

ข้อจำกัดของการอุ้มบุญตามกฎหมายไทย:
ศึกษากรณีผู้ที่มีสิทธิขอให้ดำเนินการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน
Restrictions on Surrogacy under Thai Law:
A Study of People Who Have the Right
to Ask Other Women to Surrogate

(Received: March 16, 2022 Revised: June 20, 2022 Accepted: June 24, 2022)

ปาริชาติ ม่วงศิริ¹
Parichart Moungsiri

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงข้อจำกัดของการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ในแง่มุมมองของผู้ที่มีสิทธิขอให้ดำเนินการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน

จากการศึกษาพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ พบว่าผู้ที่มีสิทธิดำเนินการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนได้หรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่า “อุ้มบุญ” นั้น ได้แก่สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้เท่านั้น อันเป็นการจำกัดสิทธิของผู้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยการอุ้มบุญไว้อย่างแคบ ผลตามกฎหมายดังกล่าวไม่เพียงกระทบต่อสิทธิของผู้ที่ประสงค์จะให้มีการอุ้มบุญเท่านั้น แต่ยังมีผลถึงสิทธิของเด็กที่เกิดจากการอุ้มบุญด้วยเนื่องจากเด็กที่เกิดจากการอุ้มบุญที่มีได้เป็นไปตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัย

¹ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏบ้านสมเด็จเจ้าพระยา Email: pary-nok13@hotmail.com

เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ ย่อมไม่ได้รับสิทธิเช่นเดียวกับเด็กที่เกิดจากการอุ้มบุญภายใต้กฎหมายดังกล่าว

เมื่อพิจารณาถึงความเปลี่ยนแปลงทางสังคมและแนวคิดเรื่องคู่ชีวิตในปัจจุบัน รวมถึงการเรียกร้องเรื่องการสมรสเท่าเทียมแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการทบทวนเกี่ยวกับผู้ที่สามารถขอให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนให้ครอบคลุมถึงกลุ่มบุคคลที่มีใช้สิทธิที่ชอบด้วยกฎหมายแต่ประสงค์จะสร้างครอบครัว อาทิ คู่ชีวิตเพศเดียวกัน ทั้งนี้ เจือใจของบุคคลที่จะขอให้มีการตั้งครรภ์แทน อาจมีการกำหนดให้แตกต่างกันได้โดยยึดถือประโยชน์ของเด็กเป็นสำคัญ

คำสำคัญ: คู่ชีวิต คู่ชีวิตเพศเดียวกัน อุ้มบุญ

Abstract

This article aims to study the limitations of surrogacy under the Protection for Children Born through Assisted Reproductive Technology Act, B.E. 2558 in terms of the right to ask other women to surrogate.

From the study of the Protection for Children Born through Assisted Reproductive Technology Act, B.E. 2558, it was found that those who have been given the right to perform surrogacy for other women, commonly known as “surrogate mothers”, have mainly been lawful spouses whose wives cannot become pregnant. This is a tight restriction on the rights of those who wish to have children. Such legal restrictions affect not only the rights of those wishing to ask other women to surrogate, they also affect the rights of children delivered through surrogacy. This is because children born from surrogacy are not in accordance with the Protection for Children Born through the Assisted Reproductive Technology Act and are not afforded the same rights as children born without a surrogate under the same laws.

While taking into consideration how society often adapts its definitions of a life partner and of an equal marriage, the author bears the opinion that reviewing who should be allowed to request surrogacy including unmarried spouses and families should be taken into consideration as well, for example, same-sex couples. However, each situation should be looked into through a perspective of what may be best for a child’s wellbeing.

Keywords: Life Partner, Same-Sex Couple, Surrogacy.

บทนำ

จากความก้าวหน้าทางวิทยาการและเทคโนโลยีทางการแพทย์ส่งผลให้มีกรนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาช่วยบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของคู่สมรสที่มีบุตรยากซึ่งวิธีการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มีหลากหลายวิธีการ อาทิ การทำกิฟท์ (Generate Intra Fallopiian Transfer – GIFT) วิธีดำเนินการคือนำไข่² ออกจากร่างกายของหญิงและนำอสุจิ³ ออออกมาผสมกัน จากนั้นจึงฉีดเข้าไปในท่อนำไข่หรือมดลูกของหญิงเพื่อให้อสุจิและไข่ผสมกันเองตามธรรมชาติ ในร่างกายของหญิง วิธีการนี้เหมาะกับกรณีฝ่ายชายมีเชื้ออสุจิที่ไม่อ่อนแอมากนักและฝ่ายหญิงมีท่อนำไข่ที่ปกติอย่างน้อยหนึ่งข้าง หรือการทำซิฟท์ (Zygote Intra Fallopiian Transfer – ZIFT) วิธีดำเนินการคล้ายกับการทำกิฟท์ แต่ต่างกันตรงที่การการทำให้ไซและอสุจิมาผสมกันนอกร่างกายของหญิง แล้วจึงนำตัวอ่อนใส่เข้าไปในท่อนำไข่ วิธีการนี้เหมาะกับกรณีที่ฝ่ายชายมีเชื้ออสุจิน้อยกว่าปกติและฝ่ายหญิงท่อนำไข่ไม่ตัน แต่ทำงานไม่ปกตินอกจากนี้ยังมีวิธีการทำเด็กหลอดแก้ว (In Vitro Fertilization and Embryo Transfer – IVF & ET)⁴ วิธีดำเนินการคือนำไข่ของหญิงจำนวนหนึ่ง มาผสมกับอสุจิในจานหรือหลอดแก้ว วิธีการนี้จะทราบผลเลยว่ามีกรปฏิสนธิหรือไม่ เมื่อมีการปฏิสนธิแล้วจะเลี้ยงตัวอ่อนต่อเป็นเวลา 3 ถึง 5 วัน จากนั้นจึงใส่ตัวอ่อนกลับไปนในมดลูกของหญิง วิธีการนี้เหมาะกับกรณีที่ฝ่ายชายมีเชื้ออสุจิไม่แข็งแรงและฝ่ายหญิงมีท่อนำไข่อุดตันทั้งสองข้าง หรือมีผังผืดที่อุ้งเชิงกราน เป็นต้น การดำเนินการเหล่านี้ผู้ประกอบวิชาชีพ

²หมายถึง เซลล์สืบพันธุ์ของเพศหญิง

³หมายถึง เซลล์สืบพันธุ์ของเพศชาย

⁴รศ.ก. (2563). 6 วิธีผสมเทียมสำหรับคนมีลูกยากแต่อยากมีลูก. สืบค้น 5 กันยายน 2563, จาก <https://www.rakluke.com/pregnancy-all/gettingpregnant/item/artificialinsemination.html/>

เวชกรรมต้องดำเนินการตามมาตรฐานและอยู่ภายใต้ประกาศของแพทยสภา⁵ อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริงการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ดังที่กล่าวมานี้มิได้นำมาใช้เฉพาะเพื่อช่วยคู่สมรสที่มีบุตรยากเท่านั้น หากแต่ยังมีการนำมาใช้ในเชิงธุรกิจอัมบุญโดยที่นายทุนต่างชาติเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายเพื่อให้จัดหาหญิงมาตั้งครรภ์ (รับจ้างอัมบุญ) และจ่ายค่าตอบแทนให้แก่หญิงนั้น ดังนี้ การอัมบุญในบางกรณีจึงมีลักษณะส่อไปในทางเพื่อประโยชน์ทางการค้าทั้งการจ่ายค่าตอบแทนเพื่อรับตัวเด็กที่เกิดจากการอัมบุญไป⁶ แม้ว่าในกรณีดังกล่าวต่อมาได้มีคำพิพากษาของศาลเยาวชนและครอบครัวกลางวินิจฉัยว่าเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนทั้ง 13 คนนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์เพศชายที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้น⁷ แต่ก็ยังคงมีข้อสงสัยถึงเหตุจูงใจในการดำเนินการดังกล่าวเพราะเป็นการผิดวิสัยที่บุคคลคนหนึ่งหรือครอบครัวหนึ่งจะต้องการมีบุตรเป็นจำนวนหลายสิบคนในคราวเดียวกัน

กรณีดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดปัญหาตามมาอีกหลายประการ เช่น

1) ปัญหาการทอดทิ้งเด็ก ตัวอย่างกรณีที่เกิดขึ้น คือ มีการรับจ้างอัมบุญของหญิงสาวชาวไทยในประเทศไทย โดยใช้สุจิของชายชาวออสเตรเลียผสมกับไข่ของหญิงสาวชาวจีนต่อมาหญิงที่อัมบุญคลอดเด็กแฝดเป็นทารกชายหญิง แต่เด็กชายเป็นดาวน์ซินโดรม ผู้ว่าจ้างให้อัมบุญจึงรับแต่เด็กหญิง

⁵ประกาศแพทยสภาที่ 1/2540 เรื่องมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ลงวันที่ 22 ตุลาคม 2540 และประกาศแพทยสภาที่ 21/2545 เรื่องมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (ฉบับที่ 2) ลงวันที่ 20 มิถุนายน 2545

⁶ไทยรัฐออนไลน์. (2563). ไทย “อุมตลกโลก” สาวทิวเงินรับจ้างท้อง แฉญี่ปุ่นจ้างอัมบุญทิ้งลูก 13 คน. สืบค้น 10 กันยายน 2563, จาก <https://www.thairath.co.th/news/local/bangkok/1770896/>

⁷ไทยรัฐออนไลน์. (2561). ศาลให้หนุ่มญี่ปุ่น พ่อ ‘13 เด็กอัมบุญ’ รับกลับไปเลี้ยงดู. สืบค้น 8 มกราคม 2565, จาก <https://www.thairath.co.th/news/local/bangkok/1209648>

ไปเลี้ยงดูโดยมิได้รับเด็กชายไปด้วย⁸ เมื่อพิจารณาถึงสถานะและเป้าหมายของหญิงที่รับจ้างอุ้มบุญแล้วมีความเป็นไปได้ที่เด็กชายจะมิได้รับการเลี้ยงดูอย่างเหมาะสมหรืออาจถึงขั้นทอดทิ้งเด็กไปเลยซึ่งทั้งสองกรณีย่อมก่อให้เกิดปัญหาสังคมตามมา

2) ปัญหาเกี่ยวกับการกระทำผิดฐานค้ามนุษย์ เมื่อเทียบเคียงความหมายของการค้ามนุษย์ตามพิธีสารเพื่อการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์โดยเฉพาะสตรีและเด็กเพิ่มเติมอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติ⁹ (Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Person, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime)¹⁰ รวมถึงพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 และ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2560 มาตรา 6 แล้ว การกระทำดังกล่าวย่อมเข้าลักษณะเป็นการค้ามนุษย์อย่างชัดเจน

⁸ไทยรัฐออนไลน์. (2563). ย้อนคดีอุ้มบุญ สาวไทยรับจ้างตั้งครรภ์หวังเงินแสนดังกระฉ่อนสุดดราม่า พรากลูก สืบค้น 8 มกราคม 2565, จาก <https://www.thairath.co.th/news/local/bangkok/1770716>

⁹วิไล ทับสุวรรณ. (2559). การนำการค้ามนุษย์ด้านแรงงานมาเป็นเงื่อนไขในการค้าระหว่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีผลกระทบต่อกฎหมายไทย, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

¹⁰พิธีสารเพื่อการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์โดยเฉพาะสตรีและเด็กเพิ่มเติมอนุสัญญาสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติ (Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Person, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime) ได้กำหนดนิยาม “การค้ามนุษย์” ไว้ในข้อ 3 (Article 3) ซึ่งตาม (b) ให้ถือว่ากรจัดหา ขนส่ง ส่งต่อ การจัดที่อยู่อาศัย หรือการรับไว้ซึ่งเด็กเพื่อความมุ่งประสงค์ในการแสวงหาประโยชน์เป็นการค้ามนุษย์ แม้ว่าจะไม่มีการใช้วิธีการใด ๆ ที่ระบุไว้ใน (a) ของส่วนนี้ด้วยก็ตาม

จากปัญหาหลายประการที่เกิดขึ้นอันเป็นผลจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ส่งผลกระทบต่อสวัสดิภาพของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีดังกล่าว ในการนี้จึงมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 อันเป็นกฎหมายซึ่งมุ่งคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยสาระสำคัญส่วนหนึ่งได้กำหนดสถานะและความเป็นบิดาและมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก¹¹ รวมถึงผู้ปกครองเด็กในกรณีที่สามีและภริยาซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนได้ถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด¹² นอกจากนี้ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ยังมีบทบัญญัติที่ควบคุมการศึกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์การแพทย์เกี่ยวกับตัวอ่อนหรือการนำเทคโนโลยีดังกล่าวไปใช้ในทางที่ไม่ถูกต้องด้วย กล่าวคือ มีการกำหนดสภาพบังคับทั้งกรณีที่เป็นกรณีฝ่าฝืนจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมาย

¹¹พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 29 “เด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาค แล้วแต่กรณี โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะกระทำการให้ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์ หรือให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่น ให้เด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร แม้ว่าสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด ชายหรือหญิงที่บริจาคอสุจิหรือไข่ซึ่งนำมาใช้ปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์หรือผู้บริจาคตัวอ่อนและเด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่บริจาคตกลงกล่าว ไม่มีสิทธิและหน้าที่ระหว่งกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก”

¹²พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 30 “ในกรณีที่สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองเด็กนั้นจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก ผู้มีส่วนได้เสียหรือพนักงานอัยการมีอำนาจร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้ปกครองได้ และในการตั้งผู้ปกครองดังกล่าวให้ศาลคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กนั้นเป็นสำคัญ”

ว่าด้วยวิชาชีพ¹³ และที่เป็นความผิดทางอาญาไว้¹⁴ ในพระราชบัญญัติฯ ดังกล่าวจึงมีบทบัญญัติที่กำหนดว่าการกระทำใดเป็นการฝ่าฝืนจริยธรรม แห่งวิชาชีพเวชกรรมและการกระทำใดที่มีโทษทางอาญา

การที่กฎหมายกำหนดให้การกระทำที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติใด ต้องระวางโทษทางอาญาแสดงให้เห็นถึงความประสงค์ที่จะป้องปราม การกระทำความผิดอย่างเด็ดขาด ฉะนั้น การดำเนินการทั้งหลายที่เกี่ยวกับ เทคโนโลยีดังกล่าวที่พระราชบัญญัติฯ นี้บัญญัติห้ามและมีบทกำหนดโทษไว้ ย่อมเป็นบทบัญญัติที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี ของประชาชน เช่น มาตรา 36 “ห้ามผู้ใดสร้างตัวอ่อนเพื่อใช้ในกิจการใด ๆ เว้นแต่เพื่อใช้บำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย” การฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งมาตรา 36 มีบทกำหนดโทษอยู่ในมาตรา 51 “ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 36 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกิน หกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” หรือมาตรา 38 “ห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการใด ๆ เพื่อมุ่งหมายให้เกิดมนุษย์โดยวิธีการอื่นนอกจากการปฏิสนธิระหว่างอสุจิ กับไข่” การฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งมาตรา 38 มีบทกำหนดโทษอยู่ในมาตรา 53 “ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 38 ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามถึงสิบปีและปรับ ตั้งแต่หกหมื่นถึงสองแสนบาท” เป็นต้น

สำหรับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดย ให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน แม้จะมีขึ้นเพื่อช่วยคู่สมรสที่มีบุตรยากเพื่อให้มีบุตร ตามที่ปรารถนาอันเป็นการเติมเต็มให้แก่ครอบครัวของคู่สมรสเหล่านั้น

¹³พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 45 “ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ใดไม่ปฏิบัติตามมาตรา 16 มาตรา 17 มาตรา 18 มาตรา 19 มาตรา 20 มาตรา 21 มาตรา 22 มาตรา 26 มาตรา 37 หรือมาตรา 42 ให้ถือว่ากระทำการฝ่าฝืนจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพ เวชกรรม”

¹⁴พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 หมวด 6 บทกำหนดโทษ (มาตรา 46-53)

อย่างไรก็ตาม ขอบเขตของการอนุญาตให้ใช้เทคโนโลยีดังกล่าวตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ยังมีได้ตอบสนองต่อความต้องการของบุคคลทุกกลุ่มในสังคม อาทิ คู่ชีวิตที่เป็นเพศเดียวกัน หรือผู้ที่ไม่ประสงค์จะสมรสแต่ต้องการมีบุตร หรือแม้กระทั่งชายหญิงที่เพียงแค่อู่กินร่วมกันฉันสามีภริยาแต่ไม่มีได้จดทะเบียนสมรสตามกฎหมาย ถ้าพิจารณาในประเด็นสิทธิมนุษยชนแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดขอบเขตของการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ มาตรา 21 (1)¹⁵ เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศและสถานะของบุคคลอันเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 27¹⁶ ทั้งนี้ เนื่องจากสิทธิในการสร้างครอบครัว

¹⁵พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 21 “ภายในบังคับมาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนอย่างน้อยต้องเป็นไปตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

(1) สามีและภริยาที่ขอด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีที่สามีหรือภริยามีได้มีสัญชาติไทย ต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี”

¹⁶รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ หรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

หรือการมีบุตรย่อมเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน อีกทั้งยังเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานด้วย¹⁷ ดังนั้น การที่กฎหมายใดกำหนดกฎเกณฑ์อันเป็นการจำกัดสิทธิดังกล่าวของบุคคลบางประเภทย่อมขัดต่อหลักการพื้นฐานในรัฐธรรมนูญซึ่งได้คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนชาวไทยไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 หมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย

เนื้อหา

1. ขอบเขตของการให้หญิงอื่นตั้งครรรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 21 บัญญัติว่า “ภายในบังคับ มาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 การดำเนินการให้มีการตั้งครรรภ์แทนอย่างน้อยต้องเป็นไปตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

(1) สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรรภ์แทน ต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีที่มีสามีหรือภริยามิได้มีสัญชาติไทย ต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี

บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม”

¹⁷ พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร. (2562). ตำรากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล Textbook on Private International Law : เรื่องจริงของชีวิตระหว่างประเทศของเอกชนที่เกี่ยวข้องกับประเทศไทย True Story of International Life of Private Persons concerning Thailand. กรุงเทพฯ: เดือนตุลา.

(2) หอจึ่งที่รับตั้งครรรค์แทนต้องมิใช่บุพการีหรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายตาม (1)

(3) หอจึ่งที่รับตั้งครรรค์แทนต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายตาม (1) ในกรณีที่ไม่มียุติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ให้หอจึ่งอื่นรับตั้งครรรค์แทนได้ ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขกำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการ¹⁸

(4) หอจึ่งที่รับตั้งครรรค์แทนต้องเป็นหอจึ่งที่เคยมีบุตรมาก่อนแล้วเท่านั้น ถ้าหอจึ่งนั้นมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินฉันทันสามีภริยา จะต้องได้รับความยินยอมจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายดังกล่าวด้วย”

จากบทบัญญัติดังกล่าว ผู้ที่ขอให้ดำเนินการเพื่อให้มีการตั้งครรรค์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 นี้ ย่อมจำกัดเฉพาะสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรรค์ได้เท่านั้น โดยกำหนดเงื่อนไขในส่วนของสามีและภริยาเพียงว่า ถ้าสามีและภริยามีสัญชาติไทยสามารถขอให้ดำเนินการดังกล่าวได้โดยไม่ต้องคำนึงว่าจะสมรสมาแล้วเป็นระยะเวลาเท่าใด แต่หากสามีหรือภริยานั้นมิได้มีสัญชาติไทยจะต้องสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปีจึงจะขอให้ดำเนินการดังกล่าวได้ กรณีนี้เป็นการป้องกันมิให้มีการสมรสเพื่อขอให้ดำเนินการตั้งครรรค์แทน

นอกจากเงื่อนไขที่เกี่ยวกับผู้ขอให้มีการตั้งครรรค์แทนแล้ว การขอให้มีการตั้งครรรค์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ยังมีเงื่อนไขในส่วนที่เกี่ยวกับตัวของหอจึ่งที่จะตั้งครรรค์แทนด้วย ได้แก่

¹⁸ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้หอจึ่งอื่นที่มิใช่ญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายรับตั้งครรรค์แทน พ.ศ. 2558

1) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีใบบุพการีหรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ขอให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้น (มาตรา 21 (2))

2) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ขอให้ดำเนินการตั้งครรภ์แทน แต่ในกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิตดังกล่าว สามารถขอให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนได้ภายใต้หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนด (มาตรา 21 (3)) ในกรณีนี้ ได้มีการออกประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้หญิงอื่นที่มีใช้ญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายรับตั้งครรภ์แทน พ.ศ. 2558 รองรับเรื่องนี้ไว้แล้ว โดยในข้อ 4 กำหนดว่า ในกรณีที่สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตร โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ไม่มีญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย สามารถให้หญิงอื่นที่มีใช้ญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาดังกล่าวรับตั้งครรภ์แทนได้ ทั้งนี้ โดยได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ นอกจากนี้ ในประกาศกระทรวงสาธารณสุขฉบับดังกล่าวยังได้กำหนดคุณสมบัติของหญิงอื่นที่จะรับตั้งครรภ์แทนไว้ในข้อที่ 5¹⁹ ด้วย

¹⁹ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้หญิงอื่นที่มีใช้ญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายรับตั้งครรภ์แทน พ.ศ. 2558 ข้อ 5 “หญิงอื่นที่มีใช้ญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่รับตั้งครรภ์แทนจะต้องเป็นผู้มีคุณสมบัติ ดังต่อไปนี้

5.1 มีสัญชาติเดียวกันกับสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตร โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน

5.2 มีอายุไม่ต่ำกว่า 20 ปีบริบูรณ์และไม่เกิน 40 ปีบริบูรณ์ และเคยมีบุตรมาแล้ว โดยการคลอดตามธรรมชาติไม่เกิน 3 ครั้ง หรือในกรณีที่ผ่าคลอดไม่เกิน 1 ครั้ง

5.3 เป็นผู้ที่มีสุขภาพร่างกายและจิตใจแข็งแรงสมบูรณ์ดี โดยผ่านการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกายจิตใจ และสภาพแวดล้อม ทั้งนี้ ตามที่แพทยสภาประกาศ

อย่างไรก็ตาม การกำหนดให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ขอให้ดำเนินการตั้งครรภ์แทนนั้น มิได้มีการให้คำนิยามศัพท์คำว่า “ญาติสืบสายโลหิต” ไว้เป็นการเฉพาะ จึงอาจทำให้เกิดข้อโต้เถียงในทางปฏิบัติได้ว่าต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตใกล้ชิดแค่ไหนเพียงใด อาทิ พี่น้องร่วมบิดามารดา หรือพี่น้องร่วมบิดาหรือมารดา หรือลุง ป้า น้า อา เหล่านี้ย่อมนับได้ว่าเป็นญาติสืบสายโลหิต แต่ความสัมพันธ์ทางเครือญาติของสังคมไทยนับความสัมพันธ์ค่อนข้างกว้างขวาง อาทิ ลูกของลุง ป้า น้า หรืออา (ลูกพี่ลูกน้อง) ลูกของพี่น้องร่วมบิดาหรือมารดา (หลาน) เหล่านี้จะนับว่าเป็นญาติสืบสายโลหิตตามมาตรา 21 (3) ได้หรือไม่ก็นั้นอาจต้องรอบรรทัดฐานทางปฏิบัติของประกาศกระทรวงสาธารณสุข หรือคำพิพากษาของศาลต่อไป

3) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นหญิงที่เคยมีบุตรมาก่อนแล้วเท่านั้น และถ้าหญิงนั้นมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือได้อยู่กินฉันสามีภริยากับชายก็ต้องได้รับความยินยอมจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินกับหญิงนั้นด้วย (มาตรา 21 (4))

นอกจากข้อจำกัดและเงื่อนไขในการขอให้มีการตั้งครรภ์แทนเกี่ยวกับตัวบุคคลตั้งที่กล่าวมาข้างต้น การขอให้ดำเนินการตั้งครรภ์แทนยังมีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ตัวอ่อนว่าต้องเป็นตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีและไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน

กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขสำหรับการตรวจประเมินความพร้อมทางด้านร่างกายจิตใจและสภาพแวดล้อมของผู้ขอรับบริการหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ ที่จะนำมาใช้ดำเนินการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

5.4 เป็นผู้ได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินฉันสามีภริยา

5.5 มีหนังสือแสดงความยินยอมให้มีการตั้งครรภ์แทนพร้อมเอกสารตามแบบ คทพ.

1 ท้ายประกาศนี้

ตามมาตรา 22 (1) หรือเป็นตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีกับไข่ของหญิงอื่น หรือเกิดจากไข่ของภริยากับอสุจิของผู้อื่นตามมาตรา 22 (2) โดยห้ามมิให้ ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภแทนในการดำเนินการ

2. ข้อจำกัดของการให้หญิงอื่นตั้งครรภแทนตามพระราชบัญญัติ คຸ່ມครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

จากการศึกษาขอบเขตการให้หญิงอื่นตั้งครรภแทนตาม พระราชบัญญัติคຸ່ມครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ทางการแพทย์ฯ ปรากฏว่า มีข้อจำกัดของผู้ที่มีสิทธิขอให้หญิงอื่นตั้งครรภแทน ที่ไม่สามารถใช้ได้หลายกรณี ได้แก่ กรณีคู่ชีวิตที่เป็นเพศเดียวกัน กรณี ชายหญิงที่อยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยา รวมถึงกรณีที่ชายหรือหญิงที่ไม่มี คู่สมรสหรือคู่ชีวิตแต่ประสงค์จะมีบุตร กรณีเหล่านี้ไม่อยู่ในขอบข่ายที่จะ ขอให้หญิงอื่นตั้งครรภแทนตามกฎหมายได้ แม้บุคคลดังกล่าวสามารถดำเนินการ ให้มีการตั้งครรภแทนหรืออุ้มบุญโดยชอบด้วยกฎหมายที่ต่างประเทศ และรับเด็กมาอุปการะและจดทะเบียนรับเป็นบุตรบุญธรรมที่ประเทศไทย แต่สิทธิที่เด็กในกรณีนี้ได้รับย่อมไม่เท่ากับสิทธิของเด็กที่เกิดภายใต้เงื่อนไข ของพระราชบัญญัติคຸ່ມครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ทางการแพทย์ฯ ข้อจำกัดในกรณีดังกล่าวข้างต้นย่อมไม่สอดคล้องเหมาะสม กับยุคสมัยและไม่ทันต่อการเปลี่ยนแปลงของกฎหมายที่จะมีผลบังคับใช้ ในอนาคต โดยมีข้อสังเกตเพิ่มเติมดังนี้

1) กรณีคู่ชีวิตที่เป็นเพศเดียวกัน แม้ประสงค์จะมีบุตรก็ไม่อยู่ใน ขอบเขตของการให้หญิงอื่นตั้งครรภแทนตามพระราชบัญญัติคຸ່ມครองเด็ก ที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ ดังนั้น หากมี การดำเนินการให้หญิงอื่นตั้งครรภแทนแล้ว แม้จะใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิ ของชายหรือไข่ของหญิงของคู่ชีวิตที่เป็นเพศเดียวกันคนใดคนหนึ่งก็ตาม

เด็กที่เกิดมาย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ มาตรา 29 วรรคหนึ่ง กล่าวคือ เด็กจะมีใบบุตรชอบด้วยกฎหมายของคูชีวิตที่ประสงค์จะมีบุตร แต่จะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเพราะเป็นมารดาผู้ให้กำเนิด ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักการเป็นมารดา ที่ชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1546

จากสภาพสังคมของประเทศไทยในปัจจุบันที่เปิดกว้างและให้การยอมรับการอยู่ร่วมกันของคู่รักที่มีเพศเดียวกันมากขึ้นทำให้มีการผลักดันกฎหมายที่รองรับสิทธิของคู่รักเหล่านั้น กระทั่งมีร่างพระราชบัญญัติคูชีวิต พ.ศ. ... รวมถึงร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. ... ที่ผ่านความเห็นชอบของที่ประชุมคณะรัฐมนตรีเป็นที่เรียบร้อยแล้วแสดงให้เห็นถึงแนวคิดที่ยอมรับการอยู่ร่วมกันหรือการสร้างครอบครัวของคู่รักที่มีเพศเดียวกัน (ต่อไปในบทความนี้ผู้เขียนขอใช้ถ้อยคำว่า “คูชีวิต” ตามร่างพระราชบัญญัติคูชีวิต พ.ศ. ...) แม้ว่าตามเนื้อหาในร่างกฎหมายดังกล่าว²⁰ จะกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคูชีวิตไว้ค่อนข้างสอดคล้องกับสิทธิของคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่เมื่อพิจารณาถึงสิทธิของการเป็นคูชีวิตตามกฎหมายอื่นยังคงมีข้อจำกัดอยู่พอสมควร และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในเรื่องการมีบุตร เมื่อคูชีวิตมีเพศเดียวกันโดยกำเนิดย่อมไม่สามารถมีบุตรได้เองตามวิถีทางปกติธรรมชาติ อีกทั้งยังไม่สามารถดำเนินการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ ได้ เนื่องจากผู้ที่ขอให้ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนได้นั้นต้องเป็น “สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย” ซึ่งการที่กฎหมายบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำดังนี้คงมีความมุ่งหมายให้หมายรวมถึงเฉพาะสามีและภริยาตามประมวลกฎหมาย

²⁰ร่างฉบับที่คณะรัฐมนตรีอนุมัติหลักการ (เสนอโดยพรรคประชาธิปัตย์) และอยู่ระหว่างรับฟังความคิดเห็นทางกฎหมาย ดำเนินการโดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

แพ่งและพาณิชย์เท่านั้น โดยไม่มีการบัญญัติถึงข้อยกเว้นแต่อย่างใดเลย ในขณะที่มีกฎหมายของบางประเทศให้การยอมรับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันและบางประเทศให้ความสำคัญคุ้มครองไปถึงสิทธิในการมีบุตรของคู่ชีวิตเหล่านั้นด้วย ผู้เขียนขอยกกรณีตัวอย่างดังนี้

มลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายครอบครัวของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย²¹ กำหนดให้คู่ชีวิตที่จดทะเบียนตามกฎหมายทั้งในสหรัฐอเมริกาหรือจดทะเบียนตามกฎหมายของประเทศอื่นที่ประสงค์จะมีบุตรสามารถใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้²² นอกจากนี้ยังมีมลรัฐอิลลินอยส์ที่มีกฎหมายรองรับการสมรสของคู่ชีวิตเพศเดียวกัน²³ และอนุญาตให้บุคคลดังกล่าวรวมถึงคู่รักหรือคนโสดสามารถดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนได้²⁴ อย่างไรก็ตาม มีบางมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา กำหนดให้สัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นโมฆะ²⁵ หรือจะทำได้ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยหากไม่ดำเนินการตามเงื่อนไขดังกล่าวสัญญาตั้งครรภ์แทนจะตกเป็นโมฆะ และผู้กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าวจะมีโทษทางอาญาทั้งโทษจำคุกและโทษปรับด้วย อาทิ มลรัฐนิวเจอร์ซีย์และมลรัฐมิชิแกน เป็นต้น²⁶

²¹Section 7613.5 (e) (1) of California Family Code

²²ปริญญาภัทร์ ณ สงขลา. (2558). การรับรองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์.

²³Richard A. Wilson, (2014). Same sex Marriage Comes to Illinois. Retrieved 24 June 2022, from <https://www.isba.org/ibj/2014/08/same-sexmarriagecomesillinois>

²⁴Guide to State Surrogacy Laws. Retrieved 24 June 2022, from <https://www.americanprogress.org/article/guide-to-state-surrogacy-laws/>

²⁵บุณยราศรี เกิดโชค. (2559). ปัญหาผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

²⁶อ้างแล้ว เิงอรธที่ 24

สหราชอาณาจักร มีกฎหมายที่รับรองการเป็นคู่ชีวิตของบุคคลเพศเดียวกัน²⁷ แม้กฎหมายของประเทศอังกฤษจะไม่อนุญาตให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนหรืออุ้มบุญ ซึ่งเป็นการห้ามมิให้กระทำในเชิงพาณิชย์ แต่มิได้ห้ามดำเนินการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนหรืออุ้มบุญเป็นการเด็ดขาด กล่าวคือ หากมิได้กระทำในเชิงพาณิชย์แล้วย่อมไม่ต้องห้าม²⁸ โดยกำหนดให้เด็กที่เกิดจากการอุ้มบุญเป็นบุตรของหญิงที่ให้กำเนิด²⁹ เป็นการถือตามหลักการให้กำเนิดนั่นเอง ดังนั้น หญิงที่คลอดเด็กออกมาจึงเป็นมารดาของเด็กตามกฎหมาย ซึ่งจะเกิดผลดังนี้ ถ้าคู่ชีวิตเป็นเพศหญิงด้วยกัน และมีคนหนึ่งตั้งครรภ์เองโดยการขอรับบริจาคอสุจิจากผู้อื่น หญิงที่ตั้งครรภ์นั้น ย่อมเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ส่วนหญิงคู่ชีวิตฝ่ายที่ไม่ได้ตั้งครรภ์ ต้องดำเนินการทางศาลจึงจะมีอำนาจปกครองบุตร แต่ถ้าคู่ชีวิตเป็นชายด้วยกัน และขอให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน เด็กที่เกิดมาจะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน ส่วนคู่ชีวิตที่ขอให้มีการตั้งครรภ์แทนจะมีอำนาจปกครองเด็กต่อเมื่อศาลพิจารณาให้เด็กอยู่ในอำนาจปกครองของคู่ชีวิตที่ขอให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นเสียก่อน³⁰ ทั้งนี้ การที่คู่ชีวิตจะได้อำนาจปกครองเด็กก็ต่อเมื่อศาลพิจารณาแล้วมีคำสั่งให้เท่านั้น เท่ากับว่ากรณีของประเทศอังกฤษ การที่คู่ชีวิตที่มีเพศเดียวกันดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน มีโอกาสที่จะไม่ได้อำนาจปกครองเด็กตามกฎหมาย หากศาลพิจารณาแล้ว

²⁷Marriage (Same Sex Couples) Act 2013

²⁸The Surrogacy Arrangement Act 1985

²⁹Human Fertilisation and Embryology Act

³⁰เทียบเคียงจากคดี Re C (A Minor) (Wardship : Surrogacy) ซึ่งเป็นคดีที่คู่สมรสชายหญิงชาติอื่นเดินทางมาให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนในประเทศอังกฤษ โดยใช้เชื้ออสุจิของสามีผสมกับไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ต่อมาคู่สมรสดังกล่าวได้ยื่นคำร้องขอเป็นผู้ปกครองของเด็กและศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเต็มใจสละสิทธิทางกฎหมายที่มีต่อเด็กและคู่สมรสขอให้ดำเนินการตั้งครรภ์แทนนั้นมีความเหมาะสมและเป็นผู้จัดการต่าง ๆ รวมถึงการออกค่าใช้จ่ายเพื่อให้เด็กเกิดมา ศาลจึงมีคำสั่งให้คู่สมรสดังกล่าวเป็นผู้ปกครองของเด็ก

เห็นว่าไม่ควรให้คู่ชีวิตดังกล่าวมีอำนาจปกครองและดูแลเด็ก ดังนี้ เท่ากับว่าอำนาจปกครองเด็กยังคงอยู่ที่หญิงผู้ให้กำเนิดเด็กนั้น

ไต้หวัน (Republic of China) ไต้หวันเป็นประเทศแรกในทวีปเอเชียที่มีกฎหมายรับรองสิทธิให้คนเพศเดียวกันเป็นคู่ชีวิตกันโดยชอบด้วยกฎหมายได้ แต่ก็มีได้ให้สิทธิในการให้คู่ชีวิตดังกล่าวดำเนินการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนได้ เพียงแต่ให้สิทธิในการร่วมกันรับเลี้ยงเด็กเป็นบุตรบุญธรรมเท่านั้น³¹ ดังนั้น หากคู่ชีวิตที่เป็นชายกับชายต้องการมีบุตรที่มีความเกี่ยวข้องกันทางพันธุกรรมจึงต้องไปดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนหรืออุ้มบุญโดยใช้เชื้ออสุจิของคนใดคนหนึ่งผสมเทียมซึ่งจะใช้ไข่ของผู้รับบริจาคหรือของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็ขึ้นอยู่กับกฎหมายของประเทศที่ไปดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นด้วย จากนั้นจึงค่อยพาเด็กกลับประเทศไต้หวันและจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม

จากกรณีตัวอย่างดังกล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นว่าแม้มีกฎหมายยอมรับสิทธิของคู่ชีวิตแล้วก็ตาม แต่สิทธิในการมีบุตรของบุคคลดังกล่าวก็ยังคงมีข้อจำกัดอยู่ อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยเหล่านี้ส่วนให้สิทธิแก่บุคคลในการเป็นคู่ชีวิตกันโดยให้สิทธิในทางที่กว้างกว่ากฎหมายของประเทศไทยในปัจจุบัน ซึ่งขณะนี้คงมีเพียงร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ... เท่านั้น แต่หากมีการประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้ก็คงส่งผลในเรื่องของการมีบุตรทำนองเดียวกับกฎหมายในประเทศไต้หวันเท่านั้น กล่าวคือ หากคู่ชีวิตเป็นเพศเดียวกัน ไม่ว่าจะจะเป็นชายกับชายหรือหญิงกับหญิง หากประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนย่อมไม่สามารถกระทำได้เพราะไม่เข้าเงื่อนไขการดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

³¹Adam K.D., & Victoria H., (2020). Same-sex marriage, one year later. Retrieved 10 January 2022, from <https://www.taipeitimes.com/News/editorials/archives/2020/05/17/2003736539>

พ.ศ. 2558 ดังนี้ เด็กที่เกิดมาย่อมเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน กรณีนี้เป็นที่น่าสังเกตว่าไม่น่าจะนำบทเฉพาะกาลตามมาตรา 56 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ มาปรับใช้แก่กรณีดังเช่นคำพิพากษาฎีกาที่ 2199/2561³² ได้ เพราะมิใช่เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนก่อนพระราชบัญญัติฉบับนี้มีผลใช้บังคับ อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี หากภายหลังจากนี้มีข้อเท็จจริงดังนี้เกิดขึ้นอีกย่อมเป็นที่น่าสนใจว่าศาลจะวินิจฉัยกรณีดังกล่าวอย่างไร

³²คำพิพากษาฎีกาที่ 2199/2561 แม้ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 56 ให้เฉพาะสามีหรือภริยาคนใดคนหนึ่งดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่ว่าจะเป็นสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เป็นผู้มียศที่ยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน แต่ผู้ร้องเป็นเจ้าของอสุจิที่เข้าผสมกับไข่ของหญิงที่บริจาคจนปฏิสนธิเป็นตัวอ่อน (Donate Embryo Surrogacy) แล้วนำไปฝังในโพรงมดลูกของผู้คัดค้าน (In Vitro Fertilisation Surrogacy) ผู้ร้องจึงมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กหญิง ค. (Genetic-Based Parenthood) ในฐานะเป็นบิดาจึงเป็นกรณีที่ไม่ใช่บทกฎหมายเฉพาะที่บัญญัติให้สิทธิของผู้ร้องไว้โดยตรง ต้องอาศัยบทเฉพาะกาลตามมาตรา 56 มาวินิจฉัยอย่างบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง เมื่อผู้ร้องเป็นบิดาที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนจนกระทั่งได้มีการคลอดเด็กหญิง ค. ก่อนวันที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มีผลใช้บังคับ ผู้ร้องย่อมมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งว่าเด็กหญิง ค. เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้ร้อง

ผู้ร้องมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กหญิง ค. ในฐานะบิดา ผู้คัดค้านไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กหญิง ค. แต่ผู้คัดค้านเป็นหญิงที่อุทิศร่างกายตั้งครรภ์เป็นเวลาเก้าเดือนและให้กำเนิดเด็กหญิง ค. ย่อมมีสถานะเป็นมารดาของเด็กหญิง ค. แต่การวินิจฉัยเรื่องอำนาจปกครองบุตรนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1566 วรรคสอง บัญญัติว่าอำนาจปกครองอยู่กับบิดาหรือมารดาในกรณีดังต่อไปนี้ (5) ศาลสั่งให้อำนาจปกครองอยู่กับบิดาหรือมารดา โดยมีกฎหมายเฉพาะคือพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ฯ มาตรา 29 เมื่อกรณีผู้ร้องกับเด็กหญิง ค. อยู่ในบังคับของบทเฉพาะการตามพระราชบัญญัติดังกล่าวอย่างบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ศาลย่อมมีอำนาจอาศัยมาตรา 29 ประกอบประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1566 วรรคสอง (5) สั่งให้อำนาจปกครองอยู่กับผู้ร้องเพียงฝ่ายเดียว

และหากผลการวินิจฉัยเป็นไปในทางตรงกันข้ามกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2199/2561 เท่ากับว่ามาตรฐานการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่มีได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขในกฎหมายอยู่ในระดับที่ต่ำกว่าก่อนมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 เสียอีก

2) กรณีชายหญิงที่เพียงแต่อยู่กินร่วมกันฉันสามีภรรยาแต่มีได้จดทะเบียนสมรสกัน แม้มีความประสงค์จะสร้างครอบครัวร่วมกันก็ไม่มีสถานะทางกฎหมายรองรับในความสัมพันธ์ดังกล่าว ผลคือหาก ทั้งคู่มีบุตร บุตรที่เกิดมาจะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของภรรยาเท่านั้น³³ ชายผู้เป็นสามีไม่มีความผูกพันตามกฎหมายต่อบุตร และไม่มีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตร ในกรณีนี้ สิทธิที่บุตรจะได้รับจากบิดาคงมีเพียงสิทธิในการรับมรดกเท่านั้น³⁴ และถ้าชายหญิงดังกล่าวมีภาวะมีบุตรยากและประสงค์จะใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนย่อมไม่สามารถทำได้เพราะไม่อยู่ในเงื่อนไขของการดำเนินการให้ตั้งครรภ์แทน นอกจากนี้ กรณีของชายหรือหญิงที่ไม่มีคู่สมรสแต่ประสงค์จะมีบุตรก็ไม่สามารถขอให้ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนได้เช่นกันเพราะไม่เข้าเงื่อนไขข้อดังกล่าว

ในเรื่องการขอให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยผู้ที่มีคู่สมรสตามกฎหมาย ในบางประเทศมีกฎหมายที่ยอมให้ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนได้ แม้ว่า จะเป็น คนโสด หรือ คู่ชายหญิง ที่มีได้สมรสกันตามกฎหมาย อาทิ กฎหมายครอบครัวของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ซึ่งกำหนดเพียงว่า “ผู้ที่ประสงค์จะมีบุตร หมายถึง คนโสด คู่สมรส หรือคู่ที่มีได้สมรสกันตามกฎหมาย...”³⁵

³³ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1546

³⁴ บุตรที่เกิดจากบิดามารดามีได้จดทะเบียนสมรสกันย่อมมีสิทธิรับมรดกของบิดาในฐานะที่เป็นบุตรนอกกฎหมายที่บิดารับรองแล้วซึ่งมีสถานะเป็นผู้สืบสันดานและเป็นทายาทที่มีสิทธิรับมรดกของบิดา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1627 และ 1629 (1)

³⁵Section 7960 (c) of California Family Code: “Intended Parent” means an individual, married or unmarried, who manifests the intent to be legally bound as the parent of a child resulting from assisted reproduction.

แสดงให้เห็นว่าผู้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จะเป็นคนโสด คู่สมรส หรือคู่รักที่มีได้สมรสกันตามกฎหมายก็ได้ หรือกฎหมายของมลรัฐนิวแฮมเชียร์ที่บัญญัติเกี่ยวกับสัญญาให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนก็มีได้กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับผู้ที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนไว้ว่าต้องเป็นชายหรือหญิงหรือต้องเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายไว้อย่างชัดเจนเท่ากับว่าผู้ที่ขอให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนนั้นอาจเป็นคนโสดหรือชายหญิงที่มีได้สมรสกันตามกฎหมายก็ได้³⁶ เป็นต้น แต่ก็มีกฎหมายครอบครัวของมลรัฐอื่น ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนโดยผู้ที่ประสงค์จะมีบุตรต้องเป็นคู่สมรสกันตามกฎหมายเท่านั้น อาทิ มลรัฐเท็กซัส³⁷ เป็นต้น ในขณะที่กฎหมายในอีกหลายประเทศห้ามมิให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยเด็ดขาด กล่าวคือไม่ว่าจะเป็นคู่สมรสชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม หรือเป็นคู่ชีวิตเพศเดียวกัน หรือเป็นคนโสด ก็ไม่สามารถขอให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้เลย อาทิ ประเทศฝรั่งเศส เยอรมนี ไต้หวัน³⁸ รวมถึงในบางมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา เช่น แอริโซนา และวอชิงตัน ดีซี³⁹ เป็นต้น

³⁶NH Stat Section 168-B:1 Definitions. In this chapter: X. “Gestational carrier agreement” means a written contract between the gestational carrier, her spouse or partner, if any, and the intended parent or parents, that sets forth the obligations, rights, and duties of the parties to a gestational carrier arrangement.

³⁷Uniform parentage Act Sec. 160.754 (b) the intend parents must be married to each other. Each intended parent must be a party to the gestation agreement.

³⁸Rik Glauert, Taiwan emerges as new market for LGBT+ surrogacy after gay marriage law [Online], 27 September 2020. Available from: <https://www.reuters.com/article/us-taiwan-lgbt-familyplanning-feature-tr-idUSKBN1YR02P>

³⁹อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 24

ด้วยสภาพสังคมในปัจจุบันเป็นที่น่าสังเกตว่าเด็กจำเป็นต้องมีบิดาและมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นเพศชายและหญิงตามปกติหรือไม่ที่จะสามารถเลี้ยงดูเด็กให้มีคุณภาพชีวิตที่ดี ได้รับการศึกษาที่ดี กระทั่งเติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่มีคุณภาพในสังคมต่อไป กรณีชายโสดหรือหญิงโสดแต่ประสงค์จะมีบุตรหากดำเนินการโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์แล้ว เด็กที่เกิดมาย่อมมีเพียงบิดาหรือมารดาเพียงคนเดียวซึ่งมีลักษณะครอบครัวไม่ต่างจากพ่อเลี้ยงเดี่ยวหรือแม่เลี้ยงเดี่ยวในปัจจุบันซึ่งมีตัวอย่างให้เห็นมากมายในสังคมว่าเด็กที่ได้รับการเลี้ยงดูอย่างดีจากพ่อหรือแม่ในกรณีดังกล่าวก็สามารถเติบโตและได้รับการยอมรับจากสังคมได้ แต่ในกรณีของคุณชีวิตที่มีเพศเดียวกันที่ขอให้มีการตั้งครรรภ์แทนอาจจะยังไม่เปิดกว้างในสังคมไทย เมื่อเด็กมีผู้ปกครองสองคนซึ่งเป็นชายและชาย หรือหญิงและหญิง ที่เป็นคู่ชีวิตเพศเดียวกันและกฎหมายยอมให้กลุ่มคนเหล่านี้ขอให้หญิงอื่นตั้งครรรภ์แทนได้ ผู้เขียนเห็นว่ากรณีนี้อาจจะเป็นเรื่องใหม่สำหรับสังคมไทยแต่เชื่อว่าด้วยสภาพสังคมไทยที่ยอมรับความแตกต่างและปรับตัวกับความเปลี่ยนแปลงใหม่ ๆ ได้อย่างรวดเร็วน่าจะเกิดการยอมรับในสถานะและความสัมพันธ์ดังกล่าวได้อย่างไม่ยากนัก

นอกจากนี้ ยังไม่มีหลักฐานยืนยันเป็นที่ประจักษ์หรือมีงานวิจัยใดที่ชี้ชัดว่าเด็กที่เกิดจากการอุ้มบุญและมีผู้ปกครองเป็นคู่ชีวิตเพศเดียวกัน มีอัตราการเติบโต มีสุขภาพจิต หรือมีความสุขในการดำเนินชีวิตน้อยกว่าเด็กที่เกิดจากครอบครัวที่มีพ่อแม่เป็นเพศชายหญิง รวมถึงไม่มีหลักฐานยืนยันด้วยว่าเด็กที่เกิดจากครอบครัวดังกล่าวมีความสับสนทางเพศของตนเอง⁴⁰ ดังนั้นแล้ว ย่อมไม่อาจอ้างเหตุดังกล่าวเพื่อปิดกั้นสิทธิในการมีบุตรของกลุ่มคนทั้งหลายที่ได้กล่าวมาข้างต้น

⁴⁰Meezan, W., & Rauch, J. (2005). Gay Marriage, Same-Sex Parenting, and America's Children. *The Future of Children*, 15(2), 97-115.

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากขอบเขตและข้อจำกัดของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ดังที่กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าการที่กฎหมายกำหนดให้เฉพาะสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นที่จะขอให้ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนน่าจะเป็นขอบเขตที่แคบเกินไป แม้ว่าในปัจจุบัน กฎหมายไทยยังมิได้รับรองสิทธิในการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันโดยกำเนิด ประกอบกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564 ยังได้วินิจฉัยว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1448 ที่บัญญัติว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิง...” มิได้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 25, 26 และ 27 แต่อย่างใด แต่จากคำวินิจฉัยดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญได้มีข้อเสนอแนะให้รัฐสภา คณะรัฐมนตรี และหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องพิจารณาดำเนินการตรากฎหมายเพื่อรับรองสิทธิและหน้าที่ของบุคคลผู้มีความหลากหลายทางเพศอย่างเหมาะสม ดังนี้

ย่อมแสดงให้เห็นว่า แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่ากฎหมายที่ใช้บังคับในปัจจุบันมิได้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ แต่ก็ควรมีกฎหมาย ที่รองรับสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศใช้บังคับเพื่อรับรองสิทธิของบุคคลดังกล่าวให้ทัดเทียมกับชายและหญิงในกรณีทั่วไป

แม้ว่าร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ... ดังกล่าวมีบทบัญญัติที่กำหนดให้สถานะทางกฎหมายระหว่างคู่ชีวิตทำนองเดียวกับคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อาทิ คู่ชีวิตต้องอยู่กินด้วยกันฉันคู่ชีวิตและช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกัน การมีทรัพย์สินร่วมกันของคู่ชีวิต การสิ้นสุดการเป็นคู่ชีวิตด้วยความตายหรือการสมัครใจเลิกการเป็นคู่ชีวิต หรือศาลพิพากษาให้เพิกถอนหรือพิพากษาให้เลิกการเป็นคู่ชีวิต รวมถึงกำหนดให้คู่ชีวิตเป็นทายาทโดยธรรมของกันและกันกรณีที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียชีวิต คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งย่อมมีสิทธิรับมรดกในฐานะที่เป็นทายาทโดยธรรม

และมีสิทธิรับมรดกตามสัดส่วนแบบเดียวกับคู่สมรส ดังนี้ แสดงให้เห็นว่า ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวยอมรับสถานะของการเป็นคู่ชีวิตและให้สิทธิใกล้เคียงกับคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แม้จะยังไม่มี การกล่าวถึงสิทธิตามกฎหมายอื่น อาทิ สิทธิการหักลดหย่อนในการคำนวณ ภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาตามประมวลรัษฎากร มาตรา 47 (1) (ข) หรือ สิทธิได้รับยกเว้นภาษีเงินได้สำหรับเงินที่ได้รับจากการอุปการะหรือการให้ โดยเสนหาจากคู่สมรสตามประมวลรัษฎากร มาตรา 42 (27) หรือสิทธิ ในการเบิกค่ารักษาพยาบาลของคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายของข้าราชการ ซึ่งให้นำค่ารักษาพยาบาลของคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายมาเบิกอันเป็น สวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลของข้าราชการตามพระราชกฤษฎีกา เงินสวัสดิการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล พ.ศ. 2553 เป็นต้น

นอกจากร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ... (เสนอโดยพรรค ประชาธิปัตย์) ที่คณะรัฐมนตรีอนุมัติหลักการตามที่ได้เขียนได้อ้างอิงถึง ดังกล่าวข้างต้นแล้ว ยังมีร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ... (เสนอโดยคณะ รัฐมนตรี) และร่างแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เสนอ โดยพรรคการเมืองต่าง ๆ แม้ร่างแต่ละฉบับจะมีสาระสำคัญแตกต่างกันอยู่บ้าง แต่ร่างทุกฉบับล้วนมีเจตจำนงสำคัญร่วมกันคือรองรับสิทธิในการอยู่กิน และใช้ชีวิตร่วมกันของคู่ชีวิตที่มีเพศเดียวกันหรือเพศหลากหลาย⁴¹ อย่างไร ก็ตาม สำหรับร่างฉบับที่รองรับสิทธิให้เป็นเพียงแค่อุปการะโดยมิได้เทียบเคียง ให้เท่าเทียมกับสิทธิของคู่สมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทำให้สิทธิของคู่ชีวิตตามกฎหมายอื่น ๆ ยังคงจำกัดอยู่ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้ใน เบื้องต้นในเรื่องของการมีบุตร กล่าวคือ สิทธิในการขอให้มีการตั้งครุฑแทน ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์

⁴¹Laws Monitoring (2565). เทียบชัด ๆ ร่างพ.ร.บ.แก้ประมวลกฎหมายแพ่ง#สมรสเท่า เทียม ร่างพ.ร.บ.คู่ชีวิต ต่างกันยังไง? สืบค้น 14 มิถุนายน 2565, จาก <https://ilaw.or.th/node/6169>

ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ซึ่งกำหนดให้เฉพาะสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้เท่านั้นที่จะขอให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนได้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าหากจะมีการออกกฎหมายรองรับสิทธิของคู่รักเพศเดียวกัน ก็ควรศึกษาถึงกรณีการให้สิทธิคู่ชีวิตเพศเดียวกันในการสร้างครอบครัวที่สมบูรณ์โดยให้สามารถขอให้ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนได้ เพราะถึงอย่างไรก็เป็นสิทธิทางแพ่งเช่นเดียวกัน ส่วนกรณีของคู่ชายหญิงที่มีได้สมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมายหรือกรณีคนโสดที่ต้องการขอให้มีการตั้งครรภ์แทน ถ้าพิจารณาในแง่ของผู้ที่จะต้องรับผิดชอบดูแลและอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่จะเกิดมานั้นอาจมีศักยภาพที่น้อยกว่า กล่าวคือจะมีเพียงคนเดียวที่มีหน้าที่หรือความสัมพันธ์ตามกฎหมายต่อเด็ก แต่ปัจจัยดังกล่าวก็มีได้หมายความว่าบุคคลนั้นจะไม่สามารถอุปการะเลี้ยงดูเด็กได้โดยลำพัง อย่างไรก็ตามถ้าพิจารณาในแง่ของภาระที่ต้องรับผิดชอบ ทั้งด้านค่าใช้จ่ายต่าง ๆ อาจก่อให้เกิดภาระตามมาเป็นอย่างมากซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อเด็กในอนาคตได้ ฉะนั้น หากจะอนุญาตให้คู่ชายหญิงที่มีได้สมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมายหรือกรณีคนโสดที่ต้องการขอให้มีการตั้งครรภ์แทนสามารถดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนได้คงต้องกำหนดเงื่อนไขหรือหลักเกณฑ์เพิ่มเติมประกอบด้วย เช่น อาจการกำหนดตัวบุคคลที่จะร่วมเป็นผู้ปกครองเด็กหรือเป็นผู้ปกครองเด็กหากมีเหตุบางประการเกิดขึ้นแก่ผู้ขอให้มีการตั้งครรภ์แทนก่อนเด็กบรรลุนิติภาวะ โดยบุคคลดังกล่าวได้ให้ความยินยอมเป็นหนังสือ เป็นต้น

เอกสารอ้างอิง

- Laws Monitoring (2565). เทียบชัด ๆ ร่างพ.ร.บ.แก้ประมวลกฎหมายแพ่ง# สมรสเท่าเทียม ร่างพ.ร.บ. คู่ชีวิต ต่างกันยังไง? สืบค้น 14 มิถุนายน 2565, จาก <https://ilaw.or.th/node/6169>
- ไทยรัฐออนไลน์. (2561). ศาลให้หนุ่มญี่ปุ่น พ่อ ‘13 เด็กอุ้มบุญ’ รับกลับ ไปเลี้ยงดู. สืบค้น 8 มกราคม 2565, จาก <https://www.thairath.co.th/news/local/bangkok/1209648>
- ไทยรัฐออนไลน์. (2563). ไทย “อุ้มดลูกโลก” สาวทิวเงินรับจ้างท้อง แฉญี่ปุ่น จ้างอุ้มบุญทิ้งลูก 13 คน. สืบค้น 10 กันยายน 2563, จาก <https://www.thairath.co.th/news/local/bangkok/1770896/>
- ไทยรัฐออนไลน์. (2563). ย้อนคดีอุ้มบุญ สาวไทยรับจ้างตั้งครรรภ์หวังเงินแสน ดังกระฉ่อน สุดดราม่า พรากลูก. สืบค้น 8 มกราคม 2565, จาก <https://www.thairath.co.th/news/local/bangkok/1770716>
- บุญราศรี เกิดโชค. (2559). ปัญหาผลของสัญญาตั้งครรรภ์แทนที่ไม่ปฏิบัติ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยี ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558. [วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย].
- ประกาศกระทรวงสาธารณสุข. สืบค้น 10 มกราคม 2564, จาก <https://thaisrm.com/images/pdf/1-4D26925.pdf>
- พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร. (2562). ตำรากฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคล *Textbook on Private International Law: เรื่องจริงของชีวิตระหว่างประเทศของเอกชนที่เกี่ยวข้องกับประเทศไทย True Story of International Life of Private Persons concerning Thailand*. กรุงเทพฯ: เดือนตุลา.

- รักลูก. (2563). 6 วิธีผสมเทียมสำหรับคนมีลูกยากแต่อยากมีลูก. สืบค้น 5 กันยายน 2563, จาก <https://www.rakluke.com/pregnancy-all/gettingpregnant/item/artificialinsemination.html/>
- ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต. สืบค้น 10 มกราคม 2564, จาก <http://www.krisdika.go.th/detail-law-draft-of-the-cabinet-approved-the-principle?billCode=188&type=billDetail>
- ปริญญาภัทร์ ณ สงขลา. (2558). การรับรองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์. [วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์].
- วัลภา ทับสุวรรณ. (2559). การนำการข้ามเพศด้านแรงงานมาเป็นเงื่อนไขในการค้าระหว่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีผลกระทบต่อกฎหมายไทย. [วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์].
- Adam K.D., & Victoria H., (2020). *Same-sex marriage, one year later*. Retrieved 10 January 2022, from <https://www.taipetimes.com/News/editorials/archives/2020/05/17/2003736539>
- Guide to State Surrogacy Laws. Retrieved 24 June 2022, from <https://www.americanprogress.org/article/guide-to-state-surrogacy-laws/>
- Human Fertilisation and Embryology Act. Retrieved 20 January 2022, from <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>
- Marriage (Same Sex Couples) Act 2013. Retrieved 20 January 2022, from <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/30/contents/enacted/data.htm>

Meezan, W., & Rauch, J. (2005). Gay Marriage, Same-Sex Parenting, and America's Children. *The Future of Children*. 15(2), 97-115.

NH Stat Section 168-B:1 Definitions. Retrieved 20 January 2022, from <https://casetext.com/statute/new-hampshire-revised-statutes/title-12-public-safety-and-welfare/chapter-168-b-surrogacy/section-168-b1-definitions>

Rik G. (2019). *Taiwan emerges as new market for LGBT+ surrogacy after gay marriage law*. Retrieved 10 January 2022, from <https://www.reuters.com/article/us-taiwan-lgbt-familyplanning-feature-tr-idUSKBN1YR02P>

Section 7960 (c) of California Family Code. Retrieved 20 January 2022, from https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=FAM&division=12.&title=&part=7.&chapter=&article=

The Surrogacy Arrangement Act 1985. Retrieved 20 January 2022, from <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>

Uniform parentage Act Sec. 160.754 (b). Retrieved 20 January 2022, from <https://statutes.capitol.texas.gov/Docs/FA/htm/FA.160.htm>

Wilson, R.A. (2014). *Same sex Marriage Comes to Illinois*. Retrieved 24 June 2022, from <https://www.isba.org/ibj/2014/08/same-sexmarriagecomesillinois>