



การคุ้มครองสิทธิของเด็กที่เกิดตามพระราชบัญญัติเทคโนโลยี
ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558



วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตาม
หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์

บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรังสิต
ปีการศึกษา 2566



**PROTECTION OF THE RIGHTS OF CHILDREN BORN UNDER
MEDICALLY ASSISTED REPRODUCTIVE
TECHNOLOGY ACT, B.E. 2558**



**BY
SUPAPHIT INGKACHOTIVANICH**

**A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT
OF THE REQUIREMENTS FOR
THE DEGREE OF MASTER OF LAWS
FACULTY OF LAW**

**GRADUATE SCHOOL, RANGSIT UNIVERSITY
ACADEMIC YEAR 2023**

วิทยานิพนธ์เรื่อง
การคุ้มครองสิทธิของเด็กที่เกิดตามพระราชบัญญัติเทคโนโลยี
ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558

โดย
ศุภาพิชญ์ ینگโซตวนิช

ได้รับการพิจารณาให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

มหาวิทยาลัยรังสิต
ปีการศึกษา 2566

ผศ.ดร.เกวณีน ต่อปัญญาชาญ
ประธานกรรมการสอบ

ผศ.ดร.ตัณญพงค์ ลิ้มประเสริฐ
กรรมการสอบ

ผศ.ดร.ธานี วรภัทร์
กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษา

บัณฑิตวิทยาลัยรับรองแล้ว

(ผศ.ร.ต.หญิง ดร.วรรณิ์ สุขสาตร)
คณบดีบัณฑิตวิทยาลัย
20 พฤศจิกายน 2566

Thesis entitled

**PROTECTION OF THE RIGHTS OF CHILDREN BORN UNDER
MEDICALLY ASSISTED REPRODUCTIVE
TECHNOLOGY ACT, B.E. 2558**

by

SUPAPHIT INGKACHOTIVANICH

was submitted in partial fulfillment of the requirements
for the degree of Master of Laws

Rangsit University
Academic Year 2023

Asst. Prof. Keovalin Torpanyacharn, Ph.D.
Examination Committee Chairperson

Asst. Prof. Sanyapong Limprasert, Ph.D.
Member

Asst. Prof. Thanee Vorapatr, LL.D.
Member and Advisor

Approved by Graduate School

(Asst. Prof. Plt. Off. Vanee Sooksatra, D.Eng)

Dean of Graduate School

November 20, 2023

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ สำเร็จลุล่วงได้เป็นอย่างดี เนื่องจากได้รับความอนุเคราะห์เป็นอย่างยิ่งจากผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธานี วรภัทร์ กรรมการสอบวิทยานิพนธ์และอาจารย์ที่ปรึกษา ซึ่งได้ให้ความใส่ใจช่วยเหลือแนะนำและให้คำปรึกษาเป็นอย่างดีมาโดยตลอด ตั้งแต่เริ่มจนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสร็จสมบูรณ์ รวมไปถึงขอขอบคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เกวณีน ต่อปัญญาชาญ ประธานกรรมการสอบ และ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สัญญาพงศ์ ลิ้มประเสริฐ กรรมการสอบ ที่ได้ให้ความกรุณาร่วมพิจารณาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จนลุล่วงสำเร็จดังความปรารถนา ขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงไว้ ณ โอกาสนี้

ขอขอบพระคุณบิดามารดาและญาติพี่น้องที่ได้คอยช่วยเหลือสนับสนุนทุกทาง รวมถึงเพื่อนร่วมหลักสูตรคณะนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรังสิต และกลุ่มเพื่อนจากนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยกรุงเทพที่เป็นกำลังใจให้เสมอตลอดมา

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ยังมีคุณค่าและประโยชน์ของการศึกษารั้งนี้ ผู้วิจัยขอมอบเป็นเครื่องบูชาบุพการี บุรพจารย์ และผู้ที่มีอุปการคุณทุกท่านที่มีส่วนส่งเสริมให้ผู้วิจัยประสบความสำเร็จในการดำเนินชีวิตและก้าวหน้าในหน้าที่การงาน

ทั้งนี้ หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อผิดพลาดประการใด ผู้วิจัยต้องขอกราบอภัยมา ณ ที่นี้และขอน้อมรับคำติชมไว้ด้วยความเต็มใจ เพื่อนำไปปรับปรุงในภายภาคหน้าต่อไป

ศุภาพิชญ์ อิงค์โชติวิช

ผู้วิจัย

6304569 : สุภาพิษฐ์ อังค์โชติวัฒน
ชื่อวิทยานิพนธ์ : การคุ้มครองสิทธิของเด็กที่เกิดตามพระราชบัญญัติเทคโนโลยี
ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558
หลักสูตร : นิติศาสตรมหาบัณฑิต
อาจารย์ที่ปรึกษา : ผศ.ดร. ธาณี วรภัทร์

บทคัดย่อ

เนื่องจากความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีทางการแพทย์ในการบำบัดรักษา
ภาวะการมีบุตรยากสามารถช่วยให้ผู้ที่มิภาวะการมีบุตรยากมีบุตรได้โดยใช้เทคโนโลยีช่วย
การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ อันมีผลทำให้บทบาทของกฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบันในเรื่อง
เกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการ
เจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้นไม่สอดคล้องกับความสัมพันธ์ในทางพันธุกรรม และสิทธิของเด็กที่เกิด
โดยอาศัยเทคโนโลยีดังกล่าวยังมีความคลุมเครือไม่ชัดเจน และไม่สอดคล้องกับสิทธิขั้นพื้นฐาน
ของมนุษย์พึงมี ดังนั้น เพื่อให้เด็กที่เกิดตามเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มีสิทธิที่ไม่
คลุมเครือเหมือนกับเด็กที่เกิดโดยธรรมชาติ นอกจากนี้ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัย
เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ยังมีช่องว่างทางกฎหมายอยู่มาก ในเรื่อง
การตรวจสอบสัญญาตั้งครรภ์แทน

จากการค้นคว้าและศึกษานี้ ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะให้แก้ไขและเพิ่มเติม
พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558
โดยขอให้ศาลมีอำนาจและตรวจสอบสัญญาก่อนที่จะมีการดำเนินการกระบวนการตั้งครรภ์แทน ขอให้
มีชื่อหญิงตั้งครรภ์แทนอยู่ในสูติบัตรของเด็ก และขอให้ศาลแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ในการติดตามดูแลชีวิต
เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนหลังคลอดเพื่อประเมินถึงสภาพจิตใจของเด็กโดยคำนึงถึงความผาสุก
ของเด็กเป็นสำคัญ

(วิทยานิพนธ์มีจำนวนทั้งสิ้น 150 หน้า)

คำสำคัญ : พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
พ.ศ. 2558, การตั้งครรภ์แทน, หญิงตั้งครรภ์แทน

ลายมือชื่อนักศึกษา.....ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา.....

6304569 : Supaphit Ingkachotivanich
 Thesis Title : Protection of the Rights of Children Born under Medically Assisted
 Reproductive Technology Act, B.E. 2558
 Program : Master of Laws
 Thesis Advisor : Asst. Prof. Thanee Vorapatr, LL.D.

Abstract

With the progress in science and medical technology, individuals facing infertility can now be assisted in conceiving children through the use of medically assisted reproductive technology. Consequently, the existing legal provisions concerning the parentage of children born via these methods are inconsistent with genetic relationships. The rights of children born through such technology remain ambiguous and do not align with the fundamental rights that all humans should be entitled to. In addition, The Medically Assisted Reproductive Technology Act, B.E. 2558, remains fraught with legal gaps, particularly in its provisions for the assessment of surrogacy contracts.

Based on this research, the researcher recommends amending and augmenting The Medically Assisted Reproductive Technology Act, B.E. 2558. This can be achieved by advocating for the court to hold the authority to scrutinize contracts prior to commencing the surrogacy process. In addition, there should be an inclusion of the surrogate's name on the child's birth certificate. Additionally, the court should appoint officials tasked with overseeing the well-being of children born through surrogacy post-birth, with a primary focus on the child's mental state and overall welfare.

(Total 150 pages)

Keywords: The Medically Assisted Reproductive Technology Act, B.E. 2558, Surrogacy,
 Surrogate

Student's Signature.....Thesis Advisor's Signature.....

สารบัญ

	หน้า
กิตติกรรมประกาศ	ก
บทคัดย่อภาษาไทย	ข
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	ค
สารบัญ	ง
บทที่ 1 บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของสภาพปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย	5
1.3 ขอบเขตการวิจัย	6
1.4 วิธีการศึกษา	6
1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	6
บทที่ 2 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน	7
2.1 ความหมายของสิทธิและสิทธิขั้นพื้นฐานในทางกฎหมาย	7
2.2 ความหมายและความเป็นมาของการตั้งครรภ์แทน	10
2.3 การคำนึงเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน	15
2.4 การคำนึงในรูปแบบของการรับตั้งครรภ์แทน	22
2.5 ประเภทของการรับตั้งครรภ์แทนหรือการตั้งครรภ์แทน	25
2.6 ปัญหาที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนหรือการตั้งครรภ์แทน	26
2.7 นิยามศัพท์และขอบเขตการบังคับใช้ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558	31
2.8 บุคคลที่อยู่ในบังคับตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558	32
2.9 รูปแบบของการตั้งครรภ์แทน	34
2.10 ความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน	34
2.11 การควบคุมการดำเนินการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และการรับตั้งครรภ์แทน	36

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
2.12 สารสำคัญในการทำสัญญาตั้งครรถ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครอง เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558	38
2.13 การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในประเทศไทย	51
บทที่ 3 กฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรถ์แทนในต่างประเทศและสิทธิเด็กที่เกิด จากการตั้งครรถ์แทน	64
3.1 อังกฤษ	64
3.2 ออสเตรเลีย	87
3.3 สหรัฐอเมริกา	89
3.4 สาธารณรัฐฝรั่งเศส	105
บทที่ 4 บทวิเคราะห์เกี่ยวกับสิทธิของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรถ์ด้วยเทคโนโลยี ทางการแพทย์	109
4.1 การคุ้มครองสิทธิของเด็กที่เกิดขึ้นจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ติดตามชีวิตเด็กหลังคลอด	109
4.2 สิทธิในการที่จะรู้ถึงความเป็นแม่อุ้มบุญของเด็กเมื่อถึงระยะเวลา ที่เหมาะสม	119
4.3 บทบาทของศาลในการอนุมัติสัญญาตั้งครรถ์แทน	130
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	135
5.1 บทสรุป	135
5.2 ข้อเสนอแนะ	139
บรรณานุกรม	142
ประวัติผู้วิจัย	150

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของสภาพปัญหา

ครอบครัวเป็นสถาบันพื้นฐานของสังคมที่ประกอบด้วยสามีภริยาและหมายรวมถึงลูกด้วย ในความคิดของคนทั่วไป ครอบครัวเริ่มต้นที่ชายและหญิงตกลงใช้ชีวิตร่วมกัน จะเนื่องจากความรัก หรือเหตุผลอื่นก็ตาม จะถูกต้องทางกฎหมายหรือไม่ก็ไม่สำคัญ แม้เป็นเพียงโดยพฤตินัยที่ตกลง พร้อมใจกันทั้งสองฝ่ายก็นับว่าเป็นครอบครัวและจุดหนึ่งของคนในสังคมยึดถือกันก็คือครอบครัว จะสมบูรณ์ได้เมื่อมีบุตร ยิ่งไปกว่านั้นในปัจจุบันบริบทของครอบครัวเปลี่ยนแปลงไปจากการที่สังคม แต่เดิมครอบครัวจะหมายถึง การแต่งงานเป็นครอบครัวระหว่างชายและหญิงในสังคมแบบ 2 เพศ¹ การให้สิทธิในการมีบุตรผ่านการตั้งครรภ์แทน

ในประเทศไทยหากมองถึงอดีตที่ผ่านมาหญิงและชายมักเริ่มต้นสร้างครอบครัวตั้งแต่อายุ ยังน้อยและเป็นยุคสมัยที่ยังไม่มีการพัฒนาด้านเทคโนโลยีเท่าในปัจจุบัน การมีบุตรจึงเป็นไปตาม ธรรมชาติ หลายครอบครัวมีลูกหลาย ๆ คน ต่อมาเมื่อจำนวนพลเมืองในประเทศเพิ่มปริมาณ อย่างรวดเร็ว ซึ่งส่งผลกระทบต่อทางเศรษฐกิจทั้งในครอบครัวและองค์กรวมระดับประเทศ ทางราชการ และผู้มีส่วนเกี่ยวข้องจึงมีนโยบายควบคุมปริมาณบุตรโดยให้มีการ “คุมกำเนิด” ทำให้ครอบครัว ของไทยมีขนาดเล็กลง² แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นมาโดยตลอดตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันก็คือไม่ใช่ทุก

¹From “Dynamics of mitochondrial inheritance in the evolution of binary mating types and two sexes.” by Z. Hadjivasiliou, N. Lane, R. M. Seymour & A. Pomiankowski, (2013). *Proceedings of the Royal Society B: Biological Sciences*, 280(1769), 20131920, by Z. Hadjivasiliou, N. Lane, R. M. Seymour & A. Pomiankowski.

²From “Family planning knowledge, attitudes and practices in refugee and migrant pregnant and post-partum women on the Thailand-Myanmar border—a mixed methods study.” by P. Salisbury, L. Hall, S. Kulkus, M. K. Paw, N. W. Tun, A. M. Min, ... & R. McGready, 2016, *Reproductive health*, 13(1), 1-13, by P. Salisbury, L. Hall, S. Kulkus, M. K. Paw, N. W. Tun, A. M. Min, ... & R. McGready,

ครอบครัวที่จะสามารถมีบุตรสืบตระกูลได้ บางครอบครัวอาจมีลูกยาก จากความผิดปกติของร่างกายจากโรคภัยไข้เจ็บ ฯลฯ ซึ่งในอดีตไม่ว่าจะเกิดเพราะเหตุอะไรที่ทำให้มีบุตรไม่ได้ คู่สามีภริยาก็ต้องยอมรับและไม่สามารถเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขดังกล่าวได้ ซึ่งต่างจากในปัจจุบันที่ระบบเทคโนโลยีทางการแพทย์มีความก้าวหน้าทำให้บุคคลผู้มีบุตรยากหรือมีปัญหาทางด้านสุขภาพสามารถมีบุตรได้โดยการตั้งครรภ์แทนแต่ในทางกฎหมายยังมีข้อจำกัดในการตั้งครรภ์แทนที่ชอบด้วยกฎหมายพอสมควรเนื่องจากความกังวลในการที่จะนำไปสู่การกระทำความผิดฐานค้ำมนุษย์ นอกจากนี้เมื่อพิจารณาสถิติการเกิดของประเทศไทยและประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก สิ่งที่ได้สังเกตเห็นคือ อัตราการเกิดลดลงซึ่งเป็นที่น่ากังวลว่าอาจส่งผลกระทบต่อโครงสร้างทางสังคมของประเทศไทย ซึ่งในปัจจุบันประเทศไทยเริ่มก้าวเข้าสู่สังคมผู้สูงอายุและยิ่งไปกว่านั้นหากจำนวนประชากรซึ่งเป็นวัยเด็กเกิดน้อยลงจะส่งผลกระทบต่อโครงสร้างสังคมในระยะยาว³

นอกจากนี้ หญิงชายในยุคปัจจุบันอาจพึ่งพาอาศัยเทคโนโลยีเหล่านั้นแทนการรอซึ่งเป็นที่ยึดกันในปัจจุบันว่า “การทำกิฟท์” (Gift) คือ “การนำไข่และตัวสpermไปใส่ไว้ที่ท่อนำไข่เพื่อให้เกิดการปฏิสนธิหรือรวมตัวกันตามธรรมชาติ หลังจากนั้น หากไข่และอสุจิสามารถปฏิสนธิกันได้ ก็จะมีการเจริญเติบโตเป็นตัวอ่อนและเดินทางมาฝังตัวในโพรงมดลูกและเกิดเป็นการตั้งครรภ์ในที่สุดการทำกิฟท์ซึ่งเป็นหนึ่งในเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (Reproductive Technology) นั้น⁴ สามารถช่วยกระตุ้นการปฏิสนธิภายนอกก่อนจะนำตัวอ่อนกลับมาฝังตัวในโพรงมดลูกของหญิงผู้เป็นแม่ เพื่อให้คู่สมรมีโอกาสมีบุตรได้สมปรารถนาในเวลาที่ต้องการ โดยไม่ต้องรอธรรมชาติ แต่การจะทำได้สำเร็จก็ต่อเมื่อมดลูกของหญิงผู้เป็นแม่สามารถเป็นที่รองรับการเจริญเติบโตของตัวอ่อนได้เท่านั้น แต่ทว่าในบางครอบครัวต้องประสบกับปัญหาการมีบุตรยากด้วยเงื่อนไขที่การทำกิฟท์ปกติไม่สามารถช่วยได้ เนื่องจากฝ่ายหญิงมีความผิดปกติเรื่องมดลูกจนไม่สามารถให้ตัวอ่อนเจริญเติบโตในมดลูกของตนเองได้ ในกรณีนี้หากครอบครัวนั้นยังต้องการมีบุตรที่เกิดจากเซลล์สืบพันธุ์ของตนเองก็จำเป็นต้องอาศัยหญิงอื่นมาช่วยในการตั้งครรภ์ซึ่งการทำเช่นนี้

³From *Surrogacy law in Thailand*. by S. Hongladarom, 2018, Retrieved from <https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/55457301>, by S. Hongladarom.

⁴From “Importance of melatonin in assisted reproductive technology and ovarian aging.” by H. Tamura, M. Jozaki, M. Tanabe, Y. Shirafuta, Y. Mihara, M. Shinagawa, ... & N. Sugino, 2020, *International journal of molecular sciences*, 21(3), 11-35, by H. Tamura, M. Jozaki, M. Tanabe, Y. Shirafuta, Y. Mihara, M. Shinagawa, ... & N. Sugino.

เป็นที่รู้จักกันในประเทศไทยว่า การตั้งครรภ์แทน (Surrogacy) นั้นเอง ซึ่งในหลายประเทศเริ่มมีการยอมรับว่า สามารถทำได้อย่างถูกกฎหมาย ขณะเดียวกันก็ยังมีอีกหลายประเทศไม่ให้การยอมรับ

ในประเทศไทยก่อนเดือนพฤษภาคม 2558 แม้ยังไม่มีกฎหมายคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยตรง อาศัยกฎหมายอื่นที่มีอยู่มาปรับใช้ตามที่สามารถอนุโลมใช้ได้ แต่ในทางปฏิบัติมีบางครอบครัวที่มีบุตรด้วยตนเองไม่ได้ ได้ใช้วิธีนี้ช่วยให้ครอบครัวสมหวัง สามารถมีบุตรได้โดยอาศัยเดบิโตในครรภ์ของหญิงอื่นที่เป็นญาติพี่น้องใกล้ชิดช่วยตั้งครรภ์ให้และรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมตามกฎหมาย ขณะนั้นซึ่งต้องยอมรับปัญหาบางประการที่ติดตามมา เช่นการรับมรดก แม้ว่าจะมีการอุ้มบุญในประเทศไทยอยู่บ้าง แต่ก็ไม่มีการสำรวจจำนวนเด็กที่เกิดโดยอาศัย “การตั้งครรภ์แทน” เพราะเป็นการทำเป็นส่วนตัวเฉพาะครอบครัวที่มีความจำเป็นมีการตกลงกันได้ ภายในครอบครัวโดยอาศัยความเกี่ยวเนื่องกันระหว่างญาติพี่น้อง สร้างความสุข ความพึงพอใจด้วยกัน ทุกฝ่ายไม่ส่งผลกระทบต่อสังคมภายนอกแต่ประการใด จึงไม่เคยปรากฏเป็นปัญหาให้สังคมภายนอกรับรู้⁵

ท่ามกลางกระแสสังคมที่เร่งรีบและสับสนสังคมที่มุ่งสู่กระแสแห่งความโดดเด่นที่ต้องทุ่มเทให้ทั้งเวลาการงานการดำรงชีพนั้นบางคู่บางครอบครัวถึงกับไร้ซึ่งเวลาที่จะอยู่ร่วมกันและทำให้สุขภาพทางใจ สุขภาพทางกาย รวมถึงสุขภาพทางเพศอ่อนแอ และไร้พลัง จนยากที่จะมีบุตรหลานหรืออาจเกิดจากปัญหาอื่น ๆ เช่น อาจเป็นเพราะฝ่ายหญิงไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ด้วยตนเอง ซึ่งอาจเป็นเพราะความผิดปกติของร่างกาย เช่น ไม่มีมดลูกมาตั้งแต่กำเนิดหรืออาจเป็นเพราะหญิงนั้นเป็นโรคที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพของตน ทำให้ไม่สามารถมีบุตรได้ รวมถึงเป็นวิธีเพื่อช่วยคู่สมรสที่มีบุตรยากเท่านั้น แต่สำหรับคู่สมรสไม่สามารถมีบุตรได้ เนื่องจากฝ่ายหญิงไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ด้วยตนเอง ซึ่งอาจเป็นเพราะความผิดปกติของร่างกาย เช่น ไม่มีมดลูกมาตั้งแต่กำเนิดหรืออาจเป็นเพราะหญิงนั้นเป็นโรคที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพของตน ทำให้ไม่สามารถมีบุตรได้ เช่น โรคหัวใจ ในปัจจุบันก็ได้มีการพัฒนาวิทยาศาสตร์ทางการแพทย์และเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ เพื่อช่วยกลุ่มคู่สมรสกลุ่มนี้ด้วยเทคโนโลยีนี้ คนทั่วไปเรียกกันว่า “การตั้งครรภ์แทน” คือการนำเอาไข่จากรังไข่ของหญิงออกมาภายนอกในร่างกายและนำเอาเชื้อสุจิมาทำการปฏิสนธิในหลอดทดลอง

⁵From “Non-commercial surrogacy in Thailand: ethical, legal, and social implications in local and global contexts.” by Y. Hibino, 2020, *Asian Bioethics Review*, 12(1), 135-147, by Y. Hibino.

และการนำตัวอ่อนที่เกิดจากการปฏิสนธินั้นไปใส่ในมดลูกหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนให้สามารถมีบุตร ทั้งยังช่วยเพิ่มประชากรด้วย⁶

แต่โดยที่เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ในปัจจุบันได้เจริญก้าวหน้าอย่างรวดเร็วและได้ช่วย คู่สมรสฝ่ายหญิงซึ่งไม่สามารถตั้งครรภ์ให้สามารถมีบุตรได้ด้วยการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน แต่การดำเนินการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนอาจก่อให้เกิดการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากหญิง ที่รับตั้งครรภ์แทนหรือจากเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนประกอบกับสถานภาพทางกฎหมาย ของเด็กที่รับตั้งครรภ์แทนยังขาดความชัดเจน ดังนั้นเพื่อควบคุมมิให้มีการแสวงหาประโยชน์จาก การรับตั้งครรภ์แทนโดยมิชอบและกำหนดสถานภาพทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์ แทนให้มีความชัดเจนและเหมาะสม การรับตั้งครรภ์แทน (Surrogacy) เป็นกระบวนการในการที่ หญิงคนหนึ่งตกลงรับที่จะตั้งครรภ์ด้วยวิธีการอย่างหนึ่งอย่างใด และตกลงว่าจะส่งมอบเด็กที่เกิดมา นั้นให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง พร้อมกับสละสิทธิใด ๆ ในความเป็นมารดาของเด็กนั้นทันทีที่เด็ก กำเนิดมา การรับตั้งครรภ์แทนในยุคปัจจุบันจำเป็นต้องอาศัยวิทยาการของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ มาช่วยเสมอ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วอาจทำได้โดยการนำไข่และเชื้อสpermของฝ่ายคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร นั้นมาผสมกันแล้วนำไข่ที่ผสมแล้วนั้นไปใส่ในร่างกายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เพื่อการเจริญพันธุ์ ต่อไป ขั้นตอนและกระบวนการต่าง ๆ ในการรับตั้งครรภ์แทนนั้นใช้ระยะเวลานานกว่าเด็กจะถือ กำเนิดขึ้นมาซึ่งระหว่างระยะเวลานั้น อาจเกิดการเปลี่ยนแปลงต่าง ๆ ขึ้น จนทำให้คู่สัญญาในสัญญา รับตั้งครรภ์แทนและสัญญาเกี่ยวเนื่องกับสัญญารับตั้งครรภ์แทนต้องการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญา หรืออาจถึงขั้นตอนการเลิกสัญญา แต่สัญญารับตั้งครรภ์แทนและสัญญาเกี่ยวเนื่องกับสัญญารับ ตั้งครรภ์แทนนี้เป็นสัญญาที่มีลักษณะพิเศษและมีผลเกี่ยวข้องกับบุคคลหลายฝ่ายและส่งผลกระทบต่อสังคม เพราะสัญญารับตั้งครรภ์แทนและสัญญาที่เกี่ยวข้องกับสัญญารับตั้งครรภ์แทนนั้นมีความ เกี่ยวพันทั้งในทางจริยธรรมและในทางกฎหมาย⁷

การรับตั้งครรภ์แทนได้ก่อให้เกิดปัญหาทั้งในทางจริยธรรมและกฎหมายเช่นเดียวกันกับ การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เพื่อบำบัดภาวะมีบุตรยาก แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นมีความสลับ ซับซ้อนมากกว่า เพราะมีบุคคลที่เกี่ยวข้องหลายฝ่าย ซึ่งแต่ละฝ่ายก็ล้วนสามารถอ้างสิทธิทาง

⁶From “A limited market: the recruitment of gay men as surrogacy clients by the infertility industry in the USA.” by H. Jacobson, 2018, *Reproductive biomedicine & society online*, 7(1), 14-23, by H. Jacobson.

⁷From “Legal and ethical aspects beyond commercial surrogacy: Modern form of human trafficking.” by F. M. Abdullah, 2019, *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, 22(2), 1-7. by F. M. Abdullah.

กฎหมายหรือทางศีลธรรมเป็นเหตุผลสนับสนุนการกระทำของฝ่ายตนได้ ในทางจริยธรรมอาจมีผู้เห็นว่าการรับตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนจริยธรรมอย่างรุนแรง เนื่องจากการกระทำที่ผิดธรรมชาติและมีการนำมนุษย์มาใช้เป็นเครื่องมือในการผลิตเด็กเพียงเพื่อให้เป็นไปตามความประสงค์ของบุคคลหนึ่งเท่านั้น การรับตั้งครรภ์แทนยังอาจก่อให้เกิดการแสวงหาประโยชน์ทางการค้าไม่ว่าจะเป็นการอาศัยร่างกายของตนเองในการรับตั้งครรภ์แทนผู้อื่นหรือด้วยการบริหารจัดการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้น นอกจากนี้การรับตั้งครรภ์แทนยังเปรียบเสมือนเป็นการซื้อขายเด็ก เพราะในการรับตั้งครรภ์แทนส่วนใหญ่จะมีข้อตกลงให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนส่งมอบเด็กให้แก่คู่สมรสที่ต้องการมีบุตรเพื่อแลกเปลี่ยนกับค่าตอบแทนที่จะได้รับจากการรับตั้งครรภ์แทนนั้น ในทางกฎหมายการรับตั้งครรภ์แทนอาจก่อให้เกิดปัญหาทั้งในด้านของสถานะทางกฎหมายของการรับตั้งครรภ์และสภาพบังคับของการรับตั้งครรภ์แทนนั้นในบางประเทศถือว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่ไม่อาจบังคับได้ตามกฎหมาย ทั้งยังถือว่าการจัดให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยตัวแทนหรือคนกลางในเชิงพาณิชย์ (Surrogacy Arrangement) เป็นความผิดในทางอาญา แต่ในบางประเทศก็อนุญาตให้มีการกระทำได้ กล่าวได้ โดยรัฐเพียงแต่เข้ามาควบคุมดูแลเท่านั้น นอกจากนี้ สถานะทางกฎหมายของทารกที่เกิดมาจากการรับตั้งครรภ์แทนก็ยังขาดความชัดเจนว่า ทารกดังกล่าวจะเป็นบุตรของผู้ใด

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1.2.1 เพื่อศึกษาปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนตามกฎหมายไทยในประเด็นเกี่ยวกับกระบวนการในการควบคุมสัญญา สิทธิของเด็กและสิทธิของแม่อุ้มบุญ

1.2.2 เพื่อศึกษาเปรียบเทียบแนวทางในการกำหนดบทบาทของศาลในการเข้าตรวจสอบสัญญาอุ้มบุญ การคุ้มครองสิทธิเด็กอุ้มบุญหลังคลอดและการคุ้มครองสิทธิของมารดาอุ้มบุญ

1.2.3 เพื่อปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการอุ้มบุญของประเทศไทยให้มีประสิทธิภาพเพิ่มมากขึ้น

⁸จาก “การพิจารณากฎหมายว่าด้วยคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์หรือการตั้งครรภ์แทน,” โดย นกุล สัตยนิติศรี, 2555, วารสารรัฐสภาสาร, 60(4), น. 81. โดย นกุล สัตยนิติศรี เจ้าของลิขสิทธิ์

1.3 ขอบเขตการวิจัย

การศึกษานี้จะศึกษาแนวความคิดเรื่องเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนและข้อกฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้กับการตั้งครรภ์แทนนั้นมีกฎหมายใดบ้างอย่างไร และศึกษาวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนเพื่อศึกษาเกี่ยวกับสิทธิของเด็กที่เกิดโดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เปรียบเทียบกับกฎหมายอังกฤษ อเมริกา และออสเตรเลีย

1.4 วิธีการศึกษา

ผู้ศึกษาใช้วิธีการศึกษาเอกสาร (Documentary Research) โดยการเก็บรวบรวมข้อมูลทุติยภูมิ (Secondary Data) จากรายงานการศึกษาวิชัยเอกสารเฉพาะที่เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนโดยการสืบค้นข้อมูลจากการสืบค้นข้อมูลทางอินเทอร์เน็ตแล้วนำข้อมูลดังกล่าวมาวิเคราะห์เนื้อหา (Content Analyses)

1.5 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.5.1 ทำให้ทราบปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนตามกฎหมายไทยในประเด็นเกี่ยวกับกระบวนการในการควบคุมสัญญา สิทธิของเด็กและสิทธิของแม่ผู้บุญ

1.5.2 ทำให้ทราบแนวทางในการกำหนดบทบาทของศาลในการเข้าตรวจสอบสัญญาผู้บุญ การคุ้มครองสิทธิเด็กผู้บุญหลังคลอดและการคุ้มครองสิทธิของมารดาผู้บุญ

1.5.3 สามารถเสนอปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการผู้บุญของประเทศไทยให้มีประสิทธิภาพเพิ่มมากขึ้น

บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการตั้งครรรค์แทน

สำหรับการคุ้มครองสิทธิเด็กเป็นการคุ้มครอง ซึ่งได้รับการรับรองภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศหลายฉบับเนื่องจากสิทธิเด็กเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ทุกประเทศจะต้องให้การเคารพและในฐานะที่เด็กเป็นกำลังสำคัญของแต่ละประเทศ การให้การคุ้มครองเด็กตั้งแต่ก่อนเกิด จนกระทั่งเติบโตจึงเป็นสิ่งที่ทุกประเทศจะต้องให้ความสำคัญ เพื่อนำไปใช้บัญญัติเป็นกฎหมายภายในและเพื่อเป็นการรับรองว่าประเทศเหล่านั้นจะปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของเด็ก

2.1 ความหมายของสิทธิและสิทธิขั้นพื้นฐานในทางกฎหมาย

คำว่า “สิทธิ” นับเป็นถ้อยคำที่มักใช้ในบทบัญญัติของกฎหมาย ถือเป็นข้อความคิดที่สำคัญและจำเป็น ทั้งนี้เนื่องด้วยสิทธิถือเป็นรากฐานในทางกฎหมายในกรณีที่กฎหมายเป็นเกณฑ์ในการกำหนดสิทธิและหน้าที่ให้แก่บุคคลในความหมายโดยทั่วไปของ “สิทธิ” ที่ปรากฏอยู่ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานพุทธศักราช 2535 หมายถึง ความสำเร็จ ความเจริญ ความสุข ความอิสระ อำนาจอันชอบธรรม แต่สำหรับในหัวข้อต่อไปนี้จะประเด็นเรื่องความหมายของคำว่าสิทธิในที่นี้นั้นจะเป็นการนำเสนอความหมายเกี่ยวกับสิทธิที่เป็นความหมายในเชิงกฎหมายซึ่งได้มีผู้ให้ความหมายของคำว่าสิทธิไว้ ดังนี้ รองศาสตราจารย์ สมยศ เชื้อไทย ได้อธิบายความหมายของคำว่า “สิทธิ” หมายถึง ความชอบธรรมที่บุคคลอาจใช้ยันกับผู้อื่นเพื่อการคุ้มครองหรือรักษาผลประโยชน์อันเป็นส่วนที่พึงได้ของบุคคลนั้นสิทธิหรือกฎหมายจึงเป็นเรื่องของการแบ่งขอบเขตหรือการแบ่งส่วนว่า ส่วนของใครก็เป็นของคนนั้นเมื่อเป็นส่วนของใครก็เป็นความชอบธรรมของคนนั้นที่จะใช้ส่วนภายในขอบเขตนั้นสิทธิจึงเป็นความชอบธรรมของคนนั้นที่จะใช้ส่วนนั้นภายในขอบเขตนั้นสิทธิจึงเป็นความชอบธรรมได้ของบุคคลนั้น สิทธิหรือกฎหมายจึงเป็นเรื่องของการแบ่งขอบเขตหรือการแบ่งส่วนว่า ส่วนของใครก็เป็นของคนนั้น เมื่อเป็นส่วนของใครก็เป็นความชอบธรรมของ

คนนั้นที่จะใช้ส่วนภายในขอบเขตนั้นสิทธิจึงเป็นความชอบธรรมของคนนั้นที่จะใช้ส่วนนั้นภายในขอบเขตนั้น สิทธิจึงเป็นความชอบธรรม⁹

นอกจากนี้ในตำราต่างประเทศยังพบว่า สิทธิเป็นแนวคิดในทางกฎหมาย (Legal Concept) และในความหมายตาม Black Law Dictionary ได้ให้ความหมายของคำว่า สิทธิ คืออำนาจการกระทำใด ๆ ภายใต้อำนาจกฎหมาย¹⁰ จะเห็นว่าการให้ความหมายของคำว่า “สิทธิ” อาจกล่าวอ้างได้ เพื่อมิให้กระทบต่อความชอบธรรมหรือประโยชน์ของบุคคลอื่น ๆ ที่อยู่ร่วมกันในสังคม และเราสามารถที่จะแยกพิจารณาเกี่ยวกับสิทธิได้ดังนี้ คือ

1) สิทธิจะต้องเป็นความชอบธรรมคือ ต้องถือว่าเป็นเรื่องของความถูกต้องสิทธิไม่ใช่เป็นเพียงอำนาจเท่านั้น แต่จะต้องมีส่วนของความถูกต้องในตัวของสิทธินั้น ๆ เองด้วย จึงจะถือว่าเป็นสิทธิได้ เว้นแต่ในบางกรณีที่เป็นข้อยกเว้นที่ไม่ถือว่าเป็นความชอบธรรม แต่มีกฎหมายยอมรับจึงสามารถใช้สิทธิที่ไม่ชอบนั้นได้ เช่น กรณีของการครอบครองทรัพย์สิน เป็นต้น

2) สิทธิจะต้องมีบุคคลเป็นผู้ถือสิทธิหรือที่เราเรียกว่าเป็น “ผู้ทรงสิทธิ” ซึ่งผู้ทรงสิทธิอาจเป็นได้ทั้งนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดา

3) สิทธินั้นจะต้องเป็นสิ่งที่ใช้ยันกับบุคคลอื่นได้ เพราะฉะนั้นจึงต้องมีบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งตรงข้ามกับผู้ถือสิทธิคือเป็นผู้มีหน้าที่หรือในบางกรณี สิทธิอาจไม่ได้ใช้ยันกับบุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยเฉพาะ เช่น สิทธิในเนื้อตัวร่างกายที่ถือเป็นสิทธิที่ใช้ยันกับบุคคลอื่นได้ทั่วโลกว่าใครจะมาละเมิดต่อสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของบุคคลนั้นไม่ได้

4) สิทธิจะต้องมีเนื้อหาที่จะต้องมีความที่เป็นประโยชน์ที่จะยืนยันคุ้มครองรักษา อาจเป็นผลประโยชน์ในทางทรัพย์สินหรือเป็นผลประโยชน์ในทางจิตใจ ซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่มีรูปร่างก็ได้เช่นกัน

⁹จาก คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่งภาคทั่วไป: ความรู้กฎหมายทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 11). โดย สมยศ เชื้อไทย, (2548). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2548, โดย สมยศ เชื้อไทย.

¹⁰From Black Law Dictionary (6th Edition). by H. Campbell. (1995). St.Paul: Minn:West Publishing.

จากที่กล่าวมาว่า “สิทธิ” คืออำนาจประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้นั้น Wesley Hohfeld เห็นว่าสิทธิมีหลายประเภทและได้แบ่งสิทธิออกเป็น 4 ประเภท¹¹ ดังนี้

1) สิทธิที่เป็นการเรียกร้อง (Claim-rights) สิทธินี้เกิดขึ้นเมื่อบุคคลหนึ่งสามารถให้อีกบุคคลหนึ่งกระทำการหรือไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดก็ได้ สิทธิประเภทนี้เป็นการอ้างสิทธิของบุคคลเหนืออีกฝ่ายหนึ่ง ดังนั้นสิทธิดังกล่าวนี้จึงมีขึ้นพร้อม ๆ กับหน้าที่

2) สิทธิที่เป็นสิทธิเสรีภาพ (Liberty-rights) สิทธิประเภทนี้คือเสรีภาพของบุคคลที่จะกระทำการใด ๆ ตามที่บุคคลพึงพอใจ สิทธินี้หาได้กล่าวอ้างต่อผู้ใดในขณะเดียวกันบุคคลนั้นก็หาได้มีหน้าที่ที่ต้องกระทำไม่

3) สิทธิที่เป็นอำนาจ (Power) เป็นสิทธิที่กฎหมายให้อำนาจในการตัดสินใจหรือเสรีภาพในเจตนาซึ่งอยู่ระหว่างสิทธิที่เป็นการเรียกร้องกับสิทธิในเสรีภาพ เช่น สิทธิในการเลือกตั้งเป็นสิทธิที่เราสามารถมีอำนาจในการตัดสินใจว่าจะเลือกบุคคลใดเข้ามาทำหน้าที่ในการบริหารประเทศเพื่อเป็นตัวแทนของเราซึ่งเป็นผู้เลือก

4) สิทธิที่เป็นความคุ้มกัน (Immunity) เป็นสิทธิในความคุ้มกันสิทธิประเภทต่างข้างต้นโดยที่จะไม่ถูกผู้อื่นละเมิด

จะเห็นว่าสิทธิเป็นสิ่งที่อยู่กับบุคคลและการที่บุคคลจะมีสิทธิต้องมีหน้าที่ด้วย มักพบว่าคำว่า “สิทธิ” อยู่คู่กับคำว่า “หน้าที่” กล่าวคือ การที่บุคคลมีสิทธิมีประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้แล้วบุคคลอีกคนหนึ่งหรืออีกหลายคนย่อมมีหน้าที่ปฏิบัติให้เป็นไปตามประโยชน์ที่ได้รับการรับรองให้นั้น ๆ แล้ว นอกจากนี้ คำว่า “สิทธิ” ยังมีคำที่มักใช้ใกล้เคียงกันและมีคำที่ใช้ อันเป็นคำที่มีความหมายสืบทอดกันมา จากคำว่าสิทธิ เช่นคำว่า “สิทธิธรรมชาติ” หรือ (Natural Rights) ที่หมายถึงสิ่งที่มีอยู่ในธรรมชาติเป็นความชอบธรรมที่มนุษย์พึงมี และจากการศึกษาพบว่า สิทธิธรรมชาตินี้มีหลักการอยู่บนความต้องการขั้นพื้นฐานของมนุษย์ ซึ่งความต้องการขั้นพื้นฐานของมนุษย์เหล่านี้ได้แก่ ความต้องการของมนุษย์ในการแสวงหาความมั่นคง ความปลอดภัยในชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน รวมถึงความต้องการที่จะดำรงชีวิตอยู่ในสังคมอย่างมีศักดิ์ศรีเท่าเทียม และเสมอภาคกัน อันได้ก่อให้เกิดความเชื่อ ความมุ่งหวัง อุดมการณ์ต่าง ๆ ว่า ความชอบธรรมขั้นพื้นฐานนั้นมีอยู่ตามธรรมชาติ และถือกำเนิดขึ้นพร้อมกับการเกิดของมนุษย์ ซึ่งหมายความว่า เมื่อมนุษย์

¹¹ From *Rights: Issues in Political Theory*, แปลโดย สุจินตนา กาวสิทธิ, สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, ปี 2555, น.56 by J. Peter. 1998 เจ้าของลิขสิทธิ์.

ทุกคนเกิดมาแล้ว ย่อมมีสิทธิติดตัวมาด้วยเช่นกัน¹² และเมื่อนุญช์มีสิทธิตามธรรมชาติที่ติดตัวมาแต่กำเนิดโดยสิทธิธรรมชาติดังกล่าวนี้คือ สิทธิและความชอบธรรมตามธรรมชาติ ดังเช่นสิทธิในเนื้อตัวร่างกายจิตใจ ฉะนั้นเมื่อสิ่งที่ติดตัวมนุษย์มาแต่กำเนิดหรือสิ่งที่เกิดขึ้นมาตามธรรมชาติของความเป็นมนุษย์ที่ย่อมมีความแตกต่างหลากหลายและมนุษย์ไม่สามารถที่จะเลือกที่จะเกิดได้นั้น แม้ว่าความแตกต่างหลากหลายนั้นจะต่างจากธรรมชาติโดยส่วนมาก แต่ก็ต้องถือว่าเป็นธรรมชาติที่เลือกไม่ได้

2.2 ความหมายและความเป็นมาของการตั้งครรภ์แทน

2.2.1 ความหมาย และความเป็นมาของการตั้งครรภ์แทน

เนื่องจากการตั้งครรภ์แทนเป็นคำใหม่ที่เพิ่งเกิดขึ้นในสังคมไทย และเป็นคำที่ยังมิได้มีการใช้แพร่หลายในวงสังคม นอกจากนี้ ยังมีได้มีการบัญญัติศัพท์อย่างเป็นทางการในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานแต่อย่างใด ดังนั้น จึงขึ้นอยู่กับผู้เรียกแต่ละคนว่า จะเรียกคำ ๆ นี้ว่าอย่างไร ซึ่งคำที่คนมักใช้เรียกกันบ่อย ๆ ก็ได้แก่ การตั้งครรภ์แทน การรับตั้งครรภ์แทนการรับจ้างตั้งครรภ์ ตั้งครรภ์แทนบางคนก็เรียกทับศัพท์เป็นภาษาอังกฤษว่า เซอร์โรเกต (Surrogate) เซอร์โรเกต มาร์เธอร์ (Surrogate Mother) เซอร์โรเกซี่ (Surrogacy) เป็นต้น แต่ไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไรก็ล้วนแล้วแต่มีความหมายในลักษณะที่ใกล้เคียงกันทั้งสิ้น ซึ่งพอจะประมวลความหมายของคำว่า การตั้งครรภ์แทนได้ดังนี้¹³

ความหมายของ “เซอร์โรเกต” (Surrogate) ตามรูปแบบของคำศัพท์ใน Webster's Encyclopedic Unabridged Dictionary of the English Language อธิบายได้ว่า “เซอร์โรเกต” (Surrogate) คือ บุคคลหรือสิ่งของ ซึ่งกระทำหรือถูกใช้แทนผู้อื่นหรือแทนสิ่งอื่น “รัชชานิ” (Rassaby) ให้นิยามว่า “ตัวแทน” หรือ “เซอร์โรเกต” มีความหมายไม่มากไปกว่า “การแทนที่” ดังนั้น “หญิงรับตั้งครรภ์” คือ มารดาแทน บุคคลซึ่งตกลงรับตั้งครรภ์เพื่อผู้อื่นเพื่อการเงินหรือความเห็นอกเห็นใจ โมกิชชิ (Moghissi) ให้ความหมายว่า “เซอร์โรเกต” คือหญิงที่มีสุขภาพร่างกายสมบูรณ์และอยู่ในวัยเจริญพันธุ์ ตกลงยินยอม

¹²จาก สิทธิมนุษยชน. โดย อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์, 2548, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน. ลิขสิทธิ์ 2548 โดย อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์.

¹³From Scientific Knowledge and Legislative Drafting: Focus on Surrogacy Laws. by G. E. Garzone, 2018, *Lingue Culture Mediazioni-Languages Cultures Mediation (LCM Journal)*, 5(1), 9-36. by G. E. Garzone.

ตั้งครรภ์ให้แก่คู่สมรสที่มีบุตรยาก โดยมีข้อตกลงว่าจะส่งมอบทารกให้กับคู่สมรสนั้นทันทีที่ทารกเกิด ไม่ว่าจะโดยการยกทารกให้เป็นบุตรบุญธรรมหรือโดยการสละสิทธิและหน้าที่ในการเป็นมารดา¹⁴

การตั้งครรภ์แทนอาจจะมีการให้ค่าตอบแทน (สินจ้าง) หรือไม่ให้ค่าตอบแทนก็ได้ ถ้ามีการให้ค่าตอบแทน แอนเดอร์สัน (Anderson) ให้ความหมายในกรณีของหญิงรับตั้งครรภ์เพื่อสินจ้างว่าเป็นผู้ซึ่งยอมรับเงินในการตั้งครรภ์ให้แก่ผู้อื่น และสละสิทธิความเป็นมารดาเพื่อผู้อื่นนั้น จะได้เลี้ยงดูเด็กเสมือนเป็นบุตรของตนเอง คณะกรรมการวอลล์เลอร์ (Waller Committee) แห่งประเทศออสเตรเลียให้คำนิยามการตั้งครรภ์แทนโดยการใช้วิธีการทำเด็กหลอดแก้ว ดังนี้

“หญิงรับตั้งครรภ์” นำไปใช้กับวิธีการซึ่งหญิงผู้หนึ่งตกลงที่จะตั้งครรภ์แทนหญิงอื่นโดยมีความตั้งใจที่จะส่งเด็กให้กับหญิงอื่นนั้นโดยทันทีหรือเร็วที่สุดภายหลังที่เด็กเกิด

“การตั้งครรภ์แทน” คือ การที่หญิงคนหนึ่งตกลงที่จะอุ้มท้องหรือตั้งครรภ์แทนบุคคลอีกคนหนึ่ง

นายแพทย์สมชัย โกวิทเจริญกุล กรรมการผู้จัดการศูนย์การแพทย์นวัตกรให้คำนิยามของการตั้งครรภ์แทนว่า “การตั้งครรภ์แทน”¹⁵ หมายถึง การนำลูกหรือตัวอ่อนไปฝากไว้ในมดลูกของหญิงอีกคนหนึ่ง โดยนำไข่ของแม่และอสุจิของพ่อผสมกันเก็บไว้ในหลอดแก้ว หรือเรียกว่า จานเพาะเลี้ยง ฟักในตู้อบ (Incubator) ในอุณหภูมิพอเหมาะเหมือนอยู่ในร่างกายมนุษย์ คือมีอากาศสภาพแวดล้อมแบบในท้องแม่ หลังจากนั้น 48 ชั่วโมงจึงเลือกตัวอ่อนที่สมบูรณ์ที่สุด 2-3 ตัวส่งกลับไปยังหญิงอีกคนหนึ่งให้ตั้งครรภ์แทน

Oxford Advanced Learner's Dictionary ได้ให้คำนิยามของคำว่า Surrogate ไว้ว่า “Surrogate” คือการให้กำเนิดทารกเพื่อหญิงอีกคนหนึ่งที่ไม่สามารถมีทารกได้ด้วยตัวหญิงผู้นั้นเอง

¹⁴From Phenotypic variations in transferred progeny due to genotype of M. V., surrogate mother. by L. A. Gerlinskaya, E. A. Litvinova, G. V. Kontsevaya, N. A. Feofanova, K. M. Achasova, Anisimova, & M. P. Moshkin, 2019, *MHR: Basic science of reproductive medicine*, 25(2), 88-99 by L. A. Gerlinskaya, E. A. Litvinova, G. V. Kontsevaya, N. A. Feofanova, K. M. Achasova, Anisimova, & M. P. Moshkin.

¹⁵ จาก *อุ้มบุญให้เกิด หนทางของผู้มีลูกยาก*. โดย สมชัย โกวิทเจริญกุล, กรุงเทพฯ: 2537 (9 ตุลาคม 2565). ลิขสิทธิ์ โดย สมชัย โกวิทเจริญกุล เจ้าของลิขสิทธิ์.

Oxford Advanced Learner's Dictionary ได้ให้นิยามของคำว่า Surrogate Mother ไว้ว่า “Surrogate Mother” คือหญิงที่ให้กำเนิดทารกเพื่อหญิงอีกคนหนึ่งที่ไม่สามารถมีทารกได้ด้วยตัวของหญิงผู้นั้นเอง”

พระราชบัญญัติการจัดการรับตั้งครรภ์แทน พ.ศ. 2558¹⁶ (Surrogacy Arrangement Act 1985) ของประเทศอังกฤษได้ให้นิยามไว้ว่า มารดาที่รับตั้งครรภ์แทน (Surrogate Mother) หมายถึง ผู้หญิงที่ตั้งครรภ์เนื่องมาจากการจัดการที่ถูกทำขึ้นก่อนหญิงนั้นจะเริ่มตั้งครรภ์และทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในการส่งมอบเด็กที่อยู่ในครรภ์และมอบอำนาจปกครองให้บุคคลอีกคนหนึ่งหรือโดยบุคคลอื่น

จากที่กล่าวมาทั้งหมดพอจะสรุปได้ว่า การตั้งครรภ์แทนคือ การที่หญิงคนหนึ่งที่สามารถตั้งครรภ์ได้ ตกลงรับตั้งครรภ์ให้แก่คู่สมรสที่มีบุตรยาก (โดยใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์เข้ามาช่วยเหลือ) และตกลงยินยอมที่จะส่งมอบเด็กให้กับคู่สมรสนั้นทันทีที่เด็กเกิดหรือเร็วที่สุด ภายหลังที่เด็กเกิดเพื่อที่คู่สมรสนั้นจะได้เลี้ยงดูเด็กฐานะเป็นบุตรของตนเองต่อไป ทั้งนี้ไม่ว่า การตกลงรับตั้งครรภ์แทนนั้นจะกระทำโดยความเห็นอกเห็นใจต้องการช่วยเหลือเพื่อนมนุษย์ โดยไม่หวังสินจ้างหรือกระทำโดยหวังสินจ้างหรือค่าตอบแทนใดๆ ก็ตาม¹⁷

จากนิยามศัพท์ข้างต้นจะเห็นได้ว่าหลักการที่สำคัญของการตั้งครรภ์แทนมี 3 ประการ คือ การตั้งครรภ์แทนจะต้องเป็นการนำตัวอ่อนที่เกิดจากการปฏิสนธิภายนอกในร่างกาย โดยใช้ตัวอสุจิของสามีและไข่ของภริยามาผสมกันแล้วนำตัวอ่อนนั้นไปใส่ในโพรงมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน โดยมีแพทย์และนักวิทยาศาสตร์เป็นผู้ปฏิบัติการ บุตรที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนี้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะต้องมีเจตนาขอให้บุตรของคู่สมรสที่มีบุตรยากที่ขอให้ตั้งครรภ์แทน ถ้าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีเจตนาตั้งแต่แรกว่าจะเลี้ยงดูบุตรของตนเองต่อไป โดยไม่ยกให้เป็นบุตรของคู่สมรสที่มีบุตรยากนั้นก็ไม่ใช่เป็นการตั้งครรภ์แทนคู่สมรสที่มีบุตรยากนั้นจะต้องมีส่วนได้เสียในบุตรดังกล่าว เช่น เป็นเจ้าของเชื้ออสุจิหรือเจ้าของไข่ที่ให้กำเนิดบุตร

¹⁶ จาก พระราชบัญญัติการจัดการรับตั้งครรภ์แทน พ.ศ. 2558. โดย ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 132 ตอนที่ 38 ก หน้า 1-12 ประกาศใช้ 1 พฤษภาคม 2558 สืบค้นจาก https://hss.moph.go.th/fileupload_doc/2015-10-19-15662082.pdf

¹⁷ From Interaction between Surrogate Mother and Intended Mother: Sociological Aspects in Surrogacy. by R. Silvern & S. Cojocaru, 2022. *Revista de Cercetare si Interventie Sociala*, 77, 89-105, DOI: 10.33788/rcis.77.6 by R. Silvern & S. Cojocaru.

2.2.2 ความเป็นมาของการตั้งครรภ์แทน

อันที่จริงแล้ว การตั้งครรภ์แทนไม่ใช่เป็นสิ่งที่แปลกใหม่แต่อย่างใด ปรากฏการณ์การตั้งครรภ์แทนนี้มีมาแต่โบราณกาล ดังที่ปรากฏในคัมภีร์ไบเบิลภาคพันธสัญญาเดิมที่กล่าวว่า นางซาร่าห์ (Sarah) ภริยาของอับราฮัม (Abraham) ไม่สามารถมีบุตรให้กับอับราฮัมได้ นางจึงแนะนำให้ อับราฮัมมีบุตรกับสาวใช้ที่ชื่อ ฮาการ์ (Hagar) ซึ่งต่อมาฮาการ์ก็ได้คลอดลูกชายชื่ออิสมาเอล (Ishmael) ให้กับอับราฮัมจากบันทึกในคัมภีร์ดังกล่าวนี้จะเห็นได้ว่าการตั้งครรภ์แทนตามแนวความคิดเดิมก็คือ การให้หญิงอื่นที่ไม่ใช่ภริยาของตนมีเพศสัมพันธ์โดยตรง (มีการร่วมประเวณี) กับสามีเพื่อกำเนิดบุตร (โดยวิธีธรรมชาติ) ซึ่งการกระทำดังกล่าว เปรียบเสมือนกับการมีผู้หรือมีภริยาน้อยนั่นเอง ซึ่งสังคมไทยยังไม่ยอมรับ เนื่องจากลักษณะครอบครัวที่ยอมให้สามีมีภริยาได้หลายคนในขณะเดียวกันถือว่าเป็นเรื่องที่ผิดศีลธรรม และอาจนำไปสู่การแตกแยกภายในครอบครัวได้ อย่างไรก็ตาม เมื่อต่อมาเทคโนโลยีทางการแพทย์ได้เจริญก้าวหน้าขึ้นจนถึงขนาดที่แพทย์สามารถดูแลไข่ของภริยามาผสมกับอสุจิของสามีแล้วนำตัวอ่อนที่เกิดจากการปฏิสนธินั้นใส่กลับเข้าไปในมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ความหมายของการตั้งครรภ์แทนในปัจจุบันจึงเปลี่ยนแปลงไป กล่าวคือการตั้งครรภ์แทนตามแนวคิดปัจจุบันในความเข้าใจของบุคคลทั่ว ๆ ไปก็คือ การที่ให้หญิงอื่นที่มีใช้ภริยาของตนมาตั้งครรภ์แทนคู่สมรสที่ไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ด้วยตนเอง โดยอาศัยเทคโนโลยีทางการแพทย์เข้ามาช่วยเหลือ เช่น การใช้กระบวนการปฏิสนธิภายนอกหรือการทำเด็กหลอดแก้ว ซึ่งความหมายของการตั้งครรภ์แทนในวิจัยฉบับนี้ คือ ความหมายของการตั้งครรภ์แทนตามแนวความคิดใหม่ ซึ่งได้อธิบายนิยามศัพท์ไว้ในหัวข้อข้างต้นแล้ว¹⁸

การตั้งครรภ์แทนโดยอาศัยเทคโนโลยีทางการแพทย์เข้ามาช่วยเหลือเกิดขึ้นครั้งแรกเมื่อใดไม่ปรากฏหลักฐานแน่ชัด แต่ประมาณว่าเกือบ 20 ปีแล้ว เพราะได้เริ่มมีการกล่าวถึงการตั้งครรภ์แทนอย่างเปิดเผยเมื่อประมาณปี พ.ศ. 2521 สำหรับประเทศไทยคาดว่า วงการแพทย์ได้รับเอาเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในลักษณะให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนไม่น้อยกว่า 4-5 ปี โดยเริ่มที่โรงพยาบาลจุฬาลงกรณ์ ประมาณปี พ.ศ. 2534 ได้ เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนมากกว่า 5 ราย นอกจากนี้มีรายงานข่าวเมื่อปี พ.ศ. 2534 ว่าดาราสาวผู้หนึ่งได้รับตั้งครรภ์ให้กับพี่สะใภ้ของสามีโดยใช้เชื้ออสุจิของพี่ชายสามีและไข่ของพี่สะใภ้สามีผสมกันในหลอดทดลองแล้วย้ายตัวอ่อนมาใส่ในมดลูก

¹⁸ From Surrogacy. by R. M. Patrizio & P. Patrizio, 2022, In *Female and Male Fertility Preservation* (pp. 331-339). Springer, Cham. by R. M. Patrizio & P. Patrizio.

ของคาราสาวผู้นั้น เมื่อเด็กคลอดก็ยกเด็กให้เป็นบุตรบุญธรรมของพี่ชายและพี่สะใภ้ของสามีและเป็นที่คาดว่า การตั้งครรภ์แทนจะได้รับความนิยมมากขึ้นเรื่อย ๆ อย่างไรก็ตาม กฎหมายไทยยังไม่ได้มีบทบัญญัติรับรองเกี่ยวกับเรื่องนี้โดยตรง การตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้นแพร่หลายมากในประเทศสหรัฐอเมริกาโดยการตั้งครรภ์แทนดังกล่าวได้ก่อตั้งขึ้นมาในลักษณะมีหน่วยงานบริหารจัดการอันได้แก่ คลินิกต่าง ๆ ในประเทศ โดยมีนายแพทย์ริชาร์ด เลวิน เป็นผู้อำนวยการบริษัทผลิตบุตรจำกัด ในเมืองหลุยส์วิลล์ (Louisville) ประมาณว่าอย่างน้อย ๆ จะมีเด็ก 100 คนต่อปี ที่เกิดจากการมารับตั้งครรภ์แทน ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1979 เป็นต้นมา นอกจากนี้ตามสถิติของศูนย์สถิติสาธารณสุขแห่งชาติ (National Center for Health Statistics) รายงานเมื่อปี พ.ศ. 2526 ว่า ในประเทศสหรัฐอเมริกามีหญิงที่ไม่อาจตั้งครรภ์ได้ 4.3 ล้านคน และอย่างน้อยที่สุด หญิงจำนวน 2 ล้านคน ประสงค์ที่จะมีบุตร มีผู้ประมาณไว้ว่า คู่สมรสซึ่งมีบุตรไม่ได้จำนวน 500,000 คู่ ได้แสวงหาความช่วยเหลือ โดยวิธีการตั้งครรภ์

สำหรับประเทศไทยมีการตั้งครรภ์แทนในลักษณะที่ทำกันในเครือญาติด้วยกันเอง คือ พี่สาวตั้งครรภ์แทนน้องสาวหรือน้องสาวตั้งครรภ์แทนพี่สาว เป็นต้น โดยทำกันอย่างไม่เป็นทางการและไม่มีการเปิดเผยอย่างแน่ชัด (มีเปิดเผยเป็นทางการเพียงรายเดียวคือ กรณีของคาราสาวรับตั้งครรภ์แทนพี่สะใภ้สามี) ซึ่งในปัจจุบันมีคลินิกเอกชนและโรงพยาบาลหลายแห่ง อาทิเช่น โรงพยาบาลจุฬาลงกรณ์ โรงพยาบาลศิริราช โรงพยาบาลตำรวจ ฯลฯ ให้บริการทางด้านนี้ โดยผู้รับบริการจะต้องเสียค่าใช้จ่ายเฉพาะทางด้านการแพทย์ประมาณ 20,000-30,000 บาทต่อหนึ่งรอบการรักษา ซึ่งถ้าหากการรักษาครั้งแรกไม่ประสบความสำเร็จก็ต้องมีการรักษาในครั้งต่อไปอีก ทำให้ค่าใช้จ่ายในส่วนที่ต้องเพิ่มขึ้นด้วย ถึงแม้ว่าค่าใช้จ่ายในการตั้งครรภ์แทนจะมากเพียงใดก็ตาม ก็หาได้เป็นอุปสรรคที่จะขัดขวางคู่สมรสที่มีบุตรยากไม่ ทั้งนี้เพราะการตั้งครรภ์แทนถือเป็นทางเลือกเดียวที่ทำให้คู่สมรสที่ไม่มีบุตรเพราะภริยาไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ สามารถมีบุตรที่มีความเกี่ยวพันทางพันธุกรรมกับตนได้¹⁹

¹⁹From “Non-commercial surrogacy in Thailand: Ethical, legal, and social implications in local and global contexts.” by Y. Hibino, 2020, *Asian Bioethics Review*, 12(2), 135-147. by Y. Hibino.

2.3 การค้ามนุษย์กับการตั้งครุฑแทน

คำว่า “การค้ามนุษย์” หรือ Human Trafficking นั้นมีคำจำกัดความที่แตกต่างกันออกไปซึ่งตามมาตรา 3 แห่งพิธีสารว่าด้วยการป้องกันปราบปรามและลงโทษการค้ามนุษย์ โดยเฉพาะสตรีและเด็ก เพิ่มเติมอนุสัญญาแห่งองค์การสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์การ (Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime) ได้ให้ความหมายของคำว่า “การค้ามนุษย์” ไว้ว่า “การค้ามนุษย์”²⁰ หมายถึง การจัดหา การขนส่ง การส่งต่อ การจัดให้อยู่อาศัยหรือรับไว้ซึ่งตัวบุคคล ด้วยวิธีการข่มขู่หรือด้วยการใช้กำลังหรือด้วยการบังคับในรูปแบบอื่นใดด้วยการลักพาตัว การฉ้อโกง หลอกลวง ใช้อำนาจที่เหนือกว่า หรือการใช้สถานะความอ่อนแอต่อภัยของบุคคลหรือมีการให้หรือรับเงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่นเพื่อให้ได้ความยินยอมของบุคคลหนึ่งที่มีอำนาจควบคุมบุคคลอีกคนหนึ่งเพื่อความมุ่งประสงค์ในการแสวงหาประโยชน์ ซึ่งการแสวงหาประโยชน์หมายความว่า การแสวงหาประโยชน์จากการค้าประเวณี หรือการแสวงหาประโยชน์ทางเพศในรูปแบบอื่น การบังคับใช้แรงงานหรือบริการ การเอาคนลงเป็นทาสหรือการกระทำอื่นเสมือนการเอาคนลงเป็นทาส การทำให้ตกอยู่ใต้บังคับหรือการดักอวัยวะออกจากร่างกายโดยไม่จำเป็นต้องนำความยินยอมของผู้ตกเป็นเหยื่อจากการค้ามนุษย์มาพิจารณา

ส่วนการจัดหา การขนส่ง การส่งต่อ การจัดให้อยู่อาศัยหรือการรับไว้ซึ่งตัวเด็ก สำหรับวัตถุประสงค์ในเรื่องของการแสวงหาประโยชน์ก็จะถือว่าเป็นการค้ามนุษย์ แม้ว่าจะไม่ได้มีการใช้วิธีการตามที่ระบุข้างต้นก็ตาม ซึ่งเด็กตามความหมายในพิธีสารนี้หมายถึงบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี

สำหรับพิธีสารว่าด้วยการป้องกันปราบปรามและลงโทษ การค้ามนุษย์โดยเฉพาะสตรีและเด็กนั้นมิมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อป้องกันและต่อต้านการค้ามนุษย์ โดยให้ความสำคัญสตรีและเด็กเป็นอย่างมาก โดยพิธีสารฯ นี้ได้กำหนดให้การค้ามนุษย์เป็นความผิดทางอาญาและกำหนดมาตรการเพื่อคุ้มครองและช่วยเหลือผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์ เช่น การพิจารณาคดีลับหรือการจัด

²⁰From “Legal and ethical aspects beyond commercial surrogacy: Modern form of human trafficking.”

by F. M. Abdullah, 2019, *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, 22(2), 1-7, by F. M. Abdullah.

ให้มีการฟื้นฟูทางกายภาพ ทางจิตใจ และทางสังคม และการกำหนดความร่วมมือในการส่งกลับเหยื่อจากการค้ามนุษย์ไปยังประเทศต้นทางอีกด้วย²¹

นอกจากนี้ พันธมิตรทั่วโลกด้านการค้าหญิง (GAATW) ได้ให้ความหมายของการค้ามนุษย์ไว้ว่า “การค้ามนุษย์” หมายถึง การกระทำและความพยายามใด ๆ ที่เป็นการจัดหา ขนส่ง ลำเลียง ภายในหรือข้ามพรมแดนการซื้อขายการส่งต่อหรือการรับหรือกักขังหญิงหนึ่งบุคคลด้วยการล่อลวง การบังคับ รวมทั้งการใช้การขู่ที่จะใช้กำลังหรือใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบหรือการผูกมัดด้วยภาระหนี้สินเพื่อกักขังหญิงหนึ่งบุคคลนั้นให้ตกอยู่ภาวะจำยอม เช่น ในรูปแบบของงานรับใช้ในบ้าน งานบริการทางเพศ หรืองานบริการการเจริญพันธุ์ไม่ว่าจะมีหรือไม่มีค่าจ้างก็ตาม เพื่อบังคับใช้แรงงานหรือเป็นแรงงานติดหนี้สินหรือทำให้ตกอยู่ในสภาพทำงานเยี่ยงทาสในชุมชนอื่นที่มีอิทธิพลอำนาจที่บุคคลนั้นอาศัยอยู่ในขณะที่เกิดการล่อลวง บังคับ หรือมีหนี้สินผูกมัดขึ้น

ทางด้านองค์การระหว่างประเทศเพื่อการโยกย้ายถิ่นฐาน (International Organization for Migration: IOM) ยังได้กำหนดคำนิยามของคำว่าการค้ามนุษย์ เมื่อ พ.ศ. 2542 โดยพิจารณาว่า การค้ามนุษย์นั้นจะเกิดขึ้นเมื่อผู้ย้ายถิ่นได้รับการจ้างงานอย่างผิดกฎหมาย เช่น การถูกจัดหาถูกลักพา ถูกขาย หรือถูกเคลื่อนย้าย ไม่ว่าจะภายในประเทศหรือข้ามพรมแดนระหว่างประเทศ ซึ่งในระหว่างส่วนใดส่วนหนึ่งของกระบวนการนี้ตัวกลาง (นักค้ามนุษย์) ได้รับผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจหรือผลประโยชน์อื่น โดยการใช้อุบายหลอกลวง บังคับหรือการแสวงหาประโยชน์ในรูปแบบอื่นภายใต้เงื่อนไข ซึ่งละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ย้ายถิ่น

สำหรับในประเทศไทยนั้นคำนิยามของคำว่า “การค้ามนุษย์” ตามพิธีสารว่าด้วยการป้องกันปราบปรามและลงโทษการค้ามนุษย์ โดยเฉพาะสตรีและเด็ก เพิ่มเติมอนุสัญญาแห่งองค์การสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติที่จัดตั้งในลักษณะองค์กรได้ถูกนำมาใช้เป็นบรรทัดฐานในการกำหนดองค์ประกอบของความผิดฐานค้ามนุษย์ ตามที่ปรากฏในกฎหมายหรือมาตรการของประเทศไทยอีกด้วย เช่น ตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์

²¹From “Why Is India's Ban on Commercial Surrogacy Bad for Women.” by S. Rudrappa, 2018, *NCJ Int'l L.*, 43(1), 70-81, by S. Rudrappa.

พ.ศ. 2551 ได้บัญญัติไว้ว่า “ผู้ใดเพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้²²

1) เป็นธุระจัดหา ชื่อ ขาย จำหน่าย พามาจากหรือส่งไปยังที่ใดหนึ่งแห่งยักกะง จัดให้อยู่อาศัยหรือรับไว้ซึ่งบุคคลใดโดยข่มขู่ ใช้กำลังบังคับ ลักพาตัว ท้อหลหลอกลวง ใช้อำนาจโดยมิชอบ หรือโดยให้เงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่นแก่ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลบุคคลนั้นเพื่อให้ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลให้ความยินยอมแก่ผู้กระทำความผิดในการแสวงหาประโยชน์จากบุคคลที่ตนดูแลหรือ

2) เป็นธุระจัดหา ชื่อ ขาย จำหน่าย พามาจากหรือส่งไปยังที่ใดหนึ่งแห่งยักกะง จัดให้อยู่อาศัยหรือรับไว้ซึ่งเด็กผู้นั้นกระทำความผิดฐานค้ามนุษย์”

ซึ่งคำว่า “การแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ” ตามพระราชบัญญัตินี้หมายความว่า การแสวงหาประโยชน์จากการค้าประเวณีการผลิตหรือเผยแพร่วัตถุหรือสื่อลามก การแสวงหาประโยชน์ทางเพศในรูปแบบอื่นการเอาคนลงเป็นทาส การนำคนมาขอทานการบังคับใช้แรงงานหรือบริการ การบังคับดัดอวัยวะเพื่อการค้าหรือการอื่นใดที่คล้ายคลึงกันอันเป็นการขูดรีดบุคคลไม่ว่าบุคคลนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม²³

ในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 นั้นได้กำหนดให้ การค้ามนุษย์เป็นฐานความผิดในตัวเองต่างหาก จากเดิมที่จะอาศัยฐานความผิดในเรื่องเพศต่าง ๆ ในประมวลกฎหมายอาญา มาใช้บังคับเพื่อดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิด นอกจากนี้ ยังได้ให้ความหมายของการค้ามนุษย์ให้ครอบคลุมไปถึงบุคคลทุกคนโดยไม่จำกัดเพศหรืออายุและไม่จำกัดเพียงเฉพาะการแสวงหาประโยชน์ทางเพศเพียงอย่างเดียวเท่านั้น ดังนั้น เมื่อพิจารณาความหมายของการค้ามนุษย์ดังกล่าวข้างต้นแล้ว สามารถแยกองค์ประกอบความผิดฐานค้ามนุษย์ได้ดังต่อไปนี้

1) องค์ประกอบด้านการกระทำ

การกระทำที่อาจเข้าข่ายเป็นความผิดฐานค้ามนุษย์นั้นจะเป็นการกระทำในลักษณะของการเป็นธุระจัดหา ชื่อ ขาย จำหน่าย พามาจากหรือส่งไปยังที่ใดหนึ่งแห่งยักกะง จัดให้อยู่อาศัยหรือรับไว้ซึ่งบุคคลใด

²²From Y. Hibino, (2020). referred to in footnote 18

²³From “Cross-Border Surrogate Motherhood from a Criminal Law Perspective.” by R. Erba, 2019, *Fiat Iustitia*, 2(1), 27-43, by R. Erba.

2) องค์ประกอบด้านวิธีการ

องค์ประกอบด้านวิธีการนั้นเป็นการใช้วิธีการอันต้องห้ามตามกฎหมายได้แก่ การข่มขู่ ใช้กำลังบังคับ ลักพาตัว น้อฉลุลอกหลวง ใช้อำนาจโดยมิชอบหรือโดยให้เงินหรือผลประโยชน์ อย่างอื่นแก่ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลบุคคลนั้น เพื่อให้ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลให้ความยินยอมแก่ผู้กระทำความผิดในการแสวงหาประโยชน์จากบุคคลที่ตนดูแล

3) องค์ประกอบด้านวัตถุประสงค์หรือเจตนาพิเศษ

การกระทำนั้นจะต้องมีเจตนาเพื่อแสวงหาประโยชน์อันมิชอบ ได้แก่ การค้าประเวณี การผลิตหรือเผยแพร่วัตถุหรือสื่อลามก การแสวงหาประโยชน์ทางเพศในรูปแบบอื่น การเอาคนลงเป็นทาส การนำคนมาข่มขืน การบังคับใช้แรงงานหรือบริการ การบังคับตัดอวัยวะเพื่อการค้าหรือการอื่นใดที่คล้ายคลึงกันอันเป็นการขูดรีดบุคคลไม่ว่าบุคคลนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม

การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานค้ามนุษย์ได้นั้นจะต้องมีองค์ประกอบ ครบทั้ง 3 ประการ ดังกล่าว หากขาดองค์ประกอบข้อหนึ่งข้อใดก็จะไม่เป็นความผิดฐานค้ามนุษย์ เว้นแต่ในกรณี การกระทำนั้นเป็นการกระทำต่อเด็กซึ่งหมายถึงบุคคลผู้มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดฐานค้ามนุษย์ แม้จะได้กระทำลงโดยไม่มีการใช้วิธีการอันต้องห้ามตามกฎหมาย ตามองค์ประกอบข้อที่ 2 ข้างต้น ทั้งนี้การกระทำดังกล่าวจะต้องครบองค์ประกอบ ตามโครงสร้าง ความรับผิดในทางอาญาด้วย กล่าวคือ การพิจารณาว่าบุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาหรือไม่นั้น ประการแรกต้องดูว่าการกระทำของบุคคลนั้นครบ “องค์ประกอบ” ตามที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ ซึ่งองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ประกอบด้วย²⁴

1) มีการกระทำ

ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 ได้กำหนดไว้ว่า “บุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญา ก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา เว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาทในกรณีที่ถูกกฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดเมื่อได้กระทำโดยประมาทหรือเว้นแต่ในกรณีที่ถูกกฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดให้ต้องรับผิดแม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนา”

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การกระทำ (Action) หมายถึง การเคลื่อนไหวร่างกายหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกาย โดยรู้สำนึกซึ่งคำว่า “รู้สำนึก” หมายถึง การเคลื่อนไหวของร่างกายนั้นต้องอยู่ภายใต้บังคับของจิตใจ (Under the Force of Mind) อันได้แก่ มีความคิดที่จะ

²⁴From “Surrogacy and Procreative Tourism”. by V. Piersanti, F. Consalvo, F. Signore, Del A. Rio & S. Zaami, 2021, What Does the Future Hold from the Ethical and Legal Perspectives?. by V. Piersanti, F. Consalvo, F. Signore, Del A. Rio & S. Zaami, 2021, *Medicina*, 57(1), 47-57, by V. Piersanti, F. Consalvo, F. Signore, Del A. Rio & S. Zaami.

กระทำ มีการตกลงใจที่จะกระทำตามที่คิดไว้ ได้กระทำไป (เคลื่อนไหวร่างกายหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกาย) ตามที่ได้ตกลงใจอันสืบเนื่องมาจากความคิด

2) การกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายนอกของความผิดเรื่องนั้น ๆ

องค์ประกอบภายนอก หมายถึง สิ่งที่อยู่ภายนอก ซึ่งสามารถมองเห็นหรือสัมผัสได้ ซึ่งการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นองค์ประกอบภายนอกของกฎหมายต้องพิจารณาเป็นรายมาตราไป โดยส่วนใหญ่แล้วองค์ประกอบภายนอกของกฎหมายอาญามีอยู่ด้วยกัน 3 ส่วนคือ

ก. ผู้กระทำ หมายถึง ผู้ที่จะต้องรับผิดชอบในทางอาญาซึ่งตามกฎหมายไทยมิได้ที่แต่กับบุคคลเท่านั้นทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล (ในบางกรณี)

ข. การกระทำ หมายถึง การเคลื่อนไหวร่างกายหรือการไม่เคลื่อนไหวร่างกาย ซึ่งเป็นการกระทำถึงขั้นที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด

ค. วัตถุแห่งการกระทำ หมายถึง สิ่งที่ผู้กระทำมุ่งที่จะกระทำต่อ

3) การกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายในของความผิดเรื่องนั้น ๆ

เมื่อพิจารณาการกระทำตามโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา เมื่อการกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายนอกแล้ว กล่าวคือ มีผู้กระทำการกระทำและวัตถุแห่งการกระทำแล้ว สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไป คือ การกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายในของความผิดในเรื่องนั้น ๆ หรือไม่ โดยองค์ประกอบภายในนั้นเป็นสิ่งที่ไม่สามารถมองเห็นได้จากภายนอก เพราะเป็นส่วนที่อยู่ในจิตใจของผู้กระทำซึ่งสามารถพิจารณาส่วนที่อยู่ในจิตใจนี้ได้ จากการกระทำโดยหลักการที่ว่า “กรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา” ซึ่งความผิดอาญาแต่ละฐานความผิดล้วนต้องมียุติปัจจัยประกอบภายในเว้นแต่ความผิดที่เป็นความรับผิดชอบเด็ดขาดอาจต้องรับผิดชอบแม้ไม่เจตนาและประมาท

4) ผลของการกระทำสัมพันธ์กับการกระทำนั้น ๆ

เมื่อมีการกระทำซึ่งครบองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในแล้ว สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อมา คือ การกระทำซึ่งครบเจตนาตามที่กล่าวมาแล้วนั้น ผลที่เกิดขึ้นมีความสัมพันธ์กับการกระทำหรือไม่ หากการกระทำใดครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้วต้องพิจารณาต่อไปว่า การกระทำมีกฎหมายยกเว้นความผิดหรือไม่ หากไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิดต้องพิจารณาต่อไปว่า มีกฎหมายยกเว้นโทษหรือไม่ เมื่อไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ หมายความว่าบุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบในทางอาญา

การคำนวณนั้นได้เกิดขึ้นในสังคมมนุษย์มาช้านานแล้ว ดังจะเห็นได้จากการใช้ระบบทาส ซึ่งเป็นระบบที่ใช้มาตั้งแต่สมัยอดีตกาล ทาสนั้นเปรียบเสมือนเป็นสิ่งที่สามารถจะนำไปใช้ในการซื้อขายทางการค้าให้เป็นของขวัญหรือนำไปชดใช้แทนหนี้สินของเจ้านายได้ ซึ่งจุดเริ่มต้น

ของทาสนั้นเริ่มมีมาตั้งแต่เมื่อ 10,000 ปีก่อนในยุคก่อนประวัติศาสตร์ สมัยที่มนุษย์เปลี่ยนแปลงจากยุคแห่งการล่าสัตว์ที่ใช้ชีวิตอย่างเร่ร่อนยังไม่มีที่อยู่รวมเป็นชุมชนเข้ามาสู่ยุคเกษตรกรรมเริ่มมีการสร้างบ้านเรือนทำการเกษตรและอาศัยอยู่รวมกันเป็นชุมชนอย่างเป็นทางการ²⁵

เมื่อมนุษย์อาศัยอยู่รวมกันและปรับปรุงวิธีการเพาะปลูกแล้ว ทุกคนก็ไม่จำเป็นต้องลงมือทำทั้งหมดเพื่อที่จะให้ได้ผลผลิตและอาหารมาเลี้ยงดูให้ทั่วถึงซึ่งนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญในการดำรงชีวิตของมนุษย์ซึ่งมนุษย์แต่ละคนจะมีลักษณะและความสามารถเฉพาะด้านไม่เหมือนกันจึงทำให้เกิดการแบ่งหน้าที่การทำงานให้แก่สมาชิกในชุมชนโดยอาจแบ่งตามเพศ กล่าวคือ ผู้ชายจะทำงานด้านการเกษตร เช่น ปลูกผัก ทำไร่ หรือล่าสัตว์หาอาหาร ส่วนผู้หญิงก็จะทำงานบ้าน อาทิเช่น ทำอาหาร ทอผ้า ตัดเย็บเสื้อผ้า เลี้ยงดูบุตรหลาน เป็นต้น หรือการแบ่งตามความสามารถของแต่ละคน เช่น คนที่ถนัดสร้างเครื่องมือและอาวุธก็จะทำงานในด้านนั้นแล้วนำผลงานไปแลกกับอาหารและสิ่งของอื่น ๆ ที่ตนต้องการ นอกจากนี้ก็เริ่มมีพ่อค้าและการค้า เพื่อดำเนินการซื้อสินค้าจากเกษตรกรหรือช่างฝีมือแล้วนำไปให้กับผู้ที่ต้องการซึ่งเพิ่มพูนความสำคัญมากขึ้นเรื่อย ๆ ในสังคมเนื่องจากเป็นช่วงที่เริ่มมีชุมชนขนาดใหญ่เกิดขึ้นตามบริเวณต่าง ๆ ที่มีพื้นที่อุดมสมบูรณ์ ชุมชนใดขาดแคลนสินค้าประเภทใดก็จะมีพวกพ่อค้าที่เป็นกลุ่มคนที่ต้องออกไปทำการค้า โดยการนำเอาผลผลิตและอาหารของตนไปแลกมาหรือออกไปเสาะหาขายให้แก่ผู้ที่ต้องการในชุมชน²⁶

เมื่อมนุษย์อาศัยอยู่รวมกันหลายครอบครัว ส่งผลให้สมาชิกในชุมชนมีจำนวนเพิ่มมากขึ้นจึงมีความจำเป็นต้องขยายพื้นที่ของชุมชนเพื่อขยายพื้นที่สำหรับปลูกสร้างบ้านเรือนและเพื่อทำการเกษตร ดังนั้น ผู้นำชุมชนและเหล่าทหารหรือผู้ที่มีความสามารถด้านการทหารจะต้องออกไปสู้รบกับชุมชนในพื้นที่อื่นเพื่อขยายอาณาเขต รวมถึงปกป้องพื้นที่อาณาเขตของตนจากผู้ที่มีบุกรุกซึ่งหลังจากที่ไปรบกับชุมชนอื่นตามพื้นที่ต่าง ๆ หรือสู้รบเพื่อปกป้องดินแดนของตนเองนั้นหากฝ่ายใดได้รับชัยชนะก็นำเชลยศึกที่ได้จากการควบคุมชาวบ้านในชุมชนหรือเหล่าทหารที่พ่ายสงครามกลับมายังบ้านเมืองของตน เพื่อนำมาใช้งานประเภทต่าง ๆ ทั้งงานด้านเกษตรกรรมหรืองานก่อสร้างแทนสมาชิกในชุมชนของตน ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นงานที่ต้องใช้แรงงานหนักในการ

²⁵From “Some Criminal Law Aspects of Commercialization of the Human Body in Transplantation and Surrogacy.” by O. Sitarz, 2020, *International Journal of Forensic Sciences*, 5(2), 1-10. by O. Sitarz.

²⁶From “Mapping transnational commercial surrogacy arrangements in South and Southeast Asia.” by J. Attawet, 2021. *Medico-Legal Journal*, 89(2), 128-132, by J. Attawet.

ทำงาน ซึ่งเชลยสงครามเหล่านี้ ถือเป็นแหล่งที่มาของทาสส่วนใหญ่ในยุคเริ่มต้นของอารยธรรมและนำไปสู่ยุคสมัยของการค้าทาส²⁷

การค้าทาสมีแนวคิดคล้ายคลึงกับการค้าขายทั่วไปจึงมีความเป็นไปได้ที่จะเริ่มต้นขึ้นหลังจากยุคของการค้าขายแลกเปลี่ยนสินค้าเกษตรกรรมเริ่มต้นเพียงไม่นาน โดยเหตุผลของการค้าขาย คือเมื่อสินค้าทางการเกษตรของแต่ละคนในชุมชนมีจำนวนมากกว่าที่ใช้บริโภคในครอบครัวก็จะนำออกมาแลกเปลี่ยนกับชาวบ้านเป็นสินค้าประเภทอื่น ๆ ที่ตนต้องการ ซึ่งเป็นลักษณะของการค้าขายแลกเปลี่ยนสินค้าในตลาดเศรษฐกิจอย่างง่าย ๆ ในยุคโบราณ แต่เหตุผลของการค้าทาสในยุคแรกนั้นเกิดขึ้นเพราะมีทาสไม่เพียงพอต่อการทำงานในพื้นที่การเกษตรของแต่ละชุมชน ซึ่งมีความต้องการด้านแรงงานทาสและมีความจำเป็นมากในหลาย ๆ บทบาทหน้าที่ต่อระบบสังคมเศรษฐกิจในสังคมโดยเฉพาะการช่วยเพิ่มผลผลิตแก่ประชากรในสังคมและเมื่อเจ้าของพื้นที่การเกษตรต่าง ๆ ไม่มีแรงงานมาช่วยทำงาน ดังนั้น บรรดาพ่อค้าจึงเดินทางออกไปจับกุมหรือลักพาตัวบุคคลที่อ่อนแอกว่าจากเมืองอื่นเพื่อมาขายให้แก่เจ้าของที่ดินหรือผู้ที่ต้องการแรงงานทาสไปทำงานจึงได้ถือว่าเป็นจุดเริ่มต้นของกระบวนการค้าทาสขึ้น

กระบวนการค้าทาสนั้นมีอยู่ทั่วไปในโลก แม้แต่ประเทศไทยในอดีตก็ได้มีการนำระบบทาสหรือระบบศักดินามาใช้ในการปกครองประเทศในช่วงสมัยอยุธยาจนถึงสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้น โดยระบบนี้ได้แทรกซึมเข้าไปในวิถีชีวิตของทุกคนในสังคมมนุษย์ที่อยู่ในฐานะทาส ซึ่งเป็นชนชั้นที่ต่ำที่สุดของสังคมจะไม่มีอิสระในการดำเนินชีวิตมีหน้าที่รับใช้เจ้านายโดยมิได้รับผลประโยชน์ตอบแทน และหากทาสผู้ใดไม่เชื่อฟังคำสั่งของเจ้านายก็อาจจะถูกลงโทษได้ โดยผู้เป็นทาสไม่สามารถขอความช่วยเหลือใด ๆ จากสังคมหรือกฎหมายได้ ต่อมาในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ได้มีพระราชดำริให้เลิกทาส เนื่องจากพระองค์ทรงตระหนักดีว่าการพัฒนาประเทศย่อมดำเนินไปได้ยากหากประชาชนยังคงมีสถานะเป็นทาส อีกทั้งหากประเทศไทยยังใช้ระบบทาสอยู่ อาจเป็นการเปิดช่องให้ประเทศมหาอำนาจทางด้านตะวันตกซึ่งถือเรื่องสิทธิมนุษยชนเป็นเรื่องสำคัญเพื่อใช้เป็นข้ออ้างในการรุกรานประเทศไทยได้ พระองค์จึงทรงโปรดให้ตรา “พระราชบัญญัติพิทักษ์กระเชียรอายุลูกทาสลูกไทย” ขึ้น ซึ่งกำหนดให้ทาสที่เกิดในปีมะโรง พุทธศักราช 2411 อันเป็นปีที่พระองค์เสด็จเถลิงถวัลย์ราชสมบัติ และปีต่อ ๆ มา พ้นจากความเป็นทาส

²⁷From *International surrogacy as disruptive industry in Southeast Asia*. by A. Whittaker, 2018, Rutgers University Press. by A. Whittaker.

ซึ่งพระองค์ทราบดีว่า พระราชดำริของพระองค์ในการเลิกทาสนั้นอาจไปขัดผลประโยชน์ของเจ้านาย ขุนนาง ข้าราชการชั้นผู้ใหญ่ ซึ่งต่างมีทาสเป็นสินทรัพย์และเป็นแรงงานอยู่จำนวนมาก ดังนั้น การเลิกทาสจึงต้องดำเนินไปในลักษณะอย่างเป็นขั้นตอนค่อยเป็นค่อยไป โดยอาศัยเวลาเพื่อให้เกิดการปรับตัว พร้อมทั้งจะรับต่อการเปลี่ยนแปลงทางสังคมของบรรดาเจ้าของทาสซึ่งต้องใช้เวลากว่า 30 ปี จึงสมตามพระราชปณิธานที่ทรงตั้งไว้²⁸

การเลิกทาสของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ถือว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงครั้งใหญ่ในประวัติศาสตร์ของไทย การเลิกทาสในประเทศไทยต้องผ่านความลำบากเป็นอย่างมาก เนื่องจากพระองค์ต้องต่อสู้กับความไม่พอใจของเจ้านาย ข้าราชการ พ่อค้า ซึ่งเคยมีความสะดวกในการใช้ทาส รวมทั้งความไม่พอใจของทาสบางคนที่ไม่รู้ว่าเมื่อได้รับการปลดปล่อยแล้วจะดำรงชีวิตอยู่ได้อย่างไร เพราะความเคยชินในการอาศัยผู้อื่นกินอยู่มาตลอดหลายชั่วอายุคน แต่อย่างไรก็ตาม การเลิกทาสได้ดำเนินไปอย่างมีขั้นตอนและสงบเรียบร้อย ไม่ได้มีการปะทะกันหรือก่อให้เกิดสงครามแต่อย่างใด ซึ่งการที่พระองค์ได้ดำเนินการยกเลิกระบบทาสและการค้าทาสนั้นส่งผลให้ประชาชนทุกคนมีสิทธิเสรีภาพเท่าเทียมกันและก่อให้เกิดความยุติธรรมในสังคมขึ้นมา

ปัญหาการค้ำมนุษย์นั้นเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นมาแล้วตั้งแต่สมัยอดีตกาลจนกระทั่งมาถึงในยุคปัจจุบันปัญหาการค้ำมนุษย์ก็ยังเป็นปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของมนุษย์ในสังคมทั่วโลกเป็นอย่างมาก และมีรูปแบบในการค้ำมนุษย์ที่ซับซ้อนขึ้น ทำให้ยากต่อการป้องกันและปราบปรามให้หมดไปจากสังคม²⁹

2.4 การค้ำมนุษย์ในรูปแบบของการรับตั้งครุฑแทน

การมีบุตรนั้นถือเป็นปัจจัยหนึ่งที่จะส่งผลให้ชีวิตครอบครัวมีความสุข แต่ในหลาย ๆ ครอบครัว กำลังประสบกับปัญหาการมีบุตรยาก ซึ่งปัจจุบันปัญหาการมีบุตรยาก ถือเป็นปัญหา

²⁸From Slavery, Slave Trading, and Bonded Labor Studies in Asia. by R. B. Allen, 2021, In *Slavery and Bonded Labor in Asia, 1250–1900* (pp. 1-29). Brill. by R. B. Allen.

²⁹From *People: New Slavery in the Global Economy* has been published in twelve languages. by D. W. Blight, 2007, Other titles include *Ending Slavery: How We Free Today's Slaves* (Grawemeyer Award) by D. W. Blight.

ที่สำคัญอย่างหนึ่งของคู่สมรส และปัญหาดังกล่าวมีแนวโน้มที่จะเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ ซึ่งเป็นผลมาจากการใช้ชีวิตประจำวันของมนุษย์ที่เปลี่ยนแปลงไปจากอดีตเป็นอย่างมาก ทั้งฝ่ายหญิงและฝ่ายชายต่างดิ้นรนทำงานหนักเพื่อความอยู่รอด ฝ่ายหญิงและฝ่ายชายจึงมีแนวโน้มที่จะแต่งงานช้าลงเนื่องมาจากความพร้อมของคู่สมรสและแบบแผนทางสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งสาเหตุดังกล่าวอาจส่งผลทำให้เกิดภาวะเจริญพันธุ์ที่ลดลง นอกจากนี้ ปัญหาการมีบุตรยากอาจเกิดขึ้นเนื่องจากสุขภาพร่างกายของคู่สมรสเอง เช่น ฝ่ายหญิงมีความผิดปกติของท่อไข่หรือมีพังผืดบริเวณท่อไข่หรือมดลูก ส่วนฝ่ายชายอาจเกิดจากความผิดปกติของน้ำเชื้อหรือเกิดจากความเครียด การดื่มแอลกอฮอล์ และการสูบบุหรี่ เป็นต้น ปัญหาการมีบุตรยาก (Infertility) หมายถึง ภาวะที่คู่สมรสมีความสัมพันธ์ทางเพศปกติสม่ำเสมอโดยที่ไม่ได้คุมกำเนิดเป็นเวลาอย่างน้อย 1 ปีแล้วยังไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ แบ่งเป็น 2 ชนิด ได้แก่³⁰

1) ชนิดปฐมภูมิ (Primary Infertility) เป็นปัญหาการมีบุตรยาก ซึ่งเป็นกรณีที่คู่สมรสมีความสัมพันธ์ทางเพศปกติสม่ำเสมอและไม่ได้มีการคุมกำเนิด แต่ฝ่ายหญิงไม่เคยตั้งครรภ์เลยเป็นเวลาอย่างน้อย 1 ปี หากคู่สมรสฝ่ายหญิงมีอายุมากกว่า 35 ปีขึ้นไป ให้ระยะเวลาดังกล่าวเหลือเพียง 6 เดือน

2) ชนิดทุติยภูมิ (Secondary Infertility) เป็นปัญหาการมีบุตรยาก กรณีที่ฝ่ายหญิงเคยตั้งครรภ์มาก่อนแล้วอาจสิ้นสุดการแท้งหรือคลอด หลังจากนั้นคู่สมรสได้มีความสัมพันธ์ทางเพศกันปกติ โดยไม่ได้มีการคุมกำเนิดเป็นเวลา 1 ปี แต่ปรากฏว่า คู่สมรสฝ่ายหญิงไม่ตั้งครรภ์โดยไม่นับระยะให้นมบุตร ต่อมาวิวัฒนาการทางการแพทย์ได้พัฒนาอย่างต่อเนื่องจนสามารถแก้ไขปัญหาการมีบุตรยากได้ โดยช่วยให้คู่สมรสฝ่ายหญิงที่ไม่สามารถตั้งครรภ์ให้สามารถมีบุตรได้ด้วยการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนหรือที่เรียกกันว่า “การตั้งครรภ์แทน”

โดยความหมายของการตั้งครรภ์แทนนั้น หมายถึง การใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์วิธีหนึ่ง โดยการใช้เทคนิคการปฏิสนธินอกร่างกายมาใช้ในการแก้ปัญหาการมีบุตรยากสำหรับหญิงที่ไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ด้วยตนเอง ซึ่งวิธีการนี้จะใช้ในกรณีที่หญิงอื่นยินยอมให้ใช้มดลูกของตนเป็นที่ให้ตัวอ่อนเจริญเติบโต ซึ่งความยินยอมนั้นอาจจะเกิดโดยการที่หญิงนั้นรับจ้าง

³⁰ From *The Slave Next Door: Human Trafficking and Slavery in America Today* (pp. 78-117). by K. Bales, & R. Soodalter, (2009, Berkeley, CA: University of California Press, by K. Bales, & R. Soodalter.

ตั้งครรภ์หรือยินยอม เพราะความใกล้ชิดกันฐานเป็นญาติพี่น้องกันโดยไม่คิดค่าตอบแทนในการตั้งครรภ์ดังกล่าว

นอกจากนี้ ผศ.ดร.สุชาดา ทวีสิทธิ นักกฎหมายแพทยศาสตร์ อธิบายว่า การตั้งครรภ์แทน (Surrogacy) ในทางการแพทย์ คือ การตั้งครรภ์แทนหรือการอุ้มท้องแทนเกิดขึ้นจากผู้หญิงคนหนึ่งสมัครใจที่จะรับตั้งครรภ์แทนให้กับบุคคลอื่น โดยให้พันธะสัญญาว่าทารกที่คลอดออกมานั้นจะต้องเป็นบุตรของผู้ที่ขอให้ตั้งครรภ์ซึ่งวิธีการดั้งเดิมคือ การนำไข่ของฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์ไปผสมกับอสุจิของสามีของหญิงที่ต้องการมีลูกหรืออสุจิที่รับบริจาคมา หลังจากปฏิสนธิแล้วจึงฉีดเข้าไปฝังตัวในมดลูกของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน หรืออีกวิธีการหนึ่ง คือการตั้งครรภ์แทนโดยการนำไข่และหรืออสุจิมาจากคู่สามีภรรยาที่ต้องการมีลูกหรือมาจากการรับบริจาคซึ่งกรณีนี้หญิงผู้ตั้งครรภ์แทนจะรับอุ้มท้องจากตัวอ่อนที่ปฏิสนธิกันภายนอกด้วยเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ แต่ในทางสังคมปรากฏการตั้งครรภ์แทนอยู่ 2 กรณี คือ การตั้งครรภ์แทนแบบไม่มีค่าจ้าง (Altruistic Surrogacy) ซึ่งเกิดจากความเห็นอกเห็นใจเพื่อนมนุษย์ด้วยกัน โดยคนที่รับจ้างอาจเป็นญาติพี่น้องหรือไม่ใช่ก็ได้ และอีกกรณีหนึ่ง คือ การตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ (Commercial Surrogacy) ซึ่งมีการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่หญิงผู้รับจ้างตั้งครรภ์ ด้วยการซื้อบริการจากบริษัทตัวกลางในการจัดหา ผู้หญิง ตามคุณสมบัติที่ต้องการมาให้เลือก การจัดหาไข่หรืออสุจิ การจัดหาแพทย์ผู้เชี่ยวชาญ ด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ตลอดจนดูแลหญิงที่ตั้งครรภ์จนกระทั่งคลอดอีกด้วย³¹

ในส่วนของ รองศาสตราจารย์ ดร.จักรกฤษณ์ ควรพจน์ ได้ให้ความหมายโดยทั่วไปว่า การตั้งครรภ์แทน³² หมายความว่า กระบวนการในการที่หญิงคนหนึ่งตกลงรับที่จะตั้งครรภ์ด้วยวิธีการอย่างหนึ่งอย่างใด และตกลงว่าจะส่งมอบเด็กที่เกิดมานั้นให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง พร้อมกับสิทธิใด ๆ ในความเป็นมารดาของเด็กนั้นทันทีที่เด็กกำเนิดมา และในกฎหมายต่างประเทศก็ได้มีการให้คำจำกัดความของการรับตั้งครรภ์แทนไว้ เช่นเดียวกัน ยกตัวอย่างเช่น ใน Surrogacy Arrangement Act 1985 ซึ่งเป็นกฎหมายของประเทศอังกฤษนั้นได้ให้ความหมายของคำว่า “มารดาที่รับตั้งครรภ์แทนหรือ Surrogate Mother” ไว้ว่า หมายถึง หญิงที่ตั้งครรภ์เนื่องมาจากการจัดการที่ถูกทำขึ้นก่อนหน้านั้นจะเริ่มตั้งครรภ์ และทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในการส่งมอบเด็กที่อยู่ในครรภ์และมอบอำนาจการปกครองให้บุคคลอีกคนหนึ่ง

³¹From “Commercial surrogacy in the age of intensive mothering.” by H. Jacobson, 2021, *Current Sociology*, 69(2), 193-211, by H. Jacobson.

³² การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน. (น.22), โดย จักรกฤษณ์ ควรพจน์และคณะ, 2549., กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ลิขสิทธิ์ 2549 โดย จักรกฤษณ์ ควรพจน์และคณะ.

เมื่อพิจารณาจากคำนิยามข้างต้นแล้ว สามารถสรุปความหมายของการรับตั้งครรภ์แทนหรือการตั้งครรภ์แทนได้ว่า หมายถึง การที่หญิงคนหนึ่งรับตั้งครรภ์แทนบุคคลอื่น ไม่ว่าการรับตั้งครรภ์แทนจะได้รับค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตาม โดยมีวัตถุประสงค์ให้เด็กที่คลอดออกมานั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ที่ขอให้ตั้งครรภ์แทน

2.5 ประเภทของการรับตั้งครรภ์แทนหรือการตั้งครรภ์แทน

ในทางปฏิบัติแล้วการรับตั้งครรภ์แทนให้แก่กันหรือการตั้งครรภ์แทนนั้นมีหลายรูปแบบสามารถแบ่งแยกประเภทของการตั้งครรภ์แทน โดยพิจารณาจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ที่นำมาใช้ ออกเป็น 3 ประเภท คือ³³

1) การตั้งครรภ์แทนโดยการฉีดเชื้อ (Artificial Insemination Surrogacy) เป็นกรณีที่หญิงซึ่งรับตั้งครรภ์แทนจะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับทารกที่เกิดมา โดยการใช้เชื้ออสุจิของฝ่ายชายที่เป็นคู่สมรสที่ว่าจ้างฉีดเข้าไปผสมกับไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนโดยตรง การตั้งครรภ์แทนโดยวิธีการนี้จะทำให้เด็กเกิดมามีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับฝ่ายชายที่เป็นคู่สมรสที่ว่าจ้างและฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เนื่องจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นเจ้าของไข่ที่ได้รับการผสมซึ่งทารกที่เกิดมาจะไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับฝ่ายหญิงที่คู่สมรสที่ว่าจ้างเลย บางครั้งจึงถูกเรียกว่า “การรับตั้งครรภ์แบบไม่สมบูรณ์ (Partial Surrogacy หรือ Natural Surrogacy)” ซึ่งการรับตั้งครรภ์ในลักษณะเช่นนี้ ได้กระทำมาก่อนการรับตั้งครรภ์ประเภทอื่น ๆ

2) การตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธิภายนอกร่างกาย (In Vitro Fertilization Surrogacy) เป็นกรณีที่หญิงซึ่งรับตั้งครรภ์แทนไม่ได้มีส่วนในพันธุกรรมใด ๆ กับทารกที่เกิดมานั้นเลย ทารกที่เกิดมาจะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสทั้งสองฝ่าย เพราะคู่สมรสฝ่ายชายเป็นเจ้าของเชื้ออสุจิ ส่วนคู่สมรสฝ่ายหญิงก็เป็นเจ้าของไข่ กล่าวคือ เป็นกรณีที่คู่สามีภริยาใช้เซลล์สืบพันธุ์ของตนได้แก่ ไข่และอสุจิของทั้งคู่มาผสมกันนอกร่างกายของฝ่ายหญิง แล้วจึงนำตัวอ่อนที่ได้จากการปฏิสนธิใส่เข้าไปยังมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เพื่อให้ฝังตัวยังผนังมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและเจริญเติบโตต่อไป การตั้งครรภ์แทนกรณีนี้จึงเรียกว่า “การตั้งครรภ์แทนโดยการตั้งครรภ์ (Gestational Surrogacy)” หรือ “การตั้งครรภ์แทนโดยสมบูรณ์ (Full Surrogacy)” เนื่องจากคู่สมรสทั้งสองฝ่ายจะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับทารกที่เกิดทั้งหมด

³³From Surrogacy, by L. M. Purdy & H. B. Holmes, 2019, In *Encyclopedia of Reproductive Technologies* (pp. 272-279). Routledge, by L. M. Purdy & H. B. Holmes.

3) การตั้งครรภ์แทนโดยใช้ตัวอ่อนที่ได้รับบริจาค (Donated Embryo Surrogacy) เป็นกรณีที่หญิงซึ่งรับตั้งครรภ์ไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก และในขณะเดียวกันคู่สามีภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายก็ไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กเช่นกัน การตั้งครรภ์แทนในลักษณะนี้ใช้ในกรณีที่คู่สมรสทั้งสองฝ่ายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถมีบุตรได้โดยสิ้นเชิงหรืออาจจะเกิดขึ้นได้ในกลุ่มของชายรักชายหรือหญิงรักหญิง กล่าวคือ ทั้งสองฝ่ายไม่สามารถนำเซลล์สืบพันธุ์ของแต่ละฝ่ายมาใช้ในการปฏิสนธิให้เกิดเป็นตัวอ่อนได้ การตั้งครรภ์แทนในกรณีดังกล่าวนี้อาจจะเกิดขึ้นได้ในกรณีที่มีการบริจาคไข่หรืออสุจิแล้วนำไข่และอสุจิของผู้บริจาคผสมกันแล้วจึงนำตัวอ่อนไปฝังในมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์ เมื่อทารกคลอดออกมา หญิงที่รับตั้งครรภ์ก็จะมอบทารกนั้นให้แก่คู่สมรส ดังนั้น จะเห็นได้ว่าทั้งคู่สมรสและหญิงที่รับตั้งครรภ์ไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับทารกที่เกิดมาเลย³⁴

2.6 ปัญหาที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนหรือการตั้งครรภ์แทน

การตั้งครรภ์แทนเป็นวิธีหนึ่งที่ช่วยให้บางครอบครัวสมบูรณ์ แต่ในขณะเดียวกันก็เป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดปัญหาในภายหลัง ซึ่งสามารถแบ่งได้เป็น 3 ประเด็นหลัก ๆ ได้แก่ ปัญหาสาธารณสุข ปัญหาทางจริยธรรม ปัญหาการคำนวนชั้ย เป็นต้น

สำหรับปัญหาด้านสาธารณสุข กฎหมายไทยได้ระบุไว้ว่าผู้หญิงที่คลอดบุตรออกมาจะต้องเป็นมารดาตามกฎหมาย เพราะฉะนั้นสิ่งที่คู่สมรสหรือเจ้าของน้ำเชื้อและไข่จะมีความสัมพันธ์กับเด็กที่เกิดมาได้เพียงแค่บิดามารดาบุญธรรมเท่านั้น ทั้งที่ในความเป็นจริง หากตรวจสอบดีเอ็นเอจะสามารถพิสูจน์ได้ว่าทั้งสามคนเป็นครอบครัวเดียวกันโดยที่หญิงรับตั้งครรภ์ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องใด ๆ เลย ปัญหาเหล่านี้ยังส่งผลต่อปัญหาครอบครัวในภายหลังอีกด้วย กล่าวคือ เกิดปัญหาการแย่งชิงสิทธิในการเป็นบิดามารดาที่แท้จริงของทารกที่กำเนิดขึ้นจากการตั้งครรภ์แทน ปัญหาสิทธิเบิกค่ารักษาพยาบาลของทารก อีกทั้งยังมีปัญหาอื่น ๆ เช่น หญิงที่ตั้งครรภ์แทนไม่ต้องการคืนทารกให้แก่บิดามารดาที่แท้จริงหรือทารกที่พิการแต่กำเนิด ทำให้ไม่เป็นที่ต้องการของฝ่ายใดจนเป็นเหตุให้เกิดปัญหาทางสังคมตามมาอีกมาก นอกจากนี้ ยังมีปัญหาอื่นๆ อีก เช่น เรื่องการนำตัวอ่อนไปทำสเต็มเซลล์

³⁴From “Reproductive surrogacy in Ireland—an ethical and legal context.” by C. S. Gracias, 2021, *Irish Journal of Medical Science* (1971-), 190(3), 1063-1070, by C. S. Gracias.

อวดอ้าง การรักษาโรคซึ่งผิดกฎหมาย และยังเป็นการฆ่าตัวอ่อนด้วย รวมทั้งด้านธุรกิจมีการขายไข่ - สเปิร์มเพื่อนำไปใช้ในงานวิจัยต่าง ๆ และการโฆษณารับตั้งครรภ์แทน เป็นต้น³⁵

นอกจากนี้ หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีอายุที่ไม่เหมาะสมในการที่จะตั้งครรภ์อาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพพลานามัยของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนหรือเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้ ดังนั้น อายุของมารดาจึงเป็นปัจจัยเสี่ยงอย่างหนึ่งของการตั้งครรภ์ซึ่งอายุของหญิงที่เหมาะสมในการตั้งครรภ์ คือ อายุระหว่าง 20-35 ปี และไม่ควรตั้งครรภ์เกิน 4 ครั้ง โดยหญิงที่มีอายุระหว่าง 20-35 ปี จะมีความสมบูรณ์พร้อมทั้งร่างกายจิตใจอารมณ์และสังคมมีผลให้การตั้งครรภ์และการคลอดมีความปลอดภัยทั้งแม่และลูก

ในกรณีที่หญิงที่ตั้งครรภ์ก่อนอายุ 20 ปี ซึ่งในช่วงอายุดังกล่าว ร่างกายของตนเองยังเติบโตไม่เต็มที่จึงมักจะส่งผลกระทบต่อสุขภาพโดยอาจมีการคลอดลูกก่อนกำหนด ลูกมีน้ำหนักตัวแรกเกิดน้อย มีความเสี่ยงมากกว่าปกติที่จะเจ็บป่วยและตายในช่วงขวบปีแรก ส่วนตัวหญิงที่ตั้งครรภ์ก็มีความเสี่ยงต่อโรคโลหิตจาง ความดันโลหิตสูง ขณะตั้งครรภ์หรือคลอดยาก สำหรับด้านจิตใจยังมีความเสี่ยงแปรปรวนได้ง่าย จึงยังไม่พร้อมที่จะเป็นแม่ และหากหญิงที่ตั้งครรภ์มีอายุ 35 ปีขึ้นไป หรือเคยตั้งครรภ์มาแล้วมากกว่า 4 ครั้ง ก็มักจะมีปัญหาเกี่ยวกับการคลอดและมีโรคแทรกซ้อนได้ง่าย เช่น ตกเลือด ความดันโลหิตสูง ลูกที่เกิดมามีน้ำหนักตัวน้อย ไม่แข็งแรง และเพิ่มความเสี่ยงต่อความพิการและปัญญาอ่อนที่จะเกิดขึ้นกับทารกอีกด้วย³⁶

ส่วนปัญหาทางจริยธรรมการรับตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ขัดต่อจริยธรรม เนื่องจากการตั้งครรภ์แทนก่อให้เกิดผลกระทบต่อหญิงที่รับตั้งครรภ์ เด็กที่เกิดมาจากระบวนการตั้งครรภ์แทนและผลกระทบต่อสังคมโดยรวม ดังนี้

³⁵From “Insight into different aspects of surrogacy practices.” by N. H., Patel, Y. D., Jadeja, H. K., Bhadarka, M. N Patel,, N. H Patel,, & N. R. Sodagar, 2018, *Journal of human reproductive sciences*, 11(3), 212-225. by N. H., Patel, Y. D., Jadeja, H. K., Bhadarka, M. N Patel,, N. H Patel,, & N. R. Sodagar

³⁶From “Surrogacy relationships: a critical interpretative review.” by P. J. Gunnarsson, E.Korolczuk, & S. Mezinska, 2020, *Upsala journal of medical sciences*, 125(2), 183-191, by P. J. Gunnarsson, E.Korolczuk, & S. Mezinska.

1) การรับตั้งครุฑแทนเป็นการทำลายศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ กล่าวคือ หึงที่รับตั้งครุฑแทนถูกปฏิบัติเหมือนกับเป็นเพียงเครื่องจักรที่ไม่มีชีวิต วิญญาณหรืออารมณ์ความรู้สึก และถูกใช้เพื่อการผลิตเด็กขึ้นมาเท่านั้น

2) การรับตั้งครุฑแทนเป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากหึง โดยส่วนใหญ่แล้ว หึงที่อาสารับตั้งครุฑแทนผู้อื่นจะเป็นหึงที่มีฐานะทางการเงินไม่ดีนัก หึงเหล่านี้จึงมักจะยอมรับตั้งครุฑเมื่อได้รับค่าตอบแทนเท่านั้น การรับตั้งครุฑแทนจึงเป็นการเปิดโอกาสให้มีการแสวงหาประโยชน์จากเนื้อตัวร่างกายของหึงหรือจากศักยภาพในการสืบพันธุ์ของหึงนั้น

3) การรับตั้งครุฑแทนจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อจิตใจของเด็ก ซึ่งเด็กจะได้รับผลกระทบทางจิตใจอย่างรุนแรง เมื่อทราบว่าตนได้เกิดมาจากการที่มารดาของตนซึ่งเป็นหึงที่รับตั้งครุฑนั้นต้องการได้ค่าตอบแทนมากกว่าที่ต้องการให้ตนเองเกิดมาด้วยความรักหรือเกิดจากการที่ไม่ทราบว่าแท้จริงตนเป็นลูกของใครและหากหึงที่รับตั้งครุฑมีบุตร บุตรคนนั้นก็อาจได้รับผลกระทบด้วย เพราะเมื่อเห็นมารดาตนตั้งครุฑจึงคิดว่ากำลังจะได้น้อง แต่เมื่อมารดากลับส่งมอบน้องให้แก่ผู้อื่น ความรู้สึกที่ต้องสูญเสียน้องไปจะก่อให้เกิดผลกระทบทางจิตใจแก่เด็กผู้นั้นและเมื่อเห็นมารดาส่งมอบน้องของตนให้แก่ผู้อื่นไป เด็กนั้นอาจมีความรู้สึกไม่มั่นคง เพราะเกรงว่า มารดาอาจส่งมอบตนเองให้แก่ผู้อื่นบ้างก็ได้

4) การรับตั้งครุฑแทนเปรียบเสมือนเป็นการซื้อขายเด็กซึ่งถือว่าเป็นสิ่งที่ขัดต่อจริยธรรม และข้อต้องห้ามตามกฎหมายเมื่อเกิดขึ้นเป็นธุรกิจ ย่อมหมายความว่า แพทย์ผู้ทำการตั้งครุฑให้หึงนั้นไม่มีจริยธรรมเช่นกันและยังส่งผลกระทบทางจริยธรรม ซึ่งผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายไม่ควรจะมองข้าม และผู้ที่ควรคำนึงถึงเรื่องนี้เป็นพิเศษ คือ สามีภริยาที่มีภาวะมีบุตรยากเป็นที่มาของการรับตั้งครุฑแทนเท่ากับว่ามีส่วนร่วมในการสร้างปัญหาตั้งแต่แรก ปัญหาการค้ามนุษย์เป็นปัญหาที่ร้ายแรงกว่าปัญหาอื่น ๆ เป็นปัญหาระดับชาติ เนื่องจากมีกระบวนการที่ทำเป็นธุรกิจข้ามชาติ กล่าวคือ มีบุคคลบางกลุ่มใช้ประโยชน์จากความต้องการมีบุตรของกลุ่มสมรสและวิธีการแพทย์ที่ล้ำสมัยกระทำการผิดกฎหมายโดยการว่าจ้างหึงให้มาตั้งครุฑซึ่งอาจมีการบังคับขู่เข็ญให้ตั้งครุฑหรือมีการกักขังหึงที่รับตั้งครุฑแทนตลอดระยะเวลาที่ตั้งครุฑจนถึงเวลาคลอดและเมื่อคลอดแล้วก็จะนำทารกนั้นไปจำหน่ายให้กับบุคคลที่สามต่อไป ซึ่งในปัจจุบันก็ได้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการตั้งครุฑแทนประเทศไทยขึ้น ยกตัวอย่าง เช่น กรณีที่คู่สมรสชาวออสเตรเลียได้ว่าจ้างหึงไทยตั้งครุฑแทน แต่เมื่อหึงตั้งครุฑแทนได้คลอดลูกแล้ว ปรากฏว่าเป็นลูกแฝดเด็กแฝดคนหนึ่งสุขภาพร่างกายสมบูรณ์แข็งแรง ส่วนแฝดอีกคนหนึ่งเป็นโรคดาวน์ซินโดรม และเป็นโรคหัวใจ แต่คู่สมรสดังกล่าวกลับนำตัวเด็กทารกที่มีสุขภาพร่างกายที่สมบูรณ์กลับประเทศไป โดยทิ้งเด็กทารกที่มีสุขภาพร่างกายที่ไม่สมบูรณ์เป็นภาระให้แม่ตั้งครุฑแทนชาวไทยเลี้ยงดูหรือกรณีที่ชายชาวญี่ปุ่น ซึ่งเป็นผู้ต้องสงสัยว่าพัวพัน

เกี่ยวกับการค้ามนุษย์ จากการมีชื่อเป็นพ่อของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนจำนวน 9 คน และจากการตรวจสอบพบว่า ชายชาวญี่ปุ่นรายดังกล่าวเป็นพ่อของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนถึง 14 คน³⁷

จากตัวอย่างดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยนั้นไม่ได้เป็นที่สนใจของประชาชนในประเทศเพียงอย่างเดียวเท่านั้น ชาวต่างประเทศจำนวนไม่น้อยก็ให้ความสนใจในการดำเนินการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยเช่นเดียวกัน อาจเป็นเพราะประเทศมีการเสียค่าใช้จ่ายในการตั้งครรภ์แทนไม่สูงนักหรือบางประเทศได้มีการห้ามไม่ให้มีการตั้งครรภ์แทน จึงได้มีการมาใช้บริการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทย แต่วัตถุประสงค์ในการตั้งครรภ์แทนนั้นจะเห็นได้ว่า ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขการมีบุตรยากเพียงอย่างเดียว ซึ่งบางกรณีอาจมีวัตถุประสงค์ทางการค้าแฝงอยู่ด้วย เช่น การที่คู่สมรสชาวต่างชาติได้ว่าจ้างหญิงไทยหลายคนเพื่อให้รับตั้งครรภ์แทนแล้วจึงนำเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นกลับประเทศของตน โดยที่เราไม่อาจทราบได้เลยว่า เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนดังกล่าวจะตกเป็นเหยื่อของการค้ามนุษย์หรือไม่ ซึ่งเด็กนั้นถือว่าเป็นวัยที่อ่อนแอและขาดประสบการณ์ไม่มีความรู้เท่าทันผู้ใหญ่ ร่างกายยังไม่ได้ได้รับการพัฒนาเท่าที่ควร ความรู้สึกทางศีลธรรมยังมีไม่มากพอ จึงง่ายต่อการถูกหลอกใช้ในการประกอบอาชญากรรมและหาประโยชน์จากตัวเด็ก หากเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นเพศชายเมื่อเติบโตขึ้นก็อาจจะถูกนำไปใช้แรงงานหรือใช้ประโยชน์ในการกระทำความผิด เช่น การส่งยาเสพติด เป็นต้น และหากเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นเพศหญิงก็อาจถูกนำไปขายบริการทางเพศได้ นอกจากนี้ หากเด็กที่เกิดมาด้วยความบกพร่องทางร่างกายหรือสติปัญญา คู่สมรสที่ว่าจ้างให้มีการตั้งครรภ์แทนอาจจะปฏิเสธการเลี้ยงดูเด็กผู้นั้นจนเกิดเป็นภาระของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในการที่จะต้องเลี้ยงดูเด็กที่มีความผิดปกติทางร่างกาย ซึ่งหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนอาจจะต้องรับภาระค่าใช้จ่ายในการดูแลเด็กผู้นั้นมากจนเกิดความลำบาก และไม่สามารถที่จะเลี้ยงดูเด็กผู้นั้นต่อไปได้ และนำเด็กผู้นั้นส่งต่อให้บุคคลที่สามเพื่อนำไปใช้เกี่ยวกับการค้ามนุษย์ เช่น การนำเด็กที่มีความผิดปกตินี้ไปขอตานจนทำให้เกิดเป็นปัญหาสังคมขึ้น เป็นต้น³⁸

³⁷From *Full surrogacy now: Feminism against family*. by S. Lewis, 2021, Verso Books. Retrieved from <https://www.versobooks.com/en-gb/products/711-full-surrogacy-now>.

³⁸From “*Commercial Surrogacy in China: Gender Inequality, Human Trafficking, and Women’s Rights*.” by J. Hu, 2022, Retrieved from <https://repository.usfca.edu/capstone/1346>.

ในส่วนของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นก็อาจตกเป็นเหยื่อของการค้ามนุษย์ได้เช่นเดียวกัน เนื่องจากเพศหญิงเป็นเพศที่อ่อนแอไม่สามารถต่อสู้ทางด้านกายภาพกับเพศชายได้ โดยหญิงอาจจะถูกบังคับหรือข่มขู่ให้รับตั้งครรภ์แทนโดยปราศจากความยินยอมของหญิงผู้นั้นและอาจถูกกักขังตลอดระยะเวลาที่ตั้งครรภ์จนถึงเวลาคลอดได้

ดังที่กล่าวไปในตอนต้นแล้วว่า โดยทั่วไปแล้ว การตั้งครรภ์แทนหรือการรับตั้งครรภ์แทนนั้นจะนำมาใช้แก้ปัญหาสำหรับผู้ที่ไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ด้วยตนเอง แต่ในอีกมุมหนึ่งกลับมีบุคคลบางกลุ่มใช้การตั้งครรภ์แทนเพื่อหาประโยชน์ในทางการค้าหรือการค้ามนุษย์เช่นเดียวกัน ดังนั้นหากไม่มีการควบคุมการดำเนินการตั้งครรภ์แทนอย่างเข้มงวดเพียงพอก็ย่อมที่จะมีปัญหาสังคมเกิดขึ้นตามมาด้วยเช่นกัน

ตามทีกล่าวไปข้างต้นแล้วว่า แต่เดิมมาตรการที่นำมาใช้ในการควบคุมการตั้งครรภ์แทนของประเทศไทยเป็นไปตามประกาศของแพทยสภา ซึ่งเป็นองค์กรที่มีวัตถุประสงค์หลักอย่างหนึ่งคือ การควบคุมการประพฤติปฏิบัติของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมให้ถูกต้องตามจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมและแพทยสภา ได้ออกประกาศเกี่ยวกับมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ โดยกำหนดให้ผู้ดำเนินการสถานพยาบาลหรือผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งมีหน้าที่ในลักษณะเดียวกันในหน่วยงานที่ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทั้งของรัฐและเอกชน จะต้องรับผิดชอบหรือจัดให้มีผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นผู้รับผิดชอบในการให้บริการดังกล่าว และผู้นั้นจะต้องได้รับหนังสือรับรองจากราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทย โดยการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์จะต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะเป็นการทำสำเนาชีวิต (Human Cloning) เพื่อการเจริญพันธุ์และในกรณีที่คู่สมรสต้องการมีบุตรโดยให้หญิงอื่นซึ่งไม่ใช่ภริยาตั้งครรภ์แทนผู้ให้บริการเวชกรรมจะให้บริการได้ เฉพาะกรณีที่ใช้ตัวอ่อนที่มาจากเซลล์สืบพันธุ์ของคู่สมรสเท่านั้น ซึ่งจะไม่มีการจ่ายค่าตอบแทนแก่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนในลักษณะที่อาจเข้าใจได้ว่าเป็นการรับจ้างตั้งครรภ์และหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นจะต้องเป็นญาติของคู่สมรส ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเท่านั้น ซึ่งประกาศทั้งสองฉบับนี้เป็นสิ่งที่ใช้กำหนดหลักเกณฑ์และมาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ทางแพทย์ พ.ศ. 2558 ขึ้น เพื่อให้มาตรการในการควบคุมการให้บริการดังกล่าวมีสภาพบังคับที่เข้มงวดมากขึ้น³⁹

³⁹From “Surrogacy and Procreative Tourism. What Does the Future Hold from the Ethical and Legal Perspectives.” by V. Piersanti, F. Consalvo, F. Signore, A. Del Rio & S. Zaami, 2021, *Medicina*, 57(1), 47-57, by V. Piersanti, F. Consalvo, F. Signore, A. Del Rio & S. Zaami.

2.7 นิยามศัพท์และขอบเขตการบังคับใช้ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

พระราชบัญญัตินี้ได้ให้ความหมายของคำว่า “เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์” ไว้ว่า หมายถึง กรรมวิธีใด ๆ ทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ที่นำสpermหรือเซลล์สืบพันธุ์ของเพศชายและไข่ ซึ่งเป็นเซลล์สืบพันธุ์ของเพศหญิงออกจากร่างกายของมนุษย์ เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์โดยไม่เป็นไปตามธรรมชาติ รวมถึงการผสมเทียม ซึ่งเป็นการนำเซลล์สืบพันธุ์ของเพศชายเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์ของเพศหญิงเพื่อให้หญิงนั้นตั้งครรภ์โดยไม่มีการร่วมประเวณีอีกด้วย

นอกจากนี้ ยังได้ให้ความหมายของคำว่า “การตั้งครรภ์แทน” หมายถึง การตั้งครรภ์ โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงเป็นหนังสือไว้กับสามีและภริยาที่ขอด้วยกฎหมายก่อนตั้งครรภ์ว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภริยาที่ขอด้วยกฎหมายนั้น เมื่อพิจารณาจากนิยามข้างต้นแล้วอาจสรุปได้ว่า ขอบเขตการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 นั้น จะใช้บังคับกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (Assisted Reproductive Technologies หรือ ART) ในรูปแบบต่าง ๆ ซึ่งปัจจุบันมีหลายวิธี เช่น การฉีดเชื้อหรือการผสมเทียม เทคนิคการทำกิฟต์ (GIFT หรือ Gamete Intrafallopian Tube Transfer) เทคนิคการช่วยปฏิสนธิภายนอกร่างกายโดยการฉีดเชื้อสpermเข้าไปในไข่ (ICSI หรือ Intra Cytoplasmic Sperm Injection) นอกจากนี้ ยังมีรูปแบบการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์รูปแบบอื่น ๆ ซึ่งอาจอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัตินี้รวมถึงการตั้งครรภ์แทน ซึ่งเป็นการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์รูปแบบหนึ่ง โดยใช้การปฏิสนธิภายนอกร่างกายมาใช้แก้ปัญหาการมีบุตรยาก สำหรับหญิงที่ไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ด้วยตนเองก็อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัตินี้เช่นเดียวกัน⁴⁰

⁴⁰From Precarious pregnancies and precious products: Transnational commercial surrogacy in Thailand. by E. Nilsson, 2020, In *Bodily interventions and intimate labour*. Manchester University Press. by E. Nilsson.

2.8 บุคคลที่อยู่ในบังคับตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

บุคคลที่อยู่ในบังคับตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 นั้น ได้แก่ บุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งได้แก่ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์คู่สามีและภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตร โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนและหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนโดยได้กำหนดหลักเกณฑ์และคุณสมบัติของบุคคลดังกล่าวไว้ดังนี้⁴¹

1) ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ตามข้อบังคับของแพทยสภา ให้ความหมายของคำว่า วิชาชีพเวชกรรมไว้ว่า หมายถึง วิชาชีพที่กระทำต่อมนุษย์เกี่ยวกับการตรวจโรค การวินิจฉัยโรค การบำบัดโรค การป้องกันโรค การผดุงครรภ์ การปรับสายตาด้วยเลนส์สัมผัส การแทงเข็มหรือการฝังเข็มเพื่อบำบัดโรค หรือเพื่อระงับความรู้สึก และหมายรวมถึงการกระทำทางศัลยกรรม การใช้รังสี การฉีดยาหรือสาร การสอดใส่วัตถุใดๆ เข้าไปในร่างกาย ทั้งนี้เพื่อการคุมกำเนิดการเสริมสวยหรือการบำรุงร่างกายด้วย ซึ่งตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 กำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จะต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามต้องปฏิบัติตามมาตรฐานในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ทั้งนี้ตามที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และก่อนที่จะให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จะต้องจัดให้มีการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกาย จิตใจ และสภาพแวดล้อมของคู่สามีและภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตร โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ที่จะนำมาใช้ดำเนินการ รวมทั้งการป้องกันโรคที่อาจมีผลกระทบต่อเด็กที่จะเกิดมาด้วยซึ่งเป็นไปตามมาตรา 16

⁴¹From “From Mung Ming to Baby Gammy: A local history of assisted reproduction in Thailand.” by A. Whittaker, 2016, *Reproductive biomedicine & society online*, 2(1), 71-78, by A. Whittaker.

แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558⁴²

2) คู่สามีและภริยาที่ประสงค์ให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนตามมาตรา 21 (1) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดให้ผู้ที่จะสามารถดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนได้จะต้องเป็นคู่สามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่สามารถที่จะตั้งครรภ์ได้ด้วยตนเองและประสงค์จะมีบุตร โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนโดยคู่สามีภริยาดังกล่าวจะต้องมีสัญชาติไทยในกรณีที่สามีหรือภริยาไม่ได้มีสัญชาติไทยต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี

3) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ในส่วนของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นมาตรา 21 (2) (3) (4) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดคุณสมบัติและเงื่อนไขไว้ว่า โดยหลักแล้วหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยา เว้นแต่ในกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ประสงค์จะให้ตั้งครรภ์แทนกฎหมายเปิดโอกาสให้หญิงอื่นที่ไม่ใช่ญาติสามารถเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนได้ แต่ต้องไม่ใช่บุพการีหรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภริยาที่ประสงค์จะให้ตั้งครรภ์แทน เนื่องจากหากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภริยาที่ขอให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยตรงอาจมีผลต่อการเกิดความผิดปกติทางพันธุกรรมของทารกที่เกิดมาได้

นอกจากนี้ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเคยมีบุตรมาก่อนแล้วเท่านั้น เนื่องจากหญิงที่เคยมีบุตรมาก่อนย่อมมีประสบการณ์ในการตั้งครรภ์ ทำให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนผู้นั้นมีความพร้อมต่อการเปลี่ยนแปลงทางร่างกายและจิตใจในระหว่างที่ตั้งครรภ์ และถ้าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนผู้นั้นมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินฉันสามีภริยา การตั้งครรภ์แทนดังกล่าวจะต้องได้รับความยินยอมจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายดังกล่าวด้วย⁴³

⁴²From Protection for children born through assisted reproductive technologies act, BE 2558: The changing profile of surrogacy in Thailand. by A. Stasi, 2017, *Clinical Medicine Insights: Reproductive Health*, 11, 1179558117749603.

⁴³From *Thai in vitro: Gender, culture and assisted reproduction* (Vol. 30). by A. Whittaker, 2015, Berghahn Books. by A. Whittaker.

2.9 รูปแบบของการตั้งครรภ์แทน

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 22 ได้กำหนดรูปแบบของการตั้งครรภ์แทนที่ถูกต้องตามกฎหมายไว้ 2 รูปแบบ คือ⁴⁴

รูปแบบที่ 1 คือ การใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิและไข่ของคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน

รูปแบบที่ 2 คือ การใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีหรือไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนกับอสุจิหรือไข่ของผู้อื่นโดยห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เนื่องจากหากใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนแล้วอาจก่อให้เกิดความผูกพันระหว่างหญิงที่รับตั้งครรภ์กับทารกในครรภ์ได้ และจะส่งผลให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับสภาพจิตใจของหญิงที่รับตั้งครรภ์หรือความสับสนของคู่สัญญาในข้อตกลงระหว่างฝ่ายต้องการมีบุตรกับฝ่ายรับตั้งครรภ์แทนในเวลาต่อมา

นอกจากนี้ ก่อนการดำเนินการเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนนั้น ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จะต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้มีการตั้งครรภ์แทนให้แก่สามีและภริยารายนั้นเสียก่อนจึงจะดำเนินการตั้งครรภ์แทนดังกล่าวได้ ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

2.10 ความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน

โดยปกติแล้วการจะถือว่าผู้ใดเป็นบิดามารดาของเด็กที่คลอดออกมานั้นต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 คือ สภาพบุคคลย่อมเริ่มเมื่อคลอดและอยู่รอดเป็นทารก โดยให้ถือการคลอดตามสภาพความเป็นจริง ในขณะที่ออกจากครรภ์มารดาเป็นสำคัญซึ่งหญิงใดเป็นผู้คลอดเด็ก ถือว่าหญิงผู้นั้นเป็นมารดาของเด็กประกอบกับมาตรา 1536 ก็ได้วางหลักไว้ว่า เด็กที่เกิดแต่หญิงขณะเป็นภริยาชายให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของ

⁴⁴From “The protection of children born from assisted reproductive technology act 2015: scientific advances, ethics and concerns over the use of human embryo.” by S. Buchitchon, 2016. *Advanced Science Letters*, 22(5-6), 1610-1613, by S. Buchitchon.

ชายผู้เป็นสามี ซึ่งต่อมาพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนไว้เป็นการเฉพาะโดยกำหนดไว้ในมาตรา 29 ซึ่งบัญญัติว่า

“มาตรา 29 เด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่หรือตัวอ่อนของผู้บริจาคแล้วแต่กรณี โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะกระทำโดยการให้ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของสามี ซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์หรือให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่นให้เด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งประสงค์จะมีบุตร แม้ว่าสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด ชายหรือหญิงที่บริจาคอสุจิหรือไข่ ซึ่งนำมาใช้ปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์หรือผู้บริจาคตัวอ่อน และเด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่หรือตัวอ่อนที่บริจาดังกล่าวไม่มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า กฎหมายได้กำหนดให้เด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่หรือตัวอ่อนของผู้บริจาคแล้วแต่กรณี โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ไม่ว่าจะกระทำโดยการให้ภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายของสามี ซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์หรือให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งประสงค์จะมีบุตรและความเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายเริ่มตั้งแต่เป็นทารกอยู่ในครรภ์และแม้ว่าสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรนั้นจะตายก่อนทารกเกิดก็ยิ่งถือว่าทารกนั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีหรือภริยาที่ตายไป ส่วนผู้บริจาคไข่ อสุจิหรือตัวอ่อนกับเด็กนั้นไม่มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันในฐานะบิดา มารดา และบุตรตามกฎหมายแต่อย่างใด⁴⁵

⁴⁵From “Legal problems on commercial surrogacy in Thailand under the protection of children born from assisted reproductive technologies act, BE 2558.” by A. Tapiromkul, 2015, *Thammasat Business Law Journal*, 5(1), 21-35, by A. Tapiromkul.

2.11 การควบคุมการดำเนินการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และการรับตั้งครรภ์แทน

ในการควบคุมการดำเนินการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์การรับตั้งครรภ์แทนนั้นพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ มาตรา 6 ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งประกอบด้วย ปลัดกระทรวงสาธารณสุขเป็นประธาน และผู้ทรงคุณวุฒิในด้านต่าง ๆ โดยมาตรา 7 ได้กำหนดให้ คณะกรรมการดังกล่าวมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้⁴⁶

- 1) เสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีในการกำหนดนโยบายคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
- 2) เสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีในการพัฒนาหรือแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
- 3) เสนอความเห็นหรือให้คำแนะนำต่อรัฐมนตรีในการออกประกาศเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้
- 4) ประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาตเกี่ยวกับการดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามมาตรา 23
- 5) พิจารณาอนุญาตเกี่ยวกับการดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามมาตรา 23
- 6) ประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาตเกี่ยวกับการใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้จากการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อการศึกษาวิจัยตามมาตรา 37
- 7) พิจารณาอนุญาตเกี่ยวกับการใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้จากการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อการศึกษาวิจัยตามมาตรา 37
- 8) ให้ความเห็นชอบในการออกประกาศของแพทยสภาเกี่ยวกับการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยประกาศของแพทยสาดังกล่าวให้ใช้บังคับได้ต่อเมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษา

⁴⁶จาก ราชกิจจานุเบกษา, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 16, (น.1-12)

9) ควบคุมตรวจสอบหรือกำกับดูแลการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้

10) ส่งเสริมและสนับสนุนการศึกษาวิจัยทางจริยธรรมกฎหมายหรือวัฒนธรรมที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

11) จัดทำรายงานผลการดำเนินงานตามพระราชบัญญัตินี้เสนอต่อรัฐมนตรีอย่างน้อยปีละครั้ง

12) ปฏิบัติการอื่นตามที่รัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีมอบหมาย

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ยังได้กำหนดมาตรการเพื่อป้องกันไม่ให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์หรือการรับตั้งครรภ์แทนไปในทางที่ไม่ชอบซึ่งหากผู้ใดฝ่าฝืนมาตรการดังกล่าวแล้วจะต้องได้รับโทษทางอาญาโดยมาตรการดังกล่าว ได้แก่⁴⁷

1) ห้ามผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า (มาตรา 24)

2) ห้ามบุคคลใดกระทำการเป็นคนกลางหรือนายหน้า โดยเรียกรับหรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดเพื่อเป็นการตอบแทนในการจัดการหรือชี้ช่องให้มีการรับตั้งครรภ์แทน (มาตรา 27)

3) ห้ามมีการโฆษณาหรือโฆษณาให้แพร่หลายด้วยประการใด ๆ ว่า มีหญิงที่ประสงค์จะเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนผู้อื่นหรือมีบุคคลที่ประสงค์จะให้หญิงอื่นเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่ว่าการกระทำดังกล่าวจะกระทำไปเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือไม่ (มาตรา 28)

4) ห้ามมิให้ผู้ใดซึ่งมิใช่ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ รวมทั้งรับฝากรับบริจาค ใช้ประโยชน์จากอสุจิ ไข่หรือตัวอ่อน หรือทำให้สภาวะของตัวอ่อน (มาตรา 35)

5) ห้ามมิให้ผู้ใดสร้างตัวอ่อนเพื่อใช้ในกิจการใด ๆ เว้นแต่เพื่อใช้ในการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย (มาตรา 36) ซึ่งบทบัญญัตินี้ดังกล่าวยินยอมให้เฉพาะสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ที่จะสามารถเข้ารับการรักษาภาวะการมีบุตรยาก ด้วยวิธีการสร้างตัวอ่อนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เท่านั้น ดังนั้น ชายหญิงที่อยู่กันโดยไม่จดทะเบียนสมรสที่ประสงค์จะสร้างครอบครัว ย่อมไม่จัดอยู่ใน

⁴⁷ From “Patriarchal bargains and assisted reproductive treatment in Thailand.” by A. Whittaker, 2014, *Gender, Technology and Development*, 18(1), 9-31, by A. Whittaker.

กลุ่มบุคคลที่สามารถดำเนินการเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ได้

6) ห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการใด ๆ เพื่อมุ่งหมายให้เกิดมนุษย์โดยวิธีการอื่นนอกจากการปฏิสนธิระหว่างอสุจิกับไข่หรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่า การโคลนนิ่งมนุษย์ (Cloning) (มาตรา 38)

7) ห้ามมิให้ผู้ใดนำอสุจิ ไข่ ตัวอ่อนหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของเซลล์ดังกล่าว ใส่เข้าไปในร่างกายของสัตว์หรือนำเซลล์สืบพันธุ์ของสัตว์ เซลล์ที่เกิดจากการปฏิสนธิระหว่างเซลล์สืบพันธุ์ของสัตว์ใส่เข้าไปในร่างกายของมนุษย์ (มาตรา 39)

8) ห้ามมิให้ผู้ใดสร้าง เก็บรักษา ขยาย นำเข้า ส่งออก หรือใช้ประโยชน์ซึ่งตัวอ่อนที่มีสายพันธุกรรมของมนุษย์มากกว่าสองคนขึ้นไป หรือตัวอ่อนที่มีเซลล์ หรือส่วนประกอบของเซลล์มนุษย์กับสิ่งมีชีวิตสายพันธุ์อื่นรวมกันอยู่ (มาตรา 40) ซึ่งการกระทำลักษณะเช่นนี้ ถือเป็นการตัดต่อพันธุกรรมด้วยวิธีการที่เรียกว่า พันธุวิศวกรรม (Genetic Engineering)

9) ห้ามมิให้ผู้ใดซื้อ เสนอซื้อ ขยาย นำเข้าหรือส่งออก ซึ่งอสุจิ ไข่หรือตัวอ่อน (มาตรา 41)

2.12 สารสำคัญในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

2.12.1 เจื่อนใจเกี่ยวกับสัญญา

ถึงแม้ว่าจะมีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ออกมารับรองสัญญาตั้งครรภ์แทนให้สามารถกระทำได้ตามกฎหมาย แต่พระราชบัญญัตินี้ก็ไม่ได้ให้อิสระกับคู่สัญญาที่จะตกลงทำสัญญากันอย่างไรก็ได้ ในทางกลับกันพระราชบัญญัตินี้ได้จำกัดขอบเขตหรือเงื่อนไขในการทำสัญญาไว้หลายประการ ทำให้สัญญาตั้งครรภ์แทนสามารถทำได้อย่างจำกัด

1) การตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์

การตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์นั้นหญิงที่ตั้งครรภ์แทนไม่ได้ทำเพียงเพื่อจะช่วยเหลือคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรที่มีความบกพร่องทางร่างกายเท่านั้น แต่หญิงนั้นมุ่งจะรับประโยชน์ตอบแทนจากตั้งครรภ์นั้นด้วย หลาย ๆ ประเทศไม่ยอมรับการตั้งครรภ์แทนรูปแบบนี้ เพราะมองว่าเป็นการทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ แนวคิดในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นมองจากความรู้สึกที่ว่า มนุษย์ทุกคนมีความเสมอภาคเท่าเทียมกัน ดังนั้นการกระทำต่อบุคคลอื่นโดยลดคุณค่าเขาให้

ต่ำลง จึงเป็นสิ่งต้องห้าม มีอาชกรรมทำให้การตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ถูกมองว่าเป็นการปฏิบัติต่อหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเหมือนเครื่องจักรในการผลิตเด็ก และมองเด็กเหมือนสินค้าหรือทรัพย์สินที่จ่ายเงินซื้อหามาได้จึงถือเป็นการไม่เคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สอดคล้องกับหลักนิติปรัชญาของ Immanuel Kant ที่ได้อธิบายไว้ว่า ไม่มีมนุษย์คนใดมีสิทธิที่จะใช้มนุษย์ด้วยกันเองเป็นเครื่องมือ (Means) เพื่อบรรลุจุดประสงค์เชิงอัตวิสัยหรือจุดมุ่งหมายของตน มนุษย์แต่ละคนย่อมต้องปฏิบัติต่อมนุษย์ด้วยกันในฐานะที่เป็นจุดหมายในตัวมนุษย์นั่นเองเสมอ การใช้มนุษย์เป็นเครื่องมือหรือเป็นวิถีทางไปสู่จุดหมายจึงเป็นอาชญากรรมต่อศักดิ์ศรีที่มีอยู่ในฐานะเป็นมนุษย์ เมื่อการตั้งครรภ์แทนเป็นการเอาร่างกายของหญิงเป็นเครื่องมือไปสู่เป้าหมายคือ การต้องการมีบุตรและยังเป็นการทำไปเพื่อประโยชน์ทางทรัพย์สินจึงได้รับการโจมตีอย่างมากว่า เป็นการลดคุณค่าความเป็นมนุษย์ของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน อีกทั้งยังมองได้ว่า เด็กในกรณีนี้ก็เป็นเพียงเครื่องมือเพื่อตอบสนองความสุขของผู้ใหญ่ที่ต้องการมีบุตรเท่านั้นเป็นการลดคุณค่าความเป็นมนุษย์ของเด็กด้วยเช่นกัน⁴⁸

ในขณะที่ฝ่ายตรงข้ามที่เห็นว่าการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์นั้นเกิดขึ้นได้ก็ได้อย่างดี โดยใช้มุมมองในเรื่องสิทธิเสรีภาพของบุคคลแสดงความเห็นว่าการตั้งครรภ์แม้ว่าจะมีค่าตอบแทนก็เป็นสิทธิของผู้หญิงคนหนึ่ง ๆ ที่จะทำสิ่งใดต่อร่างกายของตนเองก็ได้ เสมือนเป็นการใช้แรงงานของตนเองแลกกับเงิน การห้ามไม่ให้หญิงกระทำการดังกล่าว เท่ากับเป็นการปฏิเสธความเป็นเจ้าของอย่างสมบูรณ์เหนือเนื้อตัวร่างกายของมนุษย์คนหนึ่ง⁴⁹

เมื่อพิจารณาในระบบกฎหมายไทยแล้วจะสังเกตได้ว่า ผู้ร่างกฎหมายมีแนวโน้มที่จะเห็นด้วยกับฝ่ายแรกเห็นได้จากที่พระราชบัญญัติได้มีการบัญญัติห้ามการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 24 และยังได้กำหนดโทษในทางอาญา กรณีฝ่าฝืนไว้ด้วยตามมาตรา 487

มาตรา 24 “ห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า”

แต่เดิมในร่างพระราชบัญญัติการรับตั้งครรภ์แทน พ.ศ. มาตรา 7 นั้นได้กำหนดให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนหรือสิทธิประโยชน์อื่นที่จำเป็นตามสมควรและไม่มีลักษณะเพื่อวัตถุประสงค์ในทางการค้า แต่ภายหลังได้มีการแก้ไขในร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ พ.ศ. 2558 มาตรา 19 โดยเหลือไว้เพียงแต่ห้ามการดำเนินการตั้งครรภ์แทนเพื่อวัตถุประสงค์ในทางการค้าเท่านั้น จนได้แก้ไขมาเป็นมาตรา 24 ในปัจจุบัน

⁴⁸จาก ปัญหาการตั้งครรภ์แทนกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (วิทยานิพนธ์), โดย ปทิตตาไชยปาน, 2557, มหาวิทยาลัย. ลิขสิทธิ์ 2557 โดย ปทิตตาไชยปาน.

⁴⁹From Mary Shanley, *Making Babies, Making Families*. by M. L. Shanley, Massachusetts: Beacon Press, 2002, (pp. 105-110) by M. L. Shanley.

เมื่อพิจารณาคำที่กฎหมายใช้ คำว่า “ประโยชน์ทางการค้า” นั้น ผู้เขียนเห็นว่า น่าจะเป็นคำที่สื่อมาจากคำว่า “Commercial” ในภาษาอังกฤษ ซึ่งเป็นคำที่ใช้บ่งบอกลักษณะของ สัญญาตั้งครรภ์แทนประเภทหนึ่งก็คือ Commercial Surrogacy หรือที่ผู้เขียนได้แปลไว้ข้างต้นว่า “สัญญาตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์” หรือสัญญาตั้งครรภ์แทนที่มีค่าตอบแทนในลักษณะที่เป็นค่าตอบแทน หรือค่าจ้างในการตั้งครรภ์แทน ดังนี้ โดยปกติแล้วการห้ามการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์อาจไม่ได้ หมายความว่า ห้ามมิให้มีเงินเข้ามาเกี่ยวข้องเลย แต่เป็นการห้ามทำสัญญาตั้งครรภ์แทน ในลักษณะ ที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนได้ค่าตอบแทนหรือประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งตอบแทน นอกเสียจาก สิ่งที่เป็นแก่การดำเนินการตั้งครรภ์แทนนั้น หรือที่กฎหมายกำหนดให้สามารถได้รับ ซึ่งปัญหา เรื่องสิ่งตอบแทนที่ว่า อย่างไรจึงจะเข้าข่าย “เพื่อประโยชน์ทางการค้า” ก็อาจจะยังสร้างความสับสน หรืออาจเป็นช่องว่างให้ผู้ที่ต้องการหลบเลี่ยงกฎหมายในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ได้ หากไม่ระบุนขอบเขตให้ชัดเจน เช่น นอกจากคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรจะเป็นผู้ออกค่ารักษาพยาบาล ทั้งหมดแล้ว ก็ได้ให้ค่าตอบแทนในลักษณะเป็นค่าขาดรายได้ของหญิงในช่วงที่ต้องขาดงาน เนื่องจากการตั้งครรภ์แทนนั้นด้วย หรือในกรณีไม่ได้ให้เป็นเงิน แต่ให้ความสะดวกสบายใน การดำรงชีวิตอื่น ๆ เช่น ค่าเดินทาง อย่างนี้ก็อาจเป็นปัญหาว่าจะถือเป็นกรณีที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทน ได้รับสิ่งตอบแทนในลักษณะเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือไม่

ปัญหาในเรื่องค่าใช้จ่ายนี้ หากพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมาย ณ ปัจจุบันก็จะ เห็นได้ว่า มีค่าใช้จ่ายอยู่ประเภทเดียวที่กฎหมายรับรองแน่นอนให้ผู้สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร สามารถจ่ายได้ และมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบ คือ ค่าใช้จ่ายเพื่อบำรุงสุขภาพของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน และค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กตามมาตรา 25 โดยกำหนดให้รัฐมนตรีกระทรวง สาธารณสุขมีหน้าที่ในการออกกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ซึ่งในปัจจุบันก็ได้มีประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่องหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนและค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษา สุขภาพของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ การยุติการตั้งครรภ์แทนการคลอดและหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนหลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อย กว่าสามสิบวัน พ.ศ. 2558 ข้อที่ 3 ได้นิยามคำว่า ค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพไว้ประกอบกับ ในข้อ 4(3)40 กำหนดค่าใช้จ่ายที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรต้องรับผิดชอบให้รวมถึงค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่ระบุไว้ ซึ่งได้ระบุไว้อย่างจำกัดชัดเจน และเป็นรูปธรรม โดยสรุปแล้วค่าใช้จ่ายในการบำรุง สุขภาพที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรต้องรับผิดชอบนั้น ได้แก่

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง การแพทย์ฯ มาตรา 25 บัญญัติว่า “ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขโดยคำแนะนำของ คณะกรรมการประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน

และค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ การยุติการตั้งครรภ์แทนการคลอด และหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนหลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน” ประกาศกระทรวงสาธารณสุขเรื่องหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนและค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์การยุติการตั้งครรภ์แทนการคลอดและหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนหลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน พ.ศ. 2558 ข้อ 3 ประกาศกระทรวงสาธารณสุขเรื่องหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนและค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์การยุติการตั้งครรภ์แทนการคลอดและหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนหลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน พ.ศ. 2558 ข้อ 4(3)

1) ค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์การยุติการตั้งครรภ์แทนการคลอดและหลังคลอด เช่น ค่าฝากครรภ์ ค่าฉีควัคซีน โดยเป็นความตกลงยินยอมของสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายและหญิงที่ตั้งครรภ์แทน

2) ค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนหลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน

3) ค่าใช้จ่ายในการตรวจค่ารักษาพยาบาลตามกระบวนการรับตั้งครรภ์แทนของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน

4) ค่าตรวจวินิจฉัยสุขภาพของทารกในครรภ์และค่าวินิจฉัยทางพันธุกรรมของเด็กก่อนตั้งครรภ์ระหว่างตั้งครรภ์และหลังคลอดอันเนื่องมาจากข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน

เห็นได้ว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 นี้กำหนดค่าใช้จ่ายที่ให้ผู้สามารถจ่ายได้ไว้ชัดเจน เฉพาะในเรื่องของค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการทางการแพทย์เพื่อประโยชน์ในการตั้งครรภ์และการดูแลเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยแท้เท่านั้น โดยมิได้ระบุว่าให้ผู้สามารถมีค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ได้ หรือไม่ เพียงใด ประกอบกับพัฒนาการของการร่างบทบัญญัติที่มีการตัดสินใจของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนในการได้รับค่าตอบแทนหรือสิทธิประโยชน์อื่นที่จำเป็นตามสมควรออกไปก็อาจทำให้เห็นแนวโน้มในที่ต้องการการห้ามมิให้มีการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์อย่างชัดเจน จนอาจทำให้เข้าใจได้ว่า กฎหมายปฏิเสธรการได้ค่าตอบแทนใด ๆ ก็ตาม แม้จะเป็นไป “ตามสมควร” ก็ตาม ซึ่งประเด็นเรื่องการตีความ คำว่า ประโยชน์ในทางการค้านี้จะมีความหมายอย่างไร ผู้เขียนเห็นว่าเป็นประเด็นที่น่าสนใจเป็นอย่างยิ่ง

2) วิธีการตั้งครรภ์แทน

วิธีการตั้งครรภ์แทนในที่นี้ หมายถึง กระบวนการทางวิทยาศาสตร์ที่ใช้ในการปฏิสนธิตัวอ่อนและทำให้เกิดการตั้งครรภ์ขึ้น ซึ่งในพระราชบัญญัตินี้ได้รับรองไว้ 2 วิธีตามที่ปรากฏในมาตรา 22 การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัตินี้ให้กระทำได้สองวิธีดังต่อไปนี้⁵⁰

(1) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีและไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน

(2) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีหรือไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนกับไข่หรืออสุจิของผู้อื่น ทั้งนี้ ห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

วิธีแรก คือ การใช้ทั้งเซลล์สืบพันธุ์ของสามีและภริยาผู้เป็นคู่สัญญาที่ประสงค์จะมีบุตรผสมกันเพื่อสร้างตัวอ่อน

วิธีที่สอง คือ ใช้เซลล์สืบพันธุ์ของสามีหรือภริยาคนใดคนหนึ่งผสมกับเซลล์สืบพันธุ์ของบุคคลอื่น แต่บุคคลอื่นนั้นห้ามเป็นของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน ดังนี้ จึงอาจสรุปได้ว่ากฎหมายไทยไม่รับรองการตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธิภายในที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนมีความเกี่ยวข้องกับพันธุกรรมและการตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธิภายนอกที่ใช้เซลล์สืบพันธุ์ของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนโดยรับรองการตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธิภายนอกเฉพาะที่ใช้เซลล์สืบพันธุ์ของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอย่างน้อยหนึ่งคนเท่านั้น ซึ่งจะเห็นได้ว่ากฎหมายได้พยายามจำกัดความผูกพันระหว่างเด็กที่เกิดมากับหญิงที่ตั้งครรภ์แทนไม่ให้รวมไปถึงความสัมพันธ์ทางสายโลหิตหรือทางพันธุกรรม และวางเงื่อนไขให้เด็กต้องมีสายสัมพันธ์ทางชีววิทยากับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร ซึ่งจะกลายเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายในอนาคตด้วย อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัตินี้ก็ไม่ได้กำหนดผลว่า หากใช้วิธีอื่นในการตั้งครรภ์แทน เช่น หากใช้เซลล์สืบพันธุ์ของผู้บริจาคทั้งหมด เด็กที่เกิดมานั้นจะเป็นอย่างไร จะกลับไปใช้หลักกฎหมายครอบครัวหรือไม่ หรือผลของการตั้งครรภ์แทนนั้นจะเป็นอย่างไร ซึ่งผู้เขียนจะได้ศึกษาต่อไป

⁵⁰จาก ราชกิจจานุเบกษา, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 16, (น.1-12)

2.12.2 รูปแบบของสัญญา

รูปแบบของสัญญา ในที่นี้ผู้เขียนต้องการสื่อความหมายถึงวิธีที่กฎหมายกำหนดให้ทำในลักษณะคล้าย ๆ แบบหรือหลักฐานเป็นหนังสือในทางนิติกรรม ซึ่งแม้ในหมวดของการตั้งครุฑแทนในพระราชบัญญัตินี้จะไม่ได้อำหนดรูปแบบของสัญญาเอาไว้ แต่ก็ปรากฏในส่วนของนิยามการตั้งครุฑแทนในมาตรา 3 ว่า “การตั้งครุฑแทน” หมายความว่า การตั้งครุฑโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยหญิงที่รับตั้งครุฑแทนมีข้อตกลงเป็นหนังสือไว้กับสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายก่อนตั้งครุฑว่า จะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น

การกำหนดให้สัญญาตั้งครุฑแทนต้องทำเป็นหนังสือนี้เป็นการเพิ่มเติมภายหลังร่างกฎหมายผ่านสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาแล้ว ซึ่งในการแก้ไขเดียวกันนั้นก็แก้ไขเพิ่มเติมหน้าที่ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขให้มีหน้าที่ออกประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไขเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่ตั้งครุฑแทนขณะตั้งครุฑคลอดและหลังคลอดและเพิ่มเติมหน้าที่ในการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครุฑแทน เพื่อเป็นกรอบในการดำเนินการ โดยมีจุดประสงค์เพื่อเป็นการคุ้มครองหญิงที่ตั้งครุฑแทน และเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้น⁵¹ ซึ่งก็คือหน้าที่อันปรากฏอยู่ในมาตรา 25 ของพระราชบัญญัตินี้เอง ทั้งนี้กระทรวงสาธารณสุขจึงได้ออกประกาศกระทรวงเรื่องหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครุฑแทน และค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่ตั้งครุฑแทนในขณะตั้งครุฑ การยุติการตั้งครุฑแทนการคลอดและหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครุฑแทนหลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน พ.ศ. 2558 มากำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับตัวเนื้อหาของสัญญาซึ่งได้นิยามความหมายของ “ข้อตกลงการตั้งครุฑแทน” ไว้ในลักษณะเดียวกับ “การตั้งครุฑแทน” ที่กล่าวไว้ข้างต้น และยังได้กำหนดรูปแบบและเนื้อหาของสัญญาในเชิงสัญญามาตรฐาน (Standard form Contract) อันเป็นเนื้อหาที่ต้องปรากฏในสัญญาตั้งครุฑแทนไว้ในข้อ 4 ด้วย

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ๒๕๕๘

⁵¹จาก ราชกิจจานุเบกษา, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 16, (น.1-12)

ข้อ 4 “ในการทำหนังสือที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนและค่าใช้จ่ายตามแบบ กทพ. 2 ทำประกาศนี้ ต้องประกอบไปด้วยสาระสำคัญดังต่อไปนี้

- (1) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนตกลงที่จะดูแลทารกในครรภ์ เช่น อนุญาตให้ปรึกษา
- (2) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนตกลงที่จะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย
- (3) สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพ ตามข้อ 3
- (4) ในกรณีหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้รับความเจ็บป่วยทางสุขภาพอันเนื่องมาจากการรับตั้งครรภ์แทนสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในความเจ็บป่วยที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน
- (5) กรณีเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้รับความเจ็บป่วยทางสุขภาพอันเนื่องมาจากการรับตั้งครรภ์แทนสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในความเจ็บป่วย
- (6) สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายอาจตกลงกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในเรื่องการทำประกันสุขภาพให้กับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนด้วยก็ได้”

จากบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องทั้งหมดที่กล่าวมาสามารถสรุปหลักเกณฑ์ในเรื่องรูปแบบของสัญญาที่กฎหมายกำหนดได้เป็น 4 ข้อ คือ

- (1) หญิงที่ตั้งครรภ์แทนต้องมีข้อตกลงเป็นหนังสือไว้กับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร
- (2) ข้อตกลงนั้นต้องมีเนื้อหาว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนจะมอบเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์นั้นให้แก่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร
- (3) ต้องเป็นข้อตกลงที่ทำไว้ก่อนการตั้งครรภ์แทนและ
- (4) เนื้อหาของสัญญาเบื้องต้นต้องมีสาระสำคัญตามที่ประกาศกระทรวงกำหนด

2.12.3 เงื่อนไขเกี่ยวกับตัวบุคคล

บุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องในการตั้งครรภ์ ได้แก่ คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร (Intended Parents/Commissioning Party) หญิงที่ตั้งครรภ์แทน (Surrogate/Surrogate Mother/Gestational Mother) และในหลายๆ ครั้ง บุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับสัญญาตั้งครรภ์แทนอาจรวมถึงตัวกลางที่เป็นผู้ประสานระหว่างทั้งสองฝ่ายหรืออาจทำหน้าที่คล้ายนายหน้าในการติดต่อหญิงที่ตั้งครรภ์แทนให้แก่คู่สัญญาผู้ประสงค์

จะมีบุตรผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมหรือแพทย์ผู้เชี่ยวชาญที่รับดำเนินการและในกฎหมายของหลาย ๆ ประเทศ จะรวมไปถึงบุคคลผู้เป็นสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนด้วย โดยกำหนดให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนต้องได้รับความยินยอมจากสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของตนก่อน

ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ นั้นได้บัญญัติถึงเงื่อนไขเกี่ยวกับตัวบุคคลนี้ไว้เช่นกัน โดยปรากฏในมาตรา 21 และยังให้อำนาจกระทรวงสาธารณสุขในการออกประกาศเพิ่มเติมเอาไว้ด้วย ซึ่งปัจจุบันก็มีประกาศกระทรวงสาธารณสุขเรื่องหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในการให้หญิงอื่นที่มีไข่ญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายรับตั้งครรภ์แทน พ.ศ. 2558

มาตรา 21 “ภายใต้บังคับมาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนอย่างน้อยต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

(1) สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีที่สามีหรือภริยามีได้มีสัญชาติไทยต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี

(2) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีอายุครรภ์หรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ตาม (1)

(3) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ตาม (1) ในกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนได้ ทั้งนี้ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศ กำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการ

(4) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นหญิงที่เคยมีบุตรมาแล้วเท่านั้น ถ้าหญิงนั้นมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินฉันสามีภริยาจะต้องได้รับความยินยอมจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายดังกล่าวด้วย”⁵²

⁵²จาก ประกาศกระทรวงสาธารณสุขเรื่องหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในการให้หญิงอื่นที่มีไข่ญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายรับตั้งครรภ์แทนพ.ศ. 2558. ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 132 ตอนพิเศษ 330 ง หน้า 6-7 13 ธันวาคม 2558. สืบค้นจาก <https://thaisrm.com/images/pdf/1-4D26925.pdf>.

สำคัญเกี่ยวกับตัวบุคคลที่เกี่ยวข้องในสัญญาอยู่ในข้อ 3 – ข้อ 7 ซึ่งเมื่อพิจารณามาตรา 21 ควบคู่ไปกับประกาศกระทรวงสาธารณสุขแล้ว อาจสรุปเงื่อนไขเกี่ยวกับตัวบุคคลได้ดังนี้

1) คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร

คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร (Intended Parents/Commissioning Party) หมายถึง บุคคลที่มีเจตนาเข้าทำสัญญาตั้งครรภ์แทน โดยตกลงจะรับเด็กที่เกิดมาจากการอาศัยเทคโนโลยี ช่วยการเจริญพันธุ์นั้นเป็นบุตร โดยปกติคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอาจเป็นสามีหรือภริยาหรือทั้ง สามีและภริยาเข้าเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งร่วมกันเป็นคู่สัญญาผู้มีเจตนาเริ่มต้นที่ทำให้มีการตั้งครรภ์แทน เกิดขึ้น

ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์⁵³ นี้ คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรต้องเป็นสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายโดยอาจเป็นการ สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายไทยหรือตามกฎหมายต่างประเทศก็ได้ และต้องเข้าเป็น คู่สัญญาร่วมกันทั้งคู่เท่านั้น สามีภริยานั้นจะต้องเป็นบุคคลสัญชาติไทยทั้งคู่ หรือหากผู้ใดผู้หนึ่ง มีสัญชาติไทยเพียงคนเดียวก็ต้องจดทะเบียนสมรสกันมาแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 3 ปี ผู้เป็นภริยา จะต้องไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ โดยต้องผ่านการตรวจร่างกายจากแพทย์ก่อนมีการดำเนินการเพื่อ การตั้งครรภ์แทน โดยตรวจอสุจิของผู้ให้บริการหรือผู้บริจาค ในกรณีที่ใช้เซลล์สืบพันธุ์ของ ผู้บริจาคตรวจประเมินผลลูกและรังไข่ของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรฝ่ายหญิงประเมินสภาพแวดล้อม เช่น ปัจจัยด้านครอบครัว ด้านฐานะทางเศรษฐกิจ อาชีพ และความพร้อมทางด้านสภาพจิตใจ อย่างน้อยด้วยวิธีการสัมภาษณ์และสังเกตพฤติกรรมการแสดงออกในด้านต่างๆ เพื่อค้นหาความผิดปกติ หากกรณีมีข้อบ่งชี้ควรผ่านการตรวจสอบจากจิตแพทย์⁵³

2) หญิงที่ตั้งครรภ์แทน

หญิงที่ตั้งครรภ์แทน (Surrogate/Surrogate Mother/Gestational Mother) ตาม Black's Law Dictionary ได้นิยามหญิงที่ตั้งครรภ์แทน (Surrogate Mother) ไว้ว่า คือหญิงที่ตกลงจะดำเนินการ ตั้งครรภ์และคลอดเด็ก โดยตกลงจะสละสิทธิความเป็นบิดามารดา (Parental Rights) ใด ๆ ที่มีอยู่

⁵³จาก ประกาศแพทยสภาที่ 95(3)/2558 เรื่องหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขสำหรับการตรวจและ ประเมินความพร้อมทางด้านร่างกายจิตใจและสภาพแวดล้อมของผู้ให้บริการหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและ ผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ ที่จะนำมาใช้ดำเนินการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์. ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 132 ตอนพิเศษ 280 ง หน้า 20-21 ประกาศใช้ 4 พฤศจิกายน 2558 สืบค้นจาก http://www.med.nu.ac.th/fom/th/nuhoffice/file_mt/194_

เหนือตัวเด็กที่เกิดมาให้แก่คู่สมรสที่มีความผิดปกติทางร่างกาย โดยหญิงนั้นอาจมีความเกี่ยวข้องกับพันธุกรรมกับเด็กหรือไม่ก็ได้อาจเป็นหญิงที่โสดหรือสมรสแล้วก็ได้

แต่ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ นี้ได้กำหนดเงื่อนไขไว้เฉพาะเจาะจงลงไปอีกโดยให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนต้องเป็นบุคคลที่มีไขว่พบการหรือผู้สืบสันดานของคู่สัญญาที่ประสงค์จะมีบุตรต้องเป็นญาติสายโลหิตของสามีหรือภริยาผู้เป็นคู่สัญญาที่ประสงค์จะมีบุตร โดยได้รับความยินยอมจากสามีตามกฎหมายหรือชายที่อยู่กินฉันสามีภริยาของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนแล้วเคยมีบุตรมาก่อนและผ่านการตรวจสอบตามประกาศแพทยสภา ได้แก่ การตรวจประวัติสุขภาพและตรวจร่างกายทั่วไปว่ามีสุขภาพสมบูรณ์เหมาะสมที่จะได้รับการด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และไม่มีข้อห้ามในการใช้ยาฮอร์โมนขณะตั้งครรภ์ ตรวจเลือดเพื่อคัดกรองโรค หรือภาวะที่มีผลต่อสุขภาพ ตรวจประเมินมดลูกและรังไข่ รวมถึงสภาพท่อนำไข่ในกรณีที่มีความจำเป็น ตรวจประเมินสภาพแวดล้อม เช่น ปัจจัยด้านครอบครัว ด้านเศรษฐกิจอาชีพ เป็นต้น ตรวจประเมินความพร้อมทางด้านสภาพจิตใจ อย่างน้อยโดยการสัมภาษณ์และสังเกตพฤติกรรมการแสดงออกในด้านต่าง ๆ เพื่อค้นหาความผิดปกติ หากกรณีมีข้อบ่งชี้ควรผ่านการตรวจสอบจากจิตแพทย์ ซึ่งการกำหนดให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติสายโลหิตนี้มีที่มาจากความเห็นของกระทรวงสาธารณสุขที่เห็นว่า การกำหนดดังกล่าวจะทำให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนมีความผูกพันและความรับผิดชอบต่อเด็กและเป็นการขจัดเงื่อนไขการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ไปในตัว⁵⁴ เฉพาะในกรณีที่ไม่มีญาติสายโลหิตเท่านั้นที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนอาจเป็นหญิงอื่นที่ไม่ใช่ญาติสายโลหิตได้ โดยจะต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยยื่นแบบคำขออนุญาตดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามแบบ กทพ. 3 พร้อมกับแบบข้อตกลงการรับตั้งครรภ์แทนตามแบบ กทพ. 2 และแบบหนังสือแสดงความยินยอมให้มีการตั้งครรภ์แทนของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายตามแบบ กทพ. 452 โดยหญิงอื่นที่ไม่ใช่ญาติสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่เป็นคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรนั้นต้องมีลักษณะดังนี้ มีสัญชาติเดียวกับสามีหรือภริยาที่เป็นคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรต้องมีอายุระหว่าง 20-40 ปีบริบูรณ์ และเคยมีบุตรมาแล้วโดยการคลอดตามธรรมชาติไม่เกิน 3 ครั้ง ถ้าเป็นกรณีที่ผ่าคลอดไม่เกิน 1 ครั้ง ต้องผ่านการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกายจิตใจและสภาพแวดล้อมตามประกาศแพทยสภาเหมือนในกรณีหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเป็นญาติที่ได้กล่าวไปข้างต้น หากมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย

⁵⁴จาก ราชกิจจานุเบกษา, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 16, (น.1-12)

หรือชายที่อยู่กินกันสามีกิริยาจะต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีหรือชายนั้นด้วย ต้องมีหนังสือแสดงความยินยอมของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้น พร้อมเอกสารตามแบบ กทพ. 15 พร้อมทั้งระบுகความสัมพันธ์ในทางสังคมกับสามีหรือภริยาที่เป็นคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรไว้ด้วยนอกจากนี้กฎหมายยังได้จำกัดให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนสามารถจะรับตั้งครรภ์แทนได้ไม่เกิน 2 ครั้งอีกด้วย⁵⁵

3) บุคคลที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ

นอกจากในสัญญาตั้งครรภ์แทนจะต้องมีคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรและหญิงที่ตั้งครรภ์แทนแล้วในบางกรณีอาจมีบุคคลอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องได้ เช่น ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ นี้ กำหนดให้หากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินกันสามีกิริยาก็จะต้องได้รับความยินยอมจากสามีหรือชายนั้นด้วยในด้านหนึ่ง การกำหนดเช่นนี้ อาจเป็นการคุ้มครองบุคคลที่ต้องอยู่กับหญิงที่ตั้งครรภ์แทนในระหว่างที่ตั้งครรภ์ แต่ในอีกด้านหนึ่งการกำหนดให้ต้องได้รับความยินยอมจากชายที่อยู่กินกันสามีกิริยากับหญิงด้วยนี้ อาจทำให้เกิดปัญหาที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรไม่อาจทราบได้ว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนมีบุคคลดังกล่าวอยู่ในชีวิตด้วย เพราะในความเป็นจริงแล้วไม่มีวิธีที่จะสามารถตรวจสอบได้แน่นอนและหากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนตั้งใจปิดบังข้อเท็จจริงดังกล่าวก็จะยิ่งเป็นไปได้ยากที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรนั้นจะทราบ

นอกจากนี้ ในกรณีที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรไม่ได้ติดต่อหญิงที่ตั้งครรภ์แทนด้วยตนเองแต่มีคนกลางหรือนายหน้าคอยช่วยประสานงานให้หลาย ๆ ประเทศก็ออกกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนให้ครอบคลุมไปถึงการควบคุมบรรดาคนกลางหรือนายหน้านั้น ๆ ด้วย เช่นเดียวกับในพระราชบัญญัตินี้ก็มีกำหนดห้ามมิให้มีการกระทำการเป็นคนกลางหรือนายหน้าโดยได้รับประโยชน์ตอบแทนและห้ามการโฆษณาว่ามีบุคคลใดต้องการรับตั้งครรภ์แทนบุคคลอื่นหรือบุคคลใดต้องการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน นอกจากนี้ ก็ได้กำหนดโทษในทางอาญาแก่ผู้กระทำการฝ่าฝืนไว้ด้วย แต่การกระทำในลักษณะคนกลางนี้จะตีความกว้างให้หมายรวมไปถึงแพทย์ผู้เชี่ยวชาญผู้ดำเนินการเพื่อการตั้งครรภ์แทนให้ด้วยหรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า ไม่น่าจะรวมไปถึง เพราะไม่ได้กระทำการอันมีลักษณะเป็นนายหน้าที่ต้องเป็นบุคคลที่ทำหน้าที่ชี้ช่องหรือจัดการให้ตัวการกับบุคคลภายนอกเข้าทำสัญญากัน⁵⁶ ในส่วนของแพทย์ผู้เชี่ยวชาญนั้นพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ นี้ก็ได้กำหนดเงื่อนไข

⁵⁵จาก ราชกิจจานุเบกษา, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 52, (น.6-7)

⁵⁶จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียงมาตราฯ ว่าด้วยตัวแทน-นายหน้า (พิมพ์ครั้งที่ 1). โดย จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย, 2557, กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา. ลิขสิทธิ์. 2557 โดย จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย.

ของแพทย์ที่จะสามารถเป็นผู้ดำเนินการได้และเงื่อนไขบางประการที่กำหนดไว้ให้เป็นหน้าที่ของแพทย์ที่ต้องปฏิบัติก่อนมีการดำเนินการเพื่อช่วยการเจริญพันธุ์โดยกำหนดให้ต้องเป็นแพทย์ที่มีคุณสมบัติตามประกาศแพทยสภาเป็นข้อกำหนดคุณสมบัติของแพทย์ที่จะเป็นผู้ให้บริการโดยเน้นไปที่ลักษณะของแพทย์ที่สมควรเป็นผู้ดำเนินการให้ต้องเป็นผู้มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ และมีความประพฤติที่เหมาะสมซึ่งหากมีการฝ่าฝืนจะมีโทษอาญาตามที่ปรากฏในมาตรา 46 ของพระราชบัญญัตินี้

นอกจากนี้ แพทย์ยังมีหน้าที่สำคัญการตรวจประเมินความพร้อมทางด้านร่างกาย จิตใจและสภาพแวดล้อมของผู้ขอรับบริการหญิงที่ตั้งครรภ์แทนและผู้บริจาคเซลล์สืบพันธุ์อันระบุไว้ในมาตรา 166 ตามวิธีการที่ระบุในประกาศแพทยสภาที่ 95(3)2558 เรื่องหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขสำหรับการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกาย จิตใจ และสภาพแวดล้อมของผู้ขอรับบริการหญิงที่ตั้งครรภ์แทน และผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ ที่จะนำมาใช้ดำเนินการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ แต่การฝ่าฝืนในกรณีนี้ไม่ได้มีความผิดทางอาญาร้ายแรงเป็นแต่เพียงการฝ่าฝืนจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมเท่านั้น อย่างไรก็ตาม การไม่ได้รับการตรวจอย่างถูกต้องตามข้อกำหนดในแพทยสภานี้อาจส่งผลกระทบต่อสัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นอย่างมาก เนื่องจากแม้ว่ามาตรา 166 จะเป็นบทบัญญัติอยู่ในหมวดของหน้าที่แพทย์ แต่มาตรา 21 นั้นอยู่ภายใต้มาตรา 15 มาตรา 16 มาตรา 17 ของพระราชบัญญัตินี้ กล่าวคือ ก่อนที่จะได้มีการดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนจะต้องผ่านกระบวนการตามมาตรา 16 เสียก่อน และแม้ว่าจะกำหนดรายละเอียดการตรวจประเมินไว้ในแพทยสภาแต่ก็เป็นรายละเอียดที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ จึงไม่น่าจะส่งผลถึงแค่ทำให้แพทย์มีความผิดเท่านั้น แต่น่าจะถือเป็นเงื่อนไขหนึ่งที่ต้องปฏิบัติตามเพื่อให้สัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นไปโดยสมบูรณ์ตามที่กฎหมายกำหนดด้วยเช่นกัน เช่นเดียวกับเงื่อนไขเกี่ยวกับสัญญาที่กล่าวมาข้างต้น เงื่อนไขเกี่ยวกับตัวบุคคลนี้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ฯ ก็ไม่กำหนดผลกรณีสัญญาตั้งครรภ์แทนทำขึ้นโดยบุคคลที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดเช่นกัน อีกทั้งพระราชบัญญัตินี้ยังมีกรณีที่เชื่อมโยงกับการให้อำนาจแพทยสภาในการกำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ มีการให้ออกประกาศกระทรวง ซึ่งก็ได้เชื่อมโยงไปยังการออกประกาศแพทยสภาเช่นเดียวกันตามมา ส่งผลให้เงื่อนไขในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นมีความละเอียดและข้อจำกัดหลายประการ โดยเงื่อนไขต่าง ๆ ที่กำหนดไว้อย่างละเอียดนั้นปรากฏในกฎหมายหลายรูปแบบ อันมีลำดับศักดิ์ของกฎหมายและขอบเขตการบังคับใช้โดยปกติแตกต่างกัน ซึ่งก็น่าสงสัยว่าการฝ่าฝืนเงื่อนไขที่แตกต่างกันจะส่งผลทางกฎหมายเหมือนกันหรือต่างกันหรือไม่อย่างไร หรือจะสามารถทำให้ครบตามที่กฎหมายกำหนดภายหลังจากหญิงตั้งครรภ์แล้วหรือหลังจากเด็กเกิดได้หรือไม่

ท้ายสุดในเรื่องสาระสำคัญในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ นี้ ผู้เขียนมีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า ในกระบวนการร่างกฎหมายนั้นเมื่อมีการสอบถามความเห็นเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัตินี้ไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้องต่าง ๆ กระทรวงสาธารณสุขได้มีความเห็นข้อหนึ่งว่าควรเพิ่มบทบัญญัติในหมวดการคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ ด้วยโดยเขียนไว้เพียงกว้าง ๆ ไม่ได้ระบุว่าเป็นอะไรอย่างชัดเจน ซึ่งแม้ท้ายสุดจะไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายในหมวดดังกล่าว แต่การมีความเห็นเช่นนี้ก็อาจสะท้อนให้เห็นการตระหนักถึงความสำคัญของกฎหมายนี้ที่มีต่อการจะคุ้มครองเด็กที่เกิดมาเป็นอย่างยิ่งก็ได้⁵⁷

4) การตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด

ดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น วัตถุประสงค์สำคัญในการร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ ก็คือ เพื่อคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กที่เกิดมา จึงได้มีกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ผู้ร่างเห็นว่าจะเป็นการคุ้มครองเด็กนั้น โดยเฉพาะในเรื่องการกำหนดรับรองสถานะทางกฎหมายของเด็กที่เกิดมาให้สอดคล้องเท่าทันกับความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีที่พัฒนาไปไกลเกินกว่าจะใช้แนวคิดเดิม ๆ เพียงลำพัง อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัตินี้ได้กล่าวไม่ได้กำหนดผลของการตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้โดยตรงว่าเด็กที่เกิดมานั้นจะมีสถานะอย่างไรหรือจะส่งผลอย่างไรต่อเด็กนั้นบ้าง ด้วยเหตุนี้ทำให้ต้องย้อนกลับไปพิจารณากฎหมายทั่วไปที่อาจนำมาปรับใช้ได้ และจะให้ผลที่เหมาะสมที่สุด

เมื่อพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ เป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นให้เหมาะสม จึงมีลักษณะเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องพันกับสถานะของบุคคลและความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในทางครอบครัว ซึ่งจากความเห็นของนักวิชาการและแนวคำพิพากษาของศาลไทยแล้วบทบัญญัติของกฎหมายที่มีลักษณะเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในครอบครัวเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ผู้เขียนจึงเห็นว่าการไม่ทำตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ นี้เป็นการไม่ทำตามกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนซึ่งเป็นกรณีที่บุคคลไม่อาจอ้าง

⁵⁷From “A critical and comparative study of parentage through assisted human reproductive technology in the legal systems of the UK, the USA and Thailand.” by W. Saengsook, 2010. *International Journal of Arts and Sciences*, 3(15), 623-632, by W. Saengsook.

หลักอิสระในทางแข่งได้เพื่อจะกระทำการแตกต่างไปจากกฎหมายบัญญัติอย่างที่มาตรา 151 วางหลักไว้ ซึ่งผลในทางนิติกรรมที่เกิดขึ้นจากการฝ่าฝืนนี้ก็จะทำให้สัญญาตั้งครรรค์แทนดังกล่าว ตกเป็นโมฆะตามมาตรา 151

เมื่อพิจารณารูปแบบที่กำหนดในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ฯ ให้มีข้อตกลงเป็นหนังสือและมีเนื้อหาตามที่กฎหมาย กำหนดไว้ แต่ไม่ได้กำหนดไว้ว่า หากไม่ทำตามแล้วการตั้งครรรค์แทนจะตกเป็นโมฆะ จึงเป็นกรณี ที่มีความเห็นในทางวิชาการแตกต่างกันอยู่ดังที่ได้กล่าวไว้ในข้างต้น ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็น ของฝ่ายที่สองว่า ไม่ควรนำมาตรา 152 มาปรับใช้ในทุกกรณี ส่วน กทพ. 2 ที่อยู่ท้ายประกาศ กระทรวงสาธารณสุขนั้น ผู้เขียนเห็นว่า น่าเป็นแบบในความหมายทั่วไปที่จัดทำขึ้นเพื่ออำนวยความสะดวกแก่คู่สัญญาเสียมากกว่า ดังนั้น หากคู่สัญญาได้ทำข้อตกลงเป็นหนังสือต่อกันแล้วมี เนื้อหาตามที่กฎหมายกำหนดแม้ไม่ได้ใช้แบบตาม กทพ. 2 ก็น่าจะยังถือเป็นการทำตามเงื่อนไขใน เรื่องการทำข้อตกลงเป็นหนังสือตามมาตรา 3

ข้อตกลงที่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย หลักอิสระทางแพ่งนั้น นอกจากจะถูกจำกัดด้วยการห้ามมิให้ตกลงแตกต่างจากกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือ ศีลธรรมอันดีของประชาชนและแบบที่กฎหมายกำหนดแล้ว การที่ปัจเจกชนจะใช้เสรีภาพในการทำ นิติกรรมใด ๆ นั้นจะต้องเป็นนิติกรรมที่ไม่มีวัตถุประสงค์ ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมายด้วยตาม ที่ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 วัตถุประสงค์ที่ต้องห้ามขัดแย้งโดย กฎหมายนี้ หมายถึง นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ที่กฎหมายบัญญัติห้ามไว้อย่างชัดเจน ไม่ว่าจะเป็น กฎหมายแพ่งหรือกฎหมายอื่นใด ดังนั้นเมื่อพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยี ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ฯ มาตรา 24 บัญญัติห้ามไว้อย่างชัดเจนมิให้มีการดำเนินการ ตั้งครรรค์แทนเพื่อประโยชน์ในทางการค้า ซึ่งก็คือ การห้ามการตั้งครรรค์แทนเชิงพาณิชย์ ดังที่ผู้เขียน ได้อธิบายไปเบื้องต้นนั้น หากมีการดำเนินการตั้งครรรค์แทนเชิงพาณิชย์ฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมาย ดังกล่าว สัญญาตั้งครรรค์แทนนั้นก็จะมิลักษณะเป็นสัญญาตั้งครรรค์แทนที่มีวัตถุประสงค์ต้องห้าม ขัดแย้งโดยกฎหมายส่งผลให้สัญญาตั้งครรรค์แทนนั้นตกเป็นโมฆะ

2.13 การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในประเทศไทย

การตั้งครรรค์แทนในประเทศไทยนั้นได้มีการร่างกฎหมายมาเป็นระยะเวลานานแล้วและ ได้มีการประกาศใช้เมื่อไม่นานมานี้โดยกฎหมายฉบับนี้มีชื่อที่เรียกกันว่า “พระราชบัญญัติคุ้มครอง เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ซึ่งประเทศไทยนั้นไม่ได้

เปิดให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยเสรี แต่การตั้งครรภ์แทนตามกฎหมายของประเทศไทยนั้นจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขของพระราชบัญญัติฉบับนี้ ก่อนหน้านี้ที่ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่จะกำหนดสถานภาพของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และการรับตั้งครรภ์แทนไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้นการพิจารณาสถานภาพของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จึงต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัวมาบังคับใช้โดยอนุโลม กล่าวคือ ความเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กตามมาตรา 1546 กำหนดให้หญิงที่ให้กำเนิดบุตรเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายโดยไม่คำนึงถึงสถานภาพการสมรสของหญิงนั้น แต่ความเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายต้องพิจารณาจากสถานภาพของการสมรสของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หากหญิงนั้นสมรสตามกฎหมาย กฎหมายให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า เด็กเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนตามมาตรา 1563 หากหญิงนั้นไม่มีการสมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย เด็กก็ไม่เป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมาย คู่สมรสที่เป็นผู้ว่าจ้าง ซึ่งมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก ซึ่งต้องมีสถานะเป็นพ่อแม่บุญธรรมของเด็ก โดยจะต้องรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งจะต้องเป็นไปตามกฎหมายในเรื่องของการรับบุตรบุญธรรม⁵⁸

เมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม 2558 ราชกิจจานุเบกษาเผยแพร่พระราชบัญญัติ (พ.ร.บ.) กู้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยให้มีผลบังคับใช้เมื่อพ้นกำหนด 90 วัน นับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาและมีผลบังคับใช้ในวันที่ 30 กรกฎาคม 2558 เป็นต้นไป หรือที่รู้จักกันดีในชื่อของ “พรบ. ตั้งครรภ์แทน” พระราชบัญญัติตั้งครรภ์แทนนั้นจัดทำขึ้นเพื่อกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาและบุตรตามกฎหมาย และเพื่อควบคุมการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เหมาะสมกับสถานการณ์และความเจริญของเทคโนโลยีในประเทศไทย พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวได้มีการกำหนดถึงคุณสมบัติของภริยาและสามีที่ประสงค์จะทำการตั้งครรภ์แทนไว้ในพระราชบัญญัติตั้งครรภ์แทนมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติกู้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

⁵⁸From “The current status of sperm donation in assisted reproduction technology: ethical and legal considerations.” by D., Meirow & J. G. Schenker, 1997, *Journal of assisted reproduction and genetics*, 14(3), 13-142. by D., Meirow & J. G. Schenker.

มาตรา 21 “ภายใต้บังคับมาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนอย่างน้อยต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

(1) สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนต้องมีสัญชาติไทยในกรณีที่สามีหรือภริยามีได้มีสัญชาติไทยต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี

(2) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีใช้บุพการีหรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายตาม (1)

(3) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายตาม (1) ในกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนได้ ทั้งนี้ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการ

(4) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นหญิงที่เคยมีบุตรมาแล้วเท่านั้น ถ้าหญิงนั้นมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินฉันสามีภริยาจะต้องได้รับความยินยอมจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายดังกล่าวด้วย คู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรที่สามารถทำการตั้งครรภ์แทนได้จะต้องมีสัญชาติไทย ถ้าภริยาหรือสามีไม่มีสัญชาติไทยต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วอย่างน้อยต่ำกว่า 3 ปี ถ้าทั้งภริยาและสามีไม่มีสัญชาติไทยผู้รับตั้งครรภ์แทนต้องไม่ใช่คนสัญชาติไทย ส่วนคุณสมบัติของผู้รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติโดยสายโลหิตที่ไม่ใช่บุพการีหรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภริยาและผ่านการคลอดบุตรมาก่อนหรือถ้าผู้รับตั้งครรภ์แทนมีสามีก็จะต้องได้รับความยินยอมจากสามีก่อน กรณีที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่ใช่ญาติ สามารถมีการตั้งครรภ์แทนได้โดยให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขกำหนด⁵⁹

1) การให้บริการทางการแพทย์เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์สามารถจำแนกเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ออกเป็น 2 วิธี คือ

1.1) การผสมเทียม หมายความว่า การนำสุจิเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงเพื่อให้หญิงนั้นตั้งครรภ์โดยไม่มีการร่วมประเวณี กล่าวคือ การผสมเทียม (เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยการตั้งครรภ์เอง) เป็นการนำเทคนิคทางการแพทย์ไม่ว่าจะเป็นกรณีของการปฏิสนธิภายนอกหรือการตั้งครรภ์เองโดยการรับบริจาคในกรณีที่คู่สมรสทั้งสอง

⁵⁹From Thailand Lawyer Blog on Thailand Business, Legal and Social Issues. (2023). Retrieved from <http://thailandlawforum.com/tlf-blog/>

ต้องการจะมีบุตรนั้นไม่สามารถนำเซลล์สืบพันธุ์ของตนมาใช้ในการปฏิสนธิได้เลยหรืออาจจะเป็นความบกพร่องของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจึงอาจขอรับการบริจาคทั้งไข่หรือสperm และไข่ของผู้อื่นหรืออาจมีการรับบริจาคมาอย่างใดอย่างหนึ่งก็ได้ แต่สิ่งที่สำคัญที่สุดคือ ต้องนำกลับเข้ามาใส่ในโพรงมดลูกของฝ่ายหญิงคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรได้ตั้งครรรค์และกำเนิดเด็กนั้นด้วยตนเองเป็นสำคัญ

การผสมเทียมตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้นกฎหมายกำหนดให้ต้องกระทำต่อหญิงที่มีสามีชอบด้วยกฎหมายและให้เป็นไปตามมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับการผสมเทียมที่แพทยสภากำหนด มาตรา 19 การผสมเทียมโดยไข่ของคู่สมรสต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการผสมเทียมด้วยมาตรา 20 เพราะกรณีไข่ของคู่สมรสคนอื่นนั้น หากไม่ได้รับความยินยอมจากสามีของหญิงนั้นสามีอาจจะรู้ถึงกรณีสืบเนื่องที่เกิดขึ้นและไม่ยอมรับเป็นลูกจะเกิดปัญหาในการเลี้ยงดูและไม่เป็นธรรมแก่สามีของหญิงนั้นที่ต้องรับภาระเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากอสุจิของชายอื่น เพราะกฎหมายให้ถือเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของคู่สามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตร

1.2) การตั้งครรรค์แทน (ตั้งครรรค์แทน) หมายความว่า การตั้งครรรค์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยหญิงที่รับตั้งครรรค์มีข้อตกลงกับสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายก่อนตั้งครรรค์ว่า ให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น

การตั้งครรรค์แทน (เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยการตั้งครรรค์แทน) เป็นการนำเทคนิคทางการแพทย์เข้ามาช่วยทำให้เกิด “การตั้งครรรค์แทน” หมายถึงวิธีการซึ่งผู้หญิงคนหนึ่งตกลงที่จะตั้งครรรค์แทนให้หญิงอื่นโดยมีความตั้งใจที่จะส่งมอบเด็กนั้นให้แก่หญิงอื่นโดยทันทีหรือเร็วที่สุด ภายหลังจากที่เด็กเกิดหรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “การตั้งครรรค์แทน” คือ การนำลูกหรือตัวอ่อนที่ได้จากการปฏิสนธิภายนอกโดยใช้ไข่ของหญิงอื่นและเชื้ออสุจิของชายผู้เป็นสามีของหญิงอื่นนั้น (อาจจะเป็นเชื้ออสุจิหรือไข่บริจาคก็ได้ แต่ต้องไม่ใช่ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรรค์แทน) นำมาปฏิสนธิภายนอกหรือฟักในตูบที่มีอุณหภูมิพอเหมาะเหมือนร่างกายมนุษย์แล้วเลือกตัวอ่อนที่สมบูรณ์ที่สุด 2-3 ตัวนำกลับเข้าไปใส่ในโพรงมดลูกของหญิงที่ตั้งครรรค์แทน

2) การจัดตั้งหน่วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์

ตามประกาศแพทยสภาที่ 1/2540 ซึ่งเริ่มมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 27 ธันวาคม 2540 กำหนดว่า สถานบริการหรือผู้ที่ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์จะต้องปฏิบัติตามมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และต้องได้รับการตรวจสอบรับรองจากราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทย ดังนั้นหากจะมีการจัดตั้งสถาน

บริการทางด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ผู้จัดตั้งจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์มาตรฐานของแพทยสภาอย่างครบถ้วน⁶⁰

3) คุณสมบัติและการควบคุมการดำเนินการของผู้ให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

ผู้ที่ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ต้องมีคุณสมบัติและต้องปฏิบัติตามมาตรฐานในการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามที่คณะกรรมการแพทยสภากำหนด โดยแพทยสภาได้มอบหมายให้ราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทยทำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับตัวอ่อนและเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เป็นมาตรฐาน จึงได้ออกประกาศเรื่องมาตรฐานการรักษาด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเพื่อควบคุมการใช้โดยมีประเด็นสำคัญดังต่อไปนี้ คือ

3.1) การให้การรักษาด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ หมายความว่า กรรมวิธีใด ๆ ที่เป็นการช่วยการเจริญพันธุ์เพื่อให้มีการตั้งครรภ์ที่แตกต่างไปจากกระบวนการธรรมชาติโดยการนำเซลล์สืบพันธุ์ทั้งเพศหญิงและ/หรือเพศชาย (Gamete) ที่จะปฏิสนธิออกจากร่างกายของผู้รับการรักษา⁶¹

(1) การเคลื่อนย้ายเซลล์สืบพันธุ์เข้าไปในหลอดมดลูก⁶² (Gamete Intra Fallopian tube Transfer)

(2) การปฏิสนธิภายนอกร่างกาย⁶³ (In Vitro Fertilization) ด้วยวิธีการต่าง ๆ และการเคลื่อนย้ายตัวอ่อนเข้าไปในหลอดมดลูกและ/หรือโพรงมดลูก (Embryo Transfer)

3.2) ผู้ดำเนินการสถานพยาบาลหรือผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม⁶⁴ ซึ่งมีหน้าที่ในลักษณะเดียวกันในหน่วยงานที่ให้การรักษาด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ทั้งของรัฐและเอกชน จะต้องรับผิดชอบหรือจัดให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นผู้รับผิดชอบในการให้การรักษาดังกล่าวและจะต้องได้รับหนังสือรับรองจากราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทย⁶⁵

⁶⁰จาก ประกาศแพทยสภาที่ 1/2540 เรื่องมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์. ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 114 ตอนพิเศษ 123 ง หน้า 21 ลงวันที่ 26 ธันวาคม 2540 สืบค้นจาก https://www.tmc.or.th/download/1_40.pdf

⁶¹จากราชกิจจานุเบกษา, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 60, (น.1)

⁶²จาก ราชกิจจานุเบกษา, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 60, (น.1)

⁶³จาก ราชกิจจานุเบกษา, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 60, (น.1)

⁶⁴จาก ราชกิจจานุเบกษา, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 60, (น.1)

⁶⁵จาก ราชกิจจานุเบกษา, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 60, (น.1)

3.3) ผู้ให้บริการทางการแพทย์นั้นจะต้องรักษามาตรฐาน ดังนี้⁶⁶

(1) จะต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะของการสำเนาชีวิต (Human Cloning) เพื่อการเจริญพันธุ์

(2) การตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมของตัวอ่อนก่อนย้ายเข้าสู่โพรงมดลูก (Pre-implantation Genetic Diagnosis) ให้กระทำได้เฉพาะการตรวจเพื่อวินิจฉัยโรคตามความจำเป็น และสมควรทั้งนี้จะต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะที่อาจทำให้เกิดความเข้าใจว่าเป็นการเลือกเพศ⁶⁷

(3) กรณีที่คู่สมรสต้องการมีบุตรโดยให้ภริยาเป็นผู้ตั้งครรภ์ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอาจให้บริการโดยใช้เซลล์สืบพันธุ์จากผู้บริจาคเพื่อการปฏิสนธิหรือรับบริจาคตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์โดยก่อนรับการให้บริการนั้นจะต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากคู่สมรสที่ประสงค์จะตั้งครรภ์⁶⁸

(4) กรณีที่คู่สมรสต้องการมีบุตรโดยให้หญิงอื่นที่มีภริยาตั้งครรภ์แทน ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอาจให้บริการได้เฉพาะการใช้ตัวอ่อนที่มาจากเซลล์สืบพันธุ์ของคู่สมรสนั้นหรือในกรณีที่ใช้เซลล์สืบพันธุ์บริจาคจะต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากคู่สมรสที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน

3.4) การให้การรักษาดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข ดังนี้

(1) ห้ามมีการจ่ายค่าตอบแทนแก่ผู้บริจาคเซลล์สืบพันธุ์⁶⁹ ในลักษณะที่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการซื้อขาย

(2) ห้ามมีการจ่ายค่าตอบแทนแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน⁷⁰ ในลักษณะที่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการรับจ้างตั้งครรภ์

(3) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นต้องเป็นญาติโดยสายเลือดของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

3.5) การสร้างการเก็บรักษาการใช้ประโยชน์จากตัวอ่อนหรือการสืบสภาพของตัวอ่อน⁷¹ ในส่วนที่เกี่ยวกับการบริจาคเซลล์สืบพันธุ์จากหญิงหรือชายหรือตัวอ่อนที่ใช้ในกระบวนการช่วยการเจริญพันธุ์ ต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ วิธีการเงื่อนไขตามที่แพทยสภา

⁶⁶จาก ราชกิจจานุเบกษา, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 60, (น.1)

⁶⁷จาก ราชกิจจานุเบกษา, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 60, (น.1)

⁶⁸จาก ราชกิจจานุเบกษา, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 60, (น.1)

⁶⁹จาก ราชกิจจานุเบกษา, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 60, (น.1)

⁷⁰จาก ราชกิจจานุเบกษา, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 60, (น.1)

⁷¹จาก ราชกิจจานุเบกษา, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 16, (น.1-12)

กำหนด แต่จะกำหนดให้เก็บรักษาหรือใช้ประโยชน์จากตัวอ่อนที่มีอายุเกินกว่า 14 วัน นับแต่วันที่ได้ปฏิสนธิไม่ได้ (อายุของตัวอ่อนไม่นับรวมระยะเวลาในการแช่แข็งตัวอ่อน)

ก่อนการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จะต้องตรวจและประเมินความพร้อมของร่างกายจิตใจ และสภาพแวดล้อมของผู้รับบริการและของผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ที่จะนำมาดำเนินการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เพื่อป้องกันโรคที่อาจจะมีผลกระทบต่อเด็กที่จะเกิดมาด้วย ทั้งนี้ต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะที่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการเลือกเพศ⁷²

4) เงื่อนไขของการผสมเทียม

4.1) การผสมเทียมต้องกระทำต่อหญิงที่มีสามีที่ชอบด้วยกฎหมาย⁷³

4.2) การผสมเทียมโดยการใช้อสุจิของผู้บริจาคจะต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตร โดยการผสมเทียม⁷⁴

ดังนั้นตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ มาตรา 19 นี้ หญิงโสดที่ไม่มีสามี เช่น เป็นม่ายเคยมีบุตรมาก่อน แต่มีเฉพาะบุตรชายหรือบุตรหญิง หรือต้องการจะมีบุตรเพิ่มที่เป็นเด็กหญิงหรือเด็กชายโดยไม่ต้องมีสามีใหม่หรือหญิงโสดที่ไม่เคยมีเพศสัมพันธ์ หรือมีแต่ไม่ได้แต่งงาน เช่น อยู่กินกับชายแต่ไม่ต้องการจดทะเบียนสมรสกันแล้วเลิกกันไป ต่อมาต้องการมีบุตรเป็นเพื่อนยามชราจึงต้องใช้วิธีการผสมเทียมแทน ซึ่งปัจจุบันหญิงโสดจำนวนไม่น้อยได้ใช้วิธีนี้

5) เงื่อนไขของการตั้งครรภ์แทน

5.1) การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในการตั้งครรภ์แทนโดยใช้อสุจิหรือไข่ของผู้บริจาคต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน

5.2) ต้องเป็นสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย

1) ต้องมีสัญชาติไทย

2) ถ้าสามีหรือภริยาไม่ใช่คนสัญชาติไทยสามีและภริยาคู่นั้นต้องทำการจดทะเบียนสมรสกันมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี

⁷²From “Non-commercial surrogacy in Thailand: Ethical, legal, and social implications in local and global contexts.” by Y. Hibino, 2020, *Asian Bioethics Review*, 12(2), 135-147, by Y. Hibino.

⁷³จาก ราชกิจจานุเบกษา, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 16, (น.1-12)

⁷⁴จาก ราชกิจจานุเบกษา, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 16, (น.1-12)

5.3) สามีนและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนต้องมีความพร้อมทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจที่จะเป็นบิดาและมารดาของเด็ก

5.4) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีสุขภาพหรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนเหตุที่กฎหมายห้ามมิให้ใช้บุตรหรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภริยาที่ประสงค์จะตั้งครรภ์แทนก็เพราะคงไม่ต้องการให้เกิดความสับสนในการนับญาติกันระหว่างเด็กที่เกิดมากับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะนับญาติกันอย่างไร⁷⁵

1) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นต้องเป็นญาติสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตร

2) ในกรณีที่ไม่มีญาติสายโลหิตให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนได้ แต่ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด

5.5) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นหญิงที่เคยมีบุตรมาแล้วเท่านั้น ถ้าหญิงนั้นมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องได้รับความยินยอมจากสามีของหญิงนั้นด้วย

5.6) การตั้งครรภ์แทนต้องห้ามเป็นไปเพื่อประโยชน์ทางการค้า

5.7) ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการเป็นคนกลางหรือนายหน้าในการจัดการหรือชี้ช่องให้มีการรับตั้งครรภ์แทน

5.8) ห้ามโฆษณาว่ามีผู้ที่จะประสงค์เป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนผู้อื่นหรือมีผู้ที่จะประสงค์จะให้หญิงอื่นเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่ว่าจะทำเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือไม่ก็ตาม

6) วิธีการตั้งครรภ์แทนการตั้งครรภ์แทน⁷⁶

สามารถกระทำได้ 2 วิธี คือ

6.1) การใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิและไข่ของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน

6.2) การใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิหรือไข่ของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนกับอสุจิหรือไข่ของผู้อื่นที่ไม่ใช่ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

เหตุที่กฎหมายไม่ต้องการให้ใช้ไข่ของผู้รับตั้งครรภ์แทนนั้น เพราะไม่ต้องการให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเกิดความผูกพันระหว่างตนกับเด็กที่เกิดโดยการรับตั้งครรภ์แทน เพราะถ้า

⁷⁵จาก ราชกิจจานุเบกษา, อ้างแล้วเชิงบรรณที่ 16, (น.1-12)

⁷⁶จาก การรับรองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (วิทยานิพนธ์) โดย ริญญภัทร์ ณ สงขลา, 2558, มหาวิทยาลัย. ลิขสิทธิ์ 2558 โดย ริญญภัทร์ ณ สงขลา.

เป็นเช่นนั้นเมื่อหญิงตั้งครรภ์แทนเกิดความรักเด็กหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นอาจจะไม่ยอมส่งคืนเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้แก่คู่สามีภรรยาที่ประสงค์จะมีบุตรซึ่งอาจเป็นปัญหาตามมา

7) การยุติการตั้งครรภ์แทน⁷⁷

การยุติการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จะต้องปฏิบัติตามมาตรา 26 และเงื่อนไขของประกาศแพทยสภาในการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์แทน ดังนี้

7.1) การยุติการตั้งครรภ์แทนต้องกระทำโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

7.2) การยุติการตั้งครรภ์แทนนั้นต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภรรยาที่ขอด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตร

7.3) การยุติการตั้งครรภ์แทนต้องได้รับความยินยอมจากหญิงตั้งครรภ์แทน

7.4) ในกรณีที่หญิงตั้งครรภ์แทนไม่ให้ความยินยอม ให้ถือว่าข้อตกลงเรื่องค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กเป็นอันยุติลง และหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่ต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายตามข้อตกลงดังกล่าว

8) เงื่อนไขของการยุติการตั้งครรภ์แทน

เงื่อนไขในการยุติการตั้งครรภ์แทนจะต้องมีผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมแพทย์ผู้เชี่ยวชาญซึ่งไม่อยู่ในองค์ประกอบของบุคลากรเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จำนวน 2 ท่าน ดำเนินการตรวจยืนยันผลและส่งความเห็นสอดคล้องกันในการยุติการตั้งครรภ์ ดังต่อไปนี้

8.1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางกายหรือจิตอย่างรุนแรงของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

8.2) กรณีที่พบว่าทารกในครรภ์มีความเสี่ยงสูงที่จะมีความพิการหรือเป็นโรคทางพันธุกรรมอย่างรุนแรงและส่งผลกระทบต่อสุขภาพทางกายหรือจิตของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนจะต้องรายงานการยุติการตั้งครรภ์แทนให้กรมสนับสนุนบริการสุขภาพกระทรวงสาธารณสุขทราบเป็นรายกรณีภายใน 30 วัน นับแต่วันที่มีการยุติการตั้งครรภ์แทน

9) ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรความเป็นบิดาและมารดาของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

9.1) เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยให้ภรรยาที่ขอด้วยกฎหมายของสามี ซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์

⁷⁷จาก ราชกิจจานุเบกษา, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 16, (น.1-12)

9.2) เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยให้หญิงอื่นเป็นผู้ตั้งครรภ์แทน ทั้งสองกรณีข้างต้นนั้นกฎหมายได้กำหนดให้เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งประสงคจะมีบุตรแม้ว่าสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายจะถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิดก็ตาม

9.3) ความสัมพันธ์ระหว่างชายหรือหญิงที่บริจาคอสุจิหรือไข่เพื่อนำมาใช้ปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์หรือผู้บริจาคตัวอ่อนและเด็กที่เกิดจากอสุจิไข่หรือตัวอ่อนที่บริจาคดังกล่าวไม่มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก

9.4) ในกรณีที่สามีและภริยาที่ประสงคจะมีบุตรตายก่อนเด็กเกิดให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองเด็กนั้นจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นมาใหม่และในการตั้งผู้ปกครองดังกล่าวให้ศาลคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กนั้นเป็นสำคัญ ๗⁸

9.5) ห้ามมิให้สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงคจะมีบุตรจากการตั้งครรภ์แทนปฏิเสธการรับเด็กจากการตั้งครรภ์แทนนั้น ๗⁹

ดังนั้นเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไม่ว่าจะเกิดจากอสุจิไข่หรือตัวอ่อนของผู้บริจาคไม่ว่าจะกระทำโดยการให้ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีซึ่งประสงคจะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์หรือให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่นให้เด็กนั้นเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงคจะมีบุตรชายหรือหญิงที่บริจาคอสุจิหรือไข่ซึ่งนำมาปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์หรือผู้บริจาคตัวอ่อนและเด็กที่เกิดจากอสุจิไข่หรือตัวอ่อนที่บริจาดังกล่าวไม่มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก⁸⁰

10) คุณสมบัติของหญิงตั้งครรภ์แทนที่ไม่ใช่ญาติสืบสายโลหิต

เมื่อวันที่ 16 ธันวาคม พ.ศ. 2558 ราชกิจจานุเบกษาได้เผยแพร่ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่องหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้หญิงอื่นที่ไม่ใช่ญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายรับตั้งครรภ์แทน พ.ศ. 2558 (ประกาศลงในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 132 ตอน

⁷⁸จาก ราชกิจจานุเบกษา, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 16, (น.1-12)

⁷⁹จาก ราชกิจจานุเบกษา, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 16, (น.1-12)

⁸⁰From Knowledge and Attitude of Obstetricians to the Protection of Children Born from Assisted Reproductive Technology. by S. Puttasiri, K. Pruksananonda, & W. Thitadilok, (2017). *Thai Journal of Obstetrics and Gynaecology*, 1(2), 182-190, by S. Puttasiri, K. Pruksananonda, & W. Thitadilok.

พิเศษ ลงวันที่ 16 ธันวาคม 2558) และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 17 ธันวาคม พ.ศ. 2558 เป็นต้นไปและกำหนดให้สามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นสามีภริยาที่จดทะเบียนสมรสถูกต้องตามกฎหมายตามทะเบียนสมรสในต่างประเทศและกฎหมายไทยให้การรับรองดังนี้ “สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย” หมายความว่า สามีและภริยาที่จดทะเบียนสมรสถูกต้องตามกฎหมายหรือจดทะเบียนสมรสที่ต่างประเทศและกฎหมายไทยให้การรับรอง⁸¹

หากสามีและภริยาเป็นลูกคนเดียวไม่มีพี่น้องสืบสายโลหิตพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ มาตรา 21 ได้เปิดช่องให้สามารถมีการตั้งครรภ์แทนได้โดยต้องมีหลักฐานมายืนยันชัดเจนหญิงที่มารับตั้งครรภ์แทนที่คู่สามีภริยาจัดหามาเองต้องผ่านการพิจารณาอนุญาตจากคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ก่อน ซึ่งจะมีการตรวจสอบข้อมูลอย่างละเอียดทั้งอายุการตรวจเลือด ข้อตกลงการประเมินสุขภาพจิต การยินยอมของคู่สมรส รวมถึงกระบวนการการรู้จักกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทนและเหตุผลที่รับดำเนินการด้วย

หญิงอื่นที่มีใช้ญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่จะรับตั้งครรภ์แทนจะต้องมีคุณสมบัติ ดังต่อไปนี้

10.1) หญิงรับตั้งครรภ์แทนต้องมีสัญชาติเดียวกันกับสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน

10.2) หญิงรับตั้งครรภ์แทนต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 20 ปีบริบูรณ์และไม่เกิน 40 ปีบริบูรณ์และเคยมีบุตรมาแล้วโดยการคลอดตามธรรมชาติไม่เกิน 3 ครั้งหรือในกรณีที่ผ่าคลอดไม่เกิน 1 ครั้ง

10.3) หญิงรับตั้งครรภ์แทนจะต้องเป็นผู้ที่มีสุขภาพร่างกายและจิตใจแข็งแรงสมบูรณ์ดีโดยผ่านการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกาย จิตใจ และสภาพแวดล้อมของผู้ให้บริการหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ ที่นำมาให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

10.4) หญิงรับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นผู้ที่ได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินกันฉันสามีภริยา

10.5) หญิงรับตั้งครรภ์แทนต้องมีหนังสือแสดงความยินยอมให้มีการตั้งครรภ์แทนพร้อมเอกสารตามแบบ กทพ. 1

⁸¹ จาก ประกาศกระทรวงสาธารณสุข, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 55, (น.6-7)

จากคุณสมบัติดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นจะเน้นผู้ที่มีสัญชาติเดียวกับสามีภริยาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน ต้องมีสภาพร่างกายจิตใจที่พร้อม และมีอายุในช่วงระหว่าง 20-40 ปีบริบูรณ์ ซึ่งแพทย์เห็นว่าเป็นช่วงอายุที่ทารกในครรภ์จะได้รับการหล่อเลี้ยงอย่างดีและที่สำคัญ คือ การรับตั้งครรภ์แทนของหญิงนั้นจะรับตั้งครรภ์จนได้คลอดบุตรไม่เกิน 2 ครั้งเท่านั้น

11) ข้อตกลงในการตั้งครรภ์แทน

เมื่อวันที่ 30 ธันวาคม พ.ศ. 2558 ราชกิจจานุเบกษาได้เผยแพร่ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่องหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนและค่าใช้จ่ายในการบำรุงสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ การยุติการตั้งครรภ์แทนการคลอด และหลังคลอด รวมทั้งการใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนหลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน พ.ศ. 2558 (ประกาศลงในราชกิจจานุเบกษาเล่ม 132 ตอนพิเศษ ลงวันที่ 30 ธันวาคม 2558) และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 31 ธันวาคม พ.ศ. 2558 เป็นต้นไป เพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติที่ถูกต้องและชัดเจนต่อผู้รับบริการโดยมีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

“ข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน” หมายความว่า ข้อตกลงในการตั้งครรภ์แทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ระหว่างสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนโดยที่หญิงรับตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงไว้เป็นหนังสือกับสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายก่อนตั้งครรภ์แทนว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ๆ หนังสือข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนจะต้องประกอบไปด้วยสาระสำคัญดังต่อไปนี้⁸²

11.1) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนตกลงที่จะดูแลทารกในครรภ์เช่นวิญญูชนพึงกระทำ

11.2) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนตกลงที่จะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย

11.3) สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนจะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการบำรุงสุขภาพ

“ค่าใช้จ่ายในการบำรุงสุขภาพ” คือ ค่าใช้จ่ายในการบำรุงสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์แทนการยุติการตั้งครรภ์แทนการคลอดและหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนหลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน รวมถึงค่าใช้จ่ายในการตรวจรักษาพยาบาลตามกระบวนการรับตั้งครรภ์แทนของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนค่าตรวจวินิจฉัยสุขภาพของทารกในครรภ์ ค่าวินิจฉัยทางพันธุกรรมของเด็ก

⁸² จาก ประกาศกระทรวงสาธารณสุข, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 55, (น.6-7)

ค่าฝากครรภ์ ค่าฉีดวัคซีน โดยเป็นความตกลงยินยอมของสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน⁸³

11.4) หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้รับความเจ็บป่วยทางสุขภาพอันเนื่องมาจากการรับตั้งครรภ์แทนสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในความเจ็บป่วยที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน

11.5) ในกรณีที่เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้รับความเจ็บป่วยทางสุขภาพอันเนื่องมาจากการรับตั้งครรภ์แทนสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในความเจ็บป่วย

11.6) สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายอาจตกลงกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในเรื่องการทำประกันสุขภาพให้กับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนด้วยก็ได้

หลักเกณฑ์ที่กฎหมายและประกาศกระทรวงสาธารณสุขได้กำหนดกรอบการตั้งครรภ์แทนไว้อย่างรัดกุมเพื่อไม่ให้เกิดการตั้งครรภ์แทนนั้นกลายเป็นการค้าและเป็นไปเพื่อช่วยคู่สามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่มีข้อบ่งชี้ในการมีบุตรยากให้สามารถมีบุตรได้ โดยการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่เหมาะสมเข้ามาช่วยในการมีบุตรและควบคุมไม่ให้ก่อให้เกิดปัญหาทางศีลธรรมและมนุษยธรรมทั้งการรับจ้างตั้งครรภ์ การค้ามนุษย์ และปัญหาการทอดทิ้งเด็ก⁸⁴

⁸³จาก ประกาศกระทรวงสาธารณสุข, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 55, (น.6-7)

⁸⁴From Precarious pregnancies and precious products: Transnational commercial surrogacy in Thailand. In *Bodily interventions and intimate labour* (pp. 113-130). by E. Nilsson, 2020, Manchester University Press.

บทที่ 3

กฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครุฑแทนในต่างประเทศและ สิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครุฑแทน

ในปัจจุบันมีการนำเทคโนโลยีเกี่ยวกับการตั้งครุฑมาใช้ในการตั้งครุฑแทนสำหรับบุคคลที่ประสงค์จะมีบุตรแต่ไม่สามารถมีบุตรได้หรือมีบุตรยาก ซึ่งการนำเทคโนโลยีดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็ก เนื่องจากเด็กไม่ได้คลอดจากคนซึ่งเป็นมารดาที่แท้จริง แต่คลอดจากบุคคลอื่นด้วยการใช้เทคโนโลยี จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาในแง่ของกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของเด็กที่เกิดจากการตั้งครุฑแทนว่า บุคคลเหล่านั้นมีความสัมพันธ์ในแง่กฎหมายและควรมีกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิของเด็กในลักษณะทำนองใด เพื่อให้การประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของเด็กในกฎหมายภายในของแต่ละประเทศมีประสิทธิภาพมากขึ้น

3.1 อังกฤษ

ปัจจุบันเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้มีความเจริญก้าวหน้า จนสามารถช่วยให้คู่สมรสฝ่ายหญิงที่ไม่สามารถตั้งครุฑด้วยตนเองให้สามารถมีบุตรได้ โดยให้หญิงอื่นเป็นผู้ตั้งครุฑแทนหรือการตั้งครุฑแทน แต่กลับมีผู้นำเทคโนโลยีดังกล่าวไปใช้แสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ ดังนั้นจึงควรมีมาตรการหรือกฎเกณฑ์ที่จะเข้ามาควบคุมไม่ให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดนำการตั้งครุฑแทนไปใช้ในทางที่ผิด แต่ประเทศไทยไม่ได้เป็นเพียงประเทศเดียวที่วางกฎเกณฑ์เรื่องการตั้งครุฑแทนไว้ ประเทศอื่น ๆ ก็พบปัญหาเกี่ยวกับเรื่องนี้เช่นเดียวกัน ซึ่งปัญหาที่ประเทศเหล่านี้ต้องเผชิญ คือ ปัญหาที่เกิดจากช่องว่างทางกฎหมาย ความก้าวหน้าทางการแพทย์ และแรงจูงใจจากค่าจ้างในการรับตั้งครุฑแทนอีก ทั้งยังคาบเกี่ยวกับประเด็นทางศีลธรรมและการละเมิดสิทธิมนุษยชน อีกด้วย⁸⁵

⁸⁵ From “Surrogacy and the law in the UK.” by B. Olaye-Felix, D. E. Allen & N. H. Metcalfe, 2022, *Postgraduate Medical Journal*, 3(3), 420-428. by B. Olaye-Felix, D. E. Allen & N. H. Metcalfe,

ในแต่ละประเทศนั้นมีแนวคิดเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนหรือการตั้งครรภ์แทนที่ต่างกันไป อันเป็นผลมาจากวัฒนธรรมและมุมมองความคิดที่แตกต่างกัน บางประเทศมีกฎหมายอนุญาตให้ดำเนินการรับตั้งครรภ์แทนได้เพื่อใช้แก้ปัญหาภาวะมีบุตรยากและเพื่อการพาณิชย์บางประเทศ มีกฎหมายห้ามดำเนินการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อการพาณิชย์ แต่สามารถดำเนินการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อแก้ปัญหาภาวะมีบุตรยากได้ แต่บางประเทศยังไม่ยอมรับเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์จึงมีกฎหมายห้ามไม่ให้มีการรับตั้งครรภ์แทนทั้งเพื่อการมีบุตรและในเชิงพาณิชย์⁸⁶

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนในประเทศอังกฤษได้เกิดขึ้นมานานแล้ว เนื่องจากวิวัฒนาการทางเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในประเทศอังกฤษมีความก้าวหน้า และเป็นที่นิยมเป็นอย่างมาก สำหรับผู้ที่มีปัญหาการมีบุตรยาก ซึ่งทำให้เกิดปัญหาการฟ้องร้องเป็นคดีความขึ้นสู่ศาลเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวเพิ่มมากขึ้นตามไปด้วย ดังนั้นประเทศอังกฤษจึงได้มีการตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และการตั้งครรภ์แทนขึ้นมาใช้บังคับโดยเฉพาะ เพื่อแก้ปัญหาข้อพิพาทต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น ซึ่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนโดยตรงจำนวนคือ Surrogacy Arrangement Act 1985 ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการควบคุมไม่ให้มีการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์และ Human Fertilization and Embryo Act 1990⁸⁷ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ควบคุมการให้บริการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในรูปแบบต่าง ๆ และ Human Fertilization and Embryology Act 2008 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกมาแก้ไขเพิ่มเติม Surrogacy Arrangement Act 1985 la Human Fertilization and Embryo Act ดังต่อไปนี้

⁸⁶From “The United Kingdom revisits its surrogacy law.” by S. R. Latham, 2020, *Hastings Center Report*, 50(1), 6-7, by S. R. Latham.

⁸⁷From “National human embryo and embryoid research policies: a survey of 22 top research-intensive countries.” by K. R. Matthews & D. Morali, 2020, *Regenerative Medicine*, 15(7), 1905-1917, by K. R. Matthews & D. Morali.

3.1.1 การรับตั้งครรภ์แทนในประเทศอังกฤษ

ตาม Surrogacy Arrangement Act 1985⁸⁸ ได้กำหนดไว้ว่า การตั้งครรภ์แทนสามารถกระทำได้ในประเทศอังกฤษ โดยไม่ถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญาไม่ว่าจะมีการจ่ายค่าตอบแทนหรือไม่ แต่การกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดนั้นคือ การกระทำที่มีลักษณะเป็นการติดต่อเป็นธุระจัดหาหญิงเพื่อมารับตั้งครรภ์แทนหรือเข้าร่วมในการเจรจาต่อรองสัญญา ตั้งครรภ์แทนในทางการค้า นอกจากนี้ การรวบรวมข่าวสารเพื่อใช้ในการตั้งครรภ์แทนหรือการโฆษณาเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนไม่ว่าการโฆษณานั้นจะกระทำไปเพื่อหาหญิงตั้งครรภ์แทนหรือเพื่อหาผู้สมรสที่ต้องการว่าจ้างให้มีบุตร โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนไม่ว่าการกระทำดังกล่าวจะเป็นไปในเชิงพาณิชย์หรือไม่ก็ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายและมีโทษทางอาญาเช่นกัน อีกทั้งยังได้กำหนดความผิดแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการโฆษณาด้วย เช่น เจ้าของบรรณาธิการ ผู้พิมพ์โฆษณา หนังสือพิมพ์ หรือสิ่งพิมพ์อื่นที่เกี่ยวข้องกับการโฆษณาด้วย ส่วนกฎหมายอีกฉบับหนึ่ง คือ Human Fertilization and Embryo Act 1990 ได้กำหนดให้ผู้สมรส ผู้ซึ่งดำเนินการให้หญิงอื่นเป็นผู้ตั้งครรภ์แทนสามารถยื่นคำร้องต่อศาล เพื่อศาลมีคำสั่งบุตรที่เกิดจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตนเองได้ แต่จะต้องไม่ปรากฏว่ามีการชำระค่าตอบแทนอื่นนอกจากค่าใช้จายที่เกิดขึ้นตามสมควรในการตั้งครรภ์ เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากศาล⁸⁹

3.1.2 รูปแบบของการรับตั้งครรภ์แทนตามกฎหมายในประเทศอังกฤษ

โดยทั่วไปแล้วการตั้งครรภ์แทนนั้นในทางปฏิบัติสามารถกระทำได้หลายรูปแบบไม่ว่าจะเป็นการฉีดเชื้อหรือการนำมาปฏิสนธิภายนอกอกร่างกาย ซึ่งหากพิจารณาจากความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับผู้ขอให้รับตั้งครรภ์แทนแล้ว สามารถจำแนกดังนี้คือ⁹⁰

⁸⁸From “The Surrogacy Arrangements Act 1985.” by A. Poole, H. Pearman, E. Pook, G. Qokthi & J. Rushworth, 2019, *The Student Journal of Professional Practice and Academic Research*, 1(1), 58-64, by A. Poole, H. Pearman, E. Pook, G. Qokthi & J. Rushworth.

⁸⁹From “Surrogacy in Comparative law; With Emphasis on French, Iranian, English and Greek Law.” by E. Mohseni, 2019, *Iranian Journal of Medical Law*, 13(48), 111-136. by E. Mohseni.

⁹⁰From “The Absence of the ‘Surrogacy Contract’ from Judicial Constructions of Surrogacy.” by A. Brown, 2018. *feminists@ law*, 8(1), 1-15. by A. Brown.

- 1) กรณีให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนโดยใช้อสุจิของฝ่ายชายและไข่ของฝ่ายหญิง ซึ่งเป็นผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน
- 2) กรณีให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนโดยใช้อสุจิของฝ่ายชายหรือไข่ของฝ่ายหญิง ซึ่งเป็นผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนและ
- 3) กรณีที่ไม่ได้ใช้อสุจิของฝ่ายของชายและไข่ของฝ่ายหญิง ซึ่งเป็นผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน

ในประเทศอังกฤษนั้น Human Fertilization and Embryo Act 1990 ได้กำหนดไว้ว่า การที่ชายหญิงผู้ขอให้มีการตั้งครรภ์จะยื่นคำขอต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้เด็กผู้นั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตนได้นั้นต้องปรากฏว่า เด็กผู้นั้นจะต้องมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับชายหรือหญิง ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายด้วย ซึ่งกฎหมายของอังกฤษจะไม่ได้ให้การรับรองการตั้งครรภ์แทนที่กระทำโดยไม่ใช้อสุจิของฝ่ายของชายและไข่ของฝ่ายหญิงซึ่งเป็นผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน⁹¹

3.1.3 ความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนตามกฎหมายในประเทศอังกฤษ

หลักกฎหมายในประเทศอังกฤษนั้นกำหนดให้หญิงที่ให้กำเนิดทารกเท่านั้นเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายและหากหญิงผู้นั้นมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย ชายผู้เป็นสามีผู้นั้นก็ถือเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน ต่อมาวิวัฒนาการเกี่ยวกับการให้กำเนิดเด็กได้มีความก้าวหน้าขึ้น คู่สมรสที่มีบุตรยาก สามารถให้หญิงอื่นซึ่งไม่ใช่ภริยาของตนตั้งครรภ์แทนได้ทำให้มีบุคคลหลายฝ่ายเข้ามาเกี่ยวข้องกับการให้กำเนิดเด็ก จนกระทั่งมีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ การที่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิด โดยอาศัยเทคโนโลยีทางการแพทย์ และเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนขึ้น ซึ่งตาม Human Fertilization and Embryo Act 1990 ได้กำหนดให้หญิงซึ่งกำลังตั้งครรภ์หรือได้ตั้งครรภ์ทารกที่เกิดจากการนำเอาตัวอ่อนหรือเชื้ออสุจิและไข่ไปใส่ไว้ในร่างกายเป็นบุคคลเดียวเท่านั้นที่เป็นมารดาของเด็กที่เกิดมาเช่นเดียวกับหลักกฎหมายทั่วไป โดยกฎหมาย

⁹¹From *Rights, restraints and pragmatism: the Human Fertilisation and Embryology Act 1990*. by J. Montgomery, 1991, Retrieved from <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1468-2230.1991.tb00904.x>

ของประเทศไทยนั้นจะพิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างมารดาและบุตร ดังนั้น หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนจึงเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเสมอ

ส่วนความเป็นบิดา โดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น Human Fertilization and Embryo Act 1990 ได้แบ่งออกเป็น 2 กรณี⁹² ได้แก่

กรณีที่ 1 กรณีที่หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย

หากสามีของหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนให้ความยินยอมด้วยในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนนั้น กฎหมายถือว่าสามีของหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยไม่สามารถพิสูจน์เป็นอย่างอื่นได้ แต่ถ้าสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่ได้ให้ความยินยอมในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนก็จะมีผลทำให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไม่มีบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

กรณีที่ 2 กรณีที่หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย

กรณีที่หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย หากการตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้นในสถานบริการที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย ชายผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนจะมีสถานะเป็นเพียงผู้บริจาคเชื้ออสุจิเท่านั้น ซึ่งตามกฎหมายไม่ถือว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน แต่ถ้าการตั้งครรภ์แทนนั้นไม่ได้เกิดขึ้นโดยความช่วยเหลือของแพทย์ในสถานบริการที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย เจ้าของเชื้ออสุจิจะเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน โดยพิจารณาจากความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมตามหลักกฎหมายทั่วไปของประเทศไทย⁹³

อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยได้มีการบูรณาการที่ช่วยให้คู่สมรสที่ว่างใจให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้โดยไม่ต้องผ่านระบบของการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งเป็นระบบที่ใช้ในอดีต โดยในทางปฏิบัติจะต้องมีการยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งให้คู่สมรสที่ว่างใจให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วย

⁹²From “Modelling human embryogenesis: embryo-like structures spark ethical and policy debate.” by A. M. Pereira, Daoud, M. Popovic, W. J. Dondorp, M. Trani Bustos, A. L. Bredenoord, S. M. Chuva de Sousa Lopes,... B. & Heindryckx, 2020, *Human Reproduction Update*, 26(6), 779-798, by A. M. Pereira, Daoud, M. Popovic, W. J. Dondorp, M. Trani Bustos, A. L. Bredenoord, S. M. Chuva de Sousa Lopes,... B. & Heindryckx.

⁹³ From A. M. Pereira, Daoud, M. Popovic, W. J. Dondorp, M. Trani Bustos, A. L. Bredenoord, S. M. Chuva de Sousa Lopes,... B. & Heindryckx. referred to in footnote 92, (pp779-778).

กฎหมายของทารกที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น ซึ่งการยื่นคำร้องต่อศาลในกรณีดังกล่าวนี้มีเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

- 1) เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นต้องมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสฝ่ายชายหรือฝ่ายหญิงผู้ขอให้มีการตั้งครรภ์แทนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย
- 2) คู่สมรสฝ่ายชายและฝ่ายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนต้องจดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมายและมีอายุไม่น้อยกว่า 18 ปี
- 3) หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนและสามีต้องให้ความยินยอม แต่ความยินยอมเช่นว่านี้จะเกิดขึ้นก่อนระยะเวลาหกสัปดาห์หลังจากคลอดบุตรไม่ได้
- 4) ต้องไม่ปรากฏว่ามีการชำระค่าตอบแทนที่นอกเหนือไปจากค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นตามสมควรในการตั้งครรภ์ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาล
- 5) เด็กนั้นต้องอาศัยอยู่กับคู่สมรสฝ่ายชายหญิงผู้ขอให้มีการตั้งครรภ์แทนทั้งในขณะที่ยื่นคำร้องและขณะที่ศาลมีคำสั่งและคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายต้องอาศัยอยู่ในประเทศ
- 6) ต้องยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้คู่สมรสที่อ้างให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนภายในกำหนดหกเดือนนับแต่วันที่เด็กคลอด

แต่อย่างไรก็ตามศาลยังมีดุลยพินิจในการพิจารณาออกคำสั่งหรือไม่ออกคำสั่งให้คู่สมรสฝ่ายชายหญิงผู้ขอให้มีการตั้งครรภ์แทนเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนถึงแม้ว่าการยื่นคำร้องต่อศาลจะมีข้อเท็จจริงเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดแล้วก็ตาม

3.1.4 การควบคุมกำกับดูแลการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามกฎหมายของประเทศไทย

ในการควบคุมกำกับดูแลการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ของประเทศอังกฤษนั้น ได้กฎหมายที่เรียกว่า Human Fertilization and Embryology Act 1990 (HFEA) โดยกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดให้มีการจัดตั้งหน่วยงาน HFEA ขึ้น เพื่อทำหน้าที่ควบคุมและออกใบอนุญาตให้แก่สถานบริการทางการแพทย์ต่าง ๆ ที่ให้บริการเลี้ยงตัวอ่อนในห้องปฏิบัติการให้บริการเกี่ยวกับการใช้ไข่หรืออสุจิบริจาคหรือเก็บรักษาเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนด้วยวิธีการแช่แข็ง

รวมทั้งสถาบันที่ทำงานวิจัยโดยใช้ตัวอ่อนคนด้วย นอกจากนี้ หน่วยงาน HFEA ยังมีหน้าที่อื่นที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้⁹⁴

- 1) เก็บรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับรอบระยะคูที่มีการกระตุ้นไข่เพื่อรักษาด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทั้งหมดในประเทศ
- 2) เก็บข้อมูลเกี่ยวกับเด็กทุกคนที่ถือกำเนิดจากการรักษาด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์
- 3) เก็บข้อมูลเกี่ยวกับผู้บริจาคไข่ อสุจิและตัวอ่อนทุกคน
- 4) จัดพิมพ์เอกสารเกี่ยวกับบริการของ HFEA และบริการของสถานบริการทางการแพทย์ทุกแห่งที่ได้รับอนุญาต
- 5) ให้คำแนะนำและข้อมูลแก่สถานบริการทางการแพทย์ที่ให้บริการด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์
- 6) จัดทำและพิมพ์ข้อกำหนดในการให้บริการทางการแพทย์เพื่อเป็นแนวทางให้สถานบริการทางการแพทย์ต่าง ๆ ปฏิบัติตาม และข้อกำหนดดังกล่าวจะมีการปรับปรุงแก้ไขอย่างสม่ำเสมอ

สหราชอาณาจักรหรือที่เรียกว่าประเทศอังกฤษนั้น การที่เรียกว่าสหราชอาณาจักรนั้นเป็นเพราะประเทศอังกฤษมีชื่ออย่างเป็นทางการว่าสหราชอาณาจักรบริเตนใหญ่ และไอร์แลนด์เหนือ (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland) ซึ่งประกอบไปด้วยอังกฤษและเวลส์ (England and Wales) สกอตแลนด์ (Scotland) ไอร์แลนด์เหนือ (Northern Ireland) เวลส์เป็นของประเทศอังกฤษโดยการถูกยึดครอง ส่วนสกอตแลนด์นั้นครั้งหนึ่งเคยเป็นอิสระ แต่โดยพระราชบัญญัติ Act of Union 1707 ทำให้อังกฤษและสกอตแลนด์ได้รวมเข้าเป็นอาณาจักรเดียวกันโดยเรียกว่า The United Kingdom of Great Britain เดิมมีรัฐสภาเดียวกันคือ The Westminster ที่กรุงลอนดอนออกกฎหมายใช้ในอังกฤษและเวลส์ ส่วนไอร์แลนด์เหนือมีสภาของตนเอง คือ Stormont ในกรุงเบลฟาสต์ และต่อมาในปี ค.ศ. 2004 สกอตแลนด์ได้เปิดรัฐสภาของตนเองอย่างเป็นทางการ มีผลทำให้กฎหมายที่ออกใช้ในสหราชอาณาจักรนั้นจึงเป็นเรื่องของแต่ละรัฐสภามีบัญญัติ

⁹⁴From “The Surrogacy Arrangements Act 1985.” by A. Poole, H. Pearman, E. Pook, G. Qokthi, & J. Rushworth, 2019, *The Student Journal of Professional Practice and Academic Research*, 1(1), 58-64, by A. Poole, H. Pearman, E. Pook, G. Qokthi, & J. Rushworth.

กฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เป็นกฎหมายที่มีความสำคัญจะมีการออกใช้ร่วมกันทั่วทั้งราชอาณาจักร⁹⁵

วิธีการที่กฎหมายเปิดช่องให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรสามารถเป็นบิดามารดาของเด็กได้นอกจากการรับบุตรบุญธรรมคือการขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา (Parental Order) หากศาลมีคำสั่งดังกล่าวแล้วจะทำให้สถานะความเป็นบิดามารดาของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนและสามีหมดไป และเป็นการก่อตั้งสถานะของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรให้เป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทนนั้น อาจกล่าวได้ว่า คำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดานั้นมีผลเป็นการโอนสถานะทางกฎหมายของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน และสามีที่มีฐานะเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นไปให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร ซึ่งหากมิได้มีคำสั่งดังกล่าวแล้วคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรก็จะไม่เป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมา คำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาดังกล่าวปรากฏขึ้นเป็นครั้งแรกใน Human Fertilization and Embryology Act 1990 และต่อมา Human Fertilization and Embryology Act 2008 ได้แก้ไขเพิ่มเติม และได้ขยายขอบเขตให้คู่ชีวิต (Civil Partners) และบุคคลที่อยู่กินกันฉันสามีภริยาในความสัมพันธ์ที่มั่นคง (Partners in an Enduring Family Relationship) สามารถขอให้ศาลมีคำสั่งให้เป็นบิดามารดาได้ด้วย⁹⁶ ในการยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดานั้นอาจสรุปเงื่อนไขในการยื่นคำร้องได้ดังนี้⁹⁷

1) ตัวอ่อนที่ใช้ในการตั้งครรภ์แทนนั้นต้องเกิดจากเซลล์สืบพันธุ์ของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอย่างน้อยหนึ่งคนและไม่ได้ห้ามมิให้ใช้เซลล์สืบพันธุ์ของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนแต่อย่างใด โดยอาจใช้วิธีการปฏิสนธิภายนอกสร้างเป็นตัวอ่อนก่อนฉีดเข้าในมดลูกของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนหรือปฏิสนธิภายในตัวหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นก็ให้หลักฐานยืนยันความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมนั้นที่อาจมีได้หลายรูปแบบไม่จำเป็นต้องมีการแสดงผลการตรวจสอบทางพันธุกรรม (DNA Test) เสมอไป ในทางกลับกัน ส่วนมากแล้วหลักฐานทางพันธุกรรมนี้มักจะพบในรูปแบบของคำรับรองจากคลินิกที่ดำเนินการเพื่อการตั้งครรภ์แทนครั้งนั้น ๆ และในบางกรณีก็อาจเป็นหลักฐานยืนยันจากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนก็ได้

⁹⁵จาก ระบบกฎหมายอังกฤษ (พิมพ์ครั้งที่ 2). โดย สุนัย มโนมัยอุดม, 2545, กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา. ลิขสิทธิ์ 2545 โดย สุนัย มโนมัยอุดม.

⁹⁶ From International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level. by K. Trimmings, (2015). *International Journal of Private Law*, 7(3), 627-647, by K. Trimmings.

⁹⁷From Section 54 of Human Fertilization and Embryology Act 2008

2) ผู้ยื่นคำร้องสมรสกันถูกต้องตามกฎหมายหรือมีสถานะเป็นคู่ชีวิตกันหรือเป็นบุคคลที่อยู่กินกันฉันสามีภริยาในความสัมพันธ์ที่มั่นคง

3) ต้องยื่นคำร้องต่อศาลภายใน 6 เดือน นับแต่เด็กเกิดยกเว้นกรณีเด็กที่เกิดก่อนที่มารดานี้จะใช้บังคับหรือกรณีคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเป็นบุคคลที่ไม่สามารถยื่นคำร้องได้ตามมาตรา 30 (2) ของ Human Fertilisation and Embryo Act 1990 ให้สามารถยื่นได้ภายใน 6 เดือน นับตั้งแต่มารดานี้มีผลใช้บังคับ

4) ในเวลาที่ยื่นคำร้องและในเวลาศาลมีคำสั่งนั้น เด็กจะต้องอาศัยอยู่กับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรทั้งสองคนและหรือคนใดคนหนึ่งต้องอาศัยอยู่ในสหราชอาณาจักร

5) ขณะที่ยื่นคำร้อง ผู้ยื่นคำร้องจะต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์

6) หญิงที่ตั้งครรภ์แทนและบุคคลอื่นที่เป็นบิดามารดาของเด็กแต่มิใช่ผู้ร้องต้องยินยอมอย่างไม่มีเงื่อนไขกับการยื่นคำร้องนั้นซึ่งจะต้องเป็นโดยสมัครใจและเข้าใจถึงสิ่งที่ตนเข้าร่วมอย่างถ่องแท้ การแสดงความยินยอมของบุคคลดังกล่าวนี้อาจแสดงไว้อย่างชัดเจนในแบบ A101A อันเป็นหนึ่งในแบบแสดงความยินยอม แต่ก็ไม่จำเป็นต้องใช้แบบนี้เสมอไป อาจแสดงความยินยอมโดยอาศัยอย่างอื่นก็ได้ เช่น มาปรากฏตัวแสดงความยินยอมต่อศาล

7) เงื่อนไขตามข้อ 6 นี้ไม่จำเป็นต้องมีข้อตกลงของบุคคลที่ไม่สามารถหาตัวพบหรือไม่สามารถทำข้อตกลงได้และข้อตกลงของหญิงที่ตั้งครรภ์และความยินยอมที่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนให้ไว้ก่อนระยะเวลา 6 สัปดาห์นับจากเด็กเกิดผ่านพ้นไปไม่สามารถนำมาใช้ได้ โดยหลักแล้วจึงไม่สามารถนำเอาความยินยอมที่ปรากฏในสัญญาตั้งครรภ์แทนแต่แรกมาใช้ได้

8) การตั้งครรภ์แทนนั้นต้องไม่มีเงินหรือประโยชน์อื่นใดเกินไปกว่าที่สมเหตุสมผล เพื่อเป็นการตอบแทนการมีคำสั่งกรณีข้อตกลงตาม (6) การส่งมอบเด็กให้ผู้ร้องการจัดการใด ๆ เพื่อการมีคำสั่งยกเว้น แต่ค่าตอบแทนนั้นจะได้รับการอนุญาตจากศาล⁹⁸

จากการศึกษาคำพิพากษาศาลในการพิจารณาว่าค่าตอบแทนนั้นเกินกว่าที่สมเหตุสมผลหรือไม่ ก็พบว่าศาลได้มีความรวมไปถึงค่าใช้จ่ายต่าง ๆ หลายประการ ตัวอย่าง เช่น⁹⁹

⁹⁸From Holly Rodger. *Cafcass Study of Parental Order Applications Made in 2013/14*. by H. Rodger, 2014, Retrieved from <https://www.cafcass.gov.uk/media/257188/>

⁹⁹From *The Gender Recognition Act 2004 and Transgender People's Legal Consciousness*. by F. Renz, 2017, (Doctoral dissertation). Retrieved from https://www.academia.edu/44491929/Genders_that_dont_matter_Non_binary_people_and_the_Gender_Recognition_Act_2004.

คดีหนึ่งซึ่งมีข้อเท็จจริงเบื้องต้นว่า คู่สัญญาผู้ประสงค์เข้าทำสัญญาตั้งครรภ์แทน 3 ครั้งในเวลาไล่เลี่ยกันกับ XY และ Z ที่เป็นหญิงที่ตั้งครรภ์แทนหนึ่งในประเด็นที่ศาลได้พิจารณานั้นก็คือเงินที่จ่ายในการตั้งครรภ์แทนแต่ละครั้งนั้นเกินกว่าค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผลหรือไม่ ซึ่งหากเกินไปแล้วศาลพิจารณาว่าจะอนุญาตการจ่ายเงินดังกล่าวหรือไม่ เมื่อศาลได้พิจารณาแล้วเห็นว่าค่าใช้จ่ายที่ในแต่กรณีนั้นส่วนมากเป็นค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผล

คำพิพากษาย่อหน้าที่ 16 ได้กล่าวถึงการวินิจฉัยของศาลในเรื่องค่าใช้จ่ายเอาไว้ โดยอิงจากฐานของการประเมินของผู้ดูแล (Guardian) ในเรื่องค่าขาดรายได้ของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน ประกอบกับค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นโดยทั่วไประหว่างตั้งครรภ์อันรวมไปถึงค่ารักษาพยาบาล และยารักษาโรค ค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปตามนัดก่อนมีการคลอด และเพื่อการคลอดบุตร ค่าใช้จ่ายในการติดต่อสื่อสารกับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร ค่าใช้จ่ายในการดูแลบุตรของหญิงนั่นเอง เมื่อหญิงนั้นเข้ารับการรักษาตามนัดก่อนมีการคลอดและค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมอื่น ๆ ที่จำเป็นในระยะเวลาที่มีการตั้งครรภ์ เช่น ค่าอาหารซื้อกลับบ้านเพื่อให้บุตรของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนในเวลาที่ยุติที่ตั้งครรภ์แทนนั้นไม่สามารถจะทำอาหารได้ เนื่องจากอาการคลื่นไส้ หรือการเจ็บป่วย เนื่องจากตั้งครรภ์ นอกจากนี้ ศาลยังตีความค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผลกว้างไปถึงค่าใช้จ่ายในการพักผ่อนเพื่อการฟื้นฟูภายหลังการคลอดอีกด้วย โดยศาลได้ให้ความเห็นว่า ศาลยอมรับค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นเนื่องจากหญิงที่ตั้งครรภ์จำเป็นจะต้องได้รับการฟื้นฟูทั้งสภาพร่างกายและจิตใจ อันเป็นผลมาจากการตั้งครรภ์และคลอดบุตร¹⁰⁰

เมื่อพิจารณาถึงพยานหลักฐานอันเป็นลายลักษณ์อักษรในเรื่องค่าใช้จ่ายทั้งหลายทั้งสองฝ่ายก็ไม่ได้แสดงหลักฐานอันปรากฏรายละเอียดที่ชัดเจนของค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในกรณีนั้น ๆ ในสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ทำกับ X นั้น X ซึ่งเป็นหญิงที่ตั้งครรภ์แทนได้รับค่าตอบแทนเป็นจำนวน 13,192.80 ปอนด์ และสามารถชี้แจงรายละเอียดชัดเจนได้เพียง 1,192.80 ปอนด์ อันเป็นค่าสก็ูเตอร์เคลื่อนที่และค่ารักษาพยาบาลจากการไม่สบายตอนเช้า (Morning Sickness) แต่ในส่วนอื่น ๆ นั้นไม่ปรากฏรายละเอียดที่ชัดเจน เช่น ค่าอาหารซื้อกลับบ้านเพื่อให้บุตรของหญิง ค่าทำความสะอาดบ้าน ค่าซักผ้า เนื่องจากปัญหาสุขภาพร่างกายไม่สามารถทำได้ ค่ารองเท้า เนื่องจากอาการเท้าบวม อันเป็นผลกระทบจากการตั้งครรภ์ ค่าเดินทางไปพบแพทย์ตามนัด อย่างไรก็ตาม ศาลเองก็ได้

¹⁰⁰From Ten years of gender recognition in the United Kingdom: still a “model for reform?”. by P. Dunne, 2015, *Public Law*, 5(4), 530-539. by P. Dunne.

คำนึงถึงพฤติกรรมของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนที่เป็นพยานผู้มีความเชื่อตรงมาตลอดในการพิจารณาด้วย โดยศาลเห็นว่าเป็นค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผล¹⁰¹

สัญญาตั้งครรภ์แทนที่ทำกับ Y มูลค่า 12,477 ปอนด์ ก็มีลักษณะคล้ายกันคือ สามารถระบุรายละเอียดค่าใช้จ่ายได้เพียงบางส่วน ส่วนสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ทำกับ Z มูลค่า 15,000 ปอนด์ ผู้ดูแลประเมินเป็นค่าขาดรายได้ประมาณ 9,000 ซึ่งศาลก็เห็นว่าเป็นค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผลเช่นกัน ศาลพิจารณาจากค่าให้การของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนทั้งสามคนร่วมด้วยและมีความเห็นว่า หญิงทั้งสามคนกระทำการในลักษณะที่เป็นไปเพื่อช่วยเหลือบุคคลอื่น และไม่ได้รับผลประโยชน์ทางทรัพย์สินอื่นใดอย่างแท้จริง จากการตั้งครรภ์แทน ท้ายที่สุดจำนวนเงินใด ๆ ที่อาจเหลือจากการใช้จ่าย ก็จะเป็นแค่เงินเพียงจำนวนเล็กน้อยที่ไม่อาจถือได้ว่ามีลักษณะเป็นการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ เป็นการอันสมเหตุสมผลกับการสละเด็กให้แก่คู่สัญญา ผู้ประสงค์จะมีบุตรประกอบกับการพิจารณาค่าใช้จ่ายนั้น ๆ ศาลยังได้อ้างหลักเกณฑ์ที่ผู้พิพากษา Hedley' วางไว้ในคดี AvP [2011] และโดย Sir Nicholas Wal, ในคดี Re X [2011] ว่าศาลจะปฏิเสธคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาต่อเมื่อเป็นกรณีที่ขัดต่อนโยบายรัฐ (Public Policy) อย่างชัดเจน ในคดีนี้ศาลเห็นว่าเหตุที่ไม่สามารถชี้แจงค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นได้ทั้งหมดนั้นก็เนื่องจากไม่สามารถหาพยานหลักฐานได้และก็เห็นได้ว่าคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรมีความสัมพันธ์อันดีกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทนแต่ละคน คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรกระทำการด้วยความสุจริตและปฏิบัติต่อหญิงที่ตั้งครรภ์แทนอย่างถูกต้องตามศีลธรรม ศาลจึงเห็นว่ากรณีนี้ไม่ใช่การอันขัดต่อความสงบเรียบร้อยอย่างชัดเจนเช่นนั้น¹⁰²

ในกระบวนการยื่นคำร้องให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดานั้น โดยปกติเมื่อศาลรับเรื่องไว้แล้วก็จะแต่งตั้งพนักงานผู้ทำรายงาน เพื่อการมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา (Parental Order Reporter / POR) โดยอาจแต่งตั้งบุคคลจากหน่วยงานที่เรียกว่า “CAFCASS” (Children and Family Court Advisory and Support Service) ซึ่งเป็นหน่วยงานที่คอยช่วยเหลือศาล

¹⁰¹From *Terf/Bigot/Transphobe-We found the witch, burn her!/: a contextual constructionist account of the silencing of feminist discourse on the proposed changes to the Gender Recognition Act 2004, and the policy capture of transgender ideology, focusing on the potential impacts and consequences for female-only spaces for victims of male violence.* by S. Dillon, 2021, (Doctoral dissertation). Retrieved from <https://researchportal.port.ac.uk/en/studentTheses/terfbigottransphobe-we-found-the-witch-burn-her>.

¹⁰²From *Congress of Psychiatry.* by K. Gender Recognition Act 2004 Information for medical practitioners and chartered psychologists. by K. Gender.

เยาวชนและครอบครัวให้เป็นผู้ช่วยให้ดำเนินการตรวจสอบและทำรายงานยื่นแสดงต่อศาลว่าในข้อเท็จจริงในกรณีหนึ่ง ๆ นั้น เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดตามมาตรา 54 ของ HFEA 2008 หรือไม่ โดยงานวิจัยของ CAFCASS ในเรื่องคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาที่เกิดขึ้นในปี 2013-2014 นั้นแสดงให้เห็นค่าเฉลี่ยของระยะเวลาในการดำเนินการในแต่ละคดีนั้นอยู่ที่ประมาณ 133 วัน หรือ 19 สัปดาห์ โดยคดีที่ใช้เวลาสั้นที่สุดใช้เวลา 24 วัน และที่ยาวที่สุดใช้เวลา 62 สัปดาห์

3.1.5 ผลของสัญญาตั้งครรถ์แทนที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด

หากการตั้งครรถ์แทนและคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดานั้นเป็นไปตามมาตรา 54 ของ HFEA แล้วศาลก็จะมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาเพื่อก่อตั้งสถานะบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรถ์แทนนั้นให้แก่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร อย่างไรก็ดี นอกจากเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดตามมาตรา 54 แล้ว ศาลก็ยังคำนึงถึงปัจจัยอื่น ๆ เพื่อประกอบในการพิจารณาด้วย และแม้ไม่ได้มีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาก็ยังมีเครื่องมืออื่นเพื่อการคุ้มครองเด็กที่เกิดมานั้นด้วย¹⁰³

นอกจากเงื่อนไขที่กำหนดใน Adoption and Children Act 2002 มาตรา 1(4) แล้วในทางวิชาการก็ยังมีการพูดถึงปัจจัยอื่น ๆ ที่ควรนำมาใช้ในการพิจารณาสวัสดิภาพของเด็กในกรณีเด็กที่เกิดจากการตั้งครรถ์แทนเพิ่มเติมไว้อีกด้วย ตัวอย่างเช่น การให้เด็กจะได้รับรู้ต้นกำเนิดของตนเอง และรู้จักกับญาติห่าง ๆ ของตน เพื่อป้องกันความเสียหายทางจิตใจที่อาจเกิดขึ้นกับเด็กในภายหลัง

การที่ศาลต้องให้น้ำหนักในเรื่องสวัสดิภาพของเด็กเป็นสำคัญเหนือสิ่งอื่นใดนี้ ส่งผลต่อการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาเพื่มีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาของศาลเป็นอย่างมากโดยอาจแบ่งผลกระทบของการคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กได้เป็น 2 ประการ¹⁰⁴

¹⁰³From *A Comparative Socio-Legal Analysis of Responses to Surrogacy in Greece and the UK* (Doctoral dissertation), University of by K. A. Neofytou. Retrieved from <https://kar.kent.ac.uk/69428/1/23PhD%20Thesis%20%20A%20Comparative%20SocioLegal%20Analysis%20of%20Responses%20to%20Surrogacy%20in%20G.pdf>

¹⁰⁴From “Taking a Transgender Rights Seriously: A Rights-Based Model of Gender Recognition in Hong Kong.” by K. Y. Wong, 2015, *Hong Kong LJ*, 45(1), 109-120. by K. Y. Wong.

ประการแรก ศาลจะคำนึงสวัสดิภาพของเด็กเสมอ

แม้ว่าคำร้องจะมีลักษณะตรงตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ตาม ศาลก็มักคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กเป็นสำคัญเสมอเมื่อจะมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาบุตร เช่น

ในคดี Re A, B and c ที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเข้าทำสัญญาตั้งครรภ์แทน 3 ครั้งในเวลาไล่เลี่ยกัน โดยเด็กแต่ละคนเกิดมาเกิดห่างกัน 6 เดือน และอยู่ในความดูแลของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรศาลได้พิจารณาแล้วเห็นว่าคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรได้กระทำตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 54 ของ HFEA 2008 แต่มีประเด็นที่ยังต้องพิจารณาอยู่อีก 2 ประเด็น ได้แก่

- 1) เงินที่ให้แก่หญิงที่ตั้งครรภ์แทน และ
- 2) สวัสดิภาพของเด็กทั้ง 3 คนที่เกิดมาในเวลาไล่เลี่ยกัน

หลังจากได้พิจารณาประเด็นในเรื่องค่าตอบแทนโดยมีความเห็นว่าค่าตอบแทนสมเหตุสมผลแล้ว ศาลก็ยังได้ตั้งพิจารณาประเด็นเรื่องสวัสดิภาพของเด็กต่อไปด้วย แม้จะได้ความว่าคำร้องนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขที่มาตรา 54 HFEA กำหนดไว้แล้วก็ตาม แสดงให้เห็นว่าสวัสดิภาพของเด็กมีความสำคัญอย่างยิ่งถึงขนาดที่จะต้องคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กเสมอเมื่อมีการพิจารณาเพื่อมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาโดยในเรื่องของสวัสดิภาพของเด็กทั้งสามคนนั้นศาลมีความกังวลว่าการที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรนั้นตัดสินใจเข้าร่วมทำสัญญาเพื่อมีบุตรถึง 3 คนในเวลาไล่เลี่ยกันนั้นเป็นการตัดสินใจสร้างครอบครัวโดยคำนึงถึงเด็กเป็นศูนย์กลางหรือไม่ และการที่เด็กทั้งสามคนนั้นเกิดในเวลาไล่เลี่ยกัน อาจทำให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรไม่สามารถใส่ใจดูแลเด็กแต่ละคนได้เต็มที่¹⁰⁵

ศาลนำเอาความเห็นของผู้ดูแล (Guardian) มาร่วมในการพิจารณาด้วยโดยผู้ดูแล พิจารณาปัจจัยที่ส่งเสริมสวัสดิภาพของเด็ก (Welfare Checklist) ตาม Adoption and Children Act 2002 อันเป็นปัจจัยที่กฎหมายกำหนดให้นำมาใช้ในการพิจารณาในการที่ศาลจะมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นโดยผู้ดูแลวิเคราะห์แล้วมีความพึงพอใจกับวิธีการดูแลเลี้ยงดูเด็กทั้ง 3 คน ของคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรและกล่าวว่า คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรนั้นสามารถทำหน้าที่เป็นบิดามารดาของเด็กทั้ง 3 คน ได้อย่างดีเยี่ยม มีกิจวัตรประจำวันที่เหมาะสม และมีความ

¹⁰⁵ From *Engaging with and thinking beyond the current feminist dichotomies*. by F. Renz, 2019, Retrieved from <https://futureoflegalgender.kcl.ac.uk/2019/06/04/feminist-dichotomies/>.

เข้าใจความต้องการของเด็กแต่ละคนได้เป็นอย่างดี มีการวางแผนเพื่ออนาคตของเด็ก และได้รับการสนับสนุนจากครอบครัวและเพื่อนฝูง อีกทั้งยังมีสัมพันธภาพอันดีกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทนด้วย¹⁰⁶

ศาลพิจารณาจากพยานหลักฐานของผู้ดูแลที่ว่าคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดาที่ดีเยี่ยม และผู้ดูแลสนับสนุนให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาศาลจึงเห็นว่าการมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดานั้นมีความสำคัญอย่างยิ่ง เมื่อคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็ก ณ ปัจจุบัน และในระยะยาว ด้วยเหตุนี้ศาลจึงเห็นควรมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาให้แก่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร และได้อ้างถึงคำอธิบายของ Sir James Munby ในคดี *Re X* [2015] 1 FLR [54] ที่ได้กล่าวไว้ว่า “คำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดานั้นมีขึ้นเพื่อแก้ปัญหาในเรื่องความเป็นบิดามารดานุตรอย่างถาวรในกรณีการตั้งครรภ์แทนอันนำไปสู่ประเด็นในเรื่องสิทธิบัตรอันเป็นการยืนยันอัตลักษณ์ของเด็กตลอดชีวิตของเด็กซึ่งไม่มีคำสั่งใดที่จะสามารถให้ความคุ้มครองเช่นนี้ได้อีก” เพื่อแสดงเหตุผลสนับสนุนการมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา เพราะจะเป็นเครื่องมือเดียวเท่านั้นที่จะคุ้มครองเด็กมากที่สุดมากกว่าคำสั่งอื่นใด¹⁰⁷

ประการที่สอง ศาลจะคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กเพื่อผ่อนปรนการที่คำร้องขอให้ ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่มาตรา 54 HFEA กำหนด

ในทางกลับกันกับการพิจารณาสวัสดิภาพของเด็กเสมอ แม้คำร้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดศาลอาจคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กและมองข้ามการกระทำที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขตามมาตรา 54 HEFA บางประการ เพื่อมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาคุ้มครองเด็กที่เกิดมา

เงื่อนไขที่ห้ามมิให้มีค่าใช้จ่ายที่เกินกว่าจำนวนที่สมเหตุสมผลในการตั้งครรภ์แทน เว้นแต่ศาลจะอนุญาตเป็นพิเศษนั้นการพิจารณาอนุญาตของศาลนั้นก็คำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กเป็นสำคัญเช่น

¹⁰⁶From “Rights for LGBTQ persons: *MB v Secretary of State for Work and Pensions*.” by F. Hamilton, 2019, *Family Law*, 2019(Jan), 54-56, by F. Hamilton.

¹⁰⁷From *The Paradox of Trans Visibility: a study of the complex relationship between media visibility, public debate and trans activism in Britain*. by M. Heimonen, 2020, (Doctoral dissertation). Retrieved from <https://helda.helsinki.fi/items/4de03aed-97db-4995-b1b0-4bdedb79fd6f/full>

คดีหนึ่งมีประเด็นของคดีที่ศาลจะต้องพิจารณาอยู่ 2 ประเด็นคือหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเข้าทำสัญญาโดยสมัครใจและเข้าใจเนื้อหาของสิ่งที่ตนกำลังเกี่ยวข้องและยินยอมในการมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาหรือไม่และศาลต้องพิจารณาว่าจะอนุญาตจำนวนเงินที่เกินกว่าค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผลหรือไม่

เนื่องจากคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรดำเนินการตั้งครรภ์แทนผ่านทางคลินิกในอินเดีย ซึ่งมีนโยบายไม่ให้คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทนพบกันจะรู้เพียงแต่ว่าหญิงนั้นเป็นใครผ่านทางเอกสารราชการเมื่อเด็กเกิดมาคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรดำเนินการทางเอกสารต่าง ๆ เพื่อพาเด็กเดินทางกลับประเทศสหราชอาณาจักร โดยที่มีคลินิกเป็นผู้อำนวยความสะดวกในการจัดหาเอกสารต่าง ๆ ให้ได้แก่

1) ใบเสร็จแสดงรายการใช้จ่ายรับรองรายจ่ายที่ให้แก่หญิงที่ตั้งครรภ์แทน 3,500,000 รูปี เป็นค่าตอบแทนแก่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนค่าอาหาร ค่าเดินทาง ค่าใช้จ่ายในการใช้ชีวิตในช่วงตั้งครรภ์ และค่าผู้ดูแลในเอกสารนี้ยังรับรองว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนยินยอมในการออกวีซ่าของเด็กและหญิงนั้นไม่มีความสัมพันธ์ใด ๆ กับเด็กที่เกิดมาอีกแต่อย่างใด

2) เอกสารยืนยันว่าหญิงที่ตั้งครรภ์แทนไม่ได้สมรส

3) เอกสารชื่อว่า “ใบแสดงการไม่คัดค้าน” (No Objection Certification) ซึ่งหญิงที่ตั้งครรภ์แทนยืนยันว่าได้รับเงินไว้ครบแล้ว หญิงที่ตั้งครรภ์แทนยืนยันว่าเข้าทำสัญญาตั้งครรภ์แทนโดยสมัครใจและเต็มใจละสิทธิหน้าที่ต่าง ๆ ที่มีเหนือตัวเด็กและไม่คัดค้านในการให้เด็กได้รับสัญชาติอังกฤษต่อมาเมื่อคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเดินทางกลับมาจากประเทศสหราชอาณาจักร คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรก็ได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาและให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทน ซึ่งอยู่ในอินเดียแสดงความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรในแบบ A101A แต่ศาลได้แสดงความกังวลในพยานหลักฐานแสดงความยินยอมของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นเนื่องจากเอกสารต่าง ๆ เป็นภาษาอังกฤษทั้งหมด และไม่มีข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นว่า หญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นสามารถเข้าใจภาษาอังกฤษได้หรือไม่เพียงพอ และคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรก็ไม่เคยพบกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเลยทำให้ไม่สามารถบอกข้อมูลในส่วนนี้ได้หลังจากศาลได้แสดงความกังวลในประเด็นดังกล่าวคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรได้ให้ที่ปรึกษากฎหมายในอินเดียติดต่อหญิงที่ตั้งครรภ์แทน

เพื่ออธิบายข้อความต่าง ๆ รวมถึงข้อความแสดงความยินยอมในแบบ A101A ด้วยซึ่งหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นก็ได้อ่านเอกสารต่าง ๆ ที่ตนได้ลงชื่อไปก่อนหน้านี้¹⁰⁸

ในการพิจารณาว่าศาลจะอนุญาตจำนวนเงินที่เกินมาจากค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผลหรือไม่ นั้นศาลได้วางหลักการที่สำคัญในการพิจารณาไว้ ดังนี้

1) จำนวนเงินนั้นไม่สมส่วนกับค่าใช้จ่ายอย่างสมเหตุสมผลหรือไม่ กล่าวคือ น้อยไปจนทำให้กลายเป็นการแสวงประโยชน์ในทางที่ผิด (Exploitative) จากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนหรือมากเกินไปจนสร้างความกดดันให้แก่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนหรือไม่ ซึ่งในทั้งสองกรณีนี้เสี่ยงต่อการที่เงินจะมีอำนาจเหนือการตัดสินใจอย่างอิสระของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน

2) หลักเกณฑ์อันเป็นรากฐานของเงื่อนไขที่ปรากฏในมาตรา 54(8) นี้ คือ การกระทำดังกล่าวเป็นการขัดต่อนโยบายของรัฐ (Public Policy) เพื่อเป็นการลงโทษกรณีเป็นเงินจำนวนมากที่อาจถือเป็นการซื้อขายเด็ก

3) ในการพิจารณาว่าศาลจะอนุญาตจำนวนเงินที่จ่ายไปแล้วนั้นหรือไม่เป็นการตัดสินใจที่เกี่ยวกับการมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา และในการมีคำสั่งดังกล่าวนี้ศาลจะต้องคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กเป็นสำคัญ (Paramount Consideration)

4) สวัสดิภาพของเด็กนั้นสามารถนำมาประเมินประนีประนอมผ่อนปรนกับการพิจารณาของศาลในการปฏิเสธไม่มีคำสั่งตามคำร้องขอให้มีการมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดานั้นได้และก็เป็นเรื่องยากที่จะจินตนาการว่าจะมีสถานการณ์ใดที่จะไม่นำเอาสวัสดิภาพของเด็กมาใช้เช่นนั้น

5) คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรกระทำการด้วยความสุจริตโดยไม่มีข้อตำหนิตามศีลธรรม (Moral Taint) ในการทำสัญญาและเงินที่ใช้จ่ายนั้นก็ไม่ได้ถึงกับไม่สมส่วน (Disproportionate) ถึงขนาดที่หากมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาไปแล้วจะเป็นการขัดต่อนโยบายของรัฐและเมื่อพิจารณาแล้วศาลมีความเห็นว่าจะต้องคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กในระยะยาวเป็นสำคัญตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในมาตรา 1 Adoption and Children Act 2002 โดยศาลพิจารณาจากรายงานที่ POR ได้เสนอต่อศาลอันมาจากการได้ตรวจสอบความเป็นอยู่ตามความเป็นจริงเพื่อพิจารณาปัจจัยที่ส่งเสริมสวัสดิภาพของเด็ก (Welfare Checklist) โดยท้ายสุด POR ได้สนับสนุนให้มีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาเมื่อพิจารณาจากหลักฐานต่าง ๆ แล้วศาลก็เห็นว่าเป็นการเหมาะสมที่ศาล

¹⁰⁸From House of Commons Library: Briefing paper number 08746: 5 December 2019: The gender recognition process. by C. Fairbairn, 2019, Briefing paper House of Commons Library.

จะใช้ดุลพินิจอนุญาตการจ่ายเงินดังกล่าว เนื่องจากเห็นว่าสวัสดิภาพของเด็กนั้นจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาเท่านั้น

ในคดี Re คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรชาวอังกฤษไปทำสัญญาดังครรภ์แทนในสหรัฐอเมริกา โดยเป็นการตั้งครรภ์แทนอันหญิงที่ตั้งครรภ์แทนได้ค่าตอบแทนเกินสมควร ศาลได้พิจารณาโดยให้เหตุผลว่าจะต้องชั่งน้ำหนักระหว่างนโยบายรัฐกับสวัสดิภาพของเด็กโดยการจะไม่มีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดานั้นจะต้องปรากฏอย่างชัดเจนว่ามีการกระทำอันขัดต่อนโยบายของรัฐ ประกอบกับความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นจาก Regulations 2010 ที่ให้มาตรา 1 ของ Adoption and Children Act 2002 มาใช้ในการพิจารณาสวัสดิภาพของเด็กส่งผลให้สวัสดิภาพของเด็กนั้นไม่ใช่เป็นเพียงปัจจัยที่จะต้องนำมาพิจารณาด้วย แต่เป็นปัจจัยที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง ซึ่งศาลจะต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กเป็นสำคัญที่สุดเมื่อจะพิจารณาว่าจะมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาหรือไม่ และสุดท้ายศาลก็ได้อนุญาตค่าใช้จ่ายที่เกินกว่าค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผล ดังกล่าวมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาบุตรให้แก่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรในสัญญาตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์¹⁰⁹

ในคดี Re ข้อเท็จจริงเป็นการตั้งครรภ์แทนที่มีค่าตอบแทนโดยเด็กที่เกิดมานั้นมีความเกี่ยวข้องกับพันธุกรรมกับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรคนหนึ่งได้รับการเลี้ยงดูจากคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรมาโดยตลอดได้รับความยินยอมจากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนในการทำคำร้องและทำตามเงื่อนไขอื่น ๆ ที่มาตรา 54 กำหนดไว้อย่างครบถ้วน ข้อเท็จจริงปรากฏว่าคู่สัญญาผู้ประสงค์จ่ายเงินที่เกินกว่าค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผล แต่ศาลก็เห็นด้วยกับที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรกล่าวว่า การจะคุ้มครองสวัสดิภาพในระยะยาวของเด็กได้นั้นก็มีเพียงแต่โดยการที่ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาเท่านั้น และด้วยมาตรา 1 ของ Adoption and Children Act 2002 กำหนดให้ต้องคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กเป็นสำคัญที่สุดในการพิจารณาว่าจะมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาหรือไม่ ประกอบกับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรกระทำการด้วยความสุจริตไม่มีเจตนาในการฉ้อฉล

¹⁰⁹From *Ten Years of Gender Recognition in the United Kingdom: Still a Model for Reform?*, by P. Dunne, 2015 Public Law, 530. by P. Dunne.

และคำตอบแทนนั้นก็ไม่ได้ไม่สมส่วนถึงขนาดที่หากมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาแล้วจะเป็นการขัดต่อนโยบายของรัฐ (Public Policy)¹¹⁰

ศาลในคดีนี้ได้ยอมรับข้อกล่าวอ้างของกลุ่มผู้ประสงคจะมีบุตรและมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา นอกจากนี้ ยังได้อ้างถึงหลักที่ผู้พิพากษา (Hedley) ที่กล่าวว่า “สิ่งที่ศาลจำเป็นต้องทำก็คือการสร้างสมดุลของแนวคิดที่ขัดแย้งกันสองแนวคิด นิติบัญญัตินั้นได้วางหลักเกณฑ์ อันเป็นปฏิบัตย์กับการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ไว้อย่างชัดเจน แต่ก็ชัดเจนเช่นเดียวกันว่าหลักการที่เคร่งครัดนั้นสามารถบรรเทาได้ด้วยหลักการพิจารณาสวัสดิภาพของเด็กและเป็นไปได้ยากมากที่จะจินตนาการว่า สวัสดิภาพของเด็กนั้นจะไม่นำมาเป็นข้อประนีประนอมผ่อนปรน การปฏิเสธคำร้องขอให้มีการคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาหนึ่ง ๆ”

เงื่อนไขที่ต้องยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาภายใน 6 เดือน นับจากเด็กเกิด ในอดีตนั้นแนวคำพิพากษาของศาลสหราชอาณาจักรเห็นว่า¹¹¹ ศาลไม่มีอำนาจในการมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาได้ หากเป็นการยื่นคำร้องภายหลังระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด เนื่องจากกฎหมายมิได้ให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการขยายระยะเวลานั้นได้ อย่างไรก็ตาม ความเคร่งครัดในการบังคับใช้เงื่อนไขดังกล่าวนั้นผ่อนปรนลง เห็นได้ชัดจากแนวคำพิพากษาในช่วงหลัง ปี ค.ศ. 2014 ตั้งแต่มีคำพิพากษา Re X เป็นต้นมา Sir James Munby ได้วางบรรทัดฐานใหม่เกี่ยวกับการทำผิดเงื่อนไขระยะเวลา 6 เดือนนี้

ในคดีนี้ ศาลต้องพิจารณาว่าจะมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาให้ตามคำร้องที่ยื่นเกินกำหนดระยะเวลา 6 เดือนนับจากเด็กเกิดหรือไม่ ข้อเท็จจริงในคดีเป็นการตั้งครรภ์แทนโดยใช้เซลล์สืบพันธุ์ของผู้บริจาคกับคู่สัญญาผู้ประสงคจะมีบุตรฝ่ายชายและหญิงที่ตั้งครรภ์แทนกับสามีแสดงเจตนาที่จะละสิทธิในฐานะบิดามารดาของเด็กที่เกิดมาโดยมีหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรชัดเจน เด็กที่เกิดมาอาศัยอยู่กับผู้ร้องมาโดยตลอดและรายงานของผู้ดูแล (Guardian's Report) ก็ระบุว่าผู้ร้องนั้นมีความรัก ความห่วงใยให้แก่เด็ก และเลี้ยงดูเด็กได้เป็นอย่างดีโดยผู้ดูแลสนับสนุนให้มีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา ในการพิจารณาของศาล ศาลเห็นว่าเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กแล้วจะต้องมีคำสั่งอันเป็นการทำให้สิทธิหน้าที่ตามกฎหมายของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนและสามีของหญิง

¹¹⁰From “Trans Gender Justice: Critical Reflections on the Conceptual Limitations of English Law, Implementation of the Law, and the Relationship with Social Progress.” by D. Jalan, 2016, *Legal Issues J.*, 4(1), 43-49. by D. Jalan.

¹¹¹จาก D. Jalan, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 111, (น.43-49)

นั้นหมดไป และให้สิทธิหน้าที่นั้นมาอยู่กับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอย่างถาวร ซึ่งสามารถทำได้ 2 ทาง คือ การรับบุตรบุญธรรมและการมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา แต่ศาลเห็นว่าการใช้ทางออกให้ไปรับบุตรบุญธรรมนั้นไม่เหมาะสม เนื่องจากเป็นกรณีที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรมีความเกี่ยวข้องกับพันธุกรรมกับเด็กด้วย และคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดานั้นเป็นการรับรองทางกฎหมายชั้นที่ดีที่สุดอันสอดคล้องกับข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติและทางจิตใจด้วย¹¹²

Sir James Munby ผู้พิพากษาในคดีนี้ได้กล่าวถึงคำพิพากษาในคดีก่อน ๆ ที่ศาลมีความเห็นว่าศาลไม่มีอำนาจในการมีคำสั่งในกรณีร้องขึ้นภายหลังระยะเวลา 6 เดือนที่กฎหมายกำหนดโดย Sir James Munby เห็นว่า คำพิพากษาในคดีก่อน ๆ คัดสินไม่ถูกต้อง และเห็นว่าศาลมีอำนาจในการมีคำสั่งตามคำร้อง แม้ว่าจะขึ้นเกินกำหนด 6 เดือนนับจากเด็กเกิดก็ตาม ที่ศาลมีความเห็นเช่นนี้นั้น ศาลได้เริ่มต้นจากการพิจารณาคำพิพากษาในคดี Howard Bodington ที่พิจารณาประเด็นในเรื่องผลของการไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่ง Lord Penzance ผู้พิพากษาในคดีนั้นแสดงความเห็นว่าในกรณีของกฎหมายที่มีความสำคัญอย่างยิ่งไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ (Imperative) หากมิได้กระทำตามแล้วทุกสิ่งทุกอย่างเป็นอันเสียไปทั้งหมด กระบวนการต่าง ๆ เป็นผลตามมาจากนั้นก็จะเป็นโมฆะ (Void) ในทางตรงกันข้าม ถ้าศาลเห็นว่าบทบัญญัติของกฎหมายนั้นมีลักษณะให้กระทำตาม (Mandatory or Directory) เท่านั้น หากแม้มิได้กระทำตามกระบวนการต่าง ๆ ที่ตามมาก็ไม่ได้เสียไป กล่าวคือ บางบทบัญญัติของกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภานั้น ถึงแม้ว่าจะไม่ได้กระทำตามอย่างเคร่งครัด แต่ศาลอาจเห็นว่าได้มีความสำคัญในลักษณะเป็นเนื้อหาอันเป็นสาระสำคัญถึงขนาดที่หากไม่ทำตามแล้วจะทำให้กระบวนการต่าง ๆ นั้นเสียไปทั้งหมดในทางกลับกันก็มีบางบทบัญญัติของกฎหมายที่ศาลจะเห็นว่าควรจะต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด มิฉะนั้นกระบวนการต่าง ๆ จะเสียไปทั้งหมด ดังนี้คำถามจึงอยู่ที่ว่าบทบัญญัติของกฎหมายในประเด็นที่ปรากฏในข้อพิพาทนั้นเป็นบทบัญญัติของกฎหมาย

Lord Penzance เห็นว่า ในแต่ละคดีจะต้องพิจารณาสาระสำคัญ ความสำคัญของบทบัญญัติของกฎหมายที่ถูกละเมิดนั้น และความสัมพันธ์ระหว่างบทบัญญัติของกฎหมายนั้นกับวัตถุประสงค์ทั่วไปที่กฎหมายนั้นต้องการคุ้มครอง และใช้การพิจารณาคดีในมุมมองนี้เพื่อตัดสินว่าประเด็นนั้นมี

¹¹²From “Trans Gender Justice: Critical Reflections on the Conceptual Limitations of English Law, Implementation of the Law, and the Relationship with Social Progress.” by D. Jalan, 2016, *Legal Issues J.*, 4(1), 43-49. by D. Jalan.

ความสำคัญอย่างยิ่งไม่อาจหลีกเลี่ยงได้หรือเป็นบทบัญญัติของกฎหมายในลักษณะให้กระทำตามเท่านั้น ซึ่งหลักการในคดี Howard v Bodington นี้ก็ได้รับการกล่าวถึงในหลายคดี รวมถึงในคดี Newbold and Others v Coal Authority โดย Sir Stanley Burnton ผู้พิพากษาในคดีดังกล่าวได้อธิบายไว้ว่า ในคดีหนึ่ง ๆ นั้นจะต้องมีการตีความตัวบทกฎหมาย เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดกฎหมายนั้นอาจจะต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด เนื่องจากเป็นเงื่อนไขในการทำให้มีผลสมบูรณ์ (Validity) ในทางกลับกัน การปฏิบัติตามกฎหมายอย่างพอประมาณ (Adequate Compliance) ก็อาจสมประสงค์ตามบทบัญญัติของกฎหมายแล้วก็ได้ และท้ายที่สุดอาจจะไปถึงขั้นที่ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขนั้น ๆ เลยอาจไม่ทำให้การกระทำต่าง ๆ นั้นเสียไปในการพิจารณาคดีหนึ่ง ๆ นั้น จำเป็นจะต้องพิจารณาถ้อยคำของบทบัญญัติของกฎหมายจากมุมมองในด้านสาระสำคัญของบทบัญญัติของกฎหมายความเป็นมา วัตถุประสงค์ของเงื่อนไข และผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นตามความเป็นจริงต่อบุคคลที่ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไข¹¹³

เมื่อนำหลักที่ปรากฏในคดี Howard v Bodington และคดี Newbold and others v Coal Authority มาปรับใช้กับประเด็นข้อพิพาทในคดีนี้ Sir James Munby เห็นว่า ศาลควรพิจารณามาตรา 54 โดยคำนึงถึงสาระสำคัญของบทบัญญัติของกฎหมาย ความเป็นมา วัตถุประสงค์ ความสัมพันธ์ระหว่างบทบัญญัติของกฎหมายนั้นกับวัตถุประสงค์ทั่วไปที่กฎหมายนั้นต้องการคุ้มครองและผลกระทบของการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายที่อาจเกิดขึ้นต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องศาลได้พิจารณาถึงประวัติความเป็นมาในการร่าง HFEA ด้วยโดยไม่พบว่าผู้ร่างให้เหตุผลใด ๆ เป็นการพิเศษในการกำหนดระยะเวลา 6 เดือน ศาลพิจารณาและเห็นด้วยกับการตีความเงื่อนไขในมาตรา 54 ในคดีหนึ่งซึ่งได้อธิบายไว้ว่าจุดประสงค์แรกเริ่มของมาตรา 54 นั้นมีขึ้นเพื่อเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ตามกฎหมายระหว่างเด็กกับผู้ร้องผลของการมีคำสั่งจะทำให้เด็กเสมือนเกิดจากผู้ร้องซึ่งชัดเจนว่าเกี่ยวข้องกับสิทธิในการได้รับความเคารพในชีวิตครอบครัว (Right to Respect for Family Life) ภายใต้ข้อกำหนดของ European Convention ซึ่งในคดีนั้นชีวิตครอบครัวได้เกิดขึ้นจากข้อเท็จจริงที่ว่าเด็กได้อยู่อาศัยและมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับคู่สัญญา ผู้ประสงค์จะมีบุตรหากศาลไม่มีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาบุตรก็จะทำให้ความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นในทางข้อเท็จจริงไม่ได้รับการรับรองโดยกฎหมาย ซึ่งเป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องให้การประกันสิทธิในทางปฏิบัติและที่ก่อให้เกิดผล¹¹⁴

¹¹³From Newbold and others v Coal Authority [2013] EWCA Giv 584.

¹¹⁴From The Court of Justice and gender recognition: A possibility for an expansive interpretation? by S. Osella, 2021, July In *Women's Studies International Forum* (Vol. 87, p. 102493). Pergamon.

ในคดี AvP นี้ ศาลได้อธิบายว่า ชีวิตครอบครัวนั้นไม่ได้เป็นเรื่องของข้อเท็จจริงเท่านั้น แต่เป็นเรื่องความสัมพันธ์ทางกฎหมายด้วย ซึ่งในกรณีนี้ หากมิได้มีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาเด็กกับบิดามารดาทางพันธุกรรมก็จะไม่มีความสัมพันธ์ทางกฎหมาย เด็กจะไม่ได้รับประโยชน์ทางสังคมและจิตใจ จากการที่ความสัมพันธ์ดังกล่าวได้รับการยอมรับมีผลเสียต่อเด็ก ในทางเศรษฐกิจเมื่อคำนึงเรื่องการรับมรดก และสภาพทางกฎหมายของเด็กไม่ตรงกับสภาพความเป็นจริงในแต่ละวัน

โดยท้ายสุดศาลในคดี AvP ก็ได้ตีความเป็นคุณกับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรที่เป็นผู้ร้อง โดยให้เหตุผลว่าไม่มีคำสั่งใดที่จะรับรองสถานะของเด็กได้อีก การมีคำสั่งจะเป็นการอันสอดคล้องกับ Article 8 European Convention และเป็นการคุ้มครองตัวตนของเด็ก (Identity) ในฐานะมนุษย์คนหนึ่งตาม Article 8 The United Nations Convention on the Rights of the Child (UNCRC) 1989 การตีความเช่นนี้ไม่ขัดแย้งกับวัตถุประสงค์หรือนโยบายเบื้องหลังของการกำหนดเงื่อนไขในมาตรา 54 เด็กอยู่อาศัยกับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรมาโดยตลอดและเห็นได้ชัดเจนว่า ประโยชน์ของเด็กนั้นขึ้นอยู่กับที่มีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาเพื่อคุ้มครองสถานะทางกฎหมายระหว่างเด็กกับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตร

ศาลในคดี Re X นี้เห็นด้วยเป็นอย่างยิ่งว่า ประเด็นที่สำคัญของเรื่องนี้อยู่ที่ตัวตนของเด็ก และความสัมพันธ์ของเด็กกับคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรซึ่งคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาบุตรนั้นจะก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงทั้งทางความสัมพันธ์ตามกฎหมายและความเป็นจริงเกี่ยวกับตัวเด็กในทางปฏิบัติและทางจิตวิทยามีผลในทางสังคมและในบางครั้งอาจกว้างไปถึงวัฒนธรรมและศาสนา ยิ่งไปกว่านั้น ผลนี้ยังเป็นผลในระยะยาวเป็นผลเพื่อวัตถุประสงค์ในทางปฏิบัติและไม่สามารถแก้ไขได้ อีกทั้งในการพิจารณามีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาของศาลนั้นก็ต้องคำนึงถึงสวัสดิภาพในระยะยาวของเด็กเป็นสำคัญที่สุด ซึ่งผู้ร่างย่อมต้องการให้ศาลคำนึงถึงอนาคตในระยะยาวของเด็กในการพิจารณาศาลเห็นว่าประเด็นการมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา ดังกล่าวนี้นี้ไม่ได้ถูกจำกัดอยู่โดยถ้อยคำตามกฎหมายในมาตรา 54 การตีความอย่างแคบเช่นนั้นจะไม่สอดคล้องกับเจตนาของผู้ร่างกฎหมาย ดังนั้น ศาลจึงสรุปว่า ศาลไม่ได้ถูกจำกัดมิให้มีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาเพียงเพราะการไม่ทำตามมาตรา 54(3) เรื่องกำหนดระยะเวลาโดยอ้าง

หลักการพิจารณาผลของการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายตามหลักในคดี Howard v Bodington ซึ่งได้กล่าวไปข้างต้น¹¹⁵

ยิ่งไปกว่านั้น ศาลยังแสดงความเห็นต่อไปว่า แม้หากเห็นว่าหลักการที่เป็นบรรทัดฐานจากคดี Howard v Bodington ไม่สามารถนำมาใช้กับการสรุปเช่นนี้ได้ ศาลก็ยังเห็นว่า เมื่อพิจารณา The United Nations Convention on the Rights of the Child ดังที่คดี AvP ได้ปรับใช้ไว้แล้วนั้นก็จะได้ผลสรุปเดียวกัน ศาลบอกว่าบทบัญญัติของกฎหมายนั้นควรจะแปลความ (Read Down) ในทางที่จะไม่ทำให้สาระสำคัญแห่งสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองนั้นเสียหายและสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองอยู่นั้นคือ สิทธิในทางปฏิบัติและที่ก่อให้เกิดผลมิใช่สิทธิในทางทฤษฎีที่ไม่เกิดขึ้นจริง

ศาลเห็นควรมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาในกรณีแม้ว่าจะผ่านมากกว่า 2 ปี นับจากเด็กเกิดแล้วก็ตาม โดยพิจารณาสาระสำคัญจากกฎหมายความเป็นมาและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้น หากไม่มีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาโดยศาลเห็นว่า ประการแรก คำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาเกี่ยวข้องกับทั้งสถานะและตัวตนของเด็กในฐานะมนุษย์คนหนึ่ง ประการที่สอง ศาลมองไปที่อนาคตของเด็กในระยะยาว และ ประการที่สาม ศาลไม่ได้คำนึงถึงผลกระทบที่จะเกิดกับผู้ร้องเท่านั้น แต่คำนึงถึงผลกระทบต่อเด็กผู้บริสุทธิ์ซึ่งศาลจะต้องคำนึงถึงสวัสดิภาพของเขาเป็นสำคัญที่สุด อย่างไรก็ดี ศาลในคดีนี้ได้กล่าวต่อไปว่า ศาลไม่มีเจตนาจะวางหลักการทั่วไปที่จะสามารถเอาไปใช้ได้กับทุกกรณี ในทางกลับกัน ได้อธิบายว่า ในแต่ละกรณีนั้นจะมีข้อเท็จจริงที่เฉพาะเจาะจง ซึ่งจะต้องพิจารณาแตกต่างกันไป

ภายหลังจากมีคำพิพากษาในคดี Re X นี้ ก็มีคำพิพากษาในคดีหลัง ๆ อ้างความเห็นของศาลในการตัดสินคดีที่ยื่นคำร้องไม่ถูกต้องตามเงื่อนไขในเรื่องระยะเวลา ตัวอย่าง เช่น คดี A & Another v C & Another เป็นคดีที่ยื่นคำร้องให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาภายหลัง 6 เดือนโดยยื่นคำร้อง เมื่อเด็กทั้ง 3 คนที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนอายุได้ 13 และ 12 ปีแล้ว โดยเหตุที่ยื่นคำร้องช้า เนื่องจากคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอันเป็นผู้ร้องได้ให้เหตุผลว่าไม่ทราบว่าเป็นต้องยื่นคำร้องดังกล่าว เนื่องจากผู้ร้องได้รับคำสั่งก่อนเด็กเกิด (Pre-birth Order) จากศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา

¹¹⁵From Fear, Loathing, and Empty Gestures: UK Legislation on Sport and the Transgender Participant. In *Transgender and Intersex: Theoretical, Practical, and Artistic Perspectives* (pp. 67-81). by D. McArdle, 2016. Palgrave Macmillan, New York.

ซึ่งเป็นประเทศที่ผู้ร้องได้เข้าทำสัญญาตั้งครรภ์แทนและเมื่อมีคำสั่งดังกล่าวนั้นก็เป็นการก่อตั้งความเป็นบิดามารดาของพวกเขาแล้วตามกฎหมายของสถานที่ที่ดำเนินการตั้งครรภ์แทนนั้น โดยคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรไม่คิดว่าจำเป็นต้องกระทำการยื่นคำร้องขอดังกล่าวในสหราชอาณาจักรอีก¹¹⁶

ในการยื่นคำร้องนั้นเนื่องจากผู้ร้องกับหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้นยังคงติดต่อกันอยู่เสมอ ๆ และมีสัมพันธภาพอันดีต่อเรื่อยมา ทำให้ผู้ร้องยังสามารถติดต่อให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนแสดงความยินยอมในแบบ A101A ได้แม้ผ่านระยะเวลามานานแล้วโดยหญิงที่ตั้งครรภ์แทนก็สนับสนุนให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา ในการพิจารณาศาลอ้างคำพิพากษา Re X ที่กล่าวไปข้างต้นที่ศาลอธิบายว่า ในแต่ละคดีนั้นก็ต้องพิจารณาข้อเท็จจริงของแต่ละคดีเป็นการเฉพาะและศาลในคดีนี้ได้แสดงความเห็นว่าในการพิจารณานั้นศาลต้องชั่งน้ำหนักระหว่างนโยบายของรัฐ (Public Policy) กับสวัสดิภาพของเด็กแต่ละคนตามหลักในมาตรา 1 Adoption and Children Act 2002 ที่ให้คำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กในระยะยาวเป็นสำคัญในการพิจารณามีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา ซึ่งศาลได้กล่าวต่อไปว่า ศาลไม่มีข้อกังขาเลยว่าในกรณีนี้สวัสดิภาพของเด็กในระยะยาวจะมีขึ้นได้ก็ต่อเมื่อศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาเท่านั้น และกรณีนี้ก็ไม่ใช่วินิจฉัยที่ผู้ร้องตั้งใจจะมีคำร้องล่าช้าเมื่อชั่งน้ำหนักดูแล้วศาลจึงเห็นควรมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา¹¹⁷

เงื่อนไขที่ต้องได้รับความยินยอมของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนภายหลัง 6 สัปดาห์นับจากเด็กเกิด

ศาลกล่าวว่าคำสั่งเกี่ยวกับการดูแลเด็ก (Child Arrangement Order) ที่ใช้อยู่ ขณะที่ศาลกำลังพิจารณาคดีนี้นั้นจะมีผลถึงเพียงแก่ขณะเด็กยังเป็นผู้เยาว์เท่านั้น หลังจากนั้นคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรจะไม่มีควมรับผิดชอบในฐานะบิดามารดา (Parental Responsibility) ใด ๆ และเห็นว่าการรับบุตรบุญธรรมนั้นไม่เหมาะสม เนื่องจากไม่สะท้อนความเป็นจริงที่คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดามารดาทางพันธุกรรมและทางธรรมชาติของเด็ก ในทางตรงกันข้ามการรับบุตรบุญธรรมนั้น

¹¹⁶From Fear, Loathing, and Empty Gestures: UK Legislation on Sport and the Transgender Participant. In *Transgender and Intersex: Theoretical, Practical, and Artistic Perspectives* (pp. 67-81). by D. McArdle, 2016, Palgrave Macmillan, New York.

¹¹⁷From *The Proportionality of Non-Consensual Adoption in England and Wales under s52 (1)(b) of the Adoption and Children Act 2002* by S. M. Davey, 2016, (Doctoral dissertation, University of Essex).

เป็นการปฏิบัติ “เสมือน” เด็กเป็นบุตรเท่านั้น และก็ได้อธิบายต่อไปว่า คำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดานั้นเป็นเครื่องมือที่กฎหมายกำหนดขึ้นมาเพื่อใช้กับสัญญาตั้งครรรภ์แทน โดยเฉพาะเพื่อเป็นการยอมรับความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมระหว่างเด็กกับคู่สัญญา ผู้ประสงค์จะมีบุตร ดังนี้ ศาลจึงสั่งให้เลื่อนการพิจารณาโดยกล่าวว่า แม้จะสามารถดำเนินการพิจารณาคดีจนจบได้ก็ตาม แต่ข้อเท็จจริงในคดีนี้แตกต่างออกไปและศาลก็ได้แสดงความหวังว่า หญิงที่ตั้งครรรภ์แทนจะคิดได้ว่า อะไรที่ทำให้เธอเข้าร่วมในการตั้งครรรภ์แทนนี้ และให้มองสถานการณ์จากมุมมองของเด็กโดยศาลได้ปิดท้ายไว้ว่า จากมุมมองในเรื่องสวัสดิภาพทางร่างกายและจิตใจของเด็กในระยะยาวแล้วนั้น คำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาเป็นคำสั่งเดียวที่มีความแน่นอนและเหมาะสมในการสะท้อนอัตลักษณ์ (Identity) ของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรภ์แทน แม้ว่าในคดีนี้ศาลจะไม่ได้ตัดสินว่าสวัสดิภาพของเด็กอยู่เหนือความยินยอมของหญิงที่ตั้งครรรภ์แทน ซึ่งเป็นผู้คลอดบุตรแต่ก็แสดงให้เห็นน้ำหนักของสวัสดิภาพของเด็กที่มากจนถึงขั้นสามารถหักทวนเจตนาของหญิงผู้คลอดบุตรซึ่งตามหลักดั้งเดิมจะเป็นผู้มีฐานะเป็นมารดาของเด็กเลยทีเดียว¹¹⁸

3.2 ออสเตรเลีย¹¹⁹

สำหรับการรับตั้งครรรภ์แทนด้วยกรรมวิธีปฏิสนธิในอกร่างกายในประเทศออสเตรเลียได้เริ่มต้นขึ้นในปี ค.ศ. 1988 แต่ก็มีจำนวนไม่มากนักมีการประมาณการว่า ในช่วงทศวรรษที่ 20 มีการรับตั้งครรรภ์แทนโดยใช้เชื้อสุจิและไข่ของผู้บริจาคประมาณ 5 รายเท่านั้น แต่กรณีที่สร้างความสนใจให้กับสาธารณชนมากที่สุดเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1984 เมื่อสองพี่น้องตระกูล Kirkman ได้ประกาศว่ามีการรับตั้งครรรภ์แทนกันขึ้น โดยมีเรื่องราวว่า นางลินดาที่มีสาวคนหนึ่งชื่อนางแมคจี ซึ่งไม่สามารถตั้งครรรภ์ด้วยตนเองได้ ส่วนสามีของเธอก็อยู่ในภาวะที่มีบุตรยากเช่นกัน นางลินดาจึงตกลงที่จะรับตั้งครรรภ์แทนพี่สาว โดยการรับตั้งครรรภ์แทนนี้เป็นไปโดยใช้ไข่ของนางแมคจี ผสมกับเชื้อสุจิที่ได้รับการบริจาค ต่อมาภายหลังจากการคลอดบุตร นางแมคจีและสามีได้รับมอบเด็กจากนางลินดาและได้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐวิกตอเรียเพื่อขอรับเด็กดังกล่าวเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งศาลได้มีคำสั่งอนุญาต ต่อมาทั้งคู่ได้เขียนหนังสือเรื่องหนึ่งมีชื่อว่า My Sister's Child: Maggie and Linda

¹¹⁸ From “Families beyond boundaries: Conceptualising kinship in gay and lesbian adoption and fostering,” by K. Wood, 2018, *Child & Family Social Work*, 23(2), 155-162. by K. Wood

¹¹⁹ From “An issue that is not going away: recent developments in surrogacy in South Australia.” by M. Hompson & D. Plater, 2019, *Journal of bioethical inquiry*, 16(4), 477-481. by M. Hompson & D. Plater.

Kirkman, *Their Own Story* และนำออกจำหน่าย จากเหตุการณ์ในครั้งนี้ทำให้สาธารณชนในประเทศออสเตรเลียถกเถียงถึงปัญหาด้านจริยธรรมของการรับตั้งครรภ์แทนเป็นอย่างมาก ซึ่งทำให้รัฐบาลของรัฐต่าง ๆ ในประเทศออสเตรเลียต้องจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นมาศึกษาปัญหาเกี่ยวกับเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์และการรับตั้งครรภ์แทนหลายคณะ และในเวลาต่อมาก็ได้มีการออกกฎหมายเพื่อควบคุมการรับตั้งครรภ์แทนขึ้นในหลายรัฐ ซึ่งในปัจจุบันประเทศออสเตรเลียนั้นไม่มีกฎหมายในระดับรัฐบาลกลางที่จะนำมาใช้บังคับเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์หรือการตั้งครรภ์แทนโดยเฉพาะเนื่องจากการตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพพลานามัยของประชาชนนั้นรัฐธรรมนูญของประเทศออสเตรเลียกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของแต่ละรัฐในการที่จะออกกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวทำให้กฎหมายในแต่ละรัฐมีความแตกต่างกัน ซึ่งปัจจุบันรัฐที่มีกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนได้แก่ รัฐ Victoria, South Australia, Queensland, Tasmania และ Australian Capital Territory โดยผู้ศึกษาได้นำ Surrogacy Act 2010 ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนของรัฐ Queensland มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมเกี่ยวกับการดำเนินการตั้งครรภ์แทนและการกำหนดความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนมาศึกษาโดยกฎหมายดังกล่าวได้ยกเลิก The Surrogate Parenthood Act 1988 ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนเดิมที่เคยใช้บังคับในรัฐ Queensland ของประเทศออสเตรเลีย¹²⁰

3.2.1 การตั้งครรภ์แทนในประเทศออสเตรเลีย

ตามกฎหมาย Surrogacy Act 2010 ได้ให้ความหมายของการดำเนินการตั้งครรภ์แทนไว้ว่า หมายถึง การทำข้อตกลงระหว่างฝ่ายหญิง (แม่ผู้ให้กำเนิด) กับบุคคลอื่น (คู่สมรสที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน) โดยฝ่ายหญิงตกลงที่รับตั้งครรภ์แทนให้กับคู่สมรสที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะมอบเด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์นั้นให้แก่คู่สมรสที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน และคู่สมรสดังกล่าวยอมรับที่จะรับผิดชอบในการดูแลและเป็นผู้ปกครองของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์นั้น ซึ่งบุคคลที่ตั้งครรภ์แทนนั้นจะเป็นบุคคลใดก็ได้ และไม่จำเป็นต้องมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับผู้ที่ขอให้มีการตั้งครรภ์แทนก็ได้ ส่วนผู้ที่ขอให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นต้องเป็นคู่สมรสที่จดทะเบียนโดยชอบด้วยกฎหมาย หากเป็นคนโสดสามารถที่จะดำเนินการให้มี

¹²⁰From “The Surrogacy Laws in Australia: What Can Be Useful for Ukraine.” by S. V. Antonov, (2020). *Medicine pravo*, 2(26), 9-23. by S. V. Antonov.

การตั้งครรภ์แทนได้ ซึ่งวิธีการที่นำมาใช้ในการตั้งครรภ์แทนนั้นอาจใช้วิธีการปฏิสนธิในหลอดทดลองหรือการผสมเทียม เป็นต้น โดยการตั้งครรภ์แทนนั้นมีอยู่ 2 กรณี ได้แก่¹²¹

กรณีที่ 1 การตั้งครรภ์แทนผู้อื่นโดยสมัครใจและไม่มิวัตถุประสงค์ในเชิงพาณิชย์และ

กรณีที่ 2 การตั้งครรภ์แทนผู้อื่นในเชิงพาณิชย์ซึ่งเป็นรูปแบบการตั้งครรภ์ที่ผู้รับตั้งครรภ์จะได้รับเงินรางวัลหรือผลประโยชน์อื่นใดตอบแทนจากการให้กำเนิดบุตร ซึ่งตามกฎหมายของประเทศออสเตรเลียถือว่าการดำเนินการตั้งครรภ์ที่ผิดกฎหมาย

3.2.2 สถานะของการตั้งครรภ์แทนในประเทศออสเตรเลีย

การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนหรือสัญญาับตั้งครรภ์แทนนั้นไม่มีผลบังคับใช้ในทางกฎหมายคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจึงไม่สามารถนำมาฟ้องร้องบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามสัญญาได้ แต่อย่างไรก็ตาม ภาระผูกพันที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการตั้งครรภ์แทนในส่วนของ การจ่ายเงินหรือคืนเงินให้แก่หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ เว้นแต่ เด็กได้ถือกำเนิด มาจากผลของการตั้งครรภ์แทนแล้วและหญิงผู้ให้กำเนิด ไม่ยอมสละสิทธิในการดูแลเด็กและอำนาจ ในการปกครองเด็กให้แก่คู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทน¹²²

3.3 สหรัฐอเมริกา¹²³

ประเทศสหรัฐอเมริกาในแต่ละมลรัฐกำหนดสถานะทางกฎหมายของสัญญาับตั้งครรภ์แทนไว้แตกต่างกัน กล่าวคือ กลุ่มที่กำหนดโทษทางอาญากลุ่มที่ถือว่าสัญญาับตั้งครรภ์แทนเป็น โฆษณา และไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย และกลุ่มที่ถือว่าสัญญาับตั้งครรภ์แทนชอบด้วยกฎหมาย และมีผลบังคับได้ โดยแนวความคิดและตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกาและการกำหนด สถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กตามแนวคำพิพากษาของศาล ผู้เขียนเห็นว่าน่าสนใจ และมีมุมมอง

¹²¹From “An Issue that is not Going Away: Recent Developments in Surrogacy in South Australia Authors: Madeleine Thompson and David Plater.” by D. Plater, 2020, *U. of Adelaide Law Research Paper*, (2020-110), 477-481. by D. Plater.

¹²²From “Surrogacy-Legal and Bioethical Issues.” by A. A. Ponkina, & I. V. Ponkin, 2016, *Obstetrics, Gynecology and Reproduction*, 10(2), 70-76. by A. A. Ponkina, & I. V. Ponkin.

¹²³From “Navigating Surrogacy Law in the Non-United States: Why All States Should Adopt a Uniform Surrogacy Statute.” by S. Canner, 2020, *Journal of Civil Rights and Economic Development*, 33(2), 2-15. by S. Canner.

ที่เป็นประโยชน์ในการเป็นพื้นฐานในการวิเคราะห์ต่อไปถึงการกำหนดความรับผิดชอบในการรับตั้งครรภ์แทน¹²⁴

ประเทศสหรัฐอเมริกาเน้นการจัดให้มีการตั้งครรภ์แทน (Surrogacy Arrangement) เกิดขึ้นอย่างแพร่หลายตามรายงานสถิติของศูนย์สถิติสาธารณสุขแห่งชาติ (National Center for Health Statistics) เมื่อปี พ.ศ. 2526 พบว่า ในประเทศสหรัฐอเมริกามีหญิงที่ไม่อาจตั้งครรภ์ได้ 4.3 ล้านคน และมีหญิงอย่างน้อยที่สุดจำนวน 2 ล้านคน ที่ประสงค์จะมีบุตรและมีผู้ประมาณไว้ว่าในแต่ละปี มีคู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรได้ประมาณ 500,000 คู่ แสวงหาความช่วยเหลือโดยวิธีรับตั้งครรภ์แทนร่างกฎหมายฉบับแรกที่เสนอให้มีบทลงโทษทางอาญาแก่คู่สัญญาทุกฝ่ายในสัญญารับตั้งครรภ์แทนรวมถึงตัวแทนหรือคนกลางในการจัดการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนนั้น หากการรับตั้งครรภ์แทนเป็นไปเพื่อประโยชน์ทางการค้า คือ Surrogacy Arrangement Act of 1989 แต่ร่างกฎหมายฉบับนี้ก็ไม่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการการพลังงานและการค้าแห่งสภาผู้แทนราษฎร ต่อมา มีการเสนอร่างกฎหมายฉบับที่ 2 เรียกว่า Anti - Surrogate Mother Act of 1989 โดยกำหนดให้การกระทำที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทน เช่น การจัดหาหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนการโฆษณาหรือการให้ความช่วยเหลือทางการแพทย์ ถือเป็นความผิดทางอาญาและเสนอให้สัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่ว่าจะมีประโยชน์ทางการค้าหรือไม่เป็นสัญญาที่เป็นโมฆะ แต่ท้ายที่สุดก็ไม่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการยุติธรรมของสภาผู้แทนราษฎร ปัจจุบันจึงยังไม่มีกฎหมายระดับรัฐบาลกลางออกมาใช้บังคับ ดังนั้นเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนจึงต้องพิจารณากฎหมายของแต่ละมลรัฐไป

หากพิจารณาในแต่ละมลรัฐเราสามารถแยกสถานะทางกฎหมายของสัญญารับตั้งครรภ์แทนได้เป็น 3 กลุ่มดังนี้

1) กฎหมายกลุ่มที่กำหนดโทษทางอาญา โดยปรากฏอยู่ใน 6 มลรัฐ คือ มลรัฐมิชิแกนยูทาห์ วอชิงตันนิวเจอร์ซีย์ แคนซัสและดิสตริกออฟโคลัมเบีย ซึ่งแต่ละมลรัฐจะมีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันออกไป เช่น มลรัฐมิชิแกนมีกฎหมายการห้ามรับตั้งครรภ์แทนที่เข้มงวดที่สุดคือ ห้ามมิให้บุคคลทุกฝ่ายไม่ว่าจะเป็นบุคคลที่ประสงค์จะเป็นคู่สัญญาหรือคนกลางเข้าทำสัญญาใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางพาณิชย์ ผู้ที่ฝ่าฝืนจะได้รับโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปีหรือปรับ

¹²⁴From "Recognition of parentage in surrogacy arrangements in Australia." In *Surrogacy, law and human rights* (pp. 157-178). by A., Harland & C. Limon, 2016, Routledge.

ไม่เกิน 50,000 ดอลลาร์สหรัฐ หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งถือว่าเป็นโทษที่ค่อนข้างสูงมาก ส่วนมลรัฐอื่น มีการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับการรับตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ไว้เช่นเดียวกัน นอกจากนี้ มลรัฐนิวยอร์กได้กำหนดโทษทางแพ่งสำหรับคู่สัญญาตั้งครรภ์แทนกับคนกลางไว้ต่างกัน โดยคู่สัญญาตั้งครรภ์แทนต้องระวางโทษเพียงปรับไม่เกิน 500 ดอลลาร์สหรัฐ แต่คนกลางต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ แต่หากมีการกระทำผิดเป็นครั้งที่สอง คนกลางจะถือว่ากระทำความผิดทางอาญาสถานเบา (Felony)¹²⁵

ในคดี Baby M. ศาลสูงแห่งรัฐนิวเจอร์ซีย์ วินิจฉัยว่า สัญญาจ้างตั้งครรภ์แทนผิดกฎหมาย เพราะมีวัตถุประสงค์ในการซื้อขายเด็ก แต่ศาลสูงในรัฐเคนตักกีมีความเห็นที่แตกต่าง โดยเห็นว่ากฎหมายเกี่ยวกับการซื้อขายเด็กไม่อาจปรับใช้ได้กับกรณีรับจ้างตั้งครรภ์แทนการจ้างตั้งครรภ์แทนไม่ใช่ทางเลือกที่มีผลเมื่อหญิงนั้นตั้งครรภ์แล้วและไม่ใช่วิธีทางที่จะแลกเปลี่ยนเด็กที่ตนไม่ต้องการกับเงิน แต่เป็นวิธีการที่เป็นไปได้สำหรับคู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรได้ วิทยาศาสตร์เป็นคำตอบหนึ่งของปัญหาสังคมและกฎหมายไม่ควรที่จะทอดทิ้งทางแก้ดังกล่าว ตัวอย่างคดีในมลรัฐมิชิแกน¹²⁶

คดี Doe v Kelley เป็นคดีที่สามีกิริยากู้หนึ่งชื่อ จอห์นและเจนเคอร์ ได้ยื่นคำร้องต่อศาลร่วมกับแมรี โร ผู้รับตั้งครรภ์แทนว่า ตนได้เสนอให้แมรี โรรับการผสมเทียมโดยใช้น้ำอสุจิของจอห์น เมื่อแมรี โร และคลอดบุตรออกมาแล้ว จอห์นและเจนเคอร์จะรับเป็นผู้ปกครองเด็กในทันที โดยแมรี โร ยินยอมให้สามีกิริยากู้นี้จดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมโดยแมรี โร จะได้รับค่าตอบแทนจากการนี้เป็นเงิน 50,000 เหรียญสหรัฐ ผู้ร้องจึงขอให้ศาลสั่งไม่ให้รัฐมิชิแกนฟ้องคดีผู้ร้องเกี่ยวกับการทำสัญญาจ้างตั้งครรภ์นี้ เนื่องจากกฎหมายของรัฐมิชิแกนบัญญัติห้ามการให้เงินหรือของมีค่าเป็นการตอบแทนการรับบุตรบุญธรรมและขอให้ศาลวินิจฉัยในประเด็น

1) กฎหมายว่าด้วยการรับบุตรบุญธรรมของรัฐมิชิแกนเป็นโมฆะ เนื่องจากไม่ชัดเจนและมีลักษณะกำกวมไม่แน่นอน

¹²⁵ From “Incidence of surrogacy in the USA and Israel and implications on women’s health: a quantitative comparison.” by D., Birenbaum-Carmeli & P. Montebruno, 2019, *Journal of assisted reproduction and genetics*, 36(12), 2459-2469. by D., Birenbaum-Carmeli & P. Montebruno.

¹²⁶ From “Artificial reproductive technology and gendered notions of parenthood after Obergefell: Analyzing the legal assumptions that shaped the baby M case and the hodge-podge nature of current surrogacy law.” by R. Wexler, 2018, *Tul. JL & Sexuality*, 27(1), 1-11. by R. Wexler.

2) ผู้ร้องมีสิทธิส่วนตัว (Right of Privacy) ตามรัฐธรรมนูญโดยรัฐจะมารบกวนมิได้

3) เหตุผลที่จะคุ้มครองผลประโยชน์ของรัฐในการตรากฎหมายดังกล่าวมีน้ำหนักน้อยกว่าสิทธิส่วนตัวของผู้ร้อง ต่อมาศาลชั้นต้นได้พิจารณาแล้ววินิจฉัยยกคำร้อง โดยให้เหตุผลว่า สิทธิส่วนตัวของผู้ร้องในคดีนี้ไม่ใช่สิทธิสมบูรณ์ เจตนารมณ์ของกฎหมายของรัฐดังกล่าวคือการป้องกันการนำกิจการค้าเข้ามาเกี่ยวข้องกับการตัดสินใจของมารดาเด็กในการยอมให้เด็กเป็นบุตรบุญธรรมและเห็นว่าการซื้อขายแลกเปลี่ยนเด็กเป็นการผิดกฎหมายของรัฐว่าด้วยการรับบุตรบุญธรรมและเป็นการฝืนความรู้สึกของสาธารณชนด้วย เพราะเด็กไม่อาจเป็นวัตถุแห่งการซื้อขายไม่ว่ากรณีใด ๆ

นอกจากนี้รัฐธรรมนูญนั้นคุ้มครองการตัดสินใจมีบุตร โดยให้ผู้อื่นตั้งครรภ์แทนแต่เป็นคนละเรื่องกับสัญญาที่คู่กรณีทำต่อกันศาลสนับสนุนการมีบุตรโดยวิธีนี้ แต่ไม่อาจยินยอมให้มีข้อตกลงเช่นนั้นได้ และศาลได้วินิจฉัยว่า

1) กฎหมายนั้นมิได้ขัดกับรัฐธรรมนูญ และเป็นบทบัญญัติที่แน่นอนชัดเจนแล้ว

2) แม้ว่าสิทธิส่วนตัวจะรวมถึงความสัมพันธ์ในชีวิตสมรส การให้กำเนิดบุตรและการคุมกำเนิดไว้ด้วยก็ตาม แต่ผู้ร้องก็ไม่มีสิทธิที่จะใช้อำนาจของศาล เพื่อขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมโดยมีสัญญาให้ค่าตอบแทนกันได้ ศาลอุทธรณ์ มิใช่เกินพิพากษาขึ้นตามศาลชั้นต้น คำวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์นี้ถึงที่สุดเพราะศาลสูงของรัฐ และศาลสูงของสหพันธ์ไม่รับฎีกาของผู้ร้อง¹²⁷

ต่อมามีคดีในรัฐมิชิแกนเกิดขึ้นอีก คือ คดี Syrkowsk Appleyard เป็นคดีที่สามีภริยาคนหนึ่งได้ตกลงทำสัญญากับหญิงคนหนึ่งซึ่งมีสามีและบุตรแล้วให้รับตั้งครรภ์แทนโดยใช้หน้าอกของสามี โดยมีการตกลงกันว่าหญิงผู้นี้จะได้รับค่าตอบแทน 10,000 เหรียญสหรัฐ และเมื่อคลอดบุตรแล้วยอมยกเด็กให้สามีภริยาผู้นี้ปกครองดูแล ต่อมาก่อนที่หญิงนั้นจะคลอดบุตร สามีผู้จ้างได้ยื่นคำร้องต่อศาลขอเป็นบิดาของเด็กที่จะเกิดมา ต่อมาศาลชั้นต้นวินิจฉัยว่าคำร้องของผู้ร้องอยู่นอกเหนือบทบัญญัติในรัฐที่ว่าด้วยการเป็นบิดามารดา ต่อมาศาลอุทธรณ์วินิจฉัยทำนองเดียวกันว่า ศาลไม่อาจวินิจฉัยว่า สัญญาจ้างตั้งครรภ์ดังกล่าวจะฝืนต่อความรู้สึกของสาธารณชนหรือไม่ กรณีไม่อยู่ในข่ายบทบัญญัติของกฎหมายของรัฐ เพราะไม่มีกฎหมายบัญญัติรับรองวิธีการตั้งครรภ์แทนนี้ไว้

¹²⁷From "Can I Have Your Baby? Paternalism, Autonomy, and Money in California's" Surrogacy-Friendly" Statutory Scheme. by L. Kennedy, 2022, *Stan. L. & Pol'y Rev.*, 33(2), 187-195. by L. Kennedy.

1) กฎหมายกลุ่มที่ถือว่าสัญญาับตั้งครรภ์แทนเป็นโมฆะและไม่มีผลบังคับตามกฎหมายแบ่งเป็นกลุ่มที่ถือว่าสัญญาับตั้งครรภ์แทนเป็นโมฆะทั้งหมดไม่ว่าจะมีค่าตอบแทนหรือไม่ ได้แก่ กฎหมายในมลรัฐอริโซนา อินเดียนา นอร์ทดาโกตา นิวเจอร์ซีย์ และเทนเนสซี ส่วนอีกกลุ่มหนึ่ง กำหนดให้สัญญาับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์เท่านั้นที่เป็นโมฆะได้แก่ กฎหมายในมลรัฐเคนตักกีหลุยส์เซียนา เนบราสกา ยูทาห์และวอชิงตัน

2) กฎหมายกลุ่มที่ถือว่าสัญญาับตั้งครรภ์แทนชอบด้วยกฎหมายและมีผลบังคับได้ ได้แก่ กฎหมายในมลรัฐนิวแฮมป์เชอร์ เวอร์จิเนีย ฟลอริดา และเนวาดา ได้มีกฎหมายบัญญัติรับรองว่าสัญญาับตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมายและสามารถฟ้องร้องให้บังคับกันได้แต่ก็ห้ามมิให้มีการจ่ายค่าตอบแทนที่นอกเหนือไปจากค่ารักษาพยาบาลทางการแพทย์ที่จำเป็น ส่วนเรื่องการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนในสหรัฐอเมริกา มีแนวความคิดเป็น 3 กลุ่มได้แก่

2.1) กลุ่มดั้งเดิมกลุ่มนี้จะเห็นว่าสัญญาับตั้งครรภ์แทนไม่มีผลในทางกฎหมาย ดังนั้นความเป็นบิดามารดาของเด็กจะถือตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ กล่าวคือ ผู้ที่เป็นมารดาและบิดาคือหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและสามี

2.2) กลุ่มสมัยใหม่ในมลรัฐกลุ่มนี้จะมีกฎหมายที่กำหนดให้ถือว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาของเด็กเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการจดทะเบียนการเกิดเท่านั้น ซึ่งฝ่ายที่อ้างให้มีการรับตั้งครรภ์แทนมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้เปลี่ยนแปลงชื่อมารดาได้ กลุ่มนี้จะถือว่าคู่สมรสที่ประสงค์จะให้มีการรับตั้งครรภ์แทนเป็นบิดาหรือมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย

2.3) กลุ่มผสมผสานกลุ่มนี้จะสันนิษฐานว่าคู่สมรสที่อ้างเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายแต่ให้สิทธิแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนยกเลิกข้อตกลงภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยจะถือว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น กฎหมายของมลรัฐเวอร์จิเนียโดยกฎหมายจะกำหนดว่าสัญญาับตั้งครรภ์แทนจะมีผลบังคับตามกฎหมายจะต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อนและสัญญาต้องได้รับการปรับปรุงตามคำสั่งศาล โดยเมื่อศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าสัญญาับตั้งครรภ์แทนดังกล่าวเข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดก็จะแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ศาลให้ช่วยพิจารณาว่าคู่สัญญาแต่ละฝ่ายมีความเหมาะสมที่จะทำสัญญาหรือไม่ และจะพิจารณาถึงความเหมาะสมของคู่สมรสที่อ้างในการเป็นบิดามารดาของเด็กและเมื่อศาลให้ความเห็นชอบกับสัญญาดังกล่าว เมื่อทารกกำเนิดขึ้นมาจะถือว่าคู่สมรสที่อ้างเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายทันที อย่างไรก็ตาม แม้ศาลจะให้ความเห็นชอบกับสัญญาับตั้งครรภ์แทนนั้นแล้วหากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องการยกเลิกสัญญาก็มีสิทธิยกเลิกสัญญาได้ภายในกำหนด 180 วัน นับแต่วันที่ตั้งครรภ์ซึ่งจะ

ถือว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะเป็นมารดาของเด็กโดยไม่ต้องรับผิดชำระค่าเสียหายการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กตามแนวคำพิพากษาของศาล¹²⁸

ประเทศสหรัฐอเมริกามีแนวคำพิพากษาของศาลที่ได้กำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนไว้ 3 กรณี โดยแบ่งออกเป็น ความเป็นบิดามารดาโดยเจตจำนง ความเป็นบิดามารดาทางพันธุกรรม และความเป็นมารดาโดยการให้กำเนิดโดยศาลได้ให้เหตุผลไว้ได้อย่างน่าสนใจ ดังนี้¹²⁹

1) ความเป็นบิดามารดาโดยเจตจำนง

กรณีของครอบครัวคาลเวิร์ต ซึ่งภริยาไม่สามารถให้กำหนดบุตรได้ จึงได้จ้างนางแอนนา จอร์นสัน ให้ตั้งครรภ์แทน โดยกรรมวิธีเด็กหลุดแล้วจากอสุจิและไข่ของคู่สามีภริยาแล้วเคลื่อนย้ายเข้าสู่มดลูกของนางแอนนา จอร์นสัน ซึ่งมีค่าจ้างประมาณ 250,000 บาท เมื่อเด็กเกิดมาแล้ว ครอบครัวคาลเวิร์ตก็รับเด็กมาเลี้ยงดู แต่ต่อมานางแอนนา จอร์นสันได้ฟ้องร้องครอบครัวคาลเวิร์ต อ้างว่า นางควรมีสติในตัวเอง เพราะนางมีความผูกพันกับเด็กขณะอุ้มท้องและครอบครัวคาลเวิร์ตก็ทอดทิ้งนางในขณะที่นางตั้งครรภ์และไม่จ่ายค่าตอบแทนให้ตามสัญญาในขณะที่คดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลแคลิฟอร์เนียนั้น รัฐแคลิฟอร์เนียเพิ่งจะเสนอร่างกฎหมายที่จัดระเบียบเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทน ปรากฏว่า ศาลสูงสุดของเมืองออเร้นจ์ รัฐแคลิฟอร์เนียตัดสินโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งว่า สัญญาจ้างตั้งครรภ์แทนไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญและไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนใช้บังคับได้ตามสัญญา กรณีนี้ นางแอนนา จอร์นสันได้สละสิทธิในตัวเด็กที่เกิดมาแล้วและมีผลตั้งแต่อ่อนเพาะตัวอ่อน ดังนั้น นางจึงหมดสิทธิในการใช้อำนาจปกครองบุตรที่เกิดมา ศาลเห็นว่าหญิงที่มีเจตจำนงที่จะให้เด็กเกิดมาและมีความประสงค์จะเลี้ยงดู ย่อมถือว่าเป็นมารดาตามธรรมชาติ

2) ความเป็นบิดามารดาทางพันธุกรรม

ศาลแห่งมลรัฐโอไฮโอ ได้ให้เหตุผลไว้ 3 ประการ เกี่ยวกับการควรรนำหลักพันธุกรรมมาใช้ในการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนมากกว่าการใช้หลักเจตจำนง ดังนี้ ประการที่หนึ่ง สัญญาตั้งครรภ์แทนแม้ได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษร

¹²⁸From “Navigating Surrogacy Law in the Non-United States: Why All States Should Adopt a Uniform Surrogacy Statute.” by S. Canner, 2019, *JCR & Econ. Dev.*, 33(2), 113-128. by S. Canner.

¹²⁹From “Navigating Surrogacy Law in the Non-United States: Why All States Should Adopt a Uniform Surrogacy Statute.” by S. Canner, 2020, *Journal of Civil Rights and Economic Development*, 33(2), 2-15. by S. Canner.

ก็พิสูจน์ไม่ได้ว่า คู่สมรสนั้น ๆ จะมีเจตจำนงที่จะเป็นบิดามารดาของเด็กอย่างแท้จริง ประการที่สอง การใช้หลัก พันธกรรมมากำหนดความเป็นบิดามารดาของเด็กจะสอดคล้องกับประโยชน์สูงสุดของเด็กและสังคม และประการที่สาม ศาลเห็นว่าหลักเจตจำนงไม่ให้ความสำคัญแก่สิทธิที่จะยินยอมให้มีการสืบพันธุ์ของบุคคลที่เป็นเจ้าของหน่วยทางพันธุกรรมนั้นและยังละเลยที่จะคุ้มครองสิทธิที่จะสละความเป็นบิดามารดา

3) ความเป็นมารดาโดยการให้กำเนิด

ศาลในบางมลรัฐยังคงให้หลักการตามกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ถือว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนโดยเป็นผู้คลอดบุตรนั้นเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก เช่น ศาลแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ได้ให้ความเห็นว่า ตลอดระยะเวลาที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนตั้งครรภ์นั้นหญิงดังกล่าวย่อมมีความผูกพันกับเด็กที่อยู่ในท้อง ซึ่งการตั้งครรภ์นั้นมีส่วนสำคัญในการทำให้เด็กเจริญเติบโต การเปลี่ยนแปลงสถานะของมารดาเด็กจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไปเป็นหญิงคู่สมรสที่แท้จริงจึงเป็นการบังคับให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนสละสิทธิความเป็นมารดาของเด็ก โดยจะก่อให้เกิดผลเสียมากกว่าผลดี

สำหรับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น ประเทศสหรัฐอเมริกานี้เป็นประเทศที่มีการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญและทุกมลรัฐมีหน้าที่ในการออกกฎหมายเพื่อรับรองประโยชน์ในการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนประเทศสหรัฐอเมริกานี้เป็นรัฐรวมและในแต่ละรัฐก็มีกฎหมายที่แตกต่างกันและด้วยความก้าวหน้าของเทคโนโลยีในประเทศสหรัฐอเมริกานี้ก็ได้มีการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไม่ว่าจะเป็นการตั้งครรภ์แทนหรือจะโดยวิธีการผสมเทียม ถือได้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกานี้เป็นแหล่งที่มีการผสมเทียมที่ใหญ่ที่สุดและลูกค้าส่วนใหญ่จะมีฐานะการเงินที่ดี จึงทำให้มีคลินิกและสถานพยาบาลขนาดใหญ่ที่เป็นหน่วยงานในการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กระจายอยู่มากกว่า 315 แห่ง จึงทำให้ในแต่ละรัฐอาจจะเคยประสบปัญหาที่เกี่ยวกับข้อพิพาทในอำนาจของการปกครองเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ บางมลรัฐก็อาจจะมีความเห็นแตกต่างเกี่ยวกับข้อพิพาทที่แตกต่างกันไป โดยอาจกำหนดการเป็นคำพิพากษาหรืออาจจะบัญญัติเป็นกฎหมายเฉพาะของรัฐซึ่งมีผลเป็นการสร้างหลักกฎหมายหรือวางหลัก Common Law ไว้แตกต่างกัน¹³⁰

¹³⁰ จาก การตั้งครรภ์แทน: ปัญหาทางกฎหมายครอบครัวและมรดก (วิทยานิพนธ์), โดย ญัฐวิวรรณ อภิสิทธิ์โยธิน, 2543, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, ลิขสิทธิ์ 2543 โดย ญัฐวิวรรณ อภิสิทธิ์โยธิน.

ข้อตกลงและหลักการในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ใน
มลรัฐแคลิฟอร์เนีย¹³¹

1) การช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หมายความว่า ความคิดหรือความตั้งใจ
ที่แสดงออกโดยวิธีการอื่นใดที่มากกว่าการมีเพศสัมพันธ์ไม่ว่าจะเป็นไปโดยการตั้งครรภ์เองหรือ
โดยการตั้งครรภ์แทน¹³²

2) ข้อตกลงในการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หมายความว่า สัญญาที่เป็น
ลายลักษณ์อักษรที่เกิดจากบุคคลผู้ที่มีความตั้งใจจะเป็นผู้ปกครองตามกฎหมายของเด็กหรือเด็ก
ที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่าง
บุคคลทั้งสองฝ่าย ทั้งผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนและผู้รับจ้างตั้งครรภ์แทน รวมถึงสามีของผู้รับตั้งครรภ์แทน
ก่อนที่จะเข้าทำสัญญา¹³³

3) มลนิธิการบริการข้อตกลงในการตั้งครรภ์แทน หมายความว่า มลนิธิที่อำนวยความสะดวก
เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนหรือพิจารณาผู้ที่มีคุณสมบัติที่จะให้บริการหรือผู้ที่ได้รับ
บริการและอำนวยความสะดวกในการตั้งครรภ์แทนให้แก่คู่สมรสหรือผู้ที่มีความตั้งใจจะใช้บริการ
เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไม่ว่าจะเป็นไปโดยการตั้งครรภ์เองหรือโดยการ
ตั้งครรภ์แทน¹³⁴

4) ผู้ปกครองที่ตั้งใจ หมายความว่า บุคคลที่แต่งงานตามกฎหมายหรือยังไม่ได้
แต่งงานที่มีเจตนาจะผูกพันตามกฎหมายเพื่อเป็นผู้ปกครองของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วย
การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์¹³⁵

5) ข้อตกลงในการทำสัญญาดังครรภ์แทนจะต้องทำขึ้นโดยนายความที่ได้รับ
อนุญาตตามกฎหมายของรัฐนี้เป็นนายความผู้อำนวยความสะดวกในการจัดทำสัญญาระหว่าง
บุคคลทุกฝ่าย¹³⁶

¹³¹ จาก การรับรองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง
การแพทย์ (วิทยานิพนธ์), โดย ริญญภัทร์ ณ สงขลา, 2558, สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. ลิขสิทธิ์ 2558 โดย
ริญญภัทร์ ณ สงขลา.

¹³² From Section 7606 (a) of California Family Code

¹³³ From Section 7606 (b) of California Family Code

¹³⁴ From Section 7960 (b) of California Family Code

¹³⁵ From Section 7960 (c) of California Family Code

¹³⁶ From Section 7960 (d) of California Family Code

6) ผู้อำนวยการความสะดวกในการตั้งครรภ์แทน¹³⁷ หมายความว่า บุคคลหรือองค์กรที่เข้ามามีส่วนร่วมในการโฆษณาเพื่อวัตถุประสงค์ในการชักชวนหรือเป็นตัวกลางระหว่างบุคคลที่จะทำข้อตกลงในการตั้งครรภ์แทน รวมถึงการคิดค่าบริการสำหรับการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

7) หญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์แทน¹³⁸ หมายความว่า ผู้หญิงคนหนึ่งที่ยินดีตั้งครรภ์แทนผ่านการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยเป็นไปตามสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรให้แก่ผู้ปกครองที่มีความประสงค์จะมีบุตร

8) ข้อตกลงในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในขณะตั้งครรภ์ ผู้ให้บริการจะต้องไม่ถูกจำกัดในการที่จะรับรู้ข้อมูลทั้งหมดรวมถึงข้อมูลดังต่อไปนี้¹³⁹

8.1) วันที่ตกลงที่จะให้ผู้ให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ดำเนินการในการตั้งครรภ์

8.2) การทราบถึงชื่อของบุคคลที่ให้เซลล์สืบพันธุ์เว้นแต่จะเป็นเซลล์สืบพันธุ์บริจาคโดยไม่ระบุชื่อผู้บริจาค

8.3) ตัวตนที่แท้จริงของผู้ปกครองที่ประสงค์จะมีบุตร

8.4) การเปิดเผยข้อมูลและวิธีการในการใช้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ รวมถึงค่าใช้จ่ายของผู้ให้บริการในขณะตั้งครรภ์และทารกแรกเกิด ความคุ้มครองเรื่องการดูแลสุขภาพ ความคุ้มครองสำหรับการตั้งครรภ์แทน รวมถึงความรับผิดชอบที่อาจเป็นไปได้ของผู้ให้บริการในขณะตั้งครรภ์แทนหรือความรับผิดชอบของบุคคลที่สามหรือการคุ้มครองและประกันอื่น ๆ ที่จะต้องแจ้งให้ทราบล่วงหน้า

ส่วนการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างความเป็นบิดามารดาและบุตรตามกฎหมาย

1) การกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างความเป็นบิดามารดาและบุตรอาจเกิดขึ้นได้ดังต่อไปนี้

1.1) ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองของเด็กที่เกิดตามธรรมชาติอาจเกิดขึ้นได้โดยมีหลักฐานการให้กำเนิดของเด็กหรือภายใต้กฎหมายนี้

¹³⁷From Section 7960 (e) of California Family Code

¹³⁸From Section 7960 (f) of California Family Code

¹³⁹From Section 7962 (a) of California Family Code

1.2) ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ปกครองบุญธรรมและเด็กบุญธรรมอาจเกิดขึ้นได้โดยมีหลักฐานในการรับบุตรบุญธรรม

2) การกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างความเป็นบิดามารดาและบุตร เพื่อรองรับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ อาจเกิดขึ้นได้ดังต่อไปนี้

2.1) การใช้น้ำเชื้อจากชายอื่นที่บริจาคไว้ ซึ่งไม่ใช่สามีของตนต้องเป็นไปภายใต้การกำกับดูแลของแพทย์ที่มีใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพ

2.2) คู่สมรสต้องแสดงความยินยอมในการรับบริจาคน้ำเชื้ออย่างเป็นลายลักษณ์อักษร

2.3) คู่สมรสนั้นจะต้องปฏิบัติทางกฎหมายหรือทางพฤติกรรมเสมือนหนึ่งว่าเป็นผู้ปกครองผู้ให้กำเนิดของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้น

2.4) ชายผู้บริจคน้ำเชื้อไว้แก่แพทย์ที่ได้รับใบอนุญาตหรือบริจาคไว้แก่ธนาคารอสุจิเพื่อใช้สำหรับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในการปฏิสนธิในหญิงอื่นที่ไม่ใช่ภริยาของตน ไม่ถือว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่จะเกิดขึ้น

2.5) คู่สมรสที่แต่งงานแล้วหรือคู่ชีวิตที่ได้จดทะเบียนตามกฎหมาย Domestic Partnership รวมถึงคู่ที่ได้จดทะเบียนคู่ชีวิตตามกฎหมายของประเทศอื่นและบุคคลอื่น ๆ ที่ประสงค์จะมีบุตร สามารถใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้คือเอลิซากับเอมิลีตกลงจะมีบุตรและเลี้ยงดูบุตรโดยให้เอมิลีตั้งครรภ์เด็กด้วยวิธีการผสมเทียมโดยใช้เชื้ออสุจิของผู้บริจาค และต่อมาทั้งสองได้แยกทางกันโดยเอลิซาได้ร้องขอต่อศาลให้ศาลสั่งให้เธอเป็นมารดาอีกคนหนึ่งของเด็ก ศาลสูงแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้วินิจฉัยว่า เอมิลีเป็นผู้ให้กำเนิดเด็ก เธอจึงเป็นมารดาของเด็กตามกฎหมายซึ่งตามกฎหมายนั้นเด็กสามารถมีมารดาผู้ให้กำเนิดได้เพียงคนเดียว ส่วนเอลิซานั้นไม่ได้เป็นผู้ให้กำเนิดเด็กจึงไม่อาจเป็นมารดาผู้ให้กำเนิดของเด็กได้ ถึงแม้กฎหมายจะบัญญัติให้มีมารดาผู้ให้กำเนิดได้เพียงคนเดียวก็ไม่ได้หมายความว่า เอลิซาและเอมิลีจะไม่สามารถเป็นมารดาของเด็กได้พร้อมกันทั้งคู่ ศาลจึงวินิจฉัยข้อเท็จจริงในคดีนี้ว่า เมื่อเอลิซาตั้งใจและยินยอมให้เด็กเกิดขึ้นแก่เอมิลีด้วยวิธีการผสมเทียมและเธอมีความตั้งใจที่จะให้เด็กเกิดมา รวมทั้งจะเลี้ยงดูเด็กร่วมกับมารดาผู้ให้กำเนิด การที่เอลิซายอมรับสิทธิและหน้าที่ต่อเด็ก ดังเช่น บิดามารดาทั่วไปตั้งแต่เด็กเกิดรวมถึงการรับเด็กไปเลี้ยงดูที่บ้านและแสดงออกต่อบุคคลภายนอกทั่วไปว่าเด็กเป็นบุตรของตน เอลิซาจึงเป็นมารดาของเด็กโดยข้อสันนิษฐานของกฎหมาย

นอกจากนี้ ในส่วนของกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ศาลอุทธรณ์แห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย (The California Court of Appeals) ได้มีความเห็นที่น่าสนใจว่าความเป็นบิดามารดาของเด็กย่อมพิสูจน์ได้จากการกำเนิดและความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมเมื่อข้อเท็จจริงในคดีนี้นางแอนนาไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก แต่อย่างไรก็ตาม นางจึงไม่ใช่มารดาตามกฎหมาย ในที่สุดศาลจึงได้พิพากษานางคริสปีน่าและนายมาร์คเป็นบิดาและมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กและนางแอนนาไม่มีสิทธิเยี่ยมเด็ก

ศาลสูงสุดแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California Supreme Court) ได้มีความเห็นว่า นางคริสปีน่าและนายมาร์คได้ใช้ความพยายามในการจะมีบุตรโดยใช้ไข่และเชื้ออสุจิของตนเอง การที่ทั้งสองไม่มีเจตนาที่จะบริจาคเชื้อที่ได้รับการปฏิสนธิแล้ว ทั้งคู่ยังมีเจตจำนงที่จะให้เด็กเกิดมาและประสงค์จะเลี้ยงดูเด็กนั้น ศาลสูงสุดจึงมีคำพิพากษาว่าสัญญารับจ้างตั้งครรภ์แทนนั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นอันบังคับใช้ได้และตามสัญญา นางแอนนาได้สละความเป็นมารดาของเด็กจึงไม่มีสิทธิในการเรียกร้องอำนาจปกครองบุตร นายมาร์คและนางคริสปีน่าจึงเป็นบิดามารดาตามธรรมชาติตามกฎหมายแคลิฟอร์เนียและหลักการนี้เรียกว่าหลักเจตจำนง (Intent-Based Approach)

คำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ในมลรัฐแคลิฟอร์เนียในคดี *In re Marriage of Buzzana* 1998¹⁴⁰ ได้กำหนดถึงความสัมพันธ์และความบิดาและมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายรวมถึงสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของบุคคลดังกล่าวต่อเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไว้โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้ คือนางรูแอน บุตแซนกา และนายจอห์น บุตแซนกา คู่สมรสที่ต้องการจะมีบุตรจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ได้นำไข่และเชื้ออสุจิที่ได้รับการบริจาคจากบุคคลภายนอกนำมาปฏิสนธิภายนอกแล้วนำตัวอ่อนที่ได้ไปฝังไว้ในมดลูกของหญิงผู้รับจ้างตั้งครรภ์แทนในระหว่างที่หญิงผู้รับจ้างตั้งครรภ์แทนตั้งครรภ์ นางรูแอนและนายจอห์นได้ฟ้องหย่ากันต่อศาล ภายหลังจากเด็กคลอด นางรูแอนได้ฟ้องเรียกค่าเลี้ยงดูบุตรจากนายจอห์น แต่นายจอห์นปฏิเสธความรับผิดชอบในการเงินการรับผิดชอบดูแลเด็กและด้านอื่น ๆ ด้วยศาลอุทธรณ์แห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้มีคำพิพากษาโดยการนำหลักการที่ปรากฏในคำพิพากษาคดี *Calvert v. Johnson* 1993¹⁴¹ มาเป็นหลักในการวินิจฉัยโดยพิเคราะห์จากความตั้งใจและเจตจำนงของนางรูแอนและนายจอห์นที่ยินยอมให้มี

¹⁴⁰From *In re Marriage of Buzzanca* (California Court, 1998)

¹⁴¹From *Calvert v. Johnson* (California Supreme Court, 1993)

การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ก่อให้เกิดการปฏิสนธิภายนอกของไข่และเชื้ออสุจิที่ได้รับจากการบริจาคไปฝังในมดลูกของหญิงตั้งครรภ์แทน ถ้าไม่มีการกระทำเช่นนั้นเด็กย่อมไม่มีโอกาสเกิดขึ้นได้ ทั้งนี้แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าเด็กที่เกิดมานั้นไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับนางรูแอนและนายจอห์นเลย แต่เมื่อทั้งคู่ยินยอมให้มีการตั้งครรภ์แทน โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์แทนก็ถือเสมือนว่าเป็นผู้ให้กำเนิดเด็กนั้นโดยปริยายตามที่ตนได้ให้ความยินยอมไว้ ถึงแม้จะเป็นการยินยอมให้ใช้เชื้ออสุจิและไข่ของผู้บริจาคก็ตาม ทั้งนี้ศาลยังได้ตระหนักถึงบทบาทของสามีที่มีส่วนร่วมในการยินยอมและตัดสินใจร่วมกับภริยาให้ภริยาของตนใช้เชื้ออสุจิบริจาคในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยประสงค์จะให้เด็กเกิดและอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดขึ้นนั้นเสมือนบุตร นายจอห์นจึงเป็นบิดาและมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบเรื่องค่าใช้จ่ายและค่าอุปการะเลี้ยงดูเด็กนั้น ส่วนนางรูแอนก็มีส่วนยินยอมให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ย่อมเป็นมารดาของเด็กเช่นกัน

จากการวิเคราะห์ในคดีที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา จะเห็นได้ว่าคำพิพากษาของศาลข้างต้นนั้น ศาลจะวิเคราะห์ถึงความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้น จากพันธุกรรมตามธรรมชาติและตามหลักเจตจำนงของผู้ที่ประสงค์จะมีบุตรที่ยินยอมให้เด็กนั้นเกิดมาโดยประสงค์จะอุปการะเลี้ยงดูเสมือนหนึ่งว่าเป็นบุตรของตนหญิงที่ว่าจ้างให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก เพราะความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมนั้นเป็นเครื่องถ่ายทอดลักษณะทางพันธุกรรมได้ดีที่สุดและเป็นสิ่งที่บ่งชี้ความเป็นบิดาและมารดาของเด็ก การที่มารดาจ้างตั้งครรภ์แทนนั้นทำสัญญากับผู้ว่าจ้างที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ว่า จะส่งมอบบุตรให้ก็ถือว่าเป็นการสละความเป็นมารดาไปแล้ว ตั้งแต่เข้าทำสัญญาการที่ศาลมีคำพิพากษาให้ผู้รับจ้างตั้งครรภ์แทนส่งมอบบุตรให้แก่ผู้ว่าจ้างจึงเป็นวิธีการเหมาะสมในการปฏิบัติการชำระหนี้ ซึ่งนอกจากศาลจะพิจารณาถึงความเหมาะสมในการใช้อำนาจในการปกครองเด็กนั้น ศาลยังต้องคำนึงถึงประโยชน์และความผาสุกของเด็กเป็นสำคัญ เด็กนั้นควรจะเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร แต่ไม่สามารถมีบุตรได้ และการที่ศาลได้วางหลักไว้เช่นนั้นก็เพื่อป้องกันและหลีกเลี่ยงปัญหาของการขาดไร้บิดาและมารดา

หรือผู้ปกครองดูแลเด็กที่เกิดโดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่อาจจะตกเป็นภาระของรัฐอีกด้วย¹⁴²

ส่วนการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในประเทศอังกฤษ ประเทศอังกฤษเป็นอีกหนึ่งประเทศในโลกที่มีวิวัฒนาการทางวิทยาศาสตร์และมีความก้าวหน้าด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ทำให้มีคดีที่สลับซับซ้อนในข้อพิพาทเรื่องสัญญาตั้งครรภ์แทนมีจำนวนมาก อีกทั้งประเทศอังกฤษยังเป็นประเทศแรกของโลกที่ได้ตรากฎหมายเกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และการตั้งครรภ์แทนมาบังคับใช้¹⁴³

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทนโดยตรงมีสองฉบับได้แก่

1) พระราชบัญญัติการจัดการตั้งครรภ์แทน ค.ศ. 1985 (Surrogacy Arrangement Act 1985) พระราชบัญญัตินี้บัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมไม่ให้มีการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ โดยถือว่าการจัดการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนโดยคนกลางเพื่อแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์จากการรับตั้งครรภ์แทน ตลอดจนการโฆษณาชักจูงให้มีการรับตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายและมีโทษจำคุก นอกจากนี้ สัญญาจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่ไม่อาจฟ้องร้องบังคับคดีได้ไม่ว่าโดยคู่สัญญาฝ่ายใดโดยผลของบทบัญญัติของกฎหมายนี้คู่สมรสที่ว่าจ้างจึงไม่อาจฟ้องร้องบังคับให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนส่งมอบเด็กแก่ตนเองได้และในทำนองเดียวกันหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็ไม่อาจเรียกร้องให้คู่สมรสที่ว่าจ้างชำระค่าตอบแทนตามสัญญาได้เช่นกัน¹⁴⁴

2) พระราชบัญญัติการปฏิสนธิมนุษย์และตัวอ่อนมนุษย์ ค.ศ. 1990 (Human Fertilization and Embryology Act 1990) พระราชบัญญัตินี้เป็นกฎหมายที่ออกมาควบคุมทางอ้อมในการบังคับใช้กฎหมาย Surrogacy Arrangement Act 1985 ซึ่งกำหนดเกี่ยวกับการควบคุมการให้บริการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์และการศึกษาวิจัยในตัวอ่อนมนุษย์ ทั้งนี้ เนื่องจากแพทย์เป็นผู้ดำเนินการเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนที่ต้องอาศัยการผสมเทียม

¹⁴²From “Surrogate non-motherhood: Israeli and US surrogates speak about kinship and parenthood.” by E. Teman & Z. Berend, 2018, *Anthropology & medicine*, 25(3), 296-310. by E. Teman & Z. Berend.

¹⁴³From “Surrogacy and the law in the UK. by B. Olaye-Felix, D. E. Allen & N. H. Metcalfe, 2022, *Postgraduate Medical Journal*, 3(3), 420-428. by B. Olaye-Felix, D. E. Allen & N. H. Metcalfe.

¹⁴⁴From Section 59 of Human Fertilisation and Embryology Act 2008, The Surrogacy Arrangements Act 1985.

หรือการปฏิสนธิในร่างกายซึ่งต้องได้รับอนุญาตตามกฎหมายดังกล่าวก่อนเสมอ โดยแพทย์สามารถใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เพื่อการตั้งครรภ์แทนได้เมื่อหญิงที่อ้างมีความผิดปกติทางร่างกายทำให้ไม่สามารถมีบุตรได้ตามปกติหรือมีเหตุผลที่สมควรทางการแพทย์เท่านั้นการฝ่าฝืนแนวทางปฏิบัตินี้อาจทำให้ถูกเพิกถอนใบอนุญาตประกอบวิชาชีพได้

แม่ผู้รับตั้งครรภ์แทน¹⁴⁵ (A Surrogate Mother) และครอบครัวผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน (The Commissioning Parent) จะต้องทำสัญญากัน โดยผู้รับตั้งครรภ์แทนตกลงที่จะส่งมอบเด็กให้เมื่อคลอดเป็นไปตาม The Surrogacy Arrangements Act 1985 โดยภายใต้บังคับของกฎหมายฉบับนี้นั้น แม่ผู้รับตั้งครรภ์แทน หมายถึงหญิงซึ่งอุ้มลูกในท้องโดยตกลงเป็นหนังสือก่อนจะท้องว่าการนี้เป็นการตั้งครรภ์แทน

ในอังกฤษและแคว้นเวลส์นั้น การตั้งครรภ์แทนที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นต้องเป็นการตกลงของปัจเจกบุคคล กฎหมายไม่อนุญาตให้ทำการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ ดังนั้น จึงมีโทษทางอาญา หากมีการโฆษณาว่ามีการรับตั้งครรภ์แทนต่อรองเพื่อผลประโยชน์อื่นใดในทางพาณิชย์ระหว่างกันที่อาจเป็นตัวเงิน

การตั้งครรภ์แทนจะมีประเด็นปัญหามากมายในทางกฎหมายศีลธรรมและปัญหาทางปฏิบัติ เช่น แม่ผู้รับตั้งครรภ์แทนอาจจะไม่ยอมส่งมอบเด็กที่คลอดมาให้กับครอบครัวของผู้ตั้งครรภ์แทน เป็นต้น ปัญหาจะซับซ้อนยิ่งขึ้นถ้าหากครอบครัวที่ต้องการมีลูกทำการตกลงสัญญาตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์นอกอังกฤษหรือแคว้นเวลส์แล้วต้องการนำเด็กดังกล่าวมาให้ศาลในอังกฤษรับรองอำนาจปกครองหรือการรับรองว่าเป็นบุตรของตนจะมีประเด็นปัญหาทางกฎหมายหลายประการ รวมถึงภาระการพิสูจน์ถึงความเป็นบิดามารดาและบุตรจากการตั้งครรภ์แทน

ความเป็นมารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามกฎหมาย Human Fertilization and Embryology Act ความเป็นมารดาของเด็กนั้นกฎหมายกำหนดให้ “หญิงซึ่งกำลังตั้งครรภ์หรือได้ตั้งครรภ์เด็กอันสืบเนื่องมาจากการนำเอาตัวอ่อนหรือเชื้ออสุจิและไข่ไปใส่ไว้ในร่างกาย ย่อมถือว่าเป็นบุคคลคนเดียวเท่านั้นที่เป็นแม่ของเด็กที่กำลังกำเนิดมา” บทบัญญัติเช่นนี้ เป็นการสะท้อนให้เห็นว่า

¹⁴⁵From Kate Standley and Paula Davies, / Family Law (London: Palgrave Macmillan, 2013), แปลโดย วิทยุญภัทร์ ณ สงขลา, สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, ปี 2558, น.75-85.

กฎหมายอังกฤษจะใช้เกณฑ์ในการพิจารณาความเป็นมารดาของบุตรเฉพาะจากการให้กำเนิดบุตรเท่านั้น

ความเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามกฎหมาย Human Fertilization and Embryology Act

1) กรณีหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายจะถือว่าสามีของหญิงนั้นเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่า ตนมิได้ให้ความยินยอมในการรับตั้งครรภ์แทนนั้น

2) กรณีหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่มีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องพิจารณาว่า กระบวนการตั้งครรภ์นั้นเกิดขึ้นในสถานบริการที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายหรือไม่ หากกระบวนการตั้งครรภ์เกิดขึ้นในสถานบริการที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย ชายที่ว่าจ้างให้ตั้งครรภ์จะมีสถานะเป็นเพียงผู้บริจาคเชื้ออสุจิเท่านั้น ซึ่งตามกฎหมายจะไม่ถือว่าสิทธิและหน้าที่ใด ๆ หรือเป็นบิดาของเด็ก

ดังนั้นในกรณีข้างต้น เด็กที่เกิดมาก็จะถือว่าเป็นเด็กที่ไม่มีบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน แต่หากปรากฏว่า กระบวนการในการตั้งครรภ์นั้นไม่ได้เกิดขึ้นด้วยความช่วยเหลือของแพทย์ในสถานบริการที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย เช่น โดยการที่หญิงนั้นฉีดเชื้ออสุจิของฝ่ายชายที่ว่าจ้างเข้าไปในโพรงมดลูกด้วยตนเองหรือแม้กระทั่งโดยการมีเพศสัมพันธ์กับชายที่ว่าจ้าง ชายที่เป็นเจ้าของเชื้ออสุจินั้นย่อมเป็นบิดาของเด็กตามกฎหมายคอมมอนลอว์และแม่ผู้รับตั้งครรภ์แทนจะเป็นผู้มีอำนาจปกครองบุตรนั้นจนกว่าจะโอนอำนาจปกครองนั้นไปสู่ครอบครัวของผู้ให้ตั้งครรภ์แทนครอบครัวของผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนจะต้องอาศัยอำนาจตามมาตรา 54 ของ Human Fertilization and Embryology Act 2008 (แทนที่กฎหมายปี 1990) เพื่อขออำนาจปกครองบุตรนั้นต้องขอที่ศาลสูง High Court ซึ่งผลของการขอศาลนั้นอำนาจปกครองบุตรตกแก่ครอบครัวผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนและจดใบสูติบัตรใหม่โดยขึ้นเป็นคำร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้เป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายได้โดยไม่จำเป็นต้องผ่านกระบวนการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม

สำหรับอำนาจการปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนศาลเป็นองค์กรเดียวที่มีอำนาจปกครองเด็กที่เกิดโดยสัญญาการตั้งครรภ์ คู่สัญญาไม่สามารถตกลงกันก่อนทำสัญญาหรือบังคับให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอำนาจปกครองเด็กโดยปราศจากความเห็นชอบของศาล การพิจารณาอำนาจปกครองของเด็กนั้นศาลไม่จำเป็นต้องให้บิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายมีอำนาจปกครองเด็กเสมอไป ศาลอาจพิจารณาให้เด็กอยู่ในอำนาจปกครองของกลุ่มสมรสที่ว่าจ้างให้ตั้งครรภ์ก็ได้เช่น

1) ในคดี Re C (A Minor) (Wardship: Surrogacy) ข้อเท็จจริงในคดีนี้คือ สามีภริยา คู่หนึ่งที่ไม่สามารถมีบุตรได้โดยวิธีการธรรมชาติได้เดินทางเข้ามาในประเทศไทยเพื่อนำเชื้อสุจิ มาให้ทำการผสมเทียมกับหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนโดยหญิงตั้งครรภ์แทนนั้นทำสัญญายินยอมให้เด็กที่เกิดมาอยู่กับคู่สมรสนั้นทันทีที่เด็กเกิด ต่อมาหญิงตั้งครรภ์แทนนั้นคลอดบุตรหญิงและทันทีที่คลอด เด็กถูกจัดให้ได้รับความคุ้มครองจากเจ้าหน้าที่กรมประชาสงเคราะห์ คู่สมรสได้ยื่นคำร้องขอเป็นผู้ปกครองเด็ก ซึ่งเจ้าหน้าที่กรมประชาสงเคราะห์นั้นได้ทำการสอบสวนแล้วเห็นว่าคู่สมรสนั้นมีความเหมาะสมที่จะเป็นบิดามารดาของเด็กหลายประการ และสามารถจะให้ความอบอุ่นแก่เด็กและทำให้เด็กเจริญเติบโตขึ้นมามีสภาพร่างกายและจิตใจที่สมบูรณ์ และศาลได้ทำการไต่สวนแล้ว เห็นว่ามารดาเด็กได้เต็มใจสละสิทธิทางกฎหมายที่มีต่อเด็กแล้ว ข้อโต้แย้งที่ว่าคู่สมรสมีส่วนในการจัดการเชิงพาณิชย์ในการทำให้เด็กเกิดมาและไม่เหมาะสมจะเป็นมารดาเด็กนั้นฟังไม่ขึ้น ศาลจึงอนุญาตให้คู่สมรสนั้นเป็นผู้ปกครองเด็กและนำเด็กออกจากประเทศไทยได้¹⁴⁶

2) ในคดี Re P (A Minor) (Wardship: Surrogacy) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้คลอดทารกแฝดและเลี้ยงดูเด็กมาเป็นเวลากว่า 5 เดือนแล้ว ศาลเห็นว่าการที่เด็กอยู่กับแม่ผู้รับตั้งครรภ์แทนนั้นต่อไปจะเกิดประโยชน์สูงสุดแก่เด็กจึงมีคำสั่งให้อำนาจปกครองตกแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะเห็นได้ว่าการพิจารณาอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนของศาลนั้นจะขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงของแต่ละกรณีโดยศาลจะพิจารณาจากสวัสดิภาพและประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ¹⁴⁷

กฎหมายฉบับนี้มีข้อสังเกตอยู่ 2 ประการ คือ ประการแรก กฎหมายมิได้ห้ามการตั้งครรภ์แทนที่ไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อการพาณิชย์ แต่กฎหมายไม่ได้กำหนดกระบวนการเพื่อคุ้มครองผู้ตั้งครรภ์แทนและผู้ว่าจ้าง ประการที่สอง กฎหมายยังไม่ได้กล่าวถึงความสมบูรณ์และการมีผลบังคับใช้ของสัญญาดังกล่าว ศาลจึงเป็นผู้วินิจฉัยหลักกฎหมายในเรื่องนี้ แต่การทำสัญญาจะไม่เป็นความผิด

¹⁴⁶From “Removing harmful options: the law and ethics of international commercial surrogacy.” by N. Hodson, L. Townley & B. D. Earp, 2019. *Medical Law Review*, 27(4), 597-622. by N. Hodson, L. Townley & B. D. Earp.

¹⁴⁷จาก การตั้งครรภ์แทน โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์: กรณีศึกษาตามกฎหมายต่างประเทศและศึกษากฎหมายไทย. โดย พัฒนา ศิลปะอนันต์, 2554, กรุงเทพฯ: สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม, ลิขสิทธิ์ 2554 โดย พัฒนา ศิลปะอนันต์.

แม้ศาลจะมีคำสั่งว่าคู่สมรสที่ว่าจ้างจะเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กแต่ในสตีบัตร์ของเด็กนั้นยังคงปรากฏชื่อของมารดาที่ให้กำเนิดเด็ก (หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน) อยู่นั่นเอง และเด็กนั้นสามารถที่จะทราบสถานะของตนเองได้เมื่อมีอายุครบสิบแปดปีบริบูรณ์ เพราะศาลอังกฤษต้องคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กเป็นการสูงสุดและศาลเป็นองค์กรเดียวเท่านั้นที่มีอำนาจกำหนดอำนาจปกครองของเด็กคู่สัญญาจึงไม่สามารถที่จะตกลงในสัญญารับตั้งครรภ์แทนหรือบังคับให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอำนาจปกครองเด็กโดยปราศจากความเห็นชอบของศาลได้

3.4 สาธารณรัฐฝรั่งเศส

ในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสหรือ ฝรั่งเศส มีการพัฒนาเรื่องเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เป็นไปอย่างต่อเนื่องโดยมีการผสมเทียมและการฉีดเชื้อไม่ต่างจากประเทศที่พัฒนาแล้ว ส่วนใหญ่และมีการนำการปฏิสนธิภายนอกมาใช้กับมนุษย์ครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ. 1982 การนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มาใช้ในคู่สมรสที่มีภาวะการมีบุตรยากนั้นเป็นเรื่องของเอกชนที่รัฐจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องโดยมีมาตรฐานทางจริยธรรมของแพทย์เท่านั้นที่เป็นกลไกในการควบคุมกิจการเหล่านี้และรัฐได้เข้ามามีบทบาทในการบำบัดภาวะการมีบุตรยากของคู่สมรสต้องการสร้างครอบครัวโดยการให้บริการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อโดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย¹⁴⁸

ต่อมาในปี ค.ศ. 1983 ได้มีหญิงหม้ายคนหนึ่งแสดงความจำนงค์ต่อรัฐที่จะผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อจากเชื้ออสุจิของสามีของเธอที่ได้ถึงแก่ความตายไปแล้วเหตุการณ์นี้จึงทำให้รัฐได้มีการทบทวนนโยบายนี้ใหม่ ทางสภาฝรั่งเศสจึงไม่เห็นด้วยกับการตั้งครรภ์แทน เพราะการตั้งครรภ์แทนเป็นสิ่งต้องห้ามจากหลักการไม่ถือครองกรรมสิทธิ์ร่างกายมนุษย์ในเดือนตุลาคม ค.ศ. 1984 รัฐบาลฝรั่งเศสได้แต่งตั้งคณะกรรมการ National Ethical Committee for Life Sciences and Health เพื่อวิเคราะห์ประเด็นปัญหาด้านจริยธรรมเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยกรรมการได้มีความเห็นเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนว่า “การรับตั้งครรภ์แทนเปรียบเสมือนเป็นการซื้อขายเด็กและสัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมายว่าด้วยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม เพราะการที่ศาลพิจารณาอนุญาตให้ฝรั่งเศสมีการรับบุตรบุญธรรมมาจากการคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของ

¹⁴⁸From Segalen, M. T. (2021). Deconstructing social anthropology discourses in their support of surrogacy: The case of France. *Current Sociology*, 69(2), 176-192.

เด็กเป็นหลักและคนกลางที่ทำการช่วยเหลือให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นจะต้องมีความผิดฐานยุยงให้หญิงละทิ้งเด็กนั้น ทางอาญาการรับตั้งครรภ์แทนจึงเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย¹⁴⁹

ต่อมาในปี ค.ศ. 1987 ศาลฎีกาของฝรั่งเศส (Supreme Court of Appeals หรือ Court de Cassation) ได้ตัดสินองค์กรเอกชนที่จัดหาหญิงที่ประสงค์รับตั้งครรภ์แทนให้แก่คู่สมรสที่มีบุตรยากว่า “การรับตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากฝ่าฝืนหลักการที่ห้ามมิให้มีการซื้อขายร่างกายมนุษย์และขัดต่อกฎหมายว่าด้วยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม” การรับตั้งครรภ์แทนที่ไม่มีประโยชน์ทางพาณิชย์และคนกลางเข้ามาเกี่ยวข้องก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายดังกล่าวข้างต้น สำหรับสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนย่อมเป็นไปตามหลักกฎหมายแพ่ง โดยถือตามหลักการที่ว่า หญิงที่ให้กำเนิดเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กและหากหญิงนั้นมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมาย ชายผู้เป็นสามีย่อมเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น อย่างไรก็ตาม ข้อสันนิษฐานดังกล่าวนี้สามารถที่จะพิสูจน์หักล้างได้ ดังนั้น หากมีการรับตั้งครรภ์แทนที่เกิดขึ้นด้วยวิธีการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อของชายที่อ้างเข้าไปในมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นจะเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กและในทางปฏิบัติ ชายที่อ้างนั้นจะได้รับการจัดแจงว่าเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ส่วนคู่สมรสของชายนั้นจะต้องรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมต่อไปโดยการรับบุตรบุญธรรมนี้ต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อน¹⁵⁰

ในปัจจุบันฝรั่งเศสได้รับรู้ถึงการตั้งครรภ์แทนที่มีจำนวนเพิ่มมากขึ้นศาลสูงสุดของฝรั่งเศสจึงได้ให้การยอมรับทางกฎหมายกับเด็กที่เกิดจากแม่ตั้งครรภ์แทนในรูปแบบของครอบครัวมากยิ่งขึ้น เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนยังคงเป็นเรื่องต้องห้ามขัดต่อกฎหมายข้อตกลงในการให้กำเนิดหรือการตั้งครรภ์แทนจะตกเป็นโมฆะตามกฎหมายแพ่งในฝรั่งเศส โดยการตั้งครรภ์แทนในประเทศฝรั่งเศสนั้นจะมีโทษทั้งจำทั้งปรับด้วยและเด็กที่เกิดในต่างประเทศโดยวิธีการตั้งครรภ์แทนนี้จะถูกต้องตามกฎหมายได้รับสัญชาติฝรั่งเศส เมื่อผู้ปกครองของเด็กนั้นพิสูจน์ถึงวิธีการและสัญชาติฝรั่งเศส การตั้งครรภ์แทนหรือการตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นการที่ผู้หญิงแบกตัวอ่อนที่สร้างการปฏิสนธิในหลอดทดลอง โดยใช้ไข่ของผู้หญิงคนอื่น นอกจากปัญหาดังกล่าว

¹⁴⁹ จาก บันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. , สืบค้นจาก <http://www.opp.yc.th/news-30-06-53>

¹⁵⁰ จาก เปิดโลกตั้งครรภ์แทนในต่างประเทศ โดย ปรีชา หยกทองวัฒนา, 2565, สืบค้นจาก <http://www.oknation.net/blog/splalaw/2015/07/29/entry-1>

ข้างต้นเนื่องจากตัวตอนที่ไม่มีสมบูรณ์แล้วเด็กยังถูกตัดสิทธิในการรับมรดกรวมถึงปัญหาอันจะเกิดจากการหย่าร้างหรือการเสียชีวิตของแม่¹⁵¹

ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีกฎหมายบัญญัติถึงการเคารพสิทธิของมนุษย์ กล่าวคือทุกคนมีสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของตนเองต้องเคารพสิทธิในร่างกายมนุษย์ซึ่งกันและกัน¹⁵² ควรปฏิบัติต่อกันด้วยความเคารพศักดิ์ศรีและความเหมาะสม

ประการที่สอง คือ การตั้งครรภ์ดังกล่าวอาจมีความเสี่ยงต่อจิตใจของเด็ก ความสัมพันธ์เกี่ยวกับความเป็นแม่ลูกในอนาคตและเด็กอาจกลายเป็นสินค้าระหว่างแม่ที่รับตั้งครรภ์แทนกับคู่สมรสที่มีบุตรยาก

ประการที่สาม คือ นอกเหนือจากความเสี่ยงทางกายภาพของแม่ที่รับตั้งครรภ์แทนแล้วนั้น การแยกจากเด็กนั้นอาจเป็นความทุกข์ทรมานหลังการคลอดบุตร เพราะเธอรู้อยู่แล้วว่าการคลอดบุตรนั้นหมายถึง การสิ้นสุดมากกว่าการเริ่มต้น และฝรั่งเศสยังมีความกังวลอีกว่าจะมีการแบ่งแยกสังคมโดยธรรมชาติจากปฏิบัติการในครั้งนี้ คือตัวแทนแม่ตั้งครรภ์แทนมักจะมาจากผู้ที่มีภูมิหลังทางเศรษฐกิจไม่ค่อยดี และต้องการหารายได้จากกระบวนการนี้ อีกทั้งยังสามารถใช้ประโยชน์จากการทำธุรกรรมในครั้งนี้

ประการที่สี่ คือ การตั้งครรภ์แทนอาจเป็นภัยคุกคามของผู้หญิงและหลักการของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่ได้ยอมรับในรัฐธรรมนูญ ศักดิ์ศรีในฝรั่งเศสได้รับการยกย่องและผูกพันกับตัวบุคคลที่ยังคงคุณค่าของความเป็นมนุษย์ มีอิสระในการตัดสินใจด้วยตัวของตนเองจะให้คนอื่นมาทำลายคุณค่าไม่ได้

¹⁵¹From *Philippe Sotto, Surrogate Children Granted Legal Recognition in France*, by P. Sotto. Retrieved from <https://www.seattletimes.com/nation-world/surrogate-children-granted-legal-recognition-in-france/>

¹⁵²From *Article 16-1 of the French Civil Code*: “Everyone has the right to respect for his body. The human body is inviolable. The human body, its elements, and its products may not form the object of a patrimonial right” (Code civil, 15 March 1803, as amended, English translation. Retrieved from <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs.lexdocs/laws/en/fr/fr512en.pdf>)

ประการสุดท้าย อิทธิพลของคริสตจักรคาทอลิกที่กล่าวว่า ชีวิตนั้นไม่เพียงแต่หมายถึงการ “ไม่ฆ่า” และ “การสนับสนุนให้มีชีวิต” นั้น แต่ยังหมายถึง “การให้กำเนิดชีวิตใหม่” ได้เป็นอย่างดี จึงเห็นได้ชัดว่า คริสตจักรต้องการสนับสนุนความต้องการของกลุ่มสมรสที่จะเป็นพ่อและแม่ สอดคล้องไปในทางเดียวกันกับความประสงค์ของพระเจ้าที่จะให้เด็กเกิดมาในโลก ดังนั้น ความรุ่งเรืองของเทคโนโลยีจึงถูกออกแบบมาเป็นกลไกให้เราได้ให้กำเนิดโดยสมบูรณ์ตามแบบ คริสตจักร ผู้หญิงและผู้ชายสามารถใช้ยาและมีการผ่าตัดเพื่อปรับปรุงความสามารถทางเพศตาม ความพอใจของพวกเขา แต่คริสตจักรก็ต้องการที่ผลักดันให้กลับความเข้าใจในวัฒนธรรมที่ว่า เด็ก สามารถสร้างขึ้นได้ด้วยการใช้เทคโนโลยี และการค้า แต่เด็กที่เกิดมาคือของขวัญจากพระเจ้า ผ่านทางการมีเพศสัมพันธ์ ไม่ใช่จากการจัดหาหรือเป็นสินค้าหรือสิ่งอื่นใด ขั้นตอนการสืบพันธุ์ ที่เกี่ยวข้องกับสิ่งอื่น นอกจากการมีเพศสัมพันธ์ในบริบทของการเป็นคู่สมรสที่มีความมุ่งมั่น อยากจะเป็นพ่อแม่ของเด็กนั้นเป็นสิ่งที่คริสตจักรยังยืนยันที่จะคำนึงถึงว่าเด็กที่เกิดจากการสร้างโดย ห้องปฏิบัติการโดยใช้บุคคลอื่นดำเนินการในรูปแบบของการตั้งครรภ์แทน แต่มนุษย์ก็ต้องยอมรับ ความจริงในส่วนที่ว่า เราไม่สามารถเป็นพ่อแม่ที่แท้จริงได้ การเรียกร้องของคริสตจักรนั้นเป็น ความจริงที่ยากจะอดทนกับมัน เพียงแค่เราเชื่อว่าเด็กเป็นของขวัญที่มีศักดิ์ศรีโดยธรรมชาติของ ตัวเองมากกว่าสิ่งที่เราจะใช้กลไกทางเทคโนโลยีในการได้มา¹⁵³

¹⁵³From *Does the Catholic Church Support the Use of a Surrogate Mother to Have a Child?*, by C. C. Camosy, 2012, Retrieved from <http://www.busedhalo.com/questionbox/does-the-catholic-church-support-the-use-of-a-surrogate-mother-to-have-a-child>

บทที่ 4

บทวิเคราะห์เกี่ยวกับสิทธิของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์ด้วยเทคโนโลยีทางการแพทย์

จากการศึกษาบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์โดยใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์ ซึ่งมีการออกกฎหมายรับรองให้สามารถทำได้ในประเทศไทยได้ตามพระราชบัญญัติเทคโนโลยีทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ซึ่งเมื่อพิจารณาเด็กที่เกิดขึ้นจากการใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์ดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ประเด็นหนึ่งซึ่งเป็นประเด็นที่จะต้องให้ความสำคัญ คือ สิทธิของเด็กที่เกิดขึ้นจากกระบวนการดังกล่าว ทั้งนี้เนื่องจากเมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายทั้งกฎหมายที่มีอยู่เดิมเกี่ยวข้องกับสิทธิของเด็กและกฎหมายที่มีการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติเทคโนโลยีทางการแพทย์จะเห็นได้ว่ายังมีประเด็นบางประเด็นเกี่ยวกับข้อกฎหมายซึ่งยังมีความคลุมเครือเกี่ยวกับสิทธิของเด็กที่เกิดขึ้นจากการช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ซึ่งสามารถแยกพิจารณาสิทธิของเด็กโดยแยกประเด็นได้ ดังต่อไปนี้

4.1 การคุ้มครองสิทธิของเด็กที่เกิดขึ้นจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ติดตามชีวิตเด็ก หลังคลอด

สำหรับประเด็นเกี่ยวกับสวัสดิภาพของเด็กในส่วนของกฎหมายของประเทศอังกฤษได้มีการกำหนดคุ้มครองสวัสดิภาพบางประการไว้ให้กับเด็กที่นาสนใจที่จะนำมาใช้กับประเทศไทยคือ Human Fertilisation and Embryo Act 1990 ซึ่งมีความสำคัญเกี่ยวกับในเรื่องการคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กเป็นสำคัญ เพียงแต่มีการระบุเพิ่มเติมให้ชัดเจนขึ้นไปอีกว่า สวัสดิภาพดังกล่าวนี้หมายถึงสวัสดิภาพของเด็กในระยะยาวไม่ใช่เพียงแค่ช่วงที่เด็กเป็นผู้เยาว์เท่านั้น ดังนั้นนอกจากที่ POR ที่ได้รับการแต่งตั้งจากศาลจะพิจารณาเงื่อนไขตามมาตรา 54 ของ HFEA แล้ว POR ก็จะมีการพิจารณาและแสดงความเห็นด้วยว่าการมีคำสั่งดังกล่าวจะสอดคล้องสวัสดิภาพของเด็กในระยะยาวหรือไม่ โดยเมื่อ POR ได้ทำการตรวจสอบแล้วก็จะเขียนรายงานแสดงต่อศาล จากนั้นศาลก็จะได้ตัดสินใจว่าควรจะมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาหรือไม่ โดยนำเอาความเห็นของ POR มาร่วมในการพิจารณาด้วยในการตรวจสอบของ POR นั้น POR ก็จะขอความยินยอมจากคู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรเพื่อให้สามารถดำเนินการขอให้ตำรวจตรวจสอบเพื่อให้แน่ใจว่า คู่สัญญาผู้ประสงค์จะมีบุตรอันเป็นผู้ร้องนั้นไม่เป็นบุคคลที่ถูกพิพากษาลงโทษหรือมีข้อสงสัยว่าอาจเป็นบุคคลที่มีความเสี่ยง

ที่อาจจะก่ออันตรายต่อเด็กและตรวจสอบกับองค์กรคุ้มครองเด็กส่วนท้องถิ่น (Local Children's Social Care) เพิ่มเติม ซึ่ง POR จะได้รับรายละเอียดในการยื่นคำร้องให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาและศาลอาจขอให้ผู้ร้องช่วยในการดำเนินการของ POR โดยการช่วยเตรียมเอกสารที่แสดงให้เห็นความเป็นมาของการตั้งครร์แทน หลักฐานที่แสดงให้เห็นว่าผู้ร้องได้กระทำการตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด เอกสารแสดงสถานะการสมรส เอกสารทางการเงิน สติบัตรของเด็กและสมุดสุขภาพของเด็ก (PCBR /red book) อันจะช่วยทำให้ POR รับทราบถึงเรื่องราวหรือที่มาของการทำสัญญาตั้งครร์แทนกฎหมายหลังของผู้ร้องขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดา ช่วยให้ POR ทราบที่พักอาศัยของเด็กที่เกิดมาและรายละเอียดต่าง ๆ เป็นจำนวนมากก่อนที่จะมีการไปเยี่ยมเด็ก ณ ที่อยู่อาศัย โดยจุดประสงค์ของการไปเยี่ยมนั้นก็เพื่อสังเกตการณ์ในเรื่องการดูแลเด็กความเป็นอยู่และบรรยากาศภายในครอบครัว กิจกรรมที่ครอบครัวทำร่วมกัน กิจกรรมประจำวันของเด็ก การเจริญเติบโต และพัฒนาการของเด็ก และสังเกตพฤติกรรมเวลาเด็กอยู่กับคู่สัญญา ผู้ประสงค์จะมีบุตรหรืออาจสอบถามข้อมูลเพิ่มเติมเกี่ยวกับชีวิตของเด็กตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน เช่น เหตุผลที่ตัดสินใจดำเนินการเพื่อการตั้งครร์แทนหรืออาจต้องการเข้าใจโครงสร้างทางครอบครัว และบทบาทของเด็กในครอบครัวของผู้ร้อง

ในการตรวจสอบและให้ความเห็นแก่ศาลของ POR นี้ POR จะพิจารณาถึงสวัสดิภาพของเด็กทั้งในปัจจุบันและในอนาคต ซึ่งจะเป็นข้อพิจารณาที่ศาลให้ความสำคัญมากที่สุด เมื่อจะมีการตัดสินใจว่าจะมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาหรือไม่ และ POR ก็จะติดต่อกับหญิงที่ตั้งครร์แทนเพื่อพยายามเข้าไปพบและพูดคุยต่อหน้า แม้อาจมีบ้างในบางกรณีที่อาจมิได้พบกับหญิงที่ตั้งครร์แทนเนื่องจากหญิงนั้นอาศัยอยู่ที่ต่างประเทศ POR จะต้องตรวจสอบสถานะการสมรสของหญิงที่ตั้งครร์แทนซึ่งมีความสำคัญต่อการพิจารณาตรงที่ หากหญิงที่ตั้งครร์แทนสมรสหรือมีคู่ชีวิตสามีหรือคู่ชีวิตของหญิงที่ตั้งครร์แทนจะเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ดังนั้นบุคคลเหล่านั้นก็จะต้องให้ความยินยอมในการมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาของเด็กนั้นด้วย ซึ่งในประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายของประเทศไทยให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครร์แทนโดยใช้เทคโนโลยีอย่างเห็นได้ชัดเจน จึงควรนำหลักการของกฎหมายประเทศอังกฤษมาใช้กับประเทศไทยโดยการแก้ไขเพิ่มเติมในประเด็นเกี่ยวกับสวัสดิภาพเหล่านี้เพื่อเป็นการให้ความสำคัญกับความปรารถนาและความรู้สึกของเด็ก ซึ่งเมื่อเด็กได้แสดงความปรารถนาที่จะอาศัยอยู่กับบิดามารดาคนใดคนหนึ่ง โดยเฉพาะศาลจะต้องให้น้ำหนักแก่ความปรารถนาและความรู้สึกของเด็กตามสมควร โดยศาลจะคำนึงถึงอายุ และวุฒิภาวะของเด็กว่าจะให้น้ำหนักกับความต้องการของเด็กนั้นเพียงใด ยิ่งเด็กมีอายุมากเท่าใด ความปรารถนาของเขาก็จะมีน้ำหนักมากขึ้นตาม

ไปด้วยและศาลจะคำนึงถึงอิทธิพลที่บุคคลที่เด็กอาศัยอยู่ด้วยที่อาจส่งผลต่อเด็ก กล่าวคือ เด็กอาจจะกลัวที่จะแสดงความคิดเห็นที่แท้จริง เนื่องจากกลัวว่าจะเป็นการทำร้ายจิตใจของบิดาหรือมารดาอีกฝ่ายหนึ่งและศาลจะต้องใช้ดุลพินิจซึ่งน้ำหนักความต้องการของเด็กในบางกรณี แม้ว่าเด็กความต้องการนั้นก็อาจไม่เป็นประโยชน์กับตัวเด็กเองในระยะยาว โดยที่ศาลอาจสังเกตความปรารถนาของเด็กได้ในหลายวิธี ซึ่งรวมถึงโดยพยานหลักฐานที่บิดามารดาแสดงต่อศาลว่าเด็กได้พูดกับตน แต่วิธีที่เป็นจะเป็นหลักฐานอันแสดงถึงความปรารถนาของเด็กได้ดีที่สุดก็คือ รายงานสวัสดิภาพ (Welfare Report) ที่ POR เป็นผู้จัดทำ โดยในรายงานของนั้น ก็มักจะระบุความต้องการต่าง ๆ ที่เด็กได้แสดงต่อ POR เอาไว้หรือโดยวิธีการที่ศาลได้ประเมินจากการได้เจอกับเด็กนั่นเองซึ่งในระหว่างการพิจารณานั้นศาลอาจพูดคุยกับเด็กตามลำพังด้วยก็ได้หากศาลเห็นสมควร

อย่างไรก็ดี ประเทศอังกฤษให้ความสำคัญคือความจำเป็นของเด็ก ซึ่งหากปรากฏข้อเท็จจริงว่า บิดามารดาคนใดคนหนึ่งมีทรัพย์สินมากกว่าหรือมีความสามารถในการจัดหาสภาวะแวดล้อมที่ดีกว่าอีกฝ่ายหนึ่งนั้นน้ำหนักเพียงเล็กน้อยในการพิจารณาข้อพิพาทที่ว่าเด็กจะอยู่ที่ไหนในข้อพิพาทระหว่างบิดามารดา โดยปกติแล้วนั้นไม่ว่าในกรณีใดศาลมักจะสามารถหาวิธีทำให้ลดความแตกต่างทางเศรษฐกิจของบิดามารดาลงได้ โดยการมีคำสั่งค่าอุปการะเลี้ยงดู (Maintenance Order) ให้บิดามารดาฝ่ายที่ไม่ได้เป็นผู้ดูแลเด็กจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูให้แก่บิดามารดาผู้สุดท้ายได้เป็นผู้ดูแลเด็กนั้น ทั้งนี้คำสั่งค่าอุปการะเลี้ยงดูนี้อาจใช้ไม่ได้ ในกรณีการพิจารณาเพื่อมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาในกรณีการตั้งครรภ์แทน เนื่องจากไม่ใช่ข้อพิพาทระหว่างบิดามารดา โดยชอบด้วยกฎหมายที่มีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กอยู่แล้ว แต่เป็นการพิจารณาเพื่อมีคำสั่งกำหนดสถานะทางกฎหมายให้แก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

หากปรากฏว่าพยานหลักฐานแสดงให้เห็นว่าที่อยู่อาศัยที่ฝ่ายหนึ่งมีอยู่นั้นไม่เหมาะสมไม่ว่าทางใดทางหนึ่งก็อาจส่งผลต่อการตัดสินใจในเรื่องที่อยู่ของเด็กศาลจำเป็นต้องทราบว่าที่อยู่อาศัยนั้นอยู่ในสภาพใดอยู่ในพื้นที่ที่ปลอดภัยหรือไม่ และสภาพการณ์อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องโดยข้อมูลต่าง ๆ เหล่านี้ จะได้จากรายงานสวัสดิภาพ นอกจากนี้ การย้ายที่อยู่อาจเห็นได้ว่าอาจจะเกิดขึ้นในอนาคตนั้นก็เป็นสิ่งที่ต้องนำมาพิจารณาด้วย เนื่องจากการย้ายนั้นอาจส่งผลกระทบต่อเด็กที่จะต้องเผชิญกับสภาพแวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงไป เช่น การเปลี่ยนโรงเรียน การหาเพื่อนใหม่ เป็นต้น ยังรวมถึงสภาพแวดล้อมที่อยู่อาศัยอีกด้วย เช่น การดูแลเลี้ยงดูเด็กในแต่ละวัน โดยปกติแล้วศาลจะไม่ได้ให้น้ำหนักกับรายละเอียดเล็ก ๆ น้อย ๆ ที่เป็นข้อบกพร่องของบิดามารดา หากเห็นได้ชัดเจนว่าบุคคล

นั้นไม่มีวินัยในการดำเนินชีวิต หรือเด็กนั้นอยู่ในสภาพที่สกปรกหรือในลักษณะที่ไม่ได้รับการดูแล อยู่เสมอ ๆ ความบกพร่องนั้นก็จะถูกนำมาพิจารณาด้วย

ในกรณีที่ฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ทำงานหารายได้ให้ครอบครัวและอีกฝ่ายไม่ทำงานแต่อยู่บ้านตลอดเวลาเพื่อเลี้ยงดูบุตรบุคคลที่เลี้ยงดูบุตรเต็มเวลานั้นจะได้เปรียบโดยเฉพาะในกรณีที่เด็กยังไม่เข้าสู่วัยเรียนในเรื่องความจำเป็นทางการศึกษานั้น ถ้าปรากฏว่าการย้ายไปอยู่กับบิดาหรือมารดาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนั้นเป็นการย้ายในช่วงเวลาที่สำคัญและอาจเกิดผลกระทบต่อเด็ก เช่น เป็นช่วงหัวเลี้ยวหัวต่อที่จะเข้ามหาวิทยาลัย บิดาหรือมารดาที่เด็กอาศัยอยู่ด้วยมาตลอดนั้นก็จะได้เปรียบและหากเป็นกรณีที่มีเหตุบางประการที่ทำให้เด็กนั้นจำเป็นต้องอยู่โรงเรียนที่มีลักษณะพิเศษกว่าโรงเรียนทั่วไป ความจำเป็นนั้นจะมีน้ำหนักอย่างมากในการพิจารณา จะเห็นได้ว่าการพิจารณาเกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาและอำนาจปกครองของประเทศอังกฤษเกี่ยวกับเด็กซึ่งเกิดขึ้นจากเทคโนโลยีทางการแพทย์มีความใส่ใจในรายละเอียดและความเป็นอยู่ของเด็กในทุกเรื่องตั้งแต่ความรู้สึก ตลอดจนปัจจัยในการดำรงชีพซึ่งควรนำหลักการและแนวคิดเหล่านี้มาใช้บัญญัติและแก้ไขเพิ่มเติมในกฎหมายของประเทศไทยด้วยเพื่อให้เป็นเครื่องมือที่จะคอยประกันสวัสดิภาพขั้นพื้นฐานและสิทธิของเด็กขั้นพื้นฐานไม่ให้ถูกละเมิดและเป็นเครื่องมือที่คอยประกันว่า เด็กจะได้รับการดูแลเอาใจใส่จากบุคคลที่มีความเหมาะสมอย่างแท้จริง

นอกจากการผ่อนปรนเงื่อนไขที่กำหนดเพื่อการมีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาบุตรตามมาตรา 54 ของ HFEA แล้วในข้อเท็จจริงที่ศาลมิได้มีคำสั่งกำหนดความเป็นบิดามารดาบุตรนั้นก็ยังมิอาจสรุปได้ว่าเด็กจะถูกทิ้งให้ต้องเผชิญชะตากรรมและตกเป็นบุตรของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเสมอไป เนื่องจากศาลสหราชอาณาจักรก็ได้หยิบเอาเครื่องมือที่เรียกว่าคำสั่งเกี่ยวกับการดูแลเด็ก (Child Arrangement Order) มาใช้ด้วยคำสั่งเกี่ยวกับการดูแลเด็กนั้นเกิดขึ้นแทนที่คำสั่งที่อยู่อาศัย (Residence Order) และคำสั่งการติดต่อ (Contact Order) ที่ถูกยกเลิกไปในปี ค.ศ. 2014 โดยมีลักษณะเป็นคำสั่งที่เป็นการกำหนดว่าบุคคลใดที่เด็กจะอาศัยอยู่ด้วยและในระยะเวลาเพียงใด และบุคคลใดที่เด็กจะใช้เวลาหรือติดต่อสื่อสารด้วยอย่างน้อยเพียงใด ซึ่งก็มีสาระสำคัญเหมือนนำเอาคำสั่งที่อยู่อาศัย และคำสั่งการติดต่อมารวมกันเป็นคำสั่งที่กำหนดความรับผิดชอบในฐานะบิดามารดา (Parental Responsibility) เพื่อที่จะระบุว่าเด็กควรอาศัยและใช้เวลาอยู่กับบุคคลใดและศาลมีอำนาจในการมีคำสั่งอีก 2 ประเภท คือ คำสั่งห้ามกระทำการ (Prohibited Steps Order) เช่น ห้ามพาเด็กออกนอกอังกฤษคำสั่งกรณีเฉพาะ (Specific Issue Order) เป็นคำสั่งในเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะ คือการให้เด็กเข้าโรงเรียนหนึ่งที่กำหนดหรืออาศัยอยู่ในบ้านเลขที่ที่กำหนด หากมีคำสั่งเกี่ยวกับการดูแลเด็ก

ให้แก่บุคคลหนึ่งบุคคลนั้นจะมีความรับผิดชอบในฐานะบิดามารดาโดยอัตโนมัติตลอดที่คำสั่งนั้นมีผลอยู่ ซึ่งคำสั่งนี้เดิมก็ถูกใช้เป็นหนึ่งในวิธีที่จะทำให้บิดามารดาเลี้ยง (Stepparent) ผู้ที่มีได้สมรสหรือเป็นคู่ชีวิตกับบิดามารดาที่เด็กอาศัยอยู่ด้วยสามารถมีความรับผิดชอบในฐานะบิดามารดาได้

ส่วนบิดาจะมีความรับผิดชอบในฐานะบิดามารดาหรือไม่นั้นก็ขึ้นอยู่กับว่าเขาสมรสกับมารดาขณะที่เด็กเกิดหรือไม่ ถ้าสมรสกับมารดาของเด็กก็จะมีมีความรับผิดชอบในฐานะบิดามารดาโดยอัตโนมัติเช่นเดียวกัน ถ้าบิดาไม่ได้สมรสกับมารดา ณ เวลาที่เด็กเกิด บิดาอาจได้รับความรับผิดชอบในฐานะบิดามารดาได้ในหลายวิธี เช่น ทำข้อสัญญาความรับผิดชอบในฐานะบิดามารดากับมารดาตามแบบที่กฎหมายกำหนดขอให้ศาลมีคำสั่งความรับผิดชอบในฐานะบิดามารดาและรวมถึงเมื่อศาลมีคำสั่งเกี่ยวกับการดูแลเด็กด้วยโดยถ้ามีคำสั่งเกี่ยวกับการดูแลเด็กให้เด็กอยู่กับบิดา ศาลจะต้องมีคำสั่งความรับผิดชอบในฐานะบิดามารดาให้แก่บิดาเสมอ แต่ถ้ามีคำสั่งเกี่ยวกับการดูแลเด็ก ให้เด็กใช้เวลาหรือติดต่อกับบิดา ศาลก็อาจพิจารณาว่า จะมีคำสั่งความรับผิดชอบในฐานะบิดามารดาหรือไม่ ซึ่งในการร้องขอต่อศาลนั้นศาลก็จะพิจารณาว่าการมีคำสั่งความรับผิดชอบในฐานะบิดามารดานั้นจะเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กหรือไม่เป็นสำคัญ

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติเกี่ยวกับการอุ้มบุญด้วยการใช้เทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ตามพระราชบัญญัติเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จะเห็นได้ว่า ได้มีการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ไว้ในบทบัญญัติมาตรา 3 ซึ่งได้เป็นบทบัญญัติที่มีการกำหนดคำนียามเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติตามมาตรา 3 จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดขอบเขตของการตั้งครรภ์แทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะต้องมีข้อตกลงไว้กับสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายก่อนตั้งครรภ์ว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งสอดคล้องกับบทบัญญัติในมาตรา 29 ซึ่งได้กำหนดเกี่ยวกับสิทธิของเด็กในความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายไว้ว่า เด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่หรือตัวอ่อนของผู้บริจาค แล้วแต่กรณีโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะกระทำโดยการให้ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของสามี ซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์หรือให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนให้เด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร แม้ว่าสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งประสงค์จะมีบุตรถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด นอกจากนี้ ในกรณีที่ชายหรือหญิงที่บริจาคอสุจิหรือไข่ ซึ่งนำมาใช้ปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์หรือผู้บริจาคตัวอ่อนและเด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่บริจาคดังกล่าว ไม่มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันตาม

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก ซึ่งการที่กฎหมายกำหนดบทบัญญัติดังกล่าวไว้สะท้อนให้เห็นว่ากฎหมายมุ่งคุ้มครองสิทธิของเด็กโดยเชื่อมโยงกับการเป็นเจ้าของอสุจิหรือเจ้าของไข่โดยไม่ต้องคำนึงถึงการเป็นบุคคลที่เป็นผู้มีบุญ โดยที่พระราชบัญญัตินี้กำหนดไว้ชัดเจนว่า หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีข้อตกลงไว้กับสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายก่อนตั้งครรภ์ว่าจะสละเด็กที่คลอดให้แก่สามีภริยาและสามีภริยาจะได้สิทธิในความเป็นบิดา มารดา และต้องตกลงไว้ก่อนที่จะมีการตั้งครรภ์แทนจึงจะเข้าได้กับมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัตินี้และต้องตกลงว่าจะให้เด็กในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นจะตกลงเป็นอย่างอื่นไม่ได้ จึงถือว่า เป็นการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัตินี้ นอกจากนี้ มาตรา 29 ยังกำหนดให้เด็กที่เกิดโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ตามพระราชบัญญัตินี้ สิทธิในความเป็นบิดามารดาจะเป็นของสามีภริยาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนเท่านั้น แม้ว่าสามีภริยานั้นจะถึงแก่ความตายก่อนรวมถึงผู้บริจาคเซลล์สืบพันธุ์ ไม่สามารถอ้างสิทธิใด ๆ และไม่มีหน้าที่ระหว่างกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก

ดูเหมือนว่าการกำหนดบทบัญญัตินี้เป็นการตัดสินใจผ่านการออกกฎหมายให้สิทธิการเป็นบุตรตกเป็นของเจ้าของอสุจิหรือไข่และสิทธิของมารดาที่เป็นผู้อุ้มบุญออกไป อย่างไรก็ตามเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศจะเห็นได้ว่ากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ว่าจะเป็นกฎหมายกลาง คือ กฎหมาย The Uniform Parentage Act ซึ่งเป็นเพียงต้นแบบให้แต่ละมลรัฐเท่านั้น โดยสรุปสิทธิในความเป็นบิดามารดาของเด็กตามกฎหมาย The Uniform Parentage Act การพิสูจน์สิทธิในความเป็นมารดาของเด็กทำได้ 2 วิธี คือ 1) การพิสูจน์ว่าหญิงนั้นได้ให้กำเนิดบุตรอย่างหนึ่ง 2) การพิสูจน์ด้วยวิธีการอื่นตามที่กฎหมายกำหนดและยังมีประเด็นที่ถือว่ามีความยุ่งยากเป็นอย่างมากในกฎหมาย The Uniform Parentage Act ก็คือ สิทธิในความเป็นบิดา

ส่วนกฎหมายระดับมลรัฐของสหรัฐอเมริกาแบ่งได้เป็น 3 กลุ่มคือ 1) กลุ่มที่กำหนดให้หญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์และสามีเป็นมารดาและบิดาของเด็ก 2) กลุ่มกำหนดให้สามีภริยาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนเป็นบิดาหรือมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย และ 3) กลุ่มที่สันนิษฐานว่าสามีภริยาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ให้สิทธิแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์สามารถยกเลิกสัญญาภายในระยะเวลาที่กำหนด นอกจากนี้ในแต่ละมลรัฐยังมีข้อแตกต่างกันไป กล่าวคือ

1) มลรัฐเวอร์จิเนียได้ออกกฎหมายในระดับมลรัฐว่า หากจะมีการตั้งครรภ์แทน ต้องให้ศาลพิจารณาสัญญาการตั้งครรภ์แทนนั้นก่อนเมื่อศาลเห็นชอบแล้วในการตั้งครรภ์แทนนั้น หากหญิงที่รับจ้างได้ตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรแล้ว สามีภริยาที่เป็นคู่สัญญาจะได้สิทธิเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายแต่ถึงศาลจะเห็นชอบตามสัญญานั้นแล้วก็ตาม หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน มีสิทธิประการหนึ่งคือ สามารถยกเลิกข้อตกลงตามสัญญาได้ภายใน 180 วัน นับแต่วันที่ตั้งครรภ์ ซึ่งหากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนใช้สิทธิบอกเลิกข้อตกลงตามสัญญา หญิงนั้นจะได้สิทธิความเป็นมารดาของเด็กที่อยู่ในครรภ์ และไม่ต้องรับผิดชอบค่าเสียหายที่เกิดจากการบอกยกเลิกข้อตกลง ตามสัญญาหากกรณีสัญญาการตั้งครรภ์แทนไม่ได้รับการพิจารณาเห็นชอบจากศาลก่อนที่จะมีการตั้งครรภ์ ตามกฎหมายจะถือว่าหญิงที่ตั้งครรภ์และสามีจะได้สิทธิในความเป็นบิดามารดาของเด็ก แต่กฎหมายยังให้สิทธิในการขอเปลี่ยนแปลงความเป็นบิดามารดาได้ โดยหญิงที่ตั้งครรภ์แทน ยื่นคำร้องต่อศาลขอสละสิทธิในความเป็นมารดา

2) มลรัฐนิวแฮมป์เชอร์ได้ออกกฎหมายโดยกำหนดให้ผู้ที่จะประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์และหญิงที่รับตั้งครรภ์ต้องให้ศาลพิจารณาเห็นชอบในสัญญานั้นก่อนไม่มีทางเลือกอื่นหากมีการตั้งครรภ์แทนโดยไม่ได้รับการพิจารณาเห็นชอบจากศาลหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นไม่สามารถนำข้อพิพาทตามสัญญาดังกล่าวขึ้นสู่ศาลได้ และตามกฎหมายนี้เมื่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนให้กำเนิดบุตรแล้ว สามีภริยาที่เป็นคู่สัญญาจะได้สิทธิในความเป็นบิดามารดาทันที แต่กฎหมายยังให้สิทธิแก่หญิงที่ตั้งครรภ์ในการบอกยกเลิกข้อตกลงตามสัญญาดังกล่าวได้

3) มลรัฐฟลอริดาได้ออกกฎหมายไว้ว่า การตั้งครรภ์แทนจะต้องนำสัญญาไปให้ศาลพิจารณาอนุญาตหรือไม่ สามีภริยาและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนสามารถทำสัญญากันเองได้ หากไม่ผิดจากบทบัญญัติของกฎหมาย กล่าวคือหากหญิงที่ตั้งครรภ์แทนได้ให้กำเนิดบุตร สามีภริยาที่เป็นคู่สัญญาจะได้รับการสันนิษฐานว่าได้สิทธิในความเป็นบิดามารดาตามกฎหมาย แต่หญิงที่รับตั้งครรภ์ที่มีสิทธิบอกเลิกข้อตกลงตามสัญญาได้

นอกจากนี้ ยังมีคำพิพากษาในมลรัฐอื่น ๆ ที่ใช้เป็นบรรทัดฐานได้ 3 แนวทาง คือ 1) เจตจำนงของคู่สัญญา 2) ความเกี่ยวข้องกันทางพันธุกรรม และ 3) การให้กำเนิดบุตร เช่น ศาลแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้ตัดสินคดี Johnson v. Calvert สรุปว่า หญิงที่มีเจตจำนงที่จะให้กำเนิดบุตรและต้องการที่จะเป็นมารดา ถือได้ว่าเป็นมารดาตามธรรมชาติเท่านั้น ศาลแห่งมลรัฐโอไฮโอได้ตัดสินในคดี Belisto v. Clark สรุปว่า ผู้ใดก็ตามที่มีส่วนเกี่ยวข้องโดยการสืบทอดพันธุกรรมให้แก่เด็กถือว่า มีสิทธิในความเป็นบิดามารดาตามธรรมชาติ นอกจากนี้ กฎหมายยังกำหนดให้สามีภริยาที่เกี่ยวข้องทางพันธุกรรมสามารถสละสิทธิความเป็นบิดามารดาได้

จะเห็นได้ว่า เมื่อเปรียบเทียบแนวคิดเกี่ยวกับการเป็นบุตร โดยชอบด้วยกฎหมายของบุคคลใด ในต่างประเทศในส่วนของกฎหมายสหรัฐอเมริกาจะมีความหลากหลายและอาจนำมาเป็นแนวทาง ในการพิจารณาความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายได้กว้างขวางมากกว่า กฎหมายไทยที่มีการบัญญัติไว้ ซึ่งการบัญญัติลักษณะดังกล่าว ทำให้เกิดความยืดหยุ่นทันท่วงทีในการกำหนดสิทธิหน้าที่ของความ เป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายและการพิสูจน์ความเป็นบุตรที่จะนำมาซึ่งสิทธิของบุตร

จะเห็นได้ว่า ความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง การแพทย์แต่ละประเทศ สรุปได้คือ ประเทศไทยมีความเป็นบิดามารดาถูกกำหนดไว้ด้วยตัวบท กฎหมายชัดเจน หากมีข้อพิพาทในเรื่องนี้ย่อมมีหลักในการตัดสินพิจารณาไปตามตัวบทที่กฎหมาย กำหนดและมีความทัดเทียมกันทั้งประเทศ ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นระบบ คอมมอนลอว์ มีการบังคับใช้กฎหมายที่แตกต่างกันไปตามแต่ละมลรัฐ สิ่งที่เห็นได้ชัดเจนคือ ความทัดเทียมกันในการบังคับใช้กฎหมายของประชาชนที่อยู่ในประเทศเดียวกันอันอาจเป็น ช่องว่างทางกฎหมายประการหนึ่งที่ว่า หากมลรัฐหนึ่งห้ามยอมไปทำในมลรัฐที่ไม่ห้ามหรือมี ความยุ่งยากน้อยกว่าได้หรืออาจไปจ้างให้มีการตั้งครรภ์แทนในประเทศอื่นที่ไม่ผิดกฎหมาย ราคา ในการใช้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อย่างไรก็ตาม การที่กฎหมายของไทย ใช้การตีความบังคับให้บุตรที่เกิดขึ้นจากเทคโนโลยีเจริญพันธุ์เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของ เจ้าของอสุจิหรือไข่โดยไม่มีการบัญญัติข้อยกเว้นที่เชื่อมโยงกับมารดาที่อุ้มบุญ อาจทำให้เกิดปัญหา กับสิทธิของเด็กในกรณีที่เกิดบิดาหรือมารดาซึ่งเป็นเจ้าของไข่หรืออสุจิไม่รับเด็กเป็นบุตรโดยเฉพาะ อย่างยิ่งในกรณีที่บิดาหรือมารดาเป็นชาวต่างชาติหรือเป็นชาวไทยที่อาจเปลี่ยนใจไม่มีความประสงค์ ที่จะรับเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีเจริญพันธุ์เป็นบุตรซึ่งจะส่งผลให้ความเป็นบุตรของเด็กดังกล่าวเกิด หักขาดหรือมีปัญหาซึ่งจะนำมาซึ่งการที่จะหาบิดามารดาได้ ก็จะอยู่ในรูปของการรับบุตรบุญธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง แม้ซึ่งเป็นผู้อุ้มบุญหากบิดามารดาซึ่งเป็นเจ้าของอสุจิหรือไข่ปฏิเสธที่จะรับลูก เป็นบุตร การที่มารดาอุ้มบุญจะรับเด็กเป็นบุตรได้ก็แต่โดยการรับเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยี เจริญพันธุ์ในฐานะมาเป็นบุตรบุญธรรมเท่านั้น

สำหรับประเทศออสเตรเลียนั้น ในประเทศออสเตรเลียถือว่าหญิงผู้ให้กำเนิดบุตร แต่เพียงผู้เดียวเท่านั้นคือมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายโดยไม่คำนึงถึงความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม เช่นเดียวกันกับประเทศอังกฤษ และถือว่าสามีของหญิงที่ให้กำเนิดบุตรเป็นบิดาโดยชอบด้วย กฎหมายของเด็กนั้นเช่นกัน ซึ่งการที่คู่สมรสซึ่งขอให้มีการตั้งครรภ์จะมีความเป็นบิดามารดาโดย ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้นั้นจะต้องมีการยื่นคำขอต่อศาลเพื่อขอให้

ศาลมีคำสั่งให้ตนเป็นบิดามารดา โดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น ซึ่งศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาออกคำสั่ง ได้แก่ ศาลเยาวชนของออสเตรเลียโดยการยื่นคำร้องขอต่อศาลนั้นจะต้องยื่นในช่วงเวลาอย่างน้อย 28 วันหลังจากเด็กคลอด และต้องไม่เกิน 6 เดือน หลังจากที่เกิดคลอด หรือในช่วงเวลาอื่นตามที่ศาลอนุญาต โดยอาจยื่นคำขอเพียงผู้เดียวหรือร่วมกันยื่นคำขอก็ได้และศาลอาจสั่งให้ผู้ยื่นคำขอเป็นบิดามารดาโดยชอบของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้หากข้อเท็จจริงปรากฏ ดังนี้

1) การยื่นคำขอนั้นเป็นไปเพื่อสุขภาพพลานามัยที่ดีและเพื่อผลประโยชน์ของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

2) เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนต้องอาศัยอยู่กับผู้ยื่นคำขอหรือผู้ที่ร่วมกันยื่นคำขอมาแล้วอย่างน้อย 28 วันติดต่อกันก่อนวันที่ได้ทำคำขอ และเด็กผู้นั้นยังคงอยู่กับผู้ยื่นคำขอหรือผู้ที่ร่วมกันยื่นคำขอในวันที่ได้จัดทำคำขอ

3) ปรากฏหลักฐานทางการแพทย์และทางสังคมเกี่ยวกับการดำเนินการตั้งครรภ์แทน

4) มารดาผู้ให้กำเนิดและคู่สมรสของมารดาผู้ให้กำเนิด (ถ้ามี) จะต้องมีอายุอย่างน้อย 25 ปี ในวันที่มีการดำเนินการตั้งครรภ์แทน

5) ผู้ยื่นคำขอและผู้ที่ร่วมกันยื่นคำขอจะต้องมีอายุอย่างน้อย 25 ปี ในวันที่มีการดำเนินการตั้งครรภ์แทนและต้องมีภูมิลำเนาอยู่ใน Queensland

6) มารดาผู้ให้กำเนิดคู่สมรสของมารดาผู้ให้กำเนิด (ถ้ามี) ผู้ยื่นคำขอและผู้ที่ร่วมกันยื่นคำขอจะต้องมีความตกลงในการทำคำสั่งเกี่ยวกับการเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในช่วงเวลาที่ศาลพิจารณาและหากมีข้อพิพาทเกี่ยวกับอำนาจการปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนระหว่างหญิงที่รับตั้งครรภ์กับคู่สมรสที่ขอให้มีการตั้งครรภ์แทน ศาลมีอำนาจที่จะพิจารณาว่า เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นควรอยู่ในอำนาจการปกครองของผู้ใดโดยนำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กจะได้รับมาใช้ประกอบการพิจารณา

นอกจากนี้ มาตรา 12 ของ CRC ระบุว่า เด็กที่สามารถสร้างมุมมองของตนเองมีสิทธิที่จะแสดงความคิดเห็นเหล่านั้นได้อย่างอิสระ และให้มุมมองเหล่านั้นเป็นกำหนดน้ำหนักบรรทัดตามอายุและวุฒิภาวะของพวกเขา คณะกรรมการได้ระบุว่า สิทธินี้เกี่ยวข้องกับการแบ่งปันข้อมูลและการสนทนาระหว่างเด็กและผู้ใหญ่บนพื้นฐานของความเคารพซึ่งกันและกัน การมีส่วนร่วมของเด็กในการให้คำปรึกษาในขณะที่กรอบปัจจุบันให้คำปรึกษาแก่ผู้ที่ให้บริการควรมีการให้คำปรึกษาแก่เด็กที่เกิด เนื่องจากการตั้งครรภ์แทนไม่ว่าจะใช้ Gametes ที่ได้รับบริจาคหรือไม่

ประการแรก สามารถจัดหาให้สำหรับเด็กที่เกิดเป็นผลมาจากการตั้งครรภ์แทนเพื่อรับข้อมูล และมีโอกาสเพื่อถามคำถามเกี่ยวกับธรรมชาติของการเกิดของพวกเขา นอกจากนี้ ยังสามารถให้คำปรึกษาสำหรับเด็กที่มารดาทำหน้าที่เป็นตัวแทนเพื่อให้ข้อมูลเกี่ยวกับกระบวนการและจัดการกับข้อกังวลที่เป็นไปได้ที่เด็กอาจมีต่อการอุ้มแม่แล้วสละเด็ก ประการที่สอง มีการระบุไว้ข้างต้นว่า เด็กที่เกิดเป็นผลมาจากการตั้งครรภ์แทนและสามารถเข้าถึงสูติบัตรเดิมได้เมื่ออายุมากขึ้นซึ่งจะบ่งบอกถึงแม่ผู้ให้กำเนิดของพวกเขา การให้คำปรึกษาอาจเหมาะสมสำหรับเด็กที่ต้องการติดต่อกับแม่อุ้มบุญของพวกเขา ความพร้อมของการให้คำปรึกษาอาจเหมาะสมหากแม่อุ้มบุญเป็นที่รู้จักของครอบครัวหรือเป็นความสัมพันธ์ในครอบครัว เป็นต้น แต่ข้อมูลนี้ไม่ได้เปิดเผยต่อเด็ก เด็กที่เกี่ยวข้องกับพันธุกรรมกับแม่อุ้มบุญของพวกเขาอาจมีพี่น้องต่างมารดาและการให้คำปรึกษาอาจมีความสำคัญต่อการอำนวยความสะดวกในการติดต่อระหว่างเด็กดังกล่าว ในการให้คำแนะนำที่เหมาะสมอาจจำเป็นต้องมีการฝึกอบรมด้านสิทธิเด็ก คณะกรรมการ ฯ เน้นย้ำเป็นประจำว่า ผู้ที่ทำงานกับเด็กจำเป็นต้องมีการฝึกอบรมด้านสิทธิเด็ก และอนุสัญญาควรสะท้อนให้เห็นในหลักสูตร และจรรยาบรรณวิชาชีพ ดังนั้น ผู้ที่ให้คำปรึกษาควรได้รับการฝึกอบรมที่เน้นแนวคิดของเด็กในฐานะผู้ถือสิทธิและวิธีการที่การตั้งครรภ์แทนสามารถส่งผลกระทบต่อสิทธิของเด็ก

การจัดการการตั้งครรภ์แทนเพื่อแสวงหาผลกำไร ส่วนใหญ่อยู่ข้ามพรมแดนของรัฐ (เช่น ในประเทศไทยมีการอุ้มบุญในประเทศกัมพูชา) หรือข้ามพรมแดนของประเทศ ซึ่งมักจะเกี่ยวข้องกับพ่อแม่เจ้าของเชื้อจากเขตอำนาจศาลที่ห้ามการตั้งครรภ์แทนเพื่อแสวงหาผลกำไรและแม่อุ้มบุญในเขตอำนาจศาลที่การตั้งครรภ์แทนเพื่อแสวงหาผลกำไรถูกกฎหมายและมีกฎหมายมาตรการที่อนุญาตให้พ่อแม่เจ้าของเชื้อจะได้รับความเป็นบิดามารดาตามกฎหมาย เหตุผลที่การอุ้มบุญมักมาจากภาวะมีบุตรยาก ซึ่งการรับเลี้ยงบุตรบุญธรรมไม่สามารถใช้แก้ไขได้เสมอไป

- 1) ตกเป็นเหยื่อของการค้าเด็ก
- 2) ตกเป็นเหยื่อของการละทิ้งและ/หรือการล่วงละเมิด
- 3) กลายเป็นคนไร้สัญชาติหรือถูกทิ้งให้อยู่กับพ่อแม่ที่มีความพิการ
- 4) มีสิทธิที่จะรู้ต้นกำเนิดของพวกเขาถูกละเมิดโดยผู้เข้าร่วมอาจได้รับผลกระทบทางจิตวิทยาเชิงลบ (และแม้แต่ทางกายภาพ)

ดังนั้น เมื่อเปรียบเทียบกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิของเด็กของต่างประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศออสเตรเลีย และสาธารณรัฐฝรั่งเศส ผู้เขียนว่ากฎหมายของประเทศอังกฤษมีความเหมาะสมมากที่สุด รวมถึงแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกาในบางประเด็นที่น่าสนใจเช่น

การติดตามดูแลชีวิตเด็กหลังจากคลอดเพื่อให้แน่ใจว่าเด็กจะมีคุณภาพชีวิตที่ดีเมื่อต้องเติบโตในครอบครัวที่ต้องการมีบุตร ซึ่งสามารถนำมาปรับใช้กับกฎหมายของประเทศไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพโดยเฉพาะในส่วนที่กฎหมายของประเทศไทยยังขาดการคุ้มครองสิทธิของเด็กที่เกิดขึ้นจากเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับแนวการคุ้มครองตามหลักกฎหมายสากล และเพื่อให้เป็นการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กและรวมถึงการคำนึงถึงความสุขของเด็กเป็นสำคัญ ทำให้เด็กได้รับการดูแลเอาใจใส่ได้มากยิ่งขึ้น

4.2 สิทธิในการที่จะรู้ถึงความเป็นแม่ผู้บุญของเด็กเมื่อถึงระยะเวลาที่เหมาะสม

การรู้ว่าเป็นใครและมาจากไหนเป็นข้อพิจารณาพื้นฐานที่มีรากฐานมาจากตัวตนของมนุษย์ การขาดหรือสูญเสียอัตลักษณ์ของคน ๆ หนึ่ง อาจส่งผลกระทบอย่างรุนแรงต่อความรู้สึกของความรู้ในตนเองความเป็นอยู่ในเรื่องการตั้งครรภ์แทนโดยเฉพาะอย่างยิ่ง เนื่องจากผู้มีส่วนร่วมหลายคนต่ออัตลักษณ์ของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นสิ่งสำคัญสูงสุดที่องค์ประกอบทั้งหมดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ดังนั้น สิทธิในตัวตนของเด็กที่เกิดจากการการตั้งครรภ์แทนในการเข้าถึงข้อมูลที่สมบูรณ์และโปร่งใสไม่ได้ถูกบันทึกไว้ตั้งแต่แรกเกิดและ/หรือเมื่อใดก็ตามที่มีการแก้ไขโดยปราศจากประโยชน์สูงสุดของเด็กอาจได้รับอันตรายอย่างเท่าเทียมกัน

มาตรฐานสากลเป็นที่ชัดเจนว่ารัฐมีภาระผูกพันในการบันทึกตัวตนของเด็กทุกคนโดยเฉพาะอย่างยิ่งในแง่ของการจดทะเบียนเกิด สัญชาติ ชื่อ และความสัมพันธ์ในครอบครัว และเพื่อสร้างอัตลักษณ์นั้น เมื่อองค์ประกอบหายไปหรือได้รับการแก้ไขอย่างผิดกฎหมาย (มาตรา 7-8 อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิเด็ก (CRC) ไม่เพียงแต่สิทธิในการรู้ถึงอัตลักษณ์ของเด็กจะเป็นสิทธิโดยทั่วไปแล้วนั้น แต่ยังเชื่อมโยงไปถึงการตระหนักถึงสิทธิอื่น ๆ เช่น พัฒนาการของเด็ก (ข้อ 6 CRC) ทำให้ครอบครัวอยู่ด้วยกัน (มาตรา 9 CRC) การอำนวยความสะดวกในการติดต่อกับครอบครัวทั่วประเทศ (มาตรา 10 CRC) และความต่อเนื่องในภูมิหลังทางชาติพันธุ์ ศาสนา วัฒนธรรม และภาษาศาสตร์ของเด็ก (มาตรา 20 CRC) เพื่อให้เป็นไปตามมาตรฐานข้างต้น ดังนั้น ข้อมูลประจำตัวของเด็กนั้นจะต้องได้รับการเก็บรักษาไว้ในลักษณะที่เป็นจริงและได้รับความโปร่งใส รวมถึงในการเตรียมการเกี่ยวกับตั้งครรภ์แทน ผู้รายงานพิเศษของสหประชาชาติว่าด้วยการขายและการแสวงหาประโยชน์จากเด็ก แม้ว่าการตั้งครรภ์แทนจะเปลี่ยนองค์ประกอบของอัตลักษณ์โดยการทำลายความเชื่อมโยงระหว่างพันธุกรรมการตั้งครรภ์และความเป็นพ่อแม่ทางสังคมสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็ก ในส่วนแรกที่จะวิเคราะห์ควรสังเกตว่าสิทธิในการระบุตัวตนของเด็กนั้น ควรมีความเป็นอิสระ

จากสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิดของเด็กและการเลือกปฏิบัติที่ตามมา ปัญหาทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่อาจเกิดขึ้นในระยะสั้นหรือระยะยาว ควรเป็นส่วนหนึ่งของการประเมินและการพิจารณาผลประโยชน์ที่ดีที่สุด เมื่อพิจารณาถึงความสำคัญของปัญหาอัตลักษณ์แล้ว อาจมีลักษณะทางกฎหมายทางการแพทย์และ/หรือจิตสังคม ซึ่งมีผลกระทบตลอดชีวิตจึงมีความจำเป็นเท่าเทียมกันเพื่อรวมการพิจารณาเป็นส่วนหนึ่งของการเตรียมการก่อนการตั้งครรภ์แทน

ในทำนองเดียวกันในสหราชอาณาจักรการลงทะเบียนจะถูกตั้งค่าโดยมีเงื่อนไขที่แตกต่างกันที่ระบุไว้สำหรับการเข้าถึงข้อมูลและสิ่งที่จะพร้อมใช้งาน ถึงกระนั้นดูเหมือนว่าบางรัฐที่อนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่ได้บังคับให้คลินิกลงทะเบียนข้อมูลที่เกี่ยวข้องทั้งหมดอย่างเป็นระบบในทุกสถานการณ์ที่ไม่มีกรอบการทำงานเพื่อให้แน่ใจว่า คลินิกการแพทย์สำนักงานกฎหมายและ/หรือคนกลางมีหน้าที่รวบรวมข้อมูลแสดงตัวตนช่องว่างสำหรับเด็กอาจมีอยู่ ตัวอย่างเช่น ในบางประเทศไม่ได้ตั้งคำถามข้อมูลแบบรวมศูนย์ยังไม่ชัดเจนว่าข้อมูลใดที่เจ้าหน้าที่จะรวบรวมในการสืบพันธุ์ของมนุษย์ที่ได้รับการช่วยเหลือตามกฎหมายหรือไม่ แต่มีกฎหมายระบุไว้ว่าพลเมืองทุกคนหรือผู้มีถิ่นที่อยู่ถาวรโดยมีสิทธิและจะต้องร้องขอให้เข้าถึงบันทึกใด ๆ ภายใต้การควบคุมของสถาบันของรัฐ

แม้ว่าข้อมูลการเกิดของเด็กทั้งหมดจะถูกบันทึกอย่างถูกต้องการเข้าถึงโดยเด็กอาจไม่ได้เข้าถึงเสมอไป หากรัฐต้องปฏิบัติตามมาตรา 8 CRC อย่างเต็มที่ที่สามารถอนุมานได้ว่า การเข้าถึงข้อมูลประจำตัวควรปราศจากอุปสรรคทางการเงินภูมิศาสตร์หรืออุปสรรคอื่น ๆ โดยหลักการแล้วข้อมูลควรเปิดเผยอยู่เสมอ ในขณะที่การเข้าถึงข้อมูลประจำตัวอาจถูกจำกัดเป็นพิเศษ เมื่อสิทธิของผู้อื่นที่เกี่ยวข้องอาจเป็นอันตรายอย่างมีนัยสำคัญ ในสถานการณ์เช่นนี้ข้อมูลที่ไม่สามารถระบุตัวตนได้ควรมี แต่โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อมีลักษณะทางการแพทย์การสนับสนุนทางกฎหมายและจิตสังคมควรมีให้อย่างอิสระในขณะที่การเข้าถึงมีให้อย่างชัดเจนในบางเขตอำนาจศาล หากข้อมูลที่เกี่ยวข้องทั้งหมดไม่ได้ถูกรวบรวมในสถานที่แรกและ/หรือหากอนุญาตให้มีช่องว่างของตัวตนตั้งแต่แรกเกิด เช่น ผ่านการบริจาคที่ไม่ระบุชื่อ การเข้าถึงจะผสมกัน ความรู้ลึกของการสูญเสียตัวตนสำหรับเด็ก ตัวอย่าง เช่น บทบัญญัติของนิวยอร์กอนุญาตให้เด็กทำสำเนานบันทึกของศาลทั้งหมดรวมถึงแต่ไม่จำกัดเพียงชื่อของบุคคลทำหน้าที่เป็นตัวแทนและผู้บริจาคที่รู้จัก คณะกรรมการ CRC มีข้อสังเกตเตือนรัฐให้รับประกันการเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับต้นกำเนิดอย่างเต็มที่ด้วยการสนับสนุนที่เหมาะสมสำหรับทุกคนที่เกี่ยวข้องสิ่งสำคัญที่กฎการคุ้มครองข้อมูลจะไม่ถูกตีความว่าขัดต่อสิทธิของเด็ก

เมื่อเกี่ยวข้องกับข้อมูลผสม แม้ว่าผลประโยชน์อื่น ๆ จะได้รับการพิจารณาข้อมูลเกี่ยวกับต้นกำเนิดทางพันธุกรรมและการตั้งครรภ์ช่วยให้ผู้บริจาคตั้งครรภ์ รวมถึงผู้ที่เกิดผ่านการตั้งครรภ์แทน มีประวัติที่สมบูรณ์และข้อมูลเกี่ยวกับพวกเขาลำดับวงศ์ตระกูล ในแง่ของตัวอย่างการเข้าถึงข้อมูลเมื่อใดก็ตามที่ตัวตนของเด็กได้รับการแก้ไขในการจัดการตั้งครรภ์แทน ข้อมูลต้นฉบับคือสามารถเข้าถึงได้เฉพาะเมื่อเด็กมีอายุครบ 16 ปี และกำหนดให้เด็กทราบล่วงหน้าว่าพวกเขาเกิดมาโดยใช้ไข่หรืออสุจิของมนุษย์บุคคลที่สาม เนื่องจากไม่มีข้อกำหนดในการแจ้งให้เด็กทราบถึงสถานการณ์ของการเกิดของเด็ก

แม้ว่าการตั้งครรภ์แทนจะเป็นข้อกังวลอย่างมากในระดับโลก เมื่อไม่นานมานี้มีแหล่งข้อมูลกฎหมายระหว่างประเทศทั้งแบบเคร่งครัดและแบบผ่อนคลายเป็นที่เกี่ยวกับสิทธิในอัตลักษณ์ของเด็กในการตั้งครรภ์แทนของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง พ.ศ. 2519 (ICCPR) กำหนดสิทธิของเด็กที่จะได้รับการจดทะเบียนตั้งแต่แรกเกิดและมีชื่อและสัญชาติองค์ประกอบทั้งสามนี้ถูกกล่าวถึงพร้อมกับความสัมพันธ์ในครอบครัวในข้อ 7-8 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก 1989 (CRC) เพื่อระบุขอบเขตอัตลักษณ์ของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

เด็กควรมีสิทธิที่จะรู้และได้รับการดูแลจากบิดามารดาของตนเท่าที่จำเป็น ประการแรกเกี่ยวกับสิทธิในการดูแลโดยพ่อแม่ การตั้งครรภ์แทนทำให้เกิดคำถามที่น่าสนใจ เนื่องจากผู้หญิงที่ให้กำเนิดเด็กก็มักจะไม่ใช่คนที่เลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ดังนั้น จึงอาจตีความได้ว่าเป็นสิทธิที่จะได้รับการดูแลโดยพันธุกรรมจากพ่อแม่ ดังนั้น ครอบครัวควรตีความในความหมายกว้าง ๆ เพื่อรวมถึงพ่อแม่เจ้าของเชื้อและไข่ที่แท้จริง ดังนั้น เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนควรมีสิทธิในการรู้จักพ่อแม่ผู้เป็นเจ้าของสเปิร์มและไข่ การตั้งครรภ์แทนทำให้เกิดคำถามที่น่าสนใจ ว่าเด็กควรรู้หรือไม่เกี่ยวกับลักษณะการเกิดของตัวเอง เช่นเดียวกับตัวตนของแม่อุ้มบุญ เนื่องจากการตั้งครรภ์แทนอาจเกี่ยวข้องกับการใช้ IVF อาจเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ว่าสิทธิในการรู้ต้นกำเนิดทางพันธุกรรมของคน ๆ หนึ่งก็มีความสำคัญเช่นกัน ในแง่ของการปกป้องสิทธิในตัวตน ดังนั้นกฎหมายควรระบุให้แน่ใจว่าเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น เมื่อถึงในวัยที่เหมาะสมมีสิทธิเข้าถึงตัวตนของแม่อุ้มบุญและหรือพ่อแม่ผู้เป็นเจ้าของสเปิร์มและไข่ แนวทางนี้คล้ายกับของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (ECtHR) ศาลระบุว่า สิทธิในตัวตนซึ่งรวมถึงสิทธิในการรู้จักความเป็นบิดามารดาเป็นส่วนสำคัญของแนวคิดเรื่องชีวิตส่วนตัว การได้รับการคุ้มครองภายใต้มาตรา 8 ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 (อนุสัญญายุโรป) ศาลเห็นว่าประชาชนได้รับการคุ้มครองโดยอนุสัญญาในการรับข้อมูลที่จำเป็นในการเปิดเผย

ความจริงเกี่ยวกับแง่มุมที่สำคัญของอัตลักษณ์ส่วนบุคคลของพวกเขา ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส เห็นว่าเด็กเกิดเป็นส่วนหนึ่งของชีวิตส่วนตัวของเด็กและต่อมาเป็นผู้ใหญ่ที่ได้รับการคุ้มครองโดยมาตรา 8 ของอนุสัญญาเป็นที่ชัดเจนว่ามีการรับรู้ถึงความสำคัญของการให้เด็กทราบถึงต้นกำเนิดของพวกเขาตั้งแต่อายุน้อยเพื่อให้แน่ใจว่าพวกเขาพัฒนาความรู้สึกแบบสมบูรณ์แบบ มีการศึกษาบางชิ้นว่าการไม่เปิดเผยอาจนำไปสู่ความเสียหายทางจิตใจและความนับถือตนเองต่ำและประเด็นที่เกี่ยวข้องกับความไว้วางใจ ในกรณีนี้ถือได้ว่า มาตรา 8 ของอนุสัญญายุโรป รวมถึงสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับพ่อแม่ผู้ให้กำเนิดในบริบทของความคิดของผู้บริจาค ซึ่งนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายการจัดการไม่เปิดเผยตัวตนของผู้บริจาค แนวโน้มทั่วไปที่สนับสนุนการเปิดกว้างยังสะท้อนให้เห็นในกฎหมายอังกฤษที่เกี่ยวข้องกับการทดสอบความเป็นบิดาซึ่งเน้นการจัดลำดับความสำคัญสิทธิของเด็กที่จะรู้ต้นกำเนิดทางพันธุกรรมของตน

ในแง่ของการพัฒนาดังกล่าวข้างต้น สิ่งสำคัญคือต้องพิจารณาขอบเขตที่กฎหมายอังกฤษคุ้มครองสิทธิเด็กภายใต้มาตรา 7(1) ในการตั้งครุฑแทนการเตรียมการในเรื่องนี้บุคคลจะมีสิทธิตามกฎหมายที่จะได้รับสูติบัตรต้นฉบับของเด็ก เมื่ออายุ 18 ปี แม่ผู้มีบุญจะมีชื่ออยู่ในสูติบัตร ดังนั้นบุคคลที่เกิดผ่านการตั้งครุฑแทน สามารถเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับตัวตนของแม่ผู้มีบุญของพวกเขา ดังนั้นผู้ที่บริจาคจะสามารถเข้าถึงข้อมูลที่ไม่วะบุตัวตนเกี่ยวกับผู้บริจาคของพวกเขา เมื่ออายุ 16 ปี จะเห็นได้ว่าแนวทางหนึ่งที่สามารถทำได้ คือ การระบุข้อมูลในสูติบัตร อย่างไรก็ตาม สิทธิของเด็กที่จะรู้ต้นกำเนิดทางพันธุกรรมของพวกเขาเด็กนั้นจะต้องถูกตีความให้สอดคล้องกับผลประโยชน์สูงสุดของเด็กอาจเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ว่าการกำหนดให้ผู้ปกครองเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวหรือวางไว้ในสูติบัตรถือเป็นการแทรกแซงที่ไม่ยุติธรรมกับครอบครัวและความเป็นส่วนตัวของทั้งบิดามารดา และเด็ก

นอกจากนี้ ประเทศที่อนุญาตให้มีการตั้งครุฑแทนเชิงพาณิชย์ยังแสดงแนวทางปฏิบัติที่หลากหลายในบางกฎการเลี้ยงดูทั่วไปมีผลบังคับใช้ในการที่บุคคลที่ให้กำเนิดเด็กจะถูกบันทึกว่าเป็นแม่ผู้ให้กำเนิด ตัวอย่างเช่น ในบางประเทศแม่ผู้มีบุญจะถูกบันทึกในขั้นต้นว่าเป็นแม่ผู้ให้กำเนิดและความเป็นพ่อแม่จะถูกถ่ายโอนผ่านการรับเลี้ยงบุตรบุญธรรมในคนอื่น ๆ รวมถึงบางรัฐในสหรัฐอเมริกา เช่น California และ New York เฉพาะพ่อแม่ที่ตั้งใจเท่านั้นที่จะถูกบันทึกไว้ในสูติบัตร จะเห็นว่าการระบุผู้บริจาคหรือแม่ผู้มีบุญในฐานะพ่อแม่ของเด็กในการเกิดนั้น ทางกฎหมายแบ่งไม่อนุญาตให้บันทึกในใบสูติบัตร พ่อแม่ที่ตั้งใจจะจดทะเบียนเป็นพ่อแม่ตามกฎหมายตั้งแต่แรกเกิด โดยมีกฎหมายไปไกลกว่านั้นในการห้ามแม่ผู้มีบุญไม่ให้โต้แย้งความเป็นบิดามารดาใด ๆ

เด็กอาจรู้ที่มาของการตั้งครรภ์ได้ก็ต่อเมื่อตัวเด็กเข้าถึงบันทึกที่เก็บไว้กับสำนักทะเบียนราษฎรและสถิติที่สำคัญซึ่งรายการของมารดาตามใบรับรองแพทย์การเกิดอาจมีอยู่ ในทางกลับกัน มีสถานการณ์ที่พ่อแม่เจ้าของเชื้ออาจไม่ได้รับการบันทึก ดังนั้น จากข้างต้นแสดงให้เห็นว่าสิทธิของเด็กที่จะรู้ต้นกำเนิดของพวกเขาที่แตกต่างกัน อัตลักษณ์ของแม่อุ้มบุญและ/หรือบิดามารดาที่ประสงค์จะมีส่วนช่วยในอัตลักษณ์ของเด็กในประเทศที่ห้ามและ/หรือไม่อนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนอย่างชัดเจน

การพิจารณาการจดทะเบียนการเกิดก็ได้รับการพิจารณา กรณีของฝรั่งเศสพิจารณาจากปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างพ่อแม่และลูกตามกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในสหรัฐอเมริกา ศาลเห็นว่า เนื่องจากเด็กที่เกิดนั้นเป็นฝาแฝดมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับพ่อแม่คนหนึ่งของพวกเขาการปฏิเสธของเจ้าหน้าที่ออกสูติบัตรของฝรั่งเศสส่งผลกระทบต่อสิทธิในการระบุตัวตนตามกฎหมายและการยอมรับอย่างเป็นทางการของความเป็นบิดามารดาตามกฎหมาย (เช่น การยอมรับความสัมพันธ์ในครอบครัว)

ปัญหาต่าง ๆ ที่เชื่อมโยงกับสิทธิในตัวคนของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยการตรวจสอบบริบทของประเทศต่าง ๆ การรู้ว่าเป็นใครและมาจากไหนเป็นข้อพิจารณาพื้นฐาน การขาดหรือสูญเสียอัตลักษณ์ของคน ๆ หนึ่งอาจส่งผลกระทบอย่างรุนแรงต่อความรู้สึกของความรู้ในตนเองความเป็นอยู่และความเป็นเจ้าของในเรื่องการตั้งครรภ์แทน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเนื่องจากผู้มีส่วนร่วมหลายคนในอัตลักษณ์ของเด็กเป็นสิ่งสำคัญสูงสุดที่องค์ประกอบทั้งหมดจะถูกเก็บรักษาไว้ก่อนและหลังคลอด ในตอนแรกควรสังเกตว่าสิทธิในการระบุตัวตนนั้นเป็นอิสระจากสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการเกิดของเด็กและต่อ ๆ ไป การปฏิบัติที่เลือกปฏิบัติปัญหาทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับตัวตนที่อาจเกิดขึ้นในระยะสั้นหรือระยะยาวควรเป็นส่วนหนึ่งของการประเมินและพิจารณาผลประโยชน์ที่ดีที่สุดในเรื่องการตั้งครรภ์แทนใด ๆ เมื่อพิจารณาถึงความสำคัญของปัญหาอัตลักษณ์ซึ่งอาจมีลักษณะทางกฎหมายการแพทย์และ/หรือจิตสังคมซึ่งมีอายุยืนยาวผลกระทบมันเป็นสิ่งจำเป็นเท่าเทียมกันที่จะรวมการพิจารณา

รัฐวิกตอเรีย ประเทศออสเตรเลียให้แนวปฏิบัติที่มีแนวโน้มในการปรับปรุงการเข้าถึงข้อมูลทางชีวภาพและการตั้งครรภ์ หน่วยงานรักษาระบบสืบพันธุ์แบบบิวเทอเรียได้รับการจัดตั้งขึ้นเพื่อสนับสนุนผู้บริจาคที่ตั้งครรภ์ให้เข้าถึงทะเบียนกลางสำหรับข้อมูลระบุตัวตน (ชื่อ วันเดือนปีเกิด รหัสผู้บริจาค และรายละเอียดการติดต่อ) และ/หรือข้อมูลที่ไม่ระบุตัวตน (ข้อมูลทั่วไปเพิ่มเติม

เช่น ส่วนสูง สี ตา อาชีพ เป็นต้น) เกี่ยวกับผู้บริจาคที่ได้สนับสนุนเด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทน โดยการจัดหาข้อมูลเกี่ยวกับแม่อุ้มบุญและผู้ให้บริการไข่หรืออสุจิของมนุษย์

นอกเหนือจากที่กล่าวมาข้างต้น การปฏิบัติที่ผิดกฎหมายรวมถึงการปลอมแปลงบันทึกการเกิดเกี่ยวกับชื่อ สัญชาติ และ/หรือความสัมพันธ์ในครอบครัว อาจมีแนวโน้มที่จะเกิดขึ้นในสถานการณ์เฉพาะสภาพแวดล้อมที่เอื้ออำนวยอาจรวมถึงบริบทที่มีสถานการณ์ฉุกเฉินหรือมีการทุจริตอยู่และอาจส่งผลให้การออกสูติบัตรปลอม ตัวอย่างเช่น ในบางประเทศมีการปลอมทะเบียนราษฎรเกิดขึ้น เมื่อเกิดบันทึกถูกคัดแปลงเพื่อให้ปรากฏในบันทึกการเกิดว่า เด็กเกิดมากับบุคคลที่ไม่ใช่แม่ผู้ให้กำเนิดของเด็กทำให้เกิดการสูญเสียตัวตนและสถานะที่แท้จริงของเด็กดังกล่าว ซึ่งอาจเป็นปัญหาอย่างมาก จึงมีการจัดตั้งขึ้นโดยการจัดให้มีบันทึกการเกิดที่ปรากฏในทะเบียนราษฎรหรือคำพิพากษาถึงที่สุด นอกจากนี้ ยังอาจเกิดขึ้นเมื่อสูติบัตรที่มีชื่อของพ่อแม่เจ้าของเชื้อสันนิษฐานว่าสะท้อนถึงพ่อแม่ทางพันธุกรรมของเด็กกลุ่มนี้จะยังคงเป็นไปได้จนกว่ารัฐจะบังคับให้ใช้เฉพาะไข่หรืออสุจิของมนุษย์ที่สามารถระบุตัวตนและสังคมได้ รวมถึงความตั้งใจ ผู้ปกครองเข้าใจถึงความสำคัญของเด็กที่รู้ความจริงเกี่ยวกับต้นกำเนิดของเด็ก

ด้วยเหตุนี้ การปฏิบัติของการตั้งครรภ์แทนจึงทำให้พิจารณาเฉพาะเกี่ยวกับการรักษาข้อมูลแบบองค์กรรวมถึงต้นกำเนิดของเด็ก ในต่างประเทศได้มีการแต่งตั้งนายทะเบียนเพื่อรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับพระราชกฤษฎีกาความเป็นพ่อแม่ของเด็ก การลงทะเบียนกลางได้รับการจัดตั้งขึ้นในรัฐนิวเซาท์เวลส์ ประเทศออสเตรเลีย เพื่อรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับขั้นตอนทั้งหมดผ่านเลขานุการของกระทรวงสาธารณสุขซึ่งอาจในภายหลังแบ่งปันข้อมูลกับสำนักทะเบียนการเกิดการเสียชีวิตและการแต่งงานผู้ให้บริการ จำเป็นต้องให้ข้อมูลนี้แก่ทะเบียนกลาง เมื่อใดก็ตามที่เด็กเกิดโดยใช้ขั้นตอนทางการแพทย์นี้บทบาทของนายทะเบียนเขต คือการรวบรวมข้อมูลที่จำกัดเฉพาะผู้ปกครองและแม่อุ้มบุญที่ตั้งใจไว้

ในประเทศไทยมีการเก็บบันทึกสองรูปแบบใบแรกคือสูติบัตรที่ออกโดยโรงพยาบาลซึ่งจะใช้สำหรับการลงทะเบียนทางแพ่งกับนายทะเบียนอย่างเป็นทางการ ซึ่งจะเกี่ยวข้องกับพลเรือนตามปกติของการลงทะเบียน หากเด็กเป็นพลเมืองไทย เช่น ชื่อและนามสกุลที่อยู่ของผู้พำนัก หมายเลขบัตรประจำตัวประชาชน 13 หลัก สำหรับระบุตัวตนของการมีสัญชาติไทย วัน และสถานที่เกิด เพศ สัญชาติ ชื่อของบิดามารดาทางพันธุกรรมไม่รวมชื่อของแม่อุ้มบุญ สำหรับรูปแบบที่สองบันทึกของไทยมีรายละเอียดทั้งหมดเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน (เช่น แม่อุ้มบุญและพ่อแม่

เจ้าของเชื้อ) ที่โรงพยาบาลต้องเก็บเป็นความลับตามระเบียบที่ประกาศโดยคณะกรรมการไทยเพื่อการตั้งครรภ์แทน อย่างไรก็ตามโรงพยาบาลที่เก็บรวบรวมข้อมูลจะเก็บข้อมูลไว้เป็นเวลา 20 ปี ตามที่กฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนได้กำหนดไว้

หากผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายและองค์กรที่อำนวยความสะดวกและ/หรือดำเนินการตั้งครรภ์แทน ไม่ได้ตระหนักถึงความสำคัญของการรวบรวมจัดเก็บและรักษาข้อมูลประจำตัวของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน เพื่อให้เด็กสามารถรู้ที่มาของพวกเขาได้ ในกรณีที่ไม่มียุทธศาสตร์ในการรักษาสิทธิในอัตลักษณ์ของเด็ก การฟื้นฟูอัตลักษณ์ของเด็กอาจเป็นไปได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสถานการณ์ที่มีผู้บริจาคและ/หรือไม่เปิดเผยตัวตน นอกจากนี้ ยังนำไปสู่ความท้าทายในการจดทะเบียนการเกิดและการรับรอง เนื่องจากมีระบบทะเบียนราษฎรเพียงไม่กี่ระบบเท่านั้นที่จัดตั้งขึ้นเพื่อบันทึกข้อมูลประจำตัวที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ในครอบครัวในการตั้งครรภ์แทน และรูปแบบอื่น ๆ ของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์

ดังนั้น ประเทศไทยควรดำเนินการเพื่อปกป้องสิทธิของเด็กในการเตรียมการตั้งครรภ์แทนทุกประเภทโดยตรวจสอบให้แน่ใจว่า ระบบทะเบียนราษฎร รวมถึงและรักษาข้อมูลประจำตัวที่เกี่ยวข้องกับเด็กแต่ละคนที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน การเข้าถึงข้อมูลประจำตัวของเด็กควรได้รับการอำนวยความสะดวกตามอายุและวุฒิภาวะของเด็ก จากที่กล่าวมาข้างต้นจะทำให้เด็กมีโอกาสเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับตัวตนและที่มาของเด็กและช่วงส่งเสริมเด็กในสิทธิอื่น ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งควรทราบตัวตนของแม่ผู้บุญ

การสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิของพ่อแม่ผู้บริจาคและเด็กที่ถูกรับรองโดยรัฐสภาของสภายุโรปในปี 2019 ให้คำแนะนำที่เป็นประโยชน์ โดยระบุว่า การไม่เปิดเผยตัวตนควรได้รับการยกเว้นสำหรับการบริจาคสเปิร์มและไข่ในอนาคตทั้งหมด ในสภาประเทศสมาชิกยุโรปและการใช้ ห้ามใช้สเปิร์มและไข่ที่บริจาคโดยไม่ระบุชื่อนี้หมายความว่า (ยกเว้นในกรณีพิเศษเมื่อการบริจาคมาจากญาติสนิทหรือเพื่อน) เจ้าของของผู้บริจาคจะไม่เปิดเผยในช่วงเวลาของการบริจาคให้กับครอบครัว แต่จะถูกเปิดเผยต่อเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์ เมื่อมีอายุครบ 18 ปีบริบูรณ์ของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน โดยเด็กจะได้รับแจ้งจากรัฐเมื่ออายุครบตามที่กำหนดว่ามีข้อมูลเกี่ยวกับสถานการณ์ของการเกิดของบุคคลที่ตั้งครรภ์และผู้บริจาคสามารถตัดสินใจได้ว่าจะสามารถเข้าถึงข้อมูลนี้ที่มีตัวตนของผู้บริจาคหรือไม่และเมื่อใดและจะเริ่มต้นหรือไม่ติดต่อ แม้จะมีภาระ

ผูกพันในการรวบรวมข้อมูลดังกล่าวของแต่ละประเทศ เพื่อแสดงให้เห็นถึงแนวทางของกฎเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนมีความหลากหลายเพียงใด

แม้ว่ากฎหมายเหล่านี้ มีแนวโน้มในแง่ของการคุ้มครองตัวตนสำหรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในอนาคต แต่ดูเหมือนว่าแนวโน้มจะไม่เหมือนกันในการปฏิรูปอย่างต่อเนื่อง ตัวอย่างเช่น ในบางประเทศได้มีการร่างบทบัญญัติที่อยู่ระหว่างการอภิปรายอนุญาตให้ไข่และผู้บริจาคอสุจิไม่ระบุชื่อหรือไม่เปิดเผยตัวตนได้ การระบุข้อมูลสำหรับไข่และผู้บริจาคอสุจิถูกจำกัดไว้ ลักษณะเช่น น้ำหนัก ส่วนสูง สีผิว สีผม รวมไปถึงเชื้อชาติและสัญชาติ รายละเอียดส่วนบุคคลเกี่ยวกับผู้บริจาคที่ไม่สามารถมองเห็นได้โดยประจักษ์ ในยูกันดา ซึ่งยอมรับการบริจาคที่ไม่ระบุชื่อ ร่างกฎหมายอนามัยการเจริญพันธุ์ ปี 2019 ให้การบันทึกลักษณะการระบุของผู้บริจาคในการลงทะเบียนสำหรับวัตถุประสงค์ของการแบ่งปันกับพ่อแม่เจ้าของเชื้อและไข่ไว้ แต่ไม่ครอบคลุมไปถึงกับข้อมูลนี้ สำหรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ยิ่งไปกว่านั้นในทางปฏิบัติดูเหมือนว่าหลายประเทศยังคงอนุญาตให้ผู้บริจาคไข่หรืออสุจิของมนุษย์โดยไม่ระบุชื่อ ซึ่งนำไปสู่ช่องว่างในการสร้างอัตลักษณ์ การไม่เปิดเผยตัวตนมีข้อยกเว้น เช่น ความต้องการทางการแพทย์ การไม่เปิดเผยตัวตนก็เท่าเทียมกันปฏิบัติในแคลิฟอร์เนียและในนิวยอร์กที่อนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ในทำนองเดียวกัน การรักษาความลับที่ไม่ระบุชื่อได้รับการสนับสนุนในการเตรียมการตั้งครรภ์แทน การรักษาความลับทางการแพทย์เฉพาะผู้บริจาคที่ไม่ระบุชื่อนั้นที่ได้รับอนุญาตให้จัดการเห็นแก่ผู้อื่น การบริจาคและการรับอสุจิหรือตัวอ่อนจะต้องดำเนินการตามหลักการของการไม่เปิดเผยตัวตนของผู้บริจาคและผู้รับอสุจิและตัวอ่อนของผู้บริจาคจะต้องเข้ารหัสไปยังตรวจสอบการรักษาความลับในขณะที่ต้องระบุลักษณะของผู้บริจาคโดยเฉพาะเชื้อชาติของพวกเขาอย่างชัดเจน

โดยหลักการทั่วไปนั้นจะนำไปสู่การปรับเปลี่ยนอัตลักษณ์ของเด็กตั้งแต่แรกเกิดควรอยู่ภายใต้การประเมินและการพิจารณาผลประโยชน์ที่ดีที่สุด เมื่อพิจารณาถึงการปรับเปลี่ยนอัตลักษณ์ของเด็กตั้งแต่แรกเกิดประโยชน์สูงสุดของเด็กที่เกิดควรเป็นการพิจารณาที่สำคัญยิ่ง เป็นสิ่งสำคัญสำหรับการหลีกเลี่ยงการตัดสินใจโดยพลการ ซึ่งบุคคลที่ขาดความสามารถเพื่อให้แน่ใจว่าสิทธิเต็มรูปแบบของเด็กได้รับการคุ้มครอง สิทธิของเด็กที่จะได้รับการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดเป็นหลักเป็นแหล่งคำแนะนำที่ยอดเยี่ยมในบริบทนี้ บางประเทศที่อนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนมีกฎหมายเฉพาะสำหรับการปรับเปลี่ยนอัตลักษณ์ของเด็กในการเตรียมการตั้งครรภ์แทน

การจัดการการตั้งครรภ์แทนควรเกี่ยวข้องกับแม่อุ้มบุญที่ให้ข้อมูลระบุตัวตนที่ได้รับ การยืนยันและถูกต้องเกี่ยวกับตนเอง ข้อมูลระบุตัวตนของแม่อุ้มบุญอาจถูกส่งไปเพื่อบันทึก เกี่ยวกับการให้กำเนิดเงื่อนไขดังกล่าวมีความสำคัญต่อการสร้างความมั่นใจว่ามีข้อมูลที่ครอบคลุม เกี่ยวกับต้นกำเนิดทางชีวภาพและการตั้งครรภ์ในประเทศ เช่น ออสเตรเลีย ไทย และสหราชอาณาจักรที่อนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทน มีข้อกำหนดในการลงทะเบียนรายละเอียดของแม่อุ้มบุญ ตัวอย่าง เช่น ในรัฐนิวเซาท์เวลส์ ออสเตรเลีย กฎหมายกำหนดให้ผู้ให้บริการบันทึกข้อมูล ชื่อ-นามสกุล ที่อยู่อาศัย และวันเดือนปีเกิดของหญิงที่เป็นแม่อุ้มบุญ และข้อมูลอื่นใดที่ต้องได้รับ ตามกฎหมาย แต่ในประเทศไทยรายละเอียดของแม่อุ้มบุญจะต้องบันทึกไว้ในบันทึกของ โรงพยาบาลและสถานพยาบาลที่ดำเนินการตั้งครรภ์แทนเป็นเวลา 20 ปี เท่านั้นและไม่ได้อยู่ใน บันทึกการเกิดหรือสูติบัตรของเด็กอาจเป็นเพราะข้อเท็จจริงบิดามารดาทางพันธุกรรมไว้ถือเป็น บิดามารดาตามกฎหมายตั้งแต่แรกเกิด

นอกจากนี้ การรู้ว่าคุณเป็นใครและมาจากไหนเป็นข้อพิจารณาพื้นฐานอัตถิภาวนิยมที่มี รากฐานมาจากตัวตนของคน ๆ หนึ่ง การขาดหรือสูญเสียอัตลักษณ์ของคน ๆ หนึ่ง อาจส่งผล กระทบอย่างรุนแรงต่อความรู้สึกของความรู้ในตนเอง ความเป็นอยู่ และความเป็นเจ้าของในเรื่อง การตั้งครรภ์แทนโดยเฉพาะอย่างยิ่งเนื่องจากผู้มีส่วนร่วมหลายคนต่ออัตลักษณ์ของเด็กเป็นสิ่ง สำคัญสูงสุดที่องค์ประกอบทั้งหมดจะถูกเก็บรักษาไว้ก่อนและหลังเกิด

มาตรฐานสากลเป็นที่ชัดเจนว่ารัฐมีภาระผูกพันในการบันทึกตัวตนของเด็กทุกคน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในแง่ของการจดทะเบียนเกิด สัญชาติ ชื่อ และความสัมพันธ์ในครอบครัวและ เพื่อสร้างอัตลักษณ์นั้นใหม่อย่างรวดเร็วเมื่อองค์ประกอบหายไปหรือได้รับการแก้ไขอย่างผิด กฎหมาย (มาตรา 7-8 อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิเด็ก) ไม่เพียงแต่สิทธิในอัตลักษณ์ของเด็ก จะเป็นสิทธิแบบสแตนด์อโลนแต่ยังเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับการตระหนักถึงสิทธิอื่นๆ เช่น พัฒนาการของเด็ก (ข้อ 6) ทำให้ครอบครัวอยู่ด้วยกัน (มาตรา 9) อำนาจความสะดวกในการติดต่อ กับครอบครัวทั่วประเทศ (มาตรา 10) และความต่อเนื่องในภูมิหลังทางชาติพันธุ์ ศาสนา วัฒนธรรม และภาษาศาสตร์ของเด็ก (มาตรา 20) เพื่อให้เป็นไปตามมาตรฐานเหล่านี้ข้อมูลประจำตัวทั้งหมด จะต้องได้รับการเก็บรักษาไว้ในลักษณะที่เป็นจริงและโปร่งใสรวมถึงในการเตรียมการตั้งครรภ์ แทน ผู้รายงานพิเศษของสหประชาชาติว่าด้วยการขายและการแสวงหาประโยชน์ทางเพศจากเด็ก แม้ว่าการตั้งครรภ์แทนจะเปลี่ยนองค์ประกอบของอัตลักษณ์โดยการทำลายความเชื่อมโยงระหว่าง พันธุกรรมการตั้งครรภ์และความเป็นพ่อแม่ทางสังคมสิทธิขั้นพื้นฐานของเด็กยังคงเป็นเดียวกัน

จากมุมมองของเด็กพันธุศาสตร์การตั้งครรภ์และการใช้ความรับผิดชอบของผู้ปกครองล้วนเป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบที่เป็นส่วนประกอบของอัตลักษณ์

ดังนั้น เด็กควรมีสถานะที่จะรู้และได้รับการดูแลจากบิดามารดาของตนเท่าที่เป็นไปได้ ประการแรกเกี่ยวกับสิทธิในการดูแล โดยพ่อแม่ การตั้งครรภ์แทนทำให้เกิดคำถามได้ เนื่องจากผู้หญิงที่ให้กำเนิดเด็กก็มักจะไม่ใช่คนที่เลี้ยงดูเขา ดังนั้น จึงอาจตีความได้ว่าเป็นสิทธิที่จะได้รับการดูแลโดยพันธุกรรม ครอบครัวควรตีความในความหมายกว้าง ๆ เพื่อรวมถึงพ่อแม่เจ้าของเชื้อและไข่ เกี่ยวกับสิทธิในการรู้จักพ่อแม่ และเด็กควรรู้หรือไม่เกี่ยวกับลักษณะการเกิดของพวกเขา เช่นเดียวกับตัวตนของแม่อุ้มบุญ เนื่องจากการตั้งครรภ์แทนอาจเกี่ยวข้องกับการใช้ IVF อาจเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ว่า สิทธิในการรู้ต้นกำเนิดทางพันธุกรรมของคน ๆ หนึ่ง ก็มีความสำคัญเช่นกัน ในแง่ของการปกป้องสิทธิในตัวตน ดังนั้น กฎหมายของประเทศควรระบุให้แน่ใจว่า เด็กเมื่อถึงในวัยที่เหมาะสมมีสิทธิเข้าถึงตัวตนของแม่อุ้มบุญและหรือพ่อแม่ผู้ให้กำเนิด

แนวทางนี้คล้ายกับของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (ECtHR) ศาลระบุว่าสิทธิในตัวตนซึ่งรวมถึงสิทธิในการรู้จักความเป็นบิดามารดาเป็นส่วนสำคัญของแนวคิดเรื่องชีวิตส่วนตัว ได้รับการคุ้มครองภายใต้มาตรา 8 ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 ศาลเห็นว่าประชาชนได้รับการคุ้มครองโดยอนุสัญญาในการรับข้อมูลที่เป็นจริงในการเปิดเผยความจริงเกี่ยวกับแม่ผู้ให้กำเนิดที่สำคัญของอัตลักษณ์ส่วนบุคคลของพวกเขา ใน *Odièvre v. France* ก็เห็นว่า เด็กเกิดเป็นส่วนหนึ่งของชีวิตส่วนตัวของเด็กและต่อมาเป็นผู้ใหญ่ที่ได้รับการคุ้มครองโดยมาตรา 8 ของอนุสัญญา เป็นที่ชัดเจนว่ามีการรับรู้ถึงความสำคัญของการบอกเด็ก ๆ เกี่ยวกับต้นกำเนิดของพวกเขาตั้งแต่อายุยังน้อย เพื่อให้แน่ใจว่า พวกเขาพัฒนาความรู้สึกแบบสมบูรณ์แบบมีการศึกษาบ้างซึ่งว่า การไม่เปิดเผยอาจนำไปสู่ความเสียหายทางจิตใจและความนับถือตนเองต่ำ และประเด็นที่เกี่ยวข้องกับความไว้วางใจ ในกรณีนี้ถือได้ว่ามาตรา 8 ของอนุสัญญายุโรปรวมถึงสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับพ่อแม่ผู้ให้กำเนิด ในบริบทของความคิดของผู้บริจาคซึ่งนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายการจัดการไม่เปิดเผยตัวตนของผู้บริจาค แนวโน้มทั่วไปที่สนับสนุนการเปิดกว้างยังสะท้อนให้เห็นในกฎหมายอังกฤษที่เกี่ยวข้องกับการทดสอบความเป็นบิดา ซึ่งเน้นการจัดลำดับความสำคัญสิทธิของเด็กที่จะรู้ต้นกำเนิดทางพันธุกรรมของพวกเขา

กฎหมายอังกฤษคุ้มครองสิทธิเด็กภายใต้มาตรา 7(1) ของ CRC ในการตั้งครรภ์แทน การเตรียมการในเรื่องนี้ บุคคลมีสิทธิตามกฎหมายที่จะได้รับสูติบัตรต้นฉบับของเด็ก เมื่ออายุ 18 ปี แม่ผู้มีบุญจะมีชื่ออยู่ในสูติบัตร ดังนั้น บุคคลที่เป็นเกิดผ่านการตั้งครรภ์แทน สามารถเข้าถึงข้อมูล เกี่ยวกับตัวตนของแม่ผู้มีบุญของพวกเขา หากมีการใช้ Gametes ผู้บริจาคบุคคลดังกล่าวจะสามารถ เข้าถึงข้อมูลที่ไม่ระบุตัวตนเกี่ยวกับผู้บริจาคของพวกเขา เมื่ออายุ 16 ปี จะเห็นได้ว่าแนวทางหนึ่ง ที่สามารถทำได้ คือ การระบุข้อมูลในสูติบัตร

การตั้งครรภ์แทนอย่างชัดเจน (เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศส) อาจอยู่ในสถานการณ์ที่พวกเขา ต้องขอรับการฟ้องร้องทางกฎหมายโดยไม่ต้องมีข้อมูลต้นกำเนิดใด ๆ สหภาพยุโรปเปิดตัว ความคิดริเริ่มเพื่ออำนวยความสะดวกในการขอรับการเป็นบิดามารดาตามกฎหมายภายในประเทศ สมาชิกในปี 2021 แม้ว่าจะยังไม่ชัดเจนว่าจะมีมาตรการป้องกันขั้นต่ำอะไรบ้างเพื่อปกป้องสิทธิ ของเด็ก ซึ่งควบคู่ไปกับการทำงานของ HCCH ซึ่งในบันทึกการบรรยายสรุปของยูนิเซฟ และการคุ้มครองอัตลักษณ์เด็กตระหนักถึงความท้าทายเฉพาะที่ประเทศต้องห้ามต้องเผชิญโดยระบุว่า แม้ว่าจะดีที่สุดผลประโยชน์ของเด็กที่จะมีการเลี้ยงดูตามกฎหมายโดยเร็วที่สุดหลังคลอด ความสมบูรณ์ของการเป็นบิดามารดาตามกฎหมายของเด็กในการตั้งครรภ์แทนจะต้องป้องกันผ่าน มาตรฐานขั้นต่ำ ตัวอย่างเช่น การป้องกันการตั้งครรภ์แทนการกำหนดผลประโยชน์ที่ดีที่สุด (BID) ความยินยอมของทุกฝ่ายในข้อตกลงและปกป้องสิทธิของเด็กในการเข้าถึงต้นกำเนิดของพวกเขา

การพิจารณาการจดทะเบียนการเกิดก็ได้รับการพิจารณาโดย ECtHR เช่นเดียวกัน กรณีของ Labasséev. สาธารณรัฐฝรั่งเศส พิจารณาปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างพ่อแม่และลูกตามกฎหมาย ของเด็กที่เกิดผ่านการตั้งครรภ์แทนในสหรัฐอเมริกา ในกรณีนี้ ศาลเห็นว่าเนื่องจากฝ่าฝืนมี ความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับพ่อแม่คนหนึ่งของพวกเขา การปฏิเสธของเจ้าหน้าที่ออกสูติบัตร ของฝรั่งเศสส่งผลกระทบต่อสิทธิในการระบุตัวตนตามกฎหมายและการยอมรับอย่างเป็นทางการ เกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาตามกฎหมาย (เช่น การยอมรับความสัมพันธ์ในครอบครัว)

รัฐวิกตอเรียในออสเตรเลียให้แนวปฏิบัติที่มีแนวโน้มในการปรับปรุงการเข้าถึงข้อมูลทาง ชีวิตและการตั้งครรภ์หน่วยงานรักษาระบบสืบพันธุ์แบบวิกตอเรีย ได้รับการจัดตั้งขึ้นเพื่อ สนับสนุนผู้บริจาคที่ตั้งครรภ์ให้เข้าถึงทะเบียนกลางสำหรับข้อมูลระบุตัวตน (ชื่อ วัน เดือน ปีเกิด รหัสผู้บริจาค และรายละเอียดการติดต่อ) และ/หรือข้อมูลที่ไม่ระบุตัวตน (ข้อมูลทั่วไปเพิ่มเติม เช่น ส่วนสูง สีตา อาชีพ เป็นต้น) เกี่ยวกับผู้บริจาคV ผู้บุญ A ได้สนับสนุนเด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์

แทนโดยการจัดหาข้อมูลเกี่ยวกับแม่ผู้บุญและผู้ให้บริการไข่หรืออสุจิของมนุษย์ในขณะที่บริการประเภทนี้กำลังพัฒนาจำเป็นต้องมีงานจำนวนมากเพื่อให้แน่ใจว่า พวกเขาได้รับทุนจากรัฐอย่างเหมาะสม เครือข่ายปฏิสนธิผู้บริจาค (DCN) ที่จัดตั้งขึ้นในสหราชอาณาจักรเป็นอีกหนึ่งแนวปฏิบัติที่มีแนวโน้มที่ส่งเสริมการเปิดกว้างและความโปร่งใสในการรู้จักตนเองต้นกำเนิดผ่านการประชุมเชิงปฏิบัติการและทรัพยากรต่าง ๆ

ดังนั้น สิทธิในตัวตนของเด็กที่จะทราบภูมิหลังของตนเองนั้น มีความสำคัญอย่างยิ่งในฐานะสิทธิขั้นพื้นฐานด้านจิตสังคมและการแพทย์ตลอดชีวิต เมื่อข้อมูลพื้นฐานหายไปและ/หรือปลอมแปลงการมีความสำคัญเท่าเทียม เห็นได้ชัดว่า จำเป็นต้องมีการทำงานจำนวนมากเพื่อปรับกฎหมาย นโยบายและการปฏิบัติให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากลเพื่อรักษาต้นกำเนิดทางพันธุกรรม การตั้งครรภ์ สังคม และกฎหมายของเด็ก การขาดการปฏิบัติตามข้อกำหนดได้ ซึ่งอาจนำไปสู่ความเสียหายอย่างมากที่จะทำให้เด็กคนหนึ่งมีองค์ประกอบที่ขาดหายไปและ/หรือปลอมแปลงของพวกเขา เด็กอัตลักษณ์ รัฐมีความจำเป็นเร่งด่วนในการแก้ไข

ดังนั้น เด็กควรมีสสิทธิตั้งแต่แรกและได้รับการดูแลจากบิดามารดาของตนเมื่อถึงเวลาที่เหมาะสม ประการแรกเกี่ยวกับสิทธิในการดูแลโดยพ่อแม่ การตั้งครรภ์แทนทำให้เกิดคำถามที่น่าสนใจเนื่องจากผู้หญิงที่ให้กำเนิดเด็กก็มักจะไม่ใช่คนที่เลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ดังนั้นจึงอาจตีความได้ว่าเป็นสิทธิที่จะได้รับการดูแลโดยพันธุกรรมจากพ่อแม่

สิทธิของเด็กที่จะรู้ต้นกำเนิดทางพันธุกรรมของพวกเขาจะต้องถูกตีความให้สอดคล้องกับผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก การกำหนดให้มีการเปิดเผยข้อมูลของแม่ผู้บุญดังกล่าวหรือวางไว้ในสูติบัตรของเด็กถือเป็นเรื่องที่สำคัญต่อตัวเด็กเป็นอย่างยิ่งไม่เพียงแต่เรื่องสิทธิของเด็กที่ควรจะได้รับรู้ที่มาของตน แต่ยังรวมไปถึงเรื่องของปัญหาสุขภาพที่อาจเกิดจากโรคทางพันธุกรรมอีกด้วย

4.3 บทบาทของศาลในการอนุมัติสัญญาตั้งครรภ์แทน

ประเทศไทยควรบัญญัติกฎหมายให้ศาลสามารถเข้ามาตรวจสอบสัญญารับผู้บุญก่อนที่จะมีการดำเนินการผู้บุญเกิดขึ้น หากศาลมีอำนาจในการตรวจสอบและอนุมัติข้อตกลงสำหรับการตั้งครรภ์ของแม่ผู้บุญก่อนที่จะดำเนินการตามกระบวนการมันจะทำหน้าที่เป็นกลไกที่มีค่าเพื่อความปลอดภัยและความถูกต้องตามกฎหมายของข้อตกลงดังกล่าว การกำกับดูแลที่เข้มงวดนี้

สร้างความรู้สึกรู้วางใจและความเชื่อมั่นในข้อตกลงซึ่งเป็นประโยชน์ต่อทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องในประเทศไทยการใช้ระบบที่คล้ายกันซึ่งศาลมีบทบาทในการอนุมัติสัญญาการตั้งครรภ์ของแม่อุ้มบุญอาจนำไปสู่กระบวนการที่มีประสิทธิภาพและประสิทธิผลมากขึ้น การให้ศาลตรวจสอบและตรวจสอบข้อกำหนดและเงื่อนไขของข้อตกลงความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นข้อพิพาทและความคลุมเครือสามารถแก้ไขได้ล่วงหน้าเพื่อลดภาวะแทรกซ้อนที่อาจเกิดขึ้นตลอดกระบวนการ นอกจากนี้ การตรวจสอบข้อเท็จจริงในระดับนี้จะส่งเสริมการพิจารณาด้านจริยธรรม ปกป้องสิทธิของแม่อุ้มบุญบิดามารดาที่ตั้งใจไว้ และเด็ก และเสริมสร้างความสมบูรณ์โดยรวมของการปฏิบัติการตั้งครรภ์ของทารกในครรภ์ในประเทศไทย

การใช้ระบบที่ศาลอนุมัติสัญญาการตั้งครรภ์ของแม่อุ้มบุญในประเทศไทยจะนำผลประโยชน์ที่เป็นรูปธรรมหลายประการ ประการแรก เพื่อกำหนดกรอบกฎหมายที่ชัดเจนสำหรับการจัดการโดยไม่ก่อให้เกิดความคลุมเครือหรือความไม่แน่นอน สิ่งนี้จะให้ความมั่นใจแก่ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องรวมถึงผู้ปกครองตัวแทนและผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์เนื่องจากบุคคลเหล่านี้จะต้องมีสัญญาที่มีผลผูกพันทางกฎหมายซึ่งระบุถึงสิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง

นอกจากนี้ การอนุมัติของศาลจะช่วยปกป้องสิทธิและความเป็นอยู่ที่ดีของแม่อุ้มบุญ ศาลสามารถรับรองได้ว่าข้อตกลงนี้รวมถึงข้อกำหนดสำหรับสุขภาพร่างกายและจิตใจของเธอ ค่าตอบแทนที่เพียงพอและการเข้าถึงการรักษาพยาบาลที่ครอบคลุมตลอดการตั้งครรภ์ การมีส่วนร่วมของศาลจะให้ความคุ้มครองเพิ่มเติมอีกชั้นหนึ่งจากการแสวงหาผลประโยชน์ที่อาจเกิดขึ้นหรือการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมของตัวแทนทำให้เกิดความสบายใจในระหว่างกระบวนการทั้งหมด

อีกทั้งการอนุมัติของศาลจะช่วยลดความเสี่ยงของข้อพิพาททางกฎหมายที่อาจเกิดขึ้นในระหว่างหรือภายหลังการตั้งครรภ์ โดยการตรวจสอบและอนุมัติสัญญาอย่างรอบคอบ ศาลสามารถระบุปัญหาที่อาจเกิดขึ้น เช่น ผู้ปกครองที่ไม่ชัดเจนหรือเงื่อนไขการดูแลและตรวจสอบให้แน่ใจว่าสิ่งเหล่านี้ได้รับการแก้ไขอย่างเพียงพอล่วงหน้า วิธีการเชิงรุกนี้จะช่วยป้องกันการต่อสู้ทางกฎหมายที่ยาวนานและมีค่าใช้จ่ายสูง ซึ่งเป็นประโยชน์ต่อทั้งผู้ปกครองและตัวแทนที่ตั้งใจไว้

โดยรวมแล้วการใช้แนวทางเดียวกันกับการมีส่วนร่วมของศาลสหรัฐ ฯ ในการอนุมัติสัญญาการตั้งครรภ์ของแม่อุ้มบุญ ประเทศไทยสามารถมั่นใจได้ว่า กระบวนการที่มีประสิทธิภาพและประสิทธิผลมากขึ้น เพื่อตอกย้ำความมุ่งมั่นในการปกป้องสิทธิของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องและเพื่อ

ความสะดวกในการยอมรับสิทธิของบิดามารดาในระดับสากล และเพื่อการลดข้อพิพาททางกฎหมายที่อาจเกิดขึ้น

ในสหรัฐอเมริกากฎหมายและข้อบังคับเกี่ยวกับข้อตกลงแม่ผู้บุญแตกต่างกันไปในแต่ละรัฐ บางรัฐมีการกระทำกฎหมาย หรือข้อบังคับเฉพาะ เพื่อควบคุมการอนุมัติ และการบังคับใช้ข้อตกลงดังกล่าว ตัวอย่างเช่น ในแคลิฟอร์เนีย ประมวลกฎหมายครอบครัวมาตรา 7960-7962 ให้กรอบกฎหมายสำหรับข้อตกลงแม่ผู้บุญ ภายใต้รหัสนี้ แม่เจ้าของเชื้อและแม่ผู้บุญจะต้องทำข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรที่ครอบคลุมด้านต่าง ๆ รวมถึงสิทธิและหน้าที่ของแต่ละฝ่าย และการเตรียมการชดเชยข้อตกลงจะต้องได้รับการตรวจสอบและอนุมัติโดยศาลก่อนที่แม่ผู้บุญจะตั้งครรภ์ศาลพิจารณาสวัสดิภาพและประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นข้อกังวลหลักเมื่ออนุมัติข้อตกลง

ในทำนองเดียวกันในรัฐอิลลินอยส์พระราชบัญญัติการตั้งครรภ์แทนให้กรอบกฎหมายที่ครอบคลุมสำหรับข้อตกลงแม่ผู้บุญ พระราชบัญญัติกำหนดข้อกำหนดและขั้นตอนเฉพาะสำหรับการทำสัญญาดังกล่าว มันกำหนดให้แม่ผู้บุญและแม่เจ้าของเชื้อจะต้องได้รับการประเมินทางการแพทย์และจิตใจและพวกเขาจะต้องมีตัวแทนทางกฎหมายแยกต่างหาก การกระทำดังกล่าวยังต้องได้รับการอนุมัติจากศาลก่อนจึงจะสามารถดำเนินการทางการแพทย์ได้ ศาลตรวจสอบเงื่อนไขของข้อตกลงและตรวจสอบว่าคู่สัญญาได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดทางกฎหมายทั้งหมดแล้ว นอกจากนี้ ยังตรวจสอบให้แน่ใจว่าแม่ผู้บุญได้ยินยอมโดยสมัครใจต่อข้อตกลงและสอดคล้องกับนโยบายสาธารณะ

ในรัฐแมสซาชูเซตส์พระราชบัญญัติผู้ปกครองควบคุมข้อตกลงแม่ผู้บุญ พระราชบัญญัตินี้กำหนดให้แม่เจ้าของเชื้อและแม่ผู้บุญต้องทำสัญญาที่ครอบคลุมซึ่งกล่าวถึงแง่มุมต่าง ๆ ของข้อตกลง รวมถึงสิทธิของผู้ปกครองและการพิจารณาทางการเงิน สัญญาจะต้องได้รับการตรวจสอบและอนุมัติจากศาลก่อนที่แม่ผู้บุญจะตั้งครรภ์ ศาลจะตรวจสอบสัญญาเพื่อให้แน่ใจว่าสัญญาจะคุ้มครองผลประโยชน์และสิทธิของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลประโยชน์ที่ดีที่สุดของเด็ก ศาลยังรับรองว่าผู้ขนส่งตั้งครรภ์เข้าใจข้อตกลงอย่างถ่องแท้และได้ให้ความยินยอมอย่างแข็ง

นอกจากนี้ รัฐต่าง ๆ เช่น เนวาดา คอนเนตทิคัต และโอเรกอน ยังได้ออกกฎหมายหรือมีคำตัดสินของศาลเฉพาะที่ให้กรอบกฎหมายสำหรับข้อตกลงแม่ผู้บุญ ในรัฐเหล่านี้โดยทั่วไปจะต้องได้รับการอนุมัติจากศาลก่อนที่แม่ผู้บุญจะเริ่มกระบวนการทางการแพทย์ ศาลจะตรวจสอบ

ข้อตกลงเพื่อตรวจสอบว่าเป็นไปตามกฎหมายที่บังคับใช้ปกป้องผลประโยชน์ของคู่กรณีและส่งเสริมประโยชน์สูงสุดของเด็ก

ในขณะที่บางรัฐมีการกระทำหรือกฎหมายเฉพาะ แต่บางรัฐก็อาศัยคำตัดสินของศาลหรือกฎหมายคดีเพื่อควบคุมข้อตกลงของแม่ผู้บุญ เป้าหมายของกฎหมายและข้อบังคับเหล่านี้คือเพื่อให้แน่ใจว่า ข้อตกลงมีลักษณะทางกฎหมายและบังคับใช้ได้ ในขณะที่ปกป้องสิทธิและผลประโยชน์ของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะสวัสดิภาพของเด็ก กรอบกฎหมายเหล่านี้ให้คำแนะนำและการกำกับดูแลกระบวนการขนส่งขณะตั้งครรภ์โดยกล่าวถึงประเด็นต่าง ๆ เช่น ความยินยอม ความเป็นพ่อแม่ การชดเชย กระบวนการทางการแพทย์ และบทบาทของศาลในการอนุมัติข้อตกลง กฎหมายเหล่านี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อปกป้องสิทธิและผลประโยชน์ของทุกฝ่ายและส่งเสริมการปฏิบัติทางจริยธรรมของการตั้งครรภ์ของแม่ผู้บุญ

การอนุญาตให้ศาลอนุมัติสัญญาการตั้งครรภ์นั้น ข้อดีอย่างหนึ่งคือการมีส่วนร่วมของศาลมีกรอบกฎหมายและการกำกับดูแลเพื่อให้แน่ใจว่าทุกฝ่ายปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับที่เกี่ยวข้อง การอนุมัติของศาลทำให้สัญญามีผลสมบูรณ์และบังคับใช้ได้ ซึ่งจะช่วยปกป้องสิทธิและผลประโยชน์ของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้ การประเมินของศาลยังช่วยยืนยันว่าข้อตกลงสอดคล้องกับการพิจารณานโยบายสาธารณะและปกป้องประโยชน์สูงสุดของเด็ก อย่างไรก็ตาม การมีส่วนร่วมของศาลอาจจำกัด ความยืดหยุ่นและความเป็นอิสระของคู่สัญญาในการเจรจาและปรับแต่งเงื่อนไขของสัญญา การตีความของศาล และการแก้ไขข้อสัญญาที่อาจเกิดขึ้นอาจเปลี่ยนแปลงเจตนารมณ์เดิมของคู่กรณีได้

โดยสรุปการอนุมัติจากศาลของสัญญาตั้งครรภ์แทนมีขึ้นเพื่อการป้องกันและการกำกับดูแลทางกฎหมายที่จำเป็น ปกป้องสิทธิและผลประโยชน์ของฝ่ายต่าง ๆ เหล่านี้เป็นสิ่งสำคัญในการสร้างแนวทางที่ยุติธรรมและมีประสิทธิภาพในการอนุมัติสัญญาแม่ผู้บุญ

จะเห็นได้ว่าบทบาทของศาลในการอนุมัติสัญญาใด ๆ มีความสำคัญ เนื่องจากทำหน้าที่ปกป้องความถูกต้องตามกฎหมายการบังคับใช้และความเป็นธรรมโดยรวมของข้อตกลง เมื่อสัญญามาถึงศาลเพื่อขออนุมัติศาลจะรับผิดชอบในการตรวจสอบด้านต่าง ๆ เพื่อให้แน่ใจว่าทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องได้ทำสัญญาด้วยความเต็มใจโดยไม่มีการบีบบังคับ

ศาลสามารถที่จะวิเคราะห์คือการเกิดของสัญญา ตรวจสอบว่าสัญญาเป็นไปตามองค์ประกอบที่จำเป็นสำหรับความถูกต้องหรือไม่ เช่น ข้อเสนอและการยอมรับการพิจารณาและความตั้งใจที่จะสร้างความสัมพันธ์ทางกฎหมาย ศาลรับรองว่าสัญญาสะท้อนถึงการประชุมของจิตใจและทุกฝ่ายได้มีโอกาสเจรจาและทำความเข้าใจข้อกำหนดและเงื่อนไข นอกจากนี้ ศาลจะประเมินเงื่อนไขของสัญญาเพื่อพิจารณาความเป็นธรรมและความสมเหตุสมผล มันประเมินภาษาที่คลุมเครือหรือทำให้เข้าใจผิดที่อาจเกิดขึ้นและตรวจสอบบทบัญญัติที่ไม่สามารถตกลงกันได้หรือไม่มีผลบังคับใช้ ศาลยังตรวจสอบว่าสัญญาละเมิดการพิจารณานโยบายสาธารณะใด ๆ เช่น การส่งเสริมกิจกรรมที่ผิดกฎหมายหรือขัดต่อบรรทัดฐานทางสังคม

ศาลอาจประเมินความสามารถของคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องในการทำสัญญา การตรวจสอบนี้รวมถึงการประเมินความสามารถของคู่สัญญาในการทำความเข้าใจข้อกำหนดผลกระทบและผลที่ตามมาของสัญญาโดยเฉพาะอย่างยิ่งในสถานการณ์ที่บุคคลที่มีความเปราะบาง นอกจากนี้ ศาลยังพิจารณาบริบทและวัตถุประสงค์ของสัญญา ทำให้มั่นใจได้ว่าข้อตกลงนั้นสอดคล้องกับกฎหมายและข้อบังคับที่บังคับใช้โดยคำนึงถึงข้อกำหนดทางกฎหมายหรือพิธีการเฉพาะที่ต้องปฏิบัติตามเพื่อให้สัญญามีผลบังคับใช้ ศาลยังพิจารณาถึงผลกระทบทางสังคมที่กว้างขึ้นของสัญญาโดยตรวจสอบว่าเป็นไปตามมาตรฐานทางจริยธรรมและส่งเสริมความเป็นธรรมและความยุติธรรมหรือไม่

นอกจากนี้ ศาลอาจมีบทบาทในการแก้ไขข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายใต้สัญญา สามารถตีความข้อกำหนดของข้อตกลงกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาและให้การเยียวยาในกรณีที่มีการละเมิดหรือไม่ปฏิบัติตาม การมีส่วนร่วมของศาลในการอนุมัติสัญญาเป็นช่องทางสำหรับคู่สัญญาในการขอความช่วยเหลือทางกฎหมายในกรณีที่มีความขัดแย้งหรือละเมิดข้อกำหนดของสัญญา ในที่สุดบทบาทของศาลในการอนุมัติสัญญาเป็นสิ่งสำคัญในการรักษาหลักนิติธรรมและสร้างความมั่นใจในความสมบูรณ์ของความสัมพันธ์ตามสัญญา ด้วยการวิเคราะห์อย่างรอบคอบ ศาลจะช่วยปกป้องสิทธิและผลประโยชน์ของฝ่ายที่เกี่ยวข้อง สร้างสมดุลระหว่างผลประโยชน์ที่แข่งขันกันและเป็นเวทีสำหรับการแก้ไขข้อพิพาทตามสัญญา การอนุมัติให้ความชอบธรรมและการบังคับใช้สัญญาทำให้ทุกฝ่ายมั่นใจว่าสิทธิของทุกฝ่ายจะได้รับการเคารพและยึดถือ

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 เป็นกฎหมายที่ยังไม่มีกรณีพิพาทขึ้นสู่ศาลมากนักมีประเด็นที่น่าสนใจหลายประการด้วยกัน 1) การคุ้มครองสิทธิของเด็กที่เกิดขึ้นจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ กรณีการติดตามชีวิตเด็กหลังคลอด 2) สิทธิในการรู้ภูมิหลังของเด็กอุ้มบุญเมื่อถึงระยะเวลาที่เหมาะสม 3) เด็กอุ้มบุญที่ถูกทอดทิ้ง เป็นจุดประสงค์หลักของการตั้งครรภ์แทนที่คู่สมรสประสงค์จะมีบุตร และเมื่อมีบุตรย่อมต้องการเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย และยังคงต้องคำนึงถึงสิทธิของเด็กที่เกิดโดยอาศัยพระราชบัญญัตินี้ด้วย แต่ด้วยปัญหาที่แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศในเรื่องกฎหมายและสัญญาการตั้งครรภ์แทนที่บางประเทศ สัญญาที่ชอบด้วยกฎหมายบางประเทศก็ไม่มีสิทธิของหญิงที่รับตั้งครรภ์และเด็กในแต่ละประเทศก็แตกต่างกันจึงสรุปได้ดังนี้

1) ความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เรื่องการติดตามชีวิตเด็กหลังคลอดในสหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกาใช้หลักการที่แตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐในการตัดสินความเป็นบิดามารดาของเด็ก การบังคับใช้กฎหมายที่แตกต่างกันไปตามแต่ละมลรัฐ สิ่งที่เห็นได้ชัดเจนคือ ความขัดแย้งกันในการบังคับใช้กฎหมายของประชาชนที่อยู่ในประเทศเดียวกัน อันอาจเป็นช่องว่างทางกฎหมายประการหนึ่งที่ว่า หากมลรัฐหนึ่งห้ามยอมไปทำในมลรัฐที่ไม่ห้ามหรือมีความยุ่งยากน้อยกว่าได้ แต่ยังยึดหลักที่สำคัญประการหนึ่งคือ ความผาสุกของเด็กอันเป็นสิ่งสำคัญ ทั้งยังรวมไปถึงการส่งเจ้าหน้าที่ให้มีการติดตามชีวิตเด็กหลังจากคลอดเพื่อสังเกตสถานะแวดล้อมความเป็นอยู่ของเด็ก ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายในประเทศที่มีระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรจะมีความชัดเจนมากกว่า แต่กฎหมายระบบลายลักษณ์อักษรอาจทำให้การตีความ และการใช้บังคับกฎหมายค่อนข้างมีความยืดหยุ่นน้อยส่งผลให้สิทธิของเด็กถูกจำกัดในหลายกรณี

ซึ่งในขณะที่พิจารณาให้ถูกต้องตามกฎหมายของประเทศไทยควรจะมีการบัญญัติข้อยกเว้นเพิ่มเติมว่า หากในกรณีที่มีพฤติกรรมใด ๆ ที่บ่งชี้ให้เห็นว่าบิดาหรือมารดาซึ่งเป็นเจ้าของอสุจิหรือไข่ปฏิสนธิโดยชัดแจ้งในการไม่รับเด็กเป็นบุตร ให้ศาลใช้ดุลพินิจกำหนดสิทธิในความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายควรเป็นมารดาซึ่งเป็นผู้อุ้มบุญได้ในฐานะที่เป็นมารดาที่เป็นผู้อุ้มท้องมาเป็นเวลา 9 เดือน แต่อย่างไรก็ตาม การจะได้สิทธิดังกล่าว อาจต้องมีการกลั่นกรอง โดยคณะกรรมการหรืออาจต้องมีการยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อให้ได้สิทธิดังกล่าวเพื่อให้แน่ใจว่าสิทธิของเด็กจะได้รับการคุ้มครองอย่างเต็มที่และโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการใช้กระบวนการดังกล่าวในการบัญญัติลงไปในข้อกฎหมายที่มีอยู่ในประเทศไทยจะทำให้กฎหมายมีความยืดหยุ่นและสามารถนำมาใช้บังคับได้มีประสิทธิภาพมากขึ้น

2) เนื่องจากในช่วงไม่กี่ปีที่ผ่านมาการปฏิบัติของการตั้งครรภ์แม่อุ้มบุญได้รับความสนใจอย่างกว้างขวางและได้รับการยอมรับว่าเป็นตัวเลือกที่เป็นไปได้สำหรับคู่รักที่ต้องการมีบุตรและมีภาวะมีบุตรยาก อย่างไรก็ตาม ประเด็นสำคัญประการหนึ่งที่มียังคงเป็นประเด็นถกเถียงกันคือเด็กที่เกิดผ่านแม่อุ้มบุญมีสิทธิที่จะรู้เกี่ยวกับตัวตนของแม่อุ้มบุญหรือไม่ ปัญหานี้ก่อให้เกิดข้อพิจารณาทางกฎหมายและจริยธรรมที่สำคัญ ทำให้บางคนโต้แย้งการตรากฎหมายคล้ายกับกฎหมายไทยที่มีชื่อของแม่อุ้มบุญในสูติบัตรของเด็ก

ผู้สนับสนุนการรวมชื่อแม่อุ้มบุญไว้ในสูติบัตรยืนยันว่าเป็นสิ่งสำคัญสำหรับเด็กที่จะสามารถเข้าถึงประวัติส่วนตัวและภูมิหลังทางพันธุกรรมของตนเองได้ โดยการยอมรับและตระหนักถึงตัวตนในฐานะแม่ผู้ให้กำเนิดเด็กมีโอกาสนี้จะพัฒนาความรู้สึกที่สมบูรณ์ของตัวตนและเข้าใจต้นกำเนิดของพวกเขาอย่างเต็มที่ ข้อมูลนี้สามารถช่วยในการตอบคำถามเกี่ยวกับเชื้อสายทางชีวภาพความบกพร่องทางพันธุกรรมและแม้แต่ปัญหาสุขภาพที่อาจเกิดขึ้นในภายหลังในชีวิตโดยการกำหนดบทบาทนิติทางกฎหมายที่กำหนดให้ต้องรวมชื่อแม่อุ้มบุญไว้ในสูติบัตร กฎหมายไทยเน้นย้ำถึงความสำคัญของความโปร่งใสและความซื่อสัตย์ในบริบทของการตั้งครรภ์ วิธีการนี้เป็นแบบอย่างที่ดีส่งเสริมการเปิดเผยและรับรองว่าเด็กมีสิทธิที่จะรู้ต้นกำเนิดทางชีวภาพของพวกเขา นอกจากนี้ ยังสามารถส่งเสริมสังคมที่ครอบคลุมและยอมรับมากขึ้นซึ่งบุคคลที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์ของพาหะตั้งครรภ์จะไม่ถูกทิ้งไว้ในความมืดเกี่ยวกับเชื้อสายทางชีวภาพของพวกเขา

การรวมชื่อแม่อุ้มบุญในสูติบัตรยังมีความหมายในทางปฏิบัติในแง่ของสิทธิและความรับผิดชอบทางกฎหมาย มันให้การเชื่อมโยงที่ชัดเจนและเป็นเอกสารระหว่างเด็กและแม่อุ้มบุญ ซึ่งอาจมีความสำคัญในสถานการณ์ที่เกี่ยวข้องกับเหตุฉุกเฉินทางการแพทย์สิทธิในการรับมรดก หรือเรื่องทางกฎหมายอื่น ๆ การมีข้อมูลนี้พร้อมใช้งานจะทำให้เกิดภาวะแทรกซ้อนหรือข้อพิพาท ที่อาจเกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้นเพื่อให้มั่นใจว่าความเป็นอยู่และประโยชน์สูงสุดของเด็กจะได้รับการคุ้มครอง

อย่างไรก็ตาม สิ่งสำคัญคือต้องพิจารณาข้อเสียและข้อกังวลที่อาจเกิดขึ้นรวมถึงชื่อแม่อุ้มบุญในสูติบัตร ความกังวลด้านความเป็นส่วนตัวสำหรับทั้งตัวแทนและแม่เจ้าของเชื้อจะต้องนำมาพิจารณา บางคนแย้งว่า ตัวแทนอาจต้องการไม่เปิดเผยตัวตนด้วยเหตุผลส่วนตัวหรือความปลอดภัย เนื่องจากการเปิดเผยตัวตนของเธออาจนำไปสู่ผลกระทบที่ไม่ได้ตั้งใจ ในทางกลับกัน แม่เจ้าของเชื้ออาจมีความกังวลเกี่ยวกับตัวแทนที่พยายามยืนยันสิทธิของผู้ปกครองหรือแทรกแซงชีวิตของเด็ก ดังนั้น กฎหมายใด ๆ เกี่ยวกับการรวมชื่อแม่อุ้มบุญไว้ในสูติบัตรควรแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นเหล่านี้ และให้ความคุ้มครองสำหรับทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง

โดยสรุป ปัญหาที่ว่าควรรวมชื่อของแม่อุ้มบุญไว้ในสูติบัตรของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์ของแม่อุ้มบุญหรือไม่ ทำให้เกิดการอภิปรายที่สำคัญเกี่ยวกับสิทธิและความเป็นอยู่ที่ดีของเด็ก กฎหมายไทยเป็นตัวอย่างของกฎหมายที่ส่งเสริมความโปร่งใส การเปิดเผย และสิทธิของเด็ก ในการรู้ต้นกำเนิดทางชีวภาพของพวกเขา โดยการรวมชื่อของแม่อุ้มบุญในสูติบัตรเด็ก ๆ จะได้รับข้อมูลสำคัญเกี่ยวกับภูมิหลังทางพันธุกรรมและประวัติส่วนตัวของพวกเขา อย่างไรก็ตามต้องพิจารณาอย่างรอบคอบเพื่อจัดการกับข้อกังวลด้านความเป็นส่วนตัวที่อาจเกิดขึ้นและปกป้องสิทธิของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง การสร้างสมดุลระหว่างปัจจัยเหล่านี้เป็นสิ่งสำคัญเนื่องจากสังคมยังคงสำรวจภูมิทัศน์ที่ซับซ้อนของการตั้งครรภ์ของพาหะตั้งครรภ์และกรอบกฎหมายที่ควบคุมพวกเขา

ดังนั้นจากที่ได้กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า สมควรว่าให้มีชื่อของแม่อุ้มบุญไว้ในสูติบัตรของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน เพื่อสิทธิของเด็กในการรู้ต้นกำเนิดทางชีวภาพและเพื่อการทราบถึงข้อมูลสำคัญเกี่ยวกับภูมิหลังทางพันธุกรรมและประวัติส่วนตัว

3) การควบคุมการตั้งครรภ์แทนควรสะท้อนแนวคิดของเด็กในฐานะผู้ถืออิสระของสิทธิที่ครอบคลุม หลักที่กรอบกฎหมายปัจจุบันกล่าวถึงการคุ้มครองสิทธิเด็กมักมุ่งเน้นไปที่ขอบเขตที่กรอบปัจจุบันสะท้อนให้เห็นถึงการมุ่งเน้นไปที่สวัสดิการก่อนและหลังคลอดเด็ก กฎหมายประเทศอังกฤษมุ่งเน้นไปที่การประเมินพ่อแม่เจ้าของเชื้อและการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์เป็นหลัก ควรพัฒนากรอบการทำงานแบบองค์รวมและมีส่วนร่วมมากขึ้น ซึ่งกล่าวถึงไม่เพียงแต่วิธีการต่าง ๆ ที่สิทธิของเด็กอาจได้รับผลกระทบตลอดวัยเด็กของพวกเขาแต่ยังรวมถึงบทบาทของผู้ปกครองและรัฐในการรับประกันการคุ้มครองของเด็ก อีกทั้งยังมุ่งเน้นไปที่การประเมินสวัสดิภาพของเด็กทั้งก่อนและหลังคลอดและเกี่ยวกับการควบคุมการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ แม้ว่าสิ่งเหล่านี้จะเป็นสิ่งสำคัญในการปกป้องผลประโยชน์ของเด็กในการตั้งครรภ์แทน แต่ก็สามารถพัฒนามาตรการเพิ่มเติมเพื่อสะท้อนกรอบตามสิทธิของเด็กได้มากขึ้นและควรดำเนินการเกี่ยวกับผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นของการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ต่อความเป็นอยู่ที่ดีทางจิตใจของเด็ก

รัฐจะต้องใช้มาตรการระดับชาติที่เหมาะสมทั้งหมดเพื่อป้องกันการลักพาตัว การขายหรือการเจรจาเกี่ยวกับเด็กเพื่อวัตถุประสงค์ใด ๆ อย่างไรก็ตาม ข้อเสนอนี้เสนอแนะสองประการสำหรับการปฏิรูปอาจเป็นประโยชน์ในการลดผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ต่อเด็ก

ประการแรกเพื่อประโยชน์สำหรับการป้องกันเชิงพาณิชย์เกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนที่จะต้องได้รับการอนุมัติโดยศาลและคณะกรรมการอนุมัติก่อนที่จะทำการตั้งครรภ์แทน กระบวนการนี้อยู่ภายใต้การดูแลของคณะกรรมการดังกล่าว และเกี่ยวข้องกับการสัมภาษณ์เพื่อวิเคราะห์ว่าทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนนั้นมีความพร้อมมากน้อยเพียงใด หากศาลมีคำสั่งอนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนได้และต้องมีการประเมินทางจิตวิทยาของทุกฝ่ายเพื่อให้มั่นใจว่าแม่ผู้บุญจะให้ความยินยอมเมื่อคลอดเด็ก รวมทั้งเป็นการตรวจสอบเพื่อให้แน่ใจว่าพ่อแม่ที่ต้องการมีบุตรมีความพร้อมที่จะดูแลเด็กในอนาคตได้

ประการที่สอง การชำระเงินอันเกี่ยวกับการตั้งครรภ์ให้กับแม่ผู้บุญนั้นสามารถทำได้ผ่านหน่วยงานที่เป็นตัวกลางเพื่อหลีกเลี่ยงในบางกรณีที่พ่อแม่อาจปฏิเสธที่จะจ่ายเงินให้แม่ผู้บุญเพื่อพยายามควบคุมพฤติกรรมของหญิงในระหว่างตั้งครรภ์ การกำกับดูแลที่เหมาะสมของการชำระเงินในการตั้งครรภ์ ทั้งนี้เพื่อพยายามให้แน่ใจว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้ยินยอมอย่างแท้จริงและการตัดสินใจอย่างรอบด้าน นอกจากนี้ ยังอาจเป็นพัฒนาการเชิงบวกสำหรับเด็ก หากการปฏิบัตินั้นถูกมองว่าได้รับอนุญาตตามกฎหมายโปร่งใสและเป็นธรรมต่อทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง

รวมถึงปัญหาเรื่องความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น ถือเป็นเรื่องที่สำคัญต่อเด็ก ซึ่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 30 เพื่อให้เกิดความโปร่งใสและเพื่อคุ้มครองสิทธิของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นควรเป็นของแม่ผู้ให้กำเนิดเด็กนั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เนื่องจากการจัดตั้งหรือโอนสิทธิความเป็นบิดามารดาตามกฎหมายไม่สามารถเชื่อมโยงกับคำตอบแทนหรือข้อพิจารณาอื่น ๆ ความแน่นอนในการเลี้ยงดูก่อนที่เด็กจะเกิด รวมถึงกรณีที่เกิดเหตุอื่นอันเหนือความคาดหมายในการจัดการตั้งครรภ์แทน เหตุการณ์ดังกล่าวอาจรวมถึงสิ่งที่เกี่ยวข้องกับความไม่แน่นอนที่เกิดจากสถานการณ์ฉุกเฉินและ/หรือการเปลี่ยนแปลงในสถานการณ์หรือความปรารถนาของคู่สัญญาการตั้งครรภ์แทน

5.2 ข้อเสนอแนะ

ด้วยบริบทของประเทศไทยที่เป็นเมืองพุทธศาสนา การตั้งครรภ์แทนจึงยังเป็นที่ถกเถียงกันว่าเป็นเรื่องที่ขัดต่อศีลธรรมหรือไม่ แต่ด้วยความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีและความต้องการที่จะรักษาภาวะการมีบุตรยากจึงมีข้อเสนอแนะเกี่ยวกับพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 กฎหมายไทยควรแก้ไขให้มีการคุ้มครองสิทธิของเด็กที่เกิดจากการอุ้มบุญให้เพิ่มมากขึ้น ทั้งนี้เนื่องจากการตั้งครรภ์แทนได้รับความสนใจอย่างมากในช่วงไม่กี่ปีที่ผ่านมา เนื่องจากความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ยังคงให้ทางเลือกในการสร้างครอบครัว แม้ว่าการจัดการการตั้งครรภ์แทนจะได้รับความนิยมเพิ่มขึ้น แต่สิ่งสำคัญคือต้องแน่ใจว่า สวัสดิภาพและการคุ้มครองเด็กที่เกี่ยวข้องได้รับการปกป้องอย่างเพียงพอ ควรออกกฎหมายไทยเพื่อสร้างกรอบกฎหมายที่ครอบคลุม ซึ่งให้ความสำคัญกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์ของพาหะตั้งครรภ์ การคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์ของแม่อุ้มบุญจะต้องขยายออกไปเกินช่วงเวลาของการคลอด เด็กเหล่านี้อาจเผชิญกับความท้าทายทางกฎหมายที่ไม่เหมือนใครและช่องโหว่ที่อาจเกิดขึ้นซึ่งต้องการความสนใจเป็นพิเศษ การคุ้มครองทางกฎหมายควรครอบคลุมหลายด้านรวมถึงการรักษาความปลอดภัยในสิทธิในตัวตนทางกฎหมาย การเป็นพลเมืองมรดกและการเข้าถึงข้อมูลทางการแพทย์ ด้วยการออกกฎหมายที่รอบคอบ ประเทศไทยสามารถมั่นใจได้ว่าเด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์ของแม่อุ้มบุญจะไม่ถูกทิ้งไว้ในบริเวณขอบตามกฎหมายและได้รับการยอมรับทางกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันเช่นเดียวกับเด็กคนอื่น ๆ

การใช้การคุ้มครองทางกฎหมายที่มีประสิทธิภาพสำหรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์ของแม่
 อุ้มบุญจะไม่เพียง แต่ให้สิทธิที่จำเป็นแก่เด็ก แต่ยังช่วยลดข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต กฎหมาย
 ที่ชัดเจนและครอบคลุมสามารถกำหนดแนวทางสำหรับสิทธิและความรับผิดชอบของทุกฝ่าย
 ที่เกี่ยวข้องรวมถึงแม่อุ้มบุญผู้ปกครองที่ตั้งใจไว้และเด็ก ซึ่งรวมถึงการแก้ไขปัญหาที่เกี่ยวข้องกับ
 การดูแลการเยี่ยมชมและการสนับสนุนทางการเงินซึ่งเป็นรากฐานทางกฎหมายที่มั่นคง ซึ่งช่วยลด
 โอกาสในการเกิดความขัดแย้งการตรากฎหมายเหล่านี้ ทำให้ประเทศไทยสามารถแสดงให้เห็นถึง
 ความมุ่งมั่นในการดูแลรักษาผลประโยชน์ที่ดีที่สุดของเด็กและทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องเข้าใจถึงภาระ
 ผูกพันทางกฎหมาย

การใช้กฎระเบียบทางกฎหมายที่เข้มงวดทำให้ประเทศไทยสามารถมีส่วนร่วมในความ
 เป็นอยู่ที่ดีโดยรวมของเด็กเหล่านี้และให้ความคุ้มครองทางกฎหมายที่จำเป็นและการป้องกันที่พวก
 เขาสมควรได้รับ

นอกจากนี้ การออกบทบัญญัติทางกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการตั้งครรภ์ยังสามารถให้
 การป้องกันการแสวงหาประโยชน์หรือการบีบบังคับที่อาจเกิดขึ้น กรอบกฎหมายที่แข็งแกร่ง
 สามารถสร้างกระบวนการคัดกรองและประเมินผลที่เข้มงวดสำหรับทั้งผู้ปกครองที่ตั้งใจและแม่
 ตั้งครรภ์แทน การประเมินทางการแพทย์ และข้อตกลงที่ครอบคลุมซึ่งรับรองความยินยอมและ
 ความเข้าใจของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง ด้วยการจัดลำดับความสำคัญของการคุ้มครองเด็กประเทศไทย
 เพื่อให้กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันสอดคล้องกับปัญหาและข้อเท็จจริงที่เผชิญอยู่ในสังคมไทย
 ทั้งในปัจจุบันและในอนาคต ทั้งนี้เน้นถึงความผาสุกของเด็กเป็นสำคัญ ผู้เขียนจึงขอเสนอแนะ
 ดังต่อไปนี้

1) ให้บัญญัติกฎหมายเพิ่มเติมในมาตรา 14/1 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดย
 อาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ดังนี้ ให้ศาลมีอำนาจตั้งแต่เจ้าหน้าที่
 ในการติดตามดูแลชีวิตเด็กหลังจากคลอด โดยให้เจ้าหน้าที่ดำเนินการจดบันทึกเป็นรายงานและ
 นำมาแสดงต่อศาลเพื่อประกอบการพิจารณา หากปรากฏว่าสามีภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรไม่มีความ
 พร้อมในการดูแลให้ศาลมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น

2) ให้เพิ่มเติมข้อความในมาตรา 32 วรรคแรก ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดย
 อาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 จากเดิม คือ “ให้สามีและภริยาที่ชอบ
 ด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนมีหน้าที่แจ้งการเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์
 แทนต่อนายทะเบียนผู้รับแจ้ง ตามกฎหมายว่าด้วยการทะเบียนราษฎร”

เห็นควรแก้ไขและเพิ่มเติมดังนี้

“ให้สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนมีหน้าที่แจ้งการเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนต่อนายทะเบียนผู้รับแจ้งตามกฎหมายว่าด้วยการทะเบียนราษฎร ทั้งนี้ ให้ระบุชื่อหญิงตั้งครรภ์แทนที่คลอดทารกในครรภ์ของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนด้วย”

3) ให้บัญญัติกฎหมายเพิ่มเติมในมาตรา 45/1 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ดังนี้ ห้ามมิให้ดำเนินการตั้งครรภ์แทนโดยมิได้รับอนุญาตจากศาลก่อน ทั้งนี้ ให้ศาลมีอำนาจพิจารณาและตรวจสอบคำขออนุญาตดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนก่อนเสมอ

โดยสรุปการออกกฎหมายไทยเพื่อคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์ของแม่อุ้มบุญเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการรับรองสิทธิสวัสดิภาพของเด็กและการยอมรับทางกฎหมาย ด้วยการกำหนดกรอบกฎหมายที่ครอบคลุมประเทศไทยสามารถให้ความคุ้มครองที่จำเป็นแก่เด็กรักษาความปลอดภัยทางกฎหมายของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องและเพื่อบรรเทาข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นในภายหลัง นอกจากนี้ กฎหมายเหล่านี้ยังสามารถช่วยป้องกันการแสวงหาผลประโยชน์และรับรองการปฏิบัติทางจริยธรรมในสาขาการตั้งครรภ์แทน ประเทศไทยสามารถสนับสนุนประโยชน์สูงสุดของเด็กเหล่านี้และเป็นแบบอย่างให้ประเทศอื่นปฏิบัติตามได้ ด้วยการสร้างสภาพแวดล้อมทางกฎหมายที่ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองและความเป็นอยู่ที่ดีของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์ของแม่อุ้มบุญ ประเทศไทยสามารถมีส่วนร่วมในสังคมที่ให้ความสำคัญกับสิทธิและศักดิ์ศรีขั้นพื้นฐานของพลเมืองทุกคน

บรรณานุกรม

- จักรกฤษณ์ ควรวจน์และคณะ. (2549). *การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน*. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.
- จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย. (2557). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียงมาตราๆ ว่าด้วยตัวแทน-นายหน้า* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา.
- ณัฐวิวรรณ อภิสิทธิ์โยธิน. (2543). *การตั้งครรภ์แทน: ปัญหาทางกฎหมายครอบครัวและมรดก* (Unpublished Master's thesis). มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, กรุงเทพฯ.
- นฤต สัจฉิตเสวี. (2555). การพิจารณากฎหมายว่าด้วยคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หรือการตั้งครรภ์แทน. *วารสารรัฐสภาสาร*, 60(4), 81.
- ปัทมดา ไชยปาน. (2557). *ปัญหาการตั้งครรภ์แทนกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์* (Unpublished Master's thesis). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- ราชกิจจานุเบกษา. (2540). *ประกาศแพทยสภาที่ 1/2540 เรื่องมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์*. เล่ม 114 ตอนพิเศษ 123 ง หน้า 21. ประกาศ ณ วันที่ 26 ธันวาคม 2540 สืบค้นจาก https://www.tmc.or.th/download/1_40.pdf
- ราชกิจจานุเบกษา. (2558ก) *ประกาศกระทรวงสาธารณสุขเรื่องหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในการให้หญิงอื่นที่มีไขว้ชาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายรับตั้งครรภ์แทน* พ.ศ. 2558. เล่ม 132 ตอนพิเศษ 330 ง หน้า 6-7 13 ธันวาคม 2558. สืบค้นจาก <https://thaisrm.com/images/pdf/1-4D26925.pdf>.
- ราชกิจจานุเบกษา. (2558ข). *ประกาศแพทยสภาที่ 95(3)/2558 เรื่องหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขสำหรับการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกายจิตใจและสภาพแวดล้อมของผู้ขอรับบริการหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ ที่จะนำมาใช้ดำเนินการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์*. เล่ม 132 ตอนพิเศษ 280 ง หน้า 20-21 ประกาศใช้ 4 พฤศจิกายน 2558 สืบค้นจาก http://www.med.nu.ac.th/fom/th/nuhoffice/file_mt/194_
- ราชกิจจานุเบกษา. (2558ค). *พระราชบัญญัติการจัดการรับตั้งครรภ์แทน* พ.ศ. 2558. เล่ม 132 ตอนที่ 38 ก หน้า 1-12 1 พฤษภาคม 2558. สืบค้นจาก http://en.wikipedia.org/wiki/Surrogacy_Arrangements_Act_1985.

บรรณานุกรม (ต่อ)

- ริญญาภัทร์ ณ สงขลา. (2558). *การรับรองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์* (Unpublished Master's thesis). สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- สมชัย โกวิทเจริญกุล. (2537). *อุ้มบุญให้เกิด หนทางของผู้มีลูกยาก*. กรุงเทพฯ: ทรูทิจ, หน้า 1.
- สมยศ เชื้อไทย. (2548). *คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่งภาคทั่วไป: ความรู้กฎหมายทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- สุนัย มโนมัยอุดม. (2545). *ระบบกฎหมายอังกฤษ* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา.
- อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์. (2548). *สิทธิมนุษยชน*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- Abdullah, F. M. (2019). Legal and ethical aspects beyond commercial surrogacy: Modern form of human trafficking. *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, 22(2), 1-7.
- Allen, R. B. (2021). Slavery, Slave Trading, and Bonded Labor Studies in Asia. In *Slavery and Bonded Labor in Asia, 1250–1900* (pp. 1-29). Brill.
- Antonov, S. V. (2020). The Surrogacy Laws in Australia: What Can Be Useful for Ukraine. *Medicine pravo*, 2(26), 9-23.
- Article 16-1 of the French Civil Code: “Everyone has the right to respect for his body. The human body is inviolable. The human body, its elements, and its products may not form the object of a patrimonial right” (Code civil, 15 March 1803, as amended, English translation. Retrieved from <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/lexdocs/laws/en/fr/fr512en.pdf>.
- Attawet, J. (2021). Mapping transnational commercial surrogacy arrangements in South and Southeast Asia. *Medico-Legal Journal*, 89(2), 128-132.
- Bales, K., & Soodalter, R. (2009). *The Slave Next Door: Human Trafficking and Slavery in America Today* (pp. 78-117). Berkeley, CA: University of California Press.
- Birenbaum-Carmeli, D., & Montebruno, P. (2019). Incidence of surrogacy in the USA and Israel and implications on women's health: a quantitative comparison. *Journal of assisted*, 36(2), 4-12.
- Brown, A. (2018). *The Absence of the “Surrogacy Contract” from Judicial Constructions of Surrogacy*. Retrieved from <https://doi.org/10.22024/UniKent/03/fal.604>.

บรรณานุกรม (ต่อ)

- Buchitchon, S. (2016). The protection of children born from assisted reproductive technology act 2015: scientific advances, ethics and concerns over the use of human embryo. *Advanced Science Letters*, 22(5-6), 1610-1613.
- Camosy, C. C. (2012). *Does the Catholic Church Support the Use of a Surrogate Mother to Have a Child?*, Retrieved from [http:// www.busedhalo.com/questionbox/ does-the-catholic-church-support-the-use-of-a surrogate-mother-to-have-a-child](http://www.busedhalo.com/questionbox/does-the-catholic-church-support-the-use-of-a-surrogate-mother-to-have-a-child).
- Campbell, H. (1995). *Black Law Dictionary* (6th Edition). St.Paul: Minn:West Publishing.
- Canner, S. (2019). Navigating Surrogacy Law in the Non-United States: Why All States Should Adopt a Uniform Surrogacy Statute. *JCR & Econ. Dev.*, 33(2), 113-128.
- Davey, S. M. (2016). *The Proportionality of Non-Consensual Adoption in England and Wales under s52 (1)(b) of the Adoption and Children Act 2002* (Doctoral dissertation). Retrieved from <https://repository.essex.ac.uk/17072/1/Sam%20Davey%20Thesis%20Final%20Final.pdf>.
- Dillon, S. (2021). *Terf/Bigot/Transphobe-We found the witch, burn her!: a contextual constructionist account of the silencing of feminist discourse on the proposed changes to the Gender Recognition Act 2004, and the policy capture of transgender ideology, focusing on the potential impacts and consequences for female-only spaces for victims of male violence* (Doctoral dissertation). Retrieved from [https://researchportal. port.ac.uk/en/ studentTheses/terfbigottransphobe-we-found-the-witch-burn-her](https://researchportal.port.ac.uk/en/studentTheses/terfbigottransphobe-we-found-the-witch-burn-her).
- Dunne, P. (2015). Ten years of gender recognition in the United Kingdom: still a model for reform?. *Public Law*, 5(4), 530.
- Erba, R. (2019). Cross-Border Surrogate Motherhood from a Criminal Law Perspective. *Fiat Iustitia*, 2(1), 27-43.
- Garzone, G. E. (2018). Scientific Knowledge and Legislative Drafting: Focus on Surrogacy Laws. *Lingue Culture Mediazioni-Languages Cultures Mediation (LCM Journal)*, 5(1), 9-36.
- Gerlinskaya, L. A., Litvinova, E. A., Kontsevaya, G. V., Feofanova, N. A., Achasova, K. M., Anisimova, M. V., ... & Moshkin, M. P. (2019). Phenotypic variations in transferred progeny due to genotype of surrogate mother. *MHR: Basic science of reproductive medicine*, 25(2), 88-99.

บรรณานุกรม (ต่อ)

- Gracias, C. S. (2021). Reproductive surrogacy in Ireland-an ethical and legal context. *Irish Journal of Medical Science (1971-), 190*(3), 1063-1070.
- Hadjivasiliou, Z., Lane, N., Seymour, R. M., & Pomiankowski, A. (2013). Dynamics of mitochondrial inheritance in the evolution of binary mating types and two sexes. *Proceedings of the Royal Society B: Biological Sciences, 280*(1769), 20131920.
- Hamilton, F. (2019). Rights for LGBTQ persons: MB v Secretary of State for Work and Pensions. *Family Law, 2019*(Jan), 54-56.
- Harland, A., & Limon, C. (2016). Recognition of parentage in surrogacy arrangements in Australia. In *Surrogacy, law and human rights* (pp. 157-178). Routledge.
- Heimonen, M. (2020). *The Paradox of Trans Visibility: a study of the complex relationship between media visibility, public debate and trans activism in Britain*. (Doctoral dissertation). Retrieved from <https://helda.helsinki.fi/items/4de03aed-97db-4995-b1b0-4bdebd79fd6f/full>.
- Hibino, Y. (2020). Non-commercial surrogacy in Thailand: ethical, legal, and social implications in local and global contexts. *Asian Bioethics Review, 12*(1), 135-147.
- Hodson, N., Townley, L., & Earp, B. D. (2019). Removing harmful options: the law and ethics of international commercial surrogacy. *Medical Law Review, 27*(4), 597-622.
- Hompson, M., & Plater, D. (2019). An issue that is not going away: recent developments in surrogacy in South Australia. *Journal of bioethical inquiry, 16*(4), 477-481.
- Hongladarom, S. (2018). *Surrogacy law in Thailand*. Retrieved from <https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/55457301>.
- Hu, J. (2022). *Commercial Surrogacy in China: Gender Inequality, Human Trafficking, and Women's Rights*. Retrieved from <https://repository.usfca.edu/capstone/1346>.
- Section 54 of Human Fertilization and Embryology Act 2008.
- Jacobson, H. (2018). A limited market: the recruitment of gay men as surrogacy clients by the infertility industry in the USA. *Reproductive biomedicine & society online, 7*(1), 14-23.
- Jacobson, H. (2021). Commercial surrogacy in the age of intensive mothering. *Current Sociology, 69*(2), 193-211.

บรรณานุกรม (ต่อ)

- Jalan, D. (2016). Trans Gender Justice: Critical Reflections on the Conceptual Limitations of English Law, Implementation of the Law, and the Relationship with Social Progress. *Legal Issues J.*, 4(1), 43-49.
- Kennedy, L. (2022). Can I Have Your Baby? Paternalism, Autonomy, and Money in California's "Surrogacy-Friendly" Statutory Scheme. *Stan. L. & Pol'y Rev.*, 33(2), 187-195.
- Latham, S. R. (2020). The United Kingdom revisits its surrogacy law. *Hastings Center Report*, 50(1), 6-7.
- Lewis, S. (2021). *Full surrogacy now: Feminism against family*. Verso Books. Retrieved from <https://www.versobooks.com/en-gb/products/711-full-surrogacy-now>.
- Matthews, K. R., & Morali, D. (2020). National human embryo and embryoid research policies: a survey of 22 top research-intensive countries. *Regenerative Medicine*, 15(7), 1905-1917.
- Meirow, D., & Schenker, J. G. (1997). The current status of sperm donation in assisted reproduction technology: ethical and legal considerations. *Journal of assisted reproduction and genetics*, 14(3), 133-142.
- Mohseni, E. (2019). Surrogacy in Comparative law; With Emphasis on French, Iranian, English and Greek Law. *Iranian Journal of Medical Law*, 13(48), 111-136.
- Montgomery, J. (1991). *Rights, restraints and pragmatism: the Human Fertilisation and Embryology Act 1990*. Retrieved from <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1468-2230.1991.tb00904.x>
- Newbold and others v Coal Authority. (2013). *EWCA Giv 584*. Royal Courts of Justice Strand, London.
- Nilsson, E. (2020). Precarious pregnancies and precious products: Transnational commercial surrogacy in Thailand. In *Bodily interventions and intimate labour*. Manchester University Press.
- Olaye-Felix, B., Allen, D. E., & Metcalfe, N. H. (2022). Surrogacy and the law in the UK. *Postgraduate Medical Journal*, 3(3), 420-428.
- Osella, S. (2021, July). The Court of Justice and gender recognition: A possibility for an expansive interpretation?. In *Women's Studies International Forum* (Vol. 87, p. 102493). Pergamon.

บรรณานุกรม (ต่อ)

- Patel, N. H., Jadeja, Y. D., Bhadarka, H. K., Patel, M. N., Patel, N. H., & Sodagar, N. R. (2018). Insight into different aspects of surrogacy practices. *Journal of human reproductive sciences*, 11(3), 212-225.
- Patrizio, R. M., & Patrizio, P. (2022). Surrogacy. In *Female and Male Fertility Preservation* (pp. 331-339). Springer, Cham.
- Pereira Daoud, A. M., Popovic, M., Dondorp, W. J., Trani Bustos, M., Bredenoord, A. L., Chuva de Sousa Lopes, S. M., ... & Heindryckx, B. (2020). Modelling human embryogenesis: Philippe Sotto, Surrogate Children Granted Legal Recognition in France, Retrieved from <https://www.bostonglobe.com/news/world>.
- Peter, J. (1998) Rights: Issues in Political Theory, (สุจินตนา ภาวสิทธิ์, ผู้แปล). กรุงเทพฯ: สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์,
- Plater, D. (2020). An Issue that is not Going Away: Recent Developments in Surrogacy in South Australia Authors: Madeleine Thompson and David Plater. *U. of Adelaide Law Research Paper*, (2020-110), 477-481.
- Ponkina, A. A., & Ponkin, I. V. (2016). "Surrogacy-Legal and Bioethical Issues." *Obstetrics, Gynecology and Reproduction*, 10(2), 70-76.
- Purdy, L. M., & Holmes, H. B. (2019). Surrogacy. In *Encyclopedia of Reproductive Technologies* (pp. 272-279). Routledge.
- Puttasiri, S., Pruksananonda, K., & Thitadilok, W. (2017). Knowledge and Attitude of Obstetricians to the Protection of Children Born from Assisted Reproductive Technology. *Thai Journal of Obstetrics and Gynaecology*, 1(2), 182-190.
- Renz, F. (2017). *The Gender Recognition Act 2004 and Transgender People's Legal Consciousness* (Doctoral dissertation). Retrieved from https://www.academia.edu/44491929/Genders_that_dont_matter_Non_binary_people_and_the_Gender_Recognition_Act_2004.
- Renz, F. (2019). *Engaging with and thinking beyond the current feminist dichotomies*. Retrieved from <https://futureoflegalgender.kcl.ac.uk/2019/06/04/feminist-dichotomies/>.
- Rodger, H. (2014). *Cafcass Study of Parental Order Applications Made in 2013/14*. Retrieved from [https:// www.cafcass.gov.uk/media/257188/](https://www.cafcass.gov.uk/media/257188/)

บรรณานุกรม (ต่อ)

- Rudrappa, S. (2018). Why Is India's Ban on Commercial Surrogacy Bad for Women. *NCJ Int'l L.*, 43,(1), 70-81.
- Saengsook, W. (2010). A critical and comparative study of parentage through assisted human reproductive technology in the legal systems of the UK, the USA and Thailand. *International Journal of Arts and Sciences*, 3(15), 623-632.
- Salisbury, P., Hall, L., Kulkus, S., Paw, M. K., Tun, N. W., Min, A. M., ... & McGready, R. (2016). Family planning knowledge, attitudes and practices in refugee and migrant pregnant and post-partum women on the Thailand-Myanmar border—a mixed methods study. *Reproductive health*, 13(1), 1-13.
- Section 59 of Human Fertilisation and Embryology Act 2008, The Surrogacy Arrangements Act. 1985.
- Segalen, M. T. (2021). Deconstructing social anthropology discourses in their support of surrogacy: The case of France. *Current Sociology*, 69(2), 176-192.
- Shanley, M. L. (2002). *Mary Shanley, Making Babies, Making Families*. Massachusetts: Beacon Press.
- Silvern, R., & Cojocaru, S. (2022). Interaction between Surrogate Mother and Intended Mother: Sociological Aspects in Surrogacy. *Revista de Cercetare si Interventie Sociala*, 77(2), 89-105, DOI: 10.33788/rcis.77.6
- Sitarz, O. (2020). Some Criminal Law Aspects of Commercialization of the Human Body in Transplantation and Surrogacy. *International Journal of Forensic Sciences*, 5(2), 1-10.
- Stasi, A. (2017). Protection for children born through assisted reproductive technologies act, B.E. 2558: The changing profile of surrogacy in Thailand. *Clinical Medicine Insights: Reproductive Health*, 11, 1179558117749603.
- Tamura, H., Jozaki, M., Tanabe, M., Shirafuta, Y., Mihara, Y., Shinagawa, M., ... & Sugino, N. (2020). Importance of melatonin in assisted reproductive technology and ovarian aging. *International journal of molecular sciences*, 21(3), 11-35.

บรรณานุกรม (ต่อ)

- Tapiromkul, A. (2015). Legal problems on commercial surrogacy in Thailand under the protection of children born from assisted reproductive technologies act, B.E. 2558. *Thammasat Business Law Journal*, 5(1), 21-35.
- Teman, E., & Berend, Z. (2018). Surrogate non-motherhood: Israeli and US surrogates speak about kinship and parenthood. *Anthropology & medicine*, 25(3), 296-310.
- Thailand Lawyer Blog on Thailand Business, Legal and Social Issues*. (2023). Retrieved from <http://thailandlawforum.com/tlf-blog/>
- Trimmings, K. (2015). International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level. *International Journal of Private Law*, 7(3), 627-647.
- Wexler, R. (2018). Artificial reproductive technology and gendered notions of parenthood after Obergefell: Analyzing the legal assumptions that shaped the baby M case and the hodge-podge nature of current surrogacy law. *Tul. JL & Sexuality*, 27(1), 1-11.
- Whittaker, A. (2014). Patriarchal bargains and assisted reproductive treatment in Thailand. *Gender, Technology and Development*, 18(1), 9-31.
- Whittaker, A. (2015). *Thai in vitro: Gender, culture and assisted reproduction* (Vol. 30). Berghahn Books.
- Whittaker, A. (2016). From Mung Ming to Baby Gammy: A local history of assisted reproduction in Thailand. *Reproductive biomedicine & society online*, 2(1), 71-78.
- Whittaker, A. (2018). *International surrogacy as disruptive industry in Southeast Asia*. Bucknell University: Rutgers University Press.
- Wong, K. Y. (2015). Taking a Transgender Rights Seriously: A Rights-Based Model of Gender Recognition in Hong Kong. *Hong Kong LJ*, 45(1), 109-120.
- Wood, K. (2018). Families beyond boundaries: Conceptualising kinship in gay and lesbian. *Child & Family Social Work*, 23(2), 155-162.

ประวัติผู้วิจัย

ชื่อ	ศุภาพิชญ์ อังคโชติวัฒนิช
วัน เดือน ปีเกิด	16 ธันวาคม 2537
สถานที่เกิด	จังหวัดน่าน ประเทศไทย
ประวัติการศึกษา	มหาวิทยาลัยกรุงเทพ ปริญญานิติศาสตรบัณฑิต, 2560 สหภาพทนายความ ในพระบรมราชูปถัมภ์ ประกาศนียบัตรวิชาว่าความ, 2561 เนติบัณฑิตยสภา เนติบัณฑิตไทยสมัยที่ 73 มหาวิทยาลัยรังสิต ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, 2566
ที่อยู่ปัจจุบัน	39/12 ถนนเข้าหลวง ตำบลในเวียง อำเภอเมืองน่าน จังหวัดน่าน
ตำแหน่งปัจจุบัน	ทนายความ

