรีภาพตามธรรมชาติของมนุษย์อยู่แล้ว ใครก็ตามหาอำนาจใช้อำนาจลบล้างไม่ได้²⁹

ในศตวรรษที่ 18 ซึ่งเป็นยุคสมัยใหม่ หรือเรียกว่า ยุค Enlightenment เป็นยุคแห่งความคิดทางกฎหมายธรรมชาติ มีการอาศัยเหตุผลทางธรรมชาติมาเป็นหลัก นักปราชญ์ที่สำคัญในยุคนี้ ได้แก่ John Locke Montesquieu Christian Thomasius และ Jean Jacques Rousseau ซึ่งมีแนวความคิดว่า มนุษย์ในสถานะตามธรรมชาติเป็นสถานะแห่งสันติภาพและความเสมอภาค และในสถานะตามธรรมชาตินี้มนุษย์ทุกคนก็รู้จักกฎหมายธรรมชาติ อันเป็นสิ่งที่สอนให้มนุษย์รู้จักเคารพความเสมอภาคและความเป็นอิสระต่อกัน รู้ว่าแต่ละคนไม่ควรจะล่วงละเมิดชีวิตร่างกาย เสรีภาพ และทรัพย์สินของกันและกัน ในสถานะตามธรรมชาตินี้เมื่อเกิดข้อขัดแย้งพิพาทกันขึ้น มนุษย์แต่ละคนย่อมมีอำนาจที่จะบังคับการตามสิทธิที่ตนมีตามธรรมชาติ และลงโทษผู้กระทำผิดด้วยกำลังของตน ซึ่งในสถานะตามธรรมชาติเช่นนี้ ย่อมมีอันตราย มีข้อเสียและความไม่สะดวกหลายประการ คือ การใช้สิทธิในร่างกาย เสรีภาพ และทรัพย์สินที่แต่ละคนมี

²⁸ประสิทธิ์ โขวิไลกุล, กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 4

(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2554), หน้า 99.

²⁹จรัญ โฆษณานันท์, เรื่องเดิม, หน้า 11.

ตามธรรมชาตินั้น ขาดความแน่นอนชัดเจนมักจะมีการล่งล้ำขอบเขต และ
 กระทบกระเทือนสิทธิของผู้อื่นได้เสมอ การบังคับตามสิทธิและการลงโทษ เมื่อมี
 การฝ่าฝืนกฎหมายธรรมชาติหรือล่งละเมิดกันขึ้นเพราะการที่ทุกคนต่างทำหน้าที่พิพากษา
 ของตน ก็ย่อมอาจมีอคติโดยทำการแก้แค้นทดแทนจนเกินสมควรแก่เหตุหรือทำให้เกิด
 ความรุนแรงได้ และเพื่อยุติความยุ่งเหยิงและความไม่สงบเรียบร้อยต่าง ๆ ที่มีอยู่ใน
 สภาวะตามธรรมชาติ มนุษย์จึงเข้าทำสัญญากันอยู่ร่วมกันเป็นสังคม และจัดตั้งรัฐบาลขึ้น
 ทำหน้าที่ปกครองรักษาความยุติธรรมและความสงบเรียบร้อยในรูปของสัญญา-
 ประชาคม (Social Contract) กล่าวคือ ราษฎรทั้งหลายยอมสละสิทธิในชีวิต เสรีภาพ
 และทรัพย์สินอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามธรรมชาติของมนุษย์ไว้ โดยโอนอำนาจบังคับ
 การตามกฎหมายธรรมชาติให้แก่รัฐที่ได้ตั้งขึ้นตามสัญญา³⁰ ด้วยเหตุนี้ รัฐจึงเป็นรัฐที่มี
 หน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยและอำนวยความยุติธรรม มีอำนาจจำกัด ไม่ใช่รัฐ
 สมบูรณ์ญาสิทธิราชย์ที่มีอำนาจเด็ดขาด สัญญาประชาคมตามความคิดของ John Locke
 จึงเรียกว่า เป็นสัญญาสหภาพ (Pactum Unionis) เป้าหมายหลักที่สำคัญของการที่เอกชน
 มาเข้าทำสัญญาประชาคมและอยู่ภายใต้บังคับของรัฐบาล คือ การดำรงไว้ซึ่งเสรีภาพ
 ชีวิต และทรัพย์สินของตน ซึ่งการดำรงสิ่งเหล่านี้เรียกว่าเป็นการดำรงซึ่งความดีงาม
 ร่วมกัน (The Common Good) ด้วยเหตุนี้ อำนาจอรัฐที่จัดตั้งขึ้นจากสัญญาประชาคมนี้
 จึงไม่อาจก้าวล่วงจากการรักษาสິงนี้ได้ เมื่อใดที่รัฐฝ่าฝืนเงื่อนไขข้อนี้ กล่าวคือ เมื่อรัฐ
 ละเมิดต่อเสรีภาพชีวิตและทรัพย์สินของราษฎรแล้ว การกระทำของรัฐเช่นนั้นย่อมเป็น
 การฝ่าฝืนความไว้วางใจของราษฎรตามสัญญา คือ ฝ่าฝืนเงื่อนไขสำคัญแห่งการมีอำนาจ
 ของรัฐประชาชนย่อมมีสิทธิปฏิบัติเพื่อป้องกันการล่งละเมิดหน้าที่และฝ่าฝืนกฎหมาย
 ธรรมชาติของรัฐ John Locke ได้เสนอแนวความคิดในการป้องกันการใช้อำนาจของรัฐที่
 เกินขอบเขต โดยเสนอหลักการแบ่งแยกอำนาจ ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันในเวลาต่อมาว่าเป็น
 หลักพื้นฐานสำคัญของหลักการปกครองโดยกฎหมายและระบอบประชาธิปไตย ตามหลัก

³⁰ โภคิน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์, **หลักกฎหมายมหาชน**, พิมพ์ครั้งที่ 8
 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2557), หน้า 44.

ดังกล่าวนี้ ผู้ออกกฎหมายจะต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายเช่นเดียวกับราษฎร แนวความคิดนี้เน้นว่ารัฐมีอำนาจจำกัด เพราะมีความมุ่งหมายสำคัญเพื่อธำรงไว้ซึ่ง ความดีร่วมกัน อันได้แก่ สิทธิในชีวิต เสรีภาพ และทรัพย์สินของราษฎรเป็นสิทธิ ตามธรรมชาติที่ไม่อาจจำหน่ายโอนกันได้ และเป็นสิทธิที่อยู่ควบคู่กับ ความเป็น มนุษย์จึงนับเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์และเป็นรากฐานของการจัดทำรัฐธรรมนูญ ในสมัยต่อมา³¹

แนวความคิดของนักปรัชญากฎหมายธรรมชาติในยุคต่าง ๆ ที่ผ่านมาจนถึง ปัจจุบันแสดงให้เห็นว่า ทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติยังมีความสำคัญและสามารถนำมา พัฒนาให้ กับผู้ปกครองประเทศ เพื่อไม่ให้ทำเกินขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตน โดยมี การกำหนดหลักเกณฑ์ ซึ่งเกิดขึ้นด้วยความสมัครใจของรัฐและของประชาชนทั้งหลาย ให้ประพฤติปฏิบัติอยู่ในกรอบของหลักเกณฑ์เดียวกัน จะเห็นได้ว่า การประกาศรับรอง สิทธิเสรีภาพของมนุษย์โดยองค์การสหประชาชาติ ซึ่งบัญญัติไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วย สิทธิมนุษยชน (The Universal Declaration of Human Rights) อันเป็นการแสดงออกถึง การคุ้มครองสิทธิของมนุษย์ที่ถือว่าเป็นเอกสารที่สำคัญที่รับสิทธิเสรีภาพของมนุษย์ ทั้งนี้ล้วนเป็นเรื่องที่มีอยู่ในกฎหมายธรรมชาติทั้งสิ้น³²

จากหลักแนวคิดสิทธิเสรีภาพของกฎหมายธรรมชาติ ทำให้เกิดแนวคิดใน การพัฒนากฎหมายคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ว่า การกำหนดมาตรการขึ้นมากุมครองต้องยึดหลักที่ว่ามนุษย์ที่เกิดไม่ใช่ทรัพย์สินของ มนุษย์ด้วยกัน และไม่ควรล่วงละเมิดชีวิตร่างกาย ซึ่งกันและกัน เด็กที่เกิดโดยอาศัย- เทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ มนุษย์สามารถทำให้เด็กเกิดมาโดยใช้เทคนิคทาง การแพทย์ ทำให้บุคคลที่ต้องการมีบุตรสามารถมีบุตรได้ง่ายขึ้น แต่ความสะดวกในทาง การแพทย์ก็ส่งผลเสียตามมาเช่นกัน โดยอาจมีการนำเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยี- เจริญพันธุ์ทางการแพทย์ มาใช้ในทางผิดกฎหมายหรือนำเด็กเข้าสู่รูปแบบธุรกิจการค้า การศึกษาหลักกฎหมายธรรมชาติและสิทธิตามธรรมชาติ ทำให้เกิดแนวคิดในการพัฒนา

³¹ปรีดี เกษมทรัพย์, เรื่องเดิม, หน้า 196-198.

³²จรัญ โฆษณานันท์, เรื่องเดิม, หน้า 117.

กฎหมายก่อให้เกิดแนวทางในการกำหนดหลักการให้เกิดความเสมอภาค สันติภาพแก่เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เพื่อนำไปปรับปรุงกฎหมายให้เกิดประสิทธิภาพมากขึ้น

การศึกษาพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้มีการนำหลักกฎหมายธรรมชาติมาใช้ ดังนี้

มาตรา 35 ห้ามมิให้ผู้ใดซึ่งมิใช่ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์รวมทั้งรับฝากรับบริจาคใช้ประโยชน์จากอสุจิไข่หรือตัวอ่อนหรือทำให้สภาวะของตัวอ่อน

มาตรา 36 ห้ามมิให้ผู้ใดสร้างตัวอ่อนเพื่อใช้ในกิจการใด ๆ เว้นแต่เพื่อใช้ในการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย

มาตรา 40 ห้ามมิให้ผู้ใดสร้าง เก็บรักษา ขยาย นำเข้า ส่งออก หรือใช้ประโยชน์ซึ่งตัวอ่อนที่มีสารพันธุกรรมของมนุษย์มากกว่าสองคนขึ้นไป หรือตัวอ่อนที่มีเซลล์หรือส่วนประกอบของเซลล์มนุษย์กับสิ่งมีชีวิตสายพันธุ์อื่นรวมกันอยู่

มาตรา 41 ห้ามมิให้ผู้ใดซื้อ เสนอซื้อ ขยาย นำเข้า หรือส่งออก ซึ่งอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อน

ถึงอย่างไรก็ตามแม้ว่ากฎหมายได้นำแนวคิดของกฎหมายธรรมชาติมาใช้แต่ในกฎหมายฉบับนี้มีข้อบกพร่องในส่วนของมาตรการที่คัดเลือกผู้รับตั้งครรภ์แทนกฎหมายฉบับนี้ไม่ได้กำหนดคุณลักษณะบุคคลไว้ เพียงแต่กำหนดไว้ในมาตรา 21 การคัดเลือกผู้รับตั้งครรภ์แทนถือว่ามีส่วนสำคัญ เพราะเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เป็นการเกิดโดยใช้เทคนิคทางการแพทย์ ซึ่งการสร้างมาตรการในการเลือกบุคคลที่รับตั้งครรภ์แทนควรคำนึงถึงหลักกฎหมายธรรมชาติด้วยเช่นกัน

3.2 พัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ของสิทธิและเสรีภาพ

เมื่อศึกษาเกี่ยวกับหลักกฎหมายธรรมชาติและสิทธิเสรีภาพ ตามแนวคิดที่ว่ามนุษย์ไม่ใช่ทรัพย์สิน ไม่สามารถล่วงละเมิดสิทธิกันได้ เพื่อให้ทราบว่าเหตุใดหลักเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพเป็นเรื่องสำคัญที่ควรนำมาพิจารณาในการประกอบการจัดทำ

กฎหมายทุกครั้ง เพราะสิทธิเสรีภาพทำให้มนุษย์เกิดความเท่าเทียมกัน เป็นอิสระ และ
 กว่าจะนำสิทธิเสรีภาพมาใช้ ในทางประวัติศาสตร์มีพัฒนาการที่ยาวนาน จึงควรศึกษา
 พัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ เพื่อให้เกิดความเข้าใจเกี่ยวกับสิทธิ เสรีภาพอย่าง-
 ถูกต้อง และนำไปปรับใช้กับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทาง-
 การแพทย์

สิทธิและเสรีภาพในปัจจุบันนี้พัฒนามาจากสิทธิเสรีภาพของชนชั้นกลาง ใน
 ยุคกลางของยุโรป ชนชั้นกลางในยุโรปได้บังคับให้พวกขุนนางและกษัตริย์ให้
 หลักประกันในสิทธิและเสรีภาพบางประการแก่พวกตน โดยในการให้หลักประกัน
 มักจะกระทำในรูปของเอกสารต่าง ๆ การรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยรับรอง
 สิทธิในการฟ้อง สิทธิในการปรึกษาหารือ สิทธิในการร่วมแสดงความคิดเห็นในปัญหา
 สำคัญ ๆ เช่น เกี่ยวกับการทำสงคราม การทำสัญญาสันติภาพ เป็นต้น นอกจากนี้ยังได้
 รับรองการล่วงละเมิดไม่ได้ในชีวิต เกียรติยศ สิทธิในที่อยู่อาศัยและกรรมสิทธิ์แต่
 ข้อเรียกร้องที่ได้รับการกล่าวถึงกันมากในการต่อสู้ของชนชั้นกลาง คือ แมกนาคาร์ตา
 (Magna Carta) ในปี ค.ศ. 1215 อันเป็นข้อเรียกร้องซึ่งเกิดมาจากการที่พวกขุนนาง
 ไม่พอใจพระเจ้าจอห์น ซึ่งปกครองในสหราชอาณาจักร เหตุเพราะพระเจ้าจอห์นมักจะ
 เก็บภาษีตามใจชอบ เพื่อนำไปใช้ในการสงคราม ด้วยเหตุนี้จึงเกิดการรบพุ่งกันพระเจ้า
 จอห์นเป็นฝ่ายแพ้ จึงต้องยอมประทับตราลงใน แมกนาคาร์ตา (Magna Carta) โดยมี
 สาระสำคัญประการหนึ่งว่า กษัตริย์จะเก็บภาษีบางอย่างโดยไม่ได้ได้รับความเห็นชอบจาก
 พวกขุนนางไม่ได้ นอกจากนี้เพื่อป้องกันการใช้อำนาจ โดยมีชอบจากศาลของ
 พระมหากษัตริย์ จึงได้มีการกำหนดไว้ในมาตรา 39 ว่า “อิสรชนไม่อาจจะถูกจับกุม
 ค่อมขัง ถูกประหาร หรือ ถูกเนรเทศ หรือถูกกระทำโดยวิธีใดวิธีหนึ่ง เว้นแต่โดยอาศัย
 พื้นฐานคำวินิจฉัยตามบทบัญญัติของกฎหมาย”³³

สิทธิที่ได้มีการเรียกร้องดังกล่าวมาข้างต้น ไม่ถือว่าเป็นสิทธิตามธรรมชาติ
 แต่เป็นสิทธิที่มีพื้นฐานมาจากข้อตกลง ด้วยเหตุนี้สิทธิดังกล่าวจึงใช้บังคับเฉพาะชนชั้น

³³บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็น
 มนุษย์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553), หน้า 34.

กลางในเขตที่กำหนดไว้เท่านั้น ข้อตกลงนี้ไม่ได้มีผลบังคับประชาชนทั่วไป แต่เนื้อหาของข้อตกลงดังกล่าวได้มีอิทธิพลต่อความคิดในการตรากฎหมายและเริ่มเป็นอุปสรรคต่อการใช้อำนาจในการตรากฎหมายของผู้ปกครองในยุคนั้น พัฒนาการของสิทธิเสรีภาพได้พัฒนาเรื่อยมา จนมาถึงพัฒนาการของทฤษฎีว่าด้วยรัฐสมัยใหม่ ตั้งแต่ศตวรรษที่ 16 โดยเฉพาะอย่างยิ่งในศตวรรษที่ 17

โดย ค.ศ. 1628 สภาขุนนางและสภาสามัญของสหราชอาณาจักรได้ยื่นเอกสารต่อพระเจ้าชาร์ล ซึ่งถูกบังคับให้ยอมรับเอกสารนี้ ซึ่งเอกสารนี้เรียกว่า Petition of Right ซึ่งมีสาระสำคัญ ดังนี้ (1) บุคคล จะไม่ถูกบังคับให้เสียภาษีใด ๆ โดยปราศจากความยินยอมร่วมกันโดยการตราเป็นพระราชบัญญัติของสภา (2) บุคคลจะไม่ถูกจับกุมหรือคุมขัง เว้นแต่เป็นไปตามกฎหมายหรือพระราชบัญญัติของราชอาณาจักร (3) การบังคับให้หาที่อยู่อาศัยและการเลี้ยงดูแก่ทหารบก ทหารเรือจะต้องถูกยกเลิก (4) การสั่งให้การดำเนินการพิจารณาโดยอาศัยกฎอัยการศึกนั้นจะต้องถูกยกเลิก³⁴จาก Petition of Rights ได้มีการกำหนดสถานะแห่งสิทธิตามกฎหมายระหว่างพระมหากษัตริย์กับรัฐสภา ซึ่งจากเหตุการณ์ดังกล่าวทำให้ความหมายของสิทธิเสรีภาพได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม เพราะนับตั้งแต่นั้นต่อมาแม้ไพร่ฟ้าประชาชนของพระองค์ก็สามารถอ้างสิทธิต่างๆกับพระองค์ได้โดยบรรดาองค์การแห่งการมีอยู่แห่งสิทธิที่มีอยู่ในแต่ละบุคคลนั่นเอง³⁵

ในปี ค.ศ. 1678 สมัยพระเจ้าชาร์ลที่ 2 พระองค์ถูกบังคับให้มีการตราพระราชบัญญัติที่เรียกว่า Habeas Corpus Act ซึ่งเป็นพระราชบัญญัติเรื่องของการป้องกันสิทธิของราษฎรในการจับกุม คุมขัง โดยปราศจากเหตุผล ก่อนการจับกุมต้องมีหมายเรียกตัวจากเจ้าหน้าที่เพื่อเป็นการพิสูจน์ว่าในการจับกุมนั้นได้กระทำตามกฎหมายหรือไม่ และนอกจากนั้นยังเป็นพระราชบัญญัติที่ได้กำหนดถึงการประกันตัวในระหว่างพิจารณาอีกด้วย

³⁴บรรเจิด สิงคะเนติ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 35.

³⁵บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, คำอธิบายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: รัฐธรรมนูญเยอรมัน (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535), หน้า 42.

ต่อมาใน ค.ศ. 1689 รัฐสภาอังกฤษได้ร่างเอกสารฉบับหนึ่งเรียกว่า Bill of Right ซึ่งพระเจ้าวิลเลียมและพระนางแมรีได้ให้ความเห็นชอบ โดยเอกสารฉบับนี้ได้จำกัดการใช้อำนาจของพระมหากษัตริย์หลายประการ สิ่งต่างๆ เหล่านี้เป็นพัฒนาการของสิทธิเสรีภาพที่มีมาพร้อมกับพัฒนาการของรัฐสมัยใหม่ทั้งสิ้น

ในปี ค.ศ. 1770 ได้มีพระราชบัญญัติโดยเป็นความเห็นเด็ดขาดของรัฐสภาที่เรียกว่า Act of Settlement ซึ่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้มีเนื้อหาในการกำหนดการสืบราชสมบัติของราชวงศ์ว่าจะต้องได้รับความเห็นของรัฐสภาเสียก่อน

ในศตวรรษที่ 16 และ 17 ทฤษฎีสัญญาประชาชน และแนวความคิดแบบมนุษยนิยมเป็นแนวคิดที่มีบทบาทสำคัญในยุคนั้น จากแนวความคิดดังกล่าวมีอิทธิพลต่อจอห์น มิลตัน (John Milton) ซึ่งได้เรียกร้องสิทธิต่างๆ ต่อไปนี้ว่าเป็นสิทธิที่มีความจำเป็นสำหรับประชาชน กล่าวคือ สิทธิในชีวิตและร่างกาย กรรมสิทธิ์ เสรีภาพ เสรีภาพในทางศาสนาและในทางความเชื่อ เสรีภาพในการพูด และเสรีภาพของหนังสือพิมพ์ แนวความคิดดังกล่าวได้นำไปสู่การทำ “ข้อตกลงของประชาชน” (Agreement of The People) ซึ่งได้เสนอต่อ โอลิเวอร์ครอมเวล (Oliver Cromwell) โดยสภาที่ปรึกษาแห่งกองทัพเพื่อการปฏิวัติ ซึ่งตามข้อตกลงดังกล่าวคือ เสรีภาพในทางศาสนาและในทางความเชื่อ เสรีภาพจากการถูกบังคับให้ร่วมในสงคราม การนิรโทษกรรมสำหรับผู้ที่มีความคิดเห็นทางการเมืองที่แตกต่าง ความเสมอภาค การแทรกแซงในสิทธิของบุคคล หรือการแทรกแซงในกรรมสิทธิ์จะกระทำได้อีกต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจในการกระทำดังกล่าว สิทธิ เสรีภาพ กรรมสิทธิ์ไม่อาจถูกละเมิดได้

บุคคลที่มีความสำคัญบุคคลหนึ่งในเรื่องสิทธิเสรีภาพ คือ จอห์น ล็อก (John Locke) โดยได้เขียนหนังสือที่มีความสำคัญยิ่งคือ “Two Treaties on Civil Govetment” โดย จอห์น ล็อก เห็นว่า ชีวิต เสรีภาพ และกรรมสิทธิ์เป็นสิทธิที่ติดตัวบุคคลมาตั้งแต่เกิดโดยสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่มีอยู่อย่างเท่าเทียมกันอย่างเป็นอิสระ ของปัจเจกบุคคลในสภาวะธรรมชาติ สิทธิดังกล่าวไม่อาจถูกยกเลิกโดยสัญญาประชาคม ซึ่งกรรมสิทธิ์ตามแนวความคิดของยุคกลางและตามความคิดของศตวรรษที่ 17 ถือว่ารวมอยู่ในสิทธิและเสรีภาพของบุคคลด้วย เพื่อให้เกิดหลักประกันต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล จอห์น ล็อก ได้เรียกร้องให้มีการแบ่งแยกอำนาจนิติบัญญัติออกจากอำนาจ

บริหาร สำหรับเรื่องแนวความคิดในการจำกัดอำนาจรัฐได้รับการพัฒนาต่อมา โดยมอง เตสกีเออ (Montesquieu) ซึ่งถือว่าเป็นพัฒนาการยุคหนึ่งของการสร้างหลัก ประกันสิทธิ และเสรีภาพเช่นกัน พัฒนาการสิทธิเสรีภาพนี้ต่อมาได้มีการประกาศสิทธิมนุษยชนและ สิทธิพลเมือง โดยได้ประกาศสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง ในการปฏิวัติฝรั่งเศส ในปี ค.ศ. 1789 ตามประกาศดังกล่าวได้กล่าวถึงความผูกพันขององค์กษัตริย์และ ฝ่ายบริหารต่อสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งสิทธิและเสรีภาพมีความผูกพันต่อรัฐทั้งหมด ซึ่งจาก คำประกาศทั้งสองฉบับดังกล่าวในอังกฤษและฝรั่งเศส ได้มีอิทธิพลต่อหลักการสิทธิและ เสรีภาพอย่างสำคัญ ในศตวรรษที่ 19 และ 20 หลักการดังกล่าวข้างต้นได้มีอิทธิพลต่อ ประเทศในยุโรปเกือบทั้งหมดและยังมีอิทธิพลต่อประเทศต่าง ๆ เกือบทั่วโลก³⁶

ส่วนการพัฒนาการของสิทธิและเสรีภาพในประเทศฝรั่งเศส ที่ถือเป็นแม่บท ในเรื่องการรับรองสิทธิและเสรีภาพแก่นานาประเทศ ซึ่งการประกาศสิทธิมนุษยชนและ พลเมืองในฝรั่งเศส เมื่อวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 โดยตัวแทนของประชาชนชาว ฝรั่งเศส ซึ่งประกอบกันเป็นสภาแห่งชาติตามประกาศประกาศสิทธิมนุษยชนและ พลเมือง ได้กล่าวถึงความผูกพันขององค์กษัตริย์แต่สิทธิเสรีภาพ โดยที่สิทธิและ เสรีภาพผูกพันในอำนาจทั้งหมดของรัฐ ผูกพันในการใช้อำนาจของรัฐ องค์การต่าง ๆ ที่ ใช้อำนาจรัฐ โดยที่สาระสำคัญ เช่น เสรีภาพในการกระทำทั่วไปอันเป็นการคุ้มครอง เสรีภาพของบุคคล หลักไม่มีความผิดและไม่ต้องรับโทษโดยไม่มีกฎหมาย เสรีภาพ ในทางศาสนา สิทธิในกรรมสิทธิ์ และหลักประชาธิปไตยเป็นของปวงชน รวมทั้ง แนวคิดเรื่องการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ อาจกระทำได้โดยบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อ ประโยชน์มหาชน³⁷

จากการรับรองสิทธิและเสรีภาพในฝรั่งเศสหลังจากการปฏิวัติฝรั่งเศส ครั้ง ใหญ่ใน ปี ค.ศ. 1789 ภาวะการเมืองก่อนปี ค.ศ. 1789 นั้น กล่าวได้ว่า ประชาชนได้ถูก กดขี่ข่มเหง ถูกเอารัดเอาเปรียบโดยที่ประชาชนไม่สามารถที่จะได้รับความยุติธรรม มีการใช้อำนาจต่าง ๆ ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ใช้อำนาจไม่เป็นธรรม มีการเอาเปรียบ

³⁶บรรเจิด สิงคะเนติ, เรื่องเดิม, หน้า 37.

³⁷เรื่องเดียวกัน, หน้า 40.

ราษฎร จากการที่มีการปกครองแบบเก่าในฝรั่งเศส ทันทีเมื่อได้มีการตราคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองในฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 จากนั้นเป็นต้นมาก็เป็นประวัติศาสตร์ทางการเมืองและทางรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสในส่วนที่เกี่ยวกับการรับรอง และคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้น ก็มีความเกี่ยวเนื่องอยู่ในคำประกาศไม่มากนักน้อยตามวิวัฒนาการของสิทธิเสรีภาพ และพร้อมกับการพัฒนาในด้านอื่น ๆ ส่วนจะใช้เวลานานแค่ไหนในเรื่องเหล่านั้นก็ขึ้นอยู่กับ ประวัติศาสตร์ทางการเมืองของฝรั่งเศสที่ได้มีการพัฒนามาอย่างต่อเนื่องแล้วนั้น โดยตามหลักจากการที่ประชาชนได้มีการรับรอง และคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพจากนั้นมา สิทธิและเสรีภาพของประชาชนฝรั่งเศสและรวมถึงอีกหลาย ๆ ประเทศที่ได้้นำเอาแนวคิด หลักการได้นำไปใช้ในประเทศ จากปัญหาเดียวกันคือการที่ประชาชนถูกเอารัดเอาเปรียบจากการปกครองแบบเก่าอยู่นั่นเอง

3.3 หลักพื้นฐานว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ

ประวัติศาสตร์ของหลักสิทธิเสรีภาพมีมาช้านาน โดยเริ่มจากต่างประเทศ เกิดจากสาเหตุที่ประชาชนถูกกดขี่ข่มเหง เกิดการล่องละเมิดชีวิต เกียรติยศ ทำให้รัฐต้องเข้ามาคุ้มครองและให้หลักประกันสิทธิแก่ประชาชน ซึ่งในประเทศไทยในปัจจุบัน กฎหมายที่ตราขึ้นในประเทศไทยมีการรับรองเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพไว้ ดังนั้น กฎหมายที่เข้ามาคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ต้องศึกษาหลักการเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเด็กประกอบด้วย เพื่อให้การพัฒนากฎหมายก่อให้เกิดประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

3.3.1 แนวคิดพื้นฐาน ความหมาย และประเภทของสิทธิเสรีภาพ

1) แนวคิดพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพ

ประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เมื่อปี พุทธศักราช 2475 ตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา การจัดทำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับต่าง ๆ ก็ได้รับแรงบันดาลใจมาจาก “ลัทธิปัจเจกชนนิยม” เช่นเดียวกับการจัดทำรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยอื่น ๆ ดังนั้น รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยทุกรัฐจึงได้บัญญัติรับรองและให้ความคุ้มครอง

ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ของปัจเจกบุคคลไว้โดยชัดแจ้งและโดยปริยายรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพด้านต่าง ๆ ที่มนุษย์แต่ละคนจำเป็นต้องมีสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองและให้ความคุ้มครองแก่ราษฎรนี้นิยมเรียกกันว่า “สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน” หรือ “สิทธิขั้นพื้นฐาน” รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่ให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพประชาชนมากที่สุด เมื่อเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญฉบับอื่น ๆ ที่เคยมีมานอกจากนั้น ยังเพิ่มความรับรองส่วนที่เกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในด้านต่าง ๆ และจนมาถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

หลักการพื้นฐานของ “สิทธิเสรีภาพ” ในสังคมประชาธิปไตยนั้นจะนำมาอ้าง หรือกระทำการ หรือห้ามมิให้บุคคลกระทำการ รวมทั้งการเรียกร้องให้รัฐกระทำการ หรือโต้แย้งการกระทำกรอย่างใด ๆ จึงเป็นพื้นฐานสำคัญต่อการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด

คำว่า “สิทธิ” ในทางกฎหมายโดยทั่วไปนั้น ขุนประเสริฐ สุขมาตรา ได้อธิบายว่า หมายถึงอำนาจ หรือความสามารถที่กฎหมายรับรองป้องกันให้บุคคลผู้หนึ่งมีอำนาจร้องขอให้ผู้อื่นมีหน้าที่ต้องเคารพ และศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้ให้คำอธิบายว่า สิทธิเป็นการก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นในอันที่จะต้องปฏิบัติการให้เป็นไปตามประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ รวมถึงหน้าที่ที่จะไม่รบกวนต่อสิทธิหรือหน้าที่ที่จะกระทำการ หรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดให้เป็นไปตามสิทธิซึ่งขึ้นอยู่กับประเภทของสิทธินั้น ๆ³⁸ ซึ่งนอกจากจะมีความหมายทั่ว ๆ ไปแล้ว คำว่า “สิทธิ” นี้ รองศาสตราจารย์ ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ ยังได้ให้คำนิยามว่า “สิทธิตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ” หรือ “สิทธิตามกฎหมายมหาชน” หมายถึงอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การรับรองคุ้มครองแก่บุคคลในอันที่จะกระทำอย่างยังองค์การของรัฐเข้าแทรกแซงในขอบเขตสิทธิของบุคคลนั้น ในบางกรณีก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจึงเป็น

³⁸หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), หน้า 224.

สิ่งที่ต้องผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหมดที่จะต้องให้ความเคารพปกป้องคุ้มครองสิทธิตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเพื่อให้สิทธิเหล่านั้นมีผลในทางปฏิบัติ ส่วนคำว่า “เสรีภาพ” นั้น แซลมอนด์ (Salmond) ได้ให้คำนิยามว่า หมายถึงประโยชน์ซึ่งบุคคลได้มาโดยปราศจากหน้าที่ตามกฎหมายใด ๆ ต่อตนเอง เป็นสิ่งที่ทำได้โดยไม่อาจถูกป้องกันขัดขวางโดยกฎหมาย และเป็นประโยชน์ที่บุคคลจะกระทำการใด ๆ ได้ตามใจชอบโดยข้อยกเว้นเสรีภาพตามกฎหมายที่ได้แก่ข้อยกเว้นกิจกรรม ซึ่งภายในข้อยกเว้นนี้ปล่อยให้บุคคลใด ๆ กระทำการไปโดยลำพัง³⁹

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ หมายถึง อำนาจที่รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดบัญญัติรับรองคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด รวมทั้งก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้องค์กรของรัฐบกพรอนหรือแทรกแซงการใช้สิทธิของบุคคลนั้น โดยบุคคลผู้เป็นเจ้าของสิทธิหรือผู้ทรงสิทธินั้น ย่อมมีอิสระในอันที่จะตัดสินใจกระทำการหรือไม่กระทำการใด ภายในขอบเขตแห่งสิทธิที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองคุ้มครองไว้มีความบริบูรณ์ จึงต้องมีการตรากฎหมายมาขยายรายละเอียดของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ⁴⁰ ซึ่งเป็นเพียงกฎหมายแม่บทอีกทีหนึ่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อขยายรายละเอียดของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนี้ อาจเป็นการกำหนดความหมาย เงื่อนไข ขอบเขต มาตรการคุ้มครอง หน้าที่ที่บุคคลทั่วไปจะต้องปฏิบัติเพื่อเป็นการเคารพต่อสิทธินั้น ๆ รวมทั้งบทลงโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืน ซึ่งการออกกฎหมายมาขยายรายละเอียดดังกล่าวนี้ จำต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญเป็นสำคัญ ทั้งนี้เพื่อให้หลักประกันสิทธิและ

³⁹บรรเจิด สิงคะเนติ, “หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและหลักความเสมอภาคและหน้าที่ของชนชาวไทยตามรัฐธรรมนูญ,” ใน สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (นนทบุรี: วิทยาลัยการเมืองการปกครอง สถาบันพระปกเกล้า, 2552), หน้า 3.

⁴⁰บรรเจิด สิงคะเนติ, “หลักการพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์,” ใน สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 (กรุงเทพมหานคร: องค์การคำครุสภา, 2551), หน้า 3-4.

เสรีภาพของประชาชนบรรลุผลในทางปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองคุ้มครองไว้⁴¹

โดยหลักการพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพ มีดังต่อไปนี้

- ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักการพื้นฐานที่สำคัญที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้คือ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เนื่องจากศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ คือคุณค่าที่ติดตัวมาด้วยความเป็นมนุษย์ในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์ และเป็นคุณค่าที่ขึ้นอยู่กับความเป็นมนุษย์เท่านั้นโดยไม่เกี่ยวข้องกับเงื่อนไขอื่นใด เช่น เพศ เชื้อชาติ ศาสนา สีผิว เผ่าพันธุ์ ภาษา ความเชื่อ ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่น ฐานะทางเศรษฐกิจ หรือสถานะอื่น จึงถือว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” เป็นคุณค่าในตัวของตัวเองที่ไม่สามารถล่วงละเมิดได้เพื่อให้มนุษย์สามารถพัฒนาเสรีภาพของตนได้โดยอิสระ⁴²

“ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” เป็นรากฐานของสิทธิเสรีภาพทั้งปวงในการกำหนดความชอบธรรมในการใช้อำนาจ⁴³

- หลักความเสมอภาคและการไม่เลือกปฏิบัติ เป็นพื้นฐานสำคัญของสิทธิเสรีภาพเพราะเป็นการยืนยันถึงคุณค่าความเป็นมนุษย์ที่ไม่แตกต่างกันของมนุษย์ทุกคน และเป็นหลักประกันให้ทุกคนได้เข้าถึงหรือได้รับสิทธิเสรีภาพอย่างแท้จริงได้ ดังนั้นหลักความเสมอภาคจึงเป็นหลักการที่ทำให้มีการปฏิบัติต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นๆ อย่างเท่าเทียมกันหรือไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) ทั้งนี้การปฏิบัติตามหลักความเสมอภาคนั้นจะต้องปฏิบัติต่อ ผู้ที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียม

⁴¹วิชญ์ เครืองาม, “สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ,” ใน **คู่มือสิทธิมนุษยชน สิทธิหรือหน้าที่ในประเทศไทยในปัจจุบัน** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), หน้า 41.

⁴²บรรเจิด สิงคะเนติ, **การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550** (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2551), หน้า 106-160.

⁴³เรื่องเดียวกัน, หน้า 170-171.

กัน และจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกันให้แตกต่างกันไปตามลักษณะของเรื่องนั้นๆ จึงจะทำให้เกิดความยุติธรรมภายใต้หลักความเสมอภาคขึ้นได้

- หลักการจำกัดสิทธิเสรีภาพ โดยทั่วไปแล้ว รัฐสามารถจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชน แต่การจำกัดสิทธิเสรีภาพ จะต้องประกอบด้วยหลักการสำคัญสองประการ คือ การจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพจะต้องกำหนดเป็นกฎหมายไม่ใช่เป็นการกระทำตามอำเภอใจ และจะต้องมีเหตุจำเป็นเพื่อความมั่นคงของชาติ ความสงบเรียบร้อยของสังคม ความปลอดภัยของประชาชนศีลธรรมของประชาชน หรือคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล

- สิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น การใช้สิทธิเสรีภาพที่เป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น เช่น การใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นโดยล่วงละเมิดต่อสิทธิในเกียรติยศและชื่อเสียงของบุคคลอื่น รัฐย่อมมีอำนาจจะจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพได้ เพื่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น โดยรัฐอาจจะใช้มาตรการทั้งทางบริหาร การออกกฎหมาย หรือตุลาการเพื่อป้องกันหรือเยียวยาสิทธิบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพ

- การเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ การใช้สิทธิเสรีภาพที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หมายถึง การใช้สิทธิเสรีภาพเพื่อล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข เช่น การใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นเพื่อให้เปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข เป็นระบอบประธานาธิบดีและการใช้สิทธิเสรีภาพเพื่อให้ได้อำนาจในการปกครองโดยวิธีการที่ไม่ได้กำหนดไว้ตามรัฐธรรมนูญเช่น การใช้เสรีภาพแสดงความคิดเห็นเพื่อเรียกร้องกลุ่มบุคคลให้ยึดอำนาจการปกครองแทนที่จะใช้วิธีการเลือกตั้ง

- ศีลธรรมอันดีของประชาชน การใช้สิทธิเสรีภาพที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนหมายถึงการใช้สิทธิเสรีภาพที่ขัดต่อจริยธรรมทางสังคมที่คนส่วนใหญ่

ใหญ่ยึดถือปฏิบัติร่วมกัน เช่น การใช้เสรีภาพของสื่อมวลชนในการเผยแพร่ภาพลามกอนาจาร การโฆษณาขายตัวทางสื่อมวลชน⁴⁴

2) ความหมายของสิทธิและเสรีภาพ

ในปัจจุบันสิทธิของประชาชนชาวไทยนั้นได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกำหนดไว้ และเด็กที่เกิดมาแล้วมีสัญชาติไทยจะมีสิทธิเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้เช่นเดียวกัน สิทธิเสรีภาพนั้นถือว่าเป็นเรื่องสำคัญในหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และเป็นหลักการสำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอีกด้วย โดยคำว่า สิทธิเสรีภาพนั้นได้มีการให้คำจำกัดความไว้ กล่าวคือสิทธิและเสรีภาพ ประกอบด้วยคำ 2 คำ คือ คำว่า “สิทธิ” และคำว่า “เสรีภาพ” ซึ่งแต่ละคำนั้นมีความหมายเฉพาะ โดยผู้วิจัยขอนำเสนอความหมายของคำว่า สิทธิ เสรีภาพ ดังต่อไปนี้

คำว่า “สิทธิ” หรือ “สิทธิ” นั้น ตามพจนานุกรมฉบับ

ราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 อธิบายว่า “อำนาจอันชอบธรรม ความสำเร็จ”⁴⁵ สิทธิ ได้แก่ อำนาจ หรือประโยชน์ซึ่งได้มีการรับรองและคุ้มครอง⁴⁶ สิทธิ คือ อำนาจอันชอบธรรม ส่วนคำว่า “ธรรม” หมายความว่า คุณความดี เช่น เป็นคนมีธรรมะ ความจริง ความยุติธรรม ความถูกต้อง กฎเกณฑ์ กฎหมาย

“เสรีภาพ” หมายถึง ความมีเสรี ส่วนคำว่า “เสรี” หมายความว่า ที่ทำได้โดยปลอดอุปสรรค มีสิทธิที่จะทำอะไรก็ได้โดยไม่ละเมิดสิทธิของผู้อื่น

⁴⁴นนท์ ก่อแก้วทองดี และสุรศักดิ์ ศรีสาร, “แนวคิดและหลักเกี่ยวกับสิทธิ เสรีภาพ,” ใน เอกสารการสอนชุดวิชาการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เล่ม 1, หน่วยที่ 1 (นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2552), หน้า 12.

⁴⁵ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์อักษรเจริญทัศน์, 2525), หน้า 808.

⁴⁶นพ นิธิสุริยะ, สิทธิมนุษยชน: แนวคิดการคุ้มครอง (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 9.

ความหมายของคำว่า “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานนั้น จะเห็นได้ว่า มีความหมายเกี่ยวข้องกัน สิทธิ หมายถึง อำนาจอันชอบด้วยกฎหมาย ชอบด้วยความดี ความจริง เสรีภาพ หมายถึง ความมีอำนาจอันชอบด้วยกฎหมายที่ทำได้โดยปลอดอุปสรรคโดยไม่ละเมิดอำนาจอันชอบด้วยกฎหมายของผู้อื่น ด้วยเหตุนี้จึงมักจะเรียกรวม ๆ กันว่า สิทธิและเสรีภาพ หรือสิทธิในเสรีภาพ (Right to Liberty)

ถึงแม้ว่า “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” จะมีส่วนเกี่ยวข้องใกล้ชิดกันจนมักจะเรียกรวม ๆ กันดังกล่าวก็นั่นตามในทางกฎหมายแล้ว นักกฎหมายก็ยังมีความเห็นแตกต่างกันบ้างคล้ายคลึงกันบ้างหรือจำพวกเดียวกันบ้าง อาทิ

ศาสตราจารย์ ดร. วิษณุ เครืองาม ให้ความหมายคำว่า “สิทธิ” ว่า หมายถึง ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ และเห็นว่าเสรีภาพมีความหมายต่างกับ “สิทธิ” “โดยให้ความหมายคำว่า “เสรีภาพ” ว่า หมายถึง ความมีอิสระที่จะกระทำการ หรืองดเว้นกระทำการ แต่ก็เห็นว่า ถ้าเสรีภาพใดมีกฎหมายรับรองและคุ้มครองเสรีภาพนั้นก็อาจเป็นสิทธิด้วย

ศาสตราจารย์ ธาณินทร์กรัยวิเชียร ให้ความเห็นไว้ว่า “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” มีความหมายแตกต่างกัน โดยท่านให้ความหมายของ “สิทธิ” ว่า หมายถึง ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้ และบุคคลอื่นจะต้องเคารพ กล่าวย่อ ๆ ก็คือการที่บุคคลหนึ่งมีสิทธิ ก็ย่อมก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นที่จะไม่ไปกระทบกระเทือนสิทธิของบุคคลแรกนั่นเอง ส่วน “เสรีภาพ” นั้น หมายถึง การกระทำของบุคคลซึ่งอาจกระทำได้โดยไม่ขัดต่อกฎหมาย เช่น เสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ การประกอบอาชีพ และเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เป็นต้น

ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย เห็นว่า “สิทธิ” ได้แก่ ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ ส่วน “เสรีภาพ” นั้น เป็นสิ่งที่คล้ายคลึงกับ “สิทธิ” แต่ไม่ได้ให้ความหมายไว้เพียงแต่อ้างความเห็นของ Salmond ให้ความหมายคำว่า “เสรีภาพ” ไว้ว่า เป็นประโยชน์ซึ่งบุคคลได้มาโดยปราศจากหน้าที่ในทางกฎหมายใด ๆ ต่อตนเอง กล่าวคือ เป็นสิ่งที่บุคคลอาจกระทำได้โดยจะไม่ถูกป้องกันขัดขวางโดยกฎหมาย และได้อธิบายถึง “สิทธิทางกฎหมาย” (Legal Right) ได้แก่ “ประโยชน์ที่

กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้” หมายถึง เป็นประโยชน์ที่กฎหมายรับรองว่ามีอยู่แล้ว เป็นประโยชน์ที่กฎหมายมิให้มีการละเมิดสิทธิ รวมทั้งบังคับให้เป็นไปตามสิทธิในกรณีที่มีการละเมิดด้วย

ความหมายของถ้อยคำ คำว่า “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” ตาม พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน ให้ความหมายทั้งสองคำเกี่ยวข้องกันดังกล่าวมาแล้ว จะสังเกตเห็นว่า ความหมายทางภาษาพูด หมายถึง “อำนาจ” แต่ในความหมายของคำที่ผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมายให้ความหมายไว้นั้น กล่าวถึง “ประโยชน์” ทั้งสิ้น ไม่ได้กล่าวถึงอำนาจเลย จึงทำให้น่าคิดว่าถ้อยคำทั้ง 2 คำนี้ มีความหมายต่างกันเพราะการใช้หรือไม่ คือ ภาษาทั่ว ๆ ไปก็มีความหมายอย่างหนึ่ง ในทางกฎหมายก็มีความหมายโดยเฉพาะอีกอย่างหนึ่ง

“สิทธิ” (Right) คือ อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น เช่น สิทธิทางหนี้ กรรมสิทธิ์ ฯลฯ กล่าวคือ สิทธิเป็นอำนาจของบุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงให้เกิดประโยชน์แก่ตน⁴⁷

ส่วน “เสรีภาพ” คือ ภาวะของมนุษย์ที่ไม่อยู่ภายใต้การครอบงำของผู้อื่นภาวะที่ปราศจากการถูกหน่วงเหนี่ยวขัดขวาง ดังนั้น เสรีภาพ คือ อำนาจที่บุคคลย่อมเลือกวิถีชีวิตของตนได้ด้วยตนเอง เสรีภาพจึงเป็นอำนาจที่บุคคลมีอยู่เหนือตนเอง⁴⁸

ตามที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่า สิทธิกับเสรีภาพมีความคล้ายคลึงกันตรงที่สิทธิและเสรีภาพต่างก็เป็นอำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคล แต่ยังคงมีความแตกต่างกันตรงที่ สิทธิเป็นอำนาจที่บุคคลใช้ในความสัมพันธ์กับผู้อื่น เป็นการเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงให้เกิดประโยชน์แก่ตน แต่เสรีภาพเป็นอำนาจของบุคคลในอันที่จะกระทำในสิ่งที่ตน

⁴⁷วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 21.

⁴⁸เรื่องเดียวกัน, หน้า 22.

ประสงค์จะกระทำและจะไม่กระทำในสิ่งที่ตนประสงค์จะกระทำและแม้การมีอำนาจดังกล่าวจะมีผลก่อให้เกิดหน้าที่แก่ผู้อื่น หน้าที่นั้นก็เป็นแต่เพียงหน้าที่ที่จะต้องละเว้นจากการกระทำใด ๆ ที่เป็นอุปสรรคขัดขวางการใช้เสรีภาพของเขาเท่านั้น⁴⁹

อย่างไรก็ตาม เสรีภาพนั้นก็ก่อให้เกิดสิทธิเช่นกัน ซึ่งบางครั้งอาจจะเรียกว่า “สิทธิในเสรีภาพ” กล่าวคือ เสรีภาพนั้นก่อให้เกิดสิทธิในการที่จะ “เรียกร้อง” มิให้บุคคลอื่นหรือรัฐกระทำการอันเป็นการลดทอนเสรีภาพนั้นได้ และหากมีการลดทอนเสรีภาพ ผู้ทรงเสรีภาพก็ย่อมมีสิทธิในการร้องขอหรือเยียวยาเพื่อให้ยุติการลดทอนเสรีภาพนั้น⁵⁰

เมื่อสิทธิเสรีภาพต่างมีความเกี่ยวข้องและเชื่อมโยงกันเช่นนี้ เรามักจะพิจารณาหรือศึกษาสิทธิและเสรีภาพไปควบคู่กันและมักจะเรียกเป็นคำเดียวกันว่า “สิทธิและเสรีภาพ” นอกจากนี้สิทธิและเสรีภาพต่าง ๆ ที่รัฐได้ให้การรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญนั้นมีจำนวนมากมายและพัฒนาขึ้นทั้งทางด้านการเมือง เศรษฐกิจและสังคม แต่ก็มีได้หมายความว่ารัฐธรรมนูญไม่ได้ให้ความสำคัญแก่บรรดาสิทธิและเสรีภาพประการอื่นของประชาชน ซึ่งแม้จะไม่ได้ได้รับการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญก็ตามสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ย่อมได้รับการคุ้มครองในฐานะที่เป็นสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกัน⁵¹

บรรดาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่รับรองสิทธิและเสรีภาพจึงมิได้มีฐานะเป็นแต่เพียง “คำประกาศอุดมการณ์” ของรัฐเท่านั้น หากแต่มีฐานะเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลใช้บังคับโดยตรง (Self-Executing) แก่องค์กรของรัฐ

⁴⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 23.

⁵⁰ สมคิด เลิศไพฑูรย์ และกล้า สมุทวณิช, การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยศาลรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2546), หน้า 9.

⁵¹ อุดม รัฐอมฤต, การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นานาสังพิมพ์, 2544), หน้า 88.

เหล่านั้นทีเดียว ก็หาจำต้องมีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติขึ้นอีกชั้นหนึ่งไม่ ในกรณี
ที่รัฐธรรมนูญรับรองและให้ความคุ้มครองเสรีภาพด้านใดด้านหนึ่งแก่ราษฎร ราษฎรก็
ย่อมใช้เสรีภาพนั้นได้ทันที องค์กรต่าง ๆ ของรัฐจะห้ามมิให้ราษฎรใช้เสรีภาพนั้นโดย
อ้างว่ายังไม่มีการตราพระราชบัญญัติรับรองและกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไขและ
วิธีการใช้เสรีภาพนั้นขึ้นใช้บังคับไม่ได้ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญรับรองและให้ความ-
คุ้มครองสิทธิด้านใดด้านหนึ่งแก่ราษฎร โดยหลักแล้วราษฎรก็ย่อมใช้สิทธินั้นได้ทันที
เช่นเดียวกัน

จากหลักการและแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิที่กล่าวมานี้ ผู้วิจัยเห็นว่า สิทธิ
มีลักษณะสำคัญที่ตรงกันหลายประการได้แก่

- สิทธินั้นจะเป็นประโยชน์ต่อเจ้าของสิทธิที่จะเลือกใช้สิทธิ สิทธิจะ
เป็นการรับรองให้เจ้าของสิทธิมี “อำนาจ” สามารถ “ใช้” สิทธินั้นได้ หรืออาจจะไม่ใช่
สิทธินั้นได้ตามเจตจำนงของเจ้าของสิทธิ ในบางกรณีก็อาจจะให้ผู้อื่นใช้สิทธิแทนตนได้
ซึ่งการให้ผู้อื่นใช้สิทธิแทนนี้มักพบในกฎหมายแพ่ง

- สิทธินั้นเรียกร้องให้ผู้อื่นมีหน้าที่ต้องเคารพสิทธิของตนนั้น
กล่าวคือถ้าเป็นสิทธิในทางแพ่ง จะสามารถเรียกร้องต่อทรัพย์สิน (ทรัพย์สิน) บุคคลอื่นมี
หน้าที่ต้องยอมรับและไม่ละเมิดต่อทรัพย์สินอันผู้อื่นมีสิทธิอยู่นั้น หรือเรียกร้องให้บุคคล
ดำเนินการหรือไม่ดำเนินการใด ๆ (บุคคลสิทธิ) หรือในทางกฎหมายมหาชน สิทธินั้นจะ
เรียกร้องให้รัฐโดยหน่วยงานของรัฐ กระทำการ หรือไม่กระทำการใด ๆ เพื่อตนได้
ทุกกรณีแสดงถึง “หน้าที่” ที่ผู้อื่นจะกระทำต่อสิทธิ กล่าวคือในทุกสิทธิจะมีหน้าที่ต่อ
ผู้อื่นเสมอ

- สิทธิจะเกิดขึ้นก็แต่โดยกฎหมายเท่านั้น เนื่องจากสิทธิเป็นเรื่องของ
อำนาจและหน้าที่ที่จะบังคับต่อบุคคลอื่นหรือรัฐ ปัจเจกชนทั่วไปจะบังคับต่อบุคคลอื่น
หรือรับได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายรับรองสิทธิของตน และกำหนดหน้าที่ต่อบุคคลอื่นเท่านั้น
จริงอยู่แม้ในทางแพ่งบุคคลมี

- สิทธิจะทำนิติกรรมผูกพันได้โดยเสรี และนิติกรรมนั้นก็อาจจะเกิด
สิทธิทางแพ่งขึ้นก็ได้ แต่การที่บุคคลสามารถกระทำนิติกรรมได้นั้น ก็ต้องชอบด้วย
เงื่อนไขกฎหมาย ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้กำหนดไว้ด้วย ดังนั้น

จึงสามารถกล่าวได้ว่า สิทธิจะเกิดขึ้นได้ก็แต่กฎหมายเท่านั้น โดยกฎหมายอาจจะกำหนดสิทธิไว้โดยชัดเจน หรือให้อำนาจแก่ปัจเจกชนไปกำหนดก่อตั้งสิทธิระหว่างกันและกันได้โดยเสรี トラバโดที่ไม่ขัดต่อกฎหมายและศีลธรรมอันดีของประชาชน ส่วนสิทธิต่อรัฐนั้นชัดเจนว่า จะต้องเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น และคำที่กล่าวกันจนคิดไปว่าเป็นคำที่ต่อกับคำว่าสิทธินั้นคือ “เสรีภาพ” ซึ่งความจริงแล้วเป็นคำที่แยกส่วนกัน จึงควรที่จะมาศึกษาต่อเนื่องกับคำว่าสิทธิว่าแท้ที่จริงมีความหมายอย่างไร เกี่ยวข้องกับ “สิทธิ” แค่ไหน

กล่าวโดยสรุป “เสรีภาพ” หมายถึง การที่บุคคลจะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด โดยสมัครใจอันปราศจากการบังคับหรืออยู่ใต้อำนาจของบุคคลอื่นหรือรัฐ โดยในเรื่องนี้ผู้วิจัยมีความคิดเห็นเสริมกับคำกล่าวอ้างของผู้ว่า “เสรีภาพ ต้องเป็นการใช้ที่ไม่ทำให้ผู้อื่นเดือดร้อน การใช้เสรีภาพของมนุษย์ หากทำให้ผู้อื่นเดือดร้อนหรือเสียหายแล้วย่อมเป็นสิ่งที่ไม่ดี ควรที่รัฐหรือสังคมยอมหาจุดในการที่จะตกลงร่วมกันว่าการใช้เสรีภาพต้องไม่ให้ผู้อื่นเดือดร้อนในการมีเสรีภาพของเรา”

“สิทธิ” และ “เสรีภาพ” เหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร

บรรเจิด สิงคะเนติ ให้ความเห็นว่า การใช้คำว่า “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” ในภาษาพูดมักจะใช้ถ้อยคำที่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดอยู่เสมอ เช่น เรามักจะพูดกันว่า “ผมมีสิทธิที่จะเดินทาง” แต่ความหมายที่ถูกต้องในทางกฎหมายแล้วจะต้องกล่าวว่า “ผมมีเสรีภาพที่จะเดินทาง” เพราะหากกล่าวว่า “ผมมีสิทธิที่จะเดินทาง” ความหมายจะเปลี่ยนไปทันทีคือ จะมีความหมายว่าสิทธิในการเดินทางดังกล่าวนี้ ย่อมก่อให้เกิดอำนาจในการเรียกร้องต่อบุคคลอื่นหรือก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นที่จะต้องมาจัดให้เราเดินทางด้วย แต่ถ้าหากกล่าวว่า “ผมมีเสรีภาพที่จะเดินทาง” คำพูดนี้ จะมีความหมายว่า ผมมีอำนาจเหนือตนเองในการตัดสินใจว่าจะเดินทางหรือไม่ โดยการตัดสินใจนั้นจะต้องไม่ถูกบังคับหรือครอบงำจากบุคคลอื่น แต่ไม่ก่อหน้าที่ให้ใครต้องมาจัดให้ผู้พูดเดินทาง

ความแตกต่างระหว่าง “สิทธิ” และ “เสรีภาพ” จึงอยู่ที่ว่าสิทธิเป็นอำนาจที่บุคคลมีเพื่อเรียกร้องให้ผู้อื่นกระทำการหรือละเว้นการกระทำอันใดอันหนึ่ง แต่ในขณะที่เสรีภาพนั้นเป็นอำนาจที่บุคคลนั้นมีอยู่เหนือตนเองในการตัดสินใจที่จะ

กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งหรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยปราศจากการแทรกแซงหรือครอบงำจากบุคคลอื่น ๆ⁵²

สมคิด โพธิ์ชัย⁵³ อธิบายว่า สิทธิและเสรีภาพนั้น มีความแตกต่างกัน อยู่ที่สิทธิเป็นประโยชน์เรื่องที่บุคคลชอบที่จะเรียกร้องเอาจากบุคคลอื่น หากการเรียกร้องนั้นเป็นการเรียกร้องเอาแก่บุคคลทั่วไปหรือปัจเจกชน ก็เป็นสิทธิในทางเอกชน เช่น สิทธิทางแพ่ง ถ้าการเรียกร้องประโยชน์นั้นเป็นการเรียกร้องเอาจากรัฐ สิทธินั้นก็ เป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชนหรือสิทธิตามรัฐธรรมนูญ หรือหากพิจารณาถึงวิธีการ สิทธินั้นเป็นสิ่งที่ต้อง “ใช้” เช่น การใช้สิทธิเรียกร้องให้ผู้อื่นชำระหนี้ทางแพ่ง หรือสิทธิ ในการเลือกตั้งแสดงเจตนารมณ์ทางการเมืองเป็นเรื่องที่จะเห็นว่าผู้ทรงสิทธินั้นจะต้อง ดำเนินการบางประการเพื่อใช้สิทธินั้น

ส่วนเสรีภาพนั้น คือ ประโยชน์ในลักษณะที่บุคคลจะกระทำการใด ๆ โดยไม่ถูกบังคับหรืออยู่ภายใต้อาณัติ อันเป็นสิ่งที่ไม่ต้องเรียกร้อง หรือดำเนินการ เพื่อใช้ แต่เสรีภาพนั้นจะส่งผลให้บุคคลผู้ทรงเสรีภาพนั้นปลอดจากการถูกบังคับให้กระทำหรือไม่กระทำการอยู่แล้วตลอดเวลาที่ยังมีเสรีภาพนั้นคุ้มครองอยู่

อย่างไรก็ตาม เสรีภาพนั้นก็ก่อให้เกิดสิทธิเช่นกัน ซึ่งบางครั้งอาจจะ เรียกว่า “สิทธิในเสรีภาพ” กล่าวคือเสรีภาพนั้นก่อให้เกิดสิทธิในการที่จะ “เรียกร้อง” มิให้บุคคลอื่นหรือรัฐกระทำการอันเป็นการลดทอนเสรีภาพนั้นได้ และหากมีการลดทอน เสรีภาพ ผู้ทรงเสรีภาพก็ย่อมมีสิทธิในการร้องขอหรือเยี่ยวยาเพื่อยุติการลดทอน เสรีภาพนั้น

ตัวอย่างของเสรีภาพ เช่น เสรีภาพในการนับถือศาสนาบุคคล ไม่จำเป็นต้องดำเนินการเรียกร้องหรือกระทำการใด ๆ ทั้งสิ้น ก็ชอบที่จะนับถือศาสนา นิาย ของศาสนา หรือลัทธินิยมในทางศาสนา และสามารถปฏิบัติตามศาสนบัญญัติหรือ

⁵²บรรเจิด สิงคนดี, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 4.

⁵³สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร: วิทยาลัย-ธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 47-48.

ปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อของตนได้ตราบใดที่ไม่เป็นปฏิบัติต่อหน้าที่ของพลเมือง และไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

เมื่อสิทธิและเสรีภาพมีความเกี่ยวข้องและเชื่อมโยงกันโดยใกล้ชิดเช่นนี้เอง ทำให้ส่วนใหญ่แล้วเรามักจะพิจารณา หรือศึกษาสิทธิและเสรีภาพนี้ไปควบคู่กัน และมักจะเรียกไปโดยรวมกันเป็นคำเดียวกันว่า “สิทธิและเสรีภาพ”

3) ผู้ทรงสิทธิเสรีภาพ

สิทธิและเสรีภาพนั้นได้ก่อให้เกิดสิทธิแก่บุคคล กล่าวคือ ได้ก่อให้เกิดอำนาจในทางกฎหมายแก่บุคคล ในขณะที่เดียวกันก็ก่อให้เกิดความผูกพันต่อบุคคลอื่นและจากอำนาจในทางกฎหมายนั้นเอง บุคคลย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้มีการละเว้นการกระทำ หรือเรียกร้องให้กระทำการหรือให้ยอมรับการกระทำของบุคคลนั้น ตามหลักการและทฤษฎีที่บุคคลต้องผูกพันต่อสิทธิและเสรีภาพ

ผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพที่เป็นบุคคลธรรมดาผู้วิจัยขอลำถึงเรื่องสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง สิทธิและเสรีภาพของบุคคลก่อนการเกิดและหลังการตาย เจื่อนไขอายุกับการเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยี-เจริญพันธุ์ทางการแพทย์⁵⁴ ดังนี้

(1) สิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมือง (Menschenrechtean-Buergerrechte) สิทธิมนุษยชนนั้นเป็นสิทธิและเสรีภาพซึ่งกำหนดให้แก่บุคคลโดยไม่มีข้อจำกัดในทางลักษณะตัวบุคคล กล่าวคือ เป็นสิทธิและเสรีภาพที่บุคคลทุกคนเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้จึงเป็นสิทธิที่ผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิติดตัวมนุษย์ ส่วนสิทธิพลเมือง (Buergerrechte) เป็นสิทธิและเสรีภาพที่บุคคลซึ่งเป็นพลเมืองของรัฐนั้น ๆ เท่านั้น จึงจะเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว สิทธิเสรีภาพที่ตกได้แก่พลเมืองของรัฐนั้น มักจะเป็นสิทธิเสรีภาพเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมในทางการเมือง สิทธิในการตั้งพรรคการเมืองหรือสิทธิในการรับราชการหรือสิทธิในการเข้าเป็นสมาชิกขององค์กรของรัฐอื่น ๆ

⁵⁴เอ็ม. เจ. ฮาร์, ความคิดทางการเมืองจากเปลโต้ถึงปัจจุบัน (กรุงเทพมหานคร: สถาบันวิจิตรศิลป์, 2555), หน้า 64.

(2) สิทธิและเสรีภาพของบุคคลก่อนการเกิดและหลังการตาย ซึ่งสิทธิและเสรีภาพโดยทั่วไปแล้วเป็นสิทธิของบุคคลธรรมดา ในกรณีนี้เป็นที่เข้าใจกันโดยทั่วไปว่าเป็นสิทธิของผู้ที่มีชีวิตอยู่ในความหมายนี้สิทธิและหน้าที่ของบุคคลเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายแพ่ง คือ สภาพบุคคลในทางกฎหมายเริ่มเมื่อคลอดและสิ้นสุดลงเมื่อบุคคลนั้นตาย แต่สิทธิส่วนบุคคลบางประการยังมีผลอยู่ภายหลังตาย แต่อย่างไรก็ตาม การเป็นผู้ทรงสิทธิในสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญนั้น อาจจะไม่อยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่ารัฐธรรมนูญ ดังนั้น การกำหนดขอบเขตของการเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพจะต้องได้รับการกำหนดโดยรัฐธรรมนูญเอง อย่างไรก็ตามยังมีความเห็นว่า สิทธิและเสรีภาพนั้น เฉพาะผู้มีชีวิตเท่านั้นที่จะเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพได้ เพราะบุคคลที่ยังไม่เกิดก็ดีหรือบุคคลที่ตายไปแล้วก็ดี ย่อมไม่สามารถใช้สิทธิบางเรื่องได้ เช่น สิทธิในการตั้งสมาคมหรือไม่อาจใช้เสรีภาพในการเลือกอาชีพได้สิทธิในการได้รับการศึกษา เป็นต้น

(3) เงื่อนไขอายุกับการเป็นผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพ การใช้สิทธิและเสรีภาพบางสิทธิเท่านั้นที่มีการเกี่ยวกับการกำหนดอายุของผู้ใช้สิทธิไว้อย่างชัดเจน เช่น สิทธิในการเลือกตั้ง ตามรัฐธรรมนูญของไทย มาตรา 99 ได้บัญญัติให้บุคคลที่มีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ มีสิทธิในการเลือกตั้ง

การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ต้องให้การการคุ้มครองตั้งแต่เริ่มต้นการใช้เทคนิคทางการแพทย์จึงก่อให้เกิดผลดีต่อเด็กที่เกิดมา แม้ว่าตามหลักเกี่ยวกับผู้ทรงสิทธิเสรีภาพจะกล่าวว่าเป็นสิทธิของบุคคล เมื่อวิวัฒนาการทางการแพทย์พัฒนาไปอย่างรวดเร็ว การนำหลักเกี่ยวผู้ทรงสิทธิมาใช้เพื่อบัญญัติกฎหมายเฉพาะในกรณีให้เด็กเกิดมาแล้วรอดเป็นบุคคลเสียก่อน ถือว่าไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้กับเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ซึ่งจะสังเกตได้จาก พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 จะมีลักษณะคุ้มครองเด็กตั้งแต่เริ่มที่ไข่และอสุจิมาผสมกันจนเป็นตัวอ่อน และกฎหมายคุ้มครองห้ามทำให้ตัวอ่อนสิ้นสภาพ ตามมาตรา 36 เพราะการทำลายตัวอ่อนถือเป็นการทำลายชีวิตหนึ่งชีวิตที่กำลังเติบโตเป็นมนุษย์

4) เทคนิคของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ

เมื่อหลักการรับรองสิทธิเสรีภาพอันหนึ่งได้เป็นที่ยอมรับและได้รับการตระหนักถึงอำนาจตามกฎหมายที่จะรับประกันการใช้สิทธิเสรีภาพดังกล่าวมีการเลือกอยู่ระหว่างสองรูปแบบของกระบวนการทางกฎหมาย แบบแรกเป็นการเห็นสอดคล้องด้วยกับเทคนิคของระบบปราบปราม (Le Regime Repressif) เป็นกระบวนการทางอาญา แบบที่สองนั้นเป็นระบบป้องกัน (Le Regime Preventif) เป็นการให้สิทธิเสรีภาพอยู่ภายใต้การควบคุมไว้ก่อนที่การใช้สิทธิดังกล่าวอาจจะไปละเมิดผู้อื่นได้ โดยเทคนิคการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ⁵⁵ มีดังต่อไปนี้

(1) ระบบปราบปราม

ระบบปราบปรามเป็นระบบเดียวตามจารีตเสรีนิยมที่ปรับสภาพตนเองต่อการเรียกร้องของสิทธิเสรีภาพอย่างเต็มรูปแบบ ระบบปราบปรามเป็นระบบที่เอื้อต่อสิทธิเสรีภาพ รูปแบบต่าง ๆ ที่ใช้ในระบบดังกล่าวอาจทำให้คุณค่าของเสรีนิยมนั้นมีหลายรูปแบบและอาจทำให้คุณค่าเสรีนิยมนั้นหายไปเลยก็ได้ รูปแบบต่าง ๆ เหล่านี้เกี่ยวข้องกับสองปัจจัยของระบบปราบปราม คือ กฎเกณฑ์และตุลาการ ไม่ว่าจะเป็นที่สงสัยอย่างแน่อนว่าเมื่อมีการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพที่กฎหมายรับรองไว้จนก่อให้เกิดความเสียหายแก่คนอื่นนั้น ผลที่ตามมาคือ กฎเกณฑ์หรือกฎหมายนั้นเองจะกำหนดโทษแห่งการกระทำความผิดและตุลาการเป็นผู้ใช้กฎหมายหรือกฎหมายตัดสินลงโทษแก่บุคคลที่กระทำการละเมิดนั้น

(2) ระบบป้องกัน

ระบบดังกล่าวเป็นระบบที่อยู่ตรงข้ามกับระบบปราบปรามในระบบป้องกันนี้ เราสามารถใช้สิทธิเสรีภาพได้ด้วยก็แต่ความยินยอมล่วงหน้าของฝ่ายปกครอง วัตถุประสงค์ก็คือ ไม่ต้องการให้มีการลงโทษเมื่อมีการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพ แต่ต้องการที่จะขัดขวางไม่ให้เกิดการละเมิดเกิดขึ้น (แต่อันที่จริงโดยความกลัวการลงโทษจะทำให้บุคคลหยุดที่จะกระทำละเมิด)

⁵⁵เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักกฎหมายว่าด้วยสิทธิเสรีภาพ

(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 197-209.

โดยลักษณะทั่วไปแล้วระบบป้องกันมีความเป็นอิสระน้อยกว่าระบบปราบปรามโดยพิจารณาจากฝ่ายบริหารผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ในการดูแลความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง ในระบบดังกล่าวนี้ให้ความสำคัญกับฝ่ายบริหารเป็นอย่างมากในฐานะที่เป็นผู้ป้องกัน ดังนั้นฝ่ายบริหารจึงมีอำนาจในการตัดสินใจซึ่งขึ้นอยู่กับแต่ละกรณี ๆ ไป ความจำเป็นของการแทรกแซงจากฝ่ายปกครองนั้นทำให้หลักการพื้นฐานที่ว่าทุกสิ่งทุกอย่างที่ไม่ถูกห้ามโดยกฎหมายถือว่าได้รับอนุญาตให้ทำได้นั้นเสียไป ณ ที่นี้อนุญาตเฉพาะสิ่งที่ได้รับอนุญาตอย่างแจ้งชัดเท่านั้น ฝ่ายปกครองเมื่อคำนึงถึงความสงบเรียบร้อยของสังคมแล้วก็จะไม่ใช่กฎเกณฑ์ทั่วไปแต่จะเลือกตามความพึงพอใจที่ความไปด้วยกันได้ระหว่างสิทธิเสรีภาพกับความจำเป็นของความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง

ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วย-การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้นำเทคนิคการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพมาใช้ทั้ง 2 ระบบ กฎหมายได้ใช้ระบบป้องกันตามมาตรา 36 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดสร้างตัวอ่อนเพื่อใช้ในกิจการใด ๆ เว้นแต่เพื่อใช้ในการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย” กฎหมายได้เริ่มต้นป้องกันสิทธิของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ตั้งเริ่มเป็นตัวอ่อน ซึ่งเมื่อสุจิและไข่ของมนุษย์ซึ่งรวมกันจนเกิดการปฏิสนธิไปจนถึงแปดสัปดาห์ ถือว่าเป็นตัวอ่อนตามกฎหมาย ห้ามบุคคลใดทำให้ตัวอ่อนสิ้นสภาพ และหากมีการทำให้ตัวอ่อนสิ้นสภาพกฎหมายจะมีบทลงโทษ ตามมาตรา 51 “ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 36 มาตรา 41 หรือมาตรา 43 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” นอกจากนั้นกฎหมายได้นำเทคนิคการคุ้มครองสิทธิโดยนำระบบปราบปรามมาใช้ ดังปรากฏในมาตรา ดังต่อไปนี้

มาตรา 46 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ใดให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยไม่มีคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 15 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 47 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ใดไม่ปฏิบัติตาม
มาตรา 23 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้ง
จำทั้งปรับ

มาตรา 48 ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 24 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี
และปรับไม่เกินสองแสนบาท

มาตรา 49 ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 33 หรือ
มาตรา 40 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้ง
ปรับ

มาตรา 50 ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 35 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี
หรือปรับไม่เกินสองแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 51 ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 36 มาตรา 41 หรือมาตรา 43
ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 52 ผู้ใดมิใช่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมทำ การศึกษาวิจัย
ตามมาตรา 37 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้ง
จำทั้งปรับ

มาตรา 53 ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 38 หรือมาตรา 39 ต้องระวางโทษ
จำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบปีและปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงสองแสนบาท

หากบุคคลใดกระทำการฝ่าฝืนกฎหมาย จะได้รับบทลงโทษที่
กฎหมายกำหนดไว้ คือ โทษจำคุก และโทษปรับ

5) กฎเกณฑ์จำกัดสิทธิเสรีภาพ

การใช้เสรีภาพอย่างไม่มีขอบเขตจำกัดจะก่อให้เกิดสภาวะ
อนาธิปไตยเกิดขึ้นมาในรัฐได้และนำไปสู่การที่ไม่มีเสรีภาพเหลืออยู่เลย ดังนั้นรัฐจึง
จำเป็นต้องตรากฎหมายที่จำกัดหรือให้อำนาจอรัฐในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน
เพื่อเข้ามาจัดระบบการคุ้มครองประชาชน จัดระเบียบการใช้เสรีภาพของประชาชนเพื่อมิ
ให้การใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนคนหนึ่งไปกระทบหรือละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของ
ประชาชนคนอื่น ๆ ในสังคมหรือต่อประโยชน์สาธารณะ ดังเห็นได้จากคำประกาศสิทธิ
มนุษยชนและพลเมือง ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 ข้อ 4 “เสรีภาพ คือ ความสามารถ

ที่กระทำการใดก็ได้ที่ไม่เป็นการรบกวนผู้อื่น ดังนั้น การใช้สิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์แต่ละคนจะมีก็แต่เพียงข้อจำกัดเฉพาะที่ต้องยอมให้สมาชิกอื่นของสังคมสามารถใช้สิทธิเหล่านี้ได้เช่นเดียวกัน ข้อจำกัดเช่นว่านี้ จะกำหนดขึ้นก็แต่โดยบทกฎหมายเท่านั้น” ข้อ 5 “กฎหมายมีสิทธิที่จะห้ามเฉพาะการกระทำที่รบกวนสังคมเท่านั้น สิ่งใดที่ใดที่ไม่มีกฎหมายห้ามใครจะมาห้ามไม่ได้ทำย่อมไม่ได้และในทำนองกลับกัน บุคคลย่อมไม่ถูกบังคับให้กระทำในสิ่งที่กฎหมายไม่ได้สั่งให้กระทำ” นอกจากนี้ในปฎิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 มาตรา 29 บัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิและเสรีภาพของตน แต่ละคนจะถูกจำกัดก็แต่โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นด้วยความมุ่งหมายเฉพาะเพื่อประกันให้มีการยอมรับและเคารพสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นและเพื่อตอบสนองความต้องการอันชอบธรรมของศีลธรรมอันดี ความสงบเรียบร้อยและความผาสุกของทุกคนในสังคมประชาธิปไตย”

กฎเกณฑ์ในการจัดระบบการคุ้มครองและการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่รัฐต้องตระหนักถึงมีดังต่อไปนี้⁵⁶

- การจำกัดสิทธิเสรีภาพต้องเป็นไปเพื่อคุ้มครองสังคมและคุ้มครองเสรีภาพของผู้อื่น
- การคุ้มครองเสรีภาพจากการละเมิดของรัฐ
- การคุ้มครองเสรีภาพจากการละเมิดของบุคคลอื่น
- การกำหนดหน้าที่แก่รัฐที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพใหม่ ๆ

6) ภาระหน้าที่ของรัฐต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน

กรณีทางภาครัฐเห็นความสำคัญของปัญหาที่เกิดจากการนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาใช้กับมนุษย์ ทำให้ประเทศไทยได้มีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ในบทบัญญัติของกฎหมายได้มีการนำหลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิ เสรีภาพ ของกฎหมายธรรมชาติเข้ามาคุ้มครองเด็ก เหตุที่รัฐได้นำกฎหมายเข้ามาควบคุมโดยมีมาตรการต่าง ๆ เนื่องจากรัฐมีภาระหน้าที่ที่ต้องคุ้มครองดูแลสิทธิเสรีภาพของประชาชน

⁵⁶นนท์ ก่อแก้วทองดี และสุรศักดิ์ ศรีสาร, เรื่องเดิม, หน้า 31-33.

ภาระหน้าที่หลักของรัฐต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ประกอบด้วย ภาระหน้าที่สามด้านด้วยกันคือ

(1) หน้าที่ในการเคารพ เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องหลีกเลี่ยงไม่กระทำการใด ๆ ที่เป็นการขัดขวางหรือบั่นทอนหรือทำให้ประชาชนไม่ได้รับและไม่สามารถได้รับสิทธิเสรีภาพที่ได้รับการรับรองไว้แล้ว

(2) หน้าที่ในการปกป้อง เป็นหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับบุคคล หน่วยงาน หรือองค์กรกล่าวคือเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องปกป้องไม่ให้บุคคลหรือองค์กรเหล่านั้นกระทำการใด ๆ ที่ทำให้ประชาชนไม่ได้รับและไม่สามารถได้รับสิทธิเสรีภาพที่ได้รับการรับรองไว้แล้ว

(3) หน้าที่ในการทำให้เป็นจริง เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องดำเนินนโยบายหรือและกิจกรรมต่าง ๆ เพื่อให้ประชาชนมีโอกาสได้รับสิทธิเสรีภาพที่ได้รับการรับรองไว้แล้ว องค์กรของรัฐทุกองค์กร หมายถึง องค์กรของรัฐที่ใช้อำนาจบริหาร นิติบัญญัติ ตุลาการ และองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรอื่นที่จัดตั้งตามกฎหมายให้ใช้อำนาจรัฐอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

ก. องค์กรของรัฐต้องมีหน้าที่ที่จะไม่กระทำการใด ๆ หรือละเว้นการกระทำใด ๆ ในลักษณะที่จะเป็นการละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของประชาชน

ข. องค์กรของรัฐต้องมีภาระหน้าที่ต้องดำเนินการใด ๆ ในการปกป้องไม่ให้บุคคลหรือหน่วยงานใดละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของประชาชน

ค. องค์กรของรัฐต้องมีภาระหน้าที่ดำเนินการใด ๆ ที่จะทำให้อำนาจศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของประชาชนเอื้อต่อการดำรงชีวิตอยู่ของมนุษย์อย่างมีศักดิ์ศรี หรือเอื้อต่อการใช้สิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองคุ้มครองไว้การบัญญัติให้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญผูกพันองค์กรผู้ใช้

อำนาจโดยตรงย่อมทำให้ประชาชนมีสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการให้เป็นไปตามสิทธิเสรีภาพที่ได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ⁵⁷

จากภารกิจที่รัฐต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนทำให้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มีบทบัญญัติที่อยู่บนพื้นฐานที่ว่าองค์กรของรัฐต้องมีหน้าที่ไม่กระทำการละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพของประชาชน โดยในกฎหมายมีการควบคุม ดูแลการทำงานของเจ้าหน้าที่ คือ กฎหมายได้ออกมาควบคุมผู้ประกอบการวิชาชีพแพทย์ที่เป็นบุคคลให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยกฎหมายได้กำหนดไว้ ดังต่อไปนี้

มาตรา 35 ห้ามมิให้ผู้ใดซึ่งมิใช่ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ รวมทั้งรับฝาก รับบริจาค ใช้ประโยชน์จากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนหรือทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อน

มาตรา 37 ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมที่ประสงค์จะใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้จากการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อการศึกษาวิจัยต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการ

หลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาตให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา

การศึกษาวิจัยตัวอ่อนที่มีอายุเกินกว่าสิบสี่วันนับแต่วันปฏิสนธิจะกระทำมิได้ทั้งนี้อายุของตัวอ่อนไม่นับรวมระยะเวลาในการแช่แข็งตัวอ่อน

มาตรา 44 ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 15 ให้ถือว่ากระทำการฝ่าฝืนจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพเวชกรรม

มาตรา 45 ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมผู้ใดไม่ปฏิบัติตามมาตรา 16, มาตรา 17, มาตรา 18, มาตรา 19, มาตรา 20, มาตรา 21, มาตรา 22, มาตรา 26, มาตรา 37

⁵⁷นนท์ ก่อแก้วทองดี และสุรศักดิ์ ศรีสาร, เรื่องเดียวกัน, หน้า 12.

หรือมาตรา 42 ให้ถือว่ากระทำการฝ่าฝืนจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพเวชกรรม

จากตัวบทกฎหมายเห็นได้ว่า ภารกิจของรัฐที่ต้องคุ้มครองประชาชนถือว่าเป็นเรื่องสำคัญ โดยกฎหมายกำหนดบทลงโทษไว้หากผู้ประกอบวิชาชีพได้กระทำการฝ่าฝืนกฎหมาย เช่น ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ รวมทั้งรับฝาก รับบริจาค ใช้ประโยชน์จากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนหรือทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อน กฎหมายกำหนดบทลงโทษ ไว้ในมาตรา 50 คือต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

แต่มีบางกรณีที่กฎหมายยังบัญญัติไม่ครอบคลุมกับปัญหาที่เกิดขึ้น คือ การตรวจสอบความเป็นอยู่ของเด็ก เมื่อสามีภริยารับเด็กไปเลี้ยงดู โดยตรวจสอบว่าลักษณะการเลี้ยงดูเด็กเป็นอย่างไร มีการนำเด็กไปหาประโยชน์ทางอื่นหรือไม่ กรณีดังกล่าวถือว่าเป็นภาระหน้าที่ของรัฐที่ต้องคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เกิดประโยชน์ต่อเด็กสูงสุด

7) ประเภทของสิทธิและเสรีภาพ

การแบ่งประเภทของสิทธิและเสรีภาพนั้นมีวิธีการแบ่งได้หลายวิธี แต่ในที่นี้จะแบ่งออกเป็น 3 ประเภท คือ

(1) การแบ่งสิทธิและเสรีภาพโดยดูว่าใครเป็นเจ้าของสิทธิและเสรีภาพการแบ่งสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้มีความมุ่งหมายเพื่อให้ทราบว่าใครบ้างที่อาจเป็นเจ้าของแห่งสิทธิและเสรีภาพได้ เช่น สิทธิและเสรีภาพบางประการจำกัดให้เฉพาะชนชาวไทยเท่านั้น แต่สิทธิและเสรีภาพบางประการอาจคุ้มครองบุคคลผู้เป็นชาวต่างด้าว ด้วย ดังนั้น การแบ่งสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้จึงอาจแบ่งออกได้เป็น สิทธิมนุษยชนกับสิทธิพลเมือง

ก. สิทธิมนุษยชน ได้แก่ สิทธิที่รัฐธรรมนูญมุ่งที่จะให้ความคุ้มครองแก่บุคคลทุกๆ คนโดยมิได้แบ่งแยกว่าบุคคลนั้นเป็นคนของชาติใด เชื้อชาติใด หรือศาสนาใด หากบุคคลได้เข้ามาอยู่ในเขตพื้นที่ของประเทศนั้นก็ย่อมได้รับความคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญนั้น ๆ ด้วยสิทธิมนุษยชนจึงเป็นสิทธิและเสรีภาพที่มนุษย์ทุกคนมีอยู่แล้วตามธรรมชาติในฐานะที่เกิดมาเป็นมนุษย์และด้วยเหตุผลที่บุคคลนั้นเป็น

มนุษย์บุคคลนั้นจึงมีสิทธิดังกล่าว สิทธิและเสรีภาพที่กล่าวถึงนี้ได้แก่ สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย

ข. สิทธิของพลเมือง ได้แก่ สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญมุ่งหมายจะให้ความคุ้มครองเฉพาะบุคคลที่เป็นพลเมืองของรัฐนั้นเท่านั้น ในกรณีนี้บุคคลต่างคำว่าย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองจากสิทธิประเภทนี้ด้วย⁵⁸

(2) การแบ่งสิทธิและเสรีภาพโดยดูจากหน้าที่ของรัฐและสิทธิของประชาชนการแบ่งสิทธิและเสรีภาพในกลุ่มนี้อาจแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท คือ สิทธิและเสรีภาพที่ปฏิเสธการแทรกแซงจากรัฐ สิทธิและเสรีภาพที่รัฐมีหน้าที่ต้องดำเนินการบางประการและสิทธิและเสรีภาพที่เกี่ยวกับการเข้าไปมีส่วนร่วมในอำนาจรัฐของประชาชน ดังรายละเอียดต่อไปนี้

ก. สิทธิและเสรีภาพที่ปฏิเสธการแทรกแซงจากรัฐ สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ถือได้ว่าเป็นสิทธิและเสรีภาพในยุคต้นๆ ของพัฒนาการทางสิทธิและเสรีภาพ เพราะการปกครองในอดีตนั้นรัฐมีอำนาจค่อนข้างมากในการที่จะเข้ามาแทรกแซงในชีวิตของประชาชน ดังนั้น การต่อสู้เรื่องสิทธิและเสรีภาพในระยะเริ่มแรกจึงเป็นการต่อสู้เพื่อมิให้รัฐเข้ามาแทรกแซงในชีวิตของประชาชนมากเกินไป ทั้งนี้เพื่อให้ประชาชนสามารถที่จะกำหนดขอบเขตความมีอิสระของตนได้มากขึ้น การใช้สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ของประชาชนจะต้องปราศจากการแทรกแซงใด ๆ จากอำนาจรัฐดังนั้นประชาชนจึงสามารถดำเนินการได้เอง โดยรัฐไม่จำเป็นต้องเข้ามาดำเนินการใด ๆ หรือละเมิดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวได้ ตัวอย่างของสิทธิและเสรีภาพในกลุ่มนี้ ได้แก่

- สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย
- เสรีภาพในที่อยู่อาศัย
- เสรีภาพในการติดต่อสื่อสาร
- เสรีภาพในการนับถือศาสนา
- เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น

⁵⁸นนท์ ก่อแก้วทองดี และสุรศักดิ์ ศรีสาร, เรื่องเดียวกัน, หน้า 13.

- เสรีภาพในทางวิชาการ

ข. สิทธิและเสรีภาพที่รัฐมีหน้าที่ต้องดำเนินการบางประการ

สิทธิและเสรีภาพในยุคแรกเป็นสิทธิเสรีภาพที่ปฏิเสธอำนาจรัฐ แต่ในยุคต่อมาได้เรียกร้องให้รัฐต้องเข้ามาดำเนินการบางอย่าง เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนบรรลุเป้าหมายได้ ทั้งนี้เพราะคนที่อ่อนแอกว่าในสังคมย่อมเสียเปรียบคนที่เข้มแข็งกว่า ดังนั้น การที่จะทำให้ประชาชนสามารถใช้สิทธิได้อย่างเท่าเทียมกัน รัฐจึงจำเป็นต้องเข้ามาดำเนินการบางประการเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ประชาชนผู้อ่อนแอกว่าสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ไม่อาจจะบรรลุจุดหมายได้หากรัฐไม่เข้ามาดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง เพราะผู้เป็นเจ้าของสิทธิและเสรีภาพยังไม่อาจใช้สิทธิและเสรีภาพนั้นได้อย่างสมบูรณ์ จนกว่ารัฐจะเข้ามาดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง ตัวอย่างสิทธิและเสรีภาพในกลุ่มนี้ได้แก่

- สิทธิในการได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐานไม่น้อยกว่าสิบสองปี

โดยไม่เก็บค่าใช้จ่าย

- สิทธิในการรับบริการทางสาธารณสุขที่ได้มาตรฐาน

- สิทธิในการได้รับการเลี้ยงดูและการศึกษาอบรมจากรัฐของเด็กและเยาวชน ซึ่งไม่มีผู้ดูแล

- สิทธิในการได้รับความช่วยเหลือจากรัฐของบุคคลซึ่งมีอายุหกสิบปี บริบูรณ์และไม่มีรายได้เพียงพอ

- สิทธิในการได้รับสิ่งอำนวยความสะดวกอันเป็นสาธารณะและความช่วยเหลืออื่นจากรัฐของบุคคลซึ่งพิการและทุพพลภาพ⁵⁹

ค. สิทธิและเสรีภาพที่เกี่ยวกับการเข้าไปมีส่วนร่วมในอำนาจรัฐของประชาชนสิทธิและเสรีภาพในกลุ่มนี้เป็นสิทธิและเสรีภาพที่ให้สิทธิแก่ประชาชนในการเข้าไปมีส่วนร่วมทางการเมือง หรือเข้าไปมีส่วนร่วมกับการของรัฐบาลโดยทั่วไปแล้วสิทธิในกลุ่มนี้จะจำกัดให้เฉพาะบุคคลที่เป็นพลเมืองของประเทศเท่านั้น ตัวอย่างสิทธิและเสรีภาพในกลุ่มนี้ได้แก่

⁵⁹ นนท์ ก่อแก้วทองดี และสุรศักดิ์ ศรีสาร, เรื่องเดียวกัน, หน้า 14.

- สิทธิในการลงสมัครรับเลือกตั้ง
- เสรีภาพในการรวมกันจัดตั้งเป็นพรรคการเมือง
- สิทธิในการเข้าชื่อกันเพื่อขอให้รัฐสภาพิจารณากฎหมาย

(ตามจำนวนที่กำหนด)

- สิทธิในการออกเสียงประชามติ

(3) การแบ่งสิทธิและเสรีภาพโดยดูจากเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพการแยกสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ทำให้ทราบว่าสิทธิและเสรีภาพนั้น ๆ อยู่ภายใต้การจำกัดสิทธิและเสรีภาพแค่ไหนเพียงใด โดยอาจแยกสิทธิและเสรีภาพในกลุ่มนี้ออกเป็น 3 ประเภท สิทธิและเสรีภาพภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายทั่วไป สิทธิและเสรีภาพภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายพิเศษ และสิทธิและเสรีภาพที่ไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมาย

ก. สิทธิและเสรีภาพภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายทั่วไป สิทธิและเสรีภาพประเภทนี้เป็นสิทธิและเสรีภาพที่อาจถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้โดยกฎหมาย โดยรัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดเงื่อนไขของกฎหมายไว้เป็นพิเศษว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขเช่นใดบ้าง เช่น เสรีภาพในเคหสถาน (ที่อยู่อาศัย) เสรีภาพในเคหสถานถือได้ว่าเป็นเสรีภาพที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายทั่วไป เพราะรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดเงื่อนไขของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้เป็นพิเศษ เพียงแต่กำหนดไว้ว่าการตรวจค้นเคหสถานจะกระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ดังนั้น การจะจำกัดสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้ภายใต้เงื่อนไขเช่นใด ย่อมขึ้นอยู่กับการบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ และโดยที่เคหสถานถือว่าเป็นที่รโหฐาน (ที่ส่วนบุคคล) ของผู้เป็นเจ้าของอันไม่ใช่ที่ซึ่งใคร ๆ จะมีสิทธิอันชอบธรรมที่จะเข้าไปได้

ข. สิทธิและเสรีภาพภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายพิเศษ รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้การจำกัดสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้จะกระทำได้ เฉพาะตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้เท่านั้น กรณีนี้ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจที่จะอาศัยเงื่อนไขอื่น นอกจากที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดเป็นเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้จะต้องผูกพันอยู่กับสถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่ง หรือ

ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ใดวัตถุประสงค์หนึ่ง หรือจะต้องดำเนินการโดยวิธีการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น

ค. สิทธิและเสรีภาพที่ไม่อยู่ภายใต้เงื้อมมือของกฎหมาย หมายความว่ารัฐธรรมนูญได้ให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพประเภทนี้อย่างสมบูรณ์ โดยฝ่ายนิติบัญญัติไม่ว่าจะออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น ๆ ได้⁶⁰

3.3.2 หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ

1) รูปแบบของกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารกระทำการ

กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารกระทำการต่างๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของราษฎร โดยปกติแล้วจะได้แก่ พระราชบัญญัติ และพระราชกำหนดก็เป็นการตีความหมายตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) และหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยโดยทางผู้แทน (Representative Democracy) อันเป็นหลักการที่เป็นรากฐานของรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตยนั้นเอง การจัดระเบียบแห่งการให้อำนาจอธิปไตย ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ หมายถึง การกระจาย (Distribution) การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐโดยกระทำการทางนิติบัญญัติ (Legislative Function) ทางบริหาร (Executive Function) และทางตุลาการ (Judicial Function) ให้องค์กรของรัฐต่างองค์กรเป็นผู้ใช้แยกต่างหากจากกัน แต่ละองค์กรต่างก็ใช้อำนาจอธิปไตยกระทำการตามที่รัฐธรรมนูญมอบหมายให้แก่ตนอย่างเป็นอิสระไม่ต้องฟังคำสั่งหรือคำบัญชาขององค์กรอื่น ไม่ให้การใช้อำนาจอธิปไตยรวมศูนย์ (Concentration) อยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่งแต่เพียงองค์กรเดียว⁶¹ ทั้งนี้เพราะ ถ้าหากอำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจบริหารมารวมกันอยู่ในตัวบุคคลเดียวกันหรือองค์กรเดียวกันแล้วเสรีภาพจะไม่มีเลย เพราะเป็นที่น่าห่วงเกรงว่าบุคคลหรือองค์กรผู้ใช้อำนาจนั้นจะตรากฎหมายที่มีลักษณะกดขี่มาใช้ และจะใช้กฎหมายนั้นบังคับอย่างกดขี่ ถ้าอำนาจพิพากษาไปรวมอยู่กับอำนาจนิติบัญญัติแล้วชีวิตและเสรีภาพของประชาชนก็จะมี

⁶⁰นนท์ ก่อแก้วทองดี และสุรศักดิ์ ศรีสาร, เรื่องเดียวกัน, หน้า 13-15.

⁶¹Johannes Siemest, **Hermann ROESLER** (Yotsuya: Sophia University, 1968), p. 117.

เป็นอยู่ตามความพอใจของผู้ใช้อำนาจทั้งสองเพราะผู้พิพากษาเป็นผู้ตรากฎหมายด้วย ถ้าอำนาจพิพากษาไปรวมกับอำนาจบริหารแล้ว ผู้พิพากษาก็จะมีอำนาจที่จะทำการบีบคั้นได้เต็มที่และก็ไม่มีอะไร เหลือเลย จะสูญสิ้นไปหมดถ้าบุคคลคนเดียวหรือองค์กรเดียวกันเป็นผู้ใช้อำนาจทั้งสาม กฎหมายก็จะไม่แน่นอน การใช้อำนาจบังคับก็จะผันแปรไปตามความประสงค์ของผู้ใช้อำนาจและถ้าใครไม่ทำตามความประสงค์นั้นผู้ใช้อำนาจก็จะลงโทษตามความพอใจของตน กฎหมายก็จะเลื่อนลอย บ้านเมืองก็จะไม่มีความสงบ⁶²

2) กฎหมายที่เป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำการของฝ่ายบริหาร

(1) รัฐธรรมนูญ (Constitution) ซึ่งได้แก่ บรรดาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญรวมทั้งหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปที่มีบัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร ด้วยหลักรัฐธรรมนูญที่เป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำการที่ฝ่ายบริหารมีอยู่ตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดฉบับใดฉบับหนึ่งที่สำคัญๆ ควรกล่าวถึงเป็นพิเศษ ได้แก่ หลักแห่งความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย (Principle of Equality Before The Law) หรืออีกนัยหนึ่ง คือ สิทธิของราษฎรที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน มีบัญญัติรับรองไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยแทบทุกรัฐจะไม่ได้บังคับให้องค์กรต่าง ๆ ของรัฐต้องปฏิบัติต่อบุคคลทุกคนอย่างเดียวกัน ตรงกันข้าม กลับบังคับให้ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญ ให้แตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละบุคคล ในทางปฏิบัติก็มีการแบ่งแยกบุคคลออกเป็นประเภท ๆ เช่น ข้าราชการ ทนายความ เกษตรกร วิศวกร ฯลฯ และปฏิบัติต่อบุคคลประเภทเดียวกันเหมือนกัน และต่อบุคคลต่างประเภทกันแตกต่างกันออกไป ฝ่ายบริหารต้องเคารพและปฏิบัติตามหลักความเสมอภาค ทั้งในกรณีที่อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติออกกฎหมายลำดับรอง (Subordinate Legislation) เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง กฎ ระเบียบ ฯลฯ ที่จำเป็นแก่การบังคับให้เป็นไปตามหลักการและเจตนารมณ์ของกฎหมายแม่บท และในกรณีที่เป็นการใช้ดุลพินิจออกคำวินิจฉัยสั่งการในเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะ หรืออีกนัยหนึ่ง ตัดสินใจเลือกออกมาตรการใดมาตรการ

⁶² เดือน บุญนาค, ผู้แปล, การแบ่งแยกอำนาจ, โดย มงแต้สกีเยอ

(กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2487), หน้า 8-9.

หนึ่งในบรรดาหลาย ๆ มาตรการที่กฎหมายเปิดช่องให้สามารถกระทำได้ หลักแห่งความได้สัดส่วน ซึ่งเป็นหลักการขั้นพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจกับผู้ตกอยู่ภายใต้อำนาจนี้ บังคับให้ผู้ใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ที่ตกอยู่ภายใต้อำนาจของตนอย่างพอเหมาะพอประมาณ (Moderation) ถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยส่วนใหญ่ ไม่ได้กำหนดหลักกฎหมายนี้ไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็ถือว่าเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไป และมีค่าบังคับเสมอกันกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญทุกประการ หลักกฎหมายดังกล่าวมีสาระสำคัญประกอบไปด้วยหลักการย่อย ๆ 3 หลักการด้วยกัน คือ หลักแห่งความเหมาะสม (Principle of Suitability) หลักแห่งความจำเป็น (Principle of Necessity) และหลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the Narrow Sense) กล่าวโดยสรุป หลักแห่งความได้สัดส่วน บังคับให้ฝ่ายบริหารออกมาตรการที่สามารถดำเนินการเพื่อให้บรรลุเป้าหมายและตามเจตนารมณ์ของกฎหมายและเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากที่สุด แต่ในขณะเดียวกัน ก็ก่อความเสียหายแก่ราษฎรน้อยที่สุดและห้ามมิให้ฝ่ายบริหารออกมาตรการใดๆ ซึ่งหากได้ลงมือดำเนินการให้เป็นไปตามนั้นแล้วจะก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนน้อยมากไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะตกแก่ราษฎรและ/หรือแก่สังคมโดยรวม

(2) กฎหมายประเพณี (Customary) ซึ่งได้แก่แนวปฏิบัติในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ซึ่งได้รับการประพฤติปฏิบัติตามอย่างสม่ำเสมอและติดต่อกันมาช้านานตกทอดจากคนรุ่นหนึ่งสู่อีกรุ่นหนึ่ง จนกลายเป็นอุปนิสัยร่วมของคนในสังคม (Social Habit) และสาธารณชนเกิดความรู้อยู่ร่วมกันว่าเป็นสิ่งที่ถูกต้องและจำเป็นต้องปฏิบัติตามกฎหมายประเพณีนี้เป็นบ่อเกิดของกฎหมายทุกแขนง ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศหรือกฎหมายภายใน และไม่ว่าจะเป็นกฎหมายเอกชนภายในหรือมหาชนภายในอย่างไรก็ตาม มีข้อควรสังเกตว่าในแขนงกฎหมายมหาชนภายในนั้นกฎหมายประเพณีอาจนำมาใช้บังคับในฐานะที่เป็นข้อจำกัดในการใช้อำนาจที่ฝ่ายบริหารมีอยู่ตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับใดฉบับหนึ่งได้เท่านั้น แต่ไม่น่าจะนำมาใช้บังคับในฐานะเป็นแหล่งที่มาของอำนาจกระทำการของฝ่ายบริหารหรือขยายอำนาจที่ฝ่ายบริหารมีอยู่ตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับใดฉบับหนึ่งให้กว้างออกไปได้ตัวอย่างของกฎหมาย

ประเพณีที่จำกัดอำนาจของฝ่ายบริหาร ได้แก่ การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงจะต้องเสนอร่างกฎกระทรวงต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อขอความเห็นชอบแล้ว รัฐมนตรีว่าการกระทรวงจึงจะลงนามประกาศใช้ได้ ความจริงแล้วไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับใด บัญญัติบังคับไว้ว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงต้องทำเช่นนั้น การเสนอร่างกฎกระทรวงต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อให้ความเห็นชอบ จึงจะเป็นการปฏิบัติตามกฎหมายประเพณีโดยแท้

3.4 ความหมายของเด็ก

การให้ความคุ้มครองเด็กได้จำเป็นต้องศึกษาคำว่า “เด็ก” มีความหมายเช่นไร การบัญญัติกฎหมายมาคุ้มครองเด็ก ในกฎหมายแต่ละฉบับจะให้ความหมายของเด็กไว้เนื่องจาก กฎหมายแต่ละฉบับที่บัญญัติให้การคุ้มครองเด็กจะกำหนดคำนิยามไว้แตกต่างกัน ซึ่งความหมายของคำว่า “เด็ก” มีดังต่อไปนี้

1) ความหมายของเด็กตามกฎหมายไทย

ในประเทศไทยได้มีการให้ความหมายของ เด็ก แตกต่างกัน โดยเฉพาะปรากฏตามคำนิยามของกฎหมายต่าง ๆ อาทิ ประมวลกฎหมายอาญา พระราชบัญญัติพระราชกฤษฎีกา ประกาศ หรือระเบียบต่าง ๆ ดังนี้

การนิยามคำว่า “เด็ก” มีความแตกต่างกันหลากหลายไม่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ซึ่งขึ้นอยู่กับจุดประสงค์ของกฎหมายแต่ละฉบับ ตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 4 คำว่า “เด็ก” หมายถึง บุคคลซึ่งมีอายุเกินกว่าอายุที่กำหนดไว้ตามมาตรา 73 แห่งประมวลกฎหมายอาญา แต่ยังไม่เกิน 15 ปีบริบูรณ์ และคำว่า “เยาวชน” หมายถึง บุคคลที่มีอายุเกิน 15 ปีบริบูรณ์ ซึ่งตามนิยามนี้แม้ว่าบุคคลนั้นจะบรรลุนิติภาวะโดยการสมรสแล้วก็ยังคงเป็นเยาวชนตามความหมายนี้

ในกฎหมายได้นิยามไว้ว่า กรณีเด็กหรือเยาวชนที่จะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายฉบับนี้จะต้องมีอายุเท่าไรเมื่อเด็กและเยาวชนได้กระทำความผิดอาญา สิ่งแรกควรจะต้องรู้ก่อนว่าเด็กและเยาวชนกระทำความผิดอาญาจะยึดหลักอะไรเป็นเกณฑ์ว่าเด็กหรือเยาวชนจะถูกดำเนินคดีอาญาและฟ้องเด็กหรือเยาวชนที่ศาลไหน กฎหมายจึงได้กำหนดและแยกอายุเด็กและเยาวชนไว้แตกต่างกัน เหตุผลที่กฎหมายต้องแยกอายุนั้น

เพราะวิธีการปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนจะแตกต่างกันเช่นการจับกุมและการปล่อยตัวชั่วคราว กรณีที่ผู้ต้องหาเป็นเด็กและผลการกระทำความผิดในการลดโทษก็แตกต่างกันไป⁶³

จากคำนิยามของ “เด็ก” และ “เยาวชน” ใช้คำว่า บุคคล ในที่นี้ หมายถึง บุคคลธรรมดา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คำว่า เด็ก ตามคำนิยามนี้ จะนำไปใช้เฉพาะในคดีอาญาที่มีข้อหาว่าเด็กหรือเยาวชนกระทำความผิด แต่ในที่อยู่ในความหมายของ “เด็ก” ในที่นี้จึงสามารถหมายถึงบุคคลธรรมดา ตั้งแต่แรกคลอด และอยู่รอดเป็นทารกเลย⁶⁴

ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 4 ได้ให้นิยาม “เด็ก” ความหมายว่า บุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงผู้ที่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส จะเห็นได้ว่านิยามคำว่าเด็กตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ดังกล่าวมาแล้วแตกต่างจากพระบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 ว่า “เด็ก” หมายความว่าบุคคลซึ่งมีอายุเกินกว่าอายุที่กำหนดไว้ตามมาตรา 73 แห่งประมวลกฎหมายอาญา แต่ยังไม่เกิน 15 ปีบริบูรณ์ ส่วน “เยาวชน” นั้นหมายความว่าบุคคลที่มีอายุเกิน 15 ปีบริบูรณ์ ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่า เด็กตามความหมายของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 นั้น อาจจะเป็เด็กก็ได้ หรืออาจจะเป็เยาวชนก็ได้ สำคัญอยู่ตรงที่ว่าต้องมีอายุ 18 ปีบริบูรณ์ และปกติการสมรสจะกระทำได้อต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุ 17 ปีบริบูรณ์แล้ว ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนหน้านั้นก็ได้ ถ้าหากเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ ไปทำการสมรส ตามกฎหมายถือว่าเด็กนั้นบรรลุนิติภาวะแล้ว ดังนั้น เด็กอายุต่ำ

⁶³วิเศษ อ่อนตา, คำอธิบายพระราชศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 (กรุงเทพมหานคร: ปณรัชช, 2556), หน้า 8.

⁶⁴นภดล ปกรณ์นิมิตติ, คำอธิบายมาตราที่สำคัญ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สุตรไพศาล, 2549), หน้า 3.

กว่า 18 ปีบริบูรณ์ซึ่งบรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส ไม่อยู่ในข่ายที่จะได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546⁶⁵

พระราชบัญญัติส่งเสริม และประสานงานเยาวชนแห่งชาติ พ.ศ. 2521 มาตรา 3 บัญญัติว่า “เยาวชน” หมายถึงบุคคลอายุไม่เกิน 25 ปี⁶⁶ ซึ่งครอบคลุมถึงเด็กที่หมายถึงมนุษย์อายุต่ำกว่า 18 ปี ตามความหมายของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1990

พระราชบัญญัติประถมศึกษา พ.ศ. 2523 มาตรา 6 บัญญัติว่า “ให้ผู้ปกครองของเด็กซึ่งมีอายุย่างเข้าปีที่ 8 ส่งเด็กนักเรียนเข้าเรียนในโรงเรียนประถมศึกษาจนกว่าจะมีอายุย่างเข้าปีที่ 15”⁶⁷

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 73 บัญญัติว่า “เด็กอายุไม่เกินเจ็ดปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ. . .”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 74 บัญญัติว่า “เด็กอายุกว่าเจ็ดปีแต่ยังไม่เกินสิบสี่ปี กระทำการอันเป็นกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ. . .”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 75 บัญญัติว่า “ผู้ใดอายุกว่าสิบสี่ปี แต่ยังไม่เกินสิบเจ็ดปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ให้ศาลพิจารณาถึงความรู้ผิดชอบและสิ่งอื่นทั้งปวงเกี่ยวกับผู้นั้น ในอันที่จะควรวินิจฉัยว่าสมควรพิพากษาลงโทษผู้นั้นหรือไม่. . .”

ตามพจนานุกรมฉบับบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้กำหนดความหมายคำว่า “เด็ก” หมายถึง คนที่มีอายุน้อยผู้เยาว์ ความหมายตามพจนานุกรมไม่ได้กำหนดช่วงอายุของเด็กไว้ เพียงให้ความหมายกว้าง ๆ ไว้เท่านั้น

⁶⁵วรวิทย์ ฤทธิพิศ, หลักกฎหมายการดำเนินคดีในศาลเยาวชนและครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 126.

⁶⁶“พระราชบัญญัติส่งเสริม และประสานงานเยาวชนแห่งชาติ พ.ศ. 2521,” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 95 ตอนที่ 4 (11 ตุลาคม 2521): 8-15.

⁶⁷“พระราชบัญญัติประถมศึกษา พ.ศ. 2523,” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 97 ตอนที่ 158 (13 ตุลาคม 2523): 1-26.

จากที่ผู้วิจัย นำความหมายคำว่า “เด็ก” จากกฎหมายฉบับต่าง ๆ มาอธิบาย เพื่อให้
เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้น ผู้วิจัยจึงทำการเปรียบเทียบความหมายของ “เด็ก” เฉพาะกฎหมาย
หลัก ๆ ที่เกี่ยวข้องกับงานวิจัยในเรื่องนี้ ตามตาราง ดังต่อไปนี้

ตารางเปรียบเทียบความหมายคำว่า “เด็ก”			
พระราชบัญญัติ คุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546	พระราชบัญญัติศาล เยาวชนและ ครอบครัวและวิธี พิจารณาคดีเยาวชน และครอบครัว พ.ศ. 2553	พจนานุกรมฉบับ บัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554	พระราชบัญญัติ คุ้มครองเด็กที่เกิด โดยอาศัย เทคโนโลยีช่วยการ เจริญพันธุ์ทาง การแพทย์ พ.ศ. 2558
บุคคลซึ่งมีอายุต่ำ กว่า 18 ปีบริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงผู้ที่ บรรลุนิติภาวะด้วย การสมรส	บุคคลซึ่งมีอายุเกิน กว่าอายุที่กำหนด ไว้ตามมาตรา 73 แห่งประมวล กฎหมายอาญา แต่ ยังไม่เกิน 15 ปี บริบูรณ์	คนที่มีอายุยังน้อย ผู้เยาว์ตามประมวล กฎหมายแพ่งและ พาณิชย์ ผู้ซึ่งอายุไม่ ครบ 18 ปีบริบูรณ์ และยังไม่บรรลุนิติ ภาวะด้วยการ สมรส	ไม่มีการนิยามคำว่า เด็ก ไว้ แต่มีการใช้ คำว่า ตัวอ่อน กับ ทารก

การศึกษาความหมายของเด็กในกฎหมายแต่ละฉบับ เป็นแนวทางให้ผู้วิจัย
ทราบแนวคิดในการคุ้มครองเด็กตามกฎหมายว่า กฎหมายให้สิทธิพิเศษแก่บุคคลในช่วง
อายุเท่าไร ทำให้ผู้วิจัยสามารถนำมาปรับใช้กับการพัฒนามาตรการการคุ้มครองเด็กที่เกิด
โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เพราะในกฎหมายคุ้มครองเด็กที่
เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้ความสำคัญกับการใช้
เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นส่วนใหญ่ ทำให้ในบทบัญญัติไม่ได้มี

คำนิยามคำว่า “เด็ก” ไว้ มีแต่กำหนดคำนิยามคำว่า “ตัวอ่อน” กับ คำว่า “ทารก” ไว้เท่านั้น ทำให้บทบัญญัติในกฎหมายไม่คุ้มครองเด็กได้ในระยะยาว

2) ความหมายของเด็กตามกฎหมายของต่างประเทศ

การให้คำนิยามของคำว่า “เด็ก” ตามกฎหมายของต่างประเทศ อาจมีความหมายหลากหลายโดยไม่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ซึ่งเป็นผลมาจากความแตกต่างกันของระบบกฎจารีตประเพณี วัฒนธรรม ทศนคติ และแนวความคิดคนในสังคมนั้น แต่ในปัจจุบันมีหลายประเทศก็มีการปรับปรุงกฎหมายในส่วนคำนิยามความหมายของคำว่า “เด็ก” เพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1990 และในหัวข้อนี้จะศึกษาความหมายของเด็กตามกฎหมายระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1990 กฎหมายของสหรัฐอเมริกาและกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น ตามลำดับ

(1) ความหมายของเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1990

“เด็ก” หมายถึง มนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านี้แล้ว ตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็ก

(2) ความหมายของเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยเด็กขององค์การ

สหประชาชาติ ค.ศ. 1989

“เด็ก” หมายถึง มนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านี้แล้ว ตามที่กฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็กนั้น⁶⁸

(3) ความหมายของเด็กตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

ในสหรัฐอเมริกาแบ่งการปกครองเป็นมลรัฐ นอกจากกฎหมายของสหพันธรัฐ (Federal Law) แล้ว ในแต่ละมลรัฐได้กำหนดกฎหมายของมลรัฐ (State Law) อันมีความแตกต่างกันไปด้วย โดยจะศึกษาความหมายของเด็กในบางมลรัฐเท่านั้น ซึ่งไม่ใช่ของสหรัฐอเมริกาทั้งหมด

⁶⁸สำนักงานสิทธิมนุษยชน, สภานายความ, คู่มือปฏิบัติงานโครงการทนายความอาสาให้คำปรึกษาและเข้าฟังการสอบสวนปากคำผู้ต้องหา (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2544), หน้า 123.

คำนิยามคำว่า “เด็ก” ของกฎหมายในประเทศไทยและต่างประเทศ จะใช้คำว่า “บุคคล” ซึ่งแสดงว่า เด็กที่เริ่มได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายต้องมีสภาพ บุคคลเสียก่อน เด็กจึงได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายและช่วงอายุที่ได้รับความ คุ้มครองในกฎหมายแต่ละฉบับจะกำหนดไว้แตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับว่ากฎหมายที่บัญญัติมี จุดประสงค์เพื่อคุ้มครองเด็กหรือกำหนดเกี่ยวกับความผิดของเด็กในลักษณะใด แต่หาก พิจารณาคำว่า “เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์” จะกำหนดคำ นิยามว่า “เด็ก” ไว้เพียงอย่างเดียวยังไม่เหมาะสม เนื่องจาก เด็กที่เกิดโดยเทคโนโลยีเจริญ พันธุ์ทางการแพทย์ ควรได้รับความคุ้มครองตั้งแต่เริ่มต้นตั้งแต่ไข่กับอสุจิผสมกันเป็นตัว อ่อน ระหว่างการตั้งครรภ์ อาจก่อให้เกิดผลกระทบกับเด็กมากมาย และหากกำหนดคำ นิยาม คำว่า “เด็ก” จะทำให้เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้รับ ความคุ้มครองเมื่อเด็กเกิดมามีสภาพบุคคลแล้วเท่านั้น ซึ่งเมื่อศึกษารายละเอียดของ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์- พ.ศ. 2558 ไม่ได้กำหนดคำนิยาม คำว่า “เด็ก” ไว้เนื่องจากการนำเทคโนโลยีช่วยการ- เจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาใช้กับมนุษย์ ต้องคุ้มครองตั้งแต่เริ่มเป็นตัวอ่อน ทำให้ใน กฎหมายมีคำนิยามศัพท์คำว่า “ตัวอ่อน” และ “ทารก” ไว้ในมาตรา 3 คือ

“ตัวอ่อน” หมายความว่า อสุจิและไข่ของมนุษย์ซึ่งรวมกันจนเกิด การปฏิสนธิไปจนถึงแปดสัปดาห์

“ทารก” หมายความว่า ตัวอ่อนของมนุษย์ที่มีอายุเกินกว่าแปด สัปดาห์ ไม่ว่าจะอยู่ในหรือนอกมดลูกของมนุษย์

แต่ในความคิดเห็นของผู้วิจัย กฎหมายควรกำหนดคำว่า “เด็ก” ไว้ด้วย เพื่อให้เกิดการสร้างมาตรการในการคุ้มครองเด็กในเรื่องอื่นเพิ่มขึ้น เพราะใน บทบัญญัติของกฎหมายจะกำหนดเพื่อคุ้มครองสิทธิของก่อนที่เกิด เช่น ห้ามทำลาย ตัวอ่อน ห้ามนำตัวอ่อนไปทดลอง ห้ามยุติการตั้งครรภ์ ส่วนมาตรการภายหลังเด็กเกิด คือ การคุ้มครองในเรื่องสิทธิความเป็นบิดา มารดา และ บุตร ดังนั้น หากสร้างมาตรใด ๆ ขึ้นมาเพื่อคุ้มครองเด็กและเพื่อให้สอดคล้องกับมาตรการที่ตรวจสอบครอบครัวที่รับเด็ก ไปเลี้ยงดู ต้องควรเพิ่มเติมคำว่า “เด็ก” ตามกฎหมายไว้ด้วย

3.5 แนวคิดการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเด็ก

จากเรื่องที่ผู้วิจัย ได้ศึกษาคือการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยเทคโนโลยีเจริญ-
พันธุ์ทางการแพทย์ จะเป็นการศึกษาว่าเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทาง-
การแพทย์ ได้รับความคุ้มครองอย่างไร และแนวทางการคุ้มครองส่งผลต่อเด็กอย่างไร
ต่อเด็ก ก่อนการศึกษาแนวทางการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทาง-
การแพทย์ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ จึงควรศึกษาเกี่ยวกับแนวคิดการคุ้มครองสิทธิและ
เสรีภาพของเด็ก เพื่อใช้เป็นมาตรฐานในการพัฒนากฎหมายต่อไป

จากแนวคิดการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในอดีต ส่วนใหญ่
กฎหมายให้ความคุ้มครองบุคคลที่เป็นผู้ใหญ่ ซึ่งตั้งแต่ในอดีตมา สิทธิ เสรีภาพหรือ
ปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นกับเด็ก ไม่ได้ได้รับการกล่าวถึง เพราะทุกฝ่ายรู้ว่า พ่อ แม่ หรือบุคคล
ในครอบครัวของตนเองย่อมเล็งดู รักษา คุ้มครอง หรือคอยแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ที่เกิด
ขึ้นกับเด็ก ๆ ในครอบครัวของตนเองได้อยู่แล้ว แต่จากความเจริญทัดเทียมผู้อื่นในสังคม
เกิดปัญหาการแย่งชิงเอาเปรียบกันมากขึ้นของคนในสังคมจนอาจเกิดการหลงลืมหน้าที่
ของตนในครอบครัว ที่ต้องคอยดูแลปกป้องเด็ก ปัญหาต่าง ๆ ของเด็ก ก็เริ่มก่อตัวจากจุด
เล็ก ๆ ของครอบครัวเป็นปัญหาใหญ่สู่สังคม กระทบสู่ระดับประเทศ และในที่สุดเป็น
ปัญหาสำคัญที่นานาประเทศต้องตระหนักถึงว่า “เด็กไม่ควรถูกลืมจากสังคม”
เพราะเด็กทุกคนย่อมเกิดมาพร้อมด้วยศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ดังเช่นผู้ใหญ่ทุกคน แต่จาก
ความอ่อนเยาว์ของเด็กเอง ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพของเด็กจึงไม่อาจ
ปกป้องไม่ให้ถูกละเมิดด้วยตนเองได้ ดังนั้น ผู้ใหญ่ในสังคมควรที่จะร่วมมือกัน
ในการดูแลปกป้องเด็ก ในทุกรูปแบบ ทุกปัญหาต่าง ๆ ได้เปลี่ยนแปลงและพัฒนาขึ้น
เช่นเดียวกับความเจริญรุ่งเรืองเหมือนกัน

เด็กเป็นทรัพยากรมนุษย์ที่มีคุณค่าและเป็นผู้ที่จะพัฒนาประเทศชาติต่อไปใน
อนาคตจึงเห็นควรที่จะต้องมีการพัฒนาเด็กให้เต็มศักยภาพเด็กต้องได้รับสิทธิขั้นพื้นฐาน
และได้รับการคุ้มครองให้รอดพ้นจากการถูกเอารัดเอาเปรียบของบุคคลและสังคม
แนวความคิดเรื่องสิทธิเด็กจึงเป็นประเด็นที่สำคัญในด้านสิทธิมนุษยชนที่ได้รับการ
กล่าวถึงอย่างกว้างขวางซึ่งในอดีตปัญหาและความต้องการของเด็กถูกมองว่าเป็นเรื่อง
เฉพาะของครอบครัวที่มีความเข้าใจว่า “เด็ก ก็คือ เด็ก” เป็นผู้ที่อยู่ในความดูแลของบิดา

มารดาหรือผู้ปกครองไม่ใช่บุคคลที่มีสิทธิมีเสียงอะไรถ้าจะให้ความช่วยเหลือหรือพิจารณาคิดถึงปัญหาของเด็กจะพิจารณาจากแง่ของความเมตตาสงสารมากกว่าในแง่ของสิทธิเด็กอย่างไรก็ตามสิทธิเด็กเป็นแนวคิดที่สำคัญในอันที่จะทำให้หลายฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับเด็กหันมาให้ความสำคัญกับเด็กมากขึ้นเพราะการล่วงละเมิดต่อสิทธิเด็กเป็นสิ่งที่ไม่สามารถเพิกเฉยได้ ดังนั้นการปฏิบัติเพื่อการคุ้มครองประชาชนโดยรัฐที่เกิดขึ้นจึงมิใช่แต่เพียงการคุ้มครองสิทธิของผู้ที่บรรลุนิติภาวะแล้วเท่านั้น หากแต่ต้องให้ความสนใจต่อตัวเด็กด้วย

ในปัจจุบันสิทธิเด็กได้กลายเป็นสิ่งที่ทุกฝ่ายให้ความสนใจของทั้งในระดับครอบครัวจนถึงสังคมวงกว้างโดยถือว่าบิดาและมารดามีหน้าที่และความรับผิดชอบในการตอบสนองความต้องการพื้นฐานของเด็ก ผู้ใหญ่ถือว่าเป็นบุคคลที่มีส่วนสำคัญในการพัฒนาเด็กด้วยการเป็นแบบอย่างและการสร้างสภาพแวดล้อมที่ดีสำหรับเด็ก ตลอดจนภาคีรัฐบาล องค์กร สถาบันต่าง ๆ ทางสังคมรวมถึงชุมชนและภาคธุรกิจต่างก็ควรเข้ามามีส่วนในการประสานความร่วมมือที่จะร่วมพัฒนา ปกป้องคุ้มครองและพิทักษ์สิทธิเด็ก เพื่อไม่ให้ถูกทอดทิ้งถูกเอารัดเอาเปรียบหรือถูกทารุณทั้งทางร่างกายและจิตใจเมื่อเด็กตกอยู่ในภาวะลำบากมากขึ้นการคุ้มครองเด็กที่อยู่ในภาวะยากลำบากจึงได้รับความสนใจในระดับนานาชาติเมื่อทุกฝ่ายให้ความสนใจกับความสำคัญที่เข้ามาคุ้มครองสิทธิเด็ก ไม่ว่าจะเป็นการเข้าคุ้มครองโดยการใช้อำนาจกฎหมายหรือการใช้นโยบายต่าง ๆ เพื่อมาปกป้องคุ้มครองไม่ให้มีบุคคลใดเข้ามาละเมิดสิทธิของเด็กได้ ดังนั้นการศึกษาแนวทางในการคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จึงจำเป็นต้องศึกษาถึงหลักเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และแนวทางในการคุ้มครองสิทธิเด็ก เพื่อเป็นแนวทางในกรณีที่ภาครัฐจะมีการสร้างมาตรการขึ้นมาคุ้มครองสิทธิของเด็ก รัฐควรจะนำมาตรการอย่างไรจึงจะเป็นการสมควรแก่เด็ก ดังนั้น ผู้วิจัยจึงได้ทำการศึกษาแนวคิดในการคุ้มครองเด็กในประเทศและต่างประเทศ ดังต่อไปนี้

3.5.1 แนวคิดการคุ้มครองสิทธิเด็กตามกฎหมายของประเทศไทย

1) วิวัฒนาการเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของเด็กในประเทศไทย

ในสมัยโบราณสังคมไทยปฏิบัติต่อเด็กเช่นเดียวกับสังคมของชนชาติอื่น ๆ ในโลกที่ให้บิดามารดามีอำนาจเหนือชีวิตของบุตร และชอบที่จะนำบุตรไป

ขายได้ ถือว่า บุตรเป็นทรัพย์สินของบิดามารดา เท่านั้น ลักษณะจารีตประเพณีและ
สังคมไทยจากอดีตถือว่าบิดามารดามีอำนาจปกครองเหนือบุตร และบุตรเป็นกรรมสิทธิ์
ของบิดามารดา แนวความคิดในเรื่องอำนาจบิดามารดาเหนือบุตรนั้น ตามประวัติศาสตร์
กฎหมายไทยมีตัวอย่างความคิดเรื่องอำนาจบิดาเหนือบุตรปรากฏชัดในกฎหมาย ในเรื่อง
เกี่ยวกับความสัมพันธ์ในครอบครัว ตามหลักกฎหมายไทยนั้นถือว่าเด็กเป็นทรัพย์สิน
ของครอบครัวและตกอยู่ภายใต้ปกครองของบิดามารดา ซึ่งถือเป็นกฎหมายจารีต
ประเพณี จึงไม่มีการกำหนดเงื่อนไขในการใช้อำนาจของบิดามารดาต่อบุตรโดยชัดเจน⁶⁹

วัฒนธรรมที่สำคัญของประเทศไทยอีกประการหนึ่ง คือ ความสัมพันธ์
ในครอบครัวที่สามีมียอำนาจเหนือภริยา บิดามารดาที่มีอำนาจเหนือบุตร สิทธิหน้าที่ของ
เด็กอยู่ภายใต้การปกครองดูแลของบิดามารดา การประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและ
พาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว เมื่อ พ.ศ. 2477 ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสิทธิและ
หน้าที่ของบิดามารดา ให้บิดามารดามีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตร ให้การศึกษาตาม
สมควรแก่บุตรระหว่างที่เป็นผู้เยาว์ บุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะต้องอยู่ภายใต้อำนาจ
ปกครองของบิดามารดา แต่ถ้าบิดามารดาใช้อำนาจปกครองโดยมิชอบประพฤติดุร้าย ก็
อาจเป็นเหตุให้ถูกศาลสั่งถอนอำนาจปกครองได้ บทบัญญัติดังกล่าว แสดงให้เห็นว่า
อำนาจเด็ดขาดของบิดามารดาที่มีต่อบุตรได้หมดสิ้นลง คงเปลี่ยนเป็นสิทธิและหน้าที่อัน
พึงมีต่อกัน แม้ต่อมาได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขบรรพ 5 เมื่อปี
พ.ศ. 2519 และ พ.ศ. 2533 ก็เป็นเพียงการเพิ่มเติมเงื่อนไขเกี่ยวกับสิทธิในการทำโทษบุตร
ตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอนและให้ความสำคัญในเรื่องการปกครองดูแลในส่วนที่
เกี่ยวกับทรัพย์สิน

ต่อมา สังคมไทยได้ตระหนักว่าเด็กก็เป็นมนุษย์เช่นเดียวกับผู้ใหญ่
โดยทั่วไป มีชีวิต มีศักดิ์ศรี เพียงแต่มีความอ่อนแอมากกว่าผู้ใหญ่โดยทั่วไป และจำเป็นที่
บิดา มารดา หรือบุคคลในครอบครัวจะต้องปกป้องเด็กให้สามารถเติบโตขึ้นมาในสังคม
ได้

⁶⁹ สรรพสิทธิ์ คูประพันธ์. แนวทางป้องกันการแก้ไขการละเมิดสิทธิเด็กใน
ประเทศไทย (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2539), หน้า 1.

อย่างไรก็ตาม การรับรองสิทธิของบุคคลในฐานะเป็นสิทธิตามกฎหมายเริ่มต้นได้รับการรับรองอย่างเป็นทางการ ประเทศไทยได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับแรกเมื่อ พ.ศ. 2475 ซึ่งตามรัฐธรรมนูญฉบับต่อ ๆ มา ได้บัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพของบุคคลมากขึ้น แม้ยังไม่ได้เป็นการรับรองสิทธิของเด็กไว้เป็นการเฉพาะก็ตาม แต่เมื่อรัฐธรรมนูญรับรองสิทธิเสรีภาพของบุคคลย่อมหมายความว่าความรวมถึงการรับรองสิทธิของเด็กได้เช่นเดียวกัน

จุดกำเนิดความคิดในการพัฒนากฎหมายคุ้มครองเด็ก⁷⁰

เมื่อปี พ.ศ. 2531 ก่อนการประกาศใช้สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กโดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติหนึ่งปี มีผู้แทนจากประเทศต่างๆ รวมทั้งองค์การเอกชนระหว่างประเทศด้านเด็ก ตั้งคณะทำงานที่เรียกกันว่า Lobbyist เดินทางไปพบปะกับรัฐบาลของทุกประเทศเพื่อโน้มน้าว ให้เห็นความสำคัญของการสมัครเข้าเป็นรัฐภาคีของสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ซึ่งนับว่าคณะทำงานชุดนี้ประสบความสำเร็จด้วยดี ทั้งนี้ สนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ปี 1989 (พ.ศ. 2532) นับว่าเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่ประชาคมโลกให้การตอบรับเป็นรัฐภาคีในจำนวนสูงสุดคือหนึ่งร้อยเก้าสิบกว่าประเทศ

สำหรับประเทศไทยก็มีผู้แทนของคณะทำงานมาพบกับผู้แทนของรัฐบาลไทยคือ ดร. สายสุรี จุติกุล เลขาธิการสำนักงานส่งเสริมและประสานงานเยาวชนแห่งชาติ (สยช.) ซึ่งขณะนั้นยังเป็นส่วนราชการสังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี มีภารกิจในการดูแลงานด้านเด็กและเยาวชนในด้านการพัฒนา หนึ่งในกลุ่มผู้แทนคณะทำงานที่เข้าพบ ดร. สายสุรี คือ Mr. Nigel Cantweel ซึ่งเป็น Director of Programs และผู้ร่วมก่อตั้งองค์กร Defense for Children International (DCI) สำนักงานอยู่ที่เมืองเจนีวาประเทศสวิตเซอร์แลนด์ และอยู่ในคณะทำงานร่างสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กอีกด้วย

เมื่อ Mr. Nigel Cantweel พร้อมกับผู้แทน องค์การ UNICEF มีการขอเข้าพบ ดร. สายสุรี จุติกุล ก็ได้พบกับกลุ่มนี้แต่เพียงลำพังเฉพาะตนเอง หากแต่ได้จัดให้มีการร่วมประชุมกับผู้ทำงานด้านเด็กที่มีบทบาทนำทั้งจากภาครัฐบาลและองค์การ

⁷⁰กลุ่มมาเจสติต, สิทธิเด็กและการคุ้มครองทางกฎหมายกับกลุ่มมาเจสติต (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), หน้า 90-95.

พัฒนาเอกชนอย่างพร้อมหน้า ภายหลังก็ได้นัดประชุมกลุ่มดังกล่าวอีกหลายครั้งโดยทุกคนเห็นพ้องกันว่าประเทศไทยควรสมัครเข้าเป็นรัฐภาคีของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก จนเกิดการกิจของทุกคนที่เห็นพ้องให้สำรวจตรวจตราดูว่าการดำเนินการตามพันธกรณีของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนั้น ประเทศจำเป็นต้องปรับปรุงแก้ไขในเรื่องใดอย่างไรบ้าง

ต่อมาเมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2535 ประเทศไทยก็ลงนามในภาคยานุวัติสารมีฐานะเป็นรัฐภาคีของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก โดยรัฐบาลที่มีนายอานันท์ ปันยารชุน เป็นนายกรัฐมนตรีและ ดร. สายสุรี จุติกุล เป็นรัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี ซึ่งท่านเป็นผู้พยายามผลักดันให้ประเทศไทยเป็นรัฐภาคีว่าด้วยสิทธิเด็กมาโดยตลอด ทั้งนี้การเป็นรัฐภาคีของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ได้ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในเรื่องสิทธิเด็กในประเทศไทยในทางที่พัฒนาดีขึ้นอย่างเห็นได้ชัด เช่น ตัวเลขการรายงานเกี่ยวกับเด็กถูกทารุณกรรมหรือเจ็บป่วยเนื่องจากการเลี้ยงดูโดยมิชอบจากปีละไม่กี่ร้อยคนเพิ่มมาเป็นเกือบหมื่น หลังจากการประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 (ที่เป็นพันธกรณีสำคัญของรัฐภาคีที่ต้องมีกฎหมายคุ้มครองเด็ก) ได้เพียงปีเดียว

ประเด็นทางกฎหมายก็เป็นเรื่องหนึ่งที่มีผู้เอาสารไปสำรวจตรวจตรา ขณะนั้นมี ศาสตราจารย์พิเศษ วิชา มหาคุณ กับ นายวัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล จากสมาคมสวัสดิการเด็กในประเทศไทยข้าราชการกรมประชาสัมพันธ์ (ในสังกัดกระทรวงมหาดไทย) และมูลนิธิศูนย์พิทักษ์สิทธิเด็ก (ขณะนั้นยังเป็นโครงการศูนย์พิทักษ์สิทธิเด็ก ในสังกัดมูลนิธิเด็ก) ต่างก็ไปพัฒนาร่างกฎหมายคุ้มครองเด็กด้วยกันทั้งสิ้นหลังจากการประกาศใช้อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กโดยสมาชิกใหญ่แห่งสหประชาชาติเมื่อ วันที่ 20 พฤศจิกายน ค.ศ. 1989 (พ.ศ. 2532) โดยในที่สุดของกลุ่มแรกคือสมาคมสวัสดิการเด็กในประเทศไทยและกรมประชาสัมพันธ์ สามารถนำเสนอร่างต่อสังคมภายใต้ชื่อเดียวกันคือ “ร่างพระราชบัญญัติ สงเคราะห์ คุ้มครองสวัสดิภาพ และส่งเสริมความประพฤติเด็ก พ.ศ. . . .” ขณะที่มูลนิธิศูนย์พิทักษ์สิทธิเด็ก ศึกษาแบบคิดของกฎหมายคุ้มครองเด็กของต่างประเทศหลายประเทศว่า เหตุใดจึงร่างกฎหมายออกมาเช่นนั้น มีหลักคิดอย่างไรและสอดคล้องกับหลักการต่าง ๆ ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กหรือไม่ เพียงใด แต่ก็ยังไม่สามารถพัฒนาให้เป็นร่างกฎหมายได้ ต้องรอเข้าไป

ร่วมงานกับคณะทำงานรณรงค์ฯ หลังจากนั้นหลายปีก็ร่วมกับสถาบันกฎหมายอาญา ซึ่งมี ดร. กิตติพงษ์ กิตยารักษ์ และนายวันชัย รุจนวงศ์ ผู้อำนวยการสถาบันฯ ขณะนั้น (ตามลำดับ)

วิเคราะห์ข้อกฎหมายในการคุ้มครองเด็กทุกประเด็น ด้วยการสนับสนุนขององค์การ UNICEF เช่นกรณีสถานการณ์ด้านสิทธิเด็กช่วงนั้น (พ.ศ. 2532-2546) ประเทศไทยมีเพียงกฎหมายฉบับเดียวที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการปกป้องคุ้มครองเด็กคือ ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 294 ประกาศ ณ วันที่ 27 พฤศจิกายน พุทธศักราช 2515 โดย จอมพล ถนอม กิตติขจร หัวหน้าคณะปฏิวัติ กฎหมายฉบับนี้ดูแลเฉพาะเด็กประพฤติดนไม่สมควร เด็กขาดไร้ผู้ปกครอง เด็กพิการหรือเด็กที่บิดามารดาผู้ปกครองไม่สามารถให้การอุปการะเลี้ยงดู ทั้งนี้ไม่มีประเด็นในเรื่องเด็กที่ตกอยู่ในความรุนแรง เด็กที่ถูกปล่อยปละละเลยไม่ดูแลเอาใจใส่ ประเด็นคือ คนทั่วไปมักคิดว่ากฎหมายที่คุ้มครองเด็ก คือประมวลกฎหมายอาญา ที่ลงโทษผู้กระทำความผิดต่อเด็ก ทั้ง ๆ ที่จริง ๆ แล้ว ประมวลกฎหมายอาญามุ่งลงโทษต่อผู้กระทำความผิด ไม่ได้เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กผู้เสียหายแต่ประการใด

ระหว่างนั้นมูลนิธิศูนย์พิทักษ์สิทธิเด็กได้รับการช่วยเหลือสนับสนุนทั้งด้านเงินทุน ความรู้ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับสิทธิเด็ก ทั้งจากองค์กรปาตาจ (PARTAGE) ประเทศฝรั่งเศส องค์กร DCI (Defense for Children International) ในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ และองค์กร ISPCAN (International Society for Prevention of Child Abuse and Neglect) ซึ่งขณะนั้นมีที่ทำการอยู่ในเมืองชิคาโก สหรัฐอเมริกา ทำให้มูลนิธิศูนย์พิทักษ์สิทธิเด็ก สามารถตั้งต้นพื้นฐานในการคุ้มครองเด็กว่า “การคุ้มครองเด็กคืออะไร” โดยพิจารณาเจตนารมณ์ของอนุสัญญาสิทธิเด็กที่ระบุในอารัมภบทว่า

“ยอมรับว่า เพื่อให้เด็กพัฒนาบุคลิกภาพได้อย่างกลมกลืนและเต็มที่ เด็กควรเติบโตในสิ่งแวดล้อมของครอบครัว ในบรรยากาศแห่งความผาสุก ความรัก และความเข้าใจ”

“เชื่อว่า ครอบครัวในฐานะเป็นกลุ่มพื้นฐานของสังคมและเป็นสิ่งแวดล้อมทางธรรมชาติสำหรับการเจริญเติบโตและความอยู่ดีกินดีของสมาชิกทุกคน โดยเฉพาะเด็ก”

จึงนำมาสู่เป้าหมายในการคุ้มครองเด็กซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ที่หลักสำคัญอยู่ที่ “ผู้ปกครองต้องให้การอุปการะเลี้ยงดู อบรมสั่งสอนและพัฒนาเด็กที่อยู่ในความปกครองดูแลของตนตามสมควรแก่ขนบธรรมเนียมประเพณีและวัฒนธรรมแห่งท้องถิ่น แต่ทั้งนี้ต้องไม่ต่ำกว่ามาตรฐานขั้นต่ำตามที่กำหนดในกฎกระทรวงและต้องคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กที่อยู่ในความปกครองดูแลของตน มิให้ตกอยู่ในภาวะอันน่าจะเกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจ” โดยเฉพาะอย่างยิ่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อที่ 19 บัญญัติไว้ว่า

(1) รัฐภาคีจะดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวง ด้านนิติบัญญัติ บริหาร สังคมและการศึกษาในอันที่จะคุ้มครองเด็กจากรูปแบบทั้งปวงของความรุนแรง ทั้งทางร่างกายและจิต การทำร้ายหรือการกระทำอันมิชอบ การทอดทิ้งหรือการปฏิบัติโดยประมาท การปฏิบัติที่ผิดหรือการแสวงประโยชน์รวมถึงการกระทำอันมิชอบทางเพศขณะอยู่ในการดูแลของบิดามารดา ผู้ปกครองตามกฎหมาย หรือบุคคลอื่นใดซึ่งเด็กนั้นอยู่ในความดูแล

(2) ตามแต่จะเหมาะสม มาตรการคุ้มครองเช่นว่านี้ ควรรวมถึง กระบวนการที่มีประสิทธิผลสำหรับการจัดตั้งแผนงานทางสังคม ในอันที่จะให้การสนับสนุนที่จำเป็นแก่เด็กและบุคคลซึ่งเด็กนั้นอยู่ในความดูแล ตลอดจนกระบวนการที่มีประสิทธิผลสำหรับป้องกันในรูปแบบอื่น และให้มีการระบุ การรายงาน การส่งเรื่องเพื่อพิจารณา การสืบสวน การปฏิบัติ และการติดตามเรื่องของกรณีการปฏิบัติที่ผิดต่อเด็กตามที่ระบุมาแล้วข้างต้น และในกรณีที่เหมาะสมให้ทางตุลาการเข้ามามีส่วนร่วมด้วยทั้งหมดถือเป็นกรอบในการพัฒนากฎหมายคุ้มครองเด็กของประเทศไทย

- การตรวจสอบเด็กทั้งหมดอยู่ในสถานะอย่างไร จึงควรมีกฎเกณฑ์ติดตามสถานะของเด็กและครอบครัว จากการทำงานสร้างเครือข่าย

- การตรวจสอบว่าเด็กอยู่ที่ไหน (รู้ว่าจะเขาถึงตัวเด็กได้อย่างไร) จึงต้องมีเครือข่ายอาสาสมัคร เครือข่ายผู้ประกอบวิชาชีพ ช่วยชี้เป้า ถึงอย่างไรก็ยังพบปัญหาที่สำคัญ หลายได้ประการที่ต้องค้นหา ได้แก่

(3) ตรวจสอบทราบได้อย่างไรว่าเด็กและครอบครัวต้องการบริการประเภทใดบ้าง จะมีเครื่องมือในการวิเคราะห์ประเมินอย่างไร (ต่อมา ได้เรียนรู้จาก

ระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ประเทศในเครือจักรภพของสหราชอาณาจักร ว่ามี Bio psychosocial assessment, Family assessment, Risks assessment and Needs assessment)

(4) บริการที่จะต้องให้ มีอะไรบ้าง ภายหลังต่อมา พบว่า ควรมีกฎไก 9 ประการคือ

ก. กฎติดตามสถานะของเด็กและครอบครัวตามมาตรฐานในการอุปการะเลี้ยงดูและพัฒนาเด็ก

ข. กฎจัดทำรายงานสถานะและการขึ้นทะเบียนเด็กที่จำเป็นต้องรับบริการ (Report & Register)

ค. กฎคัดลอกและส่งต่อความรับผิดชอบ (Intake Process and Referral)

ง. กฎจัดสภาพแวดล้อมให้ปลอดภัย/คุ้มครองสวัสดิภาพ (Safeguarding and Welfare)

จ. กฎบำบัดฟื้นฟูเยียวยาเด็กและสภาพครอบครัว (Treatment and Family Treatment)

ฉ. กฎคืนเด็กสู่สังคม (ครอบครัว โรงเรียน ชุมชน) (Social Reintegration)

ช. กฎควบคุมและกำจัذبังคับ (Secondary Prevention)

ซ. กฎจัดหาครอบครัว/การดูแลทดแทน (Substitute Family)

ณ. กฎติดตามผลการให้บริการ (Monitoring and Follow Up)

(5) ใครจะมีส่วนร่วมรับผิดชอบในการให้บริการ พบว่ากระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ (ทำงานกับครอบครัวและเชื่อมประสานกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบวิชาชีพ และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทุกระดับ) กระทรวงศึกษาธิการ (ทำงานกับโรงเรียนและสมาคมผู้ปกครอง) กระทรวงสาธารณสุข (ทำงานกับโรงพยาบาล) กระทรวงมหาดไทย (ทำงานกับชุมชนและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น) และ กระทรวงยุติธรรม (ทำงานกับเจ้าหน้าที่ตำรวจพนักงานอัยการ กรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน และกรมคุมประพฤติ) โดยทั้งหมดก็เพื่อให้บริการส่งเสริม

สนับสนุนช่วยเหลือแก้ไขเยียวยาสังคมแวดล้อมเด็กให้สามารถปกครองเด็กให้ปลอดภัย และดูแลพัฒนาเด็กให้ได้มาตรฐาน (Safeguarding and Promoting of the Child's Welfare)

(6) ใครเป็นผู้ตรวจตราการให้บริการ ควรจัดให้มีผู้ตรวจตราติดตาม ตรวจสอบคุณภาพการปฏิบัติงานของพนักงานเจ้าหน้าที่ ทบทวนการปฏิบัติงานของ พนักงานเจ้าหน้าที่ แต่ละกรณี (Case Review) เป็นรายคาบ ทั้งนี้มาตรฐานการปฏิบัติงาน อาจกำหนดโดยสภาผู้ประกอบวิชาชีพสังคมสงเคราะห์ร่วมกับสภาผู้ประกอบวิชาชีพด้าน ต่าง ๆ เช่น สังคมสงเคราะห์ แพทย์ จิตวิทยา กฎหมาย การศึกษา ฯลฯ เป็นผู้ตรวจสอบ

(7) ใครเป็นผู้ตรวจสอบคุณภาพหรือแทรกแซงกรณีที่มีปัญหาในการ ให้บริการ พบว่า ควรมีตำแหน่งหัวหน้าพนักงานเจ้าหน้าที่ และมีผู้เชี่ยวชาญเป็น Supervisor สำหรับพนักงานเจ้าหน้าที่

(8) ใครเป็นผู้สร้างระบบงาน สร้างบุคลากร พัฒนาศักยภาพ เพื่อ รองรับการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย พบว่า ควรให้กระทรวงพัฒนาสังคมและความ มั่นคงของมนุษย์ เป็นแกนประสาน

กระทรวงศึกษาธิการ - ทำงานกับโรงเรียนและสมาคมผู้ปกครอง

กระทรวงสาธารณสุข - ทำงานกับโรงพยาบาล

กระทรวงมหาดไทย - ทำงานกับชุมชนและองค์กรปกครองส่วน-
ท้องถิ่น และ

กระทรวงยุติธรรม - ทำงานกับเจ้าหน้าที่ตำรวจ พนักงานอัยการ

กรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน และกรมคุมประพฤติ

(9) ทรัพยากรที่ใช้มาจากไหนบ้าง นอกจากรัฐบาลจัดสรรให้แล้ว ควร มาจากการมีส่วนร่วมของภาคประชาสังคม รวมทั้งการจัดหาทรัพยากรโดยองค์กร ปกครองส่วนท้องถิ่นการจำแนกกลุ่มเด็กดังกล่าวก็มีโครงสร้างคล้ายกันในร่าง พระราชบัญญัติ สงเคราะห์ คุ้มครองสวัสดิภาพและส่งเสริมความประพฤติเด็ก พ.ศ. . . . ของไทยทุกฉบับ โดยเรียกว่า เด็กตกอยู่ในสภาพจำต้องได้รับการสงเคราะห์ (Child in Need) หรือคุ้มครองสวัสดิภาพ (Child at Risks) แต่ส่วนที่แตกต่างมากคือ ของคนไทย นั้น กระบวนการในการให้บริการหรือแทรกแซงครอบคลุมกว้างกำหนด รายละเอียดไว้ใน

กฎหมายลำดับรองเมื่อเกิดการโต้แย้งการดำเนินการของพนักงานเจ้าหน้าที่และผู้ปกครองยื่นคำร้องคำฟ้องศาลเยาวชนและครอบครัวพิจารณาวินิจฉัยเพื่อมีคำสั่งหรือคำพิพากษา ให้ยับยั้งการดำเนินการของพนักงานเจ้าหน้าที่ ศาลจะใช้ข้อกฎหมายจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว มาเป็นแนวร่วมในการสั่งหรือคำพิพากษา จึงมีผลให้ศาลมักจะยับยั้งการดำเนินการของพนักงานเจ้าหน้าที่เสมอ ๆ เนื่องจากกฎหมายลำดับรองไม่สามารถยกเว้นอำนาจของผู้ปกครองได้

กล่าวโดยสรุปในขั้นต้นว่า พระราชบัญญัติ คຸ່ມครองเด็ก พ.ศ. 2546 มีข้อบกพร่องตั้งแต่ยังเป็น ‘ร่างพระราชบัญญัติ สงเคราะห์ คຸ່ມครองสวัสดิภาพและส่งเสริมความประพฤติเด็ก พ.ศ. ...’ กล่าวคือ มีแต่กฎหมายสารบัญญัติโดยเกือบจะไม่มีหลักกฎหมายวิธี สบัญญัติ (Procedure Law) อยู่เลย ขณะที่กฎหมายต่างประเทศจะกำหนดรายละเอียดในการดำเนินการของผู้เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะอำนาจในการออกคำสั่งต่าง ๆ ไว้ นับเป็นร้อย ๆ มาตรา โดยเฉพาะอย่างยิ่งร่างพระราชบัญญัติ สงเคราะห์ คຸ່ມครองสวัสดิภาพและส่งเสริมความประพฤติเด็ก พ.ศ. ... กำหนดบทบาทของศาลไว้ในลักษณะตั้งรับ โดยศาลไม่ต้องค้นหาข้อเท็จจริงด้วยตัวเอง ทั้งๆ ที่ศาลในระบบ (Common Law) มีภาระในการค้นหาข้อเท็จจริงด้วยตนเองด้วย จึงทำให้ภาระในการพิสูจน์ไม่ได้ตกอยู่กับผู้กล่าวอ้างเหมือนหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งความอาญา กลายเป็นว่าเมื่อศาลตั้งคำถามต่อผู้เกี่ยวข้องผู้ใด ผู้นั้นมีหน้าที่ต้องเสนอข้อเท็จจริงต่อศาลทันที ตัวอย่างเช่น ศาลอาจถามผู้ปกครองว่า “ร່ອງรอยความเสียหายเกิดขึ้นที่ตัวเด็กได้อย่างไร” หากเป็นหลักกฎหมายความแพ่งความอาญาจะต้องมีผู้กล่าวหาผู้ปกครองและต้องไปค้นหาพยานหลักฐานเพื่อสนับสนุนข้อกล่าวหาดังกล่าว แน่แน่นอนว่าตั้งข้อกล่าวหาเช่นนี้ไม่อาจกระทำของผู้ปกครองมีแต่ตัวเด็กผู้เสียหายและผู้ปกครองเท่าที่ทราบ โดยเฉพาะเด็กผู้เสียหายมักจะไม่สามารถบอกเล่าข้อเท็จจริงให้แก่บุคคลภายนอกได้

2) กฎหมายที่ให้การคຸ່ມครองสิทธิเด็ก

เด็กจะได้รับการคຸ່ມครองสิทธิตามกฎหมายแม่บท คือ รัฐธรรมนูญ ซึ่งกฎหมายใดก็ตามที่จะบัญญัติขึ้นเกี่ยวกับเด็กต้องมีแนวทางในการคຸ່ມครองเด็กตามกรอบที่รัฐธรรมนูญกำหนดด้วย และนอกจากรัฐธรรมนูญแล้ว ประเทศไทยยังมีกฎหมายลำดับรองที่บัญญัติให้การคຸ່ມครองเด็กไว้ ด้วย ซึ่งผู้วิจัยได้อธิบายไว้ ดังต่อไปนี้

(1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

รัฐธรรมนูญถือว่าเป็นกฎหมายสูงสุดได้เน้นในเรื่องการคุ้มครองสิทธิของบุคคลรวมทั้งสิทธิเด็กด้วยและได้บัญญัติหลักการสำคัญ ๆ หลายประการ รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติรับรองเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพไว้ในมาตรา 4 บัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง” และพบว่า ในรัฐธรรมนูญฉบับนี้บัญญัติหลักเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพไว้ และมีบทบัญญัติในการคุ้มครองสิทธิเด็กไว้ แต่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันให้ความสำคัญกับการคุ้มครองเด็กลดลง เพื่อให้แสดงให้เห็นถึงความแตกต่างในการคุ้มครองเด็กตามรัฐธรรมนูญฉบับเดิม กับ รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ผู้วิจัยเปรียบเทียบดังตารางต่อไปนี้

ตาราง เปรียบการคุ้มครองสิทธิเด็กของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย-
พุทธศักราช 2540 และพุทธศักราช 2550 กับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540	รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550	รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560
มาตรา 4 ศักดิ์ศรีความเป็น มนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพ ของบุคคล ย่อมได้รับความ คุ้มครอง	มาตรา 4 ศักดิ์ศรีความเป็น มนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพ และความเสมอภาคของ บุคคล ย่อมได้รับความ คุ้มครอง	มาตรา 4 ศักดิ์ศรีความเป็น มนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และ ความเสมอภาคของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครอง ปวงชนชาวไทยย่อมได้รับ ความคุ้มครองตาม รัฐธรรมนูญเสมอกัน

ตาราง (ต่อ)

รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540	รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550	รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560
มาตรา 30 บุคคลย่อมเสมอ กันตามกฎหมายและได้รับ ความคุ้มครองตามกฎหมาย เท่าเทียมกันชายและหญิง มีสิทธิเท่าเทียมกัน การเลือก ปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อ บุคคลเพราะเหตุแห่งความ แตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทาง เศรษฐกิจหรือสังคม ความ เชื่อทางศาสนา หรือความ คิดเห็นทางการเมืองอันไม่ ขัดต่อบทบัญญัติแห่ง รัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้	มาตรา 30 บุคคลย่อมเสมอ กันตามกฎหมายและได้รับ ความคุ้มครองตามกฎหมาย เท่าเทียมกันชายและหญิงมี สิทธิเท่าเทียมกัน การเลือก ปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อ บุคคลเพราะเหตุแห่งความ แตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกาย หรือสุขภาพ สถานะของ บุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจ หรือสังคม ความเชื่อทาง เศรษฐกิจหรือสังคม ความ เชื่อทางศาสนา การศึกษา อบรม หรือ ความคิดเห็น ทางการเมืองอันไม่ขัดต่อ บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้	มาตรา 27 บุคคลย่อมเสมอ กันตามกฎหมาย มีสิทธิและ เสรีภาพและได้รับความ คุ้มครองตามกฎหมายเท่า เทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิ เท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติ โดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่าง ในเรื่องถิ่น กำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทาง เศรษฐกิจหรือสังคม ความ เชื่อทางศาสนา การศึกษา อบรม หรือความคิดเห็น ทางการเมืองอันไม่ขัดต่อ บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้

ตาราง (ต่อ)

รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540	รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550	รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560
มาตรา 31 บุคคลย่อมมีสิทธิ และเสรีภาพในชีวิตและ ร่างกาย การทรมาน ทารุณ กรรม หรือการลงโทษด้วย วิธีการโหดร้ายหรือไร้ มนุษยธรรม จะกระทำมิได้ แต่การลงโทษประหารชีวิต ตามที่กฎหมายบัญญัติ ไม่ ถือว่าเป็นการลงโทษด้วย วิธีการโหดร้ายหรือไร้ มนุษยธรรมตามความใน วรรคนี้การจับ คမ်း ตรวจ ค้นตัวบุคคล หรือการกระทำ ใดอันกระทบต่อสิทธิ และ เสรีภาพตามวรรคหนึ่ง จะ กระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัย อำนาจตามบทบัญญัติแห่ง กฎหมาย	มาตรา 32 บุคคลย่อมมี สิทธิและเสรีภาพในชีวิต และร่างกาย การทรมาน ทารุณกรรม หรือการ ลงโทษด้วยวิธีการโหดร้าย หรือไร้มนุษยธรรม จะ กระทำมิได้ แต่การลงโทษ ประหารชีวิตตามคำ พิพากษาของศาลหรือ ตามที่กฎหมายบัญญัติไม่ ถือว่าเป็นการลงโทษด้วย วิธีการโหดร้ายหรือไร้ มนุษยธรรมตามความใน วรรคนี้การจับและการคุม ขัง ตรวจค้นตัวบุคคล หรือ การกระทำใด อันกระทบ ต่อสิทธิ และเสรีภาพตาม วรรคหนึ่ง จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตาม บทบัญญัติแห่งมีคำสั่ง หรือ หมายของศาลหรือมีเหตุ ตามที่กฎหมายบัญญัติ	มาตรา 28 บุคคลย่อมมีสิทธิ และเสรีภาพในชีวิตและ ร่างกาย การจับและการคุมขัง บุคคลจะกระทำมิได้ เว้น แต่มีคำสั่งหรือหมายของศาล หรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่ กฎหมายบัญญัติ การค้นตัว บุคคลหรือการกระทำใดอัน กระทบกระเทือนต่อสิทธิ หรือเสรีภาพในชีวิต หรือร่างกายจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีเหตุตามที่กฎหมาย บัญญัติการทรมาน ทารุณ กรรม หรือการลงโทษด้วย วิธีการโหดร้ายหรือไร้ มนุษยธรรมจะกระทำมิได้

ตาราง (ต่อ)

รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540	รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550	รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560
มาตรา 237 ในคดีอาญา การจับและคุมขังบุคคลใด จะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาล หรือผู้นั้นได้กระทำความผิดซึ่งหน้า หรือมีเหตุจำเป็นอย่างอื่นให้จับได้โดยไม่มีหมายตามที่กฎหมายบัญญัติ โดยผู้ถูกจับจะต้องได้รับการแจ้งข้อกล่าวหาและรายละเอียดแห่งการจับ โดยไม่ชักช้า กับจะต้องได้รับโอกาสแจ้งให้ญาติหรือผู้ซึ่งผู้ถูกจับไว้วางใจทราบในโอกาสแรก และผู้ถูกจับซึ่งยังถูกควบคุมอยู่ ต้องถูกนำตัวไปศาลภายในสี่สิบแปดชั่วโมง นับแต่เวลาที่ผู้ถูกจับถูกนำตัวไปถึงที่ทำการของพนักงานสอบสวน เพื่อศาลพิจารณาว่ามีเหตุที่จะขังผู้ถูกจับไว้ตามกฎหมายหรือไม่ เว้นแต่มีเหตุสุดวิสัยหรือมีเหตุจำเป็นอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ	มาตรา 40 บุคคลย่อมมีสิทธิในกระบวนการยุติธรรม ดังต่อไปนี้ (6) เด็ก เยาวชน สตรี ผู้สูงอายุ หรือผู้พิการหรือทุพพลภาพ ย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอย่างเหมาะสม และย่อมมีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในคดีที่เกี่ยวข้องกับความรุนแรงทางเพศ	มาตรา 29 บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้

ตาราง (ต่อ)

รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540	รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550	รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560
มาตรา 53 เด็ก เยาวชน และ บุคคลในครอบครัว มีสิทธิ ได้รับความคุ้มครองโดยรัฐ จากการใช้ความรุนแรงและ การปฏิบัติอันไม่เป็น ธรรมดาเด็กและเยาวชนซึ่งไม่ มีผู้ดูแล มีสิทธิได้รับการ เลี้ยงดูและการศึกษาอบรม จากรัฐ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมาย บัญญัติ	มาตรา 52 เด็กและเยาวชน และบุคคลในครอบครัวมี สิทธิในการอยู่รอดและ ได้รับความคุ้มครองการ พัฒนาด้านร่างกาย จิตใจ และสติปัญญา ตาม ศักยภาพในสภาพแวดล้อม ที่เหมาะสม โดยรัฐจากการ ใช้ความรุนแรงคำนึงถึงการ มีส่วนร่วมของเด็กและ การปฏิบัติอันไม่เป็นธรรมดา เยาวชนเป็นสำคัญ เด็ก เยาวชน สตรี และ บุคคลในครอบครัว มีสิทธิ ได้รับความคุ้มครองจากรัฐ ให้ปราศจากการใช้ความ รุนแรงและการปฏิบัติอัน ไม่เป็นธรรมดาทั้งมีสิทธิ ได้รับการบำบัดฟื้นฟูใน กรณีที่มีเหตุดังกล่าว การ แทรกแซงและการจำกัด สิทธิของเด็ก เยาวชน และ บุคคลในครอบครัว จะ กระทำ มิได้ เว้นแต่โดย อาศัยอำนาจตาม	ไม่มีการบัญญัติไว้

ตาราง (ต่อ)

รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540	รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550	รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560
มาตรา 43 บุคคลย่อมมีสิทธิ เสมอกันในการรับการศึกษา ขั้นพื้นฐานไม่น้อยกว่าสิบ สองปีที่รัฐจะต้องจัดให้อย่าง ทั่วถึงและมีคุณภาพโดยไม่ เก็บค่าใช้จ่าย การจัดการ ศึกษาอบรมของรัฐต้อง คำนึงถึงการมีส่วนร่วมของ องค์กรปกครองส่วน ท้องถิ่นและเอกชน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ การ จัดการศึกษาอบรมของ องค์กรวิชาชีพและเอกชน ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ ย่อมได้รับความคุ้มครอง ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ	มาตรา 49 บุคคลย่อมมี สิทธิเสมอกันในการรับ การศึกษาขั้นพื้นฐานไม่ น้อยกว่า สิบสองปีที่รัฐ จะต้องจัดให้อย่างทั่วถึง และมีคุณภาพ โดยไม่เก็บ ค่าใช้จ่าย การจัดการศึกษา อบรมของรัฐต้องคำนึงถึง การมีส่วนร่วมขององค์กร ปกครองส่วนท้องถิ่นและ เอกชน ทั้งนี้ ตามที่ กฎหมายบัญญัติผู้ยากไร้ ผู้ พิการหรือทุพพลภาพ หรือ ผู้อยู่ในสภาวะยากลำบาก ต้องได้รับสิทธิตามวรรค หนึ่ง และการสนับสนุน จากรัฐเพื่อให้ได้รับ การศึกษาโดยทัดเทียมกับ บุคคลอื่น การจัดการศึกษา อบรมขององค์กรวิชาชีพ และหรือเอกชนภายใต้การ กำกับดูแล การศึกษา ทางเลือกของรัฐประชาชน การเรียนรู้ด้วยตนเอง และ การเรียนรู้ตลอดชีวิต	มาตรา 54 รัฐต้องดำเนินการ ให้เด็กทุกคนได้รับการศึกษา เป็นเวลาสิบสองปี ตั้งแต่ ก่อนวัยเรียนจนจบการศึกษา ภาคบังคับอย่างมีคุณภาพโดยไม่ เก็บค่าใช้จ่ายรัฐต้อง ดำเนินการให้เด็กเล็กได้รับ การดูแลและพัฒนาก่อนเข้า รับการศึกษาตาม วรรคหนึ่ง เพื่อพัฒนาร่างกาย จิตใจ วินัย อารมณ์ สังคม และสติปัญญาให้สมกับวัย โดยส่งเสริมและสนับสนุน ให้องค์กรปกครองส่วน ท้องถิ่นและภาคเอกชนเข้ามามี ส่วนร่วมในการดำเนินการ ด้วย

ตาราง (ต่อ)

รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540	รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550	รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560
	คุ้มครอง ทั้งนี้ ตามที่ กฎหมายบัญญัติแลส่งเสริม ที่เหมาะสมจากรัฐ	
มาตรา 80 รัฐต้องคุ้มครอง และพัฒนาเด็กและเยาวชน ส่งเสริมความเสมอภาคของ หญิงและชาย เสริมสร้าง และพัฒนาความเป็นปึกแผ่น ของครอบครัว และความ เข้มแข็งของชุมชนรัฐต้อง สงเคราะห์คนชรา ผู้ยากไร้ ผู้พิการหรือทุพพลภาพและ ผู้ด้อยโอกาสให้มีคุณภาพ ชีวิตที่ดีและพึ่งตนเองได้	มาตรา 80 รัฐต้องคุ้มครอง และพัฒนาเด็กและเยาวชน ส่งเสริมความเสมอภาค ของหญิงและชาย เสริมสร้างและพัฒนาความ เป็นปึกแผ่นของครอบครัว และความเข้มแข็งของ ชุมชนรัฐต้องดำเนินการ ตามแนวนโยบายด้าน สังคม การสาธารณสุข การศึกษาและวัฒนธรรม ดังต่อไปนี้ (1) คุ้มครองและพัฒนาเด็ก และเยาวชน สนับสนุนการ อบรมเลี้ยงดูและให้ การศึกษาปฐมวัย ส่งเสริม ความเสมอภาคของหญิง และชาย เสริมสร้างและ พัฒนาความเป็นปึกแผ่น ของสถาบันครอบครัวและ ชุมชน รวมทั้ง ต้อง	มาตรา 71 รัฐพึงเสริมสร้าง ความเข้มแข็งของครอบครัว อันเป็นองค์ประกอบพื้นฐาน ที่สำคัญของสังคม จัดให้ ประชาชนมีที่อยู่อาศัยอย่าง เหมาะสม ส่งเสริมและ พัฒนาการสร้างสรรค์สุขภาพ เพื่อให้ประชาชนมีสุขภาพที่ แข็งแรงและมีจิตใจเข้มแข็ง รวมตลอดทั้งส่งเสริมและ พัฒนาการกีฬาให้ไปสู่ความ เป็นเลิศและเกิดประโยชน์ สูงสุดแก่ประชาชนรัฐพึง ส่งเสริมและพัฒนาทรัพยากร มนุษย์ให้เป็นพลเมืองที่ดี มี คุณภาพและความสามารถ สูงขึ้นรัฐพึงให้ความ ช่วยเหลือเด็ก เยาวชน สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ ผู้ยากไร้ และผู้ด้อยโอกาสให้สามารถ ดำรงชีวิตได้อย่างมีคุณภาพ

ตาราง (ต่อ)

รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540	รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550	รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560
	มาตรา 80 รัฐต้องคุ้มครองและพัฒนาเด็กและเยาวชน ส่งเสริมความเสมอภาคของหญิงและชาย เสริมสร้างและพัฒนาความเป็นปึกแผ่นของครอบครัว และความเข้มแข็งของชุมชน รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านสังคม การสาธารณสุข การศึกษา และวัฒนธรรม ดังต่อไปนี้ (1) คุ้มครองและพัฒนาเด็กและเยาวชน สนับสนุนการอบรมเลี้ยงดูและให้การศึกษาปฐมวัย ส่งเสริมความเสมอภาคของหญิงและชาย เสริมสร้างและพัฒนาความเป็นปึกแผ่นของสถาบันครอบครัวและชุมชน รวมทั้ง ต้องสงเคราะห์และจัดสวัสดิการให้แก่ผู้สูงอายุ ผู้ยากไร้ ผู้พิการหรือทุพพลภาพ และผู้อยู่ในสภาวะ	มาตรา 71 รัฐพึงเสริมสร้างความเข้มแข็งของครอบครัวอันเป็นองค์ประกอบพื้นฐานที่สำคัญของสังคม จัดให้ประชาชนมีที่อยู่อาศัยอย่างเหมาะสม ส่งเสริมและพัฒนาการส่งเสริมสุขภาพ เพื่อให้ประชาชนมีสุขภาพที่แข็งแรงและมีจิตใจเข้มแข็ง รวมตลอดทั้งส่งเสริมและพัฒนาการกีฬาให้ไปสู่ความเป็นเลิศและเกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชน รัฐพึงส่งเสริมและพัฒนาทรัพยากรมนุษย์ให้เป็นพลเมืองที่ดี มีคุณภาพและความสามารถสูงขึ้น รัฐพึงให้ความช่วยเหลือเด็กเยาวชน สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ ผู้ยากไร้ และผู้ด้อยโอกาสให้สามารถดำรงชีวิตได้อย่างมีคุณภาพ และคุ้มครองป้องกันมิให้บุคคลดังกล่าวถูกใช้ความรุนแรงหรือปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม รวมตลอดทั้งให้

ตาราง (ต่อ)

รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540	รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550	รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560
	ยากลำบาก ให้มีคุณภาพ ชีวิตที่ดีขึ้นและพึ่งพา ตนเองได้	การบำบัด พื้นฟูและเยียวยา ผู้ถูกกระทำการดังกล่าว ใน การจัดสรรงบประมาณ รัฐพึง คำนึงถึงความจำเป็นและ ความต้องการที่แตกต่างกัน ของเพศ วัยและสภาพของ บุคคล ทั้งนี้ เพื่อความเป็น ธรรม

รัฐธรรมนูญถือว่าเป็นกฎหมายสูงสุดที่วางรากฐานเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของเด็กไว้ เพื่อให้กฎหมายฉบับรองอื่น ๆ บัญญัติให้สอดคล้องกับที่รัฐธรรมนูญวางรากฐานไว้ ตามที่ผู้วิจัยได้ทำการเปรียบเทียบเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเด็ก ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในทุก รัฐธรรมนูญจะบัญญัติหลักในการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพไว้ในเบื้องต้นเสียก่อนว่า สิทธิ เสรีภาพต้องได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ และทุกคนมีฐานะเท่าเทียมกัน แม้แต่ เด็กต้องได้รับการคุ้มครองอย่างเช่นผู้ใหญ่ อีกทั้งกฎหมายรับรอง บุคคลย่อมมีสิทธิและ เสรีภาพในชีวิต ร่างกาย และในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กำหนดสิทธิในเรื่องกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กเป็นการเฉพาะ มีการรับรองสิทธิ ในการศึกษา การป้องกันสิทธิไม่ให้ถูกกระทำจากการใช้ความรุนแรง การพัฒนาเด็ก อบรมเลี้ยงดู ให้การศึกษาแก่เด็กตามความเหมาะสม รวมทั้งให้เด็กอยู่ในสภาวะแวดล้อม ที่ดี มีครอบครัวที่อบอุ่น ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติหลักการไว้คล้าย ๆ กัน

เพียงแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีการบัญญัติรายละเอียดในการคุ้มครองเด็กให้เป็นรูปธรรมมากขึ้นกว่าเดิม สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เป็นรัฐธรรมนูญที่บังคับใช้ในปัจจุบัน ในตัวบทกฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิของเด็กลดลง แต่ให้เป็นหน้าที่ของรัฐพึงเสริมสร้างให้เกิดแก่เด็กให้ดำรงชีวิตได้อย่างมีคุณภาพ เพื่อเสริมสร้างครอบครัวที่เข้มแข็ง ทำให้ผู้วิจัยได้มาพิจารณาในตัวบทในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วย-
 การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ถือว่าเป็นกฎหมายลำดับรอง ไม่มีบทบัญญัติให้คำนึงเกี่ยวกับเด็ก ดังเช่น กฎหมายฉบับรองอื่น ๆ ที่ให้การคุ้มครองเด็ก ได้แก่ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว - พ.ศ. 2553 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 เพราะการกำหนดคำนึงของเด็ก ทำให้ทราบถึงช่วงอายุเด็กที่จะได้รับการคุ้มครองและพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ควรมีการบัญญัติให้สอดคล้องกับกฎหมายแม่บท คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เพื่อให้เด็กดำรงชีวิตอย่างมีคุณภาพ นอกจากนั้น ในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย ควรมีการบัญญัติรับรองให้แก่ เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการ-
 เจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไว้ด้วย เพื่อจะได้มีกฎหมายหลักที่เป็นการประกันสิทธิแก่เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เพราะเด็กที่เกิดโดย-
 อาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ต้องใช้วิธีการทางการแพทย์เข้ามาเกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นการสร้างตัวอ่อน ก่อนที่มีการฉีดเข้าไปในมดลูกของหญิง และเทคโนโลยีทางการแพทย์สามารถนำตัวอ่อนมาใช้ประโยชน์ได้ต่าง ๆ มากมาย ถ้ามีการนำไปใช้ประโยชน์ในทางที่ถูกต้องจะส่งผลประโยชน์ ถ้ามีการนำไปใช้ในทางที่ผิดอาจส่งผลกระทบต่อเด็กและประเทศชาติได้เช่นกัน ดังเช่นที่เกิดปัญหาในปัจจุบัน เช่น มีการนำเด็กไปขาย นำเด็กไปใช้แรงงาน ซึ่งอาจเข้าข่ายไปสู่กระบวนการค้ามนุษย์อีกด้วย

(2) พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

เด็กที่มีสิทธิได้รับการคุ้มครองตาม พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก คือ บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี บริบูรณ์แต่ไม่รวมถึงผู้ที่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส (มาตรา 4) การสมรสต้องมีการจดทะเบียนสมรสโดยชอบด้วยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หากเป็นการสมรสโดยพฤตินัยไม่อยู่ในความหมายนี้ประเทศไทยประสบผลก้าวหน้าอย่างสำคัญในการพัฒนาโครงสร้างทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองเด็กในภาวะเสี่ยง การประกาศใช้ พระราชบัญญัติ คุ้มครองเด็ก เมื่อ ปี พ.ศ. 2546 เป็นเครื่องชี้วัดที่สำคัญที่สุดของความก้าวหน้านี้ ซึ่งยกสถานะของประเทศไทยให้เป็นผู้นำด้านการส่งเสริมสิทธิเด็กของภูมิภาคและนานาชาติพระราชบัญญัตินี้ตั้งอยู่บนหลักการที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิ เด็ก ระบุถึงวิธีอันหลากหลาย ซึ่งความรุนแรง และการแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบ ที่สามารถทำร้ายเด็ก พระราชบัญญัตินี้ให้การปกป้องคุ้มครองเด็กไทยทั้งหมดไม่ว่าพวกเขาจะมีสถานะทางเศรษฐกิจ สังคม กฎหมาย มีชาติพันธุ์ หรือนับถือศาสนาใด เนื้อหาของพระราชบัญญัติประกาศอย่างแจ่มชัดว่า การดูแลให้เด็กมีความเป็นอยู่ที่ดี คือหน้าที่รับผิดชอบของทุกคน และจะไม่ยอมให้มีการทารุณกรรมเด็ก พร้อมทั้งระบุถึงความมุ่งมั่นของประเทศไทยที่จะให้การช่วยเหลือเด็กโดยผ่านทางการเสริมสร้างความเข้มแข็งของครอบครัว

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 เริ่มประกาศใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 29 มีนาคม 2547 โดยยกเลิกประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 132 ลงวันที่ 22 เมษายน พ.ศ. 2515 และประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 294 ลงวันที่ 27 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ที่ได้ใช้บังคับเกี่ยวกับวิธีการสงเคราะห์ คุ้มครองสวัสดิภาพและส่งเสริมความประพฤติเด็กมาเป็นเวลานานแล้ว ไม่เหมาะสมกับสภาพสังคมปัจจุบันที่เปลี่ยนแปลงไป พระราชบัญญัตินี้จึงได้กำหนดขั้นตอนและปรับปรุงวิธีการปฏิบัติต่อเด็กให้เหมาะสมยิ่งขึ้น เพื่อให้เด็กได้รับการอุปการะเลี้ยงดู อบรมสั่งสอน และมีพัฒนาการที่เหมาะสม อันเป็นการส่งเสริมความมั่นคงของสถาบันครอบครัว รวมทั้งป้องกันให้เด็กถูกทารุณกรรมตกเป็นเครื่องมือในการแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบ หรือถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมและยังส่งเสริมความร่วมมือในการคุ้มครองเด็กระหว่างหน่วยงานของรัฐและเอกชนให้เหมาะสมยิ่งขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ-

บุญแห่งราชอาณาจักรไทย แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1990 จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้⁷¹

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มีบทบัญญัติทั้งสิ้น 88 มาตรา และสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1990 สรุปสาระสำคัญได้ดังต่อไปนี้

หมวด 1 คณะกรรมการคุ้มครองเด็ก

กำหนดให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการคุ้มครองเด็กแห่งชาติขึ้น มีอำนาจและหน้าที่ที่สำคัญ คือ การเสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีเกี่ยวกับนโยบาย แผนงาน งบประมาณและมาตรการในการส่งเสริมและคุ้มครองสวัสดิภาพ และส่งเสริมความประพฤติเด็ก รวมถึงการให้คำปรึกษา แนะนำ และประสานงานกับหน่วยงานของรัฐและเอกชนที่ปฏิบัติงานด้านการศึกษา การส่งเสริมและคุ้มครองสวัสดิภาพ และส่งเสริมความประพฤติเด็ก

นอกจากนี้ยังมีอำนาจตรวจสอบสถานรับเลี้ยงเด็ก สถานแรกรับ สถานสงเคราะห์ สถานคุ้มครองสวัสดิภาพ สถานพัฒนาและฟื้นฟู สถานพินิจ หรือ สถานที่ที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมและคุ้มครองสวัสดิภาพ และส่งเสริมความประพฤติเด็ก ทั้งของรัฐและเอกชนนอกจากนี้ยังได้กำหนดให้มีคณะกรรมการคุ้มครองเด็ก กรุงเทพมหานครและคณะกรรมการคุ้มครองเด็กจังหวัด เพื่อกระจายการดูแลให้เป็นไปอย่างทั่วถึง โดยมีอำนาจและหน้าที่ที่สำคัญ คือ เสนอความเห็นต่อคณะกรรมการเกี่ยวกับนโยบาย แผนงาน งบประมาณและมาตรการในการส่งเสริมและคุ้มครองสวัสดิภาพ และส่งเสริมความประพฤติเด็ก การให้คำปรึกษา แนะนำ และประสานงานกับหน่วยงานของรัฐและเอกชนที่เกี่ยวข้องการติดตาม ประเมินผลและตรวจสอบการดำเนินงานเกี่ยวกับการส่งเสริมและส่งเสริมความประพฤติเด็กแล้วรายงานผลต่อคณะกรรมการ

หมวด 2 การปฏิบัติต่อเด็ก

การปฏิบัติต่อเด็กไม่ว่าในกรณีใดต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญและไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม และในพระราชบัญญัติ

⁷¹“พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546,” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 20 ตอนที่ 95 ก (2 ตุลาคม 2546): 1-8.

ฉบับดังกล่าวยังได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการปฏิบัติต่อเด็กโดยสรุป
สาระสำคัญดังนี้

- ผู้ปกครองต้องให้การอุปการะเลี้ยงดู อบรมสั่งสอนและพัฒนาเด็กที่
อยู่ในความปกครองตามสมควรแก่ขนบธรรมเนียมประเพณีและวัฒนธรรมแห่งท้องถิ่น
รวมถึงการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กมิให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ และผู้ปกครอง
ต้องไม่ทอดทิ้งหรือละทิ้งเด็กไว้หรือละเลยไม่ดูแลเด็ก

- ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ที่พระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดมีหน้าที่
คุ้มครองสวัสดิภาพเด็กที่อยู่ในเขตพื้นที่รับผิดชอบ รวมถึงดูแลตรวจสอบสถานที่ต่าง ๆ
ที่เกี่ยวข้องตามที่กฎหมายกำหนด

นอกจากนี้ยังกำหนดมาตรการต่างๆ ที่สำคัญเพื่อคุ้มครองเด็กทั้ง
ทางด้านร่างกาย จิตใจ ชื่อเสียงหรือสิทธิประโยชน์อื่นของเด็ก เช่น ห้ามบุคคลใดกระทำ
การอันเป็นการทารุณกรรมเด็ก, ห้ามบุคคลใดบังคับ ชูเชิญส่งเสริมหรือยินยอมให้เด็ก
ประพฤติดนไม่สมควรหรือเสี่ยงต่อการกระทำผิดในด้านต่างๆ เป็นต้นและเพื่อประโยชน์
ในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติ ฉบับดังกล่าวนี้ จึงได้กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่มี
อำนาจและหน้าที่พิเศษบางประการเช่น อำนาจในการตรวจค้นสถานที่, มีหนังสือเรียก
บุคคลมาให้ถ้อยคำ, เรียกให้ส่งเอกสารหรือหลักฐานต่าง ๆ เป็นต้น

หมวด 3 การสงเคราะห์เด็ก

ในหมวดนี้ได้กำหนดลักษณะของเด็กที่พึงได้รับการสงเคราะห์ไว้และ
กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการสงเคราะห์เด็ก โดยการสงเคราะห์ในเบื้องต้นเป็นการกำหนด
สถานที่อยู่ของเด็กซึ่งต้องพิจารณาตามความเหมาะสมเพื่อให้การช่วยเหลือ สงเคราะห์
พัฒนาและฟื้นฟูต่อไป โดยต้องมีการสืบเสาะและพินิจเกี่ยวกับตัวเด็กและครอบครัวเพื่อ
หาวิธีการสงเคราะห์หรือคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กที่เหมาะสมโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุด
ของเด็กเป็นสำคัญ

หมวด 4 การคุ้มครองสวัสดิภาพเด็ก

กำหนดลักษณะของเด็กที่พึงได้รับการคุ้มครองสวัสดิภาพ โดยในกรณี
มีการกระทำทารุณกรรมต่อเด็กให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจแยกตัวเด็กจากครอบครัวและต้อง

รับจัดให้มีการตรวจรักษาทางร่างกายและจิตใจหลังจากนั้นต้องจัดให้เด็กอยู่ในสถานที่ที่เหมาะสมเพื่อหาวิธีการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กต่อไป ส่วนในกรณีที่พบเห็นเด็กที่เสี่ยงต่อการกระทำผิด เจ้าหน้าที่ต้องดำเนินการหาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวเด็กและครอบครัว ถ้าเห็นว่าเด็กจำเป็นต้องได้รับการคุ้มครองสวัสดิภาพหรือเห็นว่าจำเป็นต้องได้รับการสงเคราะห์เจ้าหน้าที่ก็ต้องดำเนินการจัดให้มีการคุ้มครองสวัสดิภาพหรือการสงเคราะห์ต่อไป ในกรณีที่มอบตัวเด็กให้แก่ผู้ปกครองหรือบุคคลที่ยินยอมรับเด็กไปปกครองดูแลอาจมีการแต่งตั้งผู้คุ้มครองสวัสดิภาพแก่เด็กและอาจมีการวางข้อกำหนดเพื่อป้องกันมิให้เด็กมีความประพฤติดีเสียหรือเสี่ยงต่อการกระทำผิด

หมวด 5 ผู้คุ้มครองสวัสดิภาพเด็ก

กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการแต่งตั้งผู้คุ้มครองสวัสดิภาพเด็กเพื่อกำกับดูแลเด็ก โดยอาจแต่งตั้งจากพนักงานเจ้าหน้าที่ นักสังคมสงเคราะห์ หรือบุคคลที่สมัครใจและมีความเหมาะสม นอกจากนี้ยังได้มีการกำหนดห้ามมิให้บุคคลที่เกี่ยวข้องเปิดเผยภาพหรือข้อมูลใดๆ เกี่ยวกับเด็กหรือผู้ปกครองในลักษณะที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่เด็กหรือผู้ปกครอง

หมวด 6 สถานรับเลี้ยงเด็ก สถานแรกรับ สถานสงเคราะห์ สถานคุ้มครองสวัสดิภาพและสถานพัฒนาและฟื้นฟู

กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการจัดตั้งสถานรับเลี้ยงเด็ก สถานแรกรับ สถานสงเคราะห์ สถานคุ้มครองสวัสดิภาพ และสถานพัฒนาและฟื้นฟู และให้เจ้าหน้าที่ที่กำหนดไว้ทำหน้าที่กำกับดูแลและส่งเสริมสนับสนุนการดำเนินงานของสถานดังกล่าว นอกจากนี้ยังต้องมีผู้ปกครองสวัสดิภาพเป็นผู้ปกครองดูแลและบังคับบัญชา ซึ่งได้มีการกำหนดเกี่ยวกับอำนาจและหน้าที่ของผู้ปกครองสวัสดิภาพของสถานแรกรับ ผู้ปกครองสวัสดิภาพของสถานสงเคราะห์ ผู้ปกครองสวัสดิภาพของสถานคุ้มครองสวัสดิภาพและผู้ปกครองสวัสดิภาพของสถานพัฒนาและฟื้นฟู โดยมุ่งเน้นให้เด็กเป็นศูนย์กลาง

หมวด 7 การส่งเสริมความประพฤตินักเรียนและนักศึกษา

โรงเรียนและสถานศึกษาต้องจัดให้มีระบบงานและกิจกรรมใน

การแนะแนวให้คำปรึกษาและฝึกอบรมแก่นักเรียน นักศึกษาและผู้ปกครองเพื่อส่งเสริมความประพฤติที่เหมาะสม ความรับผิดชอบต่อสังคม และความปลอดภัยแก่นักเรียนและนักศึกษา และยังให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ในการดำเนินการเพื่อส่งเสริมความประพฤติของนักเรียนและนักศึกษา เช่น การสอบถามครู อาจารย์เกี่ยวกับความประพฤติของเด็ก แนะนำหรือตักเตือนผู้ปกครองเกี่ยวกับการดูแลเด็ก และสอดส่องดูแลพฤติกรรมของบุคคลหรือแหล่งชักจูงเด็กให้ประพฤติในทางมิชอบเป็นต้น

หมวด 8 กองทุนคุ้มครองเด็ก

ให้จัดตั้งกองทุนคุ้มครองเด็ก เพื่อเป็นทุนใช้จ่ายในการสงเคราะห์คุ้มครองสวัสดิภาพ และส่งเสริมความประพฤติเด็ก โดยมีคณะกรรมการบริหารกองทุนเป็นผู้บริหารจัดการกองทุน นอกจากนี้ยังกำหนดให้มีคณะกรรมการติดตามและประเมินผลการดำเนินงานของกองทุน ทำหน้าที่ติดตาม ตรวจสอบและประเมินผลการดำเนินงานของกองทุน แล้วรายงานผลการปฏิบัติงานพร้อมทั้งข้อเสนอแนะต่อคณะกรรมการ

หมวด 9 บทกำหนดโทษ

กำหนดโทษทางอาญาแก่บุคคลผู้กระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติต่างๆ ตามที่พระราชบัญญัติ ฉบับนี้ได้กำหนดไว้ ทั้งนี้เพื่อให้กฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับได้จริง และบรรลุผลตามความมุ่งหมายนั่นเอง

กฎหมายที่ให้การคุ้มครองสิทธิเด็กในประเทศไทยมีหลายฉบับด้วยกัน ซึ่งกฎหมายแม่บท คือ รัฐธรรมนูญจะเป็นกฎหมายแม่บทที่บัญญัติคุ้มครองไว้ในเบื้องต้น ทำให้กฎหมายลำดับรองที่บัญญัติขึ้นต้องมีการเข้ามาคุ้มครองสิทธิเด็ก โดยการบัญญัติกฎหมายต้องคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของเด็ก ให้ได้รับการปฏิบัติอย่างเหมาะสม

นอกจากรัฐธรรมนูญ ที่ผู้วิจัยได้นำศึกษาแล้ว ยังมีกฎหมายที่สำคัญในการเป็นแบบอย่างในการตรากฎหมายเกี่ยวกับเด็ก คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก-พ.ศ. 2546 เป็นกฎหมายที่คุ้มครองเด็กทุกคน แต่ต้องปรากฏว่าเด็กที่ได้รับความคุ้มครองต้องมีสภาพบุคคลแล้ว และมีอายุต่ำกว่า 18 ปี ไม่ได้สมรส กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายที่ปกป้องคุ้มครองเด็กไม่ว่าเด็กจะมีลักษณะ ฐานะอย่างไร ทุกคนมีสิทธิเท่าเทียมกัน

แต่กฎหมายนี้ยังไม่ครอบคลุมในการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีเจริญ-
พันธุ์ทางการแพทย์ เพราะการคุ้มครองเด็กกลุ่มนี้จะคุ้มครองเมื่อเด็กเกิดแล้ว ถือว่า
ไม่เพียงพอ กระบวนการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
กฎหมายต้องคุ้มครองตั้งแต่เริ่มที่ทำให้สร้างตัวอ่อน เพื่อให้เด็กที่เกิดมา มีความสมบูรณ์
แข็งแรง เสมือนกับอยู่ในครรภ์ของมารดาที่แท้จริง

(3) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์⁷²

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้ความหมายของคำว่า “เด็ก”
ไว้ภายใต้คำนิยามของคำว่า “ผู้เยาว์” ตามมาตรา 19 ว่าบุคคลย่อมพ้นจากภาวะผู้เยาว์และ
บรรลุนิติภาวะเมื่อมีอายุสิบปีบริบูรณ์ เรื่องความสามารถในการทำนิติกรรมของผู้เยาว์
กฎหมายได้กำหนดไว้ก็เพื่อให้ผู้เยาว์ได้มีสิทธิ เสรีภาพในการดำเนินชีวิตได้อย่างมีอิสระ
เท่าที่เด็กพอจะทำได้และยังมีการคุ้มครองประโยชน์หรือส่วนได้เสียของผู้เยาว์ด้วยเช่น
ผู้เยาว์จะทำนิติกรรมใดๆ ต้องได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน การใดๆ
ที่ผู้เยาว์ได้ทาลงปราศจากความยินยอมเช่นนั้นเป็นโมฆียะ เว้นแต่จะบัญญัติไว้เป็น
อย่างอื่น (มาตรา 21)

ผู้เยาว์อาจทำการใด ๆ ได้ทั้งสิ้นหากเป็นเพียงเพื่อจะได้ไปซึ่งสิทธิอัน
ใดอันหนึ่ง หรือเป็นการเพื่อให้หลุดพ้นจากหน้าที่อันใดอันหนึ่ง (มาตรา 22) ผู้เยาว์อาจ
ทำการใด ๆ ได้ทั้งสิ้นซึ่งเป็นการต้องทำเองเฉพาะตัว (มาตรา 23) ผู้เยาว์อาจทำการใด ๆ
ได้ทั้งสิ้นซึ่งเป็นการสมแก่ฐานะานุรูปแห่งตน และเป็นการอันจำเป็นในการดำรงชีพตาม
สมควร (มาตรา 24) ผู้เยาว์อาจทำพินัยกรรมได้เมื่อมีอายุสิบห้าปีบริบูรณ์ (มาตรา 25)
ความสามารถในการจำหน่ายทรัพย์สินของผู้เยาว์ (มาตรา 26) ความสามารถในการ-
ประกอบธุรกิจทางการค้าหรือธุรกิจอื่น (มาตรา 27) เป็นต้น

นอกจากกฎหมายจะกำหนดสิทธิหน้าที่และความสามารถของผู้เยาว์
ดังกล่าวไว้ข้างต้นแล้ว กฎหมายยังมีบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองเด็กโดยปรากฏใน
บรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย โดยกฎหมายได้กำหนดสิทธิและ

⁷²“ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์,” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 169 ตอนที่ 42
(8 เมษายน 2535): 1.

หน้าที่ของบิดามารดาที่ต้องมีต่อเด็กซึ่งเป็นเด็กผู้เยาว์ไว้ได้แก่ การกำหนดให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กจากผู้ให้กำเนิด การกำหนดกลไกทางกฎหมายให้บิดามารดามีอำนาจเหนือตัวบุตรและทรัพย์สินของบุตรในการเลี้ยงดู ปกป้องคุ้มครองและให้การศึกษาแก่บุตร เห็นได้ว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นกฎหมายที่กำหนดสิทธิหน้าที่และความสามารถของผู้เยาว์ รวมทั้งการคุ้มครองประโยชน์หรือส่วนได้เสียของผู้เยาว์ และกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรในการเลี้ยงดูให้เด็กได้รับการพัฒนาทางด้านร่างกายและจิตใจ ปกป้องคุ้มครองบุตรจากภัยอันตรายให้การศึกษาบุตรอบรมสั่งสอนลงโทษบุตรตามสมควร เพื่อว่ากล่าวตักเตือนและอบรมสั่งสอน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเด็กในทางแพ่ง

(4) พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553

เดิมประเทศไทยได้มีการใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 โดยกฎหมายดังกล่าวมีเจตนารมณ์ที่จะมุ่งคุ้มครองสวัสดิภาพและอนาคตซึ่งเด็กควรที่จะได้รับการอบรมสั่งสอน มากกว่าที่จะถูกลงโทษเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าเด็กและเยาวชนมีวุฒิภาวะที่แตกต่างจากผู้ใหญ่ทั้งด้านการเรียนรู้ ด้านอารมณ์และพฤติกรรม ความรู้สึกผิดชอบชั่วดี มีประสบการณ์ในการดำรงชีวิตน้อยกว่าผู้ใหญ่มาก ซึ่งอาจเป็นสาเหตุที่ทำให้เด็กและเยาวชนกระทำความผิด ดังนั้น จึงต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับเด็กและเยาวชนไว้เป็นพิเศษแตกต่างจากคดีธรรมดาทั่วไปเพื่อสวัสดิภาพของเด็กและเยาวชน ซึ่งตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2534 ได้กำหนดความหมายของ “เด็ก” หมายความว่า บุคคลที่มีอายุเกิน 7 ปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่ 14 ปีบริบูรณ์ และ “เยาวชน” หมายความว่า บุคคลอายุเกิน 14 ปีบริบูรณ์แต่ยังไม่ถึง 18 ปีบริบูรณ์ แต่เนื่องมาจากว่าได้มีการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชนในจำนวนที่เพิ่มมากขึ้นอย่างมากมา เพื่อเป็นการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กและออกกฎหมายให้ชัดเจนจึงได้มีการปรับปรุงพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว เมื่อ พ.ศ. 2553 กฎหมายฉบับนี้มุ่งเน้นเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองสิทธิ

สวัสดิภาพและวิธีปฏิบัติต่อเด็ก เยาวชน สตรี และบุคคลในครอบครัว เพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ อนุสัญญาเด็กและอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ และ พระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดนิยามคำว่า “เด็ก” หมายความว่า บุคคลอายุยังไม่เกินสิบห้าปีบริบูรณ์ ส่วน “เยาวชน” หมายความว่า บุคคลอายุเกินสิบห้าปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่ถึงสิบแปดปีบริบูรณ์ ปัจจุบันได้มีการจัดตั้งศาลเยาวชนและครอบครัวครอบคลุมทุกจังหวัดทั่วประเทศ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ดังกล่าว กำหนดให้ศาลเยาวชนและครอบครัวมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีซึ่งเด็กและเยาวชนต้องหาว่ากระทำความผิดทางอาญา ไม่ว่าจะเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาหรือความผิดตามพระราชบัญญัติอื่น ๆ กฎหมายใหม่ได้เพิ่มมาตรการพิเศษแทน

การดำเนินคดีอาญาเข้ามาเป็นการนำมาตรการทางเลือกอื่นมาใช้แทนการดำเนินคดีตามช่องทางปกติ เปิดโอกาสให้ผู้เสียหายหรือชุมชนมีส่วนร่วมในการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็ก⁷³ และต่อมาพบว่า พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มีบทบัญญัติบางประการที่ยังไม่เหมาะสมกับการดำเนินการเพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชน จึงเห็นควรปรับปรุงบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับบทนิยามเกี่ยวกับเด็ก การพ้นจากตำแหน่งของกรรมการสงเคราะห์เด็กและเยาวชนการนำเด็กและเยาวชนไปฝากควบคุมยังสถานพินิจใกล้เคียง การว่ากล่าวตักเตือนเด็กหรือ ผู้ซึ่งอายุยังไม่เกินสิบปีรวมถึงบิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลหรือผู้แทนองค์การที่เด็กหรือผู้ซึ่งอายุยังไม่เกินสิบปีอาศัยอยู่ด้วย การสอบถามเด็กหรือเยาวชนเบื้องต้น และมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาก่อนฟ้อง ทั้งนี้ เพื่อให้การ

⁷³“พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553,” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 127 ตอนที่ 72 ก (22 พฤศจิกายน 2553): 12.

บังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก⁷⁴

3.5.2 การคุ้มครองสิทธิเด็กระหว่างประเทศ

การคุ้มครองเด็กเป็นมาตรการระหว่างประเทศที่มีมาช้านานแล้ว โดยมาตรการนี้ได้ปรากฏทั้งในรูปแบบความตกลงระหว่างประเทศและในรูปแบบของข้อมติขององค์การระหว่างประเทศต่าง ๆ⁷⁵ ซึ่งชี้ให้เห็นว่าปัญหาสิทธิเด็ก ถือว่าเป็นปัญหาสังคมระหว่างประเทศที่เรื้อรังมาแต่ดั้งเดิมและได้ทวีความรุนแรงขยายวงกว้างมากขึ้นทุกทีโดยแนวทางการคุ้มครองสิทธิเด็กระหว่างประเทศมี ดังต่อไปนี้

1) การคุ้มครองสิทธิตามอนุสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศ

อนุสัญญาสิทธิเด็กได้รับการเสนอจากที่ประชุมสมัชชาแห่งชาติเมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน พ.ศ. 2535 โดยมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 2 กันยายน พ.ศ. 2533 อนุสัญญาสิทธิเด็กนี้จัดได้ว่าเป็นลักษณะของสนธิสัญญาแบบพหุภาคี กล่าวคือ เป็นอนุสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เปิดกว้างให้ทุก ๆ รัฐสามารถที่เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาได้ไม่ว่ารัฐนั้นจะมาจากภูมิภาคใดและไม่คำนึงถึงฐานะทางด้านเศรษฐกิจหรือระบอบการปกครองของแต่ละประเทศที่แตกต่างกัน

ในปี พ.ศ. 2522 สหประชาชาติได้กำหนดให้เป็นปีเด็กสากลซึ่งก็เป็นปีแรกที่เริ่มพิจารณาอนุสัญญาสิทธิเด็กและยังเป็นปีที่ให้กำเนิดกลุ่มทำงานเพื่อเด็กขึ้นด้วย (The Open Ended Working Group on The Question of Conventions on The Rights of Child) โดยเปิดโอกาสให้นานาประเทศเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาด้วยบทกฎหมายของร่างอนุสัญญาสิทธิเด็ก โดยผ่านทางผู้แทนของรัฐสมาชิกในสหประชาชาติ สำหรับร่างอนุสัญญาสิทธิเด็กที่กล่าวถึงนี้เป็นร่างอนุสัญญาที่รัฐบาลของประเทศโปแลนด์ได้นำเสนอโดยผ่านทางผู้แทนของตนในสหประชาชาติ เหตุผล

⁷⁴“พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553,” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 133 ตอนที่ 109 (26 ธันวาคม 2553): 29.

⁷⁵Philip Alston, **The International Dimensions of Human Rights Volume 1** (Westport: Greenwood Press, 1982), pp. 3-8.

สำคัญ 2 ประการที่ประเทศโปแลนด์นำเสนอร่างอนุสัญญา ก็คือ เพื่อเป็นการระลึกถึง นาย JanuszKorezak ซึ่งเป็นบุคคลที่ทำงานเพื่อพิทักษ์สิทธิเด็กในระดับนานาชาติและอีก ประการหนึ่งก็คือ สหประชาชาติได้กำหนดให้ปี พ.ศ. 2522 นี้เป็นปีเด็กสากล

จุดเริ่มต้นของอนุสัญญาสิทธิเด็ก เริ่มต้นจากนำหลักสำคัญห้า ประการ สำหรับสวัสดิการและการคุ้มครองพิทักษ์เด็กที่กำหนดไว้ในปฏิญญาเจนีวา พ.ศ. 2467 รวบรวมเงื่อนไขต่าง ๆ เกี่ยวกับสิทธิเด็กไว้ภายใต้เอกสารฉบับเดียวกัน โดย ได้รับความเห็นชอบจากสันนิบาตชาติในปีเดียวกันนั้นเอง ต่อมาก็ได้รับการทบทวนและ เพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2491 ซึ่งกลายมาเป็นพื้นฐานของข้อความทั้งสิบข้อในปฏิญญาว่าด้วย สิทธิเด็ก ซึ่งสมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติได้ลงมติเป็นเอกฉันท์ เมื่อวันที่ 30 พฤศจิกายน พ.ศ. 2520

ปฏิญญาในฐานะที่เป็นเอกสารทางกฎหมายระหว่างประเทศ ถือว่า เป็นความพยายามที่กำหนดแนวทางของสิทธิและมาตรการในการคุ้มครองเด็ก เพราะ มักจะเป็นคำประกาศหลักการโดยทั่วไปที่บรรดาประเทศต่าง ๆ ยอมรับ แต่ไม่กำหนด ข้อผูกพันทางกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติตาม ซึ่งแตกต่างจากอนุสัญญา ซึ่งมีสภาพบังคับ ทางกฎหมาย เนื่องจากตามกระบวนการวิธีการกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดโดยประเทศ แต่ละประเทศที่ลงนามและให้สัตยาบันจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณี ประเทศที่เป็น ภาคิของอนุสัญญาก็เท่ากับแสดงเจตจำนงที่จะปฏิบัติตามข้อความและพันธกรณีที่ระบุ ไว้ในอนุสัญญาฉบับนี้ เมื่อความพยายามที่จะรวบรวมสิทธิเด็กนั้นออกมาในรูปของ ปฏิญญาเท่านั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า ยังไม่มีเอกสารระหว่างประเทศอันใดที่มีผลบังคับให้ ประเทศต่าง ๆ ต้องปฏิบัติในสิ่งเหล่านั้นต่อเด็กภายในประเทศ

โครงสร้างของกลุ่มทำงาน (Open-Ended Working Group) มีผู้แทน จากรัฐสมาชิกสหประชาชาติที่ประกอบด้วยรัฐจำนวน 43 รัฐ ซึ่งเข้ามามีบทบาทและมี ส่วนร่วมที่สำคัญในการทำงานที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเด็ก ทางด้านสิทธิเด็กรัฐอื่น ๆ และ องค์การระหว่างประเทศก็ได้เข้ามามีบทบาทเช่นกันเพียงแต่บทบาทดังกล่าวนี้อยู่ใน สถานะของผู้สังเกตการณ์เท่านั้น นอกจากนั้นยังมีหน่วยอีกหน่วยงานหนึ่งก็คือ องค์การ เอกชนที่ได้เข้ามามีส่วนร่วมในฐานะเป็นที่ปรึกษาของคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคม

(Ecosoc) หน้าที่ของที่ปรึกษาคือให้คำแนะนำและคำปรึกษาแก่คณะทำงานของคณะมนตรีเศรษฐกิจและสังคมแต่ไม่มีสิทธิที่จะแสดงความคิดเห็นใด ๆ

กลุ่มทำงานดังกล่าวประกอบไปด้วย ผู้แทนของรัฐสมาชิกจำนวน 43 รัฐด้วยกัน ซึ่งเข้ามาดำเนินงานทางด้านสิทธิเด็กด้วยความสมัครใจ ผู้แทนของรัฐสมาชิกทั้ง 43 รัฐนี้จะเป็นกลจักรหรือเป็นกลไกที่สำคัญของการพิจารณาการดำเนินงานที่เกี่ยวข้องสิทธิเด็ก เพียงแต่ว่าองค์กรเอกชนหรือรัฐอื่น ๆ นั้นเข้ามามีบทบาทในฐานะผู้สังเกตการณ์เท่านั้น กลุ่มทำงานจะมีการพบปะหารือกันในที่ประชุมกรรมาธิการสิทธิมนุษยชน การประชุมครั้งแรกได้มีขึ้นในปี พ.ศ. 2531 ซึ่งอยู่ในช่วงของเดือนพฤศจิกายน ธันวาคม กลุ่มทำงานนี้ทำหน้าที่ไม่มากนัก

การทำงานของกลุ่มทำงานนั้นสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ร่างคือ ร่างแรกได้มีการพิจารณาดำเนินการในช่วงปี พ.ศ. 2525 - พ.ศ. 2530 และร่างที่สองได้พิจารณาดำเนินการในช่วงปี พ.ศ. 2530 - พ.ศ. 2532 แต่มีเพียงร่างที่สองนี้เท่านั้นที่ประสบความสำเร็จอย่างมากจนได้รับการยอมรับกันว่ามีลักษณะเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศ เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนได้นำเสนอร่างที่สองนี้ต่อที่ประชุมสมัชชาใหญ่ แห่งองค์การสหประชาชาติ ซึ่งถือว่าเป็นที่ประชุมใหญ่ของรัฐสมาชิกอันประกอบไปด้วยรัฐต่าง ๆ

ขั้นตอนในการจัดทำร่างอนุสัญญาสิทธิเด็กก็เช่นเดียวกับการจัดทำร่างอนุสัญญาอื่น ๆ ของสหประชาชาติ นั่นคือเริ่มต้นด้วยการเจรจา การลงนาม การยอมรับและกระบวนการภายหลังการให้สัตยาบันอนุสัญญา การเจรจาเป็นกระบวนการแลกเปลี่ยนทางความคิดเห็น ปรึกษาหารือและการต่อรองเพื่อทำความเข้าใจระหว่างประเทศ ในกรณีของการประชุมเพื่อร่างอนุสัญญาสิทธิเด็กนี้ ผู้แทนจากประเทศต่าง ๆ ซึ่งเป็นผู้ที่มีอำนาจเต็มในการเจรจา หรือมีอำนาจในการเจรจาตามมาตรา 7 วรรค 2 (ค) ของอนุสัญญากรุงเวียนนา พ.ศ. 2512 ที่ระบุไว้ว่า “ผู้แทนซึ่งได้รับมอบหมายให้เข้าร่วมประชุมหรือร่วมประชุมขององค์กรระหว่างประเทศหรือองค์กรหนึ่งองค์กรใด องค์กรระหว่างประเทศโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะรับรองสนธิสัญญา (อนุสัญญา) การประชุมเช่นนั้นเป็นการรับรองความถูกต้องของสนธิสัญญา แต่ไม่จำเป็นต้องยอมรับการผูกพันตามสนธิสัญญานั้น

รัฐสมาชิกทั้งหลายต่างลงมติเพื่อยอมรับร่างอนุสัญญานี้อย่างฉันทามติ (Consensus) กล่าวคือ เป็นการลงคะแนนเสียงของรัฐสมาชิกเพื่อยอมรับมติของสหประชาชาติตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยองค์ระหว่างประเทศ ซึ่งการลงคะแนนเสียงในครั้งนี้อมีความสำคัญอย่างยิ่ง ด้วยเหตุผล 2 ประการ คือ ประการแรก เป็นการแสดงที่ทำของรัฐสมาชิกว่า จะยอมรับการมีอยู่ของอนุสัญญาสิทธิเด็กในฐานะที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ อีกประการหนึ่งก็คือ วิธีการลงคะแนนเสียงแบบฉันทามตินั้น เป็นการลงคะแนนเสียงที่รัฐสมาชิกทุกรัฐยอมรับให้ผ่านมติที่เสนอมานั้นทั้งสิ้น ซึ่งการลงคะแนนเสียงแบบนี้เป็นการลงคะแนนเสียงของทุกรัฐเพื่อเป็นการแสดงเจตนารมณ์ร่วมกันและยังครอบคลุมไปถึงการทำงานคณะทำงานว่ามีความน่าเชื่อถือมากน้อยเพียงใดหรือไม่

2) การคุ้มครองเด็กตามปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Declaration on the Rights of the Child)

สถานะทางกฎหมายระหว่างประเทศของปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเป็นคำแนะนำที่ได้รับการรับรองจากที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติในฐานะมติของสมัชชาสหประชาชาติโดยบัญญัติไว้ทั้งสิ้น 10 ข้อ เน้นถึงสิทธิทางการเมือง สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมเพื่อเป็นมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับเด็กทุกคน และเป็นหลักประกันสวัสดิภาพของเด็ก มิให้ตกเป็นเหยื่อหรือเสียเปรียบต่อการกระทำของบุคคลที่มุ่งจะเอารัดเอาเปรียบต่อเด็ก โดยมีรายละเอียดดังนี้

ข้อ 1 เด็กและเยาวชนพึงได้รับสิทธิเท่าเทียมกัน โดยปราศจากการแบ่งแยก หรือกีดกันไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ ในเรื่องเชื้อชาติ ศิพศ ภาษา และศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง เผ่าพันธุ์แห่งชาติ หรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น ๆ ไม่ว่าจะของเด็กหรือครอบครัวก็ตาม

ข้อ 2 เด็กและเยาวชนพึงได้รับการพิทักษ์และคุ้มครองเป็นพิเศษ อันจะช่วยให้เด็กสามารถพัฒนาทั้งทางกาย ทางสมอง และจิตใจ เพื่อให้ร่วมอยู่ในสังคมได้อย่างปกติชน

ข้อ 3 เด็กและเยาวชนมีสิทธิที่จะได้ชื่อ และมีสัญชาติแต่กำเนิด

ข้อ 4 เด็กและเยาวชนพึงได้รับความมั่นคงทางสังคม และเติบโตอย่างสมบูรณ์ ดังนั้นทั้งแม่และเด็กควรได้รับการดูแลและคุ้มครองเป็นพิเศษ ทั้งเมื่ออยู่ในครรภ์และภายหลังเมื่อคลอดแล้ว โดยได้รับสิทธิในเองที่อยู่อาศัย ได้รับอาหาร ได้รับการดูแลทางการแพทย์ และโดยเฉพาะเด็ก ๆ ให้ได้รับการเล่นรื่นเริงผลิตเพลินด้วย

ข้อ 5 เด็กและเยาวชนที่พิการ ทั้งทางร่างกาย สมอ และจิตใจมีสิทธิจะได้รับการรักษาพิเศษ หมายถึงการดูแลรักษา และการศึกษาที่เหมาะสมกับสภาวะของเด็กโดยเฉพาะ

ข้อ 6 เด็กและเยาวชนพึงได้รับความรักและความเข้าใจ อันจะช่วยในการพัฒนาบุคลิกของตนโดยเติบโตอยู่ในความดูแลรับผิดชอบของบิดามารดาของเด็กเองและในทุกกรณี เด็กจะต้องได้อยู่ในบรรยากาศที่เต็มไปด้วยความรัก ความอบอุ่น ความปลอดภัย และไม่พลัดพรากจากแม่ ในกรณีที่เด็กไม่มีครอบครัว หรือมาจากครอบครัวที่ยากจน และมีลูกมาก ก็จะได้รับช่วยเหลือเป็นพิเศษจากรัฐหรือองค์การต่าง ๆ

ข้อ 7 เด็กและเยาวชนมีสิทธิที่จะได้รับการศึกษา ซึ่งรัฐควรจัดให้เปล่าอย่างน้อยในชั้นประถมศึกษา เพื่อเป็นการส่งเสริมวัฒนธรรมโดยทั่ว ๆ ไปและให้เด็กเติบโตเป็นสมาชิกผู้ยังประโยชน์ต่อสังคมผู้หนึ่ง การศึกษานี้คลุมไปถึงการแนะแนวทางชีวิต ซึ่งมีบิดา มารดาเป็นผู้รับผิดชอบก่อนบุคคลอื่น เด็กจะต้องมีโอกาสได้รับความสนุกเพลิดเพลินจากการเล่นและรื่นเริงพร้อมกันไปด้วย

ข้อ 8 เด็กและเยาวชนจะเป็นบุคคลแรกที่ได้รับการคุ้มครองและสงเคราะห์ในทุกกรณี

ข้อ 9 เด็กและเยาวชนพึงได้รับการปกป้องให้พ้นจากการถูกทอดทิ้ง พ้นจากความโหดร้ายทารุณและการถูกข่มเหงรังแกทุกชนิด เด็กจะต้องไม่กลายเป็นสินค้าไม่ว่าในรูปใดจะต้องไม่มีการรับเด็กเข้าทำงานก่อนวัยอันสมควร ไม่มีการกระทำใด ๆ อันจะเป็นการชักจูงหรืออนุญาตเด็กให้จำต้องรับจ้างทำงาน ซึ่งอาจจะเป็นผลร้ายต่อสุขภาพของเด็ก หรือเป็นเหตุให้พ้นการพัฒนาทางร่างกาย ทางสมอง และทางจิตใจของเด็กต้องเสื่อมถอยลง

ข้อ 10 เด็กและเยาวชนพึงได้รับการคุ้มครองให้พ้นจากการกระทำที่แสดงถึงการกีดกัน แบ่งแยกไม่ว่าทางเชื้อชาติ ศาสนา หรือในรูปแบบใด ๆ เด็กจะต้องได้รับการเลี้ยงดูให้เติบโตขึ้นมาในภาวะแห่งจิตที่เติบโตขึ้นมาในภาวะแห่งจิตที่เต็มไปด้วยความเข้าใจ และมีการผ่อนคลายผ่อนเบามิตรภาพระหว่างชนชาติต่าง ๆ สันติภาพ และการเคารพสากล และด้วยการสำนึกเต็มที่ว่าพลังและความสามารถพิเศษในตัวเองควรจักอุทิศเพื่อรับใช้เพื่อนมนุษย์ด้วยกัน

3) การคุ้มครองเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

อนุสัญญามีบทบัญญัติ 2 ส่วน ส่วนที่ 1 เป็นลักษณะของกฎหมายสารบัญญัติคือ เป็นเนื้อหาและหลักการต่าง ๆ ในการคุ้มครองเด็กเริ่มจากมาตรา 1 ถึงมาตรา 41 ส่วนที่ 2 เป็นลักษณะของกฎหมายวิธีบัญญัติ คือ เป็นหลักเกณฑ์และแบบพิธีในการบังคับใช้ซึ่งเริ่มจากมาตรา 42 ถึงมาตรา 54 (ซึ่งตัวอนุสัญญาแยกย่อยออกมาเป็น 2 ช่วง มาตรา 42-45 และ มาตรา 46-54)

สำหรับเนื้อหาในส่วนที่ 1 อาจแบ่งได้เป็น 6 หลักด้วยกัน คือ

(1) หลักทั่วไป เป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพทั่ว ๆ ไปในแง่ทั้ง

ส่วนบุคคล การแสดงความเห็นศาสนา วัฒนธรรม ความเสมอภาคภายใต้กฎหมายเดียวกัน การศึกษาและอื่น ๆ นอกจากจะเป็นส่วนที่เฉพาะเจาะจงเกี่ยวกับการคุ้มครองดูแลเด็กโดยทั่วไปโดยกำหนดไว้ในรูปหลักพึงปฏิบัติของรัฐบาลก็ อย่างไรก็ตามมีบทบัญญัติที่ตัดปัญหาผลกระทบทางใจการบังคับใช้อนุสัญญานี้ปิดท้ายไว้ว่าอนุสัญญานี้ไม่มีผลทำให้เด็กได้รับความคุ้มครองน้อยไปกว่าที่เขามีอยู่ตามกฎหมายอื่น ๆ

(2) หลักการคุ้มครองชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ สวัสดิภาพของเด็กมุ่ง

คุ้มครองมิให้เด็กถูกข่มเหงรังแก หรือถูกละเมิดสิทธิเหนือร่างกาย ชีวิต และเสรีภาพ รวมทั้งสวัสดิภาพ ไม่ว่าจะทำร้าย ฆ่า ล่วงเกินทางเพศ ชู้ตริค หากำไรทางเพศหรือค้ากำไรทางเศรษฐกิจ หรือนำเด็ก ไปเป็นวัตถุซื้อขายหรือปฏิบัติต่อเด็กที่ไม่เหมาะสมจนเป็นผลเสียต่อสวัสดิภาพของเด็กรวมทั้งคุ้มครองให้มีการเยียวยาฟื้นฟูเด็กที่ถูกกระทำละเมิดดังกล่าว ให้กลับคืนสู่สภาพปกติ

(3) หลักการคุ้มครองเด็กที่มีปัญหาความประพฤติหรือกระทำ

ความผิดทางอาญา มุ่งคุ้มครองให้เด็กที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดทางอาญาได้รับ

การปฏิบัติที่แตกต่างไปจากผู้ต้องหาที่เป็นผู้ใหญ่ให้ได้รับผลร้ายจากการต้องถูก
ดำเนินคดีและควบคุมตัวน้อยที่สุด สำหรับเด็กที่มีปัญหาความประพฤติ หรือกระทำ
ความผิดทางอาญา กลุ่มครองให้ได้รับโอกาสแก้ไขเยียวหาให้สามารถเติบโตเป็นพลเมืองดี
ของสังคม โดยมีสมมุติฐานว่าเด็กกระทำการใด ๆ เพราะขาดวุฒิภาวะ ทำให้สิ่งแวดล้อม
มีอิทธิพลผลักดันต่อความประพฤติของเด็ก นอกจากนั้นยังมีหลักประกันมิให้เด็กต้องรับ
โทษจำคุกตลอดชีวิตหรือประหารชีวิต

(4) หลักการคุ้มครองสิทธิพลเรือน มุ่งคุ้มครองให้เด็กได้รับสิทธิใน
ฐานะพลเมืองของรัฐมีชื่อ มีสัญชาติ สามารถติดต่อกับครอบครัวมีภูมิลำเนาหรืออยู่อาศัย
ร่วมกับบิดามารดา ได้รับการอุปการะเลี้ยงดูจากบิดามารดาหรือผู้ปกครอง โดยมีรัฐช่วย
สนับสนุนและให้หลักประกัน

(5) หลักการคุ้มครองเด็กผู้ด้อยโอกาส มุ่งคุ้มครองให้เด็กด้อย
โอกาส คือ เด็กผู้ขาดไร้อุปการะ เด็กผู้ตกอยู่ในภยันตราย และเด็กพิการ ได้รับการดูแลและ
อุปการะเลี้ยงดูให้เท่าเทียมเด็กทั่วไป

(6) หลักการให้สวัสดิการสังคมแก่เด็ก มุ่งคุ้มครองให้เด็กได้รับ
ข่าวสารข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาการของเด็ก ได้รับการดูแลด้านสุขภาพอนามัย
ได้รับการประกันสังคม ได้รับการศึกษา ทั้งในแง่การเล่าเรียนและโอกาสที่จะศึกษาเล่า
เรียนเพื่อพัฒนาการด้านบุคลิกภาพการมีมนุษยสัมพันธ์อันดีมีความรับผิดชอบต่อตนเอง
สังคมและสภาพแวดล้อมทางธรรมชาติ ได้รับการพักผ่อนหย่อนใจจะส่งเสริมชีวิตด้าน
ศิลปะวัฒนธรรม

สำหรับส่วนที่ 2 กฎหมายวิธีสบัญญัติในอนุสัญญากำหนดบทบาท
และพันธกรณีของคณะกรรมการสิทธิเด็ก ตลอดจนขั้นตอนการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา
สิทธิเด็ก

ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีอนุสัญญานี้โดยการภาคยานุวัติ
เมื่อวันที่ 27 มีนาคม 2535 และมีผลใช้บังคับกับประเทศไทย เมื่อวันที่ 26 เมษายน 2535
โดยได้ตั้งข้อสงวนเมื่อเข้าเป็นภาคีไว้ 3 ข้อ ได้แก่ ข้อ 7 เรื่องการจดทะเบียนเกิด และการ
ให้สัญชาติแก่เด็กผู้ลี้ภัยหรือผู้อพยพที่เกิดในประเทศไทย ข้อ 22 เรื่องสถานะของเด็กผู้ลี้ภัย
ข้อ 29 แล้วเมื่อวันที่ 11 เมษายน 2540

โดย ความหมายของ “เด็ก” อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กให้คำนิยามไว้ในข้อ 1 ว่า “เพื่อความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญานี้ เด็กหมายถึง มนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านี้ตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่เด็กนั้น” จากคำนิยามดังกล่าว มนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี อยู่ในความหมายของคำว่าเด็กทั้งสิ้น เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะตามกฎหมายของแต่ละประเทศที่ใช้อยู่ เช่น กรณีของประเทศไทยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ว่าด้วยบุคคล มาตรา 19 กำหนดว่า บุคคลจะบรรลุนิติภาวะ เมื่ออายุครบ 20 ปีบริบูรณ์ แต่หากบุคคลนั้นได้ทำการสมรสก่อนอายุครบ 20 ปีบริบูรณ์ โดยผู้เยาว์ฝ่ายชายมีอายุ 17 ปีบริบูรณ์ และฝ่ายหญิงมีอายุ 15 ปีบริบูรณ์ ตามมาตรา 20 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บุคคลนั้นย่อมเป็นผู้บรรลุนิติภาวะตามกฎหมาย

สำหรับบทบัญญัติของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ประกอบด้วย บทบัญญัติ 54 ข้อ ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเด็กโดยตรงและกำหนดพันธกรณีให้ประเทศภาคีสมาชิกคุ้มครองสิทธิเด็ก โดยแยกเป็นประเภทใหญ่ ๆ ได้ 4 ประเภท คือ

ประเภทที่หนึ่ง สิทธิในชีวิตและการอยู่รอด (Survival Rights)

สิทธิในการมีชีวิตหรือการดำรงชีวิต คือ สิทธิพื้นฐานทั่วไปของเด็ก เช่น สิทธิในการมีชีวิตอยู่ สิทธิที่จะได้รับมาตรฐานสาธารณสุข สิทธิที่จะมีมาตรฐานความเป็นอยู่ที่ดีพอ เป็นต้น

สิทธิในการมีชีวิตและการอยู่รอด คือ สิทธิของเด็กที่คลอดออกมาแล้ว จะต้องมีชีวิตอยู่รอดอย่างปลอดภัย อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กกำหนดว่ารัฐภาคีรับรองว่าเด็กทุกคนมีสิทธิที่ติดตัวมาตั้งแต่เกิดที่จะมีชีวิตและรัฐภาคีต้องประกันอย่างเต็มที่เท่าที่จะทำได้ให้มีการอยู่รอดและการพัฒนาของเด็ก (ข้อ 6)

เด็กมีสิทธิที่จะได้รับการเลี้ยงดูไม่ว่าโดยบิดา มารดา ญาติพี่น้อง หรือรัฐ เพื่อให้อยู่รอดและเจริญเติบโตและมีมาตรฐานความเป็นอยู่ที่ดีเพียงพอตามฐานะ ซึ่งหากครอบครัวไม่สามารถจะดำเนินการได้ตามมาตรฐานขั้นต่ำรัฐต้องเข้าไปให้การช่วยเหลือ

เด็กมีสิทธิที่จะได้รับการบริการด้านสุขอนามัยให้พ้นจากโรคภัยต่าง ๆ ที่จะทำให้เด็กเสียชีวิตหรือพิการ เช่น การมีสิทธิที่จะได้รับวัคซีนป้องกันโรคต่าง ๆ การตรวจรักษาและการบริการด้านสาธารณสุขอื่น ๆ มีที่อยู่อาศัยไม่ถูกทอดทิ้งให้เป็นเด็กเร่ร่อน

สิทธิที่จะได้รับอาหารให้ปริมาณที่เพียงพอและสะอาด สิทธิที่จะมีชื่อและสิทธิที่จะได้มีสัญชาติ เรื่องการได้สัญชาติมีการเข้าใจว่าเด็กจะต้องได้รับสัญชาติของประเทศที่เด็กนั้นเกิดซึ่งไม่ได้หมายความว่าเช่นนั้นเสมอไปแต่หมายความว่าเด็กทุกคนต้องไม่เกิดมาเป็นผู้ไร้สัญชาติรัฐภาคีจะต้องดำเนินการให้เด็กมีสัญชาติใดสัญชาติหนึ่งไม่ว่าจะเป็นสัญชาติของบิดาหรือของมารดาหรือของประเทศที่เด็กนั้นเกิดก็ตาม เพราะการเป็นเด็กที่ไร้สัญชาติจะมีผลกระทบต่อชีวิตของเด็กนั้นอย่างร้ายแรงและเป็นเวลานานบางประเทศไม่ให้สัญชาติของตนต่อเด็กที่เกิดจากบิดามารดาชาวต่างประเทศแม้ว่าจะเกิดในประเทศแต่รัฐนั้นต้องจัดระบบการทำหลักฐานการเกิดเพื่อให้เด็กนั้นมีสิทธิที่จะไปยืนยันสัญชาติของตนได้กับประเทศที่เด็กนั้นมีสิทธิ

เน้นการเลี้ยงดูและความสัมพันธ์ระหว่างเด็กและบิดามารดาอย่างมากโดยกำหนดให้รัฐภาคีให้หลักประกันว่าเด็กจะต้องไม่ถูกแยกจากบิดามารดาโดยขัดกับความประสงค์ของบิดามารดา เว้นแต่การแยกเด็กนั้นจะเป็นไปตามกฎหมายซึ่งสามารถตรวจสอบได้โดยศาลและเป็นกรณีจำเป็นที่จะต้องแยกเด็กออกมาเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กเอง เมื่อมีการทำร้ายใช้เด็กในทางที่ผิดหรือเด็กถูกบิดามารดาทอดทิ้ง

ทั้งนี้เพราะโดยหลักการแล้วบุคคลที่จะเลี้ยงดูเด็กได้ดีที่สุด คือ บิดาและมารดาาร่วมกันซึ่งเป็นไปตามข้อเท็จจริงตามธรรมชาติที่ว่า ไม่มีใครรักและหวังดีต่อเด็กเกินไปกว่าบิดามารดาของเด็กนั้นยกเว้นกรณีที่บิดาหรือมารดาของเด็กมีปัญหาอย่างอื่นทำให้ไม่สามารถดูแลเด็กหรือบางครั้งกลับทำร้ายเด็กเอง ตัวอย่างเช่น บิดามารดาติดยาเสพติดหรือสุราแล้วมาทำร้ายร่างกายลูกหรือละเลยไม่ดูแลเด็ก การขายลูกให้ค่าประเวณีการให้ลูกไปจำหน่ายยาเสพติด เป็นต้น ดังนั้น โดยหลักการแล้วเด็กมีสิทธิที่จะได้รับการดูแลจากทั้งบิดาและมารดาทั้งสองคนหากรัฐจะต้องเข้าไปแยกเด็กออกมาดูแลโดยรัฐ ต้องเป็นกรณีที่เด็กนั้นจะตกอยู่ในอันตรายหรือถูกทอดทิ้งและต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้นเอง

นอกจากนี้รัฐยังต้องใช้ความพยายามเพื่อให้หลักประกันว่า หลักการที่ว่าทั้งบิดาและมารดามีความรับผิดชอบร่วมกันในการเลี้ยงดูและพัฒนาการของเด็ก (ข้อ 18) ในการที่รัฐอนุญาตให้มีการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมรัฐจะต้องให้หลักประกันว่าประโยชน์สูงสุดของเด็กจะเป็นข้อพิจารณาที่สำคัญที่สุดในเรื่องการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม (ข้อ 21) และต้องใช้ความระมัดระวังอย่างเต็มที่ไม่ให้เด็กถูกทำร้ายหรือถูกนำไปใช้ประโยชน์โดยมิชอบในด้านต่าง ๆ โดยใช้การรับบุตรบุญธรรมบังหน้า

ประเภทที่สอง สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง (Protection Right)

เด็กมีสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองในทุกรูปแบบที่จะเป็นอันตรายต่อเด็กไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองจากการถูกทำร้ายทางร่างกาย จิตใจและทางเพศ ซึ่งรวมทั้งการล่วงละเมิดทางเพศกับหรือการแสวงหาประโยชน์ในรูปแบบต่าง ๆ จากเด็ก เช่นการค้าประเวณีเด็ก การขายเด็ก การนำเด็กไปใช้ขอตานไม่ว่าโดยบิดามารดา หรือผู้ปกครองหรือโดยบุคคลอื่นการได้รับการปกป้องจากสื่อที่จะทำให้เกิดความเสียหายแก่เด็กเป็นต้น

เด็กที่ตกเป็นผู้ต้องหาต้องมีสิทธิดังนี้ คือเด็กจะต้องไม่ถูกลงโทษด้วยความทารุณ โหดร้าย หรือไร้มนุษยธรรม และเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปีจะต้องไม่ถูกลงโทษด้วยการประหารชีวิตหรือด้วยการจำคุกตลอดชีวิตโดยไม่มีโอกาสได้รับการปล่อยตัว

เด็กที่ถูกจับกุม คุมยังจะต้องถูกควบคุมตัวหรือขังแยกจากผู้ใหญ่ เพื่อป้องกันการเรียนรู้ถ่ายทอดพฤติกรรมจากผู้ต้องขังหรือนักโทษที่เป็นผู้ใหญ่และเป็นการป้องกันมิให้เด็กถูกข่มเหงรังแกบังคับจิตใจหรือตกอยู่ในอิทธิพลของผู้ต้องขังที่เป็นผู้ใหญ่ นอกจากนี้สถานคุมขังผู้ใหญ่อาจไม่เหมาะสมกับเด็กและเด็กที่ถูกจับกุมคุมขังมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือทางด้านกฎหมายและด้านอื่นโดยเร็ว

นอกจากนี้เด็กที่เป็นผู้ถูกระงับจากการถูกทอดทิ้งการหาประโยชน์โดยมิชอบหรือทำร้ายและการล่วงละเมิดการทรมานหรือการลงโทษโดย

โหดร้าย ทารุณหรือโดยไ้ร้มนุษยธรรมมีสิทธิที่จะได้รับการฟื้นฟูสภาพร่างกายและจิตใจให้กลับคืนสู่สังคมที่ดีได้อีกด้วย

ประเภทที่สาม สิทธิที่จะได้รับการพัฒนา (Development Right)

สิทธิในการพัฒนาตนเองของเด็กเน้นทั้งด้านการพัฒนาทางร่างกาย และสติปัญญาการพัฒนาทางด้านร่างกาย อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเน้นที่การเลี้ยงดูเด็กโดยพ่อแม่หรือในบางกรณีโดยรัฐและระบุว่าเด็กมีสิทธิที่จะมีมาตรฐานความเป็นอยู่ที่ดีเพียงพอต่อการพัฒนาการของเด็กทั้งทางร่างกายจิตใจ สติปัญญา ศีลธรรมและทางสังคม

เด็กมีสิทธิได้รับการบริการสาธารณสุขและการตรวจรักษาเพื่อให้เด็กพ้นจากโรคภัยที่ป้องกันรักษาได้และไม่ให้โรคภัยดังกล่าวเป็นอุปสรรคต่อพัฒนาการของเด็กและสิ่งสำคัญอย่างยิ่งคือสิทธิของเด็กที่จะได้รับการศึกษาอันเป็นพื้นฐานและมาตรการที่จำเป็นต่อการพัฒนาของเด็ก

อนุสัญญานี้ว่าเด็กมีสิทธิได้รับการศึกษาเพื่อให้เด็กได้พัฒนาบุคลิกภาพความสามารถพิเศษและความสามารถทางด้านร่างกายและจิตใจของเด็กให้เต็มศักยภาพของเด็กแต่ละคน ให้เด็กได้พัฒนาความเคารพต่อสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานเป็นการเตรียมเด็กให้มีชีวิตและมีความรับผิดชอบต่อสังคมที่เสรีด้วยจิตสำนึกแห่งความเข้าใจ สันติภาพ ความอดกลั้นความเสมอภาคทางเพศ และมิตรภาพในหมู่พลมนุษย์ไม่แยกแยะเป็นกลุ่มใด ทั้งให้มีความเคารพต่อสิ่งแวดล้อมทางธรรมชาติและเคารพต่อบิดามารดา เอกสิทธิ์ทางวัฒนธรรมภาษาและค่านิยมต่าง ๆ ทั้งที่เป็นของตนเองและที่แตกต่างกันไป (ข้อ 29)

สิทธิในการศึกษานั้นอยู่บนพื้นฐานที่จะต้องให้เด็กมีโอกาสที่เท่าเทียมกันโดยรัฐจะต้องจัดการศึกษาภาคบังคับในระดับชั้นประถมให้ทั่วถึงโดยไม่เก็บค่าใช้จ่ายจากเด็กทุกคนและต้องส่งเสริมการพัฒนาศึกษาในระดับชั้นมัธยมในรูปแบบที่หลากหลายและการศึกษาวิชาชีพเพื่อให้เด็กทุกคนมีโอกาสที่เข้าศึกษาได้ โดยรัฐอาจจัดมาตรการที่เหมาะสม เช่น การจัดการศึกษาให้โดยผู้เรียนไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายหรือจัดให้ความช่วยเหลือด้านการเงินเพื่อการศึกษาในกรณีจำเป็นในด้านการศึกษาที่สูงกว่าชั้นมัธยมนั้นรัฐต้องจัดให้เด็กทุกคนมีโอกาสที่เท่าเทียมกันตามความสามารถทาง

สติปัญญาของเด็กและรัฐต้องจัดมาตรการส่งเสริมให้เด็กเข้าเรียนโดยสม่ำเสมอและลดจำนวนเด็กที่ออกจากโรงเรียนกลางคัน

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กครอบคลุมถึงเด็กทุกคนที่อยู่ในเขตอำนาจของรัฐนั้นไม่ว่าจะมีสัญชาติใดตามหลักการไม่เลือกปฏิบัติ ดังนั้น เด็กไม่ว่าจะมีสัญชาติใดและไม่ว่าการอยู่ในเขตอำนาจของรัฐนั้นจะมีสถานะที่ถูกกฎหมายหรือไม่ก็ตามก็มีสิทธิที่จะได้รับการศึกษาภาคบังคับ (ข้อ 28) ในส่วนของเด็กที่พิการในรูปแบบต่าง ๆ รัฐต้องจัดให้เด็กเหล่านี้มีโอกาสที่จะได้รับการศึกษาอย่างเต็มที่เช่นเดียวกับเด็กปกติด้วย

ประเภทที่สี่ สิทธิในการมีส่วนร่วม (Participation Rights)

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเน้นถึงสิทธิในการแสดงความคิดเห็นของเด็กโดยเสรีในทุกเรื่องที่มีผลกระทบต่อเด็กและรัฐภาคีต้องดำเนินการให้เด็กได้แสดงความคิดเห็นทั้งต้องให้น้ำหนักต่อความคิดเห็นนั้นตามควรแก่อายุและวุฒิภาวะของเด็กโดยเฉพาะอย่างยิ่งในกระบวนการทางศาลและทางการบริการที่จะมีผลกระทบต่อเด็กเด็กต้องได้รับโอกาสที่จะแสดงความคิดเห็นต่อการดำเนินการนั้นตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนดและสิทธิในการแสดงออกของเด็กรวมถึงอิสระในการแสวงหาได้รับหรือส่งต่อข้อมูลและความคิดในทุกรูปแบบและในสื่อทุกประเภทเด็กมีสิทธิที่จะมีเสรีภาพทางความคิดมโนธรรม และศาสนาสิทธิในการมีส่วนร่วมนี้ รวมทั้งสิทธิของเด็กที่จะสมาคมกัน โดยสงบเด็กมีสิทธิที่จะเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร โดยเฉพาะที่มีความมุ่งหมายเพื่อส่งเสริมเด็กในด้านต่าง ๆ เป็นต้น

(4) ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็กหรือปฏิญญาเจนีวา (The Declaration of Geneva 1924)

การประกาศปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็กหรือปฏิญญาเจนีวาในปี ค.ศ. 1924 ถือว่าเป็นการตกลงร่วมกันระหว่างประเทศต่าง ๆ ที่เห็นด้วยและยอมรับซึ่งปฏิญญาฯ นี้ ไม่ได้มีลักษณะเป็นกฎหมาย เป็นแต่เพียงการกำหนดหลักการและสาระสำคัญที่จะต้องคำนึงและให้การปกป้องคุ้มครองสิทธิเด็กในฐานะที่เป็นหนึ่งในสิทธิมนุษยชนตามที่กำหนดไว้เท่านั้น ส่วนใหญ่ก็เป็นการกำหนดสิทธิมูลฐานหรือสิทธิพื้นฐานซึ่งมนุษย์จะพึงมี เช่น การมีสิทธิได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน การได้รับ

การศึกษา การได้รับการรักษาพยาบาล และได้รับการช่วยเหลือจากรัฐ เป็นต้น

4. การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัย-

เทคโนโลยีเจริญพันธุ์ของประเทศไทย

แต่เดิมก่อนที่ประเทศไทยจะมีการบัญญัติให้การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ประเทศไทยได้มีการร่าง พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. . . . ขึ้น โดยความเป็นมาเกี่ยวกับ (ร่าง) พระราชบัญญัติ คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. . . . นั้น สืบเนื่องจาก ศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส เข้าร่วมประชุมชี้แจงและให้ความรู้กับคณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับเด็กให้เป็นไปตามมาตรฐานของรัฐธรรมนูญและอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก คณะอนุกรรมการชุดนี้ มีท่านอาจารย์ ดร. สายสุรี จุติกุล เป็นประธานคณะอนุกรรมการ ฯ ศาสตราจารย์เกียรติคุณ นายแพทย์ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ ซึ่งท่านเป็นทั้งนักกฎหมายและมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านนิติเวชวิทยาจนเป็นที่ประจักษ์ร่วมเป็นผู้ร่วมประชุมชี้แจงประเด็นดังกล่าวอยู่ด้วย และภายหลังต่อมาจึงเป็นบุคลากรทางการแพทย์ที่ร่วมอยู่ในคณะอนุกรรมการชุดนี้ด้วย⁷⁶ ในเบื้องต้นเพื่อให้ทราบลำดับการคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้วิจัยศึกษาพัฒนาการจนกระทั่งมีการบัญญัติกฎหมายคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในปัจจุบัน ดังนี้

⁷⁶กลุ่มมาเจสติก, เรื่องเดิม, หน้า 118.

4.1 พัฒนาการของกฎหมายคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์⁷⁷

ก่อนที่มีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 การใช้เทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ยังก่อให้เกิดการถกเถียงในเรื่องความเหมาะสมทางจริยธรรมในการใช้เทคโนโลยี และที่สำคัญคือทำให้กฎหมายและข้อบังคับที่เกี่ยวข้องต่าง ๆ ซึ่งบัญญัติไว้สำหรับกรณีการกำเนิดตามธรรมชาติไม่อาจนำมาปรับใช้ได้อย่างเพียงพอเหมาะสมกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นจากการใช้เทคโนโลยี อันเป็นเหตุให้จำเป็นต้องพัฒนาและปรับปรุงข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องในเรื่องนี้ให้สามารถรองรับปัญหาได้โดยเฉพาะประเทศที่นำเทคโนโลยีเหล่านี้มาใช้ และกำลังอยู่ในระหว่างการศึกษาเพื่อดำเนินการซึ่งรวมถึงประเทศไทยด้วย เพราะมีการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เช่นเดียวกัน เช่นคู่สมรสประสงค์จะมีบุตรแต่ภรรยามีปัญหาด้านสุขภาพไม่สามารถอุ้มครรภ์บุตรได้เอง อาจต้องอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (Reproductive Technology) ประกอบกับการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน (Surrogacy) ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันไม่ได้ให้ความคุ้มครองสิทธิของสามีภรรยาที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนในฐานะบิดามารดาโดยมาตรา 1546 บัญญัติว่า “เด็กเกิดจากหญิงที่มีได้มีการสมรสกับชาย ให้ถือว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” หากการสมรสสิ้นสุดลงตามมาตรา 1536 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “เด็กเกิดแต่หญิงขณะเป็นภรรยาชายหรือภายในสามร้อยสิบวันนับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลงให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้สามีหรือเคยเป็นสามีแล้วแต่กรณี” ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวประกอบกับถ้อยคำตามมาตรา 15 ที่ว่า “สภาพบุคคลย่อมเริ่มตั้งแต่เมื่อคลอด” และ “ทารกครรภ์มารดา” แสดงให้เห็นว่า “บุตร” ที่เกิดขึ้นต้องเกิดจากครรภ์มารดาของผู้เป็นบุตรนั้น ๆ อันเป็นการให้

⁷⁷กมลดา เทพวงศ์, การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (อุ้มบุญ) (กรุงเทพมหานคร: สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม, 2556), หน้า 3-5.

ความคุ้มครองเด็กและรับรองหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในฐานะมารดาโดยการตั้งครรภ์ และให้กำเนิดเด็กเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

ตามข้อกำหนดข้างต้นความเป็นบิดามารดาและบุตรนั้น ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเป็นธรรมชาติ ซึ่งย่อมประกอบขึ้นด้วยกระบวนการปฏิสนธิและการให้กำเนิดที่เป็นไปตามกระบวนการตามธรรมชาติ บิดามารดาเป็นผู้ถ่ายทอดลักษณะทางพันธุกรรม และมารดาเป็นผู้ตั้งครรภ์และให้กำเนิด หากเป็นกรณีการรับตั้งครรภ์แทนจากกลายเป็นการชั่งน้ำหนักหรือการให้ความสำคัญระหว่างลักษณะทางพันธุกรรมที่เด็กคนนั้นได้รับจากเจ้าของเชื้อพันธุ์ และผู้รับตั้งครรภ์แทนซึ่งรวมถึงการดูแลขณะตั้งครรภ์ และการให้วินิจฉัยว่าใครจะเป็นบิดามารดาที่แท้จริงโดยเฉพาะทางฝ่ายมารดาที่เป็นเจ้าของเชื้อพันธุ์ และมารดาผู้ตั้งครรภ์แทนเคยมีข้อหาหรือจากกรณีชกกลางมายังคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับกรณีคู่สมรสซึ่งเป็นข้าราชการในสังกัดมหาวิทยาลัยว่าได้มีการแจ้งจำนวนบุตรพร้อมแสดงหลักฐานของทางราชการ เพื่อขอรับสิทธิสวัสดิการการรักษาพยาบาลและการศึกษาของบุตร แต่เป็นบุตรที่เกิดจากการนำเชื้อของสามีข้าราชการหญิงไปผสมกับไข่ของข้าราชการหญิงแล้วนำตัวอ่อนไปฝากในครรภ์ของหญิงอื่นเพื่อตั้งครรภ์แทน จะถือว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของข้าราชการอันจะมีสิทธิได้รับเงินสวัสดิการของข้าราชการหรือไม่ ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาตาม บันทึกเลขเสร็จที่ 100/2543 ให้ความคิดเห็นว่าทารกในครรภ์มารดาตามมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หมายถึงทารกที่เกิดนั้นจะต้องเกิดจากการมารดาของผู้เป็นบุตร ดังนั้น บุตรที่เกิดจากการใช้เทคนิคทางการแพทย์ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและคลอดทารกจึงเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารก ส่วนหญิงเจ้าของไข่แต่ไม่ได้ตั้งครรภ์และชายเจ้าของอสุจิแต่ไม่ได้เป็นสามีของหญิงผู้ตั้งครรภ์ จึงมิใช่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทำให้ทั้งสองไม่สามารถเบิกค่ารักษาพยาบาลและอาศัยสิทธิอื่น ๆ ในฐานะบิดามารดาของเด็กได้ แม้คู่สมรสที่อาศัยเทคโนโลยีนี้จะสามารถจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้ แต่ก็อาจก่อให้เกิดความไม่สบายใจและวิตกกังวลเนื่องจากบุตรที่เกิดจากพันธุกรรมและนับเป็นเลือดเนื้อเชื้อไขของพวกเขาในฐานะได้เพียงการเป็นบุตรบุญธรรมเท่านั้นนอกจากปัญหาข้อกำหนดแล้ว

ยังอาจมีปัญหาอื่น ๆ ได้แก่ หญิงที่ตั้งครรภ์แทนอ้างสิทธิความเป็นมารดาและไม่ยอมส่งมอบเด็กให้แก่สามีภรรยาที่ประสงค์จะมีบุตร เป็นต้น

4.1.1 ประกาศแพทยสภา

เมื่อยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์บังคับใช้ กฎหมายที่เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยมีเพียง 2 ฉบับซึ่งแพทยสภาออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติวิชาชีพ เวชกรรม พ.ศ. 2525 มาตรา 21(1) เพื่อให้การบริการของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เป็นไปอย่างมีมาตรฐานคือ

ประกาศแพทยสภาที่ 1/ 2540 เรื่องมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ลงวันที่ 22 ตุลาคม 2540

ประกาศแพทยสภาที่ 21/2545 เรื่องมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (ฉบับที่ 2) ลงวันที่ 20 มิถุนายน 2545

สาระสำคัญของประกาศทั้งสองฉบับนี้มีดังนี้

1) การให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทำได้สองวิธี คือ

(1) การเคลื่อนย้ายเซลล์สืบพันธุ์เข้าไปในท่อหน้าไข่ (Gamete Intrafallopian Transfer: GIFT Zygote Intrafallopian Transfer: ZIFT) ที่นิยมคือ การทำกิฟท์ หมายถึงการตั้งครรภ์โดยการนำไข่ออกมาจากร่างกายของผู้หญิง แล้วนำมาผสมกันเข้าไปในท่อหน้าไข่หรือมดลูกของหญิง อีกวิธีหนึ่งคือการทำ ZIFT คือ การตั้งครรภ์โดยการนำไข่ออกมานอกร่างกายของหญิงแล้วนำมาทำให้ตัวอ่อนแรกเริ่มแล้วเข้าไปในท่อนำไข่ (หมายถึงตัวอ่อนของมนุษย์ตั้งแต่ปฏิสนธิแล้วแต่ยังไม่มีแบ่งเซลล์)

(2) การปฏิสนธินอกร่างกาย (การทำเด็กหลอดแก้วหรือ In Vitro Fertilization: Ivf) วิธีการคือการนำไข่และอสุจิมาผสมกันในหลอดแก้วแล้วเคลื่อนย้ายตัวอ่อนเข้าไปฝังตัวในมดลูกของหญิงที่เป็นแม่

แม้ประกาศแพทยสภาที่ 1/2540 ระบุวิธีฉีดเข้าไปโพรงมดลูกหรือการผสมเทียม (Intrauterine Insemination) ไว้ด้วย แต่ตามประกาศแพทยสภาที่ 21/2545 กำหนดให้การตั้งครรภ์แทนต้องใช้ตัวอ่อนที่มาจากเซลล์สืบพันธุ์ของคู่สมรสเท่านั้น ซึ่ง

การผสมเทียมมีการนำเซลล์ สืบพันธุ์ออกจากร่างกายเพศชาย แต่ไม่มีการนำฟิวออกจาก
ร่างกายผู้หญิงหากการใช้วิธีนี้เซลล์สืบพันธุ์จะเป็นของผู้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนไม่ใช่
คู่สมรส

2) กรณีคู่สมรสต้องการมีบุตรโดยให้หญิงอื่นซึ่งมิใช่ภริยาตั้งครรภ์
แทน ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะให้บริการได้เฉพาะกรณีใช้ตัวอ่อนที่มาจากเซลล์
สืบพันธุ์ของคู่สมรสเท่านั้น ภายใต้เงื่อนไขดังนี้

(1) ไม่มีการจ่ายค่าตอบแทนแก่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนลักษณะที่อาจ
ทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการรับจ้างตั้งครรภ์

(2) หญิงที่ตั้งครรภ์แทน จะต้องเป็นญาติโดยสายเลือดของคู่สมรส
ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

3) การให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์จะต้องไม่เป็นการ
กระทำในลักษณะเป็นการทำสำเนาชีวิต (Human Cloning) เพื่อการเจริญพันธุ์

การทำสำเนาชีวิต เป็นการนำเซลล์ของมนุษย์ไปเพาะเลี้ยงให้เป็น
ตัวอ่อนแล้วนำไปใส่โพรงมดลูก ไม่มีการปฏิสนธิระหว่างอสุจิกับไข่

4) การตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมของตัวอ่อนก่อนย้ายเข้าสู่โพรง
มดลูก (Preimplantation Genetic Diagnosis) ให้กระทำได้เฉพาะการตรวจเพื่อ
วินิจฉัยโรคตามความจำเป็นและสมควร ทั้งนี้ จะต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะที่อาจ
ทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการเลือกเพศ

การตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมของตัวอ่อนก่อนย้ายเข้าโพรง
มดลูก เป็นขั้นตอนเอาเซลล์ของตัวอ่อนไปตรวจหาความผิดปกติทางพันธุกรรม โดยหาก
พบว่าตัวอ่อนมีความผิดปกติก็จะไม่นำเข้าสู่โพรงมดลูก ซึ่งขั้นตอนนี้สามารถทราบเพศ
ของตัวอ่อนได้ด้วย ซึ่งหลักการในข้อนี้ คือห้ามใช้ขั้นตอนนี้โดยเจาะจงเพื่อเป็นการเลือก
เพศ

เรื่องมาตรฐานการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มีกำหนดชัดเจน
ว่า ผู้ที่จะสามารถดำเนินการได้ต้องเป็นแพทย์ที่มีความเชี่ยวชาญด้านเทคโนโลยีช่วยการ
เจริญพันธุ์ และได้รับใบรับรองจากสภานิติแพทย์แห่งประเทศไทย และผู้ที่รับการ
ใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์จะต้องเป็นผู้ที่มีปัญหาเรื่องการมีบุตรยาก รวมไปถึง

ผู้ที่ยังไม่มีสามีแต่ต้องการมีบุตรก็ได้ด้วย ส่วนหญิงที่จะรับอุ้มบุญจะต้องไม่ใช่หญิงโสโคร และผ่านการคลอดบุตรมาแล้วเพื่อให้การคลอดบุตรง่ายและต้องไม่มีสายเลือดใกล้เคียงกับ คู่สมรสโดยตรงจึงจะขอรับเทคโนโลยีดังกล่าวได้เพื่อตัดปัญหาความผูกพันกับทารก แต่มีปัญหาเพราะประกาศแพทยสถานี้ไม่มีบทลงโทษ จะเอาผิดได้แต่เฉพาะแพทย์ซึ่งต้องมี ผู้ร้องเรียน ทำให้เหมือนเป็นหลักเกณฑ์ที่ปราศจากอำนาจ

สถานะทางกฎหมายของสัญญาตั้งครรภ์แทน

สัญญาตั้งครรภ์ถือว่าเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมาย หรือ ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ปัญหานี้มีความเห็น ของนักกฎหมายแบ่งออกเป็นสองฝ่าย คือ

ฝ่ายแรก เห็นว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ขัด ต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งเท่ากับเป็นสัญญาซื้อขาย แลกเปลี่ยนเด็ก เป็นการเชมดลูกและเนื้อตัวมนุษย์ เป็นการฝ่าฝืนความรู้สึกลึกของ สาธารณชนและมีปัญหาเกี่ยวกับทางจริยธรรม ปัญหาสังคม จึงตกเป็น โฆษณ่าฟ้องร้อง บังคับคดีกันไม่ได้

ฝ่ายที่สอง เห็นว่าปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทน ไว้โดยเฉพาะ และกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องการรับบุตรบุญธรรมที่บัญญัติไว้ในประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ไม่มี บทบัญญัติห้ามการจ่ายเงินหรือรับเงินเพื่อการรับบุตรบุญธรรมเหมือนกับกฎหมายบาง ประเทศ สัญญาดังกล่าวจึงไม่ขัดต่อกฎหมาย และไม่ใช่เป็นการซื้อขายเด็ก แลกเปลี่ยน เด็ก หรือนำเด็กมาเป็นทาส ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 312 เพราะวัตถุประสงค์ ของสัญญาต้องการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมซึ่งเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายไม่ขัด ต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งคู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนก็มีส่วนได้เสียในตัวเด็ก โดยเป็นเจ้าของเชื้อสุจิหรือไข่ที่เจริญพันธุ์ทำให้เกิดทารกดังกล่าวด้วย สัญญาดังกล่าว จึงเปรียบเทียบกับได้กับเป็นสัญญาที่หญิงซึ่งรับตั้งครรภ์แทนทำสัญญาให้ความยินยอมมอบ เด็กให้แก่คู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนไว้ล่วงหน้าเพื่อการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม จึง เข้าลักษณะสัญญาไม่มีชื่ออย่างหนึ่ง

เมื่อก่อนที่ไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน (อุ้มบุญ) ไว้โดยเฉพาะ สัญญาที่ให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนจะมีผลใช้บังคับได้ผูกพันคู่สัญญาหรือไม่ ต้องพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

- การตั้งครรภ์แทนเป็นการที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนตกลงตั้งครรภ์แทนคู่สมรสที่ต้องการให้ตั้งครรภ์แทนและมอบเด็กที่คลอดให้คู่สมรสที่ขอให้มีการตั้งครรภ์แทน สัญญาตั้งครรภ์แทนจึงเป็นสัญญาที่คู่สัญญาสามารถปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาได้ แม้บางกรณีหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนอาจจะไม่สามารถตั้งครรภ์ได้เพราะเป็นโรคบางอย่าง แต่ก็เป็นการเฉพาะเรื่อง ซึ่งหากกล่าวโดยทั่วไปแล้วสัญญาการตั้งครรภ์แทนไม่ใช่สัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการพ้นวิสัย

- การตั้งครรภ์แทนไม่มีกฎหมายที่บัญญัติว่าบุคคลที่เกี่ยวข้องมีความผิดและมีโทษอาญา ยกเว้นการตั้งครรภ์แทนซึ่งมีลักษณะเป็นการซื้อขายเด็กอันอาจเป็นความผิดฐานค้ามนุษย์ดังกล่าวข้างต้น และตามประกาศแพทยสภา ที่ 1/2540 และ 21/2545 ก็กำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมสามารถให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนคู่สมรสได้ แต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขประกาศแพทยสภาข้างต้น ดังนั้น สัญญาตั้งครรภ์แทนจึงไม่ใช่สัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย

- สัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ปัจจุบันยังไม่พบตัวอย่างจากการพิพากษาศาลฎีกา หากคู่สมรสฝ่ายหญิงไม่สามารถมีบุตรได้ด้วยตนเอง ไม่ว่าเหตุใด ให้หญิงอื่นที่เป็นญาติทางสายเลือดของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตั้งครรภ์แทนโดยใช้ตัวอ่อนที่มาจากเซลล์สืบพันธุ์ของคู่สมรสนั้น และไม่มีการจ่ายค่าตอบแทนแก่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนในลักษณะที่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการรับจ้างตั้งครรภ์ สัญญาตั้งครรภ์แทนลักษณะนี้และเงื่อนไขดังกล่าวไม่น่าจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน สถานภาพความเป็นบิดามารดาและอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

เมื่อไม่มีกฎหมายที่บัญญัติสถานภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไว้โดยเฉพาะ การพิจารณาสถานภาพความเป็นบิดามารดาจึงต้องพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว

ก. สถานภาพความเป็นมารดา ถือว่าเด็กที่เกิดจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้มีอำนาจปกครองเด็ก

ข. สถานภาพความเป็นบิดา หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมาย ชายคนดังกล่าวจะถูกสันนิษฐานว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายและเป็นผู้มีอำนาจปกครองเด็กนั้น ทั้งที่ชายดังกล่าวไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับทางพันธุกรรมกับเด็กเลย แต่ชายดังกล่าวนี้สามารถพิสูจน์ว่าตนไม่ได้เป็นบิดาของเด็กได้ ซึ่งการพิสูจน์ได้ก็จะกลายเป็นว่าเด็กจะไม่มีบิดาที่ชอบด้วยกฎหมาย

หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนก็จะไม่มีบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ชายที่ขอให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนแม้เป็นเจ้าของอสุจิก็นำไปเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กได้ เพราะมิได้สมรสกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และความสัมพันธ์ระหว่างชายซึ่งขอให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ใช่ความสัมพันธ์ในลักษณะอยู่กินกันสามิภริยา จึงไม่เป็นบิดาเด็กตามความหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1547 จึงไม่อาจจดทะเบียนเด็กเป็นบุตรได้

ค. เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของกลุ่มสมรสที่ขอให้มีการตั้งครรภ์แทนและให้กลุ่มสมรสที่ขอให้มีการตั้งครรภ์แทนมีอำนาจปกครองเด็กทำได้วิธีเดียวคือการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม

ในส่วนของการควบคุมการศึกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์ เมื่อไข่และอสุจิผสมกันและเป็นตัวอ่อนแล้ว ตัวอ่อนจำนวนหนึ่งจะถูกนำไปใช้เพื่อการเจริญพันธุ์ และมีตัวอ่อนเหลืออยู่จำนวนหนึ่งซึ่งมีศักยภาพที่จะพัฒนาต่อเป็นมนุษย์ และนอกจากนี้ยังนำไปศึกษาวิจัยหรือใช้เพื่อการรักษา (โดยใช้เซลล์ต้นกำเนิด) แต่ปัจจุบันยังไม่ได้ได้รับความคุ้มครองที่เหมาะสมตามกฎหมาย คงมีแต่ข้อบังคับระดับองค์กรวิชาชีพ โดยแพทยสภาได้ออกประกาศแพทยสภาที่ 1/2540 และฉบับที่ 21/2545 (ฉบับที่ 2) ซึ่งเป็นเพียงกรอบมาตรฐานทางวิชาชีพทางการแพทย์ โดยกำหนดห้ามทำสำเนามนุษย์เท่านั้น

4.1.2 ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการ- เจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. . . .

ก่อนที่ได้มีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัย-
เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้มีการร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก-
ที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. . . . มีสาระสำคัญสรุป
ได้ดังนี้

1) ขอบเขตการบังคับใช้กฎหมาย ใช้บังคับกับการให้บริการเกี่ยวกับ
เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ทางกรแพทย์เพื่อบำบัดรักษาภาวะ การมีบุตรยากและ
ควบคุมการดำเนินการโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ทางกรแพทย์

2) คณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญ-
พันธุ์ทางการแพทย์ (กคพ.) ทำหน้าที่กำหนดนโยบายเกี่ยวกับเด็กที่เกิดโดยอาศัย-
เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ทางกรแพทย์และส่งเสริมและสนับสนุนการศึกษาวิจัย
ทางจริยธรรม กฎหมายหรือวัฒนธรรมที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง-
กรแพทย์ รวมถึงควบคุม ตรวจสอบ หรือกำกับดูแลการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยี-
ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เป็นไปตามร่างพระราชบัญญัตินี้ นอกจากนี้ ยังมี
อำนาจหน้าที่ในการให้ความเห็นชอบต่อแพทยสภาในการออกประกาศเกี่ยวกับ
เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ตัว
อ่อนที่เหลือใช้จากการบำบัดรักษาภาวะ การมีบุตรยากของสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย
เพื่อการศึกษาวิจัย โดยมีกรมสนับสนุนบริการสุขภาพทำหน้าที่เป็นสำนักงาน
เลขานุการของคณะกรรมการ กคพ.

3) หลักเกณฑ์และมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการ-
เจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับ
เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ ต้องมีคุณสมบัติและ
ต้องปฏิบัติตามมาตรฐานในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ทาง
กรแพทย์ ตามที่แพทยสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการประกาศกำหนด อนึ่ง
การให้บริการผสมเทียมและการตั้งครรภ์แทนมีลักษณะแตกต่างจากเทคโนโลยีช่วยการ-
เจริญพันธุ์ทางการแพทย์อื่นจึงกำหนดมาตรฐานในการให้บริการไว้เป็นการเฉพาะ

(1) การผสมเทียม ต้องกระทำโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต่อหญิงที่มีสามีที่ชอบด้วย กฎหมายเท่านั้น ซึ่งแพทยสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการจะประกาศกำหนดมาตรฐาน การให้บริการเกี่ยวกับการผสมเทียมเป็นการเฉพาะ สำหรับการผสมเทียมโดยเชื้อสุจิของผู้บริจาคต้อง ได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภริยาที่ชอบด้วยชอบกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการผสมเทียม

(2) การตั้งครรภ์แทน หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะต้องมีข้อตกลงไว้กับสามีภริยาที่ชอบด้วย กฎหมายที่ประสงค์ที่จะให้มีการตั้งครรภ์แทนก่อนการดำเนินการตั้งครรภ์แทนว่าจะให้ทารกในครรภ์ เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ซึ่งการดำเนินการตั้งครรภ์แทน จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขการตั้งครรภ์แทนตามร่างมาตรา 21 และกระทำได้สองวิธีได้แก่ (1) การ ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิหรือไข่ของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนกับอสุจิหรือไข่ของผู้อื่น ทั้งนี้ ห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน (ร่างมาตรา 22) แต่ตามประกาศของแพทยสภาที่ 21/2545 เรื่องมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ในข้อ 3 (ค) หญิงที่ตั้งครรภ์แทนจะต้องเป็นญาติโดยสายเลือดของกลุ่มสมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเท่านั้น

นอกจากนี้แพทยสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับค่าใช้จ่าย ในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ในขณะตั้งครรภ์ การคลอดและหลังคลอด เพื่อกำหนดกรอบในการพิจารณาการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้าตามร่างมาตรา 23 (ร่างมาตรา 24) รวมถึงห้ามกระทำการในลักษณะที่เป็นการสนับสนุนให้มีการตั้งครรภ์แทน ได้แก่ กระทำเป็นคนกลางหรือนายหน้าเพื่อจัดการหรือชี้ช่องทางให้มีการรับตั้งครรภ์แทน (ร่างมาตรา 25) หรือโฆษณาหรือโฆษณาได้แพร่หลายว่ามีหญิงที่ประสงค์เป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนหรือมีบุคคลที่ประสงค์จะ ให้หญิงอื่นเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะกระทำเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือไม่ก็ตาม (ร่างมาตรา 26)

ความเป็นบิดาและมารดาของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

เด็กที่เกิดมาจากอสุจิไข่หรือตัวอ่อนของผู้บริจาคโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไม่ว่าจะให้ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นผู้ตั้งครรภ์หรือจากการตั้งครรภ์แทน ให้เด็กที่เกิดจากวิธีดังกล่าวเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตร แม้ว่าสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด

ชายหรือหญิงที่บริจาคอสุจิหรือไข่ซึ่งนำมาใช้ปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์หรือผู้บริจาค ตัวอ่อน และเด็กที่เกิดจากอสุจิและไข่หรือตัวอ่อนที่บริจาคดังกล่าว ไม่มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกัน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก (ร่างมาตรา 27)

กรณีที่สามีและภริยาที่ขอให้มีการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิดให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองเด็กนั้นจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ ทั้งนี้ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก ผู้มีส่วนได้เสียหรือพนักงานอัยการมีอำนาจร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้ปกครองได้และในการตั้งผู้ปกครองดังกล่าวให้ศาลคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กนั้นเป็นสำคัญ การควบคุมการดำเนินการโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้ผู้เกี่ยวข้องมีหลักปฏิบัติ ดังต่อไปนี้

ก. ห้ามผู้ใดซึ่งมิใช่ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ รวมทั้งรับฝาก รับบริจาค ไข่ ประโยชน์จากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนหรือทำลาย (ร่างมาตรา 30)

ข. ห้ามสร้างตัวอ่อนเพื่อใช้ในกิจการใดๆ เว้นแต่ เพื่อใช้ในการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยาก ของสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย (ร่างมาตรา 31)

ค. ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมที่ประสงค์จะใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้ในการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือเพื่อการศึกษาวิจัยต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการ ทั้งนี้ การศึกษาวิจัยตัวอ่อนที่มีอายุเกินกว่าสิบสี่วันนับแต่วัน ปฏิสนธิจะกระทำมิได้ อายุของตัวอ่อน ไม่นับรวมระยะเวลาในการแช่แข็ง (ร่างมาตรา 32)

ง. ห้ามดำเนินการใด ๆ เพื่อมุ่งหมายให้เกิดมนุษย์โดยวิธีการอื่น
นอกจากการปฏิสนธิระหว่าง อสุจิกับไข่ (ร่างมาตรา 33)

จ. ห้ามผู้ใดนำอสุจิ ไข่ ตัวอ่อน หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของเซลล์
ดังกล่าวใส่เข้าไปในร่างกาย ของสัตว์ หรือนำเซลล์สืบพันธุ์ของสัตว์ เซลล์ที่เกิดจาก
การปฏิสนธิระหว่างเซลล์สืบพันธุ์ของสัตว์ หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของเซลล์ดังกล่าวใส่
เข้าไปในร่างกายมนุษย์ (ร่างมาตรา 32)

ฉ. ห้ามผู้ใดสร้าง เก็บรักษา ขยาย นำเข้า ส่งออก หรือใช้ประโยชน์
ซึ่งตัวอ่อนที่มีสารพันธุกรรม มนุษย์มากกว่าสองคนขึ้นไป หรือตัวอ่อนที่มีเซลล์หรือ
ส่วนประกอบของเซลล์มนุษย์กับสิ่งมีชีวิต สายพันธุ์อื่นรวมกันอยู่ (ร่างมาตรา 35)

ช. ห้ามผู้ใดซื้อ เสนอซื้อ ขยาย นำเข้า หรือส่งออก ซึ่งอสุจิ ไข่ หรือ
ตัวอ่อน (ร่างมาตรา 36)

ซ. กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการรับฝาก การรับบริจาค การใช้
ประโยชน์จากอสุจิ ไข่ หรือ ตัวอ่อนที่รับฝาก หรือรับบริจาค เนื่องมาจากการดำเนินการ
ใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์หรือทำลายตัวอ่อนที่รับฝากหรือรับ
บริจาค (ร่างมาตรา 37)

ณ. ห้ามใช้ประโยชน์จากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่ฝากไว้กับผู้รับฝาก
ตามร่างมาตรา 37 ในกรณี ที่เจ้าของไข่ อสุจิ หรือตัวอ่อนดังกล่าวตายลง ยกเว้นกรณีที่
เจ้าของอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนให้ความยินยอมเป็นหนังสือไว้ก่อนตายและต้องให้อสุจิ ไข่
หรือตัวอ่อนเพื่อบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีหรือภริยาที่ยังมีชีวิตอยู่เท่านั้น
เพื่อดำเนินการสอดคล้องกับความประสงค์ของผู้ตาย (ร่างมาตรา 38)

ญ. บทกำหนดโทษในทางจริยธรรม มุ่งลงโทษผู้ประกอบการ
วิชาชีพเวชกรรมที่ไม่ปฏิบัติตาม ประกาศของแพทยสภาโดยความเห็นชอบของ
คณะกรรมการการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง-
การแพทย์ เนื่องจากประกาศของแพทยสภาดังกล่าวมีเนื้อหาเกี่ยวกับแนวทาง
ปฏิบัติในการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งอาจเปลี่ยนแปลง
ไปตามความรู้ก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ได้ตลอดเวลา (ร่างมาตรา 39 และร่างมาตรา 40)
รวมทั้งการฝ่าฝืนวิธีการตั้งครรภ์แทนที่กำหนดไว้ตาม (ร่างมาตรา 22)

สาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติที่ผ่านการตรวจพิจารณาของ
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 10) ได้ตรวจพิจารณาร่าง
พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิด โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
พ.ศ. . . . แล้ว สรุปผลการพิจารณาได้ดังนี้

กำหนดให้ศาลเยาวชนและครอบครัวมีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษา
เฉพาะคดีที่เกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาของผู้ที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญ-
พันธุ์ทางการแพทย์ และกำหนดให้ ประธานศาลฎีกามีอำนาจวินิจฉัยในกรณีที่มีปัญหา
ว่าคดีอยู่ในเขตอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัวหรือศาลยุติธรรมอื่น (ร่างมาตรา
4)

กำหนดวิธีการดำเนินการตั้งครรภ์แทนไว้สองกรณี ได้แก่ (1) การ
ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิและไข่ของสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มิ
การตั้งครรภ์แทนกับอสุจิและไข่ของผู้อื่น เพื่อให้ เกิดความชัดเจนว่าการสร้างตัวอ่อน
เพื่อการตั้งครรภ์แทนจะต้องใช้อสุจิหรือไข่ของสามีหรือภริยา ที่ประสงค์ให้มีการ
ตั้งครรภ์แทนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งด้วย เพื่อให้สามีหรือภริยาที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน
ส่วนร่วมในทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนดังกล่าว ทั้งนี้ ห้ามใช้ไข่
ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเพื่อมิให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเกิดความผูกพันกับเด็กที่เกิด
จากการตั้งครรภ์แทนและไม่ยินยอมส่งมอบเด็กให้กับสามีภริยาที่ประสงค์ให้มีการ
ตั้งครรภ์แทน (ร่างมาตรา 22)

กำหนดให้แพทยสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ
ประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษา
สุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ การคลอดและหลังคลอดเพื่อเป็น
การวางกรอบในการพิจารณากรณีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ ทางการค้าตามร่าง
มาตรา 234 (ร่างมาตรา 24)

ตามที่กระทรวงยุติธรรมมีข้อสังเกตเกี่ยวกับการกำหนดความเป็น
บิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย ของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนอาจขัดหรือแย้งกับ
มาตรา 1446 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นั้น เนื่องจากปัจจุบันมาตรา 1446

แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2551 กำหนดให้ เด็กเกิดจากหญิงที่ไม่ได้มีการสมรสกับชาย ให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ทั้งนี้ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยี ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. . . . จึงอาจกำหนดความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไว้เป็นการเฉพาะได้ (ร่างมาตรา 27 และร่างมาตรา 28) กำหนดให้ผู้มีส่วนได้เสียมีอำนาจร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้ปกครองได้ กรณีสามีและภริยาที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด ซึ่งผู้มีส่วนได้เสียในที่นี้อาจหมายถึง ญาติพี่น้อง ของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนดังกล่าว เนื่องจากมีความใกล้ชิดกับเด็กมากกว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน (ร่างมาตรา 28) กำหนดโทษในทางจริยธรรม โดยมุ่งลงโทษผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ไม่ปฏิบัติตามประกาศ ของแพทยสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในทางแพทย์ เนื่องจากประกาศของแพทยสาดังกล่าวมีเนื้อหาเกี่ยวกับแนวทางปฏิบัติ ในการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งอาจเปลี่ยนแปลงไปตามความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ได้ตลอดเวลา (ร่างมาตรา 39 และ ร่างมาตรา 40) รวมทั้งการฝ่าฝืนวิธีการตั้งครรภ์ แทนที่กำหนดไว้ตามร่างมาตรา 22 ด้วย

กำหนดบทเฉพาะกาลเพื่อรับรองให้ผู้ประกอบวิชาชีพซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบหรือให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามประกาศแพทยสภาว่าด้วยมาตรฐานการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์อยู่ก่อนวันที่ร่างพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้สามารถดำเนินการ ต่อไปได้จนกว่าจะมีประกาศแพทยสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการเกี่ยวกับคุณสมบัติ และมาตรฐานการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามร่างมาตรา 15 ใช้บังคับ (ร่างมาตรา 47)

กำหนดบทเฉพาะการรับรองสิทธิของผู้ที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ โดยต้องยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนดังกล่าวเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่

ดำเนินการให้มีการตั้งครุฑแทนนับแต่วันที่ผู้นั้นเกิด เพื่อให้ ความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ที่เกิดจากการตั้งครุฑแทนสอดคล้องกับความสัมพันธ์ ในทาง พันธุกรรม (ร่างมาตรา 49)

ผลการดำเนินงานเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติ

คณะกรรมการฯ จัดการรับฟังความคิดเห็นและข้อเสนอแนะร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้แล้ว 2 ครั้ง

- ครั้งที่ 1 เมื่อวันที่ 22 ธันวาคม พ.ศ. 2547 และ
- ครั้งที่ 2 เมื่อวันที่ 22 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2549

(1) กระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ ได้ส่งร่างดังกล่าวไปสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี (สลค.) ซึ่งการ ประชุม คณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 30 ตุลาคม 2550 ได้มีมติอนุมัติหลักการของร่างตามที่กระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ เสนอ และให้ส่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ตรวจสอบพิจารณา ก่อนเสนอสภานิติบัญญัติแห่งชาติ พิจารณาต่อไป โดยได้รับความเห็นของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องและข้อสังเกตของ คณะรัฐมนตรี ไปพิจารณาด้วย

(2) คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 10) นัด พิจารณาไปทั้งหมด 32 ครั้ง จนเสร็จสิ้นการ พิจารณาแล้ว มีทั้งหมด 49 มาตราแบ่งออกเป็น 6 หมวด 1 บทเฉพาะกาล ซึ่ง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้ส่งร่างมาให้กระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ ยืนยัน เมื่อวันที่ 7 กันยายน 2552 โดยกระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ ได้ยืนยันไปแล้วเมื่อ 23 กันยายน 2552 ซึ่งต่อมาเป็นเรื่องเสร็จที่ 167/2553

(3) สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ได้มีหนังสือที่ นร. 0503/5003 วันที่ 24 มีนาคม พ.ศ. 2553 ขอให้กระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ พิจารณาแจ้งยืนยันความเห็นเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ซึ่งกระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ ได้ยืนยันไปแล้วเมื่อ 8 เมษายน พ.ศ. 2553

(4) คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. . . . ที่สำนัก-คณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจสอบพิจารณาแล้ว ตามที่กระทรวง พัฒนาสังคมและความมั่นคง

ของมนุษย์ เมื่อวันที่ 11 พฤษภาคม 2553 และให้ส่งคณะกรรมการการประสานงานด้านนิติบัญญัติพิจารณาก่อนนำเสนอสภาผู้แทนราษฎรพิจารณาต่อไป

(5) แต่เนื่องจากการยุบสภาไปเมื่อวันที่ 10 พฤษภาคม พ.ศ. 2554 จึงทำให้การพิจารณาร่าง กฎหมายต่างๆ ต้องหยุดชะงักไป มีร่างกฎหมายที่ค้างพิจารณาในรัฐสภา (ก่อนยุบสภา) ทั้งสิ้น 125 ฉบับ ซึ่งคณะรัฐมนตรีชุดปัจจุบันร้องขอและรัฐสภามีมติเห็นชอบให้พิจารณาต่อไปจำนวน 24 ฉบับ ไม่ได้ ร้องขอจำนวน 101 ฉบับ ซึ่งรวมถึง “ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยี ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. . . .” ด้วย

(6) เสนอร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยี ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. . . . ต่อคณะรัฐมนตรีอีกครั้งเมื่อ 27 กันยายน พ.ศ. 2555 แต่เนื่องจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขซึ่งต้องเป็นผู้รักษาการตามกฎหมายขอชะลอการเสนอร่างฉบับนี้เพื่อมา ศึกษา ก่อน จึงได้มีการถอนร่างดังกล่าวออกจากวาระเพื่อพิจารณา

(7) เนื่องจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ (นายสันติ พร้อมพัฒน์) พิจารณาเห็นว่า การรับฟังความเห็นจากองค์กรภาครัฐและเอกชนจากการประชาพิจารณ์ 2 ครั้ง จำนวน 163 องค์กรยังไม่เพียงพอ เพื่อให้ครอบคลุมทั่วประเทศจึงเห็นควรให้จัดทำแบบสอบถาม เพื่อรับฟังความเห็นจากภาคประชาชนในส่วนภูมิภาคด้วย นอกจากนั้นยังได้เสนอแนะอีกว่า เพื่อคุ้มครองผู้ที่ตั้งครรภ์แทนจึงควรมีเงื่อนไขให้ต้องทำประกันภัยคุ้มครองหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และเด็กที่จะเกิด มาจากการคุ้มครองกรณีนี้อาจเกิดการเสียชีวิต พิกัด หรือทุพพลภาพที่อาจเกิดจากการตั้งครรภ์แทน นั้น โดยให้หารือกับสำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย (คปภ.) และสำนักงานประกันภัย (เอกชน) ถึงความเป็นไปได้ที่จะกำหนดให้มีกรมธรรม์คุ้มครองหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนกรณีนี้อาจทุพพลภาพหรือเสียชีวิตเนื่องมาจากการตั้งครรภ์ รวมถึงคุ้มครองเด็กหากเกิด กรณีพิการ หรือเป็นโรคที่รักษายาก เช่น โรคหัวใจ และในการพิจารณาให้คุ้มครองได้ควรจะต้องมี แพทย์ พิจารณาตัดสินใจมากกว่าหนึ่งคน ในรูปของคณะกรรมการ โดยอย่างน้อยจะต้อง

เป็นแพทย์ระดับอาวุโส หนึ่งคน และผู้เชี่ยวชาญทางด้านสูติแพทย์หนึ่งคน ได้ดำเนินการตามข้อเสนอแนะ

- หนังสือถึงผู้ว่าราชการจังหวัด 76 จังหวัด เพื่อบอกหมายให้สำนักงานพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์จังหวัด ดำเนินการประสาน งานให้ประชาชนตอบแบบสอบถามเรียบร้อยแล้ว ขณะนี้อยู่ระหว่างรอการรวบรวมส่งกลับมาจาก สำนักงานพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์จังหวัดทุกจังหวัด ซึ่งส่งมาแล้ว 52 จังหวัด เมื่อได้ครบจึงจะประมวลผลความคิดเห็นที่ได้รับเป็นข้อมูล ประกอบการเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบต่อไป

- ได้มีหนังสือเลขาธิการคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย (คปภ.) และนายกสมาคมประกันชีวิตไทย (เอกชน) แล้วเมื่อวันที่ 4 มกราคม พ.ศ. 2556 จากการประสานเมื่อวันที่ 25 มกราคม พ.ศ. 2556 ขณะนี้อยู่ระหว่างการพิจารณาและมีหนังสือสอบถาม ไปยังผู้ประกอบการธุรกิจประกันภัยต่างๆ ถึงรูปแบบกรรมธรรม์ที่มีอยู่และศึกษาเทียบเคียงรูปแบบ กรรมธรรม์ที่มีอยู่ ซึ่งต่อมาได้มีหนังสือจากสำนักงานส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย ที่ 4330/8 ลว. 7 กุมภาพันธ์ 2556 แจ้งให้ทราบว่ายังไม่มีกรรมธรรม์ประกันภัยในลักษณะดังกล่าว แต่มีกรรมธรรม์ประกันภัยที่ให้ ความคุ้มครองมารดาในขณะตั้งครรภ์และทารกที่อยู่ในครรภ์มารดา ซึ่งทางส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัยจะหารือร่วมกับ สมาคมประกันวินาศภัยภาคธุรกิจ เพื่อพิจารณาแนวทางการจัดทำกรรมธรรม์ประกันภัยรองรับ วัตถุประสงค์ของกระทรวง พัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ ต่อไป

จากปัญหาทำให้ภาครัฐพบปัญหาที่เกิดขึ้นจึงได้มีการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิด โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์- พ.ศ. 2558

4.2 เจตนารมณ์พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

นับแต่วันที่ 1 มีนาคม พ.ศ. 2547 ภายใต้การพิจารณาของคณะอนุกรรมการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับเด็กตามมาตรฐานรัฐธรรมนูญและอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กของกระทรวงสาธารณสุข ในการประชุมครั้งที่ 5/2547 ได้มีมติให้ความสนใจพิจารณาเพื่อร่างกฎหมายเกี่ยวกับกรณีเด็กที่เกิดด้วยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ โดยเฉพาะในกรณีเด็กที่เกิดจากการอุ้มบุญ แต่กฎหมายไทย ถือว่า เด็กที่เป็นบุตรของหญิงที่คลอดแล้วต้องไปผ่านกระบวนการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งผิดหลักความเป็นจริงในเรื่องพันธุกรรม จึงเห็นควรให้พิจารณาศึกษาและยกร่างกฎหมายว่าด้วยการตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ด้วยการเชิญบุคคลผู้เชี่ยวชาญ ได้แก่ ศาสตราจารย์กิตติคุณ นายแพทย์ ประมวล วิรุฒมเสน อาจารย์ที่ปรึกษาด้านสูตินรีเวช โรงพยาบาลจุฬาลงกรณ์ ศาสตราจารย์เกียรติคุณ นายแพทย์ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ และศาสตราจารย์แสวง บุญเฉลิมวิภาส คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ มาให้ความรู้เกี่ยวกับทางการแพทย์และทางกฎหมายอยู่หลายครั้ง เพื่อปรับความรู้ให้คณะอนุกรรมการฯ มีความรู้และความเข้าใจที่ถูกต้อง ก่อนที่จะได้ยกร่างกฎหมายได้ถูกต้องตามเจตนารมณ์ที่แท้จริง โดยได้จัดเสวนาวิชาการรับฟังความคิดเห็นและข้อเสนอแนะเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ด้วยกัน 2 ครั้ง ครั้งที่ 1 เมื่อวันที่ 22 ธันวาคม พ.ศ. 2547 และครั้งที่ 2 เมื่อวันที่ 22 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2549 ก่อนที่ยกร่างเสร็จในการประชุมครั้งที่ 11/2549 เมื่อวันที่ 27 มิถุนายน พ.ศ. 2549 โดยกำหนดให้มีกรอบของเนื้อหาของกฎหมายครอบคลุมเป็น 1 มิติสำคัญ ๆ ดังต่อไปนี้⁷⁸

กรอบที่ 1 มิติมาตรการทางกฎหมายมหาชน คือ การพิจารณาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานที่จะเข้ามาดูแล หรือการได้มาของคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เป็นต้น

⁷⁸ ภูมิินทร์ ลิขิตระประเสริฐ, “แถลงการณ์ประชุม คณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 11 พฤษภาคม 2553,” หนังสือพิมพ์รายวันคมชัดลึก, 12 พฤษภาคม 2553, หน้า 13.

กรอบที่ 2 มิติมาตรการทางกฎหมายเอกชน คือ การพิจารณาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิหน้าที่ และสถานภาพของบิดามารดา และเด็กที่เกิดมาจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ได้แก่ ในเรื่องครอบครัวและมรดก ซึ่งได้กำหนดว่าเด็กควรเป็นบุตรของใครในทางกฎหมายอันเป็นบทสันนิษฐานเด็ดขาดหรือเป็นกฎหมายปิดปากมิให้ปฏิเสธความเป็นบุตร รวมถึงประเด็นเกี่ยวกับการรับมรดก รวมถึงให้เรื่องนิติกรรมและการละเมิดข้อตกลงที่นอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดไว้มีผลเป็นเช่นไร

กรอบที่ 3 มิติมาตรการควบคุมทางกฎหมาย คือ การกำหนดหน่วยงานที่จะรับผิดชอบในการควบคุมและกำกับดูแล ระบบบริหารจัดการ กำหนดหลักเกณฑ์ และอำนาจหน้าที่ เช่น ควรมีการขึ้นทะเบียนทั้งผู้ให้บริการและผู้ที่จะรับบริการ จะต้องมีการขออนุญาตก่อนกระทำหรือไม่ ใครเป็นผู้มีอำนาจอนุญาต ใครเป็นผู้ทำได้ ภายใต้เงื่อนไขประการใด กระบวนการคัดสรรพันธุ์จะอนุญาตให้ทำได้หรือไม่ อย่างไร เพียงใด การปกปิดข้อมูล และการห้ามมิให้ทำการโฆษณาประชาสัมพันธ์อวดอ้าง รวมถึงการกำหนดให้ต้องมีการให้ข้อมูลและคำปรึกษา ก่อนดำเนินการหรือไม่ อย่างไร

กรอบที่ 4 มิติมาตรการการบังคับทางกฎหมาย คือ การพิจารณาที่ว่า การกระทำอย่างไรให้ถือว่าเป็นความผิดและควรลงโทษทางอาญา เช่น ห้ามทำสำเนาชีวิต (Cloning) ในมนุษย์ แต่ไม่ห้ามกรณีที่เป็นการทำโคลนนิ่ง ในสัตว์คัดสรรพันธุ์เพื่อการเกษตร รวมถึงกรณีการทำสเต็มเซลล์คัดเลือกเซลล์เพื่อประโยชน์ทางการแพทย์ ห้ามทำการปฏิสนธิ หรือผสมเทียมเพื่อการค้า ห้ามทำการผสมข้ามสายพันธุ์ ห้ามทำการปฏิสนธิเทียมโดยเจ้าของสายพันธุ์ไม่ยินยอม ห้ามผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายกระทำการใด ๆ อันเป็นการรบกวนโดยมิชอบ ห้ามมิให้มีการซื้อขายไข่ หรือสุจิเพื่อการค้าในเชิงพาณิชย์ เป็นต้น

4.3 หลักการคุ้มครองเด็กตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

ตามกฎหมายได้บัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กเกี่ยวกับเรื่องความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เนื่องจากสภาพปัญหาเกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมาโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์-

ทางการแพทย์ย่อมมีความเกี่ยวพันหลายฝ่ายกับบุคคลหลายฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นการ-
ตั้งครรภ์เองหรือจัดให้มีการตั้งครรภ์แทนก็ตาม ล้วนมีผู้เข้ามาเกี่ยวข้องกับทั้งผู้ที่เป็นเจ้าของ
พันธุกรรม คือ เจ้าของเชื้อหรือไข่ หรือผู้ที่รับตั้งครรภ์แทนผู้อื่น อาจรวมไปถึงกรณีผู้ที่
ต้องการมีบุตรทั้งที่ตัวเองยังไม่มีคู่สมรส หรือมีคู่สมรสแต่เป็นเพศเดียวกันเหล่านี้ย่อม
ก่อให้เกิดความวุ่นวายสลับซับซ้อนในการบังคับใช้กฎหมาย ในกฎหมายฉบับนี้ได้มี
หลักเกณฑ์ที่เข้ามาคุ้มครองสิทธิเด็ก มีดังต่อไปนี้

1) การกำหนดหลักเกณฑ์และการควบคุมการตั้งครรภ์แทน

เนื่องจากการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
โดยเฉพาะเกี่ยวกับกรณีการตั้งครรภ์แทน นอกจากจะใช้หลักเกณฑ์การให้บริการ
เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยทั่วไปข้างต้นแล้ว ยังจำเป็นที่จะต้อง
กำหนดเงื่อนไขเป็นการเฉพาะเจาะจง เพราะมีความสลับซับซ้อนมากกว่าการผสมเทียม
แล้วตั้งครรภ์เองในแบบธรรมดาตามาก โดยหลักการทั่วไปควรที่จะได้มีการกำหนด
เงื่อนไขการตั้งครรภ์แทน ภายใต้การคำนึงถึงปัจจัยสำคัญ 3 ประการ⁷⁹ คือ

(1) ต้องพิจารณากำหนดกระบวนการในการคัดกรองบุคคลที่ต้องการมี
บุตรด้วย เพื่อป้องกันมิให้มีการรับตั้งครรภ์แทนโดยไม่จำเป็น หรือเพื่อคุ้มครองสวัสดิ
ภาพและความผาสุกของเด็กที่จะเกิดมา

(2) ต้องพิจารณากำหนดมาตรการในการคัดกรองหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน
อย่างเข้มงวด โดยจำเป็นต้องพิจารณาเงื่อนไขของหญิงที่จะเข้ารับตั้งครรภ์แทนว่า
จะต้องมีคุณสมบัติประการใดบ้าง

(3) ต้องพิจารณากำหนดมาตรการในการคุ้มครองสิทธิของหญิงที่รับ
ตั้งครรภ์แทน และคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร ด้วยการสร้างกลไกที่จะสามารถทำให้ทั้งสอง
ฝ่ายได้รับทราบถึงสถานะทางกฎหมายของการตั้งครรภ์แทน ตลอดจนทั้งสิทธิหน้าที่และ
ความรับผิดชอบของทั้งสองฝ่ายตามสัญญาและผลกระทบทั้งปวงที่จะเกิดขึ้นกับทั้งสองฝ่าย
ทั้งกรณีที่มีการปฏิบัติหรือกรณีที่ไม่มีการปฏิบัติตามสัญญา

⁷⁹จักรกฤษณ์ ควรพจน์, เรื่องเดิม, หน้า 158.

ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 จึงได้บัญญัติหลักเกณฑ์เพื่อควบคุมเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน โดยสามารถแบ่งออกเป็นประเด็นสำคัญๆ ดังต่อไปนี้

ก. การกำหนดบุคคลที่เกี่ยวข้อง ในมาตรา 21 ภายใต้บังคับมาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนอย่างน้อยต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

(1) สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีที่สามีหรือภริยามีได้มีสัญชาติไทย ต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี

(2) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีอายุครบหรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายตาม (1)

(3) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายตาม (1) ในกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนได้ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการ

(4) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นหญิงที่เคยมีบุตรมาก่อนแล้วเท่านั้น ถ้าหญิงนั้นมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินฉันสามีภริยา จะต้องได้รับความยินยอมจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายดังกล่าวด้วย

ข. วิธีการดำเนินการตั้งครรภ์แทน ในมาตรา 22 บัญญัติว่า “การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัตินี้ให้กระทำได้สองวิธี ดังต่อไปนี้

(1) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีและไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน

(2) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีหรือไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนกับไข่หรืออสุจิของผู้อื่น ทั้งนี้ ห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน”

สำหรับการห้ามมิให้ใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็เพื่อ
ป้องกันปัญหาความผูกพันที่จะเกิดขึ้น หรือความซับซ้อนทั้งสภาพปัญหาเกี่ยวกับสิทธิ
และกฎหมายที่จะเกิดขึ้นมากมายนั่นเอง

ค. กำหนดหลักเกณฑ์และควบคุมการตั้งครรภ์แทน ตั้งแต่มาตรา 23
ถึง มาตรา 26 ดังต่อไปนี้

(1) จะดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนแก่สามีและภริยาต้อง
ได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการให้ดำเนินการเสียก่อน

(2) ห้ามดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทาง
การค้า

(3) ให้รัฐมนตรีกระทรวงสาธารณสุขโดยคำแนะนำของ
คณะกรรมการประกาศกำหนด หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลง
การตั้งครรภ์แทน การคลอดและหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็ก
ที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน หลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน

(4) การยุติการตั้งครรภ์แทนต้องกระทำโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวช
กรรมและได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่
ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น เว้นแต่ในกรณีหญิงที่รับ
ตั้งครรภ์แทนไม่ยินยอมให้ถือว่าข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนเป็นอันยุติลง และหญิงที่รับ
ตั้งครรภ์แทนนั้นไม่ต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายตามข้อตกลงดังกล่าวการยุติการตั้งครรภ์แทน
ตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาประกาศ
กำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

(5) ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการเป็นคนกลางหรือนายหน้า โดยเรียกร
ับหรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด เพื่อเป็นการตอบแทนในการจัดการ
หรือชี้ช่องให้มีการรับตั้งครรภ์แทน

(6) ห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณาหรือไขข่าวให้แพร่หลายด้วยประการ
ใด ๆ เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนว่ามีหญิงที่ประสงค์จะเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนผู้อื่น หรือมี
บุคคลที่ประสงค์จะให้หญิงอื่นเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะได้กระทำเพื่อประโยชน์
ทางการค้าหรือไม่ก็ตาม

ดังนั้น การบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเพื่อคุ้มครองเด็กที่เกิดมาและควบคุมการตั้งครรภ์แทนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นมีความจำเป็นอย่างยิ่ง บนพื้นฐานเหตุผลข้อยกเว้นหรือข้อจำกัดเฉพาะเพื่อบำบัดแก้ไขปัญหาให้แก่คู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรได้เท่านั้น ไม่อาจทำเพื่อประโยชน์ทางการค้าได้ อีกทั้งในเรื่องค่าตอบแทนก็เพื่อเป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการบำรุงรักษาสุขภาพและการคลอดของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเท่านั้น และไม่อาจทำกันในลักษณะต่างตอบแทนเพื่อผลประโยชน์ทางธุรกิจได้ โดยห้ามโฆษณาหรือกระทำการเป็นกลางเพื่อรับผลประโยชน์อื่นใดจากการรับตั้งครรภ์แทนไว้ด้วย

2) การกำหนดความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

จากการพิจารณาเกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดตามข้อสันนิษฐานของกฎหมายไทย จะยึดหลักความเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายโดยการให้กำเนิดทางชีวภาพเท่านั้น ย่อมก่อให้เกิดปัญหามากมายหากปราศจากการพิจารณาถึงหลักความเป็นบิดามารดาทางพันธุกรรม ซึ่งต้องคำนึงถึงหลักสืบสายโลหิตความเป็นเจ้าของเลือดเนื้อเชื้อไขที่แท้จริงของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ด้วย เพราะการที่กฎหมายกำหนดให้หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนและสามีของหญิงนั้นเป็นบิดาและมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์ ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้ ทั้งที่หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนและสามีของหญิงนั้นไม่ได้มีเจตนาตั้งแต่แรกที่ต้องการมีบุตร หรือไม่มีเจตนาตั้งแต่แรกหรือไม่พร้อมทางเศรษฐกิจที่จะอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดมาแต่ประการใด คงมีเจตนาเพื่อให้ความช่วยเหลือแก่คู่สมรสผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนให้มีบุตรสมความปรารถนาเท่านั้น อีกทั้งปัจจัยเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากความบกพร่องพิการหรืออื่น ๆ ก็ไม่ควรตกแก่ฝ่ายที่รับตั้งครรภ์แทนตามกฎหมายเก่าแต่ควรเป็นภาระรับความรับผิดชอบและอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนของคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรฝ่ายที่จัดให้มีการตั้งครรภ์แทน จึงควรกำหนดให้มีความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นสำคัญ

ด้วยเหตุและผลดังที่ได้กล่าวข้างต้น พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 29 บัญญัติว่า “เด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาค แล้วแต่กรณี โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการ-

เจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะกระทำโดยการให้ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์ หรือให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่น ให้เด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร แม้ว่าสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด” การบัญญัติในลักษณะนี้เพื่อให้การรับรองความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายแก่สามีและภริยาที่ต้องการมีบุตรไว้ครอบคลุมทั้งสองกรณี คือ กรณีที่มีการตั้งครรภ์เองกับกรณีที่มีการตั้งครรภ์แทน ซึ่งเชื่อมโยงกับเหตุผลที่ระบุให้ผู้ที่จัดให้มีการตั้งครรภ์แทนได้ต้องเป็นสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น

สำหรับในส่วนที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ ในเรื่องครอบครัวและมรดกนั้น ก็มี มาตรา 29 วรรคสอง บัญญัติว่า “ชายหรือหญิงที่บริจาคอสุจิหรือไข่ซึ่งนำมาใช้ปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์หรือผู้บริจาคตัวอ่อนและเด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่บริจาดังกล่าว ไม่มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก” และ มาตรา 34 บัญญัติว่า “ให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดกมาใช้บังคับโดยอนุโลม เพียงเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้” ย่อมหมายถึงเมื่อกำหนดว่าเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของกลุ่มสมรสที่ต้องการมีบุตรตามหลักพันธุกรรมที่แท้จริงให้แล้ว ก็ถือว่าเป็นไปตามที่บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะไม่จำเป็นต้องนำหลักความเป็นบิดามารดาทางชีวภาพโดยการให้กำเนิดหรือตามข้อสันนิษฐานทางกฎหมายอันเป็นหลักทั่วไปนำมาใช้บังคับได้เพียงที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัตินี้ ดังนั้น ในเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายครอบครัวและมรดก ได้แก่ การแจ้งเกิด แจ้งตาย สิทธิในการมีชื่อใช้นามสกุล สิทธิการอุปการะเลี้ยงดูและอื่น ๆ อีกหลายประการรวมถึงในเรื่องการรับมรดกของกลุ่มสมรสที่ต้องการมีบุตรประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติในกฎหมายฉบับนี้ก็สามารถนำมาบังคับใช้ได้โดยอนุโลม

นอกจากนั้น ในเรื่องการจัดผู้ปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ก็ยังมี มาตรา 30 บัญญัติว่า “ในกรณีที่สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองเด็กนั้นจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน พนักงาน

เจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก ผู้มีส่วนได้เสียหรือพนักงานอัยการมีอำนาจร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้ปกครองได้ และในการตั้งผู้ปกครองดังกล่าวให้ศาลคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กนั้นเป็นสำคัญ” การที่กฎหมายบัญญัติให้มีการตั้งผู้ปกครองไว้ในกรณีคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรตายนก่อนเด็กเกิด ก็เพื่อเป็นประกันการคุ้มครองเด็กที่จะต้องมีการตั้งผู้ปกครองคอยดูแลอยู่เสมอ โดยให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก ผู้มีส่วนได้เสีย หรือพนักงานอัยการมีอำนาจร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้ปกครองได้ และในการตั้งผู้ปกครองดังกล่าวให้ศาลคำนึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กนั้นเป็นสำคัญด้วยเช่นกัน

3) การควบคุมเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้บัญญัติการควบคุมเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไว้ในหมวด 5 เป็นรายมาตรา ดังต่อไปนี้

(1) ห้ามมิให้ผู้ใดซึ่งมิใช่ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ รวมทั้งรับฝาก รับบริจาค ใช้ประโยชน์จากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนหรือทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อน

(2) ห้ามมิให้ผู้ใดสร้างตัวอ่อนเพื่อใช้ในการใด ๆ เว้นแต่เพื่อใช้ในการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย

(3) ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมที่ประสงค์จะใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้จากการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อการศึกษาวิจัย ต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาต และการอนุญาตให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษาการศึกษาวิจัยตัวอ่อนที่มีอายุเกินกว่าสิบสี่วันนับแต่วันปฏิสนธิจะกระทำมิได้ ทั้งนี้ อายุของตัวอ่อนไม่นับรวมระยะเวลาในการแช่แข็งตัวอ่อน

(4) ห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการใด ๆ เพื่อมุ่งหมายให้เกิดมนุษย์โดยวิธีการอื่นนอกจากการปฏิสนธิระหว่างอสุจิกับไข่

(5) ห้ามมิให้ผู้ใดนำอสุจิ ไข่ ตัวอ่อน หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของเซลล์ดังกล่าวใส่เข้าไปในร่างกายของสัตว์ หรือนำเซลล์สืบพันธุ์ของสัตว์ เซลล์ที่เกิดจาก

การปฏิสนธิระหว่างเซลล์สืบพันธุ์ของสัตว์ใส่เข้าไปในร่างกายของมนุษย์

(6) ห้ามมิให้ผู้ใดสร้าง เก็บรักษา ขยาย นำเข้า ส่งออก หรือใช้ประโยชน์ซึ่งตัวอ่อนที่มีสารพันธุกรรมของมนุษย์มากกว่าสองคนขึ้นไป หรือตัวอ่อนที่มีเซลล์หรือส่วนประกอบของเซลล์มนุษย์กับสิ่งมีชีวิตสายพันธุ์อื่นรวมกันอยู่

(7) ห้ามมิให้ผู้ใดซื้อ เสนอซื้อ ขยาย นำเข้า หรือส่งออก ซึ่งอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อน

(8) การรับฝาก การรับบริจาค การใช้ประโยชน์จากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่รับฝากหรือรับบริจาค เนื่องมาจากการดำเนินการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หรือการทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อนที่รับฝากหรือรับบริจาค ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

(9) การให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กับสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย หากเจ้าของอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่ฝากไว้กับผู้รับฝากตามมาตรา 42 ตายลงห้ามนำอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนดังกล่าวมาใช้ เว้นแต่มีการให้ความยินยอมเป็นหนังสือไว้ก่อนตาย และการใช้อสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนต้องใช้เพื่อบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีหรือภริยาดังกล่าวที่ยังมีชีวิตอยู่เท่านั้นการให้ความยินยอมตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

(10) ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 15 ให้ถือว่ากระทำการฝ่าฝืนจรรยาบรรณแห่งวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพเวชกรรมผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ใดไม่ปฏิบัติตามมาตรา 16 มาตรา 17 มาตรา 18 มาตรา 19 มาตรา 20 มาตรา 21 มาตรา 22 มาตรา 26 มาตรา 37 หรือมาตรา 42 ให้ถือว่ากระทำการฝ่าฝืนจรรยาบรรณแห่งวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพเวชกรรม

4.4 ประกาศแพทยสภาที่ออกตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

ก่อนมีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 การปฏิบัติงานของแพทย์เกี่ยวกับการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จะยึดหลักตามประกาศแพทยสภา แต่เมื่อประเทศไทยเกิดปัญหาเกี่ยวกับการนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองเด็ก จึงมีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ทำให้ทางแพทยสภาเกี่ยวกับการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่ออกมาก่อนมีกฎหมายบังคับใช้ไม่สามารถใช้บังคับได้ ทำให้ทางแพทยสภา มีการออกกฎระเบียบขึ้นมาใหม่ โดยไม่ให้ขัดกับกฎหมายที่บัญญัติขึ้น โดยผู้วิจัยได้นำประกาศแพทยสภามาศึกษา เพื่อทำให้ทราบว่าในประกาศแพทยสภาที่ประกาศออกมามีแนวทางในการคุ้มครองเด็กอย่างไร ประกาศแพทยสภาที่นำมาศึกษาได้แก่

4.4.1 คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

4.4.2 มาตรฐานในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

4.4.3 การสร้างการเก็บรักษา การใช้ประโยชน์ การทำให้ตัวอ่อนสิ้นสภาพ

4.4.4 หลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไขการยุติการตั้งครรภ์

รายละเอียดของประกาศแต่ละฉบับ มีดังต่อไปนี้

4.4.1 ประกาศแพทยสภาที่ 95 (1)/2558 เรื่อง คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมกำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ดังนี้

ข้อ 1 ประกาศนี้เรียกว่า “ประกาศแพทยสภา เรื่อง คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์”

ข้อ 2 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยี

โลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นอกเหนือจากการให้บริการเกี่ยวกับการผสมเทียม ต้องเป็นสูตินรีแพทย์ที่ได้รับวุฒิบัตรหรือหนังสืออนุมัติจากแพทยสภาและจะต้องมีคุณสมบัติข้อใดข้อหนึ่ง ดังต่อไปนี้

ข้อ 2.1 ได้รับวุฒิบัตรหรือหนังสืออนุมัติแสดงความรู้ความชำนาญในการประกอบวิชาชีพเวชกรรมอนุสาขาศาสตร์การเจริญพันธุ์จากแพทยสภา

ข้อ 2.2 กรณีที่ผ่านการศึกษอบรมทางด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จากต่างประเทศเป็นระยะเวลาต่อเนื่องอย่างน้อย 2 ปี ต้องได้รับการรับรองคุณวุฒิจากแพทยสภา

ข้อ 2.3 เป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อยู่ก่อนวันที่ประกาศแพทยสภานับนี้ใช้บังคับ โดยมีรายชื่ออยู่ในเอกสารขอหนังสือรับรองการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และผ่านการประเมินจากราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทย

ข้อ 2.4 สูตินรีแพทย์ผู้ซึ่งอยู่ในระหว่างการศึกษาอบรมหลักสูตรแพทย์ต่อยดอนุสาขาศาสตร์การเจริญพันธุ์ของแพทยสภาโดยสามารถให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ได้เฉพาะในสถาบันฝึกอบรมและอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของสูตินรีแพทย์ที่มีคุณสมบัติตามข้อ 2.1 ถึงข้อ 2.3

ข้อ 3 เป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีคุณสมบัติตามข้อ 2 และต้องมีความรู้ความสามารถในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ดังต่อไปนี้

ข้อ 3.1 ความรู้ในการให้คำปรึกษาและแนะนำเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

ข้อ 3.2 ความรู้ความสามารถในการเลือกใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่เหมาะสม

ข้อ 3.3 ความชำนาญในการตรวจคลื่นเสียงความถี่สูงในอุ้งเชิงกรานและการนำไข่ออกจากรังไข่

ข้อ 3.4 ความสามารถในการดูแลแก้ไขปัญหาภาวะแทรกซ้อนที่
อาจจะเกิดขึ้น

ข้อ 4 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามข้อใดข้อหนึ่ง ดังต่อไปนี้

ข้อ 4.1 เป็นผู้ประพฤติดีเสียหายซึ่งคณะกรรมการแพทยสภาเห็นว่าจะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพ หรือได้รับโทษทางจริยธรรมที่อยู่ในระหว่างการพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตประกอบวิชาชีพเวชกรรม

ข้อ 4.2 เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

ข้อ 5 ให้ประธานคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นผู้รักษาการตามประกาศนี้

4.4.2 ประกาศแพทยสภาที่ 95 (2)/2558 เรื่อง มาตรฐานในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กำหนดมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ดังนี้

ข้อ 1 ประกาศนี้เรียกว่า “ประกาศแพทยสภา เรื่อง มาตรฐานในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์”

ข้อ 2 ผู้อำนวยการโรงพยาบาลหรือผู้ดำเนินการสถานพยาบาลจะต้องควบคุม ดูแลและรับผิดชอบให้มีผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

ข้อ 3 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นอกเหนือจากการให้บริการเกี่ยวกับการผสมเทียม ต้องได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้รับผิดชอบในการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นหนังสือจากผู้อำนวยการโรงพยาบาลหรือผู้ดำเนินการสถานพยาบาลและจะต้องรักษามาตรฐานการให้บริการ

ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามวรรคหนึ่งให้ยื่นเรื่องเพื่อขอหนังสือรับรองมาตรฐานใหม่จากกรมสนับสนุนบริการสุขภาพ กระทรวงสาธารณสุข เพื่อขึ้นทะเบียนเป็นผู้รับผิดชอบตามวรรคหนึ่งภายในกำหนดเวลา

60 วัน นับแต่วันที่มีการเปลี่ยนแปลงผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมตามวรรคหนึ่ง โดยผู้ประกอบการวิชาชีพตามวรรคหนึ่งสามารถรับผิดชอบการให้บริการในสถานพยาบาลได้ไม่เกิน 1 แห่ง และดำเนินการภายใต้องค์ประกอบ ดังนี้

ข้อ 3.1 องค์ประกอบของบุคลากรเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ประกอบด้วย

ข้อ 3.1.1 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่มีคุณสมบัติตามประกาศแพทยสภา

ข้อ 3.1.2 ผู้ให้การดูแลรักษาประกอบด้วย

(1) ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ต้องมีคุณสมบัติตามประกาศแพทยสภา

(2) ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามข้อ (1) หรือสูตินรีแพทย์อื่นผู้ให้การดูแลสตรีตั้งครรภ์และโรคทางนรีเวชอื่น ๆ

(3) นักวิทยาศาสตร์ที่ได้รับปริญญาทางวิทยาศาสตร์ในสาขาที่เกี่ยวข้องหรือวุฒิอื่นที่ราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทยเห็นสมควรโดยมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้

(ก) สามารถเพาะเลี้ยงเซลล์และเลี้ยงตัวอ่อนได้

(ข) สามารถแช่แข็งตัวอ่อนและเซลล์สืบพันธุ์

(ค) สามารถช่วยย้ายเซลล์สืบพันธุ์และ/หรือช่วย

ย้ายฝากตัวอ่อนเข้าสู่ร่างกาย

(ง) ดำเนินการระบบควบคุมคุณภาพของ

ห้องปฏิบัติการ

(จ) นักวิทยาศาสตร์หัวหน้าทีมจะเป็น

ผู้รับผิดชอบหลักได้ไม่เกิน 1 แห่ง

(ฉ) วุฒิอื่นให้หมายความรวมถึงการได้รับ

หนังสือรับรองจากสมาคมหรือองค์กรวิชาชีพที่เกี่ยวข้อง

(4) พยาบาลซึ่งมีความรู้ความสามารถในการให้คำปรึกษาแนะนำเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์สามารถติดตามประสานงานทีมและเฝ้าระวังสภาวะแทรกซ้อน

(5) บุคลากรอื่นตามที่แพทยสภาประกาศกำหนด

ข้อ 3.2 สถานที่ เครื่องมือ และอุปกรณ์การแพทย์

ข้อ 3.2.1 สถานที่ อย่างน้อยต้องมีห้องเก็บไข่ซึ่งเป็นห้องสะอาด มีระบบดูแลความสะอาดที่ได้มาตรฐานเสมือนห้องผ่าตัด ห้องปฏิบัติการอสุจิที่ได้มาตรฐานมีห้องปฏิบัติการเพาะเลี้ยงตัวอ่อนซึ่งมีระบบดูแลความสะอาดที่ปลอดภัยและมีการควบคุมอุณหภูมิและความชื้น

ข้อ 3.2.2 เครื่องมือและอุปกรณ์การแพทย์ อย่างน้อยต้องมีเครื่องมือเกี่ยวกับการเตรียมอสุจิ เตรียมไข่การเพาะเลี้ยงตัวอ่อน การแช่แข็งเพื่อรองรับเซลล์สืบพันธุ์และตัวอ่อนที่เหลือและมีอุปกรณ์การกู้ชีพที่พร้อมใช้งานเสมอ

ข้อ 3.3 คณะกรรมการควบคุมคุณภาพและจริยธรรมสถานพยาบาลหรือโรงพยาบาลที่ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ต้องมีคณะกรรมการควบคุมคุณภาพและจริยธรรมรับผิดชอบไม่น้อยกว่าสี่คน ประกอบด้วยสูตินรีแพทย์ นักวิทยาศาสตร์ พยาบาล และตัวแทนฝ่ายบริหาร เพื่อดูแลการบริการให้มีมาตรฐานและควบคุมด้านจริยธรรมภายในหน่วยงานนั้นกรรมการที่เป็นสูตินรีแพทย์ในคณะกรรมการดังกล่าวอย่างน้อยหนึ่งคนต้องมีได้อยู่ในทีมงานที่ให้บริการด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

ให้คณะกรรมการควบคุมคุณภาพและจริยธรรมตามวรรคหนึ่งมีการประชุมอย่างสม่ำเสมออย่างน้อยทุก 2 เดือน และต้องจัดให้มีการจดบันทึกการประชุมไว้เป็นหลักฐานทุกครั้งเพื่อรายงานต่อกรมสนับสนุนบริการสุขภาพ กระทรวงสาธารณสุข เป็นประจำทุกปีในกรณีการตั้งครรภ์แทนและใช้ไข่บริจาคต้องผ่านความเห็นชอบของคณะกรรมการควบคุมคุณภาพและจริยธรรมของสถานพยาบาลทุกราย

การตั้งครรภ์แทนจะต้องได้รับการอนุมัติจากคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ก่อนดำเนินการ

และต้องส่งรายงานผลการดำเนินการต่อกรมสนับสนุนบริการสุขภาพ กระทรวงสาธารณสุข ตามรูปแบบและระยะเวลาที่กำหนด

ข้อ 3.4 ระบบการบันทึกข้อมูลเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์รับผิดชอบระบบการบันทึกข้อมูลเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยมีรายละเอียดเกี่ยวกับข้อมูลของผู้รับบริการ ผู้ตั้งครรภ์แทน ผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ตามแบบที่คณะกรรมการประกาศกำหนด ดังนี้

ข้อ 3.4.1 ข้อมูลทั่วไป

ข้อ 3.4.2 ข้อมูลทางการแพทย์

ข้อ 3.4.3 ข้อมูลของห้องปฏิบัติการ (การบันทึกผลทางห้องปฏิบัติการในเรื่องของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์) ซึ่งอย่างน้อยต้องมีข้อมูลเกี่ยวกับจำนวนไข่ที่เก็บได้และใช้ไปอัตราการปฏิสนธิ จำนวนตัวอ่อนที่ได้ และจำนวนตัวอ่อนแช่แข็ง เป็นต้น

ข้อ 3.4.4 ข้อมูลการใช้อสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนบริจาค และวิธีการที่ได้มาซึ่งการบริจาคและเจ้าของเซลล์ดังกล่าว

ข้อ 3.4.5 ข้อมูลการตรวจทางพันธุกรรมของตัวอ่อนก่อนการฝังตัวและผลลัพธ์

ข้อ 3.4.6 ภาวะแทรกซ้อนของมารดาและทารก ความผิดปกติทางพันธุกรรมความผิดปกติแต่กำเนิดบันทึกทางการแพทย์ตามวรรคหนึ่ง ให้เก็บรักษาไว้ให้อยู่ในสภาพที่ตรวจสอบได้ไม่น้อยกว่า 10 ปี นับแต่วันที่จัดทำกรณีการรับตั้งครรภ์แทนและกรณีการตั้งครรภ์ที่เกิดจากไข่ หรืออสุจิ หรือตัวอ่อนบริจาคต้องเก็บรักษาเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน การตั้งครรภ์ที่เกิดจากไข่ หรืออสุจิ หรือตัวอ่อนบริจาคไว้ไม่น้อยกว่า 20 ปี นับแต่วันที่เด็กคลอดและอยู่รอดเป็นทารกให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบด้านการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์รายงานข้อมูลเกี่ยวกับการให้บริการตามแบบที่กำหนดต่อคณะกรรมการ

อย่างน้อยปีละหนึ่งครั้งและติดตามผลลัพธ์ของการตั้งครรภ์ทุกรายจนกระทั่งสิ้นสุดการตั้งครรภ์

ข้อ 3.5 หนังสือแสดงความยินยอมให้แต่ละสถานพยาบาลที่ให้บริการจัดให้มีหนังสือแสดงความยินยอมให้ผู้รับบริการผู้ตั้งครรภ์แทน ผู้บริจาคอสุจิ หรือไข่ ลงนามรับรองความสมัครใจในการขอรับบริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยก่อนที่จะให้บุคคลดังกล่าวลงนามในหนังสือแสดงความยินยอมทีมผู้ให้บริการจะต้องเปิดโอกาสให้ซักถาม อธิบาย ให้ความรู้ในเรื่องขั้นตอนภาวะแทรกซ้อนของการบริการรวมถึงข้อมูลเกี่ยวกับกฎหมายคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ในประเด็นของความเป็นบิดามารดาจนผู้รับบริการและคู่สมรสเข้าใจ หนังสือแสดงความยินยอมและแบบคำอธิบายตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดหนังสือแสดงความยินยอมและคำอธิบายให้มอบให้ผู้รับบริการ ผู้ตั้งครรภ์แทนและหน่วยงานต้องเก็บรักษาไว้เป็นหลักฐานฝ่ายละ 1 ชุด โดยให้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของบันทึกทางการแพทย์

4.4.3 ประกาศแพทยสภาที่ 95 (4)/2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการสร้างการเก็บรักษา การใช้ประโยชน์จากตัวอ่อน หรือการทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อนดังนี้

ข้อ 1 ประกาศนี้เรียกว่า “ประกาศแพทยสภา เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการสร้าง การเก็บรักษา การใช้ประโยชน์จากตัวอ่อน หรือการทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อน”

ข้อ 2 การสร้าง การเก็บรักษา การใช้ประโยชน์ หรือทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อนผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขดังต่อไปนี้

ข้อ 2.1 การสร้าง การเก็บรักษา การใช้ประโยชน์ หรือทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อนต้องดำเนินการในสถานพยาบาลที่ได้รับอนุญาตให้ดำเนินการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และต้องกระทำภายใต้การกำกับดูแลของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งอยู่ในองค์ประกอบของบุคลากรเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

ข้อ 2.2 ห้องปฏิบัติการเพาะเลี้ยงตัวอ่อนต้องมีระบบควบคุมคุณภาพ มีระบบข้อมูลของอสุจิ ไข่ และตัวอ่อน และกำกับดูแลโดยนักวิทยาศาสตร์ด้านการเลี้ยงตัวอ่อนที่ปฏิบัติงานเต็มเวลา

ข้อ 2.3 การใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้จากการบำบัดรักษาของสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อการศึกษาวิจัยต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

ข้อ 2.4 การศึกษาวิจัยตัวอ่อนที่มีอายุเกินกว่า 14 วัน นับแต่วันปฏิสนธิจะกระทำมิได้ทั้งนี้ อายุของตัวอ่อนไม่นับรวมระยะเวลาในการแช่แข็งตัวอ่อน

ข้อ 2.5 ห้ามซื้อ เสนอซื้อ ขาย นำเข้า หรือส่งออกตัวอ่อน

ข้อ 2.6 ตัวอ่อนถือเป็นสิทธิของสามีและภริยาร่วมกัน ดังนั้น การตัดสินใจเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากตัวอ่อน การเก็บรักษา การทำให้สิ้นสภาพ จึงเป็นการเลือกและตัดสินใจของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นร่วมกัน เว้นแต่จะมีข้อตกลงเป็นอย่างอื่นที่ชอบด้วยกฎหมาย

ข้อ 3 วิธีการรับฝาก รับบริจาคตัวอ่อน

ข้อ 3.1 มีการลงนามในหนังสือแสดงความยินยอมทั้งสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายผู้ให้เก็บรักษาหรือผู้บริจาค

ข้อ 3.2 มีการตรวจประเมินสุขภาพของผู้ฝากและผู้บริจาคตัวอ่อน เพื่อป้องกันการถ่ายทอดโรคติดต่อ เช่น เอชไอวี ตับอักเสบและซิฟิลิส เป็นต้น

ข้อ 3.3 มีระบบข้อมูลในการเก็บรักษาและการบริจาค อสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนให้สามารถตรวจสอบติดตามการนำไปใช้ข้อมูลดังกล่าวต้องเก็บรักษาไว้ไม่น้อยกว่า 20 ปี

ข้อ 3.4 มีระบบการเก็บรักษาที่แยกกันชัดเจนในกรณีที่มีการติดเชื้อและไม่ติดเชื้อ

ข้อ 4 การรับฝากตัวอ่อนต้องเป็นไปตามเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนี้

ข้อ 4.1 การเก็บแช่แข็งตัวอ่อนของตนเองเพื่อวัตถุประสงค์ในการรักษาภาวะมีบุตรยาก

ข้อ 4.2 การเก็บแช่แข็งตัวอ่อนของตนเองก่อนการรักษาด้วยเคมีบำบัด หรือการรักษาอื่นที่อาจเป็นอันตรายต่อรังไข่

ข้อ 5 การรับบริจาคตัวอ่อนต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ดังนี้

ข้อ 5.1 ห้ามนำตัวอ่อนไปใช้เพื่อประโยชน์ทางการค้า

ข้อ 5.2 ผู้บริจาคตัวอ่อนต้องมีสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย และต้องมีหนังสือยินยอมจากสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษร

ข้อ 5.3 ผู้บริจาคตัวอ่อนต้องมีอายุระหว่าง 20 ถึง 35 ปี ขณะทำการปฏิสนธิตัวอ่อน

ข้อ 5.4 ผู้รับบริจาคตัวอ่อนต้องเป็นผู้มีสัญชาติเดียวกันกับผู้บริจาคและมีสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย

ข้อ 5.5 ห้ามผู้รับบริจาคตัวอ่อนใช้ตัวอ่อนจากผู้บริจาคมากกว่า 1 คน ในแต่ละรอบการรักษา

ข้อ 6 กำหนดระยะเวลาการเก็บรักษาตัวอ่อนไม่ต่ำกว่า 5 ปี เว้นแต่มีข้อตกลงเป็นอย่างอื่นไว้เป็นหนังสือ

4.4.4 ประกาศแพทยสภาที่ 95 (8)/2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์แทนดังนี้

ข้อ 1 ประกาศนี้เรียกว่า “ประกาศแพทยสภา เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์แทน”

ข้อ 2 การยุติการตั้งครรภ์แทนต้องกระทำโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

ข้อ 3 การยุติการตั้งครรภ์แทนต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น

ข้อ 4 การยุติการตั้งครรภ์แทนทางการแพทย์ให้เป็นไปตามเงื่อนไข ดังนี้

ข้อ 4.1 จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางกายหรือจิต
อย่างรุนแรงของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หรือ

ข้อ 4.2 เป็นกรณีที่พบว่าทารกในครรภ์มีความเสี่ยงสูงที่จะมีความ
พิการหรือเป็นโรคพันธุกรรมอย่างรุนแรงและส่งผลกระทบต่อสุขภาพทางกายหรือจิต
ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

ทั้งนี้ เงื่อนไขของการยุติการตั้งครรภ์แทนตามวรรคหนึ่งต้องมีผู้
ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งไม่อยู่ในองค์ประกอบของบุคลากรเทคโนโลยีช่วยการเจริญ
พันธุ์ทางการแพทย์ซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญดำเนินการตรวจยืนยันผลและลงความเห็น
สอดคล้องกันอย่างน้อย 2 ท่าน

ข้อ 5 การยุติการตั้งครรภ์แทนทางการแพทย์ต้องกระทำในสถานพยาบาล
ดังต่อไปนี้

ข้อ 5.1 สถานพยาบาลของรัฐหรือสถานพยาบาลประเภทที่รับผู้ป่วยไว้
ค้างคืนตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาล

ข้อ 5.2 คลินิกเวชกรรมตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาลโดยสามารถ
ปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ที่อายุครรภ์ไม่เกินสิบสองสัปดาห์

ข้อ 6 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ดำเนินการให้เกิดการตั้งครรภ์แทน
ซึ่งมีความจำเป็นจะต้องยุติการตั้งครรภ์แทนตามประกาศนี้ ต้องรายงานการยุติการ
ตั้งครรภ์แทนให้กรมสนับสนุนบริการสุขภาพกระทรวงสาธารณสุข ทราบเป็นรายกรณี
ภายใน 30 วัน นับจากวันยุติการตั้งครรภ์

การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ต้อง
เริ่มคุ้มครองเด็ก ตั้งแต่เริ่มต้นมีชีวิตมนุษย์ ผู้วิจัยได้กล่าวมาแล้วในข้างต้นเกี่ยวกับ
ซึ่งการเริ่มต้นชีวิตมนุษย์ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยี-
ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้คุ้มครองการเริ่มต้นชีวิตมนุษย์โดยเริ่ม
เมื่อสุกกับไข่ปฏิสนธิกันแล้วเกิดเป็นตัวอ่อน และกฎหมายให้ความคุ้มครองตั้งแต่เริ่ม
เป็นตัวอ่อน ไว้หลายมาตราด้วยกัน แต่มีบางมาตราที่จำเป็นต้องใช้ความรู้ทางด้าน
การแพทย์ กฎหมายจะให้ออกเป็นประกาศแพทยสภา มีคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่-
เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ประกอบด้วยปลัดกระทรวง

สาธารณสุขเป็นประธานกรรมการ นายกแพทยสภาเป็นรองประธานกรรมการ ผู้แทน
กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ผู้แทนกรมอนามัยผู้แทน
คณะกรรมการคุ้มครองเด็กแห่งชาติประธานราชวิทยาลัยกุมารแพทย์แห่งประเทศไทย
ประธานราชวิทยาลัยจิตแพทย์แห่งประเทศไทยประธานราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่ง
ประเทศไทยเป็นกรรมการโดยตำแหน่งและผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนหกคนซึ่ง
รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์แต่งตั้งจากผู้ซึ่งมี
ความรู้ ความเชี่ยวชาญและมีประสบการณ์เป็นที่ประจักษ์ ด้านกฎหมาย สิทธิสตรี และ
สิทธิเด็ก ด้านละหนึ่งคน และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขแต่งตั้งจากผู้ซึ่งมี
ความรู้ ความเชี่ยวชาญ และมีประสบการณ์เป็นที่ประจักษ์ด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญ-
พันธุ์ เวชพันธุศาสตร์ และการวิจัย ด้านละหนึ่งคน เป็นกรรมการให้ความเห็นชอบ
ประกาศแพทยสภาแต่ละฉบับ

การคุ้มครองเด็กถือว่าเป็นเรื่องสำคัญทำให้ประกาศแพทยสภาออกมาแล้ว ต้องมี
มาตรการในการคุ้มครองเด็กด้วย จากประกาศแพทยสภาที่ออกมาเกี่ยวกับคุณสมบัติผู้
ประกอบวิชาชีพเวชกรรม มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์
การสร้าง การเก็บรักษา การใช้ประโยชน์ การทำให้ตัวอ่อนสิ้นสภาพ เงื่อนไขการยุติการ
ตั้งครรภ์ ประกาศแพทยสภาในเรื่องดังกล่าวได้ออกประกาศมาเพื่อให้สอดคล้อง
วัตถุประสงค์กับกฎหมายที่เข้ามาคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญ-
พันธุ์ทางการแพทย์ โดยเริ่มจากบุคคลที่ให้บริการ ตามประกาศแพทยสภา ที่ 95(1)/2558
กำหนดไว้อย่างรัดกุม เกี่ยวกับผู้ให้บริการต้องมีความรู้ ความชำนาญ ต้องมีการผ่านการ
อบรม ต้องมีหนังสือรับรอง ทำให้เกิดความรัดกุม และมีเชี่ยวชาญจริง ๆ ที่เป็นผู้
ให้บริการแก่ผู้มีปัญหาามีบุตรยาก และการที่กำหนดลักษณะบุคคลที่ให้บริการให้มีความ-
รัดกุม ส่งผลให้มีการสร้างตัวอ่อนที่มีคุณภาพ นอกจากได้ผู้เชี่ยวชาญที่มีความสามารถ
แท้จริงแล้วต้องมีการดูแลเรื่องมาตรฐานในการให้บริการควบคู่ไปด้วย โดยในประกาศ
แพทยสภาได้ควบคุมมาตรฐานเกี่ยวกับผู้ให้การดูแลรักษา สถานที่ เครื่องมือ ระบบ
การบันทึกข้อมูลเกี่ยวกับเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ถือว่ามีการกำหนด
มาตรฐานที่ทำให้การกำหนดมนุษย์ที่ใช้วิธีการทางวิทยาศาสตร์ ก่อให้เกิดมนุษย์ที่มี
คุณภาพ และผู้วิจัยเห็นด้วยกับกรณีที่มีการจดบันทึกเกี่ยวกับความผิดปกติที่เกิดจาก-

การตั้งครรภ์ ความผิดปกติจากพันธุกรรม ให้เก็บบันทึกไว้ กรณีที่เกิดภาวะแทรกซ้อน และเกิดปัญหาทางพันธุกรรม จึงไม่ควรมีการตั้งครรภ์ในครั้งต่อไป เพราะหากเกิด การตั้งครรภ์อีกจะส่งผลกระทบต่อเด็กที่เกิดมา แต่ในการตั้งครรภ์ที่ใช้เทคโนโลยีช่วย การ-เจริญพันธุ์ เป็นการตั้งครรภ์ที่ไม่ได้เป็นไปตามกระบวนการวิธีทางธรรมชาติ ซึ่งการ ให้บริการดังกล่าวทำให้เกิดการสร้างตัวอ่อนได้จำนวนมาก กรณีนี้ควรเน้นให้มีการแจ้ง เกี่ยวกับการเกิดตัวอ่อน ให้หน่วยงานภาครัฐที่ดูแลในเรื่องนี้ เพื่อให้เกิดการตรวจสอบได้ ง่าย ว่าเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีเจริญพันธุ์มีกี่ราย และเมื่อเด็กเกิดแล้ว สามีภริยามีการนำ เด็กไปเลี้ยงดูอย่างไร ประกาศแพทยสภาฉบับที่ 95 (4)/2558 เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ การสร้างการเก็บรักษา การใช้ประโยชน์จากตัวอ่อน หรือการทำให้ตัวอ่อนสิ้นสภาพ ผู้วิจัยสังเกตได้ว่าในข้อ 2.6 ที่กล่าวถึงตัวอ่อนเป็นสิทธิของสามีภริยาร่วมกันไม่ว่าจะเป็น การใช้ประโยชน์ การเก็บรักษา การทำให้สิ้นสภาพ ตามประกาศแพทยสภาถือว่าตัวอ่อน จะเป็นอย่างไรให้เป็นสิทธิของสามีภริยา ผู้วิจัยเห็นว่า ประกาศแพทยสภาในข้อนี้ขัดกับ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 35 มาตรา 36 กฎหมายกำหนดชัดเจนว่าห้ามบุคคลใดใช้ประโยชน์ หรือทำให้ตัวอ่อนสิ้นสภาพ แม้ว่าตัวอ่อนจะเกิดจากไข่และอสุจิของคู่สามีภริยาก็ตาม แต่การเป็นตัวอ่อนตามหลักจริยธรรม ถือว่ามีการเริ่มต้นการกำเนิดชีวิตมนุษย์แล้ว ผู้วิจัยจึงไม่เห็นด้วยกับประกาศแพทยสภาในข้อนี้ สำหรับประกาศแพทยสภา ฉบับที่ 95(8)/2558 เกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ ผู้วิจัยเห็นว่า หากพบปัญหาที่เกิดตามข้อ 4 ควร ให้เกิดการยุติการตั้งครรภ์ได้เลย โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากสามีและภริยา เพราะ สาเหตุที่ทำให้เกิดการยุติการตั้งครรภ์ตามข้อ 4 เป็นเรื่องที่ทำให้เกิดผลกระทบต่อเด็กที่ เกิดมา หากมีการตั้งครรภ์ บุคคลที่เป็นผู้รับตั้งครรภ์ต้องมีสุขภาพแข็งแรง มีจิตใจเบิก บาน เด็กที่เกิดมาจะเป็นเด็กที่สมบูรณ์ เด็กมีความฉลาดทางด้านอารมณ์และสติปัญญา ดังนั้น หากเกิดเหตุร้ายแรงแก่ผู้รับตั้งครรภ์ ควรให้แพทย์ผู้เชี่ยวชาญตรวจยืนยันผลและ ลงความเห็น เกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ และผู้วิจัยเห็นด้วยกับวิธีการตามข้อที่ 6 หากมี การยุติการตั้งครรภ์ ควรต้องมีหน่วยงานในการรับแจ้ง เพื่อให้ทราบว่าเกิดสาเหตุใดที่ทำให้ ยุติการตั้งครรภ์

จากที่กล่าวมาในการดำเนินการเกี่ยวกับเด็กในปัจจุบัน อาจจะพิจารณาได้
 ใน 3 มุมมอง กล่าวคือ มุมมองแรก มุ่งไปที่กลุ่มเด็กที่ไม่มีปัญหา ในมุมมองนี้ทางรัฐบาล
 มีนโยบายในเชิงป้องกัน โดยมุ่งส่งเสริมและพัฒนาการของเด็กเหล่านี้ในรูปแบบต่าง ๆ
 ไม่ว่าจะเป็นส่งเสริมในด้านกิจกรรมกีฬา ส่งเสริมความประพฤติของเด็ก มีการแนะนำให้
 คำปรึกษาและฝึกอบรมเพื่อส่งเสริมความประพฤติที่เหมาะสม ความรับผิดชอบต่อสังคม
 เพื่อให้เด็กหรือเยาวชนมีความรู้ความสามารถมากขึ้น ดังจะเห็นได้ในพระราชบัญญัติ-
 คຸ້ມครองเด็ก พ.ศ. 2556 ในหมวด 7 ว่าด้วยการส่งเสริมความประพฤตินักเรียนนักศึกษา
 มุมมองที่สอง มุ่งไปที่กลุ่มเด็กที่เป็นเหยื่อของการกระทำและกลุ่มเด็กที่ด้อยโอกาสและ
 เสี่ยงต่อการทำความผิด เช่น กลุ่มเด็กที่ถูกบังคับให้เป็นโสเภณี ถูกข่มขืนโดยบุคคล
 ในครอบครัวหรือถูกทารุณกรรมหรือเด็กถูกทอดทิ้ง เด็กเร่ร่อน เป็นต้น กฎหมายที่เข้ามา
 ดูแลเรื่องนี้โดยเฉพาะในปัจจุบันก็คือพระราชบัญญัติคຸ້ມครองเด็ก พ.ศ. 2556 มุมมองที่
 สาม คือ มุ่งไปที่กลุ่มเด็กที่เป็นผู้กระทำความผิดเสียเอง โดยแนวนโยบายแห่งรัฐมองว่า
 เด็กที่กระทำความผิดเสียเองมีสภาพปัญหาแตกต่างไปจากผู้ใหญ่ เพราะเด็กส่วนใหญ่มี
 ร่างกายจิตใจไม่เหมือนผู้ใหญ่ เด็กมีการศึกษา มีประสบการณ์ชีวิตหรือทักษะในการ
 ดำรงชีวิตน้อยกว่าผู้ใหญ่ เด็กอาจถูกชักจูงให้กระทำความผิดได้ง่าย และการกระทำ
 ความผิดของเด็กบางครั้งก็มาจากสาเหตุอื่นอันเป็นผลผลิตทางสังคม รัฐจึงควรที่จะเข้ามา
 มีส่วนรับผิดชอบหาทางแก้ไขเด็กให้ถูกต้อง⁸⁰ ในปัจจุบันมีกฎหมายหลายฉบับวางแนว
 ทางการคຸ້ມครองเด็กไว้จากที่ผู้วิจัยได้นำเสนอมาแล้วในเบื้องต้น สิ่งที่ควรสังเกต ก็คือ
 กฎหมายจะกำหนดค่านิยมของเด็กไว้ โดยกฎหมายนิยามคำว่าเด็กว่า คือ บุคคล แสดง
 ว่า เด็กที่ได้รับความคຸ້ມครองตามกฎหมายต้องเป็นบุคคล ในที่นี้ หมายถึง บุคคลธรรมดา
 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ เด็กต้องมีสภาพบุคคลแล้ว เท่านั้น แต่เมื่อมา
 พิจารณาในกฎหมายคຸ້ມครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง
 การแพทย์ พ.ศ. 2558 เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นมาตามยุคตามเหตุการณ์ในปัจจุบัน

⁸⁰ วรวิทย์ ฤทธิพิศ, เรื่องเดิม, หน้า 19.

เกี่ยวกับการกำเนิดของมนุษย์ ที่เกิดจากการพัฒนาการของการแพทย์ ที่นำเทคโนโลยีที่ทันสมัยมาช่วยเหลือบุคคลที่บุตรยากเพื่อให้มีบุตรได้ง่ายขึ้น การนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ก่อให้เกิดผลดีช่วยแก้ไขปัญหามีบุตรยาก แต่การนำเทคโนโลยีทางการแพทย์มาใช้อย่างไม่มีการจำกัด ส่งผลเสียแก่เด็กที่เกิดมา ทำให้ประเทศไทยเกิดแนวคิดที่มีกฎหมายคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ แต่กฎหมายฉบับนี้ได้คุ้มครองตั้งแต่กระบวนการให้กำเนิดเด็กเพราะเด็กไม่ได้ถือกำเนิดมาจากวิธีการทางธรรมชาติ ทำให้กฎหมายบัญญัติไว้เฉพาะเรื่องของการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เท่านั้น และเมื่อเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ทำให้ความเป็นบิดามารดามีความแตกต่างจากเด็กที่เกิดด้วยวิธีการทางธรรมชาติ ผู้วิจัยจึงได้แสดงตารางเปรียบเทียบการคุ้มครองเด็กในกฎหมายแต่ละฉบับดังต่อไปนี้

ตารางเปรียบเทียบการคุ้มครองเด็กในกฎหมายแต่ละฉบับ

ความแตกต่าง	พ.ร.บ. คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558	ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	พ.ร.บ. ศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553	พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546
ลักษณะเด็กที่ได้รับคามคุ้มครอง	คุ้มครองตั้งแต่เป็นตัวอ่อนที่มีอายุเกินกว่าแปดสัปดาห์	เมื่อมีสภาพบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย	บุคคลซึ่งมีอายุที่กำหนดไว้ในมาตรา 73 แห่งประมวลกฎหมายอาญาแต่ยังไม่เกิน 15 ปีบริบูรณ์	เมื่อมีสภาพบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

ตาราง (ต่อ)

ความแตกต่าง	พ.ร.บ.คุ้มครองเด็ก ที่เกิดโดยอาศัย เทคโนโลยีช่วยการ เจริญพันธุ์ทาง การแพทย์ พ.ศ. 2558	ประมวล กฎหมายแพ่ง และพาณิชย์	พ.ร.บ. ศาลเยาวชน และครอบครัวและ วิธีพิจารณาคดี เยาวชนและ ครอบครัว พ.ศ. 2553	พระราชบัญญัติ คุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546
กฎหมาย คุ้มครองจาก เด็กที่เกิดด้วยวิธี	การใช้เทคโนโลยี ช่วยการเจริญ พันธุ์ทางการแพทย์ ด้วยวิธีการตั้งครรภ์ แทน	โดยธรรมชาติ หรือ เด็กที่เกิด จากเทคโนโลยี ช่วยการเจริญ พันธุ์ทาง การแพทย์ เฉพาะในเรื่อง การรับมรดก	การใช้เทคโนโลยี ช่วยการเจริญ พันธุ์ทางการแพทย์ ด้วยวิธีการตั้งครรภ์ แทน/โดยธรรมชาติ	โดยธรรมชาติ
ความเป็นบิดา มารดาบุตร	บุตรชอบด้วย กฎหมายของสามี และภริยาที่ชอบ ด้วยกฎหมายซึ่ง ประสงค์จะมีบุตร	บุตรโดยชอบ ของบิดา มารดา ผู้ให้กำเนิด	บุตรโดยชอบของ บิดามารดา ผู้ให้มี การตั้งครรภ์แทน/ บุตรโดยชอบของ บิดา มารดาผู้ให้ กำเนิด	บุตรโดยชอบ ของบิดา มารดา ผู้ให้กำเนิด
วิธีการคุ้มครอง เด็ก	มีโทษทางอาญา สำหรับที่กระทำ ความผิดตาม กฎหมาย โดยมีศาล เยาวชนและ ครอบครัว มี	ไม่มีบทลงโทษ ทางอาญา เป็น กรณีความรับผิดชอบ ตามกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์	มีโทษทางอาญา สำหรับที่กระทำ ความผิดตาม กฎหมาย โดยมีศาล เยาวชนและ ครอบครัว มีอำนาจ พิพากษา	ใช้วิธีการ ช่วยเหลือ พัฒนา และ ฟื้นฟูเด็ก

ตาราง (ต่อ)

ความแตกต่าง	พรบ.คุ้มครองเด็ก ที่เกิดโดยอาศัย เทคโนโลยีช่วยการ เจริญพันธุ์ทาง การแพทย์ พ.ศ. 2558	ประมวล กฎหมายแพ่ง และพาณิชย์	พรบ. ศาลเยาวชน และครอบครัวและ วิธีพิจารณาคดี เยาวชนและ ครอบครัว พ.ศ. 2553	พระราชบัญญัติ คุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546
	อำนาจพิพากษา เฉพาะคดีเกี่ยวกับ ความเป็นบิดา มารดา บุตร	โดยมีศาล เยาวชนและ ครอบครัว มี อำนาจพิพากษา		
เจ้าหน้าที่ ภาครัฐที่ คุ้มครองเด็ก	กระทรวงพัฒนา สังคมและความ มั่นคงของมนุษย์, กระทรวง สาธารณสุข	ศาลเยาวชนและ ครอบครัว มี อำนาจพิพากษา	ศาลเยาวชนและ ครอบครัวและวิธี พิจารณาคดีเยาวชน และครอบครัว มี อำนาจพิพากษา	กระทรวงพัฒนา สังคมและความ มั่นคงของ มนุษย์, ศาล เยาวชนและ ครอบครัว
การได้รับมรดก	กฎหมายกำหนดให้ นำบทบัญญัติว่า ด้วยกฎหมาย ครอบครัวและ มรดกมาใช้เท่าที่ไม่ ขัดต่อกฎหมาย	มีหลักเกณฑ์ แบ่งมรดกตาม กฎหมาย	เป็นบทบัญญัติที่ เกี่ยวกับการ พิจารณาคดี ต้องนำ หลักมรดกจาก ประมวลกฎหมาย แพ่งมาใช้	ไม่มีการบัญญัติ

จากตารางเปรียบเทียบการคุ้มครองเด็กในกฎหมายแต่ละฉบับ หากกล่าวถึงวิธีการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ กฎหมายทั้ง 4 ฉบับ มีแนวทางในการคุ้มครองเด็ก โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นการบัญญัติคุ้มครองเด็ก ในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร รวมทั้งในเรื่องมรดก บุคคลที่จะอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์การคุ้มครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ต้องมีสภาพบุคคลแล้ว คือ เด็กต้องคลอดและอยู่รอดเป็นทารก ทำให้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์คุ้มครองเด็กที่เกิดด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในการแพทย์ในกรณีเมื่อเด็กคลอดและอยู่รอดเป็นทารก และคุ้มครองเฉพาะในการรับมรดกเท่านั้น เรื่องความเป็นบิดามารดา พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มีการบัญญัติคุ้มครองเป็นกรณีเฉพาะ แต่มีข้อสงสัยเกิดในคำนิยามศัพท์ ของคำว่า “ทารก” ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 หมายความว่า ตัวอ่อนของมนุษย์ที่มีอายุเกินกว่าแปดสัปดาห์ ไม่ว่าจะอยู่ในหรือนอกมดลูกของมนุษย์ ในกรณีจะก่อให้เกิดความสับสนกับคำว่า “ทารก” ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หมายถึง ระยะเวลาตั้งแต่คลอดจากครรภ์มารดาจนถึงอายุ 28 วัน ดังนั้น หากเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ต้องมีการนำเรื่องมรดกมาปรับใช้ต้องมีสภาพบุคคลเสียก่อน จะนำความหมายคำว่า “ทารก” ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาบังคับใช้ไม่ได้ เพราะในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังไม่ได้บัญญัติถึงการคุ้มครองในกรณีที่ยังไม่เกิดสภาพบุคคล เมื่อเกิดกรณีเช่นนี้ทำให้อาจกฎหมายมาบังคับใช้กับเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ต้องมีความระมัดระวัง เพราะอาจก่อให้เกิดความสับสนในการบังคับใช้ อีกทั้งทำให้การคุ้มครองสิทธิเด็กไม่ได้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน สำหรับพระราชบัญญัติ ศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 เป็นกฎหมายที่เข้ามาคุ้มครองสิทธิเด็กในกรณีการกระทำความผิดทางอาญา โดยกฎหมายบัญญัติวิธีการปฏิบัติต่อเด็กเป็นกรณีเฉพาะ เนื่องจาก เด็กมีสภาพร่างกาย จิตใจ ที่บอบบาง โดยการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามกฎหมาย การคุ้มครองเฉพาะในกรณีที่

เกิดคดีความเกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการ-
เจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ในส่วนการกระทำผิดอื่น ๆ เช่น การทำลายตัวอ่อน การ
ให้บริการทางแพทย์ หากเกิดการกระทำผิดจะเข้าข่ายอยู่ในอำนาจของศาลอื่น
พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 เป็นกฎหมายที่ให้การคุ้มครองเด็กในลักษณะ
ช่วยเหลือ พัฒนาและฟื้นฟูเด็ก ที่คลอດออกมา มีสภาพบุคคลแล้วเท่านั้น ในกฎหมายไม่มี
บทบัญญัติใดที่เกี่ยวกับการช่วยเหลือเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญ-
พันธุ์ทางการแพทย์

จากการศึกษาเกี่ยวกับประกาศแพทยสภาที่ออกมา เพื่อให้เกิดข้อบังคับในส่วน
เกี่ยวกับทางการแพทย์ ที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการ-
เจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ไม่ได้บัญญัติไว้ แต่ในประกาศแพทยสภาในบาง
ฉบับไม่มีมาตรการในการคุ้มครองเด็กได้ดีเท่าที่ควร ทำให้ต้องศึกษากฎหมายที่มีอยู่ว่า
ควรเพิ่มเติม แก้ไข กฎหมายในส่วนใดบ้าง และนอกจากศึกษาในส่วนของกฎหมาย
ประเทศไทยแล้ว ควรต้องศึกษากฎหมายในต่างประเทศประกอบด้วย เพราะใน
ต่างประเทศได้มีการนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาใช้ก่อนประเทศ
ไทย ผู้วิจัยจึงได้นำกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วย-
การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ของสหราชอาณาจักร ประเทศสหรัฐอเมริกา เครือรัฐ
ออสเตรเลีย มาทำการศึกษาในหัวข้อต่อไป

5. การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยี-

ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ของต่างประเทศ

แนวคิดการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง-
การแพทย์ โดยเฉพาะกรณีการตั้งครรภ์แทนของประเทศต่าง ๆ ยังมีความเห็นแตกต่าง
กัน เนื่องจากความละเอียดอ่อนในเชิงศีลธรรม ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือการขัดแย้ง
กับหลักกฎหมายที่มีอยู่แล้ว ในขณะเดียวกันประโยชน์สูงสุดของตัวเด็กถือเป็นสิ่งที่
ฝ่ายนิติบัญญัติหรือผู้ที่ชี้ขาดข้อพิพาทต้องนำมาพิจารณา ทั้งนี้ข้อจำกัดต่าง ๆ ในทางนิติ
บัญญัติหรือทางคำพิพากษาต้องไม่สร้างอุปสรรคใด ๆ ให้เกิดขึ้นในการพัฒนา

ความก้าวหน้าของวิทยาศาสตร์ที่เข้ามาเยียวยาความเจ็บป่วย ความทรมาณ หรือความพิการอีกด้วย⁸¹

ผู้วิจัยได้นำหลักการคุ้มครองเด็กของสหราชอาณาจักร ประเทศสหรัฐอเมริกา เครือรัฐออสเตรเลีย มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

5.1 สหราชอาณาจักร

สหราชอาณาจักรนั้น นี้ได้ว่าเป็นประเทศแรก ๆ ที่เริ่มมีวิทยาการความก้าวหน้าทางชีววิทยาเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนโดยการนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาใช้กับมนุษย์ โดยเฉพาะความสำเร็จของการให้กำเนิดมนุษย์ด้วยการปฏิสนธินอกร่างกายเมื่อปี ค.ศ. 1978⁸² ในขณะเดียวกันก็ได้มีการฟ้องร้องเป็นคดีความขึ้นสู่ศาลจำนวนมากด้วยเช่นกัน ส่งผลให้มีการตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และการรับตั้งครรภ์แทนมาใช้บังคับ โดยเฉพาะกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน จำนวน 2 ฉบับ คือ Surrogacy Arrangement Act 1985 และ Human Fertilisation and Embryology Act 1990 ซึ่งกฎหมายทั้งสองฉบับมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน กล่าวคือ กฎหมายฉบับแรกมีวัตถุประสงค์ในการควบคุมไม่ให้มีการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์โดยถือว่าการจัดการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนโดยคนกลาง ตลอดจนการโฆษณาชักจูงให้มีการรับตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ส่วนกฎหมายฉบับที่สองนั้น มีวัตถุประสงค์หลักที่จะควบคุมการให้บริการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์และการศึกษาวิจัยในตัวอ่อนมนุษย์ ซึ่งเป็นการมุ่งเน้นต่อการควบคุมวิชาชีพแพทย์มากกว่าในระยะเริ่ม แต่ต่อมาก็ได้มีการพัฒนาการทางกฎหมายออกมารองรับทั้งที่เป็นกฎหมายที่มีอยู่แล้วโดยหลักทั่วไปที่

⁸¹เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล, รายงานสรุปและวิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. . . . (กรุงเทพมหานคร: สำนักส่งเสริมวิชาการรัฐสภา สถาบันพระปกเกล้า, 2558), หน้า 11.

⁸²Ian Kennedy and Andrew Grubb, **Medical Law: Text with Materials** (London: Butterworths, 1994), p. 759.

สามารถนำมาบังคับใช้ได้ และพยายามออกกฎหมายโดยนำมาจากคำพิพากษาศาลต่าง ๆ ประกอบกับความจำเป็นที่จะต้องมีการควบคุมการดำเนินการบางอย่าง เพื่อเป็นการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งกฎหมายของสหราชอาณาจักรนี้ ยังได้มีการให้ความสำคัญเกี่ยวกับเรื่องกำหนดสถานภาพความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ว่าเป็นปัจจัยสำคัญที่เกี่ยวข้องต่อการรับรองสถานภาพของเด็กตามกฎหมายโดยตรง เพราะกฎหมายคอมมอนลอว์สถานภาพของเด็กที่เกิดมาโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น จึงจะมีสิทธิต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนด ไม่ว่าจะเป็นสิทธิการได้เชื้อชาติ สัญชาติ สิทธิความเป็นพลเมือง สิทธิที่จะได้รับการอุปการะเลี้ยงดู หรือสิทธิที่ได้รับมรดก เป็นต้น หากนำหลักกฎหมายคอมมอนลอว์หรือหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้บังคับกับสถานะของเด็ก ย่อมกลายเป็นปัญหาที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสถานภาพของเด็กตามกฎหมายในข้อพิจารณาสำคัญ ๆ ดังต่อไปนี้

1) ความเป็นมารดา กฎหมายอังกฤษแต่เดิม ก่อนมีความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้น ได้ยึดหลักทั่วไปที่ว่า มารดาที่ให้อำนาจการยอมมีความสัมพันธ์ทั้งทางสายเลือดและทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมา โดยไม่จำเป็นที่กฎหมายต้องแยกสถานะระหว่างมารดาที่ตั้งครรภ์กับมารดาทางพันธุกรรม จึงวางหลักกว้าง ๆ ว่า “การตั้งครรภ์ย่อมเป็นเครื่องบ่งชี้ความเป็นมารดาของบุตร ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการจดทะเบียนการเกิดและการตาย โดยถือว่าหญิงที่ให้อำนาจบุตรมีหน้าที่ต้องแจ้งจดทะเบียนการเกิดของเด็กนั้นว่าเป็นบุตรของตนเสมอมา แม้ต่อมาเมื่อเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มีความก้าวหน้ามากขึ้น หลักการดังกล่าวในกฎหมายอังกฤษก็มิได้เปลี่ยนแปลงไป และได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมาย Human Fertilisation and Embryology Act 1990 ในมาตรา 27(1) กำหนดไว้ว่า “หญิงที่กำลังตั้งครรภ์หรือได้ตั้งครรภ์เด็กอันสืบเนื่องมาจากการนำเอาตัวอ่อนหรือเชื้ออสุจิและไข่ไป

ใส่ไว้ในร่างกาย ย่อมถือว่าเป็นบุคคลคนเดียวที่เป็นแม่ของเด็กที่กำเนิดมา”⁸³

2) ความเป็นบิดา เมื่อมีการนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาใช้กันมากขึ้น ประเด็นความเป็นบิดาของเด็กที่เกิดมาโดยเฉพาะจากการตั้งครรภ์แทน ก็เป็นประเด็นหนึ่งที่มีความสลับซับซ้อนและอ่อนไหวต่อการกำหนดสถานะความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งคณะกรรมการวอร์นอค เคยเสนอความเห็นฯ สามิของหญิงที่ให้กำเนิดบุตรจากการฉีดเชื้อสุจิของผู้บริจาคนั้นควรที่จะถือว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น หากสามิของหญิงนั้นให้ความยินยอมในการกระทำความดังกล่าว ทำให้กฎหมายฉบับแรกของอังกฤษเกี่ยวกับเรื่องนี้ คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการปฏิรูปกฎหมายครอบครัว ยอมรับหลักการนี้ โดยระบุไว้ในมาตรา 27 กำหนดว่า “หากสามิโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ได้รับการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อจากผู้บริจาคให้ความยินยอมในการนั้น ชายคนดังกล่าวย่อมถือว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมา” ผลของมาตรานี้ ทำให้ชายที่บริจาคเชื้อสุจิจะไม่มีสิทธิหรือหน้าที่ใด ๆ ต่อเด็กนั้น แม้จะเป็นเจ้าของเชื้อสุจิก็คตาม

แต่อย่างไรก็ตาม กรณีดังกล่าวข้างต้นย่อมไม่ครอบคลุมถึงเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ด้วยวิธีอื่น เช่น โดยการใช้ตัวอ่อนที่ได้รับการบริจาค ทำให้เด็กที่เกิดจากกรรมวิธีอื่น นอกจากการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อของผู้บริจาค ก็จะไม่ถือว่าเป็นบุตรของสามิของหญิงที่ให้กำเนิดเด็กนั้น แม้สามิจะให้ความยินยอมก็ตาม และกฎหมายดังกล่าวใช้บังคับกับเฉพาะคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น หากมีการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อจากผู้บริจาคให้แก่หญิงที่ไม่ได้สมรสโดยชอบ ก็ไม่ถือว่าสามิของหญิงนั้นเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น แม้สามิจะให้ความยินยอมด้วยก็ตาม

⁸³Section 27(1) of the Human Fertilisation and Embryology Act 1990 “The woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of embryo or sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child.”

ในกรณีเช่นนี้ ก็จะถือว่าชายผู้บริจาคเชื้ออสุจิเป็นบิดาของเด็กที่เกิดมาเพราะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมนั่นเอง⁸⁴

ความสับสนดังกล่าวก่อให้เกิดข้อถกเถียงเกี่ยวกับผลที่ไม่พึงประสงค์นำไปสู่การออกกฎหมาย Human Fertilisation and Embryology Act โดยยอมรับสถานภาพทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งบิดามารดาได้สมรสกันตามกฎหมายด้วย โดยใน มาตรา 28 ได้กำหนดครอบคลุมไปถึงสถานะความเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน ซึ่งมีการนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาใช้ด้วย โดยกฎหมายฉบับนี้ได้แยกแยะความแตกต่างของสถานะความเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์ไว้ 2 กรณี⁸⁵ คือ

(1) กรณีที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายหากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายสามีของหญิงนั้น ก็ถือว่าเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้ให้ความยินยอมในการรับตั้งครรภ์แทนนั้น เท่ากับความยินยอมของสามีมีความสำคัญมาก เพราะถึงแม้สามีจะพิสูจน์ได้ว่าเด็กที่เกิดมานั้น ไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับตัวเอง เช่น ตรวจลายพิมพ์ดีเอ็นเอแล้วไม่มีพันธุกรรมเกี่ยวพันกัน ก็ยังต้องถือเป็นบิดาตามกฎหมายของเด็กเพราะตนได้ให้ความยินยอมแล้วแต่หากสามีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนสามารถพิสูจน์ได้ว่า ตนมิได้ให้ความยินยอมแล้ว ก็จะไม่ถือว่าชายนั้นเป็นบิดาของเด็ก แต่จะถือว่าเด็กนั้นเป็นเด็กที่ไม่มีบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย (Legally Fatherless Child)

(2) กรณีที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย เมื่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย ต้องพิจารณาว่ากระบวนการตั้งครรภ์นั้นเกิดขึ้นในสถานบริการที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายหรือไม่ หากกระบวนการเกิดขึ้นในสถานที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย ชายที่ว่าจ้างให้ตั้งครรภ์จะมี

⁸⁴ จักรกฤษณ์ ควรพจน์, เรื่องเดิม, หน้า 84-85.

⁸⁵ Section 28(2) of the Human Fertilisation and Embryology Act.

สถานะเป็นเพียงผู้บริจาคเชื้อสุมิเท่านั้น ซึ่งตามกฎหมายจะไม่ถือว่าเป็นบิดาของเด็ก โดยเด็กที่เกิดมาก็จะถือว่าเป็นเด็กที่ไม่มีบิดาโดยชอบธรรมด้วยกฎหมายเช่นกัน⁸⁶

อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่ากระบวนการในการตั้งครรภ์นั้นไม่ได้เกิดขึ้น โดยความช่วยเหลือของแพทย์ในสถานบริการที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย เช่น โดยการที่หญิงนั้นฉีดเชื้อสุมิของฝ่ายชายที่เข้าเข้าไปในโพรงมดลูกด้วยตนเอง (Do-It-Yourself Insemination) หรือแม้กระทั่งโดยการมีเพศสัมพันธ์กับชายที่เข้าข้างชายที่เป็นเจ้าของเชื้อสุมินั้น ย่อมเป็นบิดาของเด็กตามกฎหมายคอมมอนลอว์ เนื่องจากกฎหมาย Human Fertilisation and Embryology Act ไม่ได้เปลี่ยนแปลงสถานะทางกฎหมายในกรณีเช่นนี้จึงเห็นได้ว่า กฎหมาย Human Fertilisation and Embryology Act ได้สร้างหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสถานการณ์เป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ให้ชัดเจนขึ้น โดยหลักเกณฑ์ดังกล่าวต้องนำไปใช้กับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์ด้วยเช่นกัน อันก่อให้เกิดผลประการหนึ่งคือเท่ากับช่วยกำหนดหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กไว้ด้วย และแม้เด็กที่เกิดมานั้นจะมีความพิการไม่ว่าทางร่างกายหรือสมอง ซึ่งอาจทำให้คู่สมรสที่เข้าข้างไม่ต้องการรับเด็กมาอุปการะต่อไป เด็กนั้นก็จะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับเข้าตั้งครรภ์รวมทั้งของสามีตามกฎหมายของหญิงนั้นหากได้ให้ความยินยอมบิดามารดาของเด็กย่อมไม่อาจปฏิเสธหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กได้

3) ความเป็นบิดามารดาตามคำสั่งศาล (Parental Order) เมื่อกฎหมาย Human Fertilisation and Embryology Act กำหนดให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น ถือว่าเป็นมารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน ทำให้คู่สมรสที่เข้าข้างให้ตั้งครรภ์แทนจะเป็นบิดามารดาเด็กตามกฎหมายได้ ก็ต่อเมื่อมีการรับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรมเท่านั้น ซึ่งเคยมีคดีเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนขึ้นสู่การพิจารณาของศาลอังกฤษ โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่า คู่สมรสคู่หนึ่งได้นำไข่ของภรรยาไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ไปผสมกับเชื้อสุมิของสามี แล้วนำตัวอ่อนที่ได้ไปฝากไว้ในครรภ์ของหญิงอีกคนหนึ่ง ต่อมาหญิงคนนี้ได้คลอดบุตรฝาแฝด ทำให้เกิดปัญหาลงสู่ศาล ในประเด็นที่ว่าสมควรให้เด็กทารกฝาแฝดอยู่ในอำนาจปกครองของคู่สมรสที่เข้าข้างหรือไม่ ผู้พิพากษา Scott Baker วินิจฉัยว่า

⁸⁶Section 28(6) of the Human Fertilisation and Embryology Act.

ในคดีนี้การที่เด็กได้อาศัยอยู่กับบิดามารดาทางพันธุกรรม ย่อมเป็นประโยชน์แก่เด็กมากกว่า และยังคงกล่าวต่อไปอีกว่า ในกรณีเช่นนี้มีได้อยู่ที่ว่าเด็กควรที่จะอยู่ในอำนาจปกครองของใคร แต่อยู่ที่ว่าจะมีมาตรการอย่างไรที่จะเป็นหลักประกันได้ว่าเด็กจะได้อยู่อาศัยกับคู่สมรสที่ว่าจ้างทางพันธุกรรมแท้จริง

ผลจากคำพิพากษาดังกล่าวนี้นี้ เห็นได้ว่า หญิงที่ให้กำเนิดบุตรยังคงถือเป็นมารดาของเด็ก แม้คู่สมรสที่ว่าจ้างจะได้รับเด็กไปอยู่ในความปกครอง แต่คู่สมรสนั้นก็ยังคงต้องไปจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ตามพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 1976 ซึ่งมีขั้นตอนที่ยุ่งยากและใช้เวลานาน คู่สมรสนี้จึงได้นำเรื่องไปร้องเรียนต่อสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ว่าเหตุใดตนเองซึ่งเป็นบิดามารดาตามพันธุกรรมยังต้องรับบุตรของตนเป็นบุตรบุญธรรมด้วย รัฐสภาของอังกฤษจึงได้นำแนวคิดจากคำพิพากษาข้างต้นมาบัญญัติไว้ในกฎหมายเสียเลย โดยมีหลักการว่าคู่สมรสที่ว่าจ้างให้มีการตั้งครรภ์แทน อาจยื่นคำร้องต่อศาลให้มีคำสั่งว่าเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรมโดยชอบด้วยกฎหมายของตนได้ ภายใต้การกำหนดเงื่อนไขดังต่อไปนี้

เด็กนั้นต้องมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย

(1) คู่สมรสที่ว่าจ้างต้องสมรสกันตามกฎหมายและมีอายุไม่น้อยกว่า 18 ปีขึ้นไป

(2) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและสามีต้องให้ความยินยอม และจะให้ความยินยอมก่อนระยะเวลาหกสัปดาห์หลังจากการคลอดบุตรไม่ได้

(3) ต้องไม่ปรากฏว่ามีการชำระค่าตอบแทนที่นอกเหนือไปจากค่าใช้จ่าที่ที่เกิดขึ้นตามสมควรในการตั้งครรภ์เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากศาล

(4) เด็กที่เกิดมานั้นต้องอาศัยอยู่กับคู่สมรสที่ว่าจ้างทั้งในขณะที่ยื่นคำร้องและขณะที่ศาลมีคำสั่ง และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายต้องอาศัยอยู่ในสหราชอาณาจักร

(5) ต้องยื่นคำร้องต่อศาลภายในหกเดือนนับแต่วันที่เด็กคลอด

บทบัญญัติข้างต้นนี้มีผลใช้บังคับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1995 เป็นต้นมา ส่งผลเป็นทางออกให้คู่สมรสที่ว่าจ้างให้ตั้งครรภ์แทนนั้น สามารถที่จะยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งว่าตนบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้ โดยไม่จำเป็นต้องผ่านกระบวนการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม แต่อย่างไรก็ดี ศาลจะมีคำสั่งให้คู่สมรสที่ว่าจ้างเป็นบิดามารดาตามคำสั่งหรือไม่นั้น ยังคงอยู่ในดุลพินิจของศาลมาตรา 30 อนุ (9) กฎหมายกำหนดให้ออกกฏระเบียบเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็ก ซึ่งกฏระเบียบที่ออกตามความในมาตรานี้ได้ให้อำนาจศาลที่จะตั้งผู้แทนเฉพาะคดี (Guardians ad Litem) ขึ้นโดยส่วนใหญ่จะเป็นนักกฎหมายที่แต่งตั้งโดยศาลเพื่อเป็นผู้แทนให้กับบุคคลไร้ความสามารถหรือผู้เยาว์เป็นรายคดีไป เพื่อพิจารณาว่าคำร้องขอเป็นบิดามารดาของเด็กต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้เท่านั้น และเมื่อพิจารณาจากหลักการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กแล้วมีเหตุผลใด ศาลก็จะออกคำสั่งคุ้มครองตามนั้น

นอกจากที่ได้กล่าวมาแล้วยังมีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนควบคู่อยู่เสมอมาหากฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามข้อตกลงที่ทำไว้ล่วงหน้าในสัญญาตั้งครรภ์แทนเช่นเมื่อมีการคลอดบุตรแล้วหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนปฏิเสธที่จะส่งมอบเด็กนั้นให้แก่คู่สมรสที่ว่าจ้างหรือไม่ยอมให้ความยินยอมในการที่คู่สมรสนั้นจะรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมโดยมีข้อสังเกตว่าปัญหาเกี่ยวกับเรื่องอำนาจปกครองบุตรนั้นเป็นคนละเรื่องกับปัญหาความเป็นบิดามารดาเป็นเพียงสถานะทางกฎหมายที่กำหนดขึ้นเท่านั้นแต่อำนาจปกครองเด็กมิได้เป็นเครื่องชี้วัดว่าเด็กนั้นต้องอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายเสมอไป

การพิจารณาอำนาจปกครองเด็กนั้นมีหลักเกณฑ์สำคัญที่จะต้องคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กเป็นสำคัญตามระบุไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยเด็ก (Children Act 1989) มาตรา 1(1)กำหนดไว้ว่าศาลต้องคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กเป็นการสูงสุดเท่ากับศาลมีหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีโดยคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กเป็นประเภทแรกในลำดับสูงสุดหากข้อตกลงที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ทำกันไว้นั้นมิได้เป็นประการแรกในลำดับสูงหากข้อตกลงที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ทำกันไว้นั้นมิได้เป็นไปได้โดยคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กอย่างเพียงพอศาลก็ย่อมมีอำนาจที่จะเพิกถอนข้อตกลง

นั้นโดยใช้ดุลยพินิจแห่งความยุติธรรมสำหรับเด็กได้เสมอจึงเห็นได้ว่าอำนาจปกครองเด็กศาลอาจกำหนดให้คู่สมรสที่ว่าจ้างให้ตั้งครรภ์แทนมีอำนาจปกครองก็ได้

ดังตัวอย่างกรณีพิพาทภายในคดี *Re c (A Minor) (Wardship: Surrogacy)* ข้อเท็จจริงปรากฏว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้มอบเด็กที่เกิดมาให้อยู่มาให้อยู่ในความดูแลของโรงพยาบาลเพื่อส่งมอบให้แก่คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรต่อไป ศาลจึงเห็นว่าการนี้สมควรกำหนดให้คู่สมรสมีอำนาจปกครองเด็ก เพราะจะเป็นประโยชน์แก่เด็กมากกว่าส่วนในคดี *Re c (A Minor) (Wardship: Surrogacy)* กลับปรากฏข้อเท็จจริงไปในอีกทางหนึ่งที่ว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้คลอดทารกแฝดและเลี้ยงดูเด็กนั้นมาเป็นระยะเวลากว่าห้าเดือนแล้วศาลเห็นว่าการให้เด็กอยู่กับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต่อไปจะเกิดประโยชน์สูงสุดแก่เด็กจึงได้มีคำสั่งให้อำนาจปกครองตกแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ดังนั้นเมื่อเปรียบเทียบกับการใช้ดุลยพินิจของทั้งสองคดีแล้ว ย่อมเห็นได้ว่าศาลใช้ดุลยพินิจตามสภาพข้อเท็จจริงเป็นกรณีไปโดยคำนึงถึงเด็กเป็นสำคัญ

โดยสรุป สหราชอาณาจักรมีกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยเฉพาะกรณีเกี่ยวกับการตั้งครรภ์ซึ่งมีความสลับซับซ้อนและเกี่ยวข้อหลายฉบับ และที่สำคัญยังคงอาศัยหลักการทางกฎหมายพื้นฐาน มาใช้กำหนดสถานภาพของความเป็นมารดา ซึ่งยังคงถือว่ามารดาที่ให้กำเนิดบุตรเท่านั้นเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ส่วนความเป็นบิดานั้นจะเปลี่ยนแปลงไปตามความยินยอมแล้วแต่กรณี แต่อย่างไรก็ตาม ศาลของอังกฤษยังเปิดช่องให้คู่สมรสที่ว่าจ้างให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้น สามารถยื่นคำร้องต่อศาลขอเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้ เท่ากับกฎหมายและแนวคำพิพากษาของศาลอังกฤษยอมรับเกี่ยวกับสถานการณ์ทำสัญญาตั้งครรภ์แทน ตราบใดที่ไม่ขัดต่อกฎหมายและไม่ใช้กระทำโดยองค์การที่แสวงหาผลประโยชน์เชิงพาณิชย์ และสามารถฟ้องร้องบังคับคดีเกี่ยวกับเรื่องนี้กันได้ โดยศาลสามารถใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาเรื่องสถานะทางกฎหมาย สถานความเป็นบิดามารดา หรือสถานภาพทางกฎหมายของเด็กที่เกิดมาแม้กระทั่งในเรื่องอำนาจปกครองเด็ก และการรับบุตรบุญธรรมก็ตาม โดยอาศัยการมีคำสั่งของศาล ซึ่งต้องมีการคำนึงถึงสวัสดิภาพและประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ

5.2 สหรัฐอเมริกา

เนื่องจากสหรัฐอเมริกามีความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เป็นอย่างมาก ประกอบเป็นประเทศหนึ่งที่มีการรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นสำคัญ ซึ่งทำให้ทุกมลรัฐมีหน้าที่ในการออกกฎหมายไปในทางที่เอื้อประโยชน์ต่อสิทธิและเสรีภาพในการสืบพันธุ์ อันเป็นสิทธิและเสรีภาพอย่างหนึ่งที่ได้รับรองในรัฐธรรมนูญ จึงนับได้ว่าเป็นประเทศหนึ่งที่มีการตั้งครรภ์แทนมากที่สุดในโลก โดยมีการก่อตั้งตัวแทนหรือคนกลาง ในการติดต่อหาบุคคลที่ประสงค์จะรับตั้งครรภ์แทนขึ้นอย่างเป็นระบบ ก่อให้เกิดปัญหาความขัดแย้งระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายที่เกี่ยวกับสัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นจำนวนมาก จึงมีความพยายามที่จะออกกฎหมายในระดับรัฐบาลกลาง (Federal Law) เพื่อให้การรับตั้งครรภ์แทนทั้งหมดในประเทศสหรัฐอเมริกาอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เดียวกัน ในปี ค.ศ. 1989 ได้มีการพยายามเสนอร่างกฎหมายสองฉบับเพื่อห้ามมิให้มีการตั้งครรภ์แทน กฎหมายฉบับแรกมีชื่อเรียกว่า “Surrogacy Arrangement Act of 1989” ได้ถูกเสนอโดยนายโธมัสสคูเคน สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรคเดโมแครตจากรัฐโอไฮโอ ซึ่งร่างกฎหมายฉบับนี้เสนอให้มีบทลงโทษทางอาญาแก่คู่สัญญาทุกฝ่ายในสัญญาตั้งครรภ์แทน ตลอดจนตัวแทนหรือคนกลางในการจัดการให้มีการรับตั้งครรภ์แทน หากการตั้งครรภ์แทนเป็นไปเพื่อประโยชน์ทางการค้า และร่างกฎหมายอีกฉบับมีชื่อ เรียกว่า “Anti-Surrogate Mother Act of 1989” ถูกเสนอโดยนายโรเบิร์ตคอร์ดเนน สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พรรครีพับลิกัน จากรัฐแคลิฟอร์เนีย เสนอให้การกระทำทุกอย่างที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะเป็นการจัดหาหญิงรับตั้งครรภ์แทนการโฆษณาหรือการให้ความช่วยเหลือทางการเงิน แพทย์ ถือว่าเป็นความผิดทางอาญาทั้งสิ้น และยังเสนอให้สัญญาตั้งครรภ์แทนไม่ว่าจะมีประโยชน์ทางการค้าหรือไม่ก็ตาม เป็นสัญญาที่เป็นโมฆะ แต่ในท้ายที่สุดร่างกฎหมายทั้งสองฉบับนี้ ก็ไม่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการยุติธรรมของสภาผู้แทนราษฎร

เช่นเดียวกัน⁸⁷ จึงนับได้ว่า ในปัจจุบันนี้ประเทศสหรัฐอเมริกา ก็ยังไม่มีกฎหมายในระดับกลางออกมาใช้บังคับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนโดยตรง การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้ขึ้นอยู่กับ การออกกฎหมายของแต่ละมลรัฐหรือการตีความของศาลที่ตั้งอยู่แต่ละในมลรัฐแตกต่างกันไป⁸⁸ ดังต่อไปนี้

1) กฎหมายแห่งมลรัฐนิวแฮมป์เชอร์ ได้กำหนดให้สัญญาับตั้งครรภ์แทน ต้องได้รับความเห็นชอบจากศาลก่อนเท่านั้น ส่วนสัญญาที่สร้างขึ้นโดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาลจะไม่สามารถนำมาขอรับความเห็นชอบได้ตามกฎหมายนี้ กฎหมายของนิวแฮมป์เชอร์ เมื่อได้รับความเห็นชอบจากศาลและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนให้กำเนิดเด็ก คู่สมรสที่ว่าจ้างจะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นทันที แต่กฎหมายก็ยังให้สิทธิแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ในอันที่จะยกเลิกสัญญาได้ การยกเลิกสัญญาจะกระทำในเวลาใด ๆ ก็ได้ แต่ต้องกระทำก่อน 72 ชั่วโมง นับแต่การคลอดบุตรนั้น และในพฤติการณ์พิเศษระยะเวลาดังกล่าว อาจขยายได้จนถึงหนึ่งสัปดาห์นับแต่ที่เด็กนั้นกำเนิดมา ในกรณีเช่นนี้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็จะกลับมาเป็นมารดาของเด็กนั้น

2) กฎหมายแห่งมลรัฐฟลอริดา ได้ถูกสร้างขึ้นเพื่อควบคุมการรับตั้งครรภ์แทนโดยเฉพาะ แต่กฎหมายนี้อ่อนุญาตให้คู่สมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้น ที่สามารถเข้าทำสัญญาจ้างให้มีการรับตั้งครรภ์แทน และกำหนดเกี่ยวกับอายุให้คู่สมรสนี้กับหญิงที่รับจ้างต้องมีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไปด้วย อีกทั้งยังห้ามมิให้มีการจ่ายค่าตอบแทนอื่นนอกเหนือไปจากค่าใช้จ่ายเกิดขึ้นจากการตั้งครรภ์ และค่าใช้จ่ายในชีวิตประจำวันในจำนวนที่เหมาะสมเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายมลรัฐฟลอริดาไม่ได้กำหนดเงื่อนไขว่า สัญญาตั้งครรภ์แทนจะต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อน คู่สัญญาจึงสามารถทำสัญญา

⁸⁷Todd M. Kim, "Beyond Baby M: International Perspectives on Gestational Surrogacy and the Demise of the Unitary Biological Mother," **Annals of Health Law** 21, 2 (November 1996): 213-214.

⁸⁸Lisa L. Behm, "Legal Moral and International Perspectives on Surrogate Motherhood: The Call for a Uniform Regulatory Scheme in the United States," **Journal Health Care Law** 20, 2 (April 2018): 557, 583.

ตั้งครรภ์แทนได้โดยลำพัง ตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมาย เมื่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนให้กำเนิดทารก คู่สมรสฝ่ายที่ว่าจ้างจะได้รับการสนับสนุนไว้ก่อนว่าเป็นบิดามารดาและบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ในเวลาใดๆ ภายใน 7 วันนับแต่การคลอดบุตร

ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลสูงในสหรัฐอเมริกา

จากความแตกต่างของกฎหมายในระดับรัฐของสหรัฐอเมริกานั้น เช่น บางมลรัฐถือว่าหญิงที่ให้กำเนิดและสามีเป็นมารดาและบิดาของเด็ก บางมลรัฐก็ถือว่าหญิงที่ว่าจ้างเป็นบิดามารดาของเด็ก ขณะที่กฎหมายของบางมลรัฐมีข้อสนับสนุนให้คู่สมรสที่ว่าจ้างเป็นบิดามารดาของเด็ก แต่ให้สิทธิแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในการบอกเลิกสัญญาได้ ในบางมลรัฐก็ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้งประการใดเท่าไรนัก เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นในมลรัฐเหล่านี้ ต้องอาศัยการตีความกฎหมายบ้าง หรือสร้างหลักกฎหมายขึ้นเองโดยอาศัยคำพิพากษาของศาลสูง โดยแบ่งออกเป็น 3 กลุ่ม ดังตัวอย่างคำพิพากษาต่อไปนี้

1) ความเป็นมารดาโดยการให้กำเนิด (Gestational Motherhood) ในคดีที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์โดยใช้ไข่และเชื้ออสุจิคู่สมรสที่ว่าจ้าง ศาลในบางมลรัฐก็ยังใช้หลักการตามกฎหมายคอมมอนลอว์ ที่ถือว่าหญิงซึ่งตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรเท่านั้นที่เป็นมารดาโดยชอบธรรมด้วยกฎหมายของทาร์กนั้น แม้ว่าหญิงที่ตั้งครรภ์นี้จะไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กนั้นเลย

ในคดี A.H.W. V. G.H.B. ข้อเท็จจริงปรากฏว่า คู่สมรสคนหนึ่งได้ว่าจ้างให้หญิงตั้งครรภ์แทนโดยใช้เชื้ออสุจิและไข่ของคู่สมรสนี้ ต่อมาก่อนที่จะหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะให้กำเนิดทารกคู่สมรสดังกล่าว ได้ยื่นคำร้องต่อศาลขอให้มีคำสั่งให้ระบุชื่อของทั้งสองคนเป็นบิดาและมารดาของเด็กในทะเบียนสูติบัตร โดยศาลแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์เห็นว่าตลอดระยะเวลา 9 เดือนที่ตั้งครรภ์หญิงที่ตั้งครรภ์ย่อมมีความสัมพันธ์อย่างลึกซึ้งกับตัวอ่อนที่อยู่ในท้อง การตั้งครรภ์มีส่วนสำคัญที่ทำให้ตัวอ่อนนั้นเจริญเติบโตขึ้น จนกระทั่งคลอดออกมามีชีวิตด้วยตนเองได้ ศาลเห็นว่าตามกฎหมายของมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ มารดาจะสละสิทธิในความเป็นมารดาของเด็กได้ต่อเมื่อพ้นเวลา

72 ชั่วโมงหลังคลอดบุตร หากศาลยอมให้มีการเปลี่ยนแปลงชื่อบิดามารดาเป็นอย่างอื่น นอกจากที่กำหนดไว้ในกฎหมายก็จะเป็นการจัดกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี อีกทั้งศาลยังเห็นว่าการเปลี่ยนแปลงสถานะความเป็นมารดาของเด็กในกรณีที่มีการตั้งครรภ์แทนจากมารดาที่ให้กำเนิดไปเป็นคู่สมรสฝ่ายหญิงที่ว่าจ้าง เท่ากับเป็นการบังคับให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนสละสิทธิความเป็นมารดาของเด็ก ซึ่งจะก่อให้เกิดผลเสียมากกว่าผลดี โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นผู้เยาว์ ที่ยังไม่เคยผ่านประสบการณ์การตั้งครรภ์มาก่อน ในที่สุดศาลจึงยังคงถือว่าหญิงที่ตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรเป็นบุคคลเดียวเท่านั้นที่เป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กโดยไม่คำนึงว่าหญิงนั้นจะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับทารกนั้นหรือไม่ก็ตาม

2) ความเป็นบิดามารดาโดยพันธุกรรม (Genetic-Based Parenthood)

ในคดี *Belisto v. Clark* ข้อเท็จจริงปรากฏว่า มีการรับตั้งครรภ์แทนโดยใช้เชื้อสุจิและไข่จากคู่สมรสที่ว่าจ้าง ซึ่งปัญหาที่ศาลต้องพิจารณามีว่า ในการระบุชื่อบิดามารดาของเด็กในสูติบัตรนั้นสมควรระบุชื่อบุคคลใดระหว่างหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนกับคู่สมรสที่ว่าจ้างศาลแห่งมลรัฐโอไฮโอได้ปฏิเสธที่จะนำหลักเจตจำนงมากำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็ก โดยให้เหตุผลไว้ 3 ประการ คือ ประการแรกเป็นอุปสรรคของการนำเอาหลักเจตจำนงมาใช้บังคับโดยศาล ได้กล่าวไว้ว่า แม้ว่าจะมีการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นลายลักษณ์อักษรแต่ก็เป็นเพียงการยากที่จะพิสูจน์ว่าคู่สัญญาที่ว่าจ้างให้ตั้งครรภ์มีเจตนาที่จะเป็นมารดาบิดาของเด็กอย่างแท้จริง ประการที่สองศาลอธิบายว่าการนำหลักเจตจำนงมาใช้บังคับเป็นการขัดต่อนโยบายสาธารณะในประเด็นนี้ศาลเห็นว่าการยอมรับให้บิดามารดาทางพันธุกรรมเป็นบิดามารดาทางกฎหมายย่อมจะสอดคล้องกับประโยชน์สูงสุดของเด็กและสังคมเนื่องจากบิดามารดาทางพันธุกรรมนั้นย่อมสามารถถ่ายทอดข้อมูลเกี่ยวกับลักษณะทางพันธุกรรมบางอย่างที่บกพร่องหรือเป็นโรคทางพันธุกรรมบิดามารดานั้นก็ย่อมจะแจ้งให้เด็กที่เกิดมาเข้าใจถึงความบกพร่องทางพันธุกรรมนั้นได้ ประการที่สาม ศาลเห็นว่า หลักเจตจำนงไม่ได้ให้ความสำคัญแก่สิทธิที่จะยินยอมให้มีการสืบทอด (Right to Surrender Potential Parental Rights)

ด้วยอาศัยเหตุผลที่กล่าวมาทั้งสามประการ ศาลจึงสรุปว่า “บุคคลใดก็ตามที่ได้ถ่ายทอดพันธุกรรมให้แก่เด็กบุคคลนั้นย่อมถือว่าเป็นบิดามารดาตามธรรมชาติ

และตามกฎหมาย เว้นแต่บุคคลเหล่านั้นจะได้สละสิทธิความเป็นบิดามารดานั้น”
 เท่ากับหลักการของศาลในมลรัฐโอไฮโอเช่นนี้จึงเป็นการไม่ยอมรับทฤษฎีเจตจำนงซึ่ง
 ได้ถูกสร้างขึ้นโดยศาลสูงสุดแห่งมลรัฐแคลิฟลอเนียนั่นเอง หรือจะกล่าวได้ว่า การนำ
 ความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมมาเป็นเกณฑ์ในการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดา
 ของศาลโอไฮโอเช่นนี้เรียกได้ว่าเป็น “หลักความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม” (Genetic-
 Based Approach)

3) ความเป็นบิดามารดาโดยเจตจำนง (Intent-Based Parenthood) ในปี
 ค.ศ. 1990 ที่มลรัฐแคลิฟอเนีย ในคดี Johnson v. Calvert ในคดีนี้มีข้อเท็จจริงว่าคู่สมรส
 คู่หนึ่งมีชื่อว่า นายมาร์กและนางคริสปีนาคาลเวิร์ท ต้องการที่จะมีบุตร แต่เนื่องจาก
 นางคริสปีนามีเนื้องอกในมดลูกทำให้ต้องตัดมดลูกออก จึงไม่สามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเอง
 ได้ เธอจึงติดต่อเพื่อนซึ่งทำงานอยู่ในโรงพยาบาลเดียวกันชื่อนางแอนนา จอร์นสัน
 เพื่อให้ตั้งครรภ์แทน โดยมีข้อตกลงที่จะใช้ไข่ของนางคริสปีนาผสมกับเชื้ออสุจิของนาย
 มาร์กแล้วนำไปฝังตัวที่โพรงมดลูกของนางแอนนา ในการนี้นางแอนนาจะได้รับ
 ค่าใช้จ่ายเป็นเงิน 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ พร้อมกับการประกันชีวิตในวงเงิน 200,000
 ดอลลาร์สหรัฐ โดยเธอตกลงที่จะสละสิทธิความเป็นมารดาของเด็กและส่งมอบเด็กนั้น
 ให้แก่นางคริสปีนาและนายมาร์ก ต่อมาหลังจากที่นางแอนนาตั้งครรภ์ นางคริสปีนาและ
 นายมาร์กผิดสัญญาไม่ยอมทำประกันชีวิตให้แก่นางแอนนา ในขณะที่นางแอนนาก็ได้
 ปกปิดข้อมูลว่าเธอเคยแท้งมาแล้วหลายครั้ง และยังเรียกร้องเงินค่าจ้างล่วงหน้า หลังจาก
 นั้นก็ปรากฏว่านางแอนนาได้ปฏิเสธที่จะส่งมอบเด็กนั้นตามสัญญา ก่อนที่เด็กจะคลอด
 นางคริสปีนาและนายมาร์ก ได้ยื่นฟ้องต่อศาลขอให้บังคับนางแอนนาปฏิบัติตามสัญญา
 โดยขอให้ศาลมีคำสั่งว่าทั้งคู่เป็นมารดาและบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ส่วนนาง
 แอนนาก็ได้ยื่นฟ้องต่อศาลขอให้มีคำสั่งว่าสัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะ และสั่งให้เธอเป็น
 มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน

ศาลชั้นต้นพิจารณาคดีทั้งสองได้มีคำสั่งให้รวมการพิจารณาเข้าด้วยกัน
 ในชั้นศาล มีพยานหลักฐานพิสูจน์ได้ว่า นางคริสปีนาและนายมาร์กเป็นบิดาและมารดา
 ทางพันธุกรรมของเด็กจริง ผู้พิพากษาพาร์สโลว์จึงใช้พยานหลักฐานนี้ชี้ว่า นางคริสปีนา
 เป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้น ส่วนนางแอนนามีฐานะ

เสมือนเป็นมารดาที่รับเลี้ยงเด็ก (Foster Parent) เท่านั้น จึงไม่มีสิทธิใด ๆ ในตัวเด็กที่กำเนิดมา ต่อมาศาลอุทธรณ์แห่งมลรัฐแคลิฟอเนีย (The California Court of Appeals) ได้นำบทบัญญัติของกฎหมาย U.P.A. ซึ่งใช้ในแคลิฟอเนียมาประยุกต์ใช้ในคดีนี้ แม้แต่ศาลจะเห็นว่ากฎหมายนี้ไม่ได้มีวัตถุประสงค์โดยตรงที่จะกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมาจากเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ก็ตาม แต่ศาลยังคงเห็นว่ากฎหมายดังกล่าว เป็นกฎหมายเดียวเท่านั้นที่สามารถนำมาใช้กำหนดสถานภาพความเป็นบิดามารดาของเด็กได้ โดยผู้พิพากษาชิลส์ ซึ่งเป็นผู้เขียนคำพิพากษาในคดีนี้เห็นว่า ตามบทบัญญัติของกฎหมาย U.P.A. นั้นความเป็นมารดาของเด็กย่อมพิสูจน์ได้ทั้งจากการให้กำเนิดบุตรและความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม แต่ผู้พิพากษาชิลส์ได้ตีความบทบัญญัติดังกล่าวว่าการพิสูจน์ความเป็นมารดาของเด็กนั้นจะต้องพิสูจน์จากความสัมพันธ์จากความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมก่อนหากไม่สามารถพิสูจน์ได้ ก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าหญิงนั้นเป็นผู้ให้กำเนิดบุตรหรือไม่ เมื่อข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่า นางแอนนาไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก จึงไม่ใช่มารดาตามธรรมชาติ (Natural Mother) ตามความหมายของกฎหมาย U.P.A. ในที่สุดศาลจึงพิพากษานางคริสปีนาและนายมาร์กเป็นมารดาและบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กเท่านั้น

เมื่อคดีได้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสูงสุดของรัฐแคลิฟอเนีย (California Supreme Court) ศาลสูงสุดได้ให้ความเห็นว่า การตีความกฎหมาย U.P.A. ของศาลอุทธรณ์มีความคลาดเคลื่อน เพราะทั้งนางแอนนาและนางคริสปีนา สามารถพิสูจน์ความเป็นมารดาตามธรรมชาติของเด็กได้ทั้งสองคน แต่ศาลยังคงเห็นว่ากฎหมายแคลิฟอเนียยอมรับให้เด็กมีมารดาแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้น ศาลจึงเห็นว่าสถานการณ์เช่นนี้หญิงที่มีเจตจำนงที่จะให้เด็กเกิดมาและมีความประสงค์ที่จะเลี้ยงเท่านั้น ย่อมถือว่าเป็นมารดาตามธรรมชาติแต่เพียงผู้เดียวตามกฎหมายแคลิฟอเนีย หลักการเช่นนี้อาจเรียกได้ว่าเป็นหลักเจตจำนง (Intent-Based Approach) จึงเห็นได้ว่า แม้คำพิพากษาของศาลแคลิฟอเนียทั้งสามชั้นศาลจะมีความเห็นทำนองเดียวกันว่า หญิงที่อ้างให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก แต่เหตุผลกลับมีความแตกต่างกันโดยสิ้นเชิง คำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งมลรัฐแคลิฟอเนียที่น่าเจตจำนงของคู่สมรสมาใช้เป็นปัจจัยกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาเช่นนี้ ได้รับการยอมรับจากนักกฎหมายเป็น

จำนวนมากโดยเฉพาะอย่างยิ่งกลุ่มนักกฎหมายที่สนับสนุนสิทธิของสตรีได้เสนอให้มีการนำหลักการเช่นนี้มาบัญญัติให้เป็นกฎหมายเพื่อใช้บังคับในทุกมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาด้วย

ในคดี *In re Marriage of Buzzanca* ปราบกฏข้อเท็จจริงว่า มีการนำตัวอ่อนมาฝังในโพรงมดลูกของหญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์แทน โดยที่ตัวอ่อนนั้นได้รับการผสมจากไข่และเชื้ออสุจิของผู้บริจาค ซึ่งไม่ใช่ทั้งของฝ่ายคู่สมรสที่ว่าจ้างและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน แต่ปรากฏว่าก่อนที่จะคลอดคู่สมรสที่ว่าจ้างนี้ได้ฟ้องหย่าต่อศาล และฝ่ายหญิงขอให้ศาลมีคำสั่งว่าเธอเป็นมารดาของเด็ก ในที่สุดศาลได้พิพากษาว่าคู่สมรสคู่นี้เป็นบิดามารดาของเด็กตามกฎหมาย โดยศาลได้นำหลักฐานที่ปรากฏในคำพิพากษาคดี *Johnson v. Calvert* มาเป็นเหตุผลหลักในการวินิจฉัย แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าทารกที่กำเนิดมานั้นไม่มีความสัมพันธ์ของพันธุกรรมกับคู่สมรสคู่นี้แม้แต่น้อยก็ตาม

ต่อมาได้มีคดีเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1994 ที่รัฐแคลิฟอร์เนีย มีคู่สมรสคู่หนึ่งชื่อว่าจอห์นและลูแอนบ๊ชแซนคาได้ตกลงว่าจ้างหญิงคนหนึ่งให้ตั้งครรภ์แทนโดยนำไข่และเชื้ออสุจิที่ได้รับบริจาคมาจากบุคคลภายนอกมาผสมเทียมแล้วนำตัวอ่อนนั้นเข้าไปฝังตัวในมดลูกของหญิงที่ตกลงรับตั้งครรภ์แทน แต่ต่อมาพบว่าก่อนที่จะเกิดมาหนึ่งเดือนฝ่ายชายได้ฟ้องหย่าฝ่ายหญิงโดยอ้างว่าทั้งสองไม่มีบุตรที่ต้องปกครอง แต่ฝ่ายหญิงให้การต่อสู้ว่าเธอกับสามีกำลังจะมีบุตรตามกฎหมายที่เกิดจากการว่าจ้างให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน และขอให้ศาลสั่งให้ฝ่ายชายจ่ายค่าเลี้ยงดูด้วย ในคดีนี้ศาลชั้นต้นพิพากษาว่าศาลไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะสั่งให้ฝ่ายชายจ่ายค่าเลี้ยงดูบุตรแต่ศาลอุทธรณ์แห่งรัฐแคลิฟอร์เนีย (California Court of Appeal) พิพากษากลับเป็นว่าฝ่ายชายเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก และมีหน้าที่ต้องจ่ายค่าเลี้ยงดูเด็กที่เกิดมานั้นนอกเหนือจากที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น ในเรื่องเกี่ยวกับอำนาจการปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในประเทศสหรัฐอเมริกา ยังมีสภาพปัญหาของการแย่งชิงอำนาจปกครองบุตรที่เกิดขึ้นอยู่เสมอมาเช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลอยู่เสมอ ดังคดีตัวอย่างที่โด่งดังที่สุดในประเทศสหรัฐอเมริกาเมื่อปี ค.ศ. 1987 เกี่ยวกับอำนาจการปกครองเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน คือ คดี *In re Baby M* ข้อเท็จจริงปรากฏว่านายวิลเลียมสเตอร์น

มีภรรยาซึ่งไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ จึงได้ติดต่อนาง แมรีเบธ ไวท์เฮด ให้เป็นผู้ตั้งครรภ์แทนโดยมีวิธีการใช้เชื้ออสุจิของนายสเตอร์นฉีดเข้าไปในโพรงมดลูกของนางไวท์เฮด และมีข้อตกลงว่านางไวท์เฮด จะได้รับค่าจ้างเป็นเงิน 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ เมื่อนางไวท์เฮดคลอดทารกมาเป็นมารดา และส่งมอบเด็กให้แก่นายสเตอร์น ต่อมาเมื่อนางไวท์เฮดให้กำเนิดบุตรซึ่งมีชื่อว่าเด็กหญิงมาลิสสา (Baby M) นางไวท์เฮดก็ได้ส่งมอบเด็กให้อยู่ในความปกครองของนายสเตอร์นตามข้อตกลง แต่ภายหลังเธอได้ติดต่อขอรับเด็กมาดูแลเป็นเวลาหนึ่งอาทิตย์ เมื่อครบกำหนดเธอกลับไม่ยอมที่จะส่งเด็กคืนให้กับนายสเตอร์น และได้พาเด็กนั้นย้ายหนีจากรัฐนิวเจอร์ซีย์ไปยังรัฐฟลอริดา นายสเตอร์นได้ฟ้องต่อศาลของรัฐนิวเจอร์ซีย์ขอให้บังคับนางไวท์เฮดปฏิบัติตามสัญญา ระหว่างการพิจารณาคดีเด็กหญิงมาลิสสา ได้ถูกนำมาอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของศาลแต่อนุญาตให้นางไวท์เฮดเข้าเยี่ยมเยียนได้เป็นครั้งคราว

ศาลแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ (New Jersey Superior Court) ไม่ได้วินิจฉัยโดยตรงว่าสัญญาับตั้งครรภ์แทนมีผลบังคับใช้ตามกฎหมายได้ในทุกกรณีหรือไม่ แต่ศาลในคดีนี้เห็นว่า สัญญาับตั้งครรภ์แทนมีผลบังคับตามกฎหมายได้เพราะสอดคล้องกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก (Best Interests of the Child) ศาลจึงมีคำสั่งว่าอำนาจปกครองบุตรตกแก่นายสเตอร์นแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้น ส่วนนางไวท์เฮดไม่มีสิทธิใดๆ ในเด็กหญิงมาลิสสาเลย รวมทั้งสิทธิในการเยี่ยมเยียนเด็ก (Right to Visitation) ด้วยต่อมาคดีได้ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสูงสุดแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ (New Jersey Supreme Court) ในเบื้องต้นศาลได้วินิจฉัยว่าสัญญาตั้งครรภ์แทนในคดีนี้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีเนื่องจากกฎหมายของนิวเจอร์ซีย์ไปห้ามมิให้มีการจ่ายค่าตอบแทนเพื่อแลกเปลี่ยนกับการสละอำนาจปกครองเด็ก การจ่ายค่าตอบแทนให้นางไวท์เฮดในกรณีนี้จึงเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการป้องกันมิให้มีการซื้อขายเด็ก ศาลจึงเห็นว่า สัญญาตั้งครรภ์แทนในกรณีนี้ไม่มีผลบังคับตามกฎหมายสำหรับปัญหาว่าบุคคลใดสมควรเป็นผู้มีอำนาจปกครองเด็กนั้น ศาลเห็นด้วยกับคำพิพากษาของศาลล่างที่มีคำสั่งให้อำนาจปกครองตกแก่นายสเตอร์นด้วยเหตุผลอย่างเดียวกันคือเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กแต่ ศาลเห็นว่าหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interests of the Child Principle) นำไปใช้ได้โดยเฉพาะการกำหนดอำนาจปกครองบุตรเท่านั้นแต่

ในการเพิกถอนอำนาจปกครองบุตรจะพิจารณาจากหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กแต่เพียงอย่างเดียวไม่ได้แต่ต้องพิจารณาถึงประโยชน์ของมารดาบิดาในทางวัฒนธรรม ศีลธรรมและตามรัฐธรรมนูญด้วยในกรณีนี้เมื่อไม่ปรากฏข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นว่านางไวท์เฮดสละสิทธิความเป็นมารดาของเด็กหรือไม่มีความเหมาะสมที่จะเป็นผู้มีอำนาจปกครองเด็กต่อไป การเพิกถอนสิทธิในความเป็นมารดาของเด็กทั้งหมดจึงไม่ชอบศาลจึงมีคำสั่งอนุญาตให้นางไวท์เฮดมีสิทธิในการเยี่ยมเยียนตามสมควรได้

สรุปได้ว่า ในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน หากมีปัญหาต้องวินิจฉัยเรื่องการแย่งชิงอำนาจปกครองบุตร (Custody Battle) ศาลจะพิจารณาจากหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญซึ่งหลักการเช่นนี้เป็นหลักการที่ใช้ในกฎหมายครอบครัวตามปกติในบางมลรัฐของสหรัฐอเมริกาอยู่แล้วเช่นมิชิแกนและวอชิงตันจะมีการบัญญัติกฎหมายไว้โดยตรงว่าเมื่อมีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตรในคดีที่เกิดจากสัญญารับตั้งครรภ์แทน ศาลต้องใช้หลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญแต่ในบางมลรัฐไม่ได้บัญญัติกฎหมายไว้โดยชัดแจ้งก็มีการนำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กไปใช้โดยอนุโลมเช่นเดียวกันเกือบทุกคดีโดยอนุโลมด้วย

5.3 เครือรัฐออสเตรเลีย

นับแต่ปี ค.ศ. 1973 เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในเครือรัฐออสเตรเลียได้ประสบความสำเร็จเป็นครั้งแรก เกี่ยวกับการใช้เทคนิคการปฏิสนธิออกร่างกาย เพื่อให้หญิงคนหนึ่งตั้งครรภ์ได้สำเร็จ แม้ต่อมาหญิงคนดังกล่าวจะแท้งครรภ์ก็ตาม หลังจากนั้นในปี ค.ศ. 1980 เครือรัฐออสเตรเลียก็เป็นประเทศที่สองในโลก ซึ่งประสบความสำเร็จในการช่วยให้หญิงคนหนึ่งมีบุตรจากกรรมวิธีการปฏิสนธิออกร่างกาย⁸⁹ อีกทั้งในปี ค.ศ. 1984 เครือรัฐออสเตรเลียก็ยังเป็นประเทศแรกที่ประสบ

⁸⁹Barbara L. Keller, "Surrogate Motherhood Contracts in Louisiana: To Ban or to Regulate?," **Louisiana Law Review** 49, 1 (September 1989): 143, 157.

ความสำเร็จในการนำตัวอ่อนที่แช่แข็งมาใช้ในการปฏิสนธินอกร่างกาย และในการทำให้ทารกถือกำเนิดขึ้นจากไข่ที่ได้รับการบริจาคได้

แต่อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันนี้ได้มีบางรัฐออกกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนได้บ้างแล้ว ในกลุ่มของรัฐที่มีกฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนไว้ โดยเฉพาะนั้น ก็มีรัฐควีนส์แลนด์ซึ่งถือเป็นรัฐที่มีกฎหมายเข้มงวดที่สุด เพราะถือว่าการตั้งครรภ์แทนและการดำเนินการจัดการให้มีการตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะเป็นเพื่อการประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือไม่ ล้วนแต่เป็นความผิดทางอาญาทั้งสิ้น โดยกฎหมายนี้จะลงโทษผู้กระทำความผิดหากมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นในรัฐนี้ ไม่ว่าผู้กระทำความผิดจะอยู่ที่ใด และเมื่อผู้กระทำอาศัยอยู่ในรัฐนี้ ไม่ว่าจะทำความผิดที่ใด แต่สำหรับรัฐวิกตอเรีย รัฐเทศเมเนียบ รัฐออสเตรเลียเย็น รัฐแคปปีตอล และรัฐเทอรัทอรีนั้น ห้ามเฉพาะการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์เท่านั้น โดยในรัฐเหล่านี้ก็ยังถือว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะเป็นเพื่อประโยชน์ทางพาณิชย์หรือไม่เป็นสัญญาที่เป็นโมฆะและไม่สามารถบังคับได้ตามกฎหมาย เว้นแต่รัฐออสเตรเลียเย็น รัฐแคปปีตอลและรัฐเทอรัทอรีเท่านั้น ที่มีบทบัญญัติพิเศษโดยชัดแจ้งอนุญาตให้มีการตั้งครรภ์ ในกรณีที่ไม่ได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ทางพาณิชย์ แต่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น เท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายของรัฐออสเตรเลีย รัฐแคปปีตอลและรัฐเทอรัทอรีก็ยังกำหนดไว้ว่า สัญญารับตั้งครรภ์แทนเช่นนี้ ไม่สามารถนำมาฟ้องร้องให้ปฏิบัติตามสัญญากันได้

ส่วนกฎหมายของรัฐเซาท์ออสเตรเลีย แม้ว่าการรับตั้งครรภ์แทนจะไม่มีโทษทางอาญาแต่กฎหมายก็กำหนดไว้ว่า สัญญาตั้งครรภ์แทนไม่มีผลบังคับตามกฎหมายเช่นกัน จึงเห็นได้ว่าแม้บางรัฐในออสเตรเลียจะห้ามเฉพาะการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์เท่านั้น ทำให้การตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้นไม่มากนัก เพราะในขณะที่ใช้บังคับกฎหมาย Infertility (Medical Procedures Act 1984) ของรัฐวิกตอเรียมาตรา 13(3) (d) (I) กำหนดไว้ว่า “การช่วยเจริญพันธุ์โดยวิธีการปฏิสนธินอกร่างกายจะกระทำได้เฉพาะแก่หญิงที่ไม่สามารถตั้งครรภ์ด้วยวิธีการตามธรรมชาติเท่านั้น บทบัญญัติเช่นนี้เท่ากับเป็นการห้ามตั้งครรภ์แทนโดยปริยายอยู่แล้ว” ในเรื่องสถานภาพของเด็กที่เกี่ยวข้องกับความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในเครือรัฐออสเตรเลีย นั้น ไม่มีรัฐใดที่ออก

กฎหมายแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักการตามกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งถือว่าหญิงให้กำเนิดบุตรแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้นเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมา⁹⁰

ในกลุ่มของรัฐที่มีกฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนไว้โดยเฉพาะนั้น ก็มีรัฐควีนสแลนด์ซึ่งถือเป็นรัฐที่มีกฎหมายเข้มงวดที่สุด เพราะถือว่าเป็นการตั้งครรภ์แทนและการดำเนินการจัดการจัดให้มีการตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะเป็นไปเพื่อประโยชน์เชิงพาณิชย์หรือไม่ ล้วนแต่เป็นความผิดทางอาญาทั้งสิ้นโดยกฎหมายนี้จะลงโทษผู้กระทำความผิดหากมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นในรัฐนี้ ไม่ว่าผู้กระทำความผิดจะอยู่ที่ใดและเมื่อผู้กระทำอาชยอยู่ที่ใด และเมื่อผู้กระทำอาชยอยู่ในรัฐนี้ ไม่ว่าจะกระทำความผิดที่ใด แต่สำหรับรัฐวิกตอเรีย รัฐทาสมาเนีย รัฐออสเตรเลีย รัฐคอปปีตอล และรัฐเทอรัทอรีนั้น ห้ามเฉพาะการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์เท่านั้น โดยในรัฐเหล่านี้ก็ยังถือว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะเพื่อประโยชน์ทางพาณิชย์หรือไม่เป็นสัญญาที่เป็นโมฆะและไม่สามารถบังคับได้ตามกฎหมาย เว้นแต่รัฐออสเตรเลีย รัฐแคปปิตอล และรัฐเทอรัทอรีเท่านั้นที่มีบทบัญญัติพิเศษโดยชัดแจ้งอนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทน ในกรณีที่ไม่ได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ทางพาณิชย์ แต่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น (Altruistic Surrogacy) เท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายออสเตรเลีย รัฐแคปปิตอลและรัฐเทอรัทอรีก็ยังกำหนดไว้ว่า สัญญารับตั้งครรภ์แทนเช่นนี้ ไม่สามารถนำมาฟ้องร้องให้ปฏิบัติตามสัญญากันได้

ส่วนกฎหมายของรัฐเซาท์ออสเตรเลีย แม้ว่าการตั้งครรภ์แทนจะไม่มีโทษทางอาญา แต่กฎหมายก็กำหนดไว้ว่า สัญญาตั้งครรภ์แทนไม่มีผลบังคับตามกฎหมายเช่นกัน จึงเห็นได้ว่าแม้บางรัฐในออสเตรเลียจะห้ามเฉพาะการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์เท่านั้น ทำให้การตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้นไม่มากนัก เพราะในขณะที่ใช้บังคับกฎหมาย Infertility (Medical Procedures Act 1984) ของรัฐวิกตอเรียมาตรา 13 (a) (d) (I) กำหนดไว้ว่า“การช่วยเจริญพันธุ์โดยวิธีการปฏิสนธินอกร่างกายจะกระทำได้เฉพาะแก่

⁹⁰Abigail Lauren Perdue, “For Love or Money: The Legal Regulation of Surrogate,” **Journal of Contemporary Health Law & Policy** 27, 2 (November 1996): 3.

หญิงที่ไม่สามารถตั้งครรภ์ด้วยวิธีการตามธรรมชาติเท่านั้น บทบัญญัติเช่นนี้เท่ากับเป็นการห้ามตั้งครรภ์โดยปริยายอยู่แล้ว”

ในเรื่องสถานภาพของเด็กที่เกี่ยวข้องกับความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในเครือรัฐออสเตรเลียนั้น ไม่มีรัฐใดที่ออกกฎหมายแก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักการตามกฎหมายคอมมอนลอว์ ซึ่งถือว่าหญิงที่ให้กำเนิดบุตรแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้นเป็นมารดาโดยชอบกฎหมายของเด็กที่เกิดมา โดยมีกฎหมายในบางรัฐเช่น ในมาตรา 10 (d) (1) ของกฎหมาย Family Relationships Act 1975 (SA) กำหนดไว้โดยชัดแจ้งว่า สามียของหญิงที่ให้กำเนิดบุตรอันเนื่องมาจากปฏิสนธิเทียม ไม่ว่าจะเป็นการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อ หรือจากการปฏิสนธินอกร่างกาย ให้ถือว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น

สำหรับในรัฐออสเตรเลีย รัฐแคปปีตอล และรัฐเทอรัทอรี ซึ่งยอมรับให้มีการตั้งครรภ์แทนที่มีได้เป็นไปเพื่อการค้า ก็ไม่มีบทบัญญัติที่ถือว่าคู่สมรสที่จ้างให้มีการตั้งครรภ์แทนเป็นบิดามารดาของเด็กตามกฎหมาย แม้ว่าในปี ค.ศ. 1997 จะได้มีการพยายามการเสนอกฎหมาย Artificial Conception (Amendment) Bill เพื่อเปิดโอกาสให้คู่สมรสที่จ้างให้ตั้งครรภ์แทนสามารถเป็นบิดามารดาตามกฎหมายได้ แต่ร่างกฎหมายฉบับนี้ก็ไม่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภา ดังนั้น หากคู่สมรสที่จ้างประสงค์ที่จะเป็นบิดามารดาของเด็กวิธีการเดียวที่สามารถทำได้ก็คือการรับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรมนั่นเอง

ตัวอย่าง คดีที่สำคัญเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนในเครือรัฐออสเตรเลีย ก็คือ เรื่องการฟ้องร้องดำเนินคดีในศาลเพื่อแย่งชิงอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากครรภ์แทนเมื่อปี ค.ศ. 1997 ได้แก่ คดี Re Evelyn ซึ่งปรากฏข้อเท็จจริงว่า ครอบครัวของนาง A กับ ครอบครัวของนาง B มีความสนิทสนมกันมาเป็นเวลานานโดยนาง A ได้เสนอตัวเข้าเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนให้แก่ครอบครัวของนาง B โดยไม่ปรากฏว่ามีการจ้างค่าตอบแทนกันแต่อย่างใด โดยในการตั้งครรภ์ครั้งนี้ ได้ใช้เชื้อสุจิของสามีของนาง B โดยที่สามีของนาง A ได้ให้ความยินยอมด้วย การตั้งครรภ์เป็นไปด้วยดี จนกระทั่งนาง A คลอดบุตรมีการเรียกชื่อว่าเด็กหญิง Evelyn ครอบครัวของนาง A ได้ส่งมอบเด็กให้แก่ครอบครัวของนาง B ตามข้อตกลง แต่ภายหลังปรากฏว่ามีการติดต่อกันระหว่างครอบครัวทั้งสองลง

จนทำให้นาง A ต้องการที่จะได้ให้เด็กหญิง Evelyn กลับมาเลี้ยงดูแต่เพียงผู้เดียว หลังจากนั้นเธอจึงได้พบครอบครัวของนาง B แล้วนำเด็กกลับมาเลี้ยงดูโดยไม่ยอมส่งมอบเด็กให้แก่นาง B อีกเลย ต่อมานาง B และสามีได้ยื่นฟ้องต่อศาลครอบครัวแห่งรัฐเซาท์ออสเตรเลีย ของให้มีคำสั่งให้เด็กหญิง Evelyn อยู่ในอำนาจปกครองบุคคลทั้งสองศาล โดยผู้พิพากษาจอร์แดน (Justice Jordan) กล่าวว่า ตอนที่วินิจฉัยว่าอำนาจปกครองควรตกแก่บุคคลใด ศาลได้กล่าวว่า สัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นโมฆะและไม่มีผลบังคับตามกฎหมายโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณารายละเอียดของสัญญาดังกล่าว สำหรับปัญหาว่าฝ่ายใดสมควรมีอำนาจปกครองเด็กนั้น ในเบื้องต้นศาลเห็นว่าครอบครัวทั้งสองฝ่ายต่างมีความสามารถในการเลี้ยงดูเด็กได้เป็นอย่างดี และศาลได้ให้ความเห็นว่า “เป็นการสมควรอย่างยิ่งที่ข้าพเจ้าจะพิจารณาเจตนา และความคาดหวังของบุคคลทั้งสี่ที่ได้มีส่วนร่วมกันให้เด็กกำเนิดมา ตลอดจนพฤติกรรมแวดล้อมทั้งหมดที่เกี่ยวกับการกำเนิดของเด็กหญิง Evelyn แต่สิ่งเหล่านี้ก็ย่อมไม่อยู่เหนือประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้น”

การที่ศาลนำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กมาใช้ในครั้งนี้ ทำให้ศาลได้ข้อมูลสรุปว่า แม้ความสัมพันธ์ระหว่างเด็กหญิง Evelyn กับครอบครัวของนาง B จะเป็นไปด้วยดี แต่ในอนาคตเด็กหญิง Evelyn จะต้องประสบกับปัญหาที่เกี่ยวข้องกับสถานภาพของตนเองซึ่งในกรณีเช่นนี้บุคคลซึ่งเป็นผู้ให้กำเนิดย่อมอยู่ในฐานะที่จะทำความเข้าใจกับเธอได้ดีที่สุด ศาลจึงมีคำสั่งให้อำนาจปกครองตกแก่นาง A และสามี แต่ก็ให้สิทธิแก่นาง B และสามีในการติดต่อกับเด็กได้ รวมทั้งมีคำสั่งให้ทั้งสองฝ่ายรับผิดชอบร่วมกันในสวัสดิภาพของเด็กในระยะยาวด้วย แม้ต่อมาคดีนี้ได้เข้าสู่การพิจารณาของคณะใหญ่ของศาลครอบครัว (Full Court of the Family Court) แต่ศาลสูงมิได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงคำพิพากษาเป็นอย่างอื่น ซึ่งการนำหลักประโยชน์สูงสุดมาใช้เพื่อกำหนดอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนเช่นนี้ ย่อมเป็นการสอดคล้องกับหลักกฎหมายมาตรา 65E กำหนดไว้ว่า ในการพิจารณากำหนดอำนาจปกครองเด็กนั้นศาลจะต้องพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ เหมือนกับหลักเกณฑ์ตามแนวคำพิพากษาของศาลในระบบคอมมอนลอว์ทั่วไป

ในเครือรัฐออสเตรเลีย แต่ละรัฐมีกฎหมายที่แตกต่างกันไป ผู้วิจัยนำกฎหมายของออสเตรเลียในรัฐวิกตอเรีย คือ Artificial Reproductive Treatment Act 2008

ที่ถือว่าเป็นกฎหมายที่บังคับใช้ล่าสุดและถือว่าเป็นกฎหมายที่ทันสมัย กฎหมายอนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนได้ มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

หมวดที่ 1 คำจำกัดความ

มาตรา 3 เด็ก คือ บุคคลที่มีอายุน้อยกว่า 18 ปี

มาตรา 7 กระบวนการช่วยในการตั้งครรภ์แทนบุคคลนี้เท่านั้นที่จะดำเนินการ
กระบวนการช่วยในการตั้งครรภ์แทนได้หาก

(ก) บุคคลนั้น

(1) คือ แพทย์ผู้ซึ่งดำเนินการตั้งครรภ์แทนในนามขององค์กรของรัฐ

(2) บุคคลซึ่งดำเนินการตั้งครรภ์แทนภายใต้การกำกับดูแลและขึ้นตรงกับ
แพทย์ซึ่งดำเนินการตั้งครรภ์แทนในนามของ องค์กรของรัฐและ

(ข) บุคคลนั้นต้องปฏิบัติตาม ข้อกำหนดในหมวดที่ 2, 3, 4 มิฉะนั้นระวาง
โทษ: ปรับ 480 Penalty Units หรือจำคุก 4 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 8 การผสมเทียมบุคคลที่ดำเนินการผสมเทียมผู้หญิงได้ถ้าหากบุคคล
นั้น

(ก) เป็นแพทย์ และ

(ข) ต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดเป็นไปใน หมวดที่ 2, 3, 4

หากไม่ปฏิบัติตามมีโทษ : ปรับ 480 Penalty Units หรือจำคุก 4 ปี หรือทั้งจำ
ทั้งปรับ

หมวดที่ 2 ข้อกำหนดทั่วไปในกระบวนการตั้งครรภ์แทน

มาตรา 10

ผู้ที่อาจเข้าสู่กระบวนการตั้งครรภ์แทน

หญิงอาจเข้าสู่กระบวนการนี้ได้ หาก

(ก) หญิงและสามีได้ให้ความยินยอมในแบบฟอร์มเพื่อดำเนินการ

(ข) หรืออย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้

(1) ต้องด้วยหลักเกณฑ์ในอนุมาตรา 2 ซึ่งใช้กับหญิงหรือ

(2) คณะกรรมการ พิจารณาแล้วเห็นว่าไม่มีอุปสรรคต่อหญิงในการ
ดำเนินการกระบวนการรักษาแต่ละประเภท

ในวรรค 1 (ข) (1) หลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับกับหญิง คือ

(ก) หลักพื้นฐานต่อไปนี้เป็นต้องได้รับความเห็นชอบจากแพทย์

(1) ในพฤติการณ์ของหญิง หญิงไม่อาจตั้งครรภ์ได้โดยวิธีอื่น หากไม่ใช่
วิธีการนี้

(2) หญิงไม่สามารถตั้งครรภ์หรือให้กำเนิดทารกได้โดยปราศจากการ
ตั้งครรภ์แทน

(3) หญิงที่มีความเสี่ยงที่จะถ่ายทอดพันธุกรรมที่ผิดปกติ หรือ โรคทาง
พันธุกรรมไปยังเด็กแรกเกิดรวมถึงพันธุกรรมที่ผิดปกติหรือโรคทางพันธุกรรมสำหรับ
สามีของผู้หญิงที่เป็นพาหะและ

(ข) ข้อเสนอพื้นฐานที่ขัดกับการรักษา จะไม่ถูกนำมาใช้กับหญิง

แพทย์ต้องเห็นชอบตามวรรค 2 (ก) (3) ว่าหญิงที่มีความเสี่ยงในการถ่ายทอด
ยีนที่ผิดปกติหรือโรคทางพันธุกรรมในกรณีต่อไปนี้

(ก) แพทย์ได้รับคำแนะนำถึงผลกระทบจากแพทย์อื่นหรือนักพันธุกรรม และ

(ข) ถ้าหากคำแนะนำจากแพทย์หรือแพทย์ผู้อื่นมีคุณสมบัติความเชี่ยวชาญ
ทางด้านร่างกายของมนุษย์

มาตรา 11 ข้อกำหนดเกี่ยวกับความยินยอม

ความยินยอมตามมาตรา 10 วรรค 1

(ก) ต้องระบุชี้ชัดว่าหญิงและคู่สมรสให้ความยินยอมในกระบวนการนี้

(ข) จะต้องไม่ถูกเพิกถอนหรือมีการยกเลิก เมื่อกระบวนการนี้เกิดขึ้น

(ค) รวมถึงต้องมีใบรับรองจากผู้ให้คำปรึกษาที่ให้คำปรึกษากับหญิงและคู่
สมรสตามมาตรา 13 ที่ผู้ให้คำปรึกษาต้องตรวจบันทึกอาชญากรรมและตรวจสอบ
ความสัมพันธ์หญิงกับคู่สมรส

(ง) ต้องพร้อมด้วยความยินยอมจากหญิงและคู่สมรส

หมวดที่ 3: ข้อกำหนดสำหรับผู้ให้

มาตรา 16 การให้เซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนในครรภ์

(1) เซลล์สืบพันธุ์ที่ถูกให้จะถูกนำไปใช้ในกระบวนการ ในกรณีที่มีผู้ให้
ยินยอมให้ใช้เซลล์สืบพันธุ์ในกระบวนการตั้งครรภ์แทน

(2) ตัวอ่อนในครรภ์จะถูกนำไปใช้ในกระบวนการทางการแพทย์ หากผู้ที่ให้
เซลล์สืบพันธุ์เพื่อสร้างตัวอ่อนได้ให้ความยินยอมให้ใช้เซลล์สืบพันธุ์ในกระบวนการ
ตั้งครรภ์แทน

มาตรา 17 ข้อกำหนดเกี่ยวกับความยินยอม

(1) ความยินยอมของผู้ให้ภายใต้มาตรา 16

(ก) ต้องมีกฎหมายบัญญัติให้ทำ

(ข) ต้องกำหนดจำนวนของหญิงว่าการรักษาอันไหนจะต้องใช้ไข่, อสุจิ,
ตัวอ่อน ของผู้ใดในการเข้ารับรักษา

(ค) ต้องกำหนดประเภทการรักษาว่าจะใช้ไข่ อสุจิ ตัวอ่อน อันใด

(ง) ต้องไม่มีการยกเลิกในระหว่างที่มีกระบวนการตั้งครรภ์แทน

มาตรา 18 ข้อกำหนดเกี่ยวกับการให้คำปรึกษา

ก่อนที่จะบุคคลใดจะให้ความยินยอมตามมาตรา 16 บุคคลนั้นต้องได้รับ
คำแนะนำจากผู้ให้คำปรึกษาตามที่กำหนด

มาตรา 36 การเคลื่อนย้าย เซลล์สืบพันธุ์ กับ ตัวอ่อน เข้าและออกจากรัฐ
วิคตอเรีย

(1) บุคคลนั้นจะต้องไม่

(ก) นำเซลล์สืบพันธุ์ที่มีผู้ให้หรือตัวอ่อนที่เกิดจากเซลล์สืบพันธุ์ ที่มีผู้ให้
เข้ายังรัฐวิคตอเรีย

(ข) นำเซลล์สืบพันธุ์ ที่มีผู้ให้หรือตัวอ่อนที่เกิดจากเซลล์สืบพันธุ์ที่มีผู้ให้
ออกจากรัฐวิคตอเรีย

โทษ: ปรับ 240 Penalty Units หรือจำคุก 2 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 39 เพื่อดำเนินการตั้งครรภ์แทน กระบวนการตั้งครรภ์แทนต้องได้รับ
ความเห็นชอบจากคณะกรรมการ

มาตรา 40 การพิจารณาให้ดำเนินการตั้งครรภ์แทนได้ต้องประกอบด้วย

ได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการ ในเรื่องต่อไปนี้

(ก) แพทย์มีความเห็นว่า

(1) ผู้ทำสัญญาให้ตั้งครรภ์แทนที่ไม่อาจตั้งครรภ์ได้ หรือไม่อาจให้กำเนิดได้

(2) หากผู้ทำสัญญาให้ตั้งครรภ์แทนเป็นหญิง แล้วหญิงนั้นมีความเสี่ยงในชีวิต สุขภาพหากมีการตั้งครรภ์หรือให้กำเนิดไขขงแม่อุ้มบุญจะต้องไม่ถูกนำมาใช้ในกระบวนการตั้งครรภ์ หรือ แม่อุ้มบุญนั้นเคยตั้งครรภ์ หรือ ให้กำเนิดเด็กที่คลอดแล้วมีชีวิต

(ข) แม่อุ้มบุญจะต้องมีอายุอย่างน้อย 25 ปี

(ค) ผู้ทำสัญญาให้ตั้งครรภ์แทนที่ แม่อุ้มบุญและคู่สมรสของแม่อุ้มบุญต้องได้รับคำปรึกษาและคำแนะนำทางกฎหมายอย่างน้อยตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 43

มาตรา 44 ค่าใช้จ่ายในการตั้งครรภ์แทน

(1) แม่อุ้มบุญจะต้องไม่รับผลประโยชน์ใด ๆ จากการตั้งครรภ์แทน

โทษ: ปรับ 240 Penalty Units หรือจำคุกสองปี หรือทั้งจำทั้งปรับ

(2) อนุมาตรา 1 นั้นไม่รวมถึง การที่แม่อุ้มบุญนั้นได้เบิกเงินตามที่ได้ชำระโดยเหตุอันเนื่องมาจากการตั้งครรภ์แทน

(3) ค่าใช้จ่ายอื่นนอกจาก (2) นั้นเป็น โฆษและไม่มีผลใช้บังคับ

สรุปได้ว่า กฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลียนั้นโดยส่วนใหญ่จะห้ามมิให้มีการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ และขณะเดียวกันก็ไม่ส่งเสริมให้มีการรับจ้างตั้งครรภ์แทนแม้จะไม่มีผลประโยชน์เข้ามาเกี่ยวข้องก็ตาม ทำให้สัญญาจ้างตั้งครรภ์แทนส่วนใหญ่จะไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจึงไม่สามารถนำมาฟ้องร้องบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามสัญญาได้ แต่เมื่อมีคดีเกิดขึ้นศาลจะนำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กมาใช้เพื่อพิจารณาปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดอำนาจปกครองของเด็กนั้นโดยอนุโลม

ผู้วิจัยได้นำกฎหมายทั้ง 3 ประเทศ มาศึกษา และทำให้ทราบว่า สถานะทางกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ในกรณีมีการรับตั้งครรภ์แทน ในสหราชอาณาจักรมีกฎหมายว่าการรับตั้งครรภ์แทนมาบังคับใช้

โดยถือว่าการรับตั้งครุฑแทนเป็นเรื่องที่ถูกต้องหากมีการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด โดยประเทศไทยได้นำกฎหมายสหราชอาณาจักรเป็นแบบอย่างในการตรากฎหมายคุ้มครองเด็ก การรับตั้งครุฑแทนในสหรัฐอเมริกายังมีความเห็นที่แตกต่างกันและไม่สามารถชี้ชัดลงได้อย่างชัดเจน เนื่องจากคณะกรรมการว่าด้วยความเป็นหนึ่งเดียวของกฎหมาย และสมาคมเนติบัณฑิตอเมริกัน ไม่สามารถมีมติเอกฉันท์เพื่อเสนอรูปแบบของการรับตั้งครุฑแทนให้ออกมาในแนวทางเดียวกันได้ แม้ว่าในบางมลรัฐของสหรัฐอเมริกาจะรับรองการตั้งครุฑแทนจากคำพิพากษา แต่ในบางมลรัฐยังถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย สำหรับกฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลียมีกฎหมายห้ามให้มีการรับตั้งครุฑแทน โดยบางมลรัฐถือว่าเป็นการกระทำความผิดที่มีโทษทางอาญา

บทที่ 3

วิธีดำเนินการวิจัย

การศึกษาวิจัยเรื่องนี้ ผู้วิจัยต้องการวิเคราะห์หาหลักเกณฑ์ และมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และนำไปสู่แนวทางการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่มีอยู่ ให้สามารถนำไปปฏิบัติที่เป็นรูปธรรม และให้เหมาะสมกับการบังคับใช้มากยิ่งขึ้น โดยเป็นการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ซึ่งได้ดำเนินการวิจัยตามลักษณะของการเก็บรวบรวมข้อมูล โดยแบ่งออกเป็น 2 ขั้นตอน ดังต่อไปนี้

ขั้นตอนที่ 1 การวิจัยเอกสาร (Documentary Research)

ขั้นตอนที่ 2 การวิจัยภาคสนาม (Field Research) ใช้วิธีการเก็บข้อมูล ดังนี้

2.1 การสัมภาษณ์เชิงลึก (In-Depth Interview)

2.2 ประเมินร่างกฎหมาย

1. การวิจัยเอกสาร (Documentary Research)

โดยการศึกษาค้นคว้า และรวบรวมเอกสาร ข้อมูลต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่ศึกษา ได้แก่ กฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ คำพิพากษาของศาล ตำรา วารสาร บทความ รายงานการวิจัย วิทยานิพนธ์ ข้อเขียน รายงานการประชุม บันทึกการประชุม เอกสารประกอบการประชุม และเอกสารอื่น ๆ ที่เผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ต ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ทั้งนี้เพื่อเป็นการสร้างฐานความรู้ในการวิเคราะห์ สังเคราะห์ เปรียบเทียบ และประมวลผลต่อไป

1.1 การเก็บรวบรวมข้อมูล

ผู้วิจัยได้ทำการเก็บรวบรวมเอกสาร ข้อมูลทางกฎหมายจากแหล่งข้อมูลต่าง ๆ คือ ข้อมูลทุติยภูมิ (Secondary Data) เป็นเอกสารข้อมูลที่ได้ผ่านวิเคราะห์ หรือตีความจากบุคคลอื่นมาแล้ว โดยเอกสารข้อมูลที่สำคัญ และเกี่ยวข้องกับงานวิจัยครั้งนี้ สามารถจำแนกประเภท ได้ดังนี้

1.1.1 กฎหมายไทย ประกอบด้วย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกาศแพทยสภาที่ออกตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

1.1.2 กฎหมายต่างประเทศ ได้แก่

กฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ของสหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา เครือรัฐออสเตรเลีย รวมทั้งกฎ ระเบียบ ข้อบังคับ อื่นๆที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในต่างประเทศ

1.1.3 กฎหมายระหว่างประเทศประกอบด้วย

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child) ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Declaration on the Rights of the Child) ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็กหรือปฏิญญาเจนีวา (The Declaration of Geneva 1924)

1.1.4 คำพิพากษาของศาลไทย รวมถึงเอกสารวิชาการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องประกอบด้วย ตำรา วารสาร บทความ รายงานการวิจัย คู่มือ นิพนธ์ ข้อเขียน และเอกสารอื่น ๆ ที่เผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ต ทั้งนี้ เพื่อเป็นการสร้างฐานความรู้ในการวิเคราะห์ สังเคราะห์ เปรียบเทียบ และประมวลผลต่อไป

1.2 การวิเคราะห์ข้อมูล

ผู้วิจัยได้บูรณาการข้อมูลที่ได้จากการศึกษา และค้นคว้าเอกสารทางวิชาการต่าง ๆ โดยการวิเคราะห์ สังเคราะห์ และเปรียบเทียบตามแนวทางการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Data) ซึ่งเป็นการวิเคราะห์ข้อมูลในเชิงพรรณนา (Descriptive) โดยใช้เทคนิคการวิเคราะห์เนื้อหา (Content Analysis) เพื่อสรุปประเด็นสำคัญ ๆ ดังต่อไปนี้

- 1) ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดลักษณะของบุคคลให้ตั้งครรภ์แทนและการกำหนดลักษณะของบุคคลที่รับตั้งครรภ์แทน
- 2) ปัญหาเกี่ยวกับการตีความคำว่าเพื่อประโยชน์ทางการค้า
- 3) ปัญหาเกี่ยวกับการตรวจสอบครอบครัวที่รับเด็กไปเลี้ยงดู

2. การวิจัยภาคสนาม (Field Research)

เป็นการเก็บรวบรวมข้อมูลในเชิงคุณภาพจากผู้ทรงคุณวุฒิ นักวิชาการ ตลอดจนบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับเรื่องที่ศึกษา ซึ่งมีความสำคัญต่อการบังคับใช้กฎหมายเพื่อตอบคำถาม ระดมความคิดเห็น และเสนอแนะความคิดเห็นในทุกแง่มุมของปัญหา ซึ่งผู้วิจัยได้กำหนดวิธีการในการวิจัยภาคสนามไว้ 2 วิธี ดังต่อไปนี้

2.1 การสัมภาษณ์เชิงลึก (In-Depth Interview)

การสัมภาษณ์เชิงลึก (In-Depth Interview) เป็นเทคนิควิธีการวิจัยเชิงคุณภาพที่ใช้ในการสัมภาษณ์ส่วนบุคคล เป็นการสัมภาษณ์อย่างลึกซึ้งที่ผู้สัมภาษณ์ต้องพยายามล้วงเอาความจริง หรือความลับของผู้ถูกสัมภาษณ์ได้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ เพื่อให้ทราบถึงเหตุผลที่ก่อให้เกิดข้อเท็จจริงนั้น ๆ¹ โดยผู้วิจัยได้ใช้วิธีการดำเนินการสัมภาษณ์แพทย์ที่มีความรู้เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พนักงานอัยการ

¹สุรพล พรหมกุล, ระเบียบวิธีวิจัยทางรัฐศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร: โอ เอส พริ้นติ้ง เฮาส์, 2554), หน้า 120.

ผู้พิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัว นักวิชาการหรือผู้ทรงคุณวุฒิด้านกฎหมาย เพื่อตอบคำถาม และแสดงความคิดเห็นในทุกแง่มุม² เพื่อได้ทราบถึงสภาพปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ตลอดจนข้อเสนอแนะ แนวทางในการพัฒนา และปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้เหมาะสม โดยที่ผู้สัมภาษณ์สามารถติดตามชักใช้ไต่เรียงรายละเอียดปลีกย่อยที่น่าสนใจ เกี่ยวข้องกับประเด็นที่ศึกษาทำให้ได้ข้อมูล และข้อเท็จจริงที่ลึก และกว้างในเรื่องนั้น ๆ

ผลที่ได้จากขั้นตอนนี้ ผู้วิจัยได้สรุป จัดทำเป็นกรอบแนวทางของหลักเกณฑ์ และมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ทั้งนี้ เพื่อนำไปใช้ประกอบการพิจารณาในการวิจัยขั้นตอนต่อไป

2.1.1 รายละเอียดของการดำเนินการ

1) ประชากร (Population) หมายถึง กลุ่มของสิ่งต่างๆ ที่สมาชิกทุกหน่วยของสิ่งนั้น เป็นกลุ่มเป้าหมายที่ผู้วิจัยต้องการศึกษา³ ซึ่งเป็นบุคคลที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่ ทำวิจัย สำหรับการตอบคำถาม และแสดงความคิดเห็นทุกประเด็นของปัญหา อันจะทำให้ได้ข้อมูลที่ละเอียด และครบถ้วน โดยผู้วิจัยสามารถซักถามข้อเท็จจริง รายละเอียดปลีกย่อยที่สำคัญ และน่าสนใจอย่างใกล้ชิด โดยผู้วิจัยแบ่งประชากรในการสัมภาษณ์ออกเป็น 4 กลุ่ม ได้แก่

กลุ่มที่ 1 กลุ่มแพทย์

กลุ่มที่ 2 กลุ่มอัยการ

กลุ่มที่ 3 กลุ่มผู้พิพากษา

กลุ่มที่ 4 กลุ่มนักวิชาการหรือผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านกฎหมาย

ประชากรทั้งหมดใน 4 กลุ่มนี้ ผู้วิจัยจะเลือกตัวแทนที่เป็นตัวแทนที่ดีพิจารณาจากการปฏิบัติหน้าที่ ประสบการณ์ ความเชี่ยวชาญ ด้านการปฏิบัติงาน ความ

²สุณีย์ มัลลิกะมาลย์, วิทยาการวิจัยทางนิติศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), หน้า 139.

³สุวิมล ตรีภานันท์, ระเบียบวิธีวิจัยทางสังคมศาสตร์แนวทางการปฏิบัติ, พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557), หน้า 165.

เชี่ยวชาญทางด้านวิชาการ มุมมองทางด้านกฎหมาย มุมมองทางสังคมและประสบการณ์การเกี่ยวกับเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เป็นต้น

2) กลุ่มตัวอย่าง (Sample) หมายถึง เป็นส่วนหนึ่งของประชากรที่ผู้วิจัยสนใจ กลุ่มตัวอย่างที่ดี หมายถึง กลุ่มตัวอย่างที่มีลักษณะต่าง ๆ ที่สำคัญครบถ้วนเหมือนกับกลุ่มประชากร เป็นตัวแทนที่ดีของกลุ่มประชากรได้ เนื่องจากจำนวนประชากร (Population) มีจำนวนมาก หากมีการเก็บข้อมูลทั้งหมด จะทำให้ต้องใช้เวลาและงบประมาณเป็นจำนวนมาก ซึ่งในการวิจัยทางสังคมศาสตร์ ยอมให้มีการใช้กลุ่มตัวอย่าง (Sample) เลือกกลุ่มตัวอย่างที่เหมาะสม เพื่อให้ได้ตัวอย่างที่เป็นตัวแทนที่ดีของประชากรที่ศึกษา⁴

ในการเลือกกลุ่มตัวอย่างแบบเฉพาะเจาะจง หรือตามความมุ่งหมาย (Purposive Sampling) โดยเบื้องต้นจากผู้ที่มีความเกี่ยวข้อง และมีความรู้เกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เพื่อเป็นผู้ให้ข้อมูลหลัก (Key-In Formant) ในการสัมภาษณ์เจาะลึก กลุ่มตัวอย่างที่ใช้ในการวิจัยครั้งนี้ ผู้วิจัยใช้วิธีการแบ่งกลุ่มตามกลุ่มที่มีความเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ดังนี้

กลุ่มที่ 1 แพทย์ที่ปฏิบัติหรือเคยปฏิบัติหน้าที่

(1) ศาสตราจารย์เกียรติคุณ นายแพทย์วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ศาสตราจารย์เกียรติคุณ มหาวิทยาลัยมหิดล อดีต ผู้อำนวยการ โครงการส่งเสริมการวิจัยกฎหมายการแพทย์ บัณฑิตวิทยาลัย อดีตศาสตราจารย์ นิติเวชศาสตร์ คณะแพทยศาสตร์ ศิริราชพยาบาลอดีตเลขาธิการแพทยสภา

(2) ศาสตราจารย์เกียรติคุณ นายแพทย์ประมวล วีรุตมเสน อาจารย์พิเศษหน่วยเวชศาสตร์การเจริญพันธุ์

(3) พลตำรวจเอก นายแพทย์จ่งเจตน์ อวเจนพงษ์ ผู้อำนวยการโรงพยาบาลเจดนิม

⁴สุวิมล ติรกานันท์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 165.

(4) นายแพทย์สมบูรณ์ เพ็ชรเจริญ แพทย์ประจำโรงพยาบาลสมิติเวช ชลบุรี สาขาสูติศาสตร์-นรีเวชวิทยา อดีตผู้อำนวยการโรงพยาบาลชลบุรี

(5) นายแพทย์จรัส สกุลไพศาล แพทย์ผู้เชี่ยวชาญด้านการรักษา ผู้มีบุตรยาก ศูนย์สุขภาพโคราช จำกัด

กลุ่มที่สอง พนักงานอัยการหรือผู้ที่เคยทำหน้าที่เกี่ยวกับคดีเยาวชน และครอบครัว

(1) นายกุลพล พลวัน อดีตอัยการอาวุโส สำนักงานวิชาการ สำนักงานอัยการสูงสุด อดีตประธานอนุกรรมการพัฒนากฎหมายเยาวชน แต่งตั้งตาม พ.ร.บ. ส่งเสริมและประสานงานเยาวชนแห่งชาติ พ.ศ. 2521 อดีตประธานอนุกรรมการ อ.ก.พ. ผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมาย สำนักงานส่งเสริมสวัสดิภาพและพิทักษ์ เด็ก เยาวชน ผู้ด้อยโอกาส คนพิการและผู้สูงอายุ (สท.)

(2) นายสุขุม โกมาสถิต อัยการพิเศษฝ่าย (ข้าราชการอัยการชั้น 6) สำนักงานคดีแพ่ง ดำรงตำแหน่ง อัยการพิเศษฝ่าย (ข้าราชการอัยการชั้น 6) สำนักงานคดีอาญา

(3) นายเสนอ นคราภิบาล สำนักงานอัยการคุ้มครองสิทธิและช่วยเหลือทางกฎหมายและการบังคับคดีจังหวัดบุรีรัมย์

(4) พ.ต.ท. ดร. สมนึก เขมทองคำ อัยการจังหวัดประจำสำนักงานอัยการสูงสุด

(5) นายฐนวรรษ นิธิธรรมวิสูตร อัยการจังหวัดบุรีรัมย์
กลุ่มที่ 3 ผู้พิพากษาหรือผู้ที่เคยทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัว

(1) ดร. สุนทรียา เหมือนพะวงศ์ ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลประจำกองผู้ช่วยผู้พิพากษาศาลฎีกา

(2) นายธีรศักดิ์ เจริญจิตร ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลแรงงานกลาง อดีตผู้พิพากษาศาล แผนกคดีเยาวชนและครอบครัว

(3) นายศิริชัย ศิริกุล ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลอุทธรณ์

(4) นายนคร พจนวรพงษ์ อดีตผู้พิพากษาอาวุโสในศาลยุติธรรม

(5) นายรัฐพลี ตั้งใจตรง ผู้พิพากษาอาวุโสศาลเยาวชนและครอบครัว
จังหวัดบุรีรัมย์

กลุ่มที่ 4 นักวิชาการหรือผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านกฎหมาย

(1) ดร. เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล รองคณบดี คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย

(2) รศ. ดร. ยศศักดิ์ โกไศยกานนท์ ผู้อำนวยการหลักสูตรนิติศาสตร-
มหาบัณฑิต ขอนแก่น

(3) รศ. ตรีนตร สาระพงษ์ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี

(4) นายประเวศ อรรถสุกผล ผู้อำนวยการกองกฎหมายสวัสดิการสังคม
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

(5) ดร. ปิยนากู เสี่ยงมศักดิ์ นักสังคมสงเคราะห์ชำนาญการ สำนักงาน
พัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์

3) เครื่องมือที่ใช้ในการสัมภาษณ์เชิงลึก แยกได้ดังนี้

(1) วิธีการสัมภาษณ์เชิงลึก ประกอบด้วย

ก. เครื่องมือที่ใช้ในการสัมภาษณ์เชิงลึก ได้แก่ แบบสัมภาษณ์
โดยมีการกำหนดคำถามเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ให้สัมภาษณ์ เช่น ชื่อผู้ให้
สัมภาษณ์ ตำแหน่ง เป็นต้น และใช้คำถามปลายเปิดแบบมีโครงสร้างคำถาม (Structured
Interview) โดยสร้างแบบสัมภาษณ์จากคำถามที่ได้สังเคราะห์มาจากการศึกษาค้นคว้าข้อมูล
เอกสารทางวิชาการที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่ทำกรวิจัย และประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้น จากนั้นจะนำ
คำถามมาเรียงเป็นประเด็นตามที่ต้องการ

ข. การติดต่อผู้ให้สัมภาษณ์เชิงลึก ผู้วิจัยใช้วิธีการนำหนังสือขอ
ความอนุเคราะห์ในการสัมภาษณ์ไปให้ผู้ให้สัมภาษณ์ตาม วัน เวลา และสถานที่ที่กำหนด
หรือ ตามที่ผู้ให้สัมภาษณ์สะดวก พร้อมทั้งแนบหนังสือรับรองการเป็นนักศึกษาโครงการ
ปรัชญาดุษฎีบัณฑิตทางสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหงไปยื่นด้วยตนเอง เพื่อเป็นการ
แนะนำตัวและแจ้งถึงวัตถุประสงค์ของการสัมภาษณ์เชิงลึก

ค. การสร้างแบบสัมภาษณ์ สำหรับนำไปใช้ในกระบวนการสัมภาษณ์เจาะลึกนั้น ผู้วิจัยจะนำแบบสัมภาษณ์ดังกล่าว มาดำเนินการกระบวนการตรวจสอบความถูกต้องชัดเจน ทั้งด้านความเที่ยงตรง (Validity) และเชื่อถือได้ (Reliability) โดยผู้ทรงคุณวุฒิ และนักวิชาการในเชิงเนื้อหาให้สอดคล้องกับประเด็นปัญหา และวัตถุประสงค์ของการวิจัย โดยเบื้องต้นก่อน เพื่อที่จะนำแนวความคิด หรือข้อเสนอแนะอันเป็นประโยชน์ที่ได้รับดังกล่าว มาใช้ในการปรับปรุงคำถามของแบบสัมภาษณ์ และผู้วิจัยจะนำแบบสัมภาษณ์ที่ได้รับการปรับปรุงแล้วนั้น ไปดำเนินการทดลองสัมภาษณ์กับ บุคคลที่มีส่วนสำคัญกับเรื่องที่ทำกรวิจัย ซึ่งเป็นบุคคลที่มีคุณลักษณะใกล้เคียงกับผู้ให้สัมภาษณ์ เพื่อที่จะนำสภาพปัญหาหรือข้อบกพร่องของแบบสัมภาษณ์ไปดำเนินการ ปรับปรุงครั้งสุดท้าย ก่อนที่จะนำไปใช้ในการดำเนินการกระบวนการสัมภาษณ์จริง เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลที่มีความถูกต้องสมบูรณ์ อันมีผลต่อการนำข้อมูลที่ได้จากการสัมภาษณ์ไป ใช้ในกระบวนการประมวลผลข้อมูลต่อไป

ง. ระยะเวลาของการสัมภาษณ์เชิงลึก ประมาณ 30 นาที เพราะถ้าแบบสัมภาษณ์มีเนื้อหามาก หรือใช้เวลาสัมภาษณ์นานเกินไป ผู้ให้สัมภาษณ์จะเบื่อหน่าย ไม่ให้ความสนใจ และสับสนทำให้ข้อมูลที่ได้ อาจคลาดเคลื่อน ดังนั้น จึงควรสร้างแบบสัมภาษณ์ให้สั้น กระชับ ถามเฉพาะเนื้อหา หรือข้อมูลที่จำเป็นจริงๆ เท่านั้น⁵

(2) ประเด็นในการสัมภาษณ์เชิงลึก มีดังนี้ คือ

ก. สภาพปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดหลักเกณฑ์คุณสมบัติบุคคลที่ให้ตั้งครรภ์และบุคคลที่ตั้งครรภ์แทน

ข. สภาพปัญหาเกี่ยวกับความรับผิดชอบเพื่อประโยชน์ทางการค้า

ค. สภาพปัญหาในการตรวจสอบครอบครัวที่รับเด็กไปเลี้ยงดู

ง. ข้อเสนอแนะ และแนวทางในการพัฒนาและปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

⁵สิน พันธุ์พินิจ, เทคนิคการวิจัยทางสังคมศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิทยพัฒน์, 2553), หน้า 95.

(3) การเก็บรวบรวมข้อมูลจากการสัมภาษณ์เชิงลึก ผู้วิจัยใช้วิธีการจดบันทึก บันทึกภาพ และบันทึกเสียง โดยขออนุญาตการบันทึกภาพ และบันทึกเสียงจากผู้ให้สัมภาษณ์ก่อนล่วงหน้า ทั้งนี้ เพื่อนำมาใช้ประกอบการวิเคราะห์ และตรวจสอบความถูกต้องของข้อมูล

2.1.2 การวิเคราะห์ข้อมูล

การสัมภาษณ์เชิงลึก (In-Depth Interview) ผู้วิจัยได้ดำเนินการวิเคราะห์ข้อมูลที่ได้จากการสัมภาษณ์เชิงลึก โดยทำเป็นข้อสรุปที่เหมือนกัน คล้ายกัน หรือแตกต่างจากกัน โดยให้ครอบคลุมในประเด็นที่ได้ทำการสัมภาษณ์ คำถามที่ใช้ในการสัมภาษณ์มีดังนี้

- 1) ท่านเห็นควรกำหนดลักษณะของบุคคลที่ให้อ้างอิงหรือไม่ อย่างไร และมีข้อเสนอแนะอย่างไร
 - 2) ท่านเห็นควรกำหนดลักษณะของบุคคลรับตั้งครรภ์แทน หรือไม่ อย่างไร และมีข้อเสนอแนะอย่างไร
 - 3) ท่านเห็นว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 กำหนดคำนียาม เพื่อประโยชน์ทางการแพทย์ ในมาตรา 24 ไว้ครอบคลุมหรือไม่ อย่างไร และมีข้อเสนอแนะอย่างไร
 - 4) ท่านเห็นว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ควรบัญญัติมาตรการในการตรวจสอบครอบครัวที่รับเด็กไปเลี้ยงดูหรือไม่ เพราะเหตุใดและมีข้อเสนอแนะอย่างไร
- เมื่อได้สภาพปัญหาแล้วจึงนำร่างกฎหมายเฉพาะประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องและนำร่างกฎหมายให้ผู้ทรงประเมินร่างกฎหมายเพื่อทำการแก้ไขต่อไป
- การยกร่างกฎหมายเพื่อแก้ไขเกี่ยวกับมาตรการการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยดำเนินการตามขั้นตอน ดังนี้
- 1) ศึกษาผลการวิจัยตามวัตถุประสงค์ข้อ 1 และข้อ 2
 - 2) คัดเลือกแนวคิด ทฤษฎี หลักการ หรือบทบัญญัติของกฎหมายต่างประเทศ ที่เป็นแบบอย่างในการนำมาปรับใช้กับประเทศไทยไว้จำนวนหนึ่ง

3) กำหนดประเด็นในการร่างกฎหมายเพื่อแก้ไขมาตรการการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

4) ร่างกฎหมายการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

2.2 การประเมินร่างกฎหมาย

ภายหลังจากที่ผู้วิจัย ดำเนินการระเบียบวิธีวิจัยตามขั้นตอนที่หนึ่ง ขั้นตอนที่สองและขั้นตอนที่สามแล้ว ผู้วิจัยจะจัดให้ผู้ทรงคุณวุฒิด้านกฎหมายหรือผู้เชี่ยวชาญตลอดทั้งบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เข้ามามีส่วนร่วมในการตรวจสอบข้อค้นพบและประเมินร่างกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยมีขั้นตอน ดังนี้

2.2.1 กำหนดผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญและบุคคลที่เกี่ยวข้องการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

ผู้วิจัยจะดำเนินการดังต่อไปนี้

1) กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่ประเมินร่างกฎหมาย ดังนี้

กลุ่มที่ 1 กลุ่มแพทย์

กลุ่มที่ 2 กลุ่มอัยการ

กลุ่มที่ 3 กลุ่มผู้พิพากษา

กลุ่มที่ 4 กลุ่มนักวิชาการหรือผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านกฎหมาย

2) คัดเลือกบุคคลผู้มีคุณสมบัติดังกล่าว ตามข้อ 1) รวม 10 คน ซึ่งประกอบด้วยบุคคลดังต่อไปนี้

(1) ดร. ปิยนภา เสี่ยงมศักดิ์ นักสังคมสงเคราะห์ชำนาญการ
สำนักงานพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์

(2) นายประเวศ อรรถสุภผล ผู้อำนวยการกองกฎหมายสวัสดิการ-
สังคม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

(3) ดร. สุนทรียา เหมือนพะวงศ์ ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลประจำกอง
ผู้ช่วยผู้พิพากษาศาลฎีกา

(4) นายธีรศักดิ์ เสงยจิตร ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลแรงงาน
กลาง อดีตผู้พิพากษาศาล แผนกคดีเยาวชนและครอบครัว

(5) ศาสตราจารย์เกียรติคุณ นายแพทย์วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์
ศาสตราจารย์เกียรติคุณ มหาวิทยาลัยมหิดล อดีต ผู้อำนวยการโครงการส่งเสริมการวิจัย
กฎหมายการแพทย์ บัณฑิตวิทยาลัย อดีตศาสตราจารย์ นิติเวชศาสตร์ คณะแพทยศาสตร์
ศิริราชพยาบาลอดีตเลขาธิการแพทยสภา

(6) ศาสตราจารย์เกียรติคุณ นพ.ประมวล วิรุฒมเสน อาจารย์พิเศษ
หน่วยเวชศาสตร์การเจริญพันธุ์

(7) นายกุลพล พลวัน อดีตอัยการอาวุโส สำนักงานวิชาการ
สำนักงานอัยการสูงสุด อดีตประธานอนุกรรมการพัฒนากฎหมายเยาวชน แต่งตั้งตาม
พ.ร.บ. ส่งเสริมและประสานงานเยาวชนแห่งชาติ พ.ศ. 2521 อดีตประธานอนุกรรมการ
อ.ก.พ.ผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมาย สำนักงานส่งเสริมสวัสดิภาพและพิทักษ์ เด็ก เยาวชน
ผู้ด้อยโอกาส คนพิการและผู้สูงอายุ (สท.)

(8) นายสุขุม โกมาสถิต อัยการพิเศษฝ่าย (ข้าราชการอัยการชั้น 6)
สำนักงานคดีแพ่ง ดำรงตำแหน่ง อัยการพิเศษฝ่าย (ข้าราชการอัยการชั้น 6) สำนักงาน
คดีอาญา

(9) ดร. เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล รองคณบดี คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์-
มหาวิทยาลัย

(10) รศ. ดร. ยศศักดิ์ โกไศยกานนท์ ผู้อำนวยการหลักสูตรนิติ-
ศาสตรมหาบัณฑิต ขอนแก่น

2.2.2 การประเมินร่างกฎหมายโดยผู้ทรงคุณวุฒิ

ในการประเมินร่างกฎหมาย ผู้วิจัยจะประสานงานกับอาจารย์ที่ปรึกษา
ทั้งสามท่าน และโครงการปรัชญาคุษฎีบัณฑิตทางสังคมศาสตร์ ออกหนังสือเชิญ เพื่อให้
ผู้ทรงคุณวุฒิด้านกฎหมายหรือผู้เชี่ยวชาญตลอดทั้งบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็ก
ที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ประเมินร่างกฎหมายที่ผู้วิจัย

ได้จัดส่งให้ผู้ทรงวุฒิด้านกฎหมายหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ระดมความคิดเห็น และข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

2.2.3 ประเด็นการประเมินร่างกฎหมาย

1) ผู้วิจัยจะนำเสนอร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ซึ่งเป็นร่างกฎหมายเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

2) ผู้ทรงคุณวุฒิด้านกฎหมายหรือผู้เชี่ยวชาญตลอดทั้งบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้วิพากษ์ หรือวิจารณ์ หรือแสดงความคิดเห็น และให้ข้อเสนอแนะหรือข้อเสนอนะเกี่ยวกับร่างกฎหมายดังกล่าว โดยมีข้อคำถามดังต่อไปนี้

(1) ท่านเห็นว่าควรปรับปรุงเกณฑ์ในการกำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่ประสงค์ให้ตั้งครรภ์แทน ต้องเป็นบุคคลสัญชาติไทยและจดทะเบียนสมรสหรือไม่ เพราะเหตุใด

(2) ท่านเห็นว่าควรแก้ไขหลักเกณฑ์ในการพิจารณาสภาพร่างกายจิตใจ และสภาพสังคมของบุคคลที่ประสงค์ให้ตั้งครรภ์แทนหรือไม่ เพราะเหตุใด

(3) ท่านเห็นควรกำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่รับตั้งครรภ์แทนในเรื่องเกี่ยวกับอายุและการตรวจสอบสภาพความพร้อมทางจิตใจ ร่างกาย สภาพสังคม เพราะเหตุใด

(4) ท่านเห็นว่าควรกำหนดคำนิยาม คำว่า “เพื่อประโยชน์ทางการค้า” ไว้ในกฎหมายหรือไม่ เพราะเหตุใด

(5) ท่านเห็นว่าควรมีหน่วยงานเข้าไปตรวจสอบครอบครัวหลังจากที่บุคคลที่ประสงค์ให้ตั้งครรภ์แทนรับทารกไปเลี้ยงดูหรือไม่ เพราะเหตุใด

(6) ท่านเห็นว่าควรเพิ่มให้บุคคลที่ประสงค์ให้ตั้งครรภ์แทนรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในกรณีที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนถึงแก่ชีวิตอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนหรือไม่ เพราะเหตุใด

(7) ท่านเห็นว่าควรการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ด้วยวิธีการผสมเทียม เกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ การโฆษณาหรือไม่ เพราะเหตุใด

3) ผู้วิจัยสรุปผลการประเมินร่างกฎหมาย ตามที่ผู้ทรงคุณวุฒิด้านกฎหมายหรือผู้เชี่ยวชาญตลอดทั้งบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้วิพากษ์ หรือวิจารณ์ หรือแสดงความคิดเห็น

ทั้งนี้ ภายหลังจากที่ผู้วิจัยได้ดำเนินการตามขั้นตอนของระเบียบ วิธีวิจัยดังกล่าวข้างต้นแล้ว ผู้วิจัยจะนำข้อค้นพบไปเป็นผลการวิเคราะห์ข้อมูล สรุปผลการวิจัย และเสนอแนะต่อไป

บทที่ 4

ผลการวิเคราะห์ข้อมูล

ในการนำเสนอผลการวิเคราะห์ข้อมูลเรื่อง การพัฒนามาตรการการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้วิจัยได้กำหนดประเด็นในการนำเสนอตามวัตถุประสงค์ของการวิจัย โดยแบ่งออกเป็น 3 ขั้นตอน กล่าวคือ ศึกษาเชิงเปรียบเทียบการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ระหว่างกฎหมายของไทยกับกฎหมายต่างประเทศ ศึกษาวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เพื่อเป็นแนวทางร่างกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยผู้วิจัยจะนำเสนอผลการวิเคราะห์ข้อมูลตามลำดับของวัตถุประสงค์การวิจัย ดังต่อไปนี้

1. ผลการวิเคราะห์เปรียบเทียบการคุ้มครองเด็กที่

เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

ระหว่างกฎหมายของไทยกับกฎหมายต่างประเทศ

จากการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ศึกษามาตรการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ของประเทศไทยกับต่างประเทศ ลำดับแรก ศึกษาสาเหตุที่ก่อให้เกิดพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มีทั้งหมด 3 ประการ ดังนี้

ประการที่ 1 ปัญหาที่เกิดจากความต้องการมีบุตรของคู่สมรสตามกฎหมายที่อาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เพื่อให้มีบุตร มีรายละเอียด ดังนี้

1) ความต้องการมีบุตรเป็นความปรารถนาที่จะมีบุตรเพื่อสืบสกุลหรือเพื่อความ เป็นครอบครัวที่สมบูรณ์พร้อมด้วยบิดา มารดาบุตรซึ่งบางคนไม่สามารถมีบุตร

ได้ตามธรรมชาติทั้งในกลุ่มที่มีภาวะมีลูกยากและคู่ชีวิตที่เป็นกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศจึงต้องอาศัยเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ช่วยในการมีบุตร

2) ความก้าวหน้าทางการแพทย์เป็นความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีและกระบวนการทางเทคนิคของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่พัฒนาอย่างรวดเร็วที่ช่วยตอบสนองต่อความต้องการมีบุตรของกลุ่มสมรสได้ซึ่งทำให้กฎหมายพัฒนาไม่ทันเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไป

(1) ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีทางการแพทย์สมัยใหม่ที่ก้าวหน้าได้ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้มีความสะดวกสบายและเพิ่มอัตราความสนใจมากขึ้น

(2) กระบวนการทางเทคนิคทางการแพทย์ที่เกิดจากความต้องการใฝ่รู้ของแพทย์ที่ทำการศึกษา ทดลองเพื่อค้นหาเทคนิคทางการแพทย์ใหม่ ๆ ที่ช่วยในการเพิ่มอัตราความสำเร็จในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้แก่ผู้ที่ต้องการมีบุตรทั้งยังนำไปสู่การพัฒนาเทคโนโลยีทางการแพทย์อีกด้วย

3) การขาดบทบัญญัติทางกฎหมายที่มีลายลักษณ์อักษรชัดเจนที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เนื่องจากเดิมมีเพียงประกาศแพทยสภาทั้งสองฉบับ พ.ศ. 2540 และ พ.ศ. 2545 ซึ่งเป็นข้อบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องจริยธรรมทางการแพทย์มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ซึ่งเน้นไปที่การลงโทษทางวิชาชีพแพทย์จากแพทยสภาและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ทำให้ขาดสิทธิในความเป็นพ่อแม่เท่านั้นซึ่งเกิดจากความล่าช้าของกฎหมายที่ไม่สามารถตามการพัฒนาของเทคโนโลยีได้ทัน

(1) ปัญหาของประกาศแพทยสภาทั้งสองฉบับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 ประกาศแพทยสภาทั้งสองฉบับเป็นเพียงบทลงโทษตามวิชาชีพและบังคับใช้ได้แต่เพียงผู้มีวิชาชีพแพทย์และพยาบาลเท่านั้น

(2) การขาดสิทธิในความเป็นบิดามารดาทางกฎหมายนั้นเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นมากที่สุด เพราะขาดความชัดเจนในเรื่องสถานะของเด็กและความเป็นบิดามารดาเนื่องจากตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 15 มาตรา 1536 มาตรา 1546 และมาตรา 1604 ที่ให้สภาพบุคคลย่อมเริ่มตั้งแต่เมื่อคลอดและทารกในครรภ์มารดานั้นย่อม

เป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของมารดาที่ตั้งครรภ์ ซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองเด็กและรับรองหญิงที่ตั้งครรภ์แทนในฐานะมารดาที่กำเนิดเด็กโดยชอบด้วยกฎหมาย

4) จริยธรรมทางการแพทย์เป็นสิ่งสำคัญที่แพทย์มีต่อผู้ป่วยที่ใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เนื่องจากการรับตั้งครรภ์แทนเป็นการทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์การแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากผู้หญิงเป็นเสมือนการซื้อขายเด็กก่อให้เกิดผลกระทบผู้รับตั้งครรภ์แทน เด็กและต่อสังคมโดยรวม เนื่องจากสังคมไทยเป็นสังคมที่ยึดมั่นในจริยธรรม แต่ผลตอบแทนที่แพทย์ได้มาทำให้แพทย์ขัดจริยธรรมบางอย่างได้ ดังนั้นจึงมีแพทย์บางส่วนที่ละเมิด

5) การค้ามนุษย์เป็นปัญหาร้ายแรงที่เกิดจากการค้าขายเซลล์เนื้อเยื่ออวัยวะต่าง ๆ ของมนุษย์ ดังนั้นการรับตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์จึงถือว่าเข้าข่ายการค้ามนุษย์ตามรายงานของสหประชาชาติและมองว่าการให้ผู้หญิงมาตั้งครรภ์แทนเป็นการละเมิดสิทธิของมนุษยชนขึ้นร้ายแรงส่งผลเสียต่อภาพลักษณ์ประเทศ กระบวนการค้ามนุษย์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ช่องว่างทางกฎหมายและจริยธรรมมาใช้ในการแสวงหาประโยชน์จากความต้องการมีบุตรของคู่สมรส

ประการที่ 2 การระบุนายละเอียดข้อเสนอและทางเลือกที่ใช้ในการตัดสินใจแก้ปัญหาความสามารถในการแก้ปัญหาซึ่งเป็นกระแสที่เกี่ยวข้องกับพัฒนาข้อเสนอหรือทางเลือกในการแก้ไขปัญหา ซึ่งได้แก่

1) การเคลื่อนไหวในการผลักดันให้ก่อเกิดนโยบายซึ่งระยะเริ่มแรกเป็นการผลักดันด้วยกฎหมายที่เกิดจากข่าวสารในลักษณะเกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาโดยชอบของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ระหว่างปี พ.ศ. 2541 เป็นกรณีคู่สมรสข้าราชการในสังกัดมหาวิทยาลัยที่ไม่สามารถขอใช้สิทธิเบิกเงินสวัสดิการการรักษาพยาบาลและการศึกษาของบุตรเนื่องจากขาดสิทธิความเป็นบิดามารดาของบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย อันเนื่องจากการใช้การรับตั้งครรภ์แทนจึงได้ปรึกษาไปยังกรมบัญชีกลางส่งต่อเรื่องมายังคณะกรรมการกฤษฎีกา เป็นครั้งแรกที่ทำให้สังคมได้รับรู้เกี่ยวกับประเด็นปัญหาการรับตั้งครรภ์แทนก่อให้เกิดความสนใจต่อประชาชนโดยทั่วไปและผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง

2) การร่างพระราชบัญญัติการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ขึ้นโดยความร่วมมือของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา แพทยสภาและกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ (พม.) ที่มีความพยายามที่จะนำเสนอต่อรัฐบาลเพื่อให้ออกเป็นพระราชบัญญัติเป็นระยะเวลาถึง 16 ปี 5 รัฐบาล แต่ก็ไม่ประสบความสำเร็จ เนื่องจากรัฐบาลได้เห็นความสำคัญเร่งด่วนในการแก้ไขปัญหาหรือมีผลกระทบต่อผู้มีภาวะมีบุตรยากเพียงส่วนน้อยในสังคมในการกำหนดนโยบายการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในประเทศไทย จนกระทั่งปี พ.ศ. 2557 ในสมัยของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ได้มีคำสั่งให้นำร่างกฎหมายนี้ขึ้นมาพิจารณาโดยด่วน

ประการที่ 3 การปฏิสัมพันธ์ระหว่างกลุ่มผลประโยชน์ที่สำคัญต่าง ๆ ในสังคม เพื่อบรรลุประโยชน์ที่มุ่งหวัง ได้แก่ ความมีเสถียรภาพของรัฐบาลการเห็นประโยชน์จากการมีนโยบายการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในประเทศไทยได้แก่ สื่อสารมวลชนสถานการณ์ทางการเมืองค่านิยมและภาพลักษณ์ประเทศ

1) การนำปัญหาให้เข้าสู่วาระด้วยสื่อสารมวลชนเป็นการที่นำเอาประเด็นปัญหาให้เข้าสู่สังคมโดยใช้ช่องทางสื่อสารมวลชนต่าง ๆ ได้นำเสนอข่าวสารและข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดนโยบายการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในประเทศไทย เช่น หนังสือพิมพ์ โทรทัศน์ อินเทอร์เน็ตเว็บไซต์ สื่อโซเชียลมีเดีย เป็นต้น สื่อสารมวลชนได้มีบทบาทในการผลักดันให้เกิดพระราชบัญญัติการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในประเทศไทยเป็นอย่างมากจากการที่สื่อสารมวลชนได้นำเสนอปัญหาการอุ้มบุญเชิงพาณิชย์ที่เกิดขึ้นหลายกรณี ปี พ.ศ. 2557 อาทิเช่น กรณีแกรมมี่ กรณีนายमितสุโตกิ ชิเคตะ และกรณีน้องคาร์เมน

2) ค่านิยมในสังคมเอเชียอาคเนย์ไม่ว่าจะได้รับอิทธิพลทางวัฒนธรรมจากจีนหรืออินเดีย เป็นแหล่งวัฒนธรรมของเอเชียประชาชนจะถูกแบ่งออกเป็นสองชนชั้นกว้าง ๆ คือ ชนชั้นปกครอง (Ruler) และชนชั้นใต้ปกครอง (Ruled) ไม่มีความเสมอภาคเท่าเทียมกันระหว่างประชาชนในสังคมชนชั้นปกครองเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองในสังคม

สภาพทางสังคมไทยชนชั้นนำก็ยังคงมีบทบาทสำคัญในการกำหนดนโยบายสาธารณะ ชนชั้นนำเหล่านี้ก็จะยึดความพึงพอใจ (Preferences) หรือค่านิยม (Values) ของตนเป็นเกณฑ์ในการตัดสินใจนโยบาย ผู้กำหนดนโยบายส่วนใหญ่จะมีค่านิยมแบบอนุรักษนิยมที่มีความเชื่อว่าครอบครัวที่ดีและสมบูรณ์พร้อมโตมาจากครอบครัวที่ประกอบไปด้วยสามีภรรยาและบุตร แต่ก็ไม่ได้ปิดกั้นเลยทีเดียวอัน เนื่องจาก พระราชบัญญัติช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้นจะครอบคลุมกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศ หากพระราชบัญญัติคู่ชีวิตออกมาบังคับใช้กลุ่มผู้หลากหลายทางเพศก็จะมีสถานะเป็นครอบครัวที่ถูกต้องตามกฎหมายก็จะสามารถใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้ดังนั้นก็เห็นได้ว่าความเปลี่ยนแปลงจึงเป็นแบบค่อยเป็นค่อยไป ดังที่จะเห็นในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

ผู้มีบทบาทในการกำหนดนโยบายคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในประเทศไทย คือ ข้าราชการในสังกัดกระทรวงสาธารณสุข อันได้แก่ แพทยสภาและกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ เป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในการริเริ่มนโยบาย เนื่องจาก ผู้ที่มีความต้องการมีบุตรนั้นได้รวมกลุ่มกันเพื่อเรียกร้อง ดังนั้นข้าราชการจึงได้ก้าวเข้ามามีบทบาทผลักดันเพื่อนำเสนอข้อเสนอ นโยบายแก่นักการเมือง กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์เป็นผู้มีส่วนได้ส่วนเสีย โดยตรงกับปัญหาทางสังคมที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ อาทิเช่น ปัญหาการค้ามนุษย์ ปัญหาสิทธิในความเป็นบิดามารดาของเด็ก รวมทั้งปัญหาการทอดทิ้งเด็กไม่สมบูรณ์จากการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เพราะถือว่าเป็นบทบาทหน้าที่ของกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ การเป็นผู้มีบทบาทผลักดันหลักในการออกพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ตั้งแต่เริ่มจนกระทั่งประกาศ ใช้ในราชกิจจานุเบกษา อาทิเช่น นายพงษ์เทพ พนากุล วิจิตร มีบทบาทเป็นผู้อำนวยการฝ่ายกฎหมายด้านสิทธิเด็ก กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์เป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการผลักดันนโยบายตั้งแต่เริ่ม

จนกระทั่งประกาศใช้ในราชการไปศึกษา มีบทบาทในการเสนอแนะข้อกฎหมายใน
ขั้นตอนต่าง ๆ โดยมีผู้ทรงคุณวุฒิทางการแพทย์ในแพทยสภา เช่น

นายแพทย์ประมวล วีรุตมเสน และนายแพทย์กำธร พุกษานานนท์ เป็นผู้มีบทบาทร่วม
ในการร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง
การแพทย์ตั้งแต่เริ่มจนกระทั่งประกาศใช้ใน ราชกิจจานุเบกษาซึ่งมีบทบาททางด้าน คือ
เป็นวิทยากรรับเชิญในเรื่องเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไปให้ความรู้
แก่หน่วยงานอื่นเป็นผู้เชี่ยวชาญในการให้คำปรึกษาทางศัพท์เทคนิคและความคิดเห็นใน
เรื่องเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ทั้งยังเป็นผู้ทรงคุณวุฒิรวมใน
คณะกรรมการวิชาการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัย-
เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

หลังจากการประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยี-
ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ก็ได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อวงการแพทย์
และการพิจารณาคดีเป็นอย่างมากโดยเฉพาะสิทธิในความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิด-
โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ในกรณีน้องคาร์เมน เลก ที่
นางสาว ปัทมา กุศลสร้าง ได้เรียกร้องเพื่อขอสิทธิความเป็นมารดาของบุตรที่เกิดจาก
การรับตั้งครรภ์แทน กลับคืนจากบิดาของเด็กที่เป็นกลุ่มบุคคลหลากหลายทางเพศคือ
นาย กอร์ดอน อัลเลน เลก ซึ่งมีพฤติกรรมรักร่วมเพศอยู่กินกันสามีมักริยาากับเพื่อนชาย
มีการว่าจ้างหญิงให้ตั้งครรภ์แทนหลายคน จึงเป็นเหตุให้ นายกอร์ดอน อัลเลน เลก
ฟ้องร้องต่อศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง ได้มีคำสั่งคดีพิพาทภาคีหมายเลขคำที่ พ.
1239/2558 หมายเลขแดงที่ พ.716/2559 (สำนักงานศาลยุติธรรม 2559) โดยสรุปดังนี้

ผู้ร้องนายกอร์ดอน อัลเลน ได้ยื่นคำร้องขอให้เด็กหญิงคาร์เมน เลก เป็นบุตรโดย
ชอบด้วยกฎหมาย ตามบทเฉพาะกาลในมาตรา 56 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่-
เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 56 ให้ผู้ที่
เกิดจากการตั้งครรภ์แทนก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับไม่ว่าจะมีข้อตกลงเป็น
หนังสือหรือไม่ก็ตาม สามีมักริยาที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนหรือพนักงาน
อัยการมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลให้มีคำสั่งให้ผู้ที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนก่อนวันที่
พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ดำเนินการให้มี

การตั้งครรภ์แทนนับแต่วันที่ผู้นั้นเกิด ทั้งนี้ไม่ว่าสามีและภริยาที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนจะเป็นสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ แต่ทั้งนี้ จะอ้างเป็นเหตุเสื่อมสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริตในระหว่างเวลาตั้งแต่เด็กเกิดจนถึงเวลาที่ศาลมีคำสั่งว่าเป็นบุตรไม่ได้

ศาลใช้ดุลพินิจมีคำสั่งเป็นข้อยุติว่าผู้ร้องนายกอร์ดอน อัลเลน เป็นผู้ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยการถ่ายโอนตัวอ่อนที่เกิดจากการปฏิสนธิระหว่างอสุจิของผู้ร้อง กับไข่ที่ได้รับบริจาคจากหญิงอื่น เข้าสู่โพรงมดลูกของผู้คัดค้านซึ่งเป็นหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทน ซึ่งเมื่อหลังคลอดผู้ร้องนายกอร์ดอน อัลเลน ก็ได้เลี้ยงดูเด็กหญิงคาร์เมนเป็นอย่างดี ประกอบกับแม่อุ้มบุญผู้ถูกฟ้องมิได้แถลงคัดค้านศาลจึงพิจารณาให้เด็กหญิงคาร์เมน เป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ร้องนายกอร์ดอน อัลเลน

ประเด็นสุดท้าย ผู้ร้องและผู้คัดค้านขอเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองเด็กหญิงคาร์เมน ร่วมกันนั้น ศาลได้พิจารณาให้ผู้ร้องนายกอร์ดอน อัลเลน เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองเด็กหญิงคาร์เมน แต่เพียงฝ่ายเดียว ทั้งนี้เนื่องจากศาลเห็นว่า ผู้ร้องนายกอร์ดอน แลค ได้อุปการะเลี้ยงดูเด็กหญิงคาร์เมน ด้วยความรักและเอาใจใส่และถึงแม้ผู้ร้องนายกอร์ดอน แลค จะเป็นคนรักร่วมเพศแต่ความรักร่วมเพศไม่ใช่อุปสรรคที่จะทำให้ไม่สามารถเลี้ยงดูเด็กหญิงคาร์เมน ให้ได้รับความสุขและความอบอุ่นเท่ากับเด็กอื่นๆ ประกอบกับผู้รับตั้งครรภ์แทน มิใช่ภรรยาผู้ร้องทั้ง โดยพฤตินัยและนิตินัยรวมทั้งผู้ร้องและผู้คัดค้านต้องมีภูมิลำเนาอยู่คนละประเทศ

จากการศึกษาค้นคว้าเอกสาร ผู้วิจัยเห็นว่า กระบวนการตรากฎหมายของประเทศไทยพัฒนามาจากการแก้ไขปัญหาที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยในกฎหมายที่ตราขึ้นมุ่งให้เกิดการคุ้มครองบุคคลที่เกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พิจารณาจากหลักจริยธรรม หลักความเป็นธรรมให้แก่ทุกฝ่าย แต่ไม่นึกถึงหลักการคุ้มครองเด็กเป็นหลักสำคัญ อีกทั้งการแก้ปัญหากฎหมายมีการประมวลผลอย่างรวดเร็ว เพื่อแก้ไขปัญหาเฉพาะหน้าที่เกิดขึ้นมา ทำให้ในบทบัญญัติมีการคุ้มครองเด็กเพียงการกำหนดสถานะบิดา มารดาให้แก่เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เพื่อให้ถูกต้องตามหลักพันธุกรรมศาสตร์ ดังนั้น ทำให้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการ-

เจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ที่บังคับใช้ในปัจจุบัน จำเป็นต้องมีการพัฒนาเพื่อสร้างมาตรการในการคุ้มครองสิทธิแก่เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เกิดความเหมาะสมและให้ตรงกับหลักผลประโยชน์ต่อเด็ก

จากการศึกษาวิจัยกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ สหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา แคริเบียน ออสเตรเลีย พบว่า

กฎหมายในการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ของสหราชอาณาจักรมีแนวคิดที่ร่างกฎหมายเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เนื่องจาก สหราชอาณาจักรเป็นประเทศที่เริ่มมีวิทยาการเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนและประสบความสำเร็จ แต่เมื่อมีการนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาใช้กับบุคคลในประเทศ เกิดมีการฟ้องร้องเป็นคดีความสู่ศาลจำนวนมาก จึงส่งผลให้มีการตรากฎหมายเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และการรับตั้งครรภ์แทนมาใช้บังคับ โดยเริ่มแรกมีการตรากฎหมายฉบับแรกชื่อว่า Surrogacy Arrangement Act 1985 ที่มีวัตถุประสงค์ที่ควบคุมไม่ให้มีการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ แสดงว่า กฎหมายอนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนได้ แต่ต้องไม่ใช่ในเชิงพาณิชย์ วัตถุประสงค์หลักของการตรากฎหมายฉบับแรก คือ เน้นควบคุมวิชาชีพแพทย์และการดำเนินการของแพทย์ อันอาจเกิดผลกระทบต่อเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ นอกจากนี้ยังให้ความสำคัญเกี่ยวกับการกำหนดสถานภาพความเป็นบิดา มารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยการรับตั้งครรภ์แทนเป็นไปในลักษณะของการทำสัญญาระหว่างคู่สมรสที่ต้องให้การตั้งครรภ์ และหญิงที่รับตั้งครรภ์ แต่กฎหมายฉบับแรกของสหราชอาณาจักร ยังมีความไม่ชัดเจนและกฎหมายที่นำมาใช้บังคับได้ไม่ครอบคลุมสำหรับเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ทั้งหมด โดยเฉพาะการรับตั้งครรภ์แทน และการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ กฎหมายให้การคุ้มครองสำหรับกรณีที่กระบวนการตั้งครรภ์ไม่ได้เกิดจากแพทย์ในสถานบริการที่ไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย กรณีหากพิจารณาตามกฎหมายของประเทศไทย ไม่ได้บัญญัติไว้แต่กระบวนการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ต้องเกิดจากแพทย์ที่มีอำนาจ

ตามกฎหมายกำหนด สำหรับแพทย์ที่นำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ใช้ โดยไม่ต้องตามกฎหมายจะมีบทลงโทษ

แนวคิดการบัญญัติกฎหมายของสหรัฐอเมริกา สิ่งที่เห็นได้ชัด คือ สหรัฐอเมริกา เป็นประเทศหนึ่งที่มีความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เป็นอย่างมาก และได้บัญญัติการรับรองสิทธิและเสรีภาพการสืบพันธุ์ ไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นสำคัญ อันเป็นสิทธิและเสรีภาพอย่างหนึ่งที่ได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ จึงนับได้ว่าประเทศหนึ่งที่มีการตั้งครรภ์แทนมากที่สุดในโลก โดยมีการทำเป็นสัญญาระหว่างบุคคลที่ประสงค์จะมีบุตรและบุคคลประสงค์จะรับตั้งครรภ์แทน กฎหมายของสหรัฐอเมริกาส่วนใหญ่จึงเป็นแบบอนุญาตในเรื่องการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อย่างเสรี กฎหมายให้สิทธิแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน สามารถยกเลิกสัญญาได้ แต่ต้องกระทำก่อน 72 ชั่วโมง จึงทำให้หลักเกณฑ์ของสหรัฐอเมริกา เป็นไปเพื่อการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่ประสงค์จะมีบุตรและบุคคลรับตั้งครรภ์แทน มากกว่าการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ การรับรองเกี่ยวกับความเป็นบิดามารดา มีความไม่แน่นอน หากเกิดปัญหาต้องวินิจฉัยเรื่องการแย่งชิงอำนาจปกครองบุตร ศาลจะพิจารณาจากหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ แม้ว่ากฎหมายจะพิจารณาหลักการเป็นประโยชน์สูงสุดของเด็ก แต่เมื่อไม่มีบทบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ สำหรับเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ทำให้ไม่มีความแน่นอนที่จะได้รับการคุ้มครองสิทธิ เนื่องจากการให้การรับรองสิทธิของเด็กต้องเกิดกรณีพิพาทเสียก่อน เด็กจึงได้รับความคุ้มครองตามคำพิพากษาเท่านั้น

เครือรัฐออสเตรเลีย กฎหมายที่อนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนขึ้นอยู่กับบางรัฐ แต่รัฐที่ยอมให้มีการนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาใช้ได้แต่ห้ามกระทำในเชิงพาณิชย์ และลักษณะกฎหมายคล้ายคลึงกับสหราชอาณาจักรและประเทศไทย คือ แพทย์ที่กระทำต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการที่กำหนดไว้ตามกฎหมาย สำหรับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ กฎหมายให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับเรื่องกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็ก โดยหลักจะเป็นการควบคุมกระบวนการทางการแพทย์

ตามกฎหมายต่างประเทศข้อมูลการเปรียบเทียบ เกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วย-
การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยเฉพาะกรณีเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน ในต่างประเทศ
สามารถแบ่งได้ 3 กลุ่ม

กลุ่มที่ 1 ประเทศที่มีกฎหมายอนุญาตเพื่อมนุษยธรรมและเพื่อการพาณิชย์ ได้แก่
สหรัฐอเมริกาในบางรัฐ นอกเหนือจากการตั้งครรภ์แทนในเชิงมนุษยธรรมในการรักษา
ภาวะการมีบุตรยากแล้ว ยังสามารถให้การตั้งครรภ์แทนเป็นการพาณิชย์ได้อีกด้วย ทั้งยัง
ครอบคลุมถึงกลุ่มคนเพศเดียวกัน สามารถจ้างให้การตั้งครรภ์แทนอีกด้วย

กลุ่มที่ 2 ประเทศที่มีกฎหมายห้ามทำเพื่อการพาณิชย์แต่อนุญาตเพื่อมนุษยธรรม
ได้แก่ แครีรัฐออสเตรเลีย สหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกาในบางรัฐ ประเทศเหล่านี้
สามารถให้มีการตั้งครรภ์แทน เฉพาะแต่การรักษาการมีบุตรยากเท่านั้น การตั้งครรภ์
แทนในเชิงพาณิชย์เป็นสิ่งผิดกฎหมาย

กลุ่มที่ 3 ประเทศที่มีกฎหมายห้ามทุกกรณี ได้แก่ สหรัฐอเมริกาในบางรัฐ ห้าม
การตั้งครรภ์แทนทุกกรณี

แต่มีบางประเทศที่ไม่ห้าม หากมีการตั้งครรภ์แทนนอกประเทศ นอกจากนั้น จาก
การศึกษาเพิ่มเติม ยังพบว่ามีประเทศอื่นที่ห้ามการตั้งครรภ์แทนในทุกกรณีเช่น ญี่ปุ่น แต่
ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง-
การแพทย์ พ.ศ. 2558 ของประเทศไทยจัดอยู่ในกลุ่มประเทศที่สอง

จากแนวคิดของสหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา แครีรัฐออสเตรเลียทำให้ทราบ
เกี่ยวกับการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
จากที่กล่าวมาแล้วเบื้องต้น พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วย-
การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ควรมีการพัฒนาเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กที่เกิด-
โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เพื่อให้เกิดความคุ้มครองแก่เด็ก
ไปในแนวทางที่ดีขึ้น โดยการพัฒนากฎหมายประเทศไทยให้เกิดประสิทธิภาพ ผู้วิจัยจึง
ได้เปรียบเทียบมาตรการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง-
การแพทย์ตามประเด็นปัญหา ตามตาราง ดังนี้

ตาราง เปรียบเทียบมาตรการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ของประเทศไทยกับต่างประเทศ

ข้อแตกต่าง	ประเทศไทย	สหราชอาณาจักร	สหรัฐอเมริกา	เครือรัฐออสเตรเลีย
ชื่อกฎหมาย	พรบ.คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558	1. Surrogacy Arrangement Act 1985 2. Human Fertilisation and Embryology Act 1990	ไม่มีกฎหมายกลาง ใช้บังคับในประเทศ การบังคับใช้ขึ้นอยู่กับแต่ละมลรัฐ	ไม่มีกฎหมายกลาง ใช้บังคับในประเทศ การบังคับใช้ขึ้นอยู่กับแต่ละมลรัฐ กฎหมายที่บังคับใช้ล่าสุดคือ รัฐวิคตอเรีย Artificial Reproductive Treatment Act 2008
การอนุญาตให้ตั้งครรภ์	อนุญาตให้มี การตั้งครรภ์แทนได้สำหรับกรณีสามีและภริยาไม่สามารถมีบุตรได้ในเชิงพาณิชย์	อนุญาตให้มี การตั้งครรภ์แทนได้สำหรับคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร แต่ห้ามตั้งครรภ์ในเชิงพาณิชย์	1. กฎหมายมลรัฐนิวแฮมป์เชอร์ การทำสัญญาจ้างตั้งครรภ์ต้องได้รับความเห็นชอบจากศาล	กฎหมายรัฐวิคตอเรีย อนุญาตให้สามีภริยาที่มีการตั้งครรภ์แทนได้

ตาราง (ต่อ)

ข้อแตกต่าง	ประเทศไทย	สหราชอาณาจักร	สหรัฐอเมริกา	เครือรัฐ ออสเตรเลีย
เกณฑ์การ คุ้มครองเด็ก ที่เกิดโดย- อาศัย- เทคโนโลยี- ช่วย- การเจริญ- พันธุ์ทาง- การแพทย์	“ตัวอ่อน” หมายความว่า อสุจิและไข่ของ มนุษย์(ซึ่งรวมกัน จนเกิดการ ปฏิสนธิไปจนถึง แปดสัปดาห์ “ทารก” หมายความว่า ตัวอ่อนของ มนุษย์(ที่มีอายุ เกินกว่าแปด สัปดาห์(ไม่ว่าอยู่ ในหรือนอก มดลูกของมนุษย์)	ในกฎหมายใช้คำ ว่า เด็ก ไม่ได้ กำหนดเกณฑ์อายุ ไว้ในกฎหมาย เฉพาะ	2. กฎหมายแห่งมลรัฐ ฟลอริดา การทำสัญญา จ้างตั้งครรภ์เป็นคู่ สมรสที่ถูกต้องตาม กฎหมายพิจารณาเป็น รายคดีไม่มีกฎหมาย กำหนดเกณฑ์อายุของ เด็กไว้แน่นอน	บุคคลที่มี อายุน้อยกว่า 18 ปี
ลักษณะ ผู้ตั้งครรภ์ แทน	เป็นญาติสืบสาย โลหิตหรือบุคคล อื่น และบุคคล นั้น ต้องมี การตั้งครรภ์ มาแล้ว และเคยมีบุตร มาแล้วเท่านั้น	หญิงที่รับตั้งครรภ์ และต้องมีสามี ให้ความยินยอม	พิจารณาเป็นรายคดีไม่มี กฎหมายกำหนดไว้เป็นที่ แน่นอน เช่น หญิงที่รับจ้าง ต้องมีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป บ้างคดีห้าม ผู้รับตั้งครรภ์เป็นบุคคลที่ เคยจำคุกมาก่อน	หญิงรับ ตั้งครรภ์- แทนต้องมี อายุอย่าง น้อย 25 ปี

ตาราง (ต่อ)

ข้อแตกต่าง	ประเทศไทย	สหราชอาณาจักร	สหรัฐอเมริกา	เครือรัฐ ออสเตรเลีย
ความรับผิดชอบ เพื่อ ประโยชน์ ทางการค้า	กฎหมายใช้คำว่า “ห้ามมิให้ผู้ใด ดำเนินการแทน เพื่อประโยชน์ ทางการค้า” พร้อมทั้งมีโทษ ตามกฎหมาย อาญา	กฎหมายใช้คำว่า “ไม่มีการ ตั้งครรภ์แทนใน เชิงพาณิชย์” พร้อม ทั้งมีโทษทาง กฎหมายอาญา	แต่ละคดีพิจารณาถือว่า สัญญาจ้างตั้งครรภ์มีผล หากมีการใช้การตั้งครรภ์ แทนในเชิงพาณิชย์	กฎหมายใช้คำว่า “ผลประโยชน์ ใด ๆ จากการ ตั้งครรภ์” พร้อม ทั้งมีโทษตาม กฎหมายอาญา
การ ตรวจสอบ ครอบครัว ที่รับเด็กไป เลี้ยงดู	กฎหมายไม่ได้ กำหนดให้ทำ การตรวจสอบ ส่วนใหญ่ กำหนดกรอบ เกี่ยวกับบุคคลที่ ให้ตั้งครรภ์แทน บุคคลที่รับ ตั้งครรภ์แทน ความเป็นบิดา มารดาของเด็ก ที่เกิดโดยอาศัย- เทคโนโลยีช่วย- การเจริญพันธุ์- ทางการแพทย์	กฎหมายไม่ได้ กำหนดให้ทำการ ตรวจสอบ ส่วน ใหญ่กำหนด กรอบเกี่ยวกับ บุคคลที่ให้ ตั้งครรภ์แทน บุคคลที่รับ- ตั้งครรภ์แทน ความเป็นบิดา มารดาของเด็กที่- เกิดโดยอาศัย- เทคโนโลยีช่วย- การเจริญพันธุ์- ทางการแพทย์	แต่ละคดีไม่เคยมีข้อ พิพาทเกี่ยวกับเรื่องการ การตรวจสอบ ครอบครัวที่รับเด็กไป เลี้ยงดู	กฎหมายไม่ได้ กำหนดให้ทำ การตรวจสอบ ส่วนใหญ่ กำหนดกรอบ เกี่ยวกับบุคคลที่ ให้ตั้งครรภ์แทน บุคคลที่รับ- ตั้งครรภ์แทน ความเป็นบิดา มารดาของเด็ก- ที่เกิดโดยอาศัย- เทคโนโลยีช่วย- การเจริญพันธุ์- ทางการแพทย์

ตาราง (ต่อ)

ข้อแตกต่าง	ประเทศไทย	สหราชอาณาจักร	สหรัฐอเมริกา	เครือรัฐ ออสเตรเลีย
บทกำหนด โทษ	มีโทษทางอาญา ในกรณีฝ่าฝืน กฎหมาย	มีโทษทางอาญา ในกรณีฝ่าฝืน กฎหมาย	มีโทษตามคำพิพากษา ของศาล	มีโทษทางอาญา ในกรณีฝ่าฝืน กฎหมาย

จากการวิจัยเอกสารโดยการเปรียบเทียบกฎหมายของต่างประเทศและศึกษาความเป็นมา อุปสรรค ปัญหาของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ทำให้ผู้วิจัยได้ข้อค้นพบว่า พบปัญหาอุปสรรคในการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ กฎหมายที่บังคับใช้มีการคุ้มครองเกี่ยวกับเด็กเพียงเล็กน้อย หลัก ๆ เป็นเรื่องเกี่ยวกับบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ด้วยวิธีการตั้งครรภ์แทน แท้จริงแล้ว การคุ้มครองเด็กต้องสร้างมาตรการตั้งแต่เริ่มกระบวนการสร้างตัวอ่อน ในกฎหมายจะมีบทบัญญัติในการควบคุมการกระทำของแพทย์ ขอบเขตของแพทย์ที่สามารถเข้ามาใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ได้ รวมถึงการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เกี่ยวกับการเป็นบุตร โดยชอบด้วยกฎหมายของบุคคลที่ให้ตั้งครรภ์แทน ทำให้พบว่า บทบัญญัติในกฎหมายบกพร่อง การแก้ไขปรับปรุง โดยนำมามาตรการทางกฎหมายเข้ามาใช้เพื่อคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ต้องใช้ความละเอียดอ่อน โดยคำนึงถึงเด็กเป็นสำคัญ

การหาแนวทางทางกฎหมายเพื่อให้การพัฒนากฎหมายเกิดประสิทธิภาพและประสิทธิผลในการบังคับใช้กับเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้วิจัยศึกษากฎหมายของต่างประเทศมาเปรียบเทียบเพื่อนำข้อดีและเป็นมาตรการที่เหมาะสมที่ควรนำมาปรับใช้กับสภาพสังคมในประเทศไทย ได้ผลจากการศึกษาตามประเด็นปัญหา ดังนี้

มาตรการคุ้มครองเด็กโดยให้มีการกำหนดลักษณะของบุคคลที่ให้ตั้งครรภ์และรับตั้งครรภ์แทน

สหราชอาณาจักร สิทธิในการเข้ารับบริการการบำบัดรักษาเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนอย่างหนึ่ง ภายใต้โครงการที่เรียกว่า “การบริการสุขภาพ” ทำให้เจตนารมณ์หลัก คือ การบำบัดรักษาสุขภาพ โดยได้กำหนดลักษณะบุคคลที่ให้ตั้งครรภ์แทน ต้องเป็นคู่สมรสมีการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมาย คุณสมบัติของบุคคลที่ให้ตั้งครรภ์แทน เพื่อที่จะทำการพิจารณาว่าการให้บริการบำบัดรักษาคู่สมรสที่อยู่ในภาวะมีบุตรยากแต่ละกรณีนั้นเป็นไปโดยคุ้มครองสิทธิของผู้เข้ารับการบำบัดและเป็นไปเพื่อประโยชน์ของทารกที่จะกำเนิดมาหรือไม่ พิจารณาประวัติอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณีและมีความเข้าใจเกี่ยวกับการเลี้ยงบุตร การกำหนดความเหมาะสมของบุคคลที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดในการบำบัดรักษาอาจ ไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ แม้ว่าการกำหนดเงื่อนไขเช่นนั้นจะเป็นการกีดกันบุคคลในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งก็ตาม บำบัดรักษาแก่หญิงที่มีบุตรยากจะต้องพิจารณาถึงสวัสดิภาพของเด็กที่จะกำเนิดจากการบำบัดรักษานั้นและของเด็กคนอื่นที่อาจได้รับผลกระทบจากการกำเนิดนั้นเป็นสำคัญ สวัสดิภาพของเด็กในที่นี้ย่อมหมายถึงความรวมถึงความจำเป็นของเด็กที่จะมีบิดาด้วย คุณสมบัติแพทย์มีหน้าที่ต้องพิจารณาเฉพาะแต่ประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยเท่านั้น แต่ตามกฎหมายนี้แพทย์ต้องพิจารณาถึงสวัสดิภาพของเด็กที่จะกำเนิดมาและเด็กคนอื่นที่อาจได้รับผลกระทบด้วย สหรัฐอเมริกา กำหนดคุณสมบัติผู้ให้ตั้งครรภ์ ต้องเป็นคู่สมรส สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดต้องมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลนั้น หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายและสามีต้องเข้าเป็นคู่สัญญาด้วย หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นต้องเคยผ่านการมีบุตรมาก่อน คู่สมรสฝ่ายหญิงที่ว่าจ้างต้องไม่สามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเองได้ หรือสามารถตั้งครรภ์ได้ และการตั้งครรภ์อาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพของตัวเธอหรือต่อเด็กที่จะกำเนิดมา คู่สมรสที่ว่าจ้างคนใดคนหนึ่งต้องมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่จะเกิดมากล่าวคือ คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องเป็นผู้บริจาคเชื้ออสุจิหรือไข่ที่ใช้ในการปฏิสนธิ หญิงที่รับจ้างต้องมีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้นไป เครือรัฐออสเตรเลีย คุณสมบัติบุคคลที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นคู่สมรส หญิงที่เป็นคู่สมรสไม่อาจตั้งครรภ์ได้โดยวิธีอื่น หากไม่ใช้วิธีการตั้งครรภ์แทน หญิงไม่สามารถตั้งครรภ์หรือให้กำเนิดทารก

ได้โดยปราศจากการตั้งครรภ์แทน หญิงที่มีความเสี่ยงที่จะถ่ายทอดพันธุกรรมที่ผิดปกติ หรือโรคทางพันธุกรรมไปยังเด็กแรกเกิดรวมถึงพันธุกรรมที่ผิดปกติหรือโรคทางพันธุกรรมสำหรับสามีของผู้หญิงที่เป็นพาหะ คุณสมบัติบุคคลที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ที่รับคำปรึกษาตรวจบันทึกอาชญากรรมและตรวจสอบความสัมพันธ์หญิงกับคู่สมรส และต้องมีอายุ 25 ปีบริบูรณ์

มาตรการคุ้มครองเด็กเกี่ยวกับความรับผิดชอบเพื่อประโยชน์ในทางการค้า สหราชอาณาจักรห้ามมีการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ สหราชอาณาจักรใช้คำว่าห้ามตั้งครรภ์ในเชิงพาณิชย์ ทำให้กฎหมายห้ามมีการตั้งครรภ์แทนในลักษณะการค้า สหรัฐอเมริกา ค่าใช้จ่าย คู่สมรสที่อ้างต้องเป็นฝ่ายออกค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์นั้นทั้งหมด นอกจากนั้นกฎหมายยังห้ามมิให้มีการจ่ายค่าตอบแทนอื่น นอกเหนือไปจากค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการตั้งครรภ์และค่าใช้จ่ายในชีวิตประจำวัน ในจำนวนที่เหมาะสมเท่านั้น เครือรัฐออสเตรเลีย ค่าใช้จ่ายในการตั้งครรภ์แทน บุคคลที่รับตั้งครรภ์แทน ต้องไม่รับผลประโยชน์ใด ๆ จากการตั้งครรภ์แทน และค่าใช้จ่ายได้เบิกเงินตามที่ได้ชำระ โดยเหตุอื่นเนื่องจากการตั้งครรภ์แทน

มาตรการคุ้มครองเด็กในการตรวจสอบครอบครัวที่รับเด็กไปเลี้ยงดู สำหรับมาตรการที่เข้าไปตรวจสอบครอบครัว พบว่า สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร เครือรัฐออสเตรเลีย กฎหมายไม่มีมาตรการในการตรวจสอบ แต่ใช้วิธีการคุ้มครองเด็กโดยศาลมีอำนาจตัดสินตามข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ

สำหรับประเทศไทย การบัญญัติพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 อนุญาตบุคคลที่ไม่สามารถมีบุตรได้โดยวิธีการทางธรรมชาติ บุคคลนั้นสามารถใช้บริการเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ได้แต่ต้องคำนึงถึงหลักจริยธรรม พิจารณาว่าบุคคลที่ต้องได้รับความช่วยเหลือต้องตรวจสอบแล้วพบว่าบุคคลที่ไม่สามารถมีบุตรได้ แต่การตั้งครรภ์แทนต้องไม่ได้กระทำในทางการค้า ซึ่งกฎหมายในสหราชอาณาจักรมีลักษณะเช่นเดียวกับกฎหมายในเครือรัฐออสเตรเลีย ส่วนกฎหมายของสหรัฐอเมริกามีความแตกต่างกันแต่ละมรัฐ กฎหมายในต่างประเทศส่วนใหญ่พิจารณาจากหลักคือ การตั้งครรภ์แทนต้องไม่มีลักษณะเป็นลักษณะซื้อขายมนุษย์ โดยเฉพาะ สหราชอาณาจักรที่ถือว่าเป็นต้นฉบับ

ของกฎหมายในประเทศไทยในการร่างพระราชบัญญัติการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 จากการเปรียบเทียบและจากการศึกษากฎหมายของต่างประเทศ จึงทำให้พบว่า มาตรการทางกฎหมายในพระราชบัญญัติการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มีข้อบกพร่องไม่สามารถคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้ ก่อให้เกิดช่องว่างในการใช้กฎหมายเพื่อผลประโยชน์ของบุคคลบางกลุ่ม พบว่า มาตรการกำหนดลักษณะบุคคลที่ให้อำนาจการรับเด็กและบุคคลที่รับอำนาจแทนของต่างประเทศ มีการกำหนดในกฎหมายไว้ชัดเจน โดยคำนึงถึงผลที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อเด็กในอนาคต เช่น ผู้รับอำนาจต้องไม่มีประวัติทางกฎหมาย สำหรับมาตรการอื่น ๆ ที่ควรเพิ่มเติม การกำหนดคำนิยามเพื่อประโยชน์ทางการค้า มาตรการตรวจสอบครอบครัวที่รับเด็กไปเลี้ยงดู ทำให้ผู้วิจัยได้ศึกษาประเด็นปัญหาเกี่ยวกับมาตรการในลำดับต่อไป

2. ผลการวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการ-

ทางกฎหมายการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดย-

อาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

การวิเคราะห์ปัญหากฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้วิจัยได้ดำเนินการวิเคราะห์ข้อมูลจากเอกสาร ผสมผสานกับข้อมูลที่ได้จากการสัมภาษณ์เชิงลึก (In-Depth Interview) จากบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรง ได้แก่ แพทย์ พนักงนอัยการ ผู้พิพากษา นักวิชาการ ผู้ทรงคุณวุฒิที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งได้แสดงความคิดเห็น และข้อเสนอแนะเกี่ยวกับสภาพปัญหาทางกฎหมาย ทั้งนี้ ผู้วิจัยได้ทำการสัมภาษณ์ โดยใช้เครื่องมือการสัมภาษณ์แบบเจาะลึก เป็นการสัมภาษณ์ที่มีคำถามและข้อกำหนดแน่นอน ซึ่งจะใช้สัมภาษณ์ผู้ใดใช้คำถามแบบเดียวกัน ประเด็นคำถามที่ใช้ในการสัมภาษณ์ที่ต้องการตอบเจาะจงและคำถามที่เปิดโอกาสให้ตอบได้ตามความ-

ต้องการ ทั้งนี้ เพื่อนำข้อค้นพบมาวิเคราะห์ตามวัตถุประสงค์ของการวิจัย ทำให้ผู้วิจัยได้ข้อค้นพบ โดยสามารถสรุปตามคำถาม ได้ดังนี้

คำถามข้อที่ 1 ท่านเห็นควรกำหนดลักษณะของบุคคลที่ให้ตั้งครรภ์แทนหรือไม่อย่างไร และมีข้อเสนอแนะอย่างไร

จากการสัมภาษณ์ ตามบทบัญญัติมาตรา 21(1) เกี่ยวกับการกำหนดคุณสมบัติบุคคลที่ให้ตั้งครรภ์แทน ผู้ให้สัมภาษณ์ให้ความคิดเห็น ดังนี้

ความคิดเห็นเกี่ยวกับคุณสมบัติบุคคลที่ให้ตั้งครรภ์แทน ในประเด็นเกี่ยวกับการจดทะเบียนสมรส ผู้ให้สัมภาษณ์ มีความคิดเห็นว่า กฎหมายกำหนดไว้เช่นนี้เป็นเรื่องที่ดีทำให้เด็กได้รับการรับรองสิทธิทันทีเมื่อเด็กเกิดมา แม้จะเกิดด้วยวิธีการทางการแพทย์ แต่ก็มีความหมายรองรับในเรื่องความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย เพราะกฎหมายบังคับให้บุคคลที่ให้ตั้งครรภ์ ต้องเป็นบุคคลที่มีการจดทะเบียนสมรสกันเสียก่อน อีกประเด็นหนึ่งที่ควรคำนึงถึงสำหรับปัญหาที่เกิดจากบุคคลที่ให้ตั้งครรภ์แทน คือ คำว่า “คู่สมรส” ตามกฎหมายไทย คือ กรณีที่ชายและหญิงได้จดทะเบียนสมรสต่อหน้านายทะเบียน ณ ที่ว่าการอำเภอ เมื่อกฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้ ทำให้เกิดการกระทบสิทธิสำหรับชาย หญิงที่อยู่ด้วยกันแต่ไม่ได้จดทะเบียนสมรส ไม่เห็นด้วยว่าบุคคลที่ประสงค์ให้ตั้งครรภ์ต้องมีการจดทะเบียนสมรสกันเสียก่อน อีกทั้งในทางกฎหมายมีวิธีอื่นอีกมากมายที่ใช้ในการรับรองเด็กที่เกิดมา และกฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายในเรื่องการรักษาทางการแพทย์ หากไปกำหนดว่า บุคคลที่ประสงค์ต้องการให้ตั้งครรภ์ต้องมีการจดทะเบียนสมรสกัน เป็นการลิดรอนสิทธิการรักษาพยาบาล หลักเกณฑ์เรื่องคู่สมรสในปัจจุบันยุคสมัยเปลี่ยนไปแล้ว กรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 21(1) กฎหมายใช้คำว่า สามิ ภริยา แสดงว่า บุคคลที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์ ต้องเป็นชายและหญิงเท่านั้น เนื่องจาก บุคคลที่เป็นสามิภริยาตามกฎหมาย คือ ชายและหญิงจดทะเบียนสมรสกัน ซึ่งแท้จริงบุคคลที่ประสงค์ให้ตั้งครรภ์แทนไม่ควรกำหนดว่าต้องเป็นชายและหญิง เนื่องจากบางครั้ง กรณีที่ชายกับชายอยู่กินด้วยกันแต่ต้องการมีบุตรจึงไม่สามารถนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาใช้ได้และกฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายในเรื่องการรักษาทางการแพทย์ หากไปกำหนดว่า บุคคลที่ประสงค์ต้องการให้ตั้งครรภ์ต้องมีการจดทะเบียนสมรสกัน เป็นการลิดรอนสิทธิการรักษาพยาบาล อีกทั้งในปัจจุบัน

ยุคสมัยเปลี่ยนไปแล้ว บุคคลที่ประสงค์ให้ตั้งครุฑแทนไม่ควรกำหนดว่าต้องเป็นชาย และหญิง นอกจากประเด็นเรื่อง ที่กฎหมายไม่อนุญาตให้เพศเดียวกันขอใช้เทคโนโลยี-ช่วยการเจริญพันธุ์ได้แล้ว

กรณีที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้เกิดผลดีกับเด็กและไม่ใช่วิธีมาตรการที่คุ้มครองเด็กอย่างแท้จริง เหตุที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่า บุคคลที่ประสงค์ให้มีการตั้งครุฑแทน ต้องเป็นสามี ภริยาที่ต้องจดทะเบียนสมรสกัน กฎหมายกำหนดไว้เช่นนี้เพื่อปกป้องแพทย์ ในกรณีที่แพทย์นำวิธีการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาใช้ หากเกิดปัญหาใดๆขึ้นมาภายหลัง ถือว่าแพทย์มีการตรวจสอบแล้วว่ามี การจดทะเบียนสมรสจริง แม้ว่ากฎหมายจะระบุไว้ว่าหากมีการตั้งครุฑแทนบุคคลที่ให้ตั้งครุฑจำเป็นต้องมีการจดทะเบียนสมรสกัน ข้อพิสูจน์เกี่ยวกับการจดทะเบียนสมรสกันไม่ได้ก่อให้เกิดประโยชน์กับเด็กโดยตรง ในปัจจุบันบุคคลที่มีการจดทะเบียนสมรสกันแต่ไม่ได้อยู่ด้วยกันมีมากมาย ทำให้การจดทะเบียนสมรสไม่ได้ทำให้บุคคลอยู่ร่วมกันเป็นครอบครัว ตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย จึงไม่ส่งผลให้เกิดการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เมื่อการจดทะเบียนสมรสอาจไม่ส่งผลให้เกิดการคุ้มครองเด็กได้แน่นอน

มาตรการทางกฎหมายที่บังคับให้ต้องมีการจดทะเบียนสมรสเป็นเพียงการ-ตรวจสอบทางทะเบียนหรือเอกสารเท่านั้น แท้จริงแล้วกฎหมายต้องสร้างมาตรการที่เข้าไปตรวจสอบที่เข้มงวดกว่านี้ โดยตรวจสอบ พิสูจน์ถึงความป็นอยู่ของบุคคลที่ให้ตั้งครุฑว่าเข้าอยู่ด้วยกันหรือไม่ หรือว่าจดทะเบียนสมรสแต่แยกกันอยู่ หากทางทะเบียนมีการจดทะเบียนสมรสแต่สามีและภริยาได้แยกกันอยู่ หรือจดทะเบียนสมรสกันปลอม เพื่อให้มีการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ กรณีนี้จะก่อให้เกิดผลเสียกับเด็ก ทำให้เด็กไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอย่างแท้จริง และนอกจากกระทบสิทธิต่อเด็กแล้ว

กฎหมายจะมีเจตนารมณ์ให้การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการ-เจริญพันธุ์ทางการแพทย์ แต่เมื่อหลักกฎหมายมีจุดประสงค์เพื่อแก้ไขบุคคลที่มีบุตรยากแล้ว จึงไม่ควรบัญญัติหลักเกณฑ์ที่มีเงื่อนไขมากมาย แต่กฎหมายปิดช่องทางเพื่อไม่ให้เกิดการค้ามนุษย์ สำหรับระยะเวลาในการจดทะเบียนตามที่กฎหมายกำหนด ผู้วิจัยเห็น

ว่า กฎหมายไม่ควรกำหนดระยะเวลาดังกล่าวไว้ เนื่องจาก หากคู่สามีภริยาต้องการมีบุตร และรอระยะเวลาดังกล่าว อาจขาดโอกาสหาบุคคลที่มาตั้งครรภ์แทน อีกทั้งหากสามี ภริยามีอายุมากอาจส่งผลถึงอายุแม่และเด็กห่างกันมากขึ้น และยังส่งผลต่อการเลี้ยงดูเด็ก ในภายหลังได้ เนื่องจาก ปัจจุบันเด็กมีพัฒนาการในการเรียนรู้เร็ว อีกทั้งยังมีเทคโนโลยี ต่างๆ ที่ทันสมัย ทำให้พ่อแม่ที่มีอายุมากเหนื่อยต่อการเลี้ยงดูบุตร และพ่อแม่ไม่ทันต่อ สภาพเหตุการณ์ใหม่ๆที่เกิดขึ้น ในสังคม อีกทั้งภาษาที่ใช้ในการสื่อสารอาจมีความ แตกต่างกัน จนเกิดความไม่เข้าใจกันระหว่างบิดา มารดากับบุตร สำหรับกรณีการไป จำกัดระยะเวลาเฉพาะสามีหรือภริยาที่เป็นชาวต่างชาติถือว่าไม่เป็นธรรม เพราะการนำ เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ถือว่าเป็นการบำบัดรักษาโรคสำหรับบุคคล ที่มีบุตรยาก จึงไม่ควรไปกำหนดเฉพาะคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรและนำเทคโนโลยีช่วย- การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาใช้อย่างน้อยต้องมีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนไทย คู่สมรสจะ เป็นชาวต่างชาติทั้งสามีและภริยาไม่ได้ แต่เหตุที่กฎหมายไปจำกัดสิทธิในเรื่องระยะเวลา สำหรับคู่สมรสที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นชาวต่างชาติ และกฎหมายไม่อนุญาตให้ชาวต่างชาติ ที่เป็นคู่สมรสกันใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในประเทศไทย เนื่องจาก หากอนุญาตโดยเสรีมากเกินไปอาจทำให้เกิดการค้ามนุษย์โดยการใช้วิธีการ ทางเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

นอกจากกฎหมายกำหนดเรื่องระยะเวลาที่เป็นเงื่อนไขแล้ว ประกาศ คณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ได้กำหนดหลักเกณฑ์ และเงื่อนไขเกี่ยวกับบุคคลที่ให้ตั้งครรภ์ไว้เพิ่มเติม คือ ภริยาที่ ชอบด้วยกฎหมายต้องมีข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ว่าไม่สามารถตั้งครรภ์เองได้ และประกาศ แพทยสภา กำหนดว่าต้องเป็นผู้ผ่านการตรวจความพร้อมทางด้านร่างกาย จิตใจและ สภาพแวดล้อมของผู้รับบริการ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ เกี่ยวกับ ปัจจัยด้านครอบครัว ด้านเศรษฐกิจฐานะ อาชีพ แม้ว่าจะมีประกาศแพทยสภา กำหนดให้แพทย์ประเมินสภาพแวดล้อม แต่เมื่อสัมภาษณ์แพทย์ที่ให้บริการได้กล่าวว่า กฎหมายกำหนดไว้จริงแต่ไม่ใช่หน้าที่ของแพทย์ต้องทำการตรวจสอบเกี่ยวกับฐานะ หรืออาชีพของบุคคลที่ให้ตั้งครรภ์ หรือ ของบุคคลที่รับตั้งครรภ์แทน แต่เป็นหน้าที่ของ บุคคลสองฝ่ายต้องไปทำความเข้าใจและทำการตรวจสอบด้วยตนเอง ซึ่งการตรวจสอบ

ประเมินสภาพแวดล้อมของผู้ให้ตั้งครรภ์ ถือว่าเป็นเรื่องสำคัญหากบุคคลที่ให้ตั้งครรภ์แสวงหาประโยชน์โดยใช้วิธีการนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หากเป็นเช่นนั้นจะส่งผลกระทบต่อเด็กที่เกิดมา ดังนั้น ในพระราชบัญญัติควรกำหนดไว้ว่าเป็นหน้าที่ของบุคคลใดที่ควรมาตรวจประเมินเรื่องสภาพแวดล้อมของผู้รับบริการ แม้ว่าจะมีประกาศคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ แต่กฎหมายกำหนดการตรวจสอบลักษณะของสามีภริยาน้อยเกินไป หากเป็นกรณีเด็กที่เกิดมาอาศัยอยู่ในประเทศไทย เด็กยังได้รับการช่วยเหลือจากหน่วยงานภาครัฐได้ แต่หากเด็กเดินทางไปต่างประเทศแล้ว ทำให้เด็กมีความเสี่ยงไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายได้ เมื่อเป็นเช่นนี้ในความเห็นของผู้ให้สัมภาษณ์ ได้กล่าวว่า หากช่วยเหลือเด็กได้ ต้องแจ้งไปที่หน่วยงานปลายทางว่าเด็กคนนี้ได้เกิดในประเทศไทยด้วยวิธีการทางเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

ความคิดเห็นเกี่ยวกับกฎหมายอนุญาตการให้ชาวต่างชาติสามารถใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้ให้สัมภาษณ์ มีความคิดเห็นว่า สำหรับการกำหนดระยะเวลาในการจดทะเบียน นอกจากกฎหมายได้กำหนดให้บุคคลที่ให้ตั้งครรภ์แทนต้องเป็นสามี ภริยาที่จดทะเบียนสมรสแล้ว กฎหมายได้กำหนดเงื่อนไขเรื่องระยะเวลาสำหรับคู่สมรสที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นชาวต่างชาติ โดยต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี ระยะเวลาในขณะร่างกฎหมายได้ถกเถียงกันว่าจะใช้การจดทะเบียนสมรสในกรณีที่สามีหรือภริยาคนใดคนหนึ่งไม่ได้มีสัญชาติไทยควรจะกำหนดระยะเวลาเท่าไรระหว่าง 3 ปี หรือ 5 ปี แต่ต้องอยู่ที่ 3 ปี เพราะ 5 ปี เป็นระยะเวลามากเกินไป เจตนารมณ์ของกฎหมายในการกำหนดระยะเวลาเพื่อใช้เป็นข้อพิสูจน์ว่าสามีและภริยาที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นชาวต่างชาติมีความมั่นคงในการอยู่ร่วมกันเป็นครอบครัวได้เป็นอย่างดี และกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ชาวต่างชาติใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้ ต้องทำการสมรสกับบุคคลที่เป็นชาวไทย แต่หากเป็นคู่สมรสที่เป็นชาวต่างชาติทั้งคู่ไม่สามารถใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้ กรณีที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นนี้ทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกัน ทำให้ต้องมีการอธิบายว่าเพราะเหตุใดที่ไปจำกัดสิทธิแก่ชาวต่างชาติโดยหลักเกณฑ์การยกเว้นเรื่องความเท่าเทียมกันที่

รัฐธรรมนูญอนุญาต มี 3 หลัก คือ หลักศาสนา หลักความมั่นคงของชาติ หลักเรื่อง
 สุขอนามัย สำหรับเรื่องหลักความไม่เท่าเทียมกันเรื่องสัญชาติมีหลักไม่เหมือนกัน แต่
 ข้อที่ควรพิจารณาสำหรับกฎหมายอนุญาตให้สามัภริยาต่างชาติสามารถใช้เทคโนโลยี-
 ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาใช้ อาจทำให้เกิดกระบวนการผลิตเด็ก และอาจอาศัย
 ช่องทางการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นช่องทางให้เกิด
 กระบวนการค้ามนุษย์

คำถามข้อที่ 2 ท่านเห็นควรกำหนดลักษณะของบุคคลรับตั้งครรภ์แทน หรือไม่
 อย่างไร และมีข้อเสนอแนะอย่างไร

กฎหมายได้กำหนดให้บุคคลที่รับตั้งครรภ์ไว้ตามมาตรา 21(3) แห่ง
 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
 พ.ศ. 2558 บัญญัติไว้ว่า “หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือ
 ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วย
 กฎหมาย ให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนได้”

ผู้ให้สัมภาษณ์มีความคิดเห็นเกี่ยวกับกรณีที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติของบุคคล
 ผู้ที่ตั้งครรภ์แทนมีความคิดเห็น ดังต่อไปนี้

ความคิดเห็นเกี่ยวกับการกำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่ไม่ใช่ญาติ ผู้ให้สัมภาษณ์
 มีความคิดเห็นว่า ไม่เห็นด้วยที่บุคคลที่ให้ตั้งครรภ์แทนกฎหมายอนุญาตให้เป็นบุคคล
 อื่นได้นอกจากญาติ เนื่องจาก ปัญหาอาจไม่ได้เกิดจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนที่เป็นญาติ
 สืบสายโลหิต แต่อาจเกิดปัญหากับบุคคลอื่นที่มารับตั้งครรภ์แทน เจตนารมณ์ของ
 กฎหมายที่ต้องการให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นญาติ เนื่องจาก กฎหมายพิจารณาใน
 เรื่องความสัมพันธ์ของเด็กเป็นหลัก หากมีเหตุการณ์ที่ผู้ให้ตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตาย
 ทั้ง 2 คน เด็กจะไม่มีบุคคลใดเลี้ยงดู อย่างน้อยให้บุคคลที่เป็นญาติกัน เด็กก็มี
 ความสัมพันธ์กับบุคคลที่ตั้งครรภ์แทนในฐานะน้าหรืออาได้อีก และหากให้บุคคลอื่น
 นอกจากญาติมารับตั้งครรภ์แทน ทำให้เด็กที่เกิดมาไม่ได้รับการคุ้มครองอย่างแท้จริง
 เนื่องจาก บุคคลอื่นที่มารับตั้งครรภ์แทนถือว่าเป็นบุคคลภายนอกที่มารับตั้งครรภ์ให้
 บุคคลที่ต้องการมีบุตร

ผู้ให้สัมภาษณ์เห็นด้วยกับที่กฎหมายบัญญัติไว้ เนื่องจาก พระราชบัญญัติ-
คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 เป็น
กฎหมายที่เกี่ยวกับการรักษาบุคคลที่ไม่สามารถมีบุตร ให้ได้รับการบำบัดรักษาทาง
การแพทย์ โดยใช้วิธีการทางการแพทย์เพื่อให้มีบุตรได้ตามต้องการ หากกฎหมายจำกัด
เฉพาะบุคคลที่รับตั้งครรภ์ต้องเป็นเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วย
กฎหมาย บุคคลที่ต้องการมีบุตรอาจไม่ได้รับการบำบัดรักษา หากเป็นกรณีที่บุคคลที่ให้
ตั้งครรภ์แทน ไม่มีญาติพี่น้องเลย ทำให้กฎหมายไปจำกัดสิทธิการรักษาทางการแพทย์
สำหรับบุคคลที่ต้องการบุตร แต่ในทางที่ดีเพื่อเป็นการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยใช้-
เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ กฎหมายต้องกำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่
รับตั้งครรภ์แทนในกรณีบุคคลที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ญาติพี่น้องสืบ
สายโลหิต โดยพิจารณาอย่างอื่นเป็นกรณีพิเศษ เช่น ในเรื่อง ฐานะทางครอบครัว
พฤติกรรมในทางสังคม การถูกดำเนินคดีในชั้นศาล เพื่อให้มั่นใจได้ว่า บุคคลอื่นที่เข้ามา
รับตั้งครรภ์แทน เป็นบุคคลที่เหมาะสม

ความคิดเห็นเกี่ยวกับการกำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่รับตั้งครรภ์แทน ผู้ให้
สัมภาษณ์ให้ความคิดเห็นว่า สำหรับการตรวจสอบคุณสมบัติ พบว่า ในทางปฏิบัติของ
แพทย์ การตรวจสอบคุณสมบัติไม่ใช่หน้าที่ของแพทย์ หน้าที่ของแพทย์จะดูแลเรื่อง
สุขภาพเท่านั้น โดยแพทย์ตรวจสอบเรื่องสภาพร่างกาย และจิตใจว่าบุคคลที่รับตั้งครรภ์-
แทนสามารถตั้งครรภ์ได้หรือไม่ ตรวจคลื่นหัวใจ ดูอายุ ส่วนข้อมูลอื่น ผู้ประสงค์ให้มี
บุตรต้องตรวจสอบมาเอง แต่ในประเด็นนี้มีความเห็นแย้งจากการสัมภาษณ์นักกฎหมาย
ว่า การตรวจสอบเป็นหน้าที่ของแพทย์ต้องไปตรวจสอบประเมินจิตใจ ภูมิหลังของ
บุคคลที่ตั้งครรภ์แทน ตามประกาศแพทยสภา 95 (3)/2558 กำหนดให้แพทย์เข้าไป
ตรวจสอบประเมินสภาพแวดล้อม เมื่อทั้งสองฝ่ายมีความคิดเห็นขัดแย้งกัน ทำให้
กฎหมายเกิดความบกพร่อง กฎหมายไม่มีหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบลักษณะของหญิง
ที่เข้ามาตั้งครรภ์ ทำให้ส่งผลต่อการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญ-
พันธุ์ทางการแพทย์ การพิจารณาและการสร้างหลักเกณฑ์มาตรวจสอบลักษณะของหญิง
ที่ตั้งครรภ์เป็นเรื่องสำคัญ หญิงที่รับตั้งครรภ์ถือเป็นบุคคลที่รับตั้งครรภ์ตลอดระยะเวลา
เก้าเดือน หญิงต้องให้ความสำคัญในการดูแลสุขภาพร่างกาย การกำหนดลักษณะต้อง

พิจารณาหลายองค์ประกอบ เช่น ด้านจิตใจ ร่างกาย สภาพสังคม อายุ รวมทั้งประวัติการก่ออาชญากรรม กรณีให้หญิงตั้งครรภ์แทน ผู้ให้สัมภาษณ์ส่วนใหญ่เห็นด้วย แต่ผู้วิจัยไม่เห็นด้วยกับกรณีที่ให้หญิงอื่นที่ไม่ใช่ญาติมาตั้งครรภ์แทน หญิงที่ไม่ใช่ญาติ อาจดูแลครรภ์ไม่ดีเท่าที่ควร เพราะหญิงอื่นไม่ได้มีสายสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับทารกในครรภ์ หากเกิดเหตุการณ์ที่บุคคลให้ตั้งครรภ์แทนไม่มีชีวิตอยู่ บุคคลใดมาเลี้ยงดู ส่งผลต่อหลักการคุ้มครองเด็กในการอยู่รอด ปลอดภัย

ความคิดเห็นในกรณีมีค่าใช้จ่ายที่เกิดสำหรับบุคคลที่ตั้งครรภ์แทน ผู้ให้สัมภาษณ์มีความคิดเห็นว่า แม้ว่ากฎหมายบัญญัติห้ามไว้ว่าห้ามให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อการค้า แต่ในความเป็นจริงบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ญาติพี่น้องไม่มีบุคคลใดมารับตั้งครรภ์ให้ โดยไม่มีค่าตอบแทน เพราะการตั้งครรภ์ ไม่ได้แต่เพียงอุ้มท้องเท่านั้น หญิงที่ตั้งครรภ์จะเกิดความเปลี่ยนแปลงต่างๆ ภายในร่างกาย รูปร่าง ความเสี่ยงในกรณีที่ครรภ์เป็นพิษ อีกทั้งอาจมีโรคอื่นๆ แทรกซ้อนในระหว่างตั้งครรภ์ได้ หากการตั้งครรภ์แทนเกิดจากการว่าจ้างแล้ว จะก่อให้เกิดเรื่องผลประโยชน์ และอาจใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นช่องทางในการค้ามนุษย์ได้

คำถามข้อที่ 3 ท่านเห็นว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 กำหนดคำนียาม เพื่อประโยชน์ทางการค้า ในมาตรา 24 ไว้ครอบคลุมหรือไม่ อย่างไร และมีข้อเสนอแนะอย่างไร

ตามมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 บัญญัติไว้ว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า” ในมาตรา 24 จึงก่อให้เกิดปัญหาในการตีความว่าขอบเขตเพียงใดจึงถือว่าเป็นการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ในทางการค้า จากการสัมภาษณ์ได้ข้อคิดเห็นจากปัญหาเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองเด็กเกี่ยวกับความรับผิดชอบเพื่อประโยชน์ในทางการค้า มีความเห็น ดังต่อไปนี้

แนวคิดที่หนึ่ง การกำหนดไว้กว้าง ๆ ตามมาตรา 24 คืออยู่แล้ว เนื่องจาก การตีความกฎหมายจะได้กว้างและครอบคลุมถึงสิ่งที่จะเกิดปัญหาในอนาคตไว้เพื่อป้องกันการค้ามนุษย์ อีกทั้งไม่ควรกำหนดเรื่องค่าใช้จ่ายไว้ เพราะการตั้งครรภ์ในแต่ละครั้งมีค่าใช้จ่ายสูง

แนวคิดที่สอง กรณีที่กฎหมายกำหนด คำว่า “เพื่อประโยชน์ทางการค้า” ใน มาตรา 24 บทบัญญัติที่ความไม่ชัดเจน กฎหมายไม่มีบทนิยามคำว่า เพื่อประโยชน์ทางการค้า กฎหมายมีเจตนารมณ์ไม่ต้องการให้การตั้งครุฑแทนเป็นไปในเชิงพาณิชย์ หรือ มีการค้ามนุษย์เกินขึ้น จึงบัญญัติมาตรา 24 ขึ้น การตั้งครุฑย่อมมีค่าใช้จ่ายเกิดขึ้นใน ระหว่างการตั้งครุฑทั้งหมดเก้าเดือน อันได้แก่ ค่าฝากครุฑครั้งแรก ค่าตรวจครุฑ ค่ายา ตลอดช่วงตั้งครุฑ ค่าตรวจอัตราชาวนด์ ค่าฉีควักชิ้น ค่าใช้จ่ายเหล่านี้เป็นค่าใช้จ่ายอัน จำเมื่อมีการตั้งครุฑขึ้น ซึ่งหากตีความตามกฎหมายหากบุคคลผู้ให้ตั้งครุฑแทนตกลง เกี่ยวกับค่าใช้จ่ายอันเป็นค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการตั้งครุฑไม่ถือว่าเป็นในรูปแบบเชิง-พาณิชย์ ไม่ขัดต่อมาตรา 24 แต่หากพิจารณาคำว่าเพื่อประโยชน์ทางการค้า ในมาตรา 24 ไม่มีความชัดเจนว่าความหมาย คำว่า “เพื่อประโยชน์ทางการค้า” มีความหมาย ครอบคลุมเพียงใด เนื่องจาก กฎหมายไม่มีคำนิยามตามกฎหมาย ก่อให้เกิดปัญหาตกลง ระหว่างคู่สัญญา 2 ฝ่าย ได้แก่ ฝ่ายคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรกับฝ่ายหญิงที่รับตั้งครุฑ-แทนเป็นไปเพื่อประโยชน์อื่นๆ ที่มีลักษณะเป็นการแลกเปลี่ยน เช่น จ่ายเงินดูแลเป็น ค่าเลี้ยงดูให้กับบุตรของหญิงที่ตั้งครุฑแทน ทำให้ต้องพิจารณาว่า ประโยชน์ในทาง การค้า หมายถึง การตกลงแลกเปลี่ยนสินค้าและบริการ ทุกประเภทหรือมุ่ง หมายถึง การเปลี่ยนที่ได้มาซึ่งเงินตราเท่านั้น

เจตนารมณ์ของกฎหมายที่ห้ามให้มีการตั้งครุฑแทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า เนื่องจาก กฎหมายต้องการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง-การแพทย์ไม่ให้เครื่องมือของบุคคลที่ต้องการแสวงหาประโยชน์จากเด็ก เช่น การนำเด็กไปค้ามนุษย์ การใช้วัยวะของเด็ก เพราะหากพิจารณาถึงความสัมพันธ์ ความรัก ความเอื้ออาทรระหว่างบุคคลที่ประสงค์ให้ตั้งครุฑแทนและเด็กที่เกิดจาก การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มีน้อยมาก โดยเฉพาะการตั้งครุฑ-แทน คือ การนำเชื้อสุจิฝ่ายชายและไข่ของฝ่ายหญิง มาฉีดเข้าไปในมดลูกของหญิงอื่น ตั้งครุฑแทน หญิงที่ประสงค์ให้ตั้งครุฑแทนไม่ทราบถึงความเหนื่อย ความลำบากใน การตั้งครุฑ การรับตั้งครุฑแทนเป็นการทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หญิงอุ้มบุญถูก เปรียบเหมือน “เครื่องจักรผลิตเด็ก” เด็กที่เกิดมาอาจเป็นเครื่องมือของธุรกิจการค้ามนุษย์

ได้ง่าย หากพิจารณาในตัวของกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับคำว่า “เพื่อประโยชน์ทางการค้า” พบว่าก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้ เนื่องจาก ในกฎหมายไม่ได้กำหนดคำนิยามไว้ว่า เพื่อประโยชน์ทางการค้า หมายความว่าอย่างไร การกระทำเพียงไหนจึงเป็นกระทำเพื่อประโยชน์ทางการค้า เนื่องจาก หากการกระทำใดเป็นการตั้งครุภัณฑ์แทนเพื่อประโยชน์ในทางการค้า กฎหมายกำหนดบทลงโทษไว้ตามมาตรา 48 บัญญัติว่า “ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 24 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท” ดังนั้น ในมาตรา 24 จึงก่อให้เกิดปัญหาในการตีความว่าขอบเขตเพียงใดจึงถือว่าเป็นการตั้งครุภัณฑ์แทนเพื่อประโยชน์ในทางการค้า

แต่หากพิจารณาการตกลงระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ได้แก่ ฝ่ายคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรกับฝ่ายหญิงที่รับตั้งครุภัณฑ์แทน เป็นไปเพื่อประโยชน์อื่นๆ ที่มีลักษณะเป็นการแลกเปลี่ยน เช่น การสนับสนุนการศึกษา หรือจ่ายเงินเพื่อเป็นค่าเลี้ยงดูให้แก่หญิงที่รับตั้งครุภัณฑ์แทน กฎหมายยังมีความไม่ชัดเจนเท่าที่ควร อีกทั้งหากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงไม่รับเงินเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการตั้งครุภัณฑ์แต่เปลี่ยนให้คู่สัญญาอีกฝ่ายชดใช้เป็นค่าใช้จ่ายอย่างอื่นแทน ในกรณีนี้ถือว่าเป็นค่าตอบแทนที่เป็นการค้าหรือไม่ อย่างไร ในกรณีของต่างประเทศมีการกำหนดในเรื่องค่าตอบแทนที่ควรให้แก่บุคคลที่รับตั้งครุภัณฑ์แทน แต่สำหรับประเทศไทยไม่มีการลงรายละเอียดที่ชัดเจน ทำให้ต้องมีการตีความตามมาตรา 24 อีกครั้ง และในมาตรา 24 เป็นบทบัญญัติในลักษณะเป็นเรื่องดุลพินิจ เมื่อเกิดปัญหาขึ้นจึงมาตีความที่หลังว่ากรณีใดถือว่าเป็นการตั้งครุภัณฑ์แทนเพื่อประโยชน์ในทางการค้า อีกทั้งตามมาตรา 24 กฎหมายกำหนดไว้ว่าหากไม่ปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดบุคคลนั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี ปรับไม่เกินสองแสนบาท ดังนั้น กฎหมายควรระบุให้ชัดเจน หรือกำหนดคำนิยามไว้ว่า กรณีใดถือว่าเป็นการเข้าข่ายเพื่อประโยชน์ในทางการค้า อย่างไร ในกรณี ข้าราชการรับของกำนันได้ยังต้องมีการกำหนดอัตราไว้ว่าข้าราชการควรรับของได้เท่าไร การตั้งครุภัณฑ์ก็เช่นเดียวกัน ควรกำหนดลักษณะของค่าตอบแทนไว้ บุคคลที่ให้ตั้งครุภัณฑ์แทน และบุคคลที่รับตั้งครุภัณฑ์ใช้หลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นแนวทางระหว่างคู่สัญญา เพื่อให้เกิดการคุ้มครองกับเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้มากที่สุด

คำถามข้อที่ 4 ท่านเห็นว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ควรบัญญัติมาตรการในการตรวจสอบครอบครัวที่รับเด็กไปเลี้ยงดูหรือไม่ เพราะเหตุใดและมีข้อเสนอแนะอย่างไร

ผู้ให้สัมภาษณ์มีแนวคิด ดังต่อไปนี้

แนวคิดที่หนึ่ง ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ไม่ควรมีมาตรการในการตรวจสอบ เพราะ หากกฎหมายไปกำหนดหรือให้เจ้าหน้าที่เข้าไปตรวจสอบครอบครัวที่บุคคลให้ตั้งครรภ์นำเด็กไปเลี้ยงดู หากเป็นการตรวจสอบครอบครัวของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยวิธีการผสมเทียม การทำกิฟซ์ ในกรณีนี้ไม่มีปัญหาเนื่องจาก หญิงที่เป็นคู่สมรสเป็นบุคคลที่ตั้งครรภ์และให้กำเนิดเด็กเอง แต่หากเป็นกรณีที่เด็กเกิดจากการตั้งครรภ์แทน อาจทำให้เด็กเกิดปมด้อย ส่งผลทางด้านจิตใจของเด็ก ทำให้เด็กค้นหาแม่ที่ให้กำเนิด เพราะหากพิจารณาจากตัวบทกฎหมาย จะบัญญัติให้ตัดความสัมพันธ์ระหว่างหญิงที่ให้กำเนิดทันที เพราะกฎหมายให้ถือว่าเด็กที่เกิดถือเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของบุคคลที่ให้ตั้งครรภ์แทน อีกทั้งหากมีมาตรการเข้าไปตรวจสอบถือว่าเป็นการล่วงเกินความเป็นส่วนตัวของครอบครัวเด็ก

แนวคิดที่สอง ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ควรมีมาตรการตรวจสอบครอบครัวที่นำเด็กไปเลี้ยงในครอบครัว เพราะกฎหมายมีชื่อว่ากฎหมายคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ แต่ในบทบัญญัติส่วนใหญ่เป็นการควบคุมการกระทำที่ใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เป็นไปตามแนวทางที่กฎหมายกำหนด ส่วนที่ให้การคุ้มครองเด็กหลักๆ เป็นเรื่องให้เด็กที่เกิดมามีบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะในกรณีที่เด็กเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะพบปัญหามากกว่าการที่เด็กเกิดโดยวิธีอื่นๆ เพราะการตั้งครรภ์แทน ผู้ที่ตั้งครรภ์ไม่ใช่มารดาที่ต้องการมีบุตรแต่เป็นบุคคลอื่นเข้ามาตั้งครรภ์แทน ทำให้มารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย กับบุตรตามความในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ไม่เกิดความผูกพันกับเด็กตั้งแต่ในครรภ์ เพราะไม่ได้ตั้งครรภ์เอง

ดังนั้น กฎหมายจึงควรกำหนดให้มีการตรวจสอบครอบครัวที่นำเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน เพราะทำให้ทราบถึงความเป็นอยู่ของครอบครัวที่เด็กจะไปอยู่ด้วย รวมทั้งสภาพแวดล้อมทางสังคมว่า เมื่อเด็กเข้าไปอยู่แล้ว จะไม่ทำให้เด็กเข้าไปอยู่ในสังคมที่ไม่ดี การเข้าไปตรวจสอบครอบครัวภายหลังจากเด็กได้เกิดมาแล้ว เป็นผลดี เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้ไม่ได้คุ้มครองการดูแลเด็กที่เกิดมาโดยใช้เทคนิคพิเศษในระยะยาว หากมีมาตรการในการตรวจสอบทำให้เด็กไม่ตกเป็นเครื่องของบุคคลที่ต้องการแสวงหาผลประโยชน์จากเด็ก

จากข้อค้นพบที่ได้จากการสัมภาษณ์สภาพปัญหาที่เกิดจากพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 เหตุที่บัญญัติกฎหมายโดยหลักแล้วเพื่อให้เกิดการคุ้มครองแก่เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ถือว่าเป็นการนำเทคนิคทางวิทยาศาสตร์มาใช้แก่มนุษย์เพื่อกำเนิดบุตร เด็กที่เกิดโดยวิธีการนี้ถือว่ามีกระบวนการทางการแพทย์เข้ามาช่วย โดยที่ไม่ได้ใช้วิธีการทางธรรมชาติ โดยเฉพาะวิธีการตั้งครรภ์แทนเป็นการนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่ต่างจากวิธีการอื่น คือ ให้นิยามอื่นมาตั้งครรภ์แทน เนื่องจาก คู่สมรสฝ่ายหญิงไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ วิธีการตั้งครรภ์แทนเป็นวิธีการที่ทำให้เกิดปัญหามากกว่าวิธีการอื่น เนื่องจาก บุคคลที่ให้กำเนิดเป็นคนละคนกับบุคคลที่ตั้งครรภ์ กรณีนี้อาจก่อให้เกิดช่องทางที่ก่อให้เกิดผลเสียแก่เด็กมากกว่ากรณีที่หญิงที่ต้องการมีบุตรตั้งครรภ์เอง เด็กที่เกิดโดยให้บุคคลอื่นตั้งครรภ์แทนมีความผูกพันกับบุคคลที่ต้องการให้ตั้งครรภ์น้อยมาก อีกทั้ง เมื่อมีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยบัญญัติในเรื่องความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พบว่าบทบัญญัติส่วนใหญ่เน้นการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยวิธีการตั้งครรภ์แทน และเจตนารมณ์ของกฎหมายที่บัญญัติคุ้มครองเด็กเกี่ยวกับเรื่องความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เพื่อให้เด็กที่เกิดโดยวิธีการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้รับความคุ้มครองอย่างแท้จริง

การคุ้มครองเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยมีกฎหมาย
 พิเศษกำหนดความเป็นบิดามารดาโดยชอบเป็นสิ่งที่ดี กฎหมายควรเพิ่มมาตรการใน
 การตรวจสอบครอบครัวของบุคคลที่ให้ตั้งครรภ์แทนด้วย เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้เด็ก-
 ที่เกิดโดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตกเป็นเหยื่อของกระบวนการที่ผิด
 กฎหมาย อีกประเด็นที่เป็นปัญหาในกรณีที่คู่สมรสที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่มีสัญชาติไทย
 จะมีปัญหาในการตรวจสอบ เพราะเมื่อเด็กเกิดมาแล้ว เด็กต้องเดินทางกลับต่างประเทศ
 เพื่ออาศัยอยู่กับคู่สมรสชาวต่างชาติ ทำให้กระบวนการในการตรวจสอบเป็นไปด้วย
 ความยากลำบาก อีกทั้งประเทศไทยไม่มีกฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับคุ้มครองเด็กที่เกิดโดย-
 อาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ทำให้เด็กอาจถูกละเมิดสิทธิได้
 กระบวนการตรวจสอบโดยได้รับการเลี้ยงดูอย่างถูกต้องจากบิดา มารดา ที่นำเด็กไปเลี้ยง
 ดู จากคำแนะนำของเจ้าหน้าที่ที่เข้าไปตรวจสอบครอบครัวเป็นกระบวนการทำให้เด็กที่-
 เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ได้รับความคุ้มครองใน
 เบื้องต้นเสียก่อน

ข้อเสนอแนะเพิ่มเติม

ผู้ให้สัมภาษณ์ให้ข้อคิดเห็นว่า ปัญหาบางมาตราไม่มีกระบวนการเข้ามาคุ้มครอง
 เด็กที่เกิดโดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในกรณีผสมเทียม และควร
 เพิ่มเติมนการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่รับตั้งครรภ์แทนในกรณีกระบวนการเลิกสม-
 การตั้งครรภ์

ข้อค้นพบที่ได้จากการสัมภาษณ์ ทำให้ทราบแนวทางในการพัฒนามาตรการของ
 กฎหมายเพื่อคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
 ผู้วิจัยจึงได้ร่างกฎหมายตามแนวทางที่ได้ค้นพบจากการสัมภาษณ์ผู้เชี่ยวชาญ ผู้ที่มีส่วน
 เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และนำร่างกฎหมายให้
 ผู้ทรงคุณวุฒิพิจารณาเพื่อความถูกต้องและเกิดความรัดกุมในการคุ้มครองเด็ก

3. แนวทางร่างกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการ การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยี- ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

ผู้วิจัยได้ดำเนินการวิเคราะห์ข้อมูลที่ผ่านการวิเคราะห์ทางเอกสาร (Documentary Research) และการสัมภาษณ์เชิงลึก (In-Depth Interview) มาแล้วตามลำดับ ผู้วิจัยได้จัดทำร่างกฎหมายเพื่อให้ผู้ทรงคุณวุฒิได้วิจารณ์ร่าง โดยระดมความคิดเห็น ข้อเสนอแนะของบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้อง ทั้งนี้เพื่อหามาตรการทางกฎหมายคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัย-เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ทำให้ผู้วิจัยได้ข้อค้นพบ โดยสามารถสรุปตามคำถาม ได้ดังนี้

คำถามข้อที่ 1 ท่านเห็นว่าควรปรับปรุงเกณฑ์ในการกำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่ประสงค์ให้ตั้งครรภ์แทน ต้องเป็นบุคคลสัญชาติไทยและจดทะเบียนสมรสหรือไม่ เพราะเหตุใด

ผู้ทรงส่วนใหญ่ เห็นว่าควรปรับปรุงเกณฑ์ในการกำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่ประสงค์ให้ตั้งครรภ์แทน ต้องเป็นบุคคลสัญชาติไทยและจดทะเบียนสมรสการเพิ่มเติมเกี่ยวกับลักษณะของบุคคลที่ให้ตั้งครรภ์แทน บุคคลที่รับตั้งครรภ์แทน เป็นบุคคลเริ่มแรกที่เกิดก่อให้เกิดกระบวนการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ คู่สมรสที่มารับการรักษาด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เป็นคู่สมรสที่มีความพยายามในการมีบุตร ด้วยเหตุผลต่าง ๆ กัน เช่น คู่สมรสต้องการครอบครัวที่สมบูรณ์ ต้องการทายาทเพื่อสืบสกุล หรือเพื่อช่วยดูแลกิจการของครอบครัว เหตุผลที่กล่าวมาถือเป็นแรงจูงใจตามปกติธรรมดาของมนุษย์ ที่พบในทุกครอบครัว โดยแรงจูงใจที่ประสงค์ให้บุตรสำหรับบุคคลกลุ่มนี้เกิดจากการวางแผนคิดไตร่ตรอง และมีการวางแผนชีวิตรองรับการมีบุตรอย่างรอบคอบ แต่หากเป็นคู่สามีภริยาบางคู่ ต้องการมีบุตรด้วยแรงจูงใจอื่น การทำให้เกิดการละเมิดสิทธิของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เช่น คู่สมรสต้องการเด็กมาเพื่อใช้แรงงานในบ้าน ต้องการอวัยวะหรือสเต็มเซลล์ของเด็กเพื่อรักษาโรคของตน ต้องการให้เด็กมาดูแลเนื่องจากเจ็บป่วย เมื่อชราภาพไม่มีบุคคลใดมาดูแล ต้องการมีบุตรเพราะถูกบังคับ หรือเพื่อหนีความ

รังสามิ ภรรยาของตนไว้ แต่บุคคลที่ประสงค์มีบุตรไม่ต้องการเลี้ยงดูบุตรให้เติบโตอย่างแท้จริง ทำให้การกำหนดคุณลักษณะของบุคคลที่ให้ตั้งครรภ์แทนเป็นสิ่งสำคัญ ดังนั้น ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 บทบัญญัติมาตรา 21 ภายใต้อำนาจมาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนอย่างน้อยต้องเป็นไปตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้ (1) สามิและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีที่สามิหรือภริยามีได้มีสัญชาติไทย ต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี คุณสมบัติสำหรับบุคคลที่ประสงค์ให้ตั้งครรภ์แทน คือ ต้องมีการจดทะเบียนสมรส เหตุที่กฎหมายต้องให้บุคคลที่ประสงค์จะมีบุตรต้องจดทะเบียนสมรส เนื่องจาก การจดทะเบียนสมรสเป็นเกณฑ์หนึ่งที่ใช้สำหรับการพิจารณาในการมีบุตรโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เพราะการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ต่างจากวิธีการเกิดโดยธรรมชาติ เฉพาะอย่างยิ่งการนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ด้วยวิธีการตั้งครรภ์แทน หญิงที่ประสงค์ให้ตั้งครรภ์แทนไม่เกิดสายใยระหว่างกับทารกที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ด้วยวิธีการตั้งครรภ์แทน ส่งผลในการเลี้ยงดูเด็กขาดความรัก ขาดความใส่ใจในการเลี้ยงดูต่อเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ดังนั้น การจดทะเบียนสมรสเป็นการกลั่นกรองเบื้องต้น คู่สมรสสามารถประทับประจักษ์ช่วยเหลือนกันเลี้ยงดูทารกได้เป็นอย่างดี ดังนั้น การกำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่ใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ต้องเป็นคู่สมรสที่จดทะเบียนถูกต้องตามกฎหมาย แต่ในกรณีมีความคิดเห็นของผู้ทรงบางท่าน ว่าควรให้บุคคลที่ประสงค์จะให้ตั้งครรภ์แทนควรให้เป็นบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสด้วย เพราะการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นการบำบัดรักษาสำหรับบุคคลมีบุตรยาก ในกรณีนี้ผู้วิจัยเห็นว่า การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นวิธีการที่ทำให้มีบุตรที่เกิดจากกระบวนการทางการแพทย์ ซึ่งต่างจากการมีบุตรด้วยวิธีการธรรมชาติอย่างมาก กรณีที่บุคคลที่ประสงค์มีบุตรด้วยวิธีการธรรมชาติหญิงเป็นฝ่ายตั้งครรภ์เอง อุ้มท้องเอง เมื่อทารกเกิดมา แม่มี

น้ำมันเลี้ยงลูกได้เอง ต่างจากการให้บุคคลอื่นตั้งครรภ์แทน บุคคลที่ประสงค์ให้ตั้งครรภ์เพียงแค่นำเอาอสุจิฝ่ายชายกับไข่ของฝ่ายหญิง ผิดเข้าไปในมดลูกของหญิงอื่น ดังนั้นทำให้ปฏิสัมพันธ์ สายใยระหว่างหญิงที่ประสงค์ให้ตั้งครรภ์กับทารกที่เกิดมามีน้อยหรือไม่มีเลย อีกทั้งหากปล่อยให้บุคคลที่ประสงค์ให้ตั้งครรภ์แทนไม่ได้จดทะเบียนสมรสแล้วมาใช้บริการอาจก่อให้เกิดปัญหาต่อทารกที่เกิดมา

ผู้ทรงคุณวุฒิเห็นว่า กรณีที่กฎหมายไปกำหนดไว้ให้บุคคลที่สามารถใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ด้วยวิธีการตั้งครรภ์แทน กำหนดเฉพาะชายและหญิงที่จดทะเบียนสมรส ถือว่าการจำกัดสิทธิในการรักษาพยาบาล แม้ว่ากฎหมายจะจำกัดสิทธิต่อชายและหญิงที่เข้ารับการรักษา แต่ส่งผลดีต่อทารกที่เกิดมาได้รับการคุ้มครองในเบื้องต้น และการจดทะเบียนถือว่าเป็นสิ่งที่หนึ่งที่กฎหมายรับรอง ทำให้ทารกที่เกิดมาเป็นบุตร โดยชอบด้วยกฎหมายของบิดา ทั้งยังได้รับสิทธิต่างๆ ตามกฎหมาย นอกจากกฎหมายกำหนดเกณฑ์ให้คู่สมรสที่สามารถใช้บริการได้ต้องจดทะเบียนสมรสกันแล้ว ต้องมีสัญชาติไทย หรือ หากฝ่ายชายหรือหญิงไม่มีสัญชาติไทย กฎหมายอนุญาตให้ขอใช้บริการได้ แต่ต้องมีการจดทะเบียนสมรสกับชายหรือหญิงที่มีสัญชาติไทยไม่น้อยกว่า 3 ปี เหตุที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีการจดทะเบียนสมรสไม่น้อยกว่า 3 ปี เนื่องจาก ระยะเวลาที่จดทะเบียนสมรส 3 ปี ทำให้ชายและหญิงสามารถปรับสภาพโดยใช้ชีวิตของทั้งคู่โดยการอยู่ร่วมกันเป็นครอบครัวได้ และป้องกันการนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาใช้ประโยชน์ในรูปแบบอื่น กฎหมายจึงห้ามชายและหญิงที่เป็นชาวต่างชาติเข้ามาใช้บริการในประเทศไทย แต่เปิดช่องไว้ว่า หากคู่สมรสที่เป็นชาวต่างชาติจะใช้วิธีการตั้งครรภ์แทน บุคคลใดบุคคลหนึ่งต้องมีสัญชาติไทย บทบัญญัติที่กฎหมายกำหนดไม่ได้แก้ปัญหาเกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์กับเด็ก เนื่องจาก กฎหมายมีช่องทางให้ชาวต่างชาติสามารถขอให้ใช้บริการได้ แต่ต้องมีการจดทะเบียนสมรส และมีใช้เกณฑ์ระยะเวลา 3 ปี เพื่อให้ทารกที่เกิดมาได้รับความคุ้มครองอย่างแท้จริง กฎหมายต้องห้ามโดยเด็ดขาด บทบัญญัติของกฎหมายไม่อนุญาตให้บุคคลที่มีสัญชาติอื่น นอกจากสัญชาติไทยใช้บริการได้

คำถามข้อที่ 2 ท่านเห็นว่าควรปรับปรุงเกณฑ์ในการกำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่รับตั้งครุฑแทนในเรื่องเกี่ยวกับอายุและการตรวจสอบสภาพความพร้อมทางจิตใจ ร่างกาย สภาพสังคม เพราะเหตุใด

ผู้ทรงส่วนใหญ่ เห็นว่าควรปรับปรุงเกณฑ์ในการกำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่รับตั้งครุฑแทนในเรื่องเกี่ยวกับอายุและการตรวจสอบสภาพความพร้อมทางจิตใจ ร่างกาย สภาพสังคม เนื่องจาก การตรวจสอบสถานภาพหรือการประเมินจิตใจเป็นเรื่องหนึ่งที่มีความสำคัญ กรณีบุคคลที่ประสงค์ให้ตั้งครุฑแทน หากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ประสบผลสำเร็จ คือ ทารกที่อยู่ในครรภ์ได้คลอดมาจากครรภ์ของหญิงที่ตั้งครุฑแทน บุคคลที่ประสงค์ให้ตั้งครุฑแทน มีสถานะเป็นบิดามารดาตามที่กฎหมายกำหนด มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบในการเลี้ยงดูบุตร ดังนั้น บุคคลที่เป็นบิดามารดา ต้องมีความพร้อมทั้งทางด้านสถานะทางด้านร่างกาย จิตใจ และสภาพเศรษฐกิจที่มั่นคง เพื่อให้ทารกที่เกิดมาได้รับการเลี้ยงดูอย่างเหมาะสม สำหรับพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดให้มีการตรวจสอบความพร้อมทางด้านร่างกาย มาตรา 16 ก่อนให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ บุคคลให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จะต้องจัดให้มีการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกาย จิตใจ และสภาพแวดล้อมของผู้ให้บริการ หญิงที่รับตั้งครุฑแทน และผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ที่จะนำมาใช้ดำเนินการ รวมทั้งการป้องกันโรคที่อาจมีผลกระทบต่อเด็กที่จะเกิดมาด้วย ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ โดยหลักเกณฑ์ในการตรวจประเมินของสามีและภริยาที่ประสงค์จะให้มีการดำเนินการตั้งครุฑแทนตามที่ประกาศ การสัมภาษณ์และสังเกตพฤติกรรมการแสดงออกบ่งว่าอาจมีปัญหา สุขภาพจิต กำลังป่วยด้วยภาวะซึมเศร้า กำลังป่วยหรือมีประวัติป่วยเป็นโรคไบโพลาร์ หรือโรคจิต มีประวัติกระทำรุนแรง หรือล่วงละเมิดทางเพศต่อเด็ก มีปัญหาบุคลิกภาพที่อาจเป็นอันตรายต่อการเลี้ยงดูเด็ก ได้แก่ อารมณ์ ก้าวร้าวรุนแรง เคยทำลายข้าวของ ดินสุรา หรือสารเสพติด โดยยังไม่ได้รับการรักษาหรือยังมีอาการอยู่ พบว่า การประเมินความพร้อม

ทางด้านจิตใจตามหลักเกณฑ์ของแพทยสภาไม่เพียงพอต่อการขอใช้บริการทางเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ควรเพิ่มรายละเอียดให้มีหลักเกณฑ์การตรวจสอบสภาพจิตใจเพื่อให้เกิดการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เนื่องจาก บุคคลที่ประสงค์ให้ตั้งครรภ์แทน คือ บุคคลที่ต้องเป็นบิดา มารดา ของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่เมื่อบุคคลที่ประสงค์ที่ตั้งครรภ์แทนต้องมาใช้ชีวิตในการเลี้ยงดูบุตรที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จึงต้องมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอื่นๆ เพิ่มเติม เพื่อให้เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้รับความคุ้มครองและมีสภาพจิตใจที่ดีในครอบครัวที่ดี ในกรณีการขอใช้บริการของเครื่องรัฐออสเตรเลีย พิจารณาถึงความสัมพันธ์คู่สามีภรรยา ประวัติการก่ออาชญากรรม ส่วนของสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดลักษณะของผู้ประสงค์ให้ตั้งครรภ์แทน ไม่สามารถให้เกียรติและคงความสัมพันธ์ที่ดีกับหญิงผู้จัดตั้งครรภ์แทน พบความผิดปกติทางจิตใจจากการประเมินโดยบุคลากรทางสุขภาพจิต มีภาวะติดสารเสพติดที่ยังไม่หายขาด กรรมเด็กทำร้ายร่างกายหรือล่วงละเมิดทางเพศ ภาวะซึมเศร้าหรือภาวะกินที่ผิดปกติมีโรคซึมเศร้าที่ยังไม่ดีขึ้น โรคไฟโบลาร์โรคจิตหรือโรควิตกกังวลและบุคลิกภาพผิดปกติที่มีอาการชัดเจนมาก มีปัญหาสัมพันธ์ภาพกับคู่สมรสในปัจจุบันไม่สามารถตกลงกับหญิงผู้ตั้งครรภ์แทนถึงจำนวนตัวอ่อนที่จะใส่เข้าไปในมดลูกได้ การปฏิเสธไม่รับรักษาของสหรัฐอเมริกามีหลักเกณฑ์ในการพิจารณามากกว่าเกณฑ์ในประเทศไทย เหตุผลที่สหรัฐอเมริกา เกณฑ์การพิจารณามาก อาจเนื่องมาจาก สหรัฐอเมริกา เป็นประเทศที่มีการนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาใช้กับมนุษย์เป็นระยะเวลานาน อีกทั้งเกณฑ์ในการพิจารณาสหรัฐอเมริกา ได้เล็งเห็นถึงความสำคัญต่อเด็กที่เกิดมาโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เกณฑ์ของสหรัฐอเมริกาที่ต่างจากประเทศไทยและเกณฑ์ในการพิจารณาที่ควรนำมาเป็นแบบในการปรับปรุงบทบัญญัติกฎหมาย คือ คู่สมรสที่ประสงค์ให้ตั้งครรภ์แทนไม่สามารถให้เกียรติและคงความสัมพันธ์ที่ดีกับหญิงผู้จัดตั้งครรภ์แทน การไม่ให้เกียรติและทั้งสองฝ่ายเกิดความสัมพันธ์กันไม่แน่นแฟ้น อาจส่งผลกระทบต่อทารกที่เกิดมา นอกจากนั้น พิจารณาถึง

ความสัมพันธ์ของกลุ่มสมรสที่ขอรับบริการ หากกลุ่มสมรสมีความสัมพันธ์ไม่ดีต่อกันทารกที่เกิดมาอยู่ในครรภ์ไม่อบอุ่น ทารกที่เกิดด้วยวิธีการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นการเกิดด้วยกระบวนการพิเศษ ทารกมีสภาพจิตใจที่ควรได้รับความรัก การดูแลเอาใจใส่จากบิดามารดา ดังนั้น กลุ่มสมรสที่ประสงค์ให้ตั้งครรภ์แทนต้องมีสภาพครอบครัวที่ดี และกฎหมายห้ามให้กลุ่มสมรสที่มีคดีความทางกฎหมายขอใช้บริการอีกด้วย

คำถามข้อที่ 3 ท่านเห็นควรกำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่รับตั้งครรภ์แทนในเรื่องเกี่ยวกับอายุและการตรวจสอบสภาพความพร้อมทางจิตใจ ร่างกาย สภาพสังคม เพราะเหตุใด

ผู้ทรงส่วนใหญ่ เห็นว่าควรกำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่รับตั้งครรภ์แทนในเรื่องเกี่ยวกับอายุและการตรวจสอบสภาพความพร้อมทางจิตใจ ร่างกาย สภาพสังคม เนื่องจาก หญิงที่รับตั้งครรภ์ต้องมีเกณฑ์ในการพิจารณาและกำหนดไว้เช่นกัน เพราะการตั้งครรภ์แทน หญิงที่รับตั้งครรภ์ถือว่าเป็นบทบาทอย่างยิ่ง ตัวอ่อนที่ถูกฉีดในมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ตัวอ่อนเจริญเติบโตกลายเป็นทารกในครรภ์โดยทารกต้องอยู่ในครรภ์ทั้งหมด 9 เดือน

ดังนั้น การให้บุคคลอื่นที่มารับตั้งครรภ์แทน ต้องหาบุคคลที่มีความเหมาะสม ผู้วิจัยจึงเห็นว่า หญิงที่รับตั้งครรภ์ควรเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น หญิงที่ตั้งครรภ์แทนเป็นญาติพี่น้องสืบสายโลหิต ในเบื้องต้นบุคคลที่รับตั้งครรภ์แทนมีความรัก ความผูกพันต่อทารกที่อยู่ในครรภ์ในฐานะญาติ หากกฎหมายคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของทารกที่อยู่ในครรภ์ ถ้าพิจารณาในอีกแง่มุมหนึ่ง หากกฎหมายต้องจำกัดเฉพาะญาติพี่น้องเท่านั้น อาจทำให้บุคคลที่ประสงค์มีบุตร แต่ไม่มีญาติพี่น้องมาตั้งครรภ์แทนได้ กฎหมายก่อให้เกิดการไปจำกัดสิทธิในการรักษาพยาบาล อาจขัดกับหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพได้ ทำให้ควรเพิ่มมาตรการพิเศษในการตรวจสอบเพิ่มเติม ในกรณีที่บุคคลอื่นที่ไม่ใช่ญาติพี่น้องสืบสายโลหิตสามารถตั้งครรภ์แทน ต้องมีเกณฑ์ในการพิจารณาตรวจสอบด้านสภาพจิตใจของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ให้รัดกุมเพื่อให้ทารกที่เกิดมามีสภาพจิตใจที่ดี ในประเทศไทยได้มีเกณฑ์ในการตรวจสอบหญิงที่รับครรภ์แทน โดยหากพบว่าบุคคลที่ตั้งครรภ์แทนมีปัญหา คือปัญหาด้านความคิด ความเข้าใจ การรับรู้ความเป็นจริง จนอาจปฏิบัติตามคำแนะนำ

ทางการแพทย์ไม่ได้ การสัมภาษณ์และสังเกตพฤติกรรมการแสดงออกบ่งว่าอาจมีปัญหาสุขภาพจิต มีภาวะอาการซึมเศร้าในช่วงตั้งครรภ์ก่อนหน้านี้ มีประวัติอาการโรคจิต ในช่วงหลังคลอดในครรภ์ก่อนหน้านี้ ซึมเศร้า กำลังป่วยหรือมีประวัติป่วยเป็นโรคไบโพลาร์ หรือโรคจิต โรคกลัวอ้วน หรือการกินที่ผิดปกติ ดัดสุรา หรือสารเสพติด โดยยังไม่ได้รับการรักษาหรือยังมีอาการอยู่ หญิงนั้นไม่สามารถรับตั้งครรภ์แทนได้

เกณฑ์ในการพิจารณาของประเทศไทย พิจารณาการตั้งครรภ์โดยการคุ้มครองเด็กเป็นหลัก เพราะดูจากสุขภาพจิตของผู้ตั้งครรภ์ อีกทั้งยังพิจารณาถึงโรคกลัวอ้วน บุคคลที่ตั้งครรภ์ต้องรับประทานอาหารที่ดีมีประโยชน์ต่อสุขภาพ ถ้ากลัวอ้วนอาจทำให้ทารกที่อยู่ในครรภ์ได้รับสารอาหารไม่เพียงพอต่อความต้องการ หากพิจารณาเกณฑ์ของสหรัฐอเมริกา กฎหมายกำหนดไว้ว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนไม่สามารถเข้าใจหรือร่วมมือในการตกลงรักษา มีมูลเหตุจูงใจทางการเงินหรือทำด้วยความเกรงใจ พบความผิดปกติทางจิตใจจากการประเมินโดยบุคลากรทางสุขภาพจิต มีภาวะติดสารเสพติดที่ยังไม่หาย ทารุณกรรมเด็ก ทำร้ายร่างกายหรือล่วงละเมิดทางเพศ ภาวะซึมเศร้า ภาวะการกินผิดปกติ หรือเคยผ่านการตั้งครรภ์และการคลอดที่มีเหตุการณ์สะเทือนใจ มีโรคซึมเศร้าที่ยังไม่ดีขึ้น โรคไบโพลาร์ โรคจิต โรควิตกกังวลที่เป็นมาก มีปัญหาสัมพันธ์ภาพกับคู่สมรสในปัจจุบัน มีการใช้ชีวิตที่สุ่มเสี่ยง หรือกำลังมีเหตุความเครียดสำคัญในชีวิต ไม่สามารถให้เกียรติและคงความสัมพันธ์ที่ดีกับคู่สามีภรรยาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน มีแนวโน้มที่จะเกิดปัญหาในการแยกจากทารกหรือไม่ยอมแยกจากทารก หลังคลอด ส่วนข้อปฏิเสธอื่น ๆ ได้แก่ การไม่สามารถแสดงถึง ความตั้งใจในการตั้งครรภ์เพื่อช่วยเหลือคู่สมรส การพิจารณาของสหรัฐอเมริกา มีเกณฑ์ที่คล้ายคลึงกับประเทศไทย แต่มีส่วนที่เพิ่มเติมขึ้นมา คือ สหรัฐอเมริกา จะพิจารณาว่าสาเหตุของบุคคลที่ตั้งครรภ์แทนมารับตั้งครรภ์แทน มีมูลเหตุจูงใจทางการเงิน หรือทำด้วยความเกรงใจหรือไม่ แม้ว่าสหรัฐอเมริกาจะบัญญัติในกฎหมายไว้ว่าห้ามตั้งครรภ์ในเชิงพาณิชย์อยู่แล้ว แต่เพื่อป้องกันและคุ้มครองเด็กให้เพิ่มขึ้น จึงให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องตรวจสอบเพิ่มเติมว่าที่รับตั้งครรภ์หากเกิดจากมูลเหตุจูงใจทางการเงิน แสดงให้เห็นว่า การรับตั้งครรภ์แทนไม่ได้เกิดจากความบริสุทธิ์ใจ อีกทั้งการตั้งครรภ์เพื่อความเกรงใจ อาจทำให้การร่วมมือ

การดูแลทารกที่อยู่ในครรภ์อาจไม่ดีเท่าที่ควร บุคคลรับตั้งครรภ์แทนต้องมีสัมพันธภาพที่ดีกับคู่สมรสที่ประสงค์ให้ตั้งครรภ์แทน หากมีสัมพันธภาพที่ไม่ดีจะส่งผลกระทบต่อทารกในครรภ์ บุคคลรับตั้งครรภ์แทนอาจดูแลทารกในครรภ์ไม่ดี เกิดภาวะความเครียด สิ่งเหล่านี้ส่งผลต่อทารกทั้งสิ้น แม้กระทั่งหากตรวจพบว่า หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีการใช้ชีวิตสุ่มเสี่ยง หรือ กำลังมีเหตุการณ์ความเครียดความสำคัญในชีวิต เช่น หญิงรับตั้งครรภ์แทน มีหนี้สินล้นพ้นตัว หญิงรับตั้งครรภ์แทนอาศัยอยู่บริเวณที่เป็นแหล่งซื้อขาย หากต่อไปในอนาคตทารกที่เกิดมาเติบโต แล้วทราบว่า ตนเกิดจากหญิงที่มีฐานะ สภาพที่ย่ำแย่ ทารกเติบโตมาเป็นเด็กที่มีสภาพจิตใจที่ไม่ปกติหรือเด็กอาจเกิดความอับอาย อยู่ในสังคมไม่ปกติสุขได้ กรณีนี้แพทย์ในสหรัฐอเมริกาสามารถปฏิเสธไม่ให้หญิงรับตั้งครรภ์แทนได้ เกณฑ์ในการตรวจสอบของประเทศไทย เป็นเพียงให้หญิงที่รับตั้งครรภ์ทราบว่า ตนจะเป็นบุคคลที่รับตั้งครรภ์แทน โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์ต้องเกิดความเข้าใจ ในกระบวนการทางการแพทย์ และการประเมินสภาพความพร้อมของสภาพจิตใจเป็น การสอบถามเพื่อให้เกิดประโยชน์สำหรับทารกในระยะที่อยู่ในครรภ์ แต่การประเมินความพร้อมทางด้านจิตใจของประเทศไทยไม่ได้กำหนดเกณฑ์เพื่อให้เกิดการคุ้มครอง ภายหลังทารกเกิดมาแล้ว ทำให้ผู้วิจัยเห็นว่า ประเทศไทย ควรปรับปรุง เพิ่มหลักเกณฑ์ ในการพิจารณาเสียใหม่ เพื่อคำนึงถึงผลที่เกิดขึ้นภายหลังทารกเกิดมาดังเช่น สหรัฐอเมริกาด้วย นอกจากการประเมินการตรวจสอบสภาพจิตใจของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนแล้ว

การกำหนดอายุของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นสิ่งที่ต้องให้ความสำคัญ ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ไม่ได้กำหนดอายุของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไว้ เพียงแต่กำหนดใน มาตรา 21(3) กำหนดว่า “หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามี หรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายตาม (1) ในกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือ ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนได้ ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนด โดย คำแนะนำของคณะกรรมการ หลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขเฉพาะหญิงที่ตั้งครรภ์ แทนที่ไม่ใช่ญาติสืบสายโลหิต หญิงที่ตั้งครรภ์แทนที่ไม่ใช่ญาติ หญิงที่ตั้งครรภ์แทนที่

ไม่ใช่ญาติ มีเกณฑ์พิจารณา คือ กำหนดให้มีอายุ 20 ปีบริบูรณ์ และไม่เกิน 35 ปีบริบูรณ์

ตามหลักชีววิทยา ร่างกายของผู้หญิงอายุ 20 ปีเป็นช่วงที่เหมาะสมสำหรับการตั้งครรภ์มากที่สุด ผู้หญิงทั้งหลายควรจะตั้งครรภ์อายุประมาณช่วง 20-30 ปี เพราะช่วงอายุดังกล่าวจัดอยู่ในช่วงชีวิตที่ยังมีความแข็งแรงและสมบูรณ์ของร่างกายอย่างเต็มเปี่ยม เวลาตั้งครรภ์จึงมักมีปัญหาน้อยที่สุดทั้งต่อตัวแม่เองและต่อทารกในครรภ์ โดยเฉพาะถ้าอายุมากกว่า 35 ปีขึ้นไป มักจะ เสี่ยงต่อปัญหาแทรกซ้อนขณะตั้งครรภ์ได้หลายอย่าง ไม่ว่าจะเป็นโรคเบาหวานหรือความดันโลหิตสูงขณะตั้งครรภ์ หรือเวลาคลอดก็อาจตกเลือดหลังคลอด เนื่องจากมดลูกหดตัวไม่ดี สำหรับตัวลูกก็อาจเสี่ยงที่จะเป็นเด็กปัญญาอ่อนได้มากกว่าลูกของแม่ที่อายุน้อยกว่า ร่างกายทำงานไม่เต็มประสิทธิภาพ และอายุของผู้หญิงตั้งครรภ์แทน ตามสากลต้อง 20-29 ปีบริบูรณ์ (เจริญพันธุ์ดีที่สุด คือ 25 ปี) ทำให้การกำหนดเกณฑ์อายุสำหรับหญิงที่รับตั้งครรภ์ แต่การกำหนดเกณฑ์เกี่ยวกับอายุเพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นในการมีบุตร และเพื่อเป็นการช่วยเหลือบุคคลที่ต้องการมีบุตรและตามสถิติหญิงไทยที่เคยผ่านการมีบุตรมาแล้วส่วนใหญ่มีอายุมาก ควรมีช่วงอายุประมาณ 20-35 ปี ถือว่าเป็นช่วงที่พอเหมาะพิจารณาจากโรคที่เกิดขึ้นในช่วงอายุที่กำหนดมาพบน้อยมาก ไม่ค่อยมีปัญหาเกี่ยวกับระบบสืบพันธุ์ เช่น เนื้องอกหรือเยื่อบุมดลูก หญิงวัยนี้เป็นวัยที่มีสภาพร่างกายแข็งแรง หากหญิงที่ตั้งครรภ์อายุมากกว่านี้ อีกทั้งผู้หญิงในวัยนี้ยังมีความเสี่ยงด้านสุขภาพอื่น ๆ เช่น ความดันสูง หรือเบาหวาน น้อยกว่า จึงมีโอกาสดีก่อนกำหนดหรือคลอดเด็กที่มีน้ำหนักต่ำกว่าเกณฑ์ ทำให้ส่งผลกระทบต่อทารกที่เกิดมาอีก

คำถามข้อที่ 4 ท่านเห็นว่าควรกำหนดคำนิยาม คำว่า “เพื่อประโยชน์ทางการค้า” ไว้ในกฎหมายหรือไม่ เพราะเหตุใด

ผู้ทรงส่วนใหญ่ เห็นว่า ควรกำหนดคำนิยาม คำว่า “เพื่อประโยชน์ทางการค้า” ไว้ในกฎหมาย เนื่องจากการกำหนดคำนิยาม คำว่า “เพื่อประโยชน์ทางการค้า” บุคคลที่ขอใช้บริการด้วยวิธีการนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ บุคคลนั้นต้องกระทำในลักษณะไม่ได้เพื่อประโยชน์ทางการค้า การขอใช้บริการต้องไม่ได้เกิดจากการแสวงหาประโยชน์จากทารกที่เกิดมา โดยเฉพาะวิธีการตั้งครรภ์แทน หากคู่สมรสบางรายไม่ได้มีความตั้งใจในการตั้งครรภ์อย่างบริสุทธิ์ใจ ผลกระทบจะเกิดกับทารกที่เกิด-

โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 24 กำหนดไว้ว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า” กฎหมายกำหนดคำว่า “เพื่อประโยชน์ทางการค้า” ไว้กว้างมาก อีกทั้งในกฎหมายไม่มีคำนิยามคำว่าเพื่อประโยชน์ทางการค้า เมื่อบทบัญญัติกำหนดความหมายไว้กว้างเกินไป ทำให้กฎหมายที่มีอยู่ไม่สามารถใช้ประโยชน์หรือคุ้มครองเด็กได้ทันที การใช้กฎหมายในมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ต้องมีคดีความหรือเกิดปัญหาเกิดขึ้น แล้วนำปัญหาที่เกิดขึ้นฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาล เพื่อพิจารณาว่าการกระทำลักษณะใดที่เข้าข่ายเพื่อประโยชน์ทางการค้า ในช่วงที่เกิดปัญหากับเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์หรือระหว่างรอคำพิพากษาจากศาล เด็กถูกละเมิดสิทธิไปแล้ว ดังนั้นกฎหมายต้องกำหนดให้ชัดเจนว่าอย่างไรจึงถือว่าการกระทำที่นำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กระทำเพื่อประโยชน์ทางการค้า โดยการให้คำจำกัดความ โดยการให้คำจำกัดความคำว่า “เพื่อประโยชน์ทางการค้า” ให้ความหมายรวมทั้งการจ่ายค่าตอบแทนเป็นเงิน ทรัพย์สิน เพื่อประโยชน์อื่น ๆ เพื่อให้คำจำกัดความตามกฎหมายให้การคุ้มครองเด็กได้ทุกกรณี

คำถามข้อที่ 5 ท่านเห็นว่าควรมีหน่วยงานเข้าไปตรวจสอบครอบครัวหลังจากที่บุคคลที่ประสงค์ให้ตั้งครรภ์แทนรับทารกไปเลี้ยงดูหรือไม่ เพราะเหตุใด

ผู้ทรงคุณวุฒิส่วนใหญ่ เห็นว่าควรมีหน่วยงานเข้าไปตรวจสอบครอบครัวหลังจากที่บุคคลที่ประสงค์ให้ตั้งครรภ์แทนรับทารกไปเลี้ยงดู เนื่องจาก การเพิ่มเติมกระบวนการในการตรวจสอบครอบครัว เมื่อบุคคลที่ให้ตั้งครรภ์แทนได้รับเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไปเลี้ยงดู หน่วยงานที่มีความเกี่ยวข้อง คือ กรมสนับสนุนบริการสุขภาพ กระทรวงสาธารณสุข แม้ว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มีบทลงโทษหากบุคคลที่ให้ตั้งครรภ์แทนปฏิเสธที่จะรับเด็กไปเลี้ยงดู แต่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นการคุ้มครองสิทธิสำหรับเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่ต้องมีการนำเรื่องขึ้นสู่กระบวนการทางศาล แต่หากมี

หน่วยงานเข้าไปตรวจสอบเป็นการคุ้มครองสิทธิเด็กตั้งแต่บุคคลที่ประสงค์ตั้งครรภ์แทน
 รับเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เลี้ยงดูในครอบครัว
 ทำให้เด็กไม่ถูกทอดทิ้ง หากเด็กที่เกิดมาร่างกายพิการ หรือบกพร่องทางจิต หรือระหว่าง
 นำเด็กไปเลี้ยงดูมีการทารุณกรรม เด็กจะได้รับการคุ้มครองสิทธิได้อย่างทันทีและ
 รวดเร็ว เมื่อบุคคลที่ประสงค์ให้ตั้งครรภ์แทนนำทารกที่เกิดมาเลี้ยงดูในครอบครัวแล้ว
 คู่สมรสที่ประสงค์มีบุตรมีฐานะเป็นบิดา มารดาตามกฎหมาย ทั้งบิดา มารดาต้องพบ
 ภาระหน้าที่ระยะยาวที่ต้องรับผิดชอบไปตลอดชีวิต โดยเฉพาะในช่วงเดือนแรก ๆ เป็น
 งานหนักของบิดามารดาที่รับเริ่มต้นในการเลี้ยงดูเด็ก เนื่องจาก ทารกแรกคลอดต้องการ
 คำนมทุก 2 ชั่วโมง เด็กขับถ่ายทุกครั้งที่คำนม และยังมีวงจรการนอนที่ไม่คงที่ อีกทั้ง
 อารมณ์ของทารกมีความแตกต่างกัน บางรายเลี้ยงง่ายไม่อแง บางรายร้องไห้ทั้งวัน
 ไม่ยอมนอน นอกจากนี้หญิงบางรายอาจเกิดภาวะซึมเศร้าหลังคลอดบุตร ก่อให้เกิด
 ผลกระทบจากการเลี้ยงดู อีกทั้งทำให้หน่วยงานที่เข้าไปตรวจสอบสภาพให้คำแนะนำใน
 การเลี้ยงดูบุตรได้อย่างถูกต้อง แต่ทั้งนี้การตรวจสอบต้องไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อเด็ก

คำถามข้อที่ 6 ท่านเห็นว่าควรเพิ่มให้บุคคลที่ประสงค์ให้ตั้งครรภ์แทนรับผิดชอบ
 ค่าใช้จ่ายในกรณีที่ได้รับตั้งครรภ์แทนถึงแก่ชีวิตอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนหรือไม่
 เพราะเหตุใด

ผู้ทรงคุณวุฒิส่วนใหญ่ เห็นว่าควรเพิ่มให้บุคคลที่ประสงค์ให้ตั้งครรภ์แทน
 รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในกรณีที่ได้รับตั้งครรภ์แทนถึงแก่ชีวิตอันเกิดจากการตั้งครรภ์แทน
 เนื่องจาก กฎหมายควรกำหนดค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการตั้งครรภ์ไว้ด้วย ตาม
 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์-
 พ.ศ. 2558 มาตรา 25 กำหนดว่า “ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขโดยคำแนะนำ
 ของคณะกรรมการ ประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงการ
 ตั้งครรภ์แทนและค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะ
 ตั้งครรภ์” การยุติการตั้งครรภ์แทนการคลอดและหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแล
 สุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน หลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน
 โดยตามประกาศได้กำหนดค่าใช้จ่ายไว้สำหรับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน คือ ค่าใช้จ่ายใน
 การตรวจ ค่ารักษาพยาบาลตามกระบวนการรับตั้งครรภ์แทนของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

ค่าตรวจวินิจฉัยสุขภาพของทารกในครรภ์และค่าวินิจฉัยทางพันธุกรรมของเด็กก่อน
ตั้งครรภ์ระหว่างตั้งครรภ์และหลังคลอด อันเนื่องมาจากข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน
ค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ เช่น
ค่าฝากครรภ์ค่าฉีดวัคซีน โดยเป็นความตกลงยินยอมของสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย
และหญิงที่รับ ตั้งครรภ์แทน ในกรณีหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้รับความเจ็บป่วยทาง
สุขภาพอันเนื่องมาจาก การรับตั้งครรภ์แทน สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่ง
ประสงค์จะมีบุตร เป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่าย ในความเจ็บป่วยที่เกี่ยวข้องกับการตั้ง-
ครรภ์แทน แต่การตั้งครรภ์อาจก่อให้เกิดภาวะแทรกซ้อนอันเกิดจากการตั้งครรภ์ และ
หากเป็นกรณีการตั้งครรภ์หรือขณะคลอดบุตรแล้วผู้รับตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตาย
กฎหมายไม่คุ้มครองถึงกรณีดังกล่าว เนื่องจาก ค่าใช้จ่ายที่ได้รับจะเป็นค่าใช้จ่ายที่
กำหนดไว้แน่ชัดแล้วเพื่อให้บำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หรือใน
กรณีที่เกิดความเจ็บป่วยเท่านั้น ผู้วิจัยเห็นว่า ในส่วนเรื่องค่าใช้จ่ายควรกำหนดไว้ชัดเจน
ในกฎหมายไว้ว่าบุคคลประสงค์ให้ตั้งครรภ์แทนต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการ
ตั้งครรภ์ ค่าใช้จ่ายในกรณีเกิดปัญหาสุขภาพจากการตั้งครรภ์แทน หากการตั้งครรภ์แทน
ทำให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายต้องได้รับการเยียวยา ชดใช้แก่หญิงที่รับ
ตั้งครรภ์หรือครอบครัวของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนด้วย

คำถามข้อที่ 7 ท่านเห็นว่าควรการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยเทคโนโลยีช่วยการ-
เจริญพันธุ์ทางการแพทย์ด้วยวิธีการผสมเทียม เกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ การโฆษณา
หรือไม่ เพราะเหตุใด

ผู้ทรงคุณวุฒิ เห็นควรการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญ-
พันธุ์ทางการแพทย์ด้วยวิธีการผสมเทียม เกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ การ โฆษณาการ
เนื่องจาก กรณีที่เพิ่มเทคโนโลยีด้วยวิธีการผสมเทียมเกี่ยวกับการโฆษณา การยุติการ
ตั้งครรภ์ การรับเงินผลประโยชน์ ในบทบัญญัติในมาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 แห่ง
พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์-
พ.ศ. 2558 ผู้วิจัยเห็นว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการ-
เจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดค่านิยามคำว่า “เทคโนโลยีช่วยการเจริญ-
พันธุ์ทางการแพทย์ หมายความว่า กรรมวิธีใด ๆ ทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ที่นำอสุจิ

และไข่ออกจากร่างกายมนุษย์ เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์ โดยไม่เป็นไปตามธรรมชาติ รวมทั้งการผสมเทียม” เมื่อกฎหมายกำหนดไว้ว่า การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์คุ้มครองการตั้งครรภ์แทนและการผสมเทียม แต่เมื่อศึกษาบทบัญญัติในกฎหมายให้การควบคุมเฉพาะวิธีการตั้งครรภ์แทน ทำให้บทบัญญัติมาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 กฎหมายกำหนดว่าการยุติการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ การกระทำที่เป็นคนกลาง รับเงินผลประโยชน์อื่นใด เพื่อเป็นการตอบแทนในการจัดการหรือชี้ช่อง ด้วยวิธีการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ การห้ามโฆษณาหรือไขข่าวให้แพร่หลาย ไม่ได้กำหนดการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยวิธีการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ด้วยวิธีอื่นกฎหมายควบคุมเฉพาะวิธีการตั้งครรภ์แทนเท่านั้น ทำให้เด็กที่เกิดด้วยวิธีการผสมเทียมไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย จึงจำเป็นต้องเพิ่มในส่วนของการผสมเทียมด้วย การเพิ่มเติมในบทบัญญัติของกฎหมายให้คุ้มครองการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ด้วยวิธีการผสมเทียม ทำให้เกิดความเป็นธรรมแก่เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ด้วยวิธีการผสมเทียมได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกับเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ด้วยวิธีการตั้งครรภ์แทน

จากการประเมินร่างกฎหมายโดยผู้ทรงคุณวุฒิ เพื่อพัฒนาการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จึงจำเป็นต้องปรับปรุง แก้ไข ในประเด็นปัญหาในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ดังต่อไปนี้

1) การกำหนดลักษณะบุคคลที่ให้ตั้งครรภ์แทน

พระราชบัญญัติการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

มาตรา 21(1) สามิและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ทั้งประสภจะมิบุตรโดยให้หญิงอื่น ตั้งครรภ์แทน ต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีที่สามิหรือภริยามีได้มีสัญชาติไทย ต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้ว ไม่น้อยกว่าสามปี

แก้ไขใหม่

มาตรา 21 ภายใต้อำนาจมาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 การดำเนินการ
ตั้งครุฑแทนต้องเป็นไปตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

(1) สามิและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครุฑได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่น ตั้งครุฑแทน ต้องมีสัญชาติไทย และได้รับการรับรองจากแพทย์
ผู้เชี่ยวชาญทางจิตเวชหรือบุคลากรทางสุขภาพจิตว่ามีหรือไม่มีกรณีอย่างหนึ่งอย่างใด
ดังต่อไปนี้

ก. ผู้สุขภาพจิตปกติดีเหมาะสมที่จะเป็นบิดามารดาของเด็กที่จะเกิดมา
จากการตั้งครุฑแทน

ข. มีความรัก ความผูกพัน และสัมพันธ์ภาพระหว่างสามิภริยาต่อกันและ
กันเป็นอย่างดี

ค. มีความคุ้นเคย สนับสนุน และสัมพันธ์ภาพที่ดีกับหญิงที่รับตั้งครุฑ
แทนและบุคคลที่เกี่ยวข้องกับหญิงผู้รับตั้งครุฑแทนนั้น

ง. ไม่มีภาวะอาการป่วยด้วยโรคซึมเศร้า หรือมีประวัติเป็นโรคทางจิต

จ. ไม่มีประวัติอาชญากรรมทางคดีอาญาอย่างร้ายแรง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง
เกี่ยวกับยาเสพติดร้ายแรง การทารุณกรรมเด็ก การทำร้ายร่างกายหรือล่วงละเมิดทางเพศ

เหตุผลที่แก้ไข คุณสมบัติของบุคคลให้ตั้งครุฑแทนตามกฎหมายเดิมมี
ช่องว่างทำให้เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไม่ได้รับ
การคุ้มครองอย่างเต็มที่ กฎหมายกำหนดเกณฑ์ในการพิจารณาคุณสมบัติของบุคคลที่
ให้ตั้งครุฑแทนน้อยเกินไป โดยสิ่งที่ปรับปรุงแก้ไขสำหรับบุคคลที่ประสงค์ให้ตั้ง-
ครุฑแทน ต้องจดทะเบียนสมรสและเป็นคู่สมรสที่มีสัญชาติไทยเท่านั้น กรณีที่กฎหมาย
อนุญาตสมรสต่างชาติใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ถือว่าเป็นการเปิด
เสรีมากเกินไป ทำให้ทารกที่เกิดมาเสี่ยงต่อกระบวนการค้ามนุษย์และยากแก่การ
ตรวจสอบ อีกทั้งหากกำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่ให้ตั้งครุฑแทนเพิ่มเติมทำให้เด็กได้
เกิดมาในครอบครัวที่อบอุ่น ส่งผลต่อสภาพจิตใจและความเป็นอยู่ของเด็กด้วย

2) การกำหนดลักษณะบุคคลที่รับตั้งครรรภ์แทน

พระราชบัญญัติการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

มาตรา 21(2) หญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนต้องมีใช้บุพการีหรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ตาม (1)

มาตรา 21(3) หญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ตาม (1) ในกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ให้หญิงอื่นรับตั้งครรรภ์แทนได้ ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนด โดยคำแนะนำของคณะกรรมการ

มาตรา 21(4) หญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนต้องเป็นหญิงที่เคยมีบุตรมาแล้วเท่านั้น ถ้าหญิงนั้นมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินฉันสามีแก่ใหม่

มาตรา 21(2) หญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนต้องมีใช้บุพการีหรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ตาม (1)

มาตรา 21(3) หญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ตาม (1) ในกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ให้หญิงอื่นตั้งครรรภ์แทนได้ โดยคำแนะนำของคณะกรรมการ ภายใต้เงื่อนไขดังต่อไปนี้

ก. หญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนต้องมีอายุ 20 ปีบริบูรณ์ขึ้นไปจนถึงอายุไม่เกิน 35 ปีบริบูรณ์

ข. ต้องมีร่างกายที่แข็งแรงสมบูรณ์ปกติดี ไม่มีประวัติป่วยเป็นโรคร้ายแรง และไม่มีปัญหาเกี่ยวกับสุขภาพจิตหรืออยู่ในภาวะซึ่งเศร้า วิตกกังวล

ค. หญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนต้องเป็นหญิงที่เคยมีบุตรมาแล้วเท่านั้น ถ้าหญิงนั้นมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินฉันสามีภริยา จะต้องได้รับความยินยอมจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายดังกล่าวด้วย และจะต้องไม่เคยผ่านการคลอดที่มีเหตุการณ์สะท้อนใจมาก่อน

ง. ต้องมีความพร้อมและยินดีที่จะรับบริการทางการแพทย์เกี่ยวกับการตั้งครรภ์อย่างสม่ำเสมอ

จ. ต้องมีความสัมพันธ์ที่ดีกับครอบครัวของตน และครอบครัวของผู้ประสงค์ให้ตั้งครรภ์แทน

ฉ. จะต้องปฏิบัติตามข้อตกลงหรือสัญญาที่ทำไว้เพื่อการตั้งครรภ์แทนทุกประการ

ข. ไม่มีประวัติอาชญากรรมทางคดีอาญาอย่างร้ายแรง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับยาเสพติดร้ายแรง การทารุณกรรมเด็ก การทำร้ายร่างกายหรือล่วงละเมิดทางเพศ เหตุผลที่แก้ไข การกำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่ตั้งครรภ์แทนเป็นเรื่องสำคัญมาก จึงควรเพิ่มเติมเกณฑ์ในการตรวจสอบด้านอื่นๆ อีก เพื่อให้เด็กที่อยู่ในครรภ์เกิดมาเป็นบุคคลที่สมบูรณ์ แข็งแรง มีสุขภาพจิตที่ดี สำหรับการอนุญาตให้บุคคลอื่นสามารถตั้งครรภ์แทนได้ก่อให้เกิดประโยชน์สำหรับคู่สมรสที่ไม่มีบุตร แต่กฎหมายที่บัญญัติควรถือคำนึงถึงความสำคัญของเด็กเป็นหลัก หากมีการอนุญาตให้บุคคลอื่นมารับตั้งครรภ์แทนจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อเด็ก แต่การให้มีบุคคลอื่นเข้ามาตั้งครรภ์แทนที่มีใช้ญาติควรมีกรณีตรวจสอบเป็นพิเศษ ดังนั้น จึงต้องมีการตั้งคณะกรรมการเข้ามาตรวจสอบด้วย

3) ความรับผิดชอบเพื่อประโยชน์ในทางการค้า

พระราชบัญญัติการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

มาตรา 24 ห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า

แก้ไขใหม่

มาตรา 3 “เพื่อประโยชน์ทางการค้า” หมายถึง การให้ข้อเสนอหรือการทำสัญญาแก่บุคคลอื่นที่รับตั้งครรภ์แทนให้ โดยมีค่าตอบแทนเป็นเงินหรือทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่ผู้รับตั้งครรภ์แทน เมื่อได้รับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น

มาตรา 24 ห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า แต่หากมีค่าใช้จ่ายอันเกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน รวมถึงการรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ให้ผู้ประสงค์ให้ตั้งครรภ์แทนต้องเป็นผู้รับผิดชอบ

เหตุผลที่แก้ไข ในบทบัญญัติมาตรา 24 นี้ เป็นการ ใช้ถ้อยคำที่ไม่ชัดเจน ก่อให้เกิดการตีความ อีกทั้งหากเกิดปัญหาเด็กไม่สามารถได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายได้ทันที เด็กจะได้รับความคุ้มครองต่อเมื่อเป็นคดีความและรอศาลพิพากษา ตัดสิน โดยขึ้นอยู่กับความรู้สึกรู้สีกของผู้ใช้กฎหมาย นอกจากนี้ ยังมีปัญหาว่าการดำเนินการ ตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้าจะตีความครอบคลุมเพียงใด

4) การตรวจสอบครอบครัวที่รับเด็กไปเลี้ยงดู

พระราชบัญญัติการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญ-
พันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

มาตรา 14 ให้กรมสนับสนุนบริการสุขภาพ กระทรวงสาธารณสุข
ทำหน้าที่สนับสนุน การดำเนินงานของคณะกรรมการ โดยให้มีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

- (1) ปฏิบัติงานธุรการทั่วไปของคณะกรรมการ
 - (2) ประสานงานและร่วมมือกับส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐและเอกชนที่
เกี่ยวข้องใน การดำเนินงานเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่อยู่ใน
อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ
 - (3) ดำเนินการจดทะเบียนหน่วยงานหรือองค์กรที่ดำเนินงานเทคโนโลยีช่วย-
การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และทะเบียนผู้ให้บริการ
 - (4) ดำเนินการรวบรวมข้อมูลและผลการวิจัยและวิเคราะห์ข้อมูลเกี่ยวกับการ
ดำเนินงานเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
 - (5) ปฏิบัติการอื่นตามที่คณะกรรมการมอบหมาย
- แก้ไขใหม่

มาตรา 14/1 ให้กรมสนับสนุนบริการสุขภาพ กระทรวงสาธารณสุข ติดตาม
ตรวจสอบสภาพครอบครัวของผู้ที่ให้ตั้งครรภ์แทน เพื่อประเมินผลการเลี้ยงดู
เด็กที่เกิดโดยการตั้งครรภ์แทน แล้วรายงานผลต่อคณะกรรมการ”

สาเหตุที่แก้ไข การแก้ไขทำให้เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญ-
พันธุ์ทางการแพทย์ สิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองให้รอดพ้นจากการทำร้าย

การล่อลวงละเมิด การละเลย การนำไปขาย การใช้แรงงานเด็ก และการแสวงประโยชน์โดยมิชอบในรูปแบบอื่นๆ และเด็กมีครอบครัวที่อบอุ่น โดยให้เจ้าหน้าที่ภาครัฐที่มีอำนาจในการดูแลตรวจสอบ

5) แก้ไขเพิ่มเติมสำหรับเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์-
ทางการแพทย์ด้วยวิธีการผสมเทียม

(1) การยุติการตั้งครรภ์

พระราชบัญญัติการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

มาตรา 26 การยุติการตั้งครรภ์แทนต้องกระทำโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและได้รับ ความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนและหญิง ที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น เว้นแต่ในกรณีหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ยินยอมให้ถือว่าข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน ตามมาตรา 25 เป็นอันยุติลง และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นไม่ต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายตามข้อตกลงดังกล่าว การยุติการตั้งครรภ์แทนตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภา ประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

แก้ไขใหม่

มาตรา 26 การยุติการผสมเทียมหรือการยุติการตั้งครรภ์แทนต้องกระทำโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและได้รับ ความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการผสมเทียมหรือได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนและหญิง ที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น เว้นแต่ในกรณีหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ยินยอมให้ถือว่าข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน ตามมาตรา 25 เป็นอันยุติลง และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นไม่ต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายตามข้อตกลงดังกล่าว การยุติการตั้งครรภ์แทนตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภา ประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

เหตุผลที่แก้ไข กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายที่คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญ-

พันธุ์ทางการแพทย์มีหลายวิธี แต่ในกฎหมายได้กำหนดวิธีการยุติการตั้งครรภ์เฉพาะวิธีการตั้งครรภ์แทน ดังนั้น หากต้องการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ต้องเพิ่มวิธีการยุติการตั้งครรภ์ด้วยวิธีการผสมเทียมด้วย

(2) การกระทำที่เป็นนายหน้า คนกลาง

พระราชบัญญัติการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

มาตรา 27 ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการเป็นคนกลางหรือนายหน้า โดยเรียก รับ หรือ ยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด เพื่อเป็นการตอบแทนในการจัดการหรือชี้ช่องให้มีการรับตั้งครรภ์แทน

แก้ไขใหม่

มาตรา 27 ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการเป็นคนกลางหรือนายหน้า โดยเรียก รับ หรือ ยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด เพื่อเป็นการตอบแทนในการจัดการหรือชี้ช่องให้มีการรับตั้งครรภ์แทนหรือการผสมเทียม

เหตุผลในการแก้ไข การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มีหลายวิธี แต่ในกฎหมายได้กำหนดวิธีการเรียกเงินค่าตอบแทน เฉพาะการตั้งครรภ์แทนเท่านั้น ดังนั้น เพื่อให้เด็กเกิดความครอบคลุมในการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ต้องเพิ่มวิธีการยุติการตั้งครรภ์ด้วยวิธีการผสมเทียมด้วย

(3) การโฆษณา

พระราชบัญญัติการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

มาตรา 28 ห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณาหรือโฆษณาให้แพร่หลายด้วยประการใด ๆ เกี่ยวกับ การตั้งครรภ์แทนว่ามีหญิงที่ประสงค์จะเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนผู้อื่น หรือมีบุคคลที่ประสงค์จะให้หญิงอื่น เป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะได้กระทำเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือไม่ก็ตาม

แก้ไขใหม่

มาตรา 28 ห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณาหรือโฆษณาให้แพร่หลายด้วยประการใด ๆ เกี่ยวกับการผสมเทียมหรือการตั้งครรภ์แทนว่ามีหญิงที่ประสงค์จะเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนผู้อื่น หรือมีบุคคลที่ประสงค์จะให้หญิงอื่น เป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะได้กระทำเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือไม่ก็ตาม

เหตุผลในการแก้ไข เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มีหลายวิธี แต่ในกฎหมายได้กำหนดห้ามมิให้โฆษณาหรือโฆษณาให้ เฉพาะการตั้งครรภ์แทนเท่านั้น ดังนั้น เพื่อให้เกิดความครอบคลุมในการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยี-ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ต้องเพิ่มวิธีการยุติการตั้งครรภ์ด้วยวิธีการผสมเทียมด้วย

6) การดูแลสุขภาพของบุคคลที่รับตั้งครรภ์แทน

พระราชบัญญัติการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

มาตรา 25 ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข โดยคำแนะนำของ คณะกรรมการประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนและค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ การยุติการตั้งครรภ์แทนการคลอดและหลังคลอดรวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กจากการตั้งครรภ์แทน หลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน

แก้ไขใหม่

มาตรา 25 ข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนและค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ การยุติการตั้งครรภ์แทนการคลอด และหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน หลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน รวมถึงหากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเกิดโรคจากการตั้งครรภ์และถึงแก่ความตาย ให้ผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเป็นผู้รับผิดชอบ

เหตุผลในการแก้ไข การตั้งครรภ์แทนหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนถือว่าเป็นบุคคลหนึ่งที่ได้รับผลกระทบเกี่ยวกับสุขภาพร่างกาย การตั้งครรภ์ทำให้สุขภาพของหญิงต้องเสี่ยงต่อโรคร้ายต่าง ๆ ในระหว่างคลอดและหลังคลอด โดยกฎหมายเดิมกำหนดให้บุคคล

ที่ให้ตั้งครรภ์แทนต้องจ่ายค่าบำรุงรักษาสุขภาพ แต่เป็นค่าใช้จ่ายระหว่างที่ตั้งครรภ์ แต่หากมีกรณีเกิดโรคแทรกซ้อน หรือคลอดบุตรต่อมาถึงแก่ความตาย ตามกฎหมายไม่ให้การคุ้มครอง ดังนั้น ความเสียหายที่เกิดขึ้น ถือว่าเกิดจากการตั้งครรภ์แทน ผู้ให้ครรภ์แทน ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย

การสัมภาษณ์เชิงลึก และการวิจารณ์ร่างกฎหมายของผู้ทรงคุณวุฒิทำให้ผู้วิจัยมีแนวทางในการพัฒนามาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จึงสรุปผลการวิจัยและได้เสนอแนะแนวทางไว้ในตอนต่อไป

บทที่ 5

สรุปและข้อเสนอแนะ

การวิจัยเรื่อง การพัฒนามาตรการการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วย-
การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ มีวัตถุประสงค์เพื่อ (1) เพื่อศึกษาเชิงเปรียบเทียบการ-
คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ระหว่างกฎหมาย
ของไทยกับกฎหมายต่างประเทศ (2) เพื่อศึกษาวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการทาง
กฎหมายการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
(3) เพื่อเป็นแนวทางร่างกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัย
เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยเป็นการศึกษา วิจัยเชิงคุณภาพ
(Qualitative Research) แบ่งออกเป็น 2 ขั้นตอน คือ ขั้นตอนที่ 1 การวิจัยเอกสาร
(Documentary Research) เป็นการค้นคว้าเอกสารทั้งของไทยและต่างประเทศ ขั้นตอนที่
ที่ 2 การวิจัยภาคสนาม (Field Research) โดยการสัมภาษณ์เชิงลึกผู้ทรงคุณวุฒิทางด้าน
กฎหมายและบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
จำนวน 20 คน ในช่วงเดือนมิถุนายนถึงเดือนธันวาคม พ.ศ. 2560 เมื่อได้สัมภาษณ์เชิง-
ลึก จึงนำมาจัดทำร่างกฎหมายขึ้น โดยจัดผู้ทรงคุณวุฒิด้านกฎหมาย หรือบุคคลที่
เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จำนวน 10 คน ประเมิน
ร่างกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อเป็นการยืนยันว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัย
เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มีการคุ้มครองสิทธิแก่เด็กที่เกิด-
โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ยังไม่ครอบคลุม ซึ่งอาจก่อให้เกิด
การพลเสียต่อเด็กทั้งทางร่างกาย และจิตใจ ซึ่งสามารถสรุปผลการวิจัยได้ ดังต่อไปนี้

1. สรุปผลการวิจัย

1.1 สรุปผลการเปรียบเทียบการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ระหว่างกฎหมายของไทยกับกฎหมายต่างประเทศ

ประเด็นที่หนึ่ง เกี่ยวกับการกำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่ให้ตั้งครรภ์แทน และบุคคลที่รับตั้งครรภ์ กฎหมายของประเทศไทย กำหนดคุณลักษณะบุคคลที่ตั้งครรภ์แทนไว้ในมาตรา 21 “หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีไข่มุกรหรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภริยาที่ประสงค์จะมีบุตร นอกจากนี้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีไข่มุกรหรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย และหญิงนั้นต้องผ่านการมีบุตรมาแล้ว” การกำหนดคุณสมบัติของบุคคลให้ตั้งครรภ์แทนตามกฎหมายมีช่องว่างทำให้เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไม่ได้รับการคุ้มครองอย่างเต็มที่ สหราชอาณาจักร กำหนดลักษณะบุคคลที่ให้ตั้งครรภ์แทน ต้องเป็นคู่สมรสมีการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมาย คุณสมบัติของบุคคลที่ให้ตั้งครรภ์แทน เพื่อที่จะทำการพิจารณาว่าการให้บริการบำบัดรักษาคู่สมรสที่อยู่ในภาวะมีบุตรยากแต่ละกรณีนั้นเป็นไปโดยคุ้มครองสิทธิของผู้เข้ารับการบำบัดและเป็นไปเพื่อประโยชน์ของทารกที่จะกำเนิดหรือไม่ พิจารณาประวัติอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณีและมีความเข้าใจเกี่ยวกับการเลี้ยงบุตร การกำหนดความเหมาะสมของบุคคลที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดในการบำบัดรักษาอาจไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ สหรัฐอเมริกา กำหนดลักษณะบุคคลที่ให้ตั้งครรภ์ ต้องเป็นคู่สมรส สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดต้องมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลนั้น หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายและสามีต้องเข้าเป็นคู่สัญญาด้วย หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีบุตรมาก่อน คู่สมรสฝ่ายหญิงที่ว่าจ้างต้องไม่สามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเองได้ หรือสามารถตั้งครรภ์ได้ แต่การตั้งครรภ์อาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพของตนเองหรือต่อเด็กที่จะกำเนิดมา คู่สมรสที่ว่าจ้างคนใดคนหนึ่งต้องมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่จะเกิดมากล่าวคือ คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องเป็นผู้บริจาคเชื้อสุจิหรือไข่ที่ใช้ในการปฏิสนธิ หญิงที่รับจ้างต้องมีอายุตั้งแต่ 18 ปีขึ้น เครื่องรัฐออกสเตอร์เลีย คุณสมบัติบุคคลที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นคู่สมรส และหญิงมีพฤติการณ์ของหญิง หญิงไม่อาจตั้งครรภ์ได้โดยวิธีอื่น หากไม่ใช้วิธีการนี้ หญิง

ไม่สามารถตั้งครรภ์หรือให้กำเนิดทารกได้โดยปราศจากการตั้งครรภ์แทน หญิงที่มีความเสี่ยงที่จะถ่ายทอดพันธุกรรมที่ผิดปกติ หรือโรคทางพันธุกรรมไปยังเด็กแรกเกิด รวมถึงพันธุกรรมที่ผิดปกติหรือโรคทางพันธุกรรมสำหรับสามีของผู้หญิงที่เป็นพาหะ คุณสมบัตินุคคลที่รับตั้งครรภ์แทน เป็นผู้ที่ได้รับคำปรึกษาตรวจบันทึกอาชญากรรมและตรวจสอบความสัมพันธ์หญิงกับคู่สมรส และต้องมีอายุ 25 ปีบริบูรณ์

ประเด็นที่สอง ความรับผิดชอบเพื่อประโยชน์ในทางการค้ากฎหมายของประเทศไทย กำหนดในเรื่องการห้ามทำการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ในทางการค้า โดยในมาตรา 24 “ห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า” แต่คำว่า เพื่อประโยชน์ในทางการค้า ในบทบัญญัติมาตรา 24 บัญญัติในกฎหมายก่อให้เกิดการตีความ ว่าการกระทำอย่างไรถือว่าเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ทางการค้า สหราชอาณาจักรห้ามมีการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ สหราชอาณาจักรใช้คำว่าพาณิชย์ หมายความว่า การตั้งครรภ์แทนห้ามกระทำในลักษณะการค้า สหรัฐอเมริกา ค่าใช้จ่ายคู่สมรสที่จำต้องเป็นฝ่ายออกค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์นั้นทั้งหมด นอกจากนั้นกฎหมายยังห้ามมิให้มีการจ่ายค่าตอบแทนอื่นนอกเหนือไปจากค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการตั้งครรภ์และค่าใช้จ่ายในชีวิตประจำวันในจำนวนที่เหมาะสมเท่านั้น เครือรัฐออสเตรเลีย ค่าใช้จ่ายในการตั้งครรภ์แทน บุคคลที่รับตั้งครรภ์แทน ต้องไม่รับผลประโยชน์ใดๆ จากการตั้งครรภ์แทน และค่าใช้จ่ายได้เบิกเงินตามที่ได้ชำระ โดยเหตุอื่นเนื่องจากการตั้งครรภ์แทน

ประเด็นที่สาม การตรวจสอบครอบครัวที่รับเด็กไปเลี้ยงดู สำหรับมาตรการที่เข้าไปตรวจสอบครอบครัวหลังจากบุคคลให้ตั้งครรภ์แทนรับเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาเลี้ยงดูในครอบครัว กฎหมายที่บัญญัติทุกประเทศไม่มีมาตรการในการตรวจสอบ แต่ใช้วิธีการคุ้มครองเด็กโดยศาลมีอำนาจตัดสินตามข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็ก

1.2 สรุปผลจากการศึกษาปัญหาเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

ความคิดเห็น เกี่ยวกับการกำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่ให้ตั้งครรภ์แทนและบุคคลที่รับตั้งครรภ์ ผู้ให้สัมภาษณ์ส่วนใหญ่แสดงความคิดเห็นว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มีแนวทางเพื่อให้เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้รับการคุ้มครองสิทธิเกี่ยวกับเรื่องความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย กฎหมายควรมีการกำหนดเพิ่มนอกจากการระบุให้บุคคลที่ให้ตั้งครรภ์แทนต้องจดทะเบียนสมรสกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ต้องมีกระบวนการตรวจสอบสภาพความเป็นอยู่ของบุคคลที่ให้ตั้งครรภ์แทน ความสัมพันธ์อันดีภายในครอบครัวประกอบด้วย กฎหมายไม่ควรกำหนดระยะเวลาในการจดทะเบียนสมรส เนื่องจาก หากคู่สามีภริยาต้องการมีบุตรด้วยวิธีการตั้งครรภ์แทน คู่สมรสต้องรอระยะเวลาในการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมาย อาจขาดโอกาสหาบุคคลที่มาตั้งครรภ์แทน อีกทั้งหากสามีภริยามีอายุมากอาจส่งผลถึงอายุแม่ เด็กห่างกันมากขึ้น อีกทั้งส่งผลต่อการเลี้ยงดูเด็กในภายหลังได้ และกฎหมายไม่ควรบัญญัติให้คู่สมรสเป็นชาวต่างชาติมาใช้บริการตามกฎหมายเพราะอาจก่อให้เกิดผลเสียต่อการคุ้มครองสิทธิเด็ก

สำหรับความคิดเห็น เกี่ยวกับลักษณะบุคคลที่ตั้งครรภ์แทน ผู้ให้สัมภาษณ์ส่วนใหญ่เห็นว่า กฎหมายอนุญาตให้เป็นบุคคลอื่นได้นอกจากญาติ ปัญหาในการคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อาจไม่ได้เกิดจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนที่เป็นญาติสืบสายโลหิต แต่อาจเกิดปัญหากับบุคคลอื่นที่มารับตั้งครรภ์แทน เจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นญาติ เนื่องจากกฎหมายพิจารณาในเรื่องความสัมพันธ์ของเด็กเป็นหลัก หากมีเหตุการณ์ที่ผู้ให้ตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายทั้ง 2 คน เด็กจะไม่มีบุคคลใดเลี้ยงดู หากให้บุคคลที่เป็นญาติกันเป็นบุคคลที่รับตั้งครรภ์แทน บุคคลที่ตั้งครรภ์แทนที่เป็นญาติมีสายสัมพันธ์กันทางสายเลือดอยู่กับเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เมื่อเป็นเช่นนี้ กฎหมายจึงต้องกำหนดลักษณะของบุคคลที่ตั้งครรภ์แทนให้

รัดกุม ต้องกำหนดเกณฑ์อายุที่แน่นอน รวมถึงสภาพความเป็นอยู่ ประวัติเกี่ยวกับการก่ออาชญากรรม ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่ตั้งครรภ์แทน

ความคิดเห็น เกี่ยวกับความรับผิดชอบเพื่อประโยชน์ในทางการค้า ผู้ให้สัมภาษณ์ส่วนใหญ่แสดงความคิดเห็นว่า ตามกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า ตามมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 บัญญัติไว้ว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า” เจตนารมณ์ของกฎหมายที่ห้ามให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ในทางการค้า เนื่องจาก กฎหมายต้องการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไม่ให้ เป็นเครื่องมือของบุคคลที่ต้องการแสวงหาประโยชน์จากการค้ามนุษย์และห้ามตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ ตามบทบัญญัติของกฎหมายในมาตรา 24 กฎหมายใช้คำว่า “เพื่อประโยชน์ทางการค้า” เท่านั้น โดยในกฎหมายไม่ได้กำหนดคำนิยามของคำว่า “เพื่อประโยชน์ทางการค้า” ไว้เฉพาะ ทำให้ต้องมีการตีความว่าการกระทำของบุคคลลักษณะใดถือว่าการกระทำเพื่อประโยชน์ในทางการค้า กรณีการตั้งครรภ์ยอมมีค่าใช้จ่ายเกิดขึ้นในระหว่างการตั้งครรภ์ทั้งหมดเก้าเดือน อันได้แก่ ค่าฝากครรภ์ครั้งแรก ค่าตรวจครรภ์ ค่ายาตลอดช่วงตั้งครรภ์ ค่าตรวจอัลตราซาวด์ ค่าฉีควัคซีน ค่าใช้จ่ายเหล่านี้เป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็น เมื่อมีการตั้งครรภ์ขึ้น ซึ่งหากตีความตามกฎหมายหากบุคคลผู้ให้ตั้งครรภ์แทนตกลงเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายอันเป็นค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการตั้งครรภ์ไม่ถือว่าเป็นในรูปแบบเชิงพาณิชย์ ไม่ขัดต่อมาตรา 24 แต่หากพิจารณาการตกลงระหว่างคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ได้แก่ ฝ่ายคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรกับฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เป็นไปเพื่อประโยชน์อื่นๆ ที่มีลักษณะเป็นการแลกเปลี่ยน เช่น การสนับสนุนการศึกษา หรือจ่ายเงินเพื่อเป็นค่าเลี้ยงดูให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน กฎหมายยังมีความไม่ชัดเจนเท่าที่ควร อีกทั้งหากคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงไม่รับเงินเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการตั้งครรภ์แต่เปลี่ยนให้คู่สัญญาอีกฝ่ายชดใช้เป็นค่าใช้จ่ายอย่างอื่นแทน

ความคิดเห็น การตรวจสอบครอบครัวที่รับเด็กไปเลี้ยงดู ผู้ให้สัมภาษณ์ส่วนใหญ่แสดงความคิดเห็นว่า ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยี-

ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ควรมีมาตรการตรวจสอบครอบครัวที่นำ
 เด็กไปเลี้ยงดู เพราะกฎหมายมีชื่อว่ากฎหมายคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วย
 การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ แต่ในบทบัญญัติส่วนใหญ่เป็นการควบคุมการกระทำที่ใช้
 เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เป็นไปตามแนวทางที่กฎหมายกำหนด
 ส่วนบทบัญญัติที่ให้การคุ้มครองเด็กหลักๆ เป็นเรื่องให้เด็กที่เกิดมามีบิดามารดาโดย
 ชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะในกรณีที่เกิดเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญ-
 พันธุ์ทางการแพทย์ด้วยวิธีการตั้งครรภ์แทน พบปัญหามากกว่าการที่เด็กเกิดโดยวิธีอื่นๆ
 เพราะการตั้งครรภ์แทน บุคคลที่ตั้งครรภ์แทนไม่ใช่มารดาที่ต้องการมีบุตร แต่เป็นบุคคล
 อื่นเข้ามาตั้งครรภ์แทน ทำให้มารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย กับบุตรตามความใน
 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
 พ.ศ. 2558 ไม่เกิดความผูกพันกับเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง-
 การแพทย์ เพราะหญิงที่ให้ตั้งครรภ์แทนไม่ได้ตั้งครรภ์เอง หากกฎหมายกำหนดให้ตั้ง
 เจ้าหน้าที่ที่มีส่วนเกี่ยวข้องเข้าไปตรวจสอบ เจ้าหน้าที่สามารถช่วยแนะนำวิธีการเลี้ยง
 เด็กแก่ครอบครัวของกลุ่มที่รับเด็กไปเลี้ยงดูได้อย่างเหมาะสม ก่อให้เกิด
 ความสัมพันธ์อันดีระหว่างกลุ่มที่รับเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญ-
 พันธุ์ทางการแพทย์เป็นอย่างดี อีกทั้งหากกฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ตรวจสอบ
 สามารถใช้อำนาจในการตรวจสอบของครอบครัวที่เป็นกลุ่มที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็น
 ชาวต่างชาติได้อีกด้วย เพราะเมื่อเด็กเกิดมาแล้ว เด็กต้องเดินทางกลับต่างประเทศเพื่อ
 อาศัยอยู่กับกลุ่มที่รับเด็กต่างชาติ ทำให้กระบวนการในการตรวจสอบเป็นไปด้วยความ
 ยากลำบากเพราะกฎหมายไม่ได้ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่เข้าไปตรวจสอบ ดังนั้น การสร้าง
 มาตรการให้เจ้าหน้าที่ตรวจสอบเป็นหลักประกันในการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัย
 เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้รับการคุ้มครองสิทธิตามหลักคุ้มครอง
 สิทธิที่เด็กต้องมีชีวิตรอดปลอดภัยและปราศจากการทารุณกรรม

1.3 สรุปผลการร่างกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

จากการร่างกฎหมาย และผู้ทรงคุณวุฒิได้ประเมินร่างกฎหมาย พบว่า ควรมีการแก้ไขปรับปรุง พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยมีสาระสำคัญ คือ เพิ่มเติมลักษณะของบุคคลที่ให้อำนาจกรรมการแทนสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตร โดยให้หญิงอื่น อภิเษกสมรส ต้องมีสัญชาติไทย และได้รับการรับรองจากแพทย์ผู้เชี่ยวชาญ เกี่ยวกับ สุขภาพจิตปกติดีเหมาะสมที่จะเป็นบิดามารดาของเด็กที่จะเกิดมาจากการตั้งครรภ์แทน สัมพันธภาพระหว่างสามีภรรยาต่อกันและกันเป็นอย่างดี มีความคุ้นเคย สนับสนุน และสัมพันธภาพที่ดีกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและบุคคลที่เกี่ยวข้องกับหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนนั้น ไม่มีภาวะอาการป่วยด้วยโรคซึมเศร้า หรือมีประวัติเป็นโรคทางจิต ไม่มีประวัติอาชญากรรมทางคดีอาญาอย่างร้ายแรง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับยาเสพติดร้ายแรง การทารุณกรรมเด็ก การทำร้ายร่างกายหรือล่วงละเมิดทางเพศ เพิ่มเติมคุณสมบัติของบุคคลที่รับตั้งครรภ์แทน หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ตาม (1) ในกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนได้ โดยคำแนะนำของคณะกรรมการ ภายใต้เงื่อนไข หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีอายุ 20 ปี บริบูรณ์ขึ้นไปจนถึงอายุไม่เกิน 35 ปีบริบูรณ์ ต้องมีร่างกายที่แข็งแรงสมบูรณ์ปกติดี ไม่มีประวัติป่วยเป็นโรคร้ายแรงและไม่มีปัญหาเกี่ยวกับสุขภาพจิตหรืออยู่ในภาวะซึ่งเศร้า วิตกกังวล หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นหญิงที่เคยมีบุตรมาแล้วเท่านั้น ถ้าหญิงนั้นมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินกันฉันสามีภริยา จะต้องได้รับความยินยอมจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายดังกล่าวด้วย และจะต้องไม่เคยผ่านการคลอดที่มีเหตุการณ์สะท้อนใจมาก่อน มีความพร้อมและยินดีที่จะรับบริการทางการแพทย์เกี่ยวกับการตั้งครรภ์อย่างสม่ำเสมอ มีความสัมพันธ์ที่ดีกับครอบครัวของตน และครอบครัวของผู้ประสงค์ให้ตั้งครรภ์แทน ปฏิบัติตามข้อตกลงหรือสัญญาที่ทำไว้เพื่อการตั้งครรภ์แทนทุกประการ ไม่มีประวัติอาชญากรรมทางคดีอาญาอย่างร้ายแรง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับยาเสพติดร้ายแรง การทารุณกรรมเด็ก การทำร้ายร่างกายหรือล่วงละเมิดทางเพศ

เพิ่มคำนิยามคำว่า “เพื่อประโยชน์ทางการค้า” หมายถึง การให้ข้อเสนอหรือการทำสัญญาแก่บุคคลอื่นที่รับตั้งครรภ์แทนให้ โดยมีค่าตอบแทนเป็นเงินหรือทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่ผู้รับตั้งครรภ์แทน เมื่อได้รับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น และให้กรมสนับสนุนบริการสุขภาพ กระทรวงสาธารณสุข ติดตามตรวจสอบสภาพครอบครัวของผู้ที่ให้ตั้งครรภ์แทน เพื่อประเมินผลการเลี้ยงดูเด็กที่เกิดโดยการตั้งครรภ์แทน

2. ข้อเสนอแนะ

การศึกษาวิจัยเรื่อง การพัฒนามาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองเด็กที่เกิด-โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จากการวิจัยเชิงเอกสาร การสัมภาษณ์เชิงลึก และจากการประเมินร่างกฎหมาย ทำให้ผู้วิจัยได้ข้อค้นพบและสามารถนำมาเป็นข้อเสนอแนะในการวิจัยครั้งนี้ และข้อเสนอแนะในการศึกษาค้างต่อไป ดังนี้

2.1 ข้อเสนอแนะในการวิจัยครั้งนี้

- 2.1.1 เพิ่มความในบทคำนิยามคำว่า “เพื่อประโยชน์ทางการค้า” (เพิ่มเติมมาตรา 3)
- 2.1.2 กำหนดให้เจ้าหน้าที่เข้าตรวจสอบครอบครัวของบุคคลที่ประสงค์ให้ตั้งครรภ์แทน (เพิ่มเติมมาตรา 14/1)
- 2.1.3 กำหนดคุณลักษณะของบุคคลที่ให้ตั้งครรภ์แทนต้องมีสัญชาติไทย และมีการตรวจสอบสถานภาพ ประวัติทางครอบครัว (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 21(1))
- 2.1.4 กำหนดคุณลักษณะและกำหนดอายุหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 21(2) (3))
- 2.1.5 กำหนดค่าใช้จ่ายที่บุคคลที่ให้ตั้งครรภ์แทนต้องรับผิดชอบ (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 24)
- 2.1.6 เพิ่มเติมเกณฑ์ค่าใช้จ่ายการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 25)

2.1.7 กำหนดวิธีการยุติการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง-การแพทย์ ด้วยวิธีการผสมเทียม (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 26)

2.1.8 กำหนดการกระทำที่เป็นคนกลาง รับเงินผลประโยชน์อื่นใดเพื่อเป็นการตอบแทนในการจัดการหรือชี้ช่อง ด้วยวิธีการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญ-พันธุ์ทาง การแพทย์ ด้วยวิธีการผสมเทียม (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 27)

2.1.9 กำหนดห้ามโฆษณาหรือโฆษณาให้แพร่หลาย ด้วยวิธีการใช้เทคโนโลยี ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ด้วยวิธีการผสมเทียม (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 28)

ทั้งนี้ ผู้วิจัยได้เสนอแนะให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติกฎหมาย เกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไว้หลาย บทบัญญัติมาตรา โดยได้ให้เหตุผลตามข้อค้นพบที่ได้จากการค้นคว้าเอกสาร การ สัมภาษณ์ และจากการประเมินร่างกฎหมายดังที่ได้นำเสนอไว้แล้วในบทที่ 4 (ผลจาก การวิเคราะห์ข้อมูล) และร่างกฎหมายที่ได้เสนอแก้ไข ปรากฏตามบันทึกหลักการและ เหตุผล ตลอดทั้งบทบัญญัติของมาตราต่าง ๆ ที่ขอแก้ไขดังต่อไปนี้

บันทึกหลักการและเหตุผล

ประกอบร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัย เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
(ฉบับที่...) พ.ศ....

หลักการ

แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการ เจริญพันธุ์ทางการแพทย์

เหตุผล

โดยที่บทบัญญัติของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วย-
การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองเด็กที่เกิดด้วยวิธีการใช้
เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยเนื้อหาของกฎหมายได้แบ่งออกเป็น
2 ส่วน คือ ส่วนแรกให้การควบคุมการปฏิบัติงานของแพทย์ในการใช้เทคโนโลยีช่วย
การ-เจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ส่วนที่สอง คือ การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยี
ช่วย-การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยบัญญัติสถานะของบิดามารดาให้แก่เด็กที่เกิดโดย
อาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ แต่เนื่องด้วย บทบัญญัติส่วนใหญ่ที่
เกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ยัง
ไม่ครอบคลุม อาจทำให้เกิดการกระทบสิทธิต่อเด็ก อีกทั้งเพื่อป้องกันการแสวงหา
ประโยชน์จากเด็กโดยมิชอบ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

ร่าง

พระราชบัญญัติ

แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วย
การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (ฉบับที่ . .)

พ.ศ. . . .

.....
.....
โดยเป็นการสมควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยี-
ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

.....
.....
มาตรา 1 พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัย-
เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (ฉบับที่ . .) พ.ศ. . . .”

มาตรา 2 พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา เป็นต้นไป

มาตรา 3 ในเพิ่มความในบทคำนิยามคำว่า “เพื่อประโยชน์ทางการค้า” ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ดังนี้

“เพื่อประโยชน์ทางการค้า” หมายถึง การให้ข้อเสนอหรือการทำสัญญาแก่บุคคลอื่นที่รับตั้งครรภ์แทนให้ โดยมีค่าตอบแทนเป็นเงินหรือทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่ผู้รับตั้งครรภ์แทน เมื่อได้รับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น

มาตรา 4 ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นมาตรา 14/1 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

มาตรา 14/1 ให้กรมสนับสนุนบริการสุขภาพ กระทรวงสาธารณสุข ติดตามตรวจสอบสภาพครอบครัวของผู้ที่ให้ตั้งครรภ์แทน เพื่อประเมินผลการเลี้ยงดูเด็กที่เกิดโดยการตั้งครรภ์แทน แล้วรายงานผลต่อคณะกรรมการ”

มาตรา 5 ให้ยกเลิกความในมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

มาตรา 21 ภายใต้บังคับมาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 การดำเนินการตั้งครรภ์แทนต้องเป็นไปตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

(1) สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ต้องมีสัญชาติไทย และได้รับการรับรองจากแพทย์ผู้เชี่ยวชาญทางจิตเวชหรือนุเคราะห์ทางสุขภาพจิตว่ามีหรือไม่มีกรณีอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

ก. ผู้มีสุขภาพจิตปกติดีเหมาะสมที่จะเป็นบิดามารดาของเด็กที่จะเกิดมาจากการตั้งครรภ์แทน

ข. มีความรัก ความผูกพัน และสัมพันธ์ภาพระหว่างสามีภริยาต่อกัน และกันเป็นอย่างดี

ค. มีความคุ้นเคย สนิทสนม และสัมพันธ์ภาพที่ดีกับหญิงที่รับ
ตั้งครรภ์แทนและบุคคลที่เกี่ยวข้องกับหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนนั้น

ง. ไม่มีภาวะอาการป่วยด้วยโรคซึมเศร้า หรือมีประวัติเป็นโรคทางจิต

จ. ไม่มีประวัติอาชญากรรมทางคดีอาญาอย่างร้ายแรง โดยเฉพาะ
อย่างยิ่งเกี่ยวกับยาเสพติดร้ายแรง การทารุณกรรมเด็ก การทำร้ายร่างกายหรือล่วงละเมิด
ทางเพศ

(2) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีใช้บุพการีหรือผู้สืบสันดานของสามี
หรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ตาม (1)

(3) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยา
ที่ชอบด้วยกฎหมาย ตาม (1) ในกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบ
ด้วยกฎหมาย ให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนได้ โดยคำแนะนำของคณะกรรมการ ภายใต้
เงื่อนไขดังต่อไปนี้

ก. หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีอายุ 20 ปีบริบูรณ์ขึ้นไปจนถึงอายุไม่
เกิน 35 ปีบริบูรณ์

ข. ต้องมีร่างกายที่แข็งแรงสมบูรณ์ปกติดี ไม่มีประวัติป่วยเป็นโรค
ร้ายแรงและไม่มีปัญหาเกี่ยวกับสุขภาพจิตหรืออยู่ในภาวะซึ่งเศร้า วิตกกังวล

ค. หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นหญิงที่เคยมีบุตรมาแล้วเท่านั้น ถ้า
หญิงนั้นมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินฉันสามีภริยา จะต้องได้รับความ
ยินยอมจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายดังกล่าวด้วย และจะต้องไม่เคยผ่านการ
คลอดที่มีเหตุการณ์สะเทือนใจมาก่อน

ง. ต้องมีความพร้อมและยินดีที่จะรับบริการทางการแพทย์เกี่ยวกับการ
การตั้งครรภ์อย่างสม่ำเสมอ

จ. ต้องมีความสัมพันธ์ที่ดีกับครอบครัวของตน และครอบครัวของ
ผู้ประสงค์ให้ตั้งครรภ์แทน

ฉ. จะต้องปฏิบัติตามข้อตกลงหรือสัญญาที่ทำไว้เพื่อการตั้งครรภ์
แทนทุกประการ

ช. ไม่มีประวัติอาชญากรรมทางคดีอาญาอย่างร้ายแรง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับยาเสพติดร้ายแรง การทารุณกรรมเด็ก การทำร้ายร่างกายหรือล่วงละเมิดทางเพศ

มาตรา 6 ให้ยกเลิกความในมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

มาตรา 24 ห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า แต่หากมีค่าใช้จ่ายอันเกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน รวมถึงการรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ให้ผู้ประสงค์ให้ตั้งครรภ์แทนต้องเป็นผู้รับผิดชอบ

มาตรา 7 ให้ยกเลิกข้อความในมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 แล้วให้ใช้ข้อความต่อไปนี้แทน

มาตรา 25 ข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนและค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ การยุติการตั้งครรภ์แทนการคลอดและหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนหลักคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน รวมถึงหากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเกิดโรคจากการตั้งครรภ์และถึงแก่ความตาย ให้ผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเป็นผู้รับผิดชอบ

มาตรา 6 ให้เพิ่มเติมคำว่า “การผสมเทียม” ในมาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยใช้ข้อความดังต่อไปนี้

มาตรา 26 การยุติการผสมเทียมหรือการยุติการตั้งครรภ์แทนต้องกระทำโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการผสมเทียมหรือได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น เว้นแต่ในกรณีหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ยินยอมให้ถือว่าข้อตกลง

การตั้งครรภ์แทน ตามมาตรา 25 เป็นอันยุติลง และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นไม่ต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายตามข้อตกลงดังกล่าว การยุติการตั้งครรภ์แทนตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภา ประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

มาตรา 27 ห้ามมิให้ผู้ใด กระทำการเป็นคนกลางหรือนายหน้า โดยเรียก รับ หรือ ขอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด เพื่อเป็นการตอบแทนในการจัดการหรือชี้ช่องให้มีการรับตั้งครรภ์แทนหรือการผสมเทียม

มาตรา 28 ห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณาหรือไขข่าวให้แพร่หลายด้วยประการใด ๆ เกี่ยวกับการผสมเทียมหรือการตั้งครรภ์แทนว่ามีหญิงที่ประสงค์จะเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนผู้อื่น หรือมีบุคคลที่ประสงค์จะให้หญิงอื่นเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะได้กระทำเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือไม่ก็ตาม

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ
นายกรัฐมนตรี

2.2 ข้อเสนอแนะในการวิจัยครั้งต่อไป

2.2.1 ควรมีการศึกษาในกรณีการตั้งครรภ์แทน ตามมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 หากอสุจิตามีใช้ไม่ได้ และไข่ภรรยาใช้ไม่ได้ ควรมีการศึกษามาตรการอื่นเพิ่มเติมเพื่อให้เกิดการคุ้มครองบุคคลที่ให้ตั้งครรภ์แทนด้วย

2.2.2 ควรมีการศึกษาในข้อกำหนดในกรณีการตั้งครรภ์แทน ตามมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยศึกษาถึงกระบวนการคุ้มครองเด็กในขั้นตอนที่มีการนำเทคนิคทางการแพทย์มาใช้ด้วย

2.2.3 ควรศึกษาถึงวิธีการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในปัจจุบัน กฎหมายควรนำวิธีการผสมเทียมบัญญัติรวมอยู่ในกับวิธีการตั้งครรภ์แทนหรือไม่

บรรณานุกรม

เอกสารภาษาไทย

หนังสือ

กมลดา เทพวงศ์. การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (อุ้มบุญ). กรุงเทพมหานคร: สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ-ศาลยุติธรรม, 2556.

กลุ่มมาเจสติก. สิทธิเด็กและการคุ้มครองทางกฎหมายกับกลุ่มมาเจสติก. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.

กุลพล พลวัน. การบริหารกระบวนการยุติธรรม. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2544.

_____. สิทธิมนุษยชนในสังคมไทย. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2558.

_____. พัฒนาการสิทธิมนุษยชน. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538.

จรัญ โฆษณานันท์. สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2556.

เดือน บุญนาค, ผู้แปล. การแบ่งแยกอำนาจ. โดย มงแต้สกีเยอ. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2487

นนท์ ก่อแก้วทองดี และสุรศักดิ์ ศรีสาร. “แนวคิดและหลักเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ.” ใน เอกสารการสอนชุดวิชาการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน เล่ม 1, หน่วยที่ 1. นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2552.

นพ นิธิสุริยะ. สิทธิมนุษยชน: แนวคิดการคุ้มครอง. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.

- นภคป ปรกรณ์มิตติ. คำอธิบายมาตราที่สำคัญ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและ
 ครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553. พิมพ์ครั้งที่ 2.
 กรุงเทพมหานคร: สุตรไพศาล, 2549.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์.
 กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553.
- _____. “หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและหลักความเสมอภาคและหน้าที่ของชนชาว
 ไทยตามรัฐธรรมนูญ.” ใน สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
 พุทธศักราช 2550, หน้า 3. นนทบุรี: วิทยาลัยการเมืองการปกครอง สถาบัน
 พระปกเกล้า, 2552.
- _____. “หลักการพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์.” ใน
 สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540, หน้า 3-4.
 กรุงเทพมหานคร: องค์การคำครุสภา, 2551.
- _____. การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่ง
 ราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ,
 2551.
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. คำอธิบายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ: รัฐธรรมนูญเยอรมัน.
 กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2535.
- ประสิทธิ์ ไชววิไลกุล. กฎหมายแพ่งหลักทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร:
 สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2554.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. นิติปรัชญา. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสาร-
 ประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.
- ไพศาล วัฒนธรรม. การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการออกหมายจับ.
 กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2549.
- โกสิน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์. หลักกฎหมายมหาชน. พิมพ์ครั้งที่ 8.
 กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2557.

มานิตย์ จุมปา. **ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย**. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร:

โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547.

มูลนิธิสาธารณสุขแห่งชาติ. **ศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ. แนวคิด**

ทางศาสนาอิสลามเกี่ยวกับการวิจัยทางการแพทย์สมัยใหม่. กรุงเทพมหานคร:

มูลนิธิสาธารณสุขแห่งชาติ, 2548.

ยศศักดิ์ โกไศยกานนท์. **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายอุ้มบุญ: ตามพระราชบัญญัติ**

คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.

2558. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.

ราชบัณฑิตยสถาน. **พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525**. กรุงเทพมหานคร:

สำนักพิมพ์อักษรเจริญทัศน์, 2525.

วรพจน์ วิสสุตพิชญ์. **สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย**

พุทธศักราช 2540. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543.

วรวิทย์ ฤทธิพิศ. **หลักกฎหมายการดำเนินคดีในศาลเยาวชนและครอบครัว**. พิมพ์ครั้งที่

2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550.

วิษณุ เครืองาม. “สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ.” ใน **คู่มือสิทธิมนุษยชน สิทธิหรือหน้าที่ใน**

ประเทศไทยในปัจจุบัน. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์-

มหาวิทยาลัย, 2535.

วีระ โลจายะ. “กฎหมายแพ่งและพาณิชย์.” ใน **เอกสารสอนชุดวิชา กฎหมายมหาชน เล่ม**

2, หน่วยที่ 7. นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2531.

วิเศษ อ่อนตา. **คำอธิบายพระราชศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชน**

และครอบครัว พ.ศ. 2553. กรุงเทพมหานคร: ปณรัชช, 2556.

สมคิด เลิศไพฑูรย์. **กฎหมายรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพมหานคร: วิทยาลัยธรรมศาสตร์,

2548.

สมคิด เลิศไพฑูรย์ และกล้า สมทวนิช. **การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดย**

ศาลรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2546.

สรรพสิทธิ์ คุ้มประพันธ์. แนวทางป้องกันการแก้ไขการละเมิดสิทธิเด็กในประเทศไทย.

กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2539.

สิน พันธุ์พินิจ. เทคนิคการวิจัยทางสังคมศาสตร์. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: วิทยพัฒน์, 2553.

สุนีย์ มัลลิกะมาลย์. วิทยาการวิจัยทางนิติศาสตร์. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร:

สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549.

สุวิมล ติรกานันท์. ระเบียบวิธีวิจัยทางสังคมศาสตร์แนวทางการปฏิบัติ. พิมพ์ครั้งที่ 12.

กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557.

สุรพล พรหมกุล. ระเบียบวิธีวิจัยทางรัฐศาสตร์. กรุงเทพมหานคร: โอ เอส พริ้นติ้ง เฮาส์, 2554.

สำนักงานสิทธิมนุษยชน. สภาพทนายความ. คู่มือปฏิบัติงานโครงการทนายความอาสาให้
คำปรึกษาและเข้าฟังการสอบสวนปากคำผู้ต้องหา. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์-
เดือนตุลา, 2544.

หยุด แสงอุทัย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. กรุงเทพมหานคร:

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.

อุดม รัฐอมฤต. การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตาม
มาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540.

กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นานาสังพิมพ์, 2544.

เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล. รายงานสรุปและวิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดย-
อาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. กรุงเทพมหานคร:

สำนักส่งเสริมวิชาการรัฐสภา สถาบันพระปกเกล้า, 2558.

ฮาร์. เอ็ม. เจ. ความคิดทางการเมืองจากเพลโตถึงปัจจุบัน. กรุงเทพมหานคร: สถาบันวิ-
ทรรศน์, 2555.

วิทยานิพนธ์

ชนิษฐา ศรีไพบูลย์. “ปัญหาจริยธรรมของการรับตั้งครรภ์แทน.” วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538.

บทความ

กฤตยา อาชวนิจกุล. “วิทยาการสร้างลูกนอกไข่: ผู้หญิงได้หรือเสีย.” **สตรีทัศน์ 2**

(พฤศจิกายน-มกราคม 2530): 17.

นเรศ ดำรงชัย. “ชีวจริยธรรมของการวิจัยด้านเซลล์ต้นกำเนิด จากแนวคิดสู่แนวทาง

ปฏิบัติสำหรับประเทศไทย.” **ชีวจริยศาสตร์ 2** 26, 4 (ธันวาคม 2547): 16.

ประมวล วีรุตมเสน. “เทคโนโลยีกับการกำเนิดชีวิต.” **วารสารจุฬาลงกรณ์ 4**, 15

(เมษายน-มิถุนายน 2535): 16-24.

ประมวล วีรุตมเสน และคณะ. “การผสมเทียมและเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง

การแพทย์.” **วารสารเด็กหลอดแก้ว 17**, 2 (กันยายน-ตุลาคม 2530): 60

ประสพสุข บุญเดช. “อุ้มบุญ.” **วารสารกฎหมายสู่ไทยรัฐธรรมนูญราช 2** 2, 15 (ธันวาคม

2536): 26.

เยาวนุช รัชมิวงศ์พร. “ศาสตร์แห่งการกำเนิดมนุษย์ ทางสามแพร่งของวงการแพทย์

ไทย.” **วารสาร Hi-class 6**, 67 (พฤศจิกายน 2532): 106.

วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. “การผสมเทียมกับกฎหมาย.” **บทบัญญัติ 44**, 2 (มิถุนายน 2531):

54.

วิสาร พันธนะ. “เทคโนโลยีชีวภาพกับกฎหมาย.” **วารสารสู่ไทยรัฐธรรมนูญราช 5**, 3

(กันยายน-ธันวาคม 2559): 40.

สมภาร พรหมทา. “พุทธศาสนา กับวิทยาศาสตร์.” **ชีวจริยศาสตร์ 1** 13, 2 (กันยายน 2547):

15.

สนิท ตระกูลพรายงาม. “ปัญหากฎหมายที่เกิดจากการผสมเทียม.” **จุลพาฬ 40**, 6

(พฤศจิกายน 2536): 94.

รายงานวิจัย

จักรกฤษณ์ ควรวจน์. รายงานการวิจัย เรื่อง การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่น ตั้งครรภ์แทน.

กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2549.

กฎหมาย

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558.

“พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546.” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 20 ตอนที่ 95 ก (2 ตุลาคม 2546): 1-8.

“พระราชบัญญัติประถมศึกษา พ.ศ. 2523.” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 97 ตอนที่ 158 (13 ตุลาคม 2523): 1-26.

“ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 169 ตอนที่ 42 (8 เมษายน 2535): 1.

“พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553.” ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 127 ตอนที่ 72 ก (22 พฤศจิกายน 2553): 12.

“พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553.” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 133 ตอนที่ 109 (26 ธันวาคม 2553): 29.

“พระราชบัญญัติส่งเสริม และประสานงานเยาวชนแห่งชาติ พ.ศ. 2521.” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 95 ตอนที่ 4 (11 ตุลาคม 2521): 8-15.

เอกสารอื่น ๆ

ภูมินทร์ ลีธีระประเสริฐ. “แถลงการณ์ประชุม คณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 11 พฤษภาคม 2553.” หนังสือพิมพ์รายวันคมชัดลึก, 12 พฤษภาคม 2553, หน้า 13.

สมชัย โกวิทเจริญกุล. “สัมภาษณ์เกี่ยวกับการอุ้มบุญให้เกิดหนทางของผู้มีลูก.” ข่าวกรุงเทพธุรกิจ, 1 กุมภาพันธ์ 2537, หน้า 1.

เอกสารภาษาอังกฤษ

หนังสือ

Alston, Philip. **The International Dimensions of Human Rights Volume 1.**

Westport: Greenwood Press, 1982.

John, Mccamus D. **Ontario Law Reform Commission.** Toronto, Canada:

The Commission, 1997.

Kennedy, Ian, and Andrew Grubb. **Medical Law: Test with Materials.**

London: Butterworths, 1994.

Mary, Womock M. **A Question of Life: The Warnock Report on Human**

Fertilization and Embryology. Oxford: Blackwell, 1985.

Siemest, Johannes. **Hermann ROESLER.** Yotsuya: Sophia University, 1968.

Wadlington, Warwick. **Artificial Conception: The Challenge for Family**

Law. London: Princeton University Press.

บทความ

Behm, Lisa L. “Legal Moral and Internation Perspectives on Surrogate

Motherhood: The Call for a Uniform Regulatory Scheme in the United

States.” **Journal Health Care Law** 20, 2 (April 2018): 557, 583.

Keller, Barbara L. “Surrogate Motherhood Contracts in Louisiana: To Ban or

to Regulate?.” **Louisiana Law Review** 49, 1 (September 1989): 143,

157.

Kim, Todd M. “Beyound Baby M: International Perspectives on Gestational

Surrogacy and the Demise of the Unitaty Biological Mother.” **Annals**

of Health Law 21, 2 (November 1996): 213-214.

Perdue, Abigail Lauren. "For Love or Money: The Legal Regulation of Surrogate." **Journal of Contemporary Health Law & Policy** 27, 2 (November 1996): 3.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ ชื่อสกุล	นายสุภรัช ศรีวิวัฒน์
วัน เดือน ปีเกิด	16 ตุลาคม 2525
สถานที่เกิด	จังหวัดชลบุรี
วุฒิการศึกษา	สำเร็จการศึกษาระดับมัธยมศึกษาตอนปลาย จากโรงเรียนสุขบท ปีการศึกษา 2543 สำเร็จปริญญาตรีนิติศาสตรบัณฑิต จากมหาวิทยาลัยรามคำแหง ปีการศึกษา 2549 สำเร็จปริญญาโทนิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายมหาชน) จากมหาวิทยาลัยรามคำแหง ปีการศึกษา 2555
การงานปัจจุบัน	อาจารย์ประจำหลักสูตรสาขาวิชานิติศาสตร์ อาจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์และ สังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏบุรีรัมย์