

ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558¹

สิทธิกร หาญลคร²

จากการศึกษาเกี่ยวกับปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ตามการศึกษาอิสระฉบับนี้ มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาเป็นการศึกษาความหมาย ความเป็นมา แนวความคิด และทฤษฎีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ตลอดจนถึงการศึกษาหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ตามกฎหมายของประเทศไทยและต่างประเทศ เพื่อนำมาทำการวิเคราะห์ถึงปัญหาพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 และเพื่อศึกษาถึงในเรื่องของการหาแนวทางการแก้ไขปัญหาที่เหมาะสม

จากการศึกษาทำให้ทราบได้ว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 นั้น ยังมีปัญหาในประเด็นของการบังคับใช้ที่ไม่เสมอภาค เท่าเทียมกัน ซึ่งไม่เป็นไปตามหลักนิติธรรม ไม่สอดคล้องกับบริบทและสภาพของสังคมไทยในปัจจุบัน และมีปัญหาในประเด็นเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ ซึ่งไม่เป็นไปตามหลักสิทธิมนุษยชน อีกทั้ง มีปัญหาประเด็นการรับมรดกแทนที่ภายหลังจากที่สามีหรือภรรยาที่ใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้เสียชีวิต ซึ่งปัญหาของการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้สามารถสรุปใจความสำคัญได้ ดังต่อไปนี้

ประเด็นปัญหาแรก คือ ปัญหาความไม่เสมอภาคของบุคคลที่จะเข้ารับบริการการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 เนื่องจาก มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้ให้คำนิยามที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ ไว้ดังนี้ “เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์” หมายความว่า กรรมวิธีใด ๆ ทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ที่น่าสงสัยและไข่ออกจากร่างกายมนุษย์เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์โดยไม่เป็นไปตามธรรมชาติรวมทั้งการผสมเทียม “การตั้งครรภ์แทน” หมายความว่า การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงเป็นหนังสือไว้กับสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายก่อนตั้งครรภ์ว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ประกอบกับ

¹ บทความนี้เรียบเรียงจากการค้นคว้าอิสระ เรื่อง ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ รองศาสตราจารย์จุฑา วงศ์ทองสรรค์ และคณะกรรมการสอบ คือ รองศาสตราจารย์พิมพ์ใจ รื่นเรือง และรองศาสตราจารย์ประเทือง ธนนิผล

² นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สาขาวิทยบริการเฉลิมพระเกียรติ จังหวัดขอนแก่น มหาวิทยาลัยรามคำแหง

มาตรา 21 ได้บัญญัติไว้ว่า ภายใต้บังคับมาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนอย่างน้อยต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

(1) สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีที่สามีหรือภริยาไม่มีสัญชาติไทย ต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี.....

มาตรา 22 การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัตินี้ให้กระทำได้สองวิธี ดังต่อไปนี้

(1) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีและไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน

จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่า ได้มีการกำหนดให้เฉพาะบุคคลที่เป็นสามีและภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นที่สามารถจะเข้ารับบริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์แพทย์ได้ ซึ่งไม่เปิดโอกาสให้ชายหญิงที่อยู่กันฉันสามีภริยา หรือคู่รักร่วมเพศเข้ารับบริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ อันถือเป็นการจำกัดสิทธิบุคคล แต่เมื่อเปรียบเทียบกับ กฎหมายของต่างประเทศ อาทิ ประเทศประเทศเยอรมนี อนุญาตให้ชายหญิงที่อยู่กันฉันสามีภริยาสามารถนำไข่ และอสุจิ มาผสมเทียมได้ แต่ไม่อนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทน ประเทศฝรั่งเศสการตั้งครรภ์แทนนั้นศาลฎีกาของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้ตัดสินว่าการตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เว้นแต่หากไม่มีประโยชน์ในทางพาณิชย์และคนกลางเข้ามาเกี่ยวข้อง แต่อย่างไรก็ดียังไม่มีกฎหมายเฉพาะสำหรับกรณีการรับตั้งครรภ์แทน ดังนั้นจึงถือว่าหากไม่มีผลประโยชน์ทางพาณิชย์และมีคนกลางเข้ามาเกี่ยวข้องคู่รักทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นคู่สมรสหรือชายหญิงที่อยู่กันฉันสามีภริยาก็มีสิทธิเข้าถึงการรับบริการเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนอย่างเสมอภาคเท่าเทียมด้วยกัน สำหรับกรณีการผสมเทียมโดยทั่วไปนั้น ประเทศฝรั่งเศสมีกฎหมายรองรับการใช้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในการผสมเทียมซึ่งให้สิทธิอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกันอีกเช่นเดียวกันสำหรับคู่รักทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นคู่สมรสหรือชายหญิงที่อยู่กันฉันสามีภริยา ประเทศออสเตรเลีย มีหลายรัฐด้วยกันที่มีกฎหมายเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ซึ่งในประเทศออสเตรเลียนั้นถือว่ามีความทันสมัยของกฎหมายเป็นอย่างมากสำหรับกฎหมายกลางที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ 2 ฉบับ คือ แนวทางการปฏิบัติของคณะกรรมการที่รับรองการใช้เทคโนโลยีเกี่ยวกับการสืบพันธุ์ (Reproductive Technology Accreditation Committee Code of Practice หรือ RTAC) และจรรยาบรรณการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในทางคลินิกและการวิจัย (Ethical Guidelines on the Use of Assisted Reproductive Technology in Clinical Practice and Research) ทั้งนี้ ในแต่ละมลรัฐต่างก็มีการกำหนดกฎเกณฑ์หรือบัญญัติกฎหมายขึ้นมาบังคับใช้ในแต่ละรัฐเอง ซึ่งส่วนใหญ่แล้วเปิดโอกาสให้ทุกคู่รักที่มีภาวะการมีบุตรยาก เข้ารับการบำบัดรักษาภาวะนี้ได้อย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน ซึ่งนิยามศัพท์คำว่า คู่รัก หรือ Partner มีทั้งหมด 2 ประเภท ด้วยกันที่กฎหมายฉบับนี้รองรับ ประเภทแรก คือคู่สมรสที่จดทะเบียนกันตามกฎหมาย และประเภทที่สอง คือ บุคคลที่อยู่กันแบบคู่รักเหมือนกับประเภทแรก อีกทั้งไม่จำกัดเรื่องเพศอีกด้วย ประเทศอังกฤษ มีการตั้งคณะกรรมการอย่างจริงจังในการศึกษาในเชิง

คุณธรรมจริยธรรม ซึ่งเรียกกันสั้น ๆ ว่า “คณะกรรมการวอร์นอก” รายงานว่า “การที่คู่สมรสไม่สามารถมีบุตรด้วยวิธีการตามธรรมชาติถือเป็นความเจ็บป่วยประการหนึ่งที่สมควรได้รับการบำบัดรักษาภายใต้การบริการสาธารณสุขของรัฐ” ด้วยแนวความคิดนี้ อังกฤษนั้นยังถือว่าการเข้ารับการบำบัดรักษานั้น เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างหนึ่งในอังกฤษ ซึ่งรวมถึงภาวะการมีบุตรยากด้วย ซึ่งการบำบัดรักษาเหล่านี้อยู่ในโครงการ “การบริการสุขภาพแห่งชาติ” (National Health Service หรือ NHS) ทั้งสิ้น เห็นความสำคัญของมาตรการการควบคุมและความเหมาะสมของแต่ละคู่รักในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มากกว่าทะเบียนสมรสที่เป็นเพียงกระดาษใบหนึ่งแสดง แต่เพียงสถานะเท่านั้นแต่ไม่ได้บ่งบอกถึงความมั่นคงหรือความแน่นอน

หากพิจารณาจากการศึกษากับกฎหมายเรื่องเดียวกันนี้ของ ต่างประเทศ ซึ่งมีหลายประเทศด้วยกัน ที่มีบทบัญญัติถึงความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันในการเข้ารับบริการการรักษาโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในกฎหมายของแต่ละประเทศที่กล่าวมานั้น มีความสอดคล้องกับหลักนิติธรรมเป็นอย่างมาก เนื่องจากกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้เป็นเรื่องเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่มีความทันสมัย จะเห็นได้ว่ากฎหมายของแต่ละประเทศที่กล่าวมานั้น มีความทันสมัยและเคารพสิทธิของมนุษย์ชนที่ไปในแนวทางเดียวกัน ไม่รัดรอนสิทธิต่างๆของการเข้าถึงการบริการทางการแพทย์ แม้ว่ากระบวนการต่างๆจะไม่ได้สิ่งที่เกิดขึ้นเองตามธรรมชาติเป็นที่ยอมรับว่าวิธีการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เป็นสิ่งที่ถือว่าไม่ใช่สิ่งเป็นไปโดยตามธรรมชาติ แต่ในเมื่อธรรมชาตินั้น บันดาลความสามารถให้เผ่าพันธุ์มนุษย์สืบพันธุ์ได้โดยสมบูรณ์ แต่เมื่อมีความบกพร่องตามธรรมชาติ เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ย่อมเข้ามาช่วยเติมเต็มสิ่งที่ธรรมชาติพรากความสามารถในการมีบุตรของบุคคลเหล่านี้ไป ผู้เขียนจึงเห็นว่ามีความเหมาะสมแล้วที่จะทำให้การให้บริการเหล่านี้ มีความเสมอภาคและเท่าเทียมกันแต่อย่างไรก็ดีการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้น ก็อาจจะมีการใช้ให้เป็นคุณและเป็นโทษได้ จึงอาจจะต้องมีมาตรการต่าง ๆ ที่ควรคำนึงถึงด้านโทษด้วยเช่นกัน

ประเด็นปัญหาที่สอง ปัญหาการยุติการตั้งครรภ์ที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ในมาตรา 26 ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 บัญญัติถึงเงื่อนไขการยุติการตั้งครรภ์แทน ให้สามารถกระทำได้ โดยความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น เช่นนี้ย่อมเห็นได้ว่า การยุติการตั้งครรภ์แทนนั้นจะสามารถกระทำได้อีกต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากบุคคล ได้แก่ 1.สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์ 2.หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเท่านั้น ทั้งนี้ หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ยินยอมยุติการตั้งครรภ์ให้ถือว่าขัดกมลการตั้งครรภ์แทน ตามมาตรา 25 เป็นอันยุติลง และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นไม่ต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายตามข้อตกลงดังกล่าวเช่นนี้ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจึงมีสิทธิที่จะตั้งครรภ์ต่อไปจนคลอดเด็กออกมาได้และเมื่อเด็กคลอดออกมาแล้วเด็กนั้นจะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 29 กำหนดให้ “เด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาค โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะทำโดยการให้ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของสามี

ซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์ หรือให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่น ให้เด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร แม้ว่าสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด” เช่นนี้ย่อมทำให้เกิดปัญหาว่าเด็กที่เกิดจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น ยังคงอยู่ภายใต้อำนาจการปกครองของสามีภริยาที่มีความประสงค์จะให้ยุติการตั้งครรภ์ ซึ่งกล่าวได้ว่า เด็กที่เกิดจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องอยู่ภายใต้อำนาจการปกครองของบิดามารดาที่มีความประสงค์จะมีให้เด็กนั้นเกิดมา จึงย่อมแสดงให้เห็นได้ว่าเด็กที่เกิดมาอาจจะไม่ได้รับความดูแลจากบุคคลที่กฎหมายกำหนดให้เป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย อีกทั้งมิได้มีบัญญัติที่ชัดเจนในการให้อำนาจการปกครองบุตรแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ฉะนั้นหากภายหลังที่เด็กคลอดออกมาแล้วสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายได้มาแสดงตนและขออุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดโดยอ้างสิทธิความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ย่อมทำให้เกิดปัญหาการโต้แย้ง การใช้อำนาจปกครองเด็กกล่าวโดยสรุปได้ว่า จากการพิเคราะห์บทบัญญัติในเรื่องดังกล่าว และหลักสิทธิเด็กซึ่งเป็นสิทธิสากลอันเป็นสิทธิเด็ดขาดที่ต้องได้รับการรับรอง และคุ้มครองอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก จะพบว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้ ยังขาดบทบัญญัติไม่ครอบคลุมถึงสิทธิเด็กที่เกิดโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ทั้งนี้ เนื่องจากบัญญัติฉบับนี้ให้ความสำคัญโดยมุ่งเน้นในด้วยวิธีการเทคโนโลยีทางการแพทย์มากเกินไป จนลืมนึกหลักหลักศีลธรรมอันดีงามของความเป็นมนุษย์ลงไป เมื่อพิจารณาอย่างละเอียดแล้ว จะเห็นว่า การตราพระราชบัญญัตินี้ขึ้นก็เพื่อจะเป็นการให้คุ้มครองเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญและเป็นการเยียวยารักษาภาวะมีบุตรยากของประชาชนในประเทศไทย แต่อย่างไรก็ดีการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้น ถือเป็นการให้กำเนิดมนุษย์โดยไม่เป็นไปตามธรรมชาติ เนื่องจากในการตั้งครรภ์แทน ไข่และอสุจิที่นำมาผสมกันจนเป็นตัวอ่อน จากนั้นจึงนำไปใส่ในหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน แสดงให้เห็นว่า เด็กที่เกิดไม่ได้มีสายโลหิตเดียวกันกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน แต่ถึงกระนั้น ก็ปฏิเสธไม่ได้ว่า ตลอดเวลาที่ตัวอ่อนอยู่ในครรภ์ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ย่อมมีความผูกพันกับเด็กตามสัญชาตญาณของความเป็นแม่ ซึ่งในระหว่างที่ตั้งครรภ์หญิงนั้นต้องคอยระมัดระวังดูแลเอาใจเด็กในครรภ์ จึงเป็นธรรมดาที่จะมีความผูกพันกับเด็กในครรภ์เสมือนหนึ่งว่าเป็นลูกของตนเองและอาจกล่าวได้ว่าในช่วงที่อยู่ระหว่างตั้งครรภ์จนถึงคลอด หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนย่อมมีใกล้ชิดกับเด็กมากกว่า สามีภริยาที่มีความประสงค์ขอให้ตั้งครรภ์แทน แต่ทั้งนี้กลับปรากฏว่าภายหลังจากที่เด็กคลอดแล้ว พระราชบัญญัตินี้ มิได้มีบทบัญญัติที่จะหญิงรับตั้งครรภ์มีความสัมพันธ์ใด ๆ กับเด็กผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า พระราชบัญญัติฉบับนี้มีปัญหาในการกำหนดสิทธิในการดูแลเด็กให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ทั้งนี้ ก็เพื่อประโยชน์และความผาสุกที่จะเกิดแก่เด็กภายหลังจากการคลอด ซึ่งอาจจะถูกสามีภริยาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์ทอดทิ้งหรือเลี้ยงดูอย่างไม่เหมาะสม ดังนั้นการที่ให้ผู้ที่รับตั้งครรภ์แทนเข้ามามีสิทธิในการใช้อำนาจปกครองเด็กเป็นบางกรณีย่อมเป็นการส่งผลดีต่อเด็กมากกว่า

ประเด็นปัญหาที่สาม ปัญหาสิทธิในการรับมรดกของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์หลังจากบิดาหรือมารดาตาย ศึกษากรณีสิทธิการรับมรดกแทนที่

ตามมาตรา 1639 มาตรา 1643 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 20 ตามพระราชบัญญัตินี้ ได้กำหนดเงื่อนไขการผสมเทียมโดยใช้สperm ของผู้บริจาคต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการผสมเทียม

2) มาตรา 22 ตามพระราชบัญญัตินี้ ได้กำหนดเงื่อนไขการตั้งครรภ์แทน ให้สามารถใช้เซลล์สืบพันธุ์ของสามีหรือภริยาคนใดคนหนึ่งผสมกับเซลล์สืบพันธุ์ของบุคคลอื่น แต่บุคคลอื่นนั้นห้ามเป็นของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน

3) มาตรา 29 ตามพระราชบัญญัตินี้ ได้กำหนดให้เด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาคแล้วแต่กรณี โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะกระทำการให้ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์ หรือให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่น ให้เด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วย กฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร แม้ว่าสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติข้างต้น ในกรณีที่มีการใช้เซลล์สืบพันธุ์ของบุคคลอื่นมาผสมกับเซลล์สืบพันธุ์ของสามีหรือภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย จะเห็นได้ว่าเด็กที่เกิดมานั้นย่อมเป็นผู้สืบสายโลหิตที่แท้จริงของฝ่ายชายผู้เป็นสามีหรือหญิงผู้เป็นภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเท่านั้น ดังนั้น จึงเกิดปัญหาว่าเด็กที่เกิดนั้นจะสามารถรับมรดกแทนที่ฝ่ายที่ตนมิได้มีความเกี่ยวข้องทางสายโลหิตหรือสืบสายโลหิตโดยตรงได้หรือไม่ ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นว่าเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งมีการนำเซลล์สืบพันธุ์ของผู้บริจาคมาผสมกับเซลล์สืบพันธุ์ของสามีหรือภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ถึงแม้อีกฝ่ายจะให้ยินยอม ก็ไม่ทำให้เด็กนั้นเป็นบุตรที่สืบสายโลหิตโดยตรงของฝ่ายที่มิได้มีการนำเซลล์สืบพันธุ์มาใช้ และถึงแม้ บทบัญญัติมาตรา 26 ได้กำหนดให้เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรก็ตาม

แต่เมื่อเทียบเคียงคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 733/2528 ซึ่งวินิจฉัยในข้อกฎหมายว่า “บุตรบุญธรรมนั้นกฎหมายถือว่าเป็นผู้สืบสันดานเหมือนกับบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรมมีสิทธิรับมรดกของผู้รับบุตรบุญธรรม แต่บุตรบุญธรรมหาใช่ผู้สืบสันดานโดยตรงตามมาตรา 1643 ย่อมแสดงให้เห็นว่าศาลได้วินิจฉัยถ้อยคำว่า “ผู้สืบสันดานโดยตรง” ที่จะเป็นผู้มีสิทธิรับมรดกแทนที่จะได้นั้น ต้องมีความเกี่ยวข้องทางสายโลหิตกับเจ้ามรดกเท่านั้น เช่นนี้บุตรบุญธรรมแม้กฎหมายจะบัญญัติให้มีสิทธิเสมือนเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรธรรม ก็หาสิทธิรับมรดกแทนที่ผู้รับบุตรบุญธรรมไม่ เช่นนี้บุตรที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ซึ่งมีข้อเท็จจริงและหลักฐานทางพันธุกรรมยืนยันแน่ชัดว่ามีได้มีความเกี่ยวข้องทางสายโลหิตกับสามีหรือภริยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เด็กนั้นจะรับมรดกแทนที่ฝ่ายที่ตนมิได้มีความเกี่ยวข้องทางสายโลหิตหาได้ไม่

ดังนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า ถึงแม้มาตรา 26 จะบัญญัติให้เด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยการเซลล์สืบพันธุ์ของผู้บริจาคมาผสมกับเซลล์สืบพันธุ์ของสามีหรือภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถือเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่ง

ประสงค์จะมีบุตรแต่ก็มีอาจทำให้ความเป็นจริงเปลี่ยนได้ว่าเด็กนั้นไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับสายโลหิตกับฝ่ายที่ไม่ได้ถูกนำเซลล์สืบพันธุ์มาใช้ ดังนั้น เด็กที่เกิดมาจึงไม่มีสิทธิรับมรดกแทนที่ เนื่องจากไม่ได้สืบสายโลหิตโดยตรงกับเจ้ามรดก ตามมาตรา 1643

จากการศึกษาค้นคว้าปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ในการเข้าใช้พื้นที่เพื่อสาธารณูปโภคนี้ ผู้ศึกษาพบว่า มีข้อเสนอแนะอันเป็นแนวทางแก้ไขปัญหาที่เหมาะสม ดังนี้

1.แก้ไขบทบัญญัติมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ซึ่งปัจจุบันบัญญัติว่า

มาตรา 21 ภายใต้บังคับมาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 การดำเนินการให้มี การตั้งครรภ์ แทนอย่างน้อยต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

(1) สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีที่สามีหรือภริยามีได้มีสัญชาติไทย ต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้ว ไม่น้อยกว่าสามปี...

โดยบัญญัติใหม่ว่า “มาตรา 21 ภายใต้บังคับมาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนอย่างน้อยต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

(1) สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายหญิงที่อยู่กินฉันสามีภริยา ซึ่งฝ่ายหญิงไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีที่สามีหรือภริยามีได้มีสัญชาติไทยต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้ว ไม่น้อยกว่าสามปี หรืออยู่กินฉันสามีภริยาไม่น้อยกว่าสามปี...

2 แก้ไขบทบัญญัติ มาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ซึ่งปัจจุบันบัญญัติไว้ว่า

มาตรา 26 การยุติการตั้งครรภ์แทนต้องกระทำโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น เว้นแต่ในกรณีหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ยินยอมให้ถือว่าข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน ตามมาตรา 16 เป็นอันยุติลง และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นไม่ต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายตามข้อตกลงดังกล่าว

การยุติการตั้งครรภ์แทนตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

ให้แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 26 วรรคสาม “การยุติการตั้งครรภ์แทนตามวรรคหนึ่ง หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนปฏิเสธยุติการตั้งครรภ์แทนให้เด็กที่เกิดอยู่ในอำนาจการปกครองของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจนกว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กผู้มีส่วนได้เสียหรือพนักงานอัยการจะร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้ปกครองเด็กและในการตั้งผู้ปกครองดังกล่าวให้ศาลคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กนั้นเป็นสำคัญ”

3 แก้ไขบทบัญญัติ มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ซึ่งปัจจุบันบัญญัติไว้ว่า

มาตรา 29 เด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาค แล้วแต่กรณี โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะกระทำโดยการให้ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์ หรือให้มี การตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่นให้เด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร แม้ว่าสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด

ชายหรือหญิงที่บริจาคอสุจิหรือไข่ซึ่งนำมาใช้ปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์หรือผู้บริจาคตัวอ่อน และเด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่บริจาดังกล่าว ไม่มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก

ให้แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 29 วรรคสาม “อนึ่ง แม้เด็กที่เกิดโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรตามวรรคหนึ่ง แต่ก็ไม่ทำให้เด็กที่เกิดนั้นเป็นผู้สืบสันดานโดยตรงของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ฝ่ายที่มีไข่หรืออสุจิ ของคนไปใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เพื่อให้กำเนิดเด็ก”

เอกสารอ้างอิง

กุลพล พลวัน. **สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก**. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547.

พนัส ติมะเสถียร และคณะ. **สิทธิมนุษยชน : รัฐบาลการสาธารณสุขในสังคมไทย**. กรุงเทพมหานคร:

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538.

เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล. รายงานสรุปและวิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วย
การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. กรุงเทพมหานคร: สำนักส่งเสริมวิชาการรัฐสภา สถาบัน
พระปกเกล้า, 2555.

สำนักอนามัยการเจริญพันธุ์ กรมอนามัย. การให้บริการอนามัยการเจริญพันธุ์ คู่มือ
สำหรับเจ้าหน้าที่สาธารณสุข. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกิจการโรงพิมพ์องค์การสงเคราะห์ทหาร
ผ่านศึก, 2553

กิตติศักดิ์ ปกติ. วิชากฎหมายแพ่งหลักทั่วไป : หลักทั่วไป ว่าด้วยบุคคลธรรมดา
และหลักทั่วไปว่าด้วยนิติบุคคล. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์
วิญญูชน, 2550.

จิต เศรษฐบุตร. การรับมรดกแทนที่. พระนคร: สำนักทำเนียบนายกรัฐมนตรี, 2513.

จิตติ ดิงศกัทธิย์ และไพโรจน์ กัมพูสิริ. กฎหมายลักษณะมรดก รวมหมายเหตุท้าย
คำพิพากษาศาลฎีกา. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.

จารุวรรณ ก้าวหน้าไกล. “สารสมาคมพยาบาลฯ สาขาภาคตะวันออกเฉียงเหนือ.” วารสารสมาคมพยาบาลฯ 30
(ตุลาคม 2555): 13

กิริติ กาญจนรินทร์. “การสืบมรดกตาม ป.พ.พ. มาตรา 1607.” ดุลพาห 55, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2554):
20.

ชัยญลักษณ์ เบญจมนโน เตชะวุฒิพันธุ์. “การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วย
การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ : ศึกษาเปรียบเทียบจากกฎหมายและคำพิพากษาของประเทศ
สหรัฐอเมริกา.” 4, 1 วารสารกฎหมายเปรียบเทียบศาลยุติธรรม 139 (2555): 139-163

นุกุล สัตยวิดิเสรี. “การพิจารณากฎหมายว่าด้วยคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง
การแพทย์ หรือการตั้งครรภ์แทน (กฎหมายอุ้มบุญ).” รัฐสภาสาร 4 (เมษายน 2555): 92-95.

อาทิตย์ กิจระภูมิ. “ปัญหากฎหมายและจริยธรรมกับการคุ้มครองชีวิตอันเกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญ
พันธุ์ทางการแพทย์.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.

ธานี วรภัทร์ และคณะ. รายงานผลการวิจัย เรื่อง ศึกษาและวิเคราะห์การใช้กฎหมายช่วยการเจริญพันธุ์.
กรุงเทพมหานคร: ม.ป.ท., 2561.

คณะอนุกรรมการวิชาการว่าด้วยหลักนิติธรรมแห่งชาติ และคณะอนุกรรมการ
บรรณาธิการหนังสือหลักนิติธรรมในคณะกรรมการอิสระว่าด้วยการส่งเสริมหลักนิติธรรมแห่งชาติ, หลักนิติ
ธรรม The Rule of Law ความหมาย สำคัญ และผลของการฝ่าฝืนหลักนิติธรรม. กรุงเทพมหานคร:
พี เอส พรินติ้งเอนด์ ดีไซน์, 2557.

พิมพ์รณั วรณภีระ และคณะ. การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กับความผิดฐานทำให้แท้ง
ลูก: ศึกษาเฉพาะกรณีปฏิสนธินอกร่างกาย โครงการพัฒนาระบบงานกฎหมาย หลักสูตรการพัฒนา
นิติกระดัดต้น ระหว่งวันที่ 18 พฤศจิกายน-27 ธันวาคม 2556.

สุภักดี จลวิจิตรพงษ์. “ความหวังใหม่ของผู้มีบุตรยาก (ตอนที่ 1)” [Online]. Available URL:

[http://www.si.mahidol.ac.th/th/departement/obstretics_gynecology/
dept_article_detail.asp?a_id=173.](http://www.si.mahidol.ac.th/th/departement/obstretics_gynecology/dept_article_detail.asp?a_id=173)

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วย การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558.

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

คำพิพากษาศาลฎีกา.