

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสัญญาอัมบุญของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ¹

พงษ์ชฎิล สมิตะมาน²

จากการศึกษาเกี่ยวกับปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสัญญาอัมบุญของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงปัญหาและอุปสรรคในการเข้าทำสัญญาอัมบุญหรือเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งทำให้ผู้ศึกษาได้รับความรู้ความเข้าใจว่าการเข้าถึงบริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้นมีข้อกำหนดไว้ตามกฎหมายอย่างเคร่งครัด หากมีการไม่ปฏิบัติตามย่อมไม่สามารถที่จะสามารถเข้าถึงบริการได้ อีกทั้งยังมีโทษที่ผู้กระทำการฝ่าฝืนอีกด้วย

จากการศึกษาพบว่าปัจจุบันเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์หรือการอัมบุญมีการใช้กันอย่างแพร่หลายในหลายๆประเทศรวมถึงประเทศไทยด้วยเพื่อเป็นการช่วยแก้ไขปัญหภาวะ การมีบุตรยากหรือภาวะที่ไม่สามารถมีบุตรเองได้ด้วยตนเองของคู่สามีและภรรยาที่ได้มีการสมรสกันมาแล้วแต่ไม่สามารถมีบุตรได้ด้วยตนเองที่มาจากหลายสาเหตุ อาทิเช่น ภาวะความเครียด ไข่ของหญิงไม่แข็งแรง หรืออสุจิของชายไม่แข็งแรง เป็นต้น ด้วยเหตุผลเหล่านี้ทำให้คู่สามีและภรรยาหรือคู่รักไม่สามารถมีบุตรเองได้ด้วยตนเอง ดังนั้นจึงต้องอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เข้ามาทำการแก้ไขปัญหานี้ ซึ่งการเข้าถึงบริการดังกล่าวนี้สามารถเข้าถึงและใช้วิธีการหลากหลายประการไม่ว่าจะเป็นการอัมบุญแท้ หรืออัมบุญเทียม ย่อมสามารถทำได้เช่นกัน แต่อย่างไรก็ตามย่อมต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของแต่ละประเทศที่กำหนดถึงเงื่อนไขและวิธีการเอาไว้ ประเทศไทยเป็นหนึ่งในประเทศที่ให้ความสำคัญต่อการมีบุตรเป็นอย่างมากซึ่งในอดีตประเทศไทยประสบปัญหาขาดแคลนประชากร จึงทำให้มีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 (อัมบุญ) ไว้เพื่อให้คู่สามีและภรรยาที่เกิดภาวะการมีบุตรยากสามารถทำการอัมบุญได้โดยอาศัยไข่หรืออสุจิที่ได้รับจากการบริจาคได้ แต่อย่างไรก็ตามเงื่อนไขตามพระราชบัญญัตินี้มีการกำหนดไว้เกี่ยวกับการเข้าถึงบริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (อัมบุญ) นั้นจะต้องเป็นคู่สามีและภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายและทำการสมรสกันมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี อีกทั้งเมื่อพิจารณาถึงพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

¹ บทความนี้เรียบเรียงจากการค้นคว้าอิสระ เรื่อง ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสัญญาอัมบุญของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ รองศาสตราจารย์ จุฑามาศ นิสารัตน์ และคณะกรรมการสอบคือ รองศาสตราจารย์ เรืองยศ แสนภักดี และ รองศาสตราจารย์ ดร. ปภาศรี บัวสวรรค์

² นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต (ส่วนกลาง) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

แล้วจะพบว่าบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับการการอุ้มบุญนี้อยู่ด้วยกัน 3 ฝ่าย กล่าวคือ 1. ฝ่ายคู่สามีและภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย 2. ฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน 3. สหวิชาชีพที่เกี่ยวข้อง (แพทย์ พยาบาล เป็นต้น) ดังนั้นการที่กลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งหมายถึงกลุ่มบุคคลที่มีรสนิยมทางเพศและ อัตลักษณ์ทางเพศ ที่รักใคร่กันในเพศเดียวกัน อาทิเช่นเพศชายกับเพศชาย และเพศหญิงกับเพศหญิง เป็นต้น นั้นจะเข้าถึงบริการการอุ้มบุญนั้นไม่สามารถกระทำได้อย่างชัดเจนโดยกฎหมาย เนื่องจากจากกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศไม่สามารถเป็นคู่สามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้เป็นไปตามเงื่อนไขในการเข้าถึงบริการได้ ดังนั้นย่อมไม่สามารถเข้าทำสัญญากับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนหรือแม่อุ้มบุญได้ หรือไม่หากมีการฝ่าฝืนเข้าทำสัญญาอุ้มบุญแล้วนั้นย่อมทำให้สัญญาดังกล่าวตกเป็นโมฆะกรรม เสมือนว่าไม่เคยมีการทำสัญญานั้นขึ้นเลย สิทธิและหน้าที่ระหว่างกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศกับเด็กที่เกิดมาจากการอุ้มบุญนั้นย่อมไม่มีต่อกันเลยแม้แต่น้อย อีกทั้งยังมีความผิดตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 อีกประการหนึ่งด้วย เมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่ากฎหมายได้มีการจำกัดสิทธิสิทธิรอนสิทธิกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศเอาไว้ ซึ่งเป็นการขัดหรือแย้งต่อหลักตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ซึ่งได้บัญญัติไว้ถึง สิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ย่อมต้องถูกรับรองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันทุกคน

จากการศึกษาทำให้ทราบว่าปัจจุบันกฎหมายหลายฉบับที่มีความเกี่ยวข้องกับการอุ้มบุญหรือการเข้าถึงบริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ของกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศมีการบัญญัติไว้ โดยเป็นการจำกัดและสิทธิรอนสิทธิของกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศเป็นอย่างมาก และเป็นปัญหาและอุปสรรคที่สำคัญต่อการทำสัญญาอุ้มบุญและการรับรองสิทธิตามกฎหมายของกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ ซึ่งสรุปได้ ดังต่อไปนี้

จากการศึกษาประเด็นปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการสมรสของกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศพบว่าเงื่อนไขของการสมรสบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448³ กล่าวคือ “ การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้” อาจกล่าวได้ว่าหากคู่รักจะทำการสมรสกันได้นั้นย่อมจะต้องเป็นคู่รักที่มีเพศสภาพที่เข้าเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น กล่าวคือต้องเป็นเพศชายและเพศหญิง ดังนั้นย่อมพิจารณาได้ว่า การที่

³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448

กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่มีคู่รักเพศเดียวกันนั้นย่อมไม่สามารถที่จะทำการสมรสกันโดยเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายได้เลย กล่าวคือการทำคู่รักเพศเดียวกันไม่ว่าจะเป็นเพศชายกับเพศชายหรือเพศหญิงกับเพศหญิงนั้นจะทำการสมรสกันนั้น ไม่สามารถกระทำการได้ตามกฎหมาย จะกล่าวได้เมื่อกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไม่สามารถเป็นคู่สามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายได้ ย่อมทำให้กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไม่สามารถมีสิทธิในอัมบุหรือการเข้าถึงบริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามเงื่อนไขและวิธีการในการอัมบุตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ดังนั้นหากมีการเปลี่ยนแปลงถ้อยคำตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1448 จากเดิม “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรส ก่อนนั้นได้” ให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเป็น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อบุคคลสองคนมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรส ก่อนนั้นได้” โดยการเปลี่ยนแปลงถ้อยคำดังกล่าวเป็นการเปลี่ยนแปลงโดยจากเดิมที่มีการระบุเพศเอาไว้ในกฎหมายโดยเปลี่ยนแปลงเป็นการใช้ถ้อยคำที่ไม่ระบุเพศอย่างเช่นคำว่า “บุคคล” ตามที่กล่าวไปนั้นย่อมจะทำให้เกิดสิทธิและเสรีภาพของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในการเข้าถึงบริการการสมรสเพื่อเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อที่จะสามารถเข้าถึงบริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยชอบด้วยกฎหมายต่อไป

ประเด็นปัญหาที่สองเงื่อนไขการดำเนินการขอตั้งครรภ์แทนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศพบว่าเงื่อนไขในการเข้าถึงบริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์หรือการอัมบุตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558⁴ นั้นมีการบัญญัติเอาไว้ในมาตรา 21 อนุมาตรา 1 “สามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภรรยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่น ตั้งครรภ์แทน ต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีที่สามีหรือภรรยามีได้มีสัญชาติไทยต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้ว ไม่น้อยกว่าสามปี” อาจว่าการที่จะทำการเข้าถึงบริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้นั้นย่อมจะต้องเป็นเพศชายและเพศหญิงที่สมรสกันโดยเป็นคู่สามีและภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วเท่านั้นถึงจะเป็นเงื่อนไขในการเข้าสู่กระบวนการดังกล่าวได้ ดังนั้นย่อมทำให้กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไม่สามารถทำการเข้าถึงบริการอัมบุได้ เนื่องจากในปัจจุบันกฎหมายยังไม่มีการบัญญัติให้กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศทำการสมรสกันได้เพื่อเป็นคู่สามีและภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายได้ โดยการสมรสเป็นหนึ่งในเงื่อนไขในการเข้าถึงบริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์หรือการ

⁴ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

อุมบุญ อีกทั้งในปัจจุบันตามที่ผู้ศึกษาได้ทำการศึกษาหาข้อมูลพบว่ายังมีกลุ่มบุคคลบางส่วนที่ยังมองว่ากลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนั้นหากมีการทำอุมบุญแล้วย่อมเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนอีกประการหนึ่งด้วย ซึ่งเป็นประการที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขแต่อย่างไรก็ตามคำว่าความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ผู้ศึกษาทำการศึกษาและพบว่าความสงบเรียบร้อยของประชาชน หมายถึง ประโยชน์ในด้านความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ซึ่งมีขอบเขตกว้างขวางมาก และมีการเปลี่ยนแปลงไปตามยุคและตามสมัย อีกทั้งคำว่า ศีลธรรม คือ ความรู้สึกลึกซึ้งของมนุษย์แต่ละคนว่าการกระทำอย่างไรเป็นการกระทำที่ชอบ การกระทำอย่างไรเป็นการกระทำที่ผิดศีลธรรมเป็นสิ่งที่เกิดจากมโนสำนึกและมโนธรรมของมนุษย์แต่ละคน ดังนั้นอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่าความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้นย่อมขึ้นอยู่กับความคิดและทัศนคติของคนที่มีความเปลี่ยนแปลงไปตามยุคและตามสมัย ดังนั้นในปัจจุบันพบว่าในสังคมมีการเปิดกว้างและยอมรับให้กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศสามารถมีพื้นที่ในการแสดงจุดยืนทางสังคม และสังคมส่วนมากทั้งในและต่างประเทศต่างให้การยอมรับมาโดยดียวมาโดยตลอด ดังนั้นการกฎหมายพิจารณาว่าการที่กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนั้นจะทำอุมบุญเพื่อทำการเลี้ยงดูเด็กคนหนึ่งที่เกิดมาจากการอุมบุญของตนเองนั้นเป็นเรื่องที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้นย่อมเป็นเรื่องที่ล่าช้า ย่อมส่งผลต่อความเสมอภาคและความเท่าเทียมกันทางเพศอีกมากมาย ผู้ศึกษาได้ทำการศึกษากรณีตัวอย่างตามกฎหมายของประเทศสิงคโปร์ที่มีคำพิพากษาเป็นกฎหมาย⁵ โดยเปิดโอกาสให้กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศสามารถอุมบุญได้ เด็กที่เกิดมานั้นย่อมเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของพ่อแม่ที่เป็นกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศได้ ย่อมถือว่าเป็นจุดเริ่มต้นที่ดีที่เป็นการเปิดโอกาสให้กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศได้รับการยอมรับมากขึ้นในสังคม ดังนั้นหากประเทศไทยซึ่งเป็นประเทศที่มีการยอมรับกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นลำดับขั้นๆ ของทวีปเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ได้มีการเปลี่ยนแปลงถ้อยคำตามกฎหมายเกี่ยวกับการอุมบุญกล่าวคือ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 21 อนุมาตรา 1 จากเดิม “ภายใต้บังคับมาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 การ

⁵ สกล หาญสุทธิวารินทร์, ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน [Online], available URL: <https://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/639842>. 2559 (ธันวาคม, 28).

⁶ พระพลกร สุขมงคล (อนุพันธ์), “ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับศีลธรรมจริยธรรม ศาสนา และจารีตประเพณี”, *ธรรมทัศน์* 2559, ฉบับที่ 3 (ธันวาคม 2559): หน้า 285.

⁷ อีเว็ตต์ ดัน. เกย์ลิงคโพรหมณ์ขอเลี้ยงดูลูกแท้ ๆ ของตัวเองที่เกิดจากการอุมบุญ [Online], Available URL: <https://www.bbc.com/thai/international-46591080>, 2561 (ธันวาคม, 17)

ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนอย่างน้อยต้องเป็นไปตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้ (1) สามิและภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งภรรยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ประสงค์ที่จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีที่มีสามิหรือภรรยาไม่ได้มีสัญชาติไทย ต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี” แก้ไขเปลี่ยนแปลงเป็นพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 21 อนุมาตรา 1 “ภายใต้บังคับมาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนอย่างน้อยต้องเป็นไปตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้ (1) คู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งไม่อาจตั้งครรภ์ได้ประสงค์ที่จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ได้มีสัญชาติไทย ต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี” โดยเมื่อทำการเปลี่ยนแปลงถ้อยคำตามเงื่อนไขที่กฎหมายบัญญัติไว้ข้างต้นแล้ว ย่อมจะทำให้คู่รักกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ได้ทำการจดทะเบียนสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายตามที่ได้ศึกษาได้ทำการเสนอไปตามประเด็นปัญหานั้นย่อมที่จะเข้าถึงบริการอัมบุญหรือเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้และก่อให้เกิดความเสมอภาคและความเท่าเทียมกันทางเพศต่อไป

ประเด็นปัญหาที่สามการทำสัญญาอัมบุญของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ในปัจจุบันในการเข้าถึงบริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้ ย่อมจะต้องเป็นสามิและภรรยาที่ทำการสมรสโดยถูกต้องตามกฎหมายแล้วเท่านั้น ย่อมแสดงให้เห็นว่ากลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ปัจจุบันไม่สามารถเข้าแสดงเจตนาเพื่อทำการสมรสเป็นสามิและภรรยาที่ถูกต้องตามกฎหมายได้ดังนั้นย่อมที่จะไม่มีสิทธิในการเข้าถึงบริการดังกล่าวเลย และไม่มีสิทธิในการแสดงเจตนาเข้าเป็นคู่สัญญากับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้แต่อย่างใด แม้จะมีเจตนาที่แสดงออกไปเป็นคำเสนอและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนแสดงเจตนาสนองที่ถูกต้องตรงกันแล้วก็ตามแต่อย่างไรก็ย่อมถือว่าไม่สามารถกระทำได้ ดังนั้นหากกลุ่มที่มีความหลากหลายทางเพศได้มีการเข้าแสดงเจตนาทำสัญญากับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เพื่อที่จะทำการเข้าถึงบริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์หรือสัญญาอัมบุญนั้น ซึ่งถือว่าเป็นกระบวนการแรกของการที่จะเข้าถึงบริการอัมบุญ ดังนั้นหากพิจารณาตามกฎหมายแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 150⁸ ย่อมถือว่าการนั้นเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ย่อมจะทำให้กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไม่สามารถเข้าทำสัญญาได้ หรือหากมีการเข้าทำสัญญาไปแล้วสัญญาดังกล่าวย่อมจะไม่สมบูรณ์และตกเป็นโมฆะกรรมตามกฎหมายต่อไป ซึ่งตามที่ได้ศึกษาได้ทำการศึกษาแล้วพบว่าในปัจจุบันประเทศไทยมีการใช้แบบสัญญาที่มีการประกาศไว้ในประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในการให้หญิงอื่นที่ไม่ใช่ญาติสืบสายโลหิตของสามิ

⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 150

⁹ นาดสินี ยุติธรรมดำรง, “คำบรรยาย (ภาคทบทวน) วิชานิติกรรม,” สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, เนติบัณฑิตยสภา, 18 สิงหาคม 2562.

หรือภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายรับตั้งครรภ์แทน พ.ศ. 2558¹⁰ ซึ่งตามประกาศกระทรวงดังกล่าวมีการระบุไว้ อย่างชัดเจนเกี่ยวกับการเข้าทำสัญญาได้นั้นจะต้องเป็นสามีและภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นผู้ศึกษาจึง เห็นสมควรเสนอให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงถ้อยคำตามประกาศกระทรวงดังกล่าวที่มีการระบุคำว่า “สามีและภรรยา โดยชอบด้วยกฎหมาย” แก้ไขเปลี่ยนแปลงเป็น “คู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย” ทั้งฉบับ โดยในคำนิยามตาม ประกาศกระทรวง เดิม ข้อ 3 ในประกาศนี้ “สามีและภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย หมายความว่าสามีและ ภรรยาที่จดทะเบียนสมรสถูกต้องตามกฎหมายหรือจดทะเบียนสมรสที่ต่างประเทศและกฎหมายไทยให้การ รับรอง” แก้ไขเปลี่ยนแปลงเป็น “คู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย” หมายความว่าคู่สมรสที่จดทะเบียนสมรส ถูกต้องตามกฎหมายหรือจดทะเบียนสมรสที่ต่างประเทศและกฎหมายไทยให้การรับรอง” กล่าวคือจะต้องเป็นคู่ สมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1448 ที่ผู้ศึกษาได้ทำการเสนอแก้ไข ไปในประการแรกที่ผ่านมา ดังนั้นหากมีการเปลี่ยนแปลงถ้อยคำตามประกาศกระทรวงดังกล่าวแล้วย่อมจะทำให้ กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศสามารถเข้าทำสัญญาอุมบุญกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้อย่างถูกต้อง ตามกฎหมายและสัญญาดังกล่าวจะเป็นสัญญาที่ถูกต้องสมบูรณ์ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ทุกประการ

ประเด็นปัญหาประการสุดท้ายปัญหาสิทธิความเป็นบิดามารดาของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทาง เพศและการคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการอุมบุญ (เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์) ปัญหาดังกล่าวนี้ เป็นปัญหาที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นหัวใจของการศึกษาเรื่องนี้ย่อมว่าได้ เนื่องจาก พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 นั้นมี วัตถุประสงค์ในการคุ้มครองเด็กที่เกิดขึ้นมาเพื่อให้ได้รับสิทธิต่างๆ เช่นเดียวกับเด็กทุกๆ คน ดังนั้นกฎหมายจึง ต้องมีการคุ้มครองและรับรองเอาไว้อย่างระมัดระวังเป็นที่สุดอีกทั้งเมื่อได้พิจารณาแล้วจะพบว่าในปัจจุบันยังไม่ มีกฎหมายรับรองสิทธิความเป็นบิดามารดาของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศและการคุ้มครองเด็กที่ เกิดจากการอุมบุญของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเอาไว้เฉพาะแต่อย่างใด เพื่อที่จะเป็นบิดา มารดา โดยชอบด้วยกฎหมายอีกทั้งเด็กที่เกิดมาจากการอุมบุญของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่เกิดมาย่อม ไม่ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายเช่นกัน แม้ว่าตามที่ได้ผู้ศึกษาได้ทำการเสนอแนะแนวทางในการ แก้ไขปัญหาไว้ในประการที่ 1-3 ข้างต้นแล้วก็ตามแต่อย่างไรกฎหมายในปัจจุบันก็ยังไม่มีการรับรองสิทธิและ หน้าที่ในความเป็นบิดามารดาต่อบุตรที่เกิดจากการอุมบุญของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ และสิทธิ และหน้าที่ของบุตรต่อบิดามารดาที่เป็นกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศแต่อย่างใด ย่อมทำให้แม้จะมีการ

¹⁰ ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในการให้หญิงอื่นที่ไม่ใช่ญาติสืบสายโลหิตของ สามีหรือภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายรับตั้งครรภ์แทน พ.ศ. 2558

แก้กฎหมายตามที่ผู้ศึกษาได้เสนอไปแล้วก็ตามแต่อย่างไรก็ยังไม่มีการครอบคลุมไปถึงสิทธิดังกล่าวได้ ดังนั้นผู้ศึกษาจึงทำการเสนอแนะแนวทางไว้ดังต่อไปนี้ โดยมีเสนอให้การบัญญัติกฎหมายขึ้นมาโดยเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจกล่าวคือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขโดยประกาศใช้เป็น “ประกาศกระทรวง เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้หญิงอื่นที่ไม่ใช่ญาติสืบสายโลหิต ตั้งครรภ์แทน คู่สมรสที่เป็นกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ” เพื่อเป็นการบัญญัติไว้ถึงสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาที่มีต่อบุตรที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์หรือการอุ้มบุญของกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศไว้ โดยเฉพาะ โดยนำบทแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เกิดข้อขัดกับสิทธิความเป็นบิดามารดาและบุตรมาใช้เพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิและหน้าที่ของบิดาและมารดาและบุตรต่อไป อีกทั้งการอุ้มบุญของกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศนั้นยังเป็นเรื่องที่เพิ่งเกิดขึ้นมาในประเทศไทย ดังนั้นเพื่อให้เป็นการคุ้มครองถึงสิทธิของเด็กที่เกิดมาจากการอุ้มบุญของกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศเพื่อให้ได้รับประโยชน์และได้รับการรับรองและคุ้มครองมากที่สุดดังนั้นตาม “ประกาศกระทรวง เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้หญิงอื่นที่ไม่ใช่ญาติสืบสายโลหิต ตั้งครรภ์แทน คู่สมรสที่เป็นกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศ” สมควรให้อำนาจเจ้าหน้าที่ที่มีส่วนเกี่ยวข้องเข้าทำการตรวจสอบความพร้อมความสามารถและคุณสมบัติของกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศในการที่จะทำการเข้าถึงบริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ กล่าวคือให้มีการยื่นคำร้องต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องและให้เจ้าพนักงานทำการตรวจสอบคุณสมบัติ ต่างๆ ตามที่ประกาศกระทรวงกำหนด อีกทั้งเพื่อเป็นการคุ้มครองเด็กที่เกิดขึ้นมาจากการอุ้มบุญของกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศให้ได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเช่นเดียวกับเด็กคนอื่นๆ ที่เกิดขึ้นมา ดังนั้นรัฐต้องจัดให้มีการตรวจสอบคุณสมบัติของกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศตั้งแต่เริ่มต้นก่อนเข้าสู่กระบวนการตั้งครรภ์แทนหรือการอุ้มบุญไปจนกระทั่งเด็กที่เกิดมานั้นจะบรรลุนิติภาวะ แม้ว่าผู้ศึกษาจะได้ทำการศึกษาถึงความสามารถของกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศในการเลี้ยงดูและทำการอุปการะเลี้ยงดูเด็กได้ และเด็กนั้นมีสุขภาพและสภาพร่างกายและจิตใจที่แข็งแรงสมบูรณ์และมีพัฒนาการที่สูงกว่าเด็กที่เกิดจากครอบครัวพ่อแม่ที่เป็นเพศชายและเพศหญิงปกติก็ตาม แต่อย่างไรเพื่อให้กฎหมายสามารถทำการควบคุมดูแลและเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดของเด็กตามทฤษฎีหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก ดังนั้นจึงสมควรให้เจ้าพนักงานงานมีอำนาจในการพิจารณาถึงความสามารถและความพร้อมในการมีบุตรของกลุ่มบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศเพื่อก่อให้เกิดการคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการอุ้มบุญ (เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์) อย่างดีที่สุดต่อไป

เอกสารอ้างอิง

นาถสินี ยุติธรรมดำรง. “คำบรรยาย (ภาคทบทวน) วิชานิติกรรม.” สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, เนติบัณฑิตยสภา, 18 สิงหาคม 2562.

พระพลกร สุขมงคล (อนุพันธ์). “ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับศีลธรรมจริยธรรม ศาสนา และจารีตประเพณี.” *ธรรมทัศน์* 2559, ฉบับที่ 3 (ธันวาคม 2559): หน้า 285.

สกล หาญสุทธิวัชรินทร์, *ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน* [Online].

Available URL: <https://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/639842>. 2559 (ธันวาคม, 28).

อีเว็ตต์ ตัน. *เกย์ลิงคโพรชนะอุทธรณ์ขอเลี้ยงดูลูกแท้ ๆ ของตัวเองที่เกิดจากการอุ้มบุญ* [Online]. Available

URL: <https://www.bbc.com/thai/international-46591080>, 2561 (ธันวาคม, 17)

กฎหมาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พุทธศักราช 2558

พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พุทธศักราช 2558

ประกาศกระทรวงสาธารณสุขเรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้หญิงอื่นที่ไม่ใช่ญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายรับตั้งครรภ์แทนพ.ศ. 2558