

สิทธิเด็กและการคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยี  
ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

พรรณธิพา สุขจิตร

คู่มือฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตร์ดุษฎีบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

2564

สิทธิเด็กและการคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยี

ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

พรรณธิพา สุขจิตร

คณะนิติศาสตร์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

(ดร.เกียรติพร อำไพ)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม

(ดร.วริยา ล้ำเลิศ)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ได้พิจารณาแล้วเห็นสมควรอนุมัติให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต

ศาสตราจารย์.....ประธานกรรมการ

(ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ)

ศาสตราจารย์.....กรรมการ

(ดร.ประสิทธิ์ ปิวาวัดมณฑานิช)

ศาสตราจารย์.....กรรมการ

(ดร.พินัย ณ นคร)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์.....กรรมการ

(ดร.วราภรณ์ วนาพิทักษ์)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์.....กรรมการ

(ดร.เกียรติพร อำไพ)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์.....กรรมการ

(ดร.วริยา ล้ำเลิศ)

รองศาสตราจารย์.....คณบดี

(นเรศร์ เกษะประกร)

7 / 9.8. / 2565

## บทคัดย่อ

ชื่อผู้เขียน	สิทธิเด็กและการคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยี
ชื่อผู้เขียน	ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
ชื่อปริญญา	นางสาวพรรณธิพา สุขจิตร
ปีการศึกษา	นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต
	2564

ความก้าวหน้าทางวิทยาการและเทคโนโลยีทางการแพทย์ในการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากสามารถช่วยให้ผู้มีภาวะการมีบุตรยากสามารถมีบุตรได้โดยการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งรวมถึงการตั้งครรภ์แทน และประเทศไทยได้ตรากฎหมายขึ้นรองรับการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 กฎหมายได้บัญญัติกำหนดความเป็นบิดา มารดาที่ขอด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตลอดจนถึงการควบคุมการศึกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์การแพทย์เกี่ยวกับตัวอ่อนและเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และกำหนดการคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน โดยมีกฎหมายลูกเป็นประกาศกระทรวงสาธารณสุข ประกาศแพทยสภาและประกาศคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ รวมทั้งสิ้น 21 ฉบับ พระราชบัญญัติฯ และประกาศ 21 ฉบับดังกล่าวยังไม่สามารถให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์ที่มีลักษณะเฉพาะอันแตกต่างจากเด็กทั่วไปได้สมบูรณ์ เกิดเป็นประเด็นปัญหาความไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่ประเทศไทยเป็นภาคีและมีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามและเป็นประเด็นปัญหาการให้ความคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีหญิงผู้ตั้งครรภ์แทนมิใช่ญาติผู้สืบสายโลหิตของสามีหรือภรรยาผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน แล้วสามีและภรรยาเกิดเสียชีวิตก่อนเด็กเกิด บทบัญญัติตามพระราชบัญญัติฯ กำหนดให้หญิงผู้ตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองของเด็กชั่วคราว แต่เนื่องด้วยหญิงผู้ตั้งครรภ์แทนมิได้เป็นผู้ถูกกำหนดให้ต้องทำหน้าที่ผู้ปกครองมาแต่ต้น ความไม่พร้อมและเหตุปัจจัยต่าง ๆ ย่อมส่งผลต่อการคุ้มครองสิทธิในการอยู่รอด สิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครอง และสิทธิที่จะได้รับการพัฒนาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ส่วนในกรณีสามีและภรรยาผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่ปรากฏตัวเมื่อเด็กเกิด พระราชบัญญัติฯ ไม่มีบทบัญญัติใช้บังคับกับกรณี จึงยิ่งเลวร้ายกว่ากรณีแรก นอกจากนี้ยังมีประเด็นปัญหาการไม่มีบทบัญญัติคุ้มครองสิทธิการเข้าถึงข้อมูลของผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม

(4)

ระหว่างเด็กกับผู้บริจาคอสุจิหรือไข่อันกระทบต่อสิทธิในการรับรู้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับตนเอง และอาจก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการรับบริการทางการแพทย์การดูแลสุขภาพและปัญหาจากการสมรสกับผู้ที่มีความใกล้ชิดทางสายโลหิต ประเด็นปัญหาอีกประการหนึ่งคือ บทบัญญัติที่ห้ามปฏิเสธเด็กในทุกกรณีโดยไม่มีบทข้อยกเว้น หากคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเกิดตกอยู่ในสถานะไม่เหมาะสมอย่างร้ายแรงทั้งในสภาพร่างกาย สภาพทางเศรษฐกิจ หรือสภาพทางสังคม กลายเป็นกรณีที่บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติเป็นปัจจัยที่ส่งผลให้เด็กต้องตกอยู่ในสถานะเสี่ยงต่อการได้รับประโยชน์สูงสุดและเสี่ยงต่อการได้รับความคุ้มครองตามสิทธิเด็กทั้งปวง

ผลที่ได้จากการศึกษาจึงนำไปสู่ข้อเสนอแนะให้มีการปรับแก้บทบัญญัติในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ให้สามารถคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

## ABSTRACT

<b>Title of Dissertation</b>	The Right of the Children and Protection the Right of the Children Who Born Through Surrogacy
<b>Author</b>	Miss Puntipa Sukjit
<b>Degree</b>	Doctor of Laws
<b>Year</b>	2021

---

Advancement of medical science and technology for infertility treatment has enable infertile parents to have babies with the reproductive technology including using surrogacy technology. Thailand has enacted the Protection of a Child Born By Medically Assisted Reproductive Technology Act, B.E. 2558 to support the legal surrogacy. The Act prescribe the legal parents of the child born through surrogacy as well as the control of medical research on embryo and reproductive technology, and the right protection of the child born through surrogacy. The total of 21 announcements were issued after the Act. Include Ministry Announcement, The Medical Council Announcement, and The Surrogate Child Protection Committee Announcement.

The Act and the 21 announcements have not been able to thoroughly protect the surrogate child whose properties are different from an ordinary child. That has resulting in an inconsistency with the Convention of the Rights of the Child which Thailand is a contracting state and has an obligation to conform. That has caused problems in protecting the rights of surrogate child especially when the surrogate mother is not a blood relative of the intended parents and the intended parents have passed away before the birth of the surrogate child. The Act prescribed the surrogate mother to be the temporary legal guardian, but since the surrogate mother was not appointed to be the responsible guardian at the earlier stage and without any intention to be a mother, her unreadiness and other factors would affect the right protection for the child on the right to survival, the right to protection, and the right to development of the surrogate child. For the case of absence of the intended parents,

(6)

there is no applicable provision in the Act which cause a worse situation for the child. Moreover, there have been a problem of not having a provision to protect the right of the surrogate child to access genomic relationship information between the child and the egg or sperm donator. This has restricted the right to access self data, and could lead to personal healthcare problem and consanguineous marriage problem. Another problem is the caused by the provision of child undeniable in all cases regardless of unsuitableness of the intended parents either by economical condition or social condition. This turn out that the provision of the Act is the factor that put the surrogate child into the risks to receive the best interest of the child and be protected under all other rights of the child.

The result of the study leads to the recommendation to amend the Protection of a Child Born By Medically Assisted Reproductive Technology Act, B.E. 2558 in order to provide a more thorough protection to the surrogate child.

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ สำเร็จได้ด้วยผู้มีคุณูปการที่มีส่วนร่วมทั้งหลาย ผู้เขียนจึงขอแสดงความขอบคุณต่อทุกท่านไว้ ณ ที่นี้ โดยขอแสดงความขอบคุณท่านศาสตราจารย์ไพโรจน์ กัมพูสิริ ประธานกรรมการศาสตราจารย์ ดร.ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช และศาสตราจารย์ ดร.พินัย ณ นคร กรรมการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ ที่ได้กรุณาชี้แนะหลักการ แนวทางและแหล่งข้อมูลที่สำคัญอันถือเป็นหัวใจของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เกียรติพร อำไพ และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วริยา ล้ำเลิศ ในฐานะที่ปรึกษาหลัก และที่ปรึกษาร่วม ที่ได้อุทิศเวลาให้คำชี้แนะด้วยขันติมาอย่างยาวนาน นอกจากนี้ผู้เขียนขอแสดงความระลึกถึงท่านศาสตราจารย์บรรเจิด สิงคะเนติ คณบดีผู้ก่อตั้งคณะนิติศาสตร์ และท่านรองศาสตราจารย์ นเรศร์ เกษะประกกร คณบดีคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ที่ได้ประสิทธิประสาทวิชา และบริหารการศึกษาคณะนิติศาสตร์อย่างสมบูรณ์ ส่งผลให้ผู้เขียนได้ศึกษาและจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้สำเร็จและสำเร็จการศึกษาได้อย่างภาคภูมิใจยิ่ง

ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าคณาจารย์ทุกท่าน จะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาการคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เพื่อความเสมอภาค เท่าเทียมและเป็นธรรมได้อย่างสมบูรณ์ยิ่งขึ้นต่อไป

พรรณธิพา สุขจิตร

เมษายน 2565



2.2.1.4	บทสรุปของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก	27
2.2.2	หลักการอันเกี่ยวกับสิทธิเด็ก	28
2.2.2.1	หลักการได้รับการพัฒนา	28
2.2.2.2	หลักการมีส่วนร่วม	31
2.2.2.3	หลักประโยชน์สูงสุดต่อเด็ก	34
2.2.2.4	หลักความเสมอภาค	36
2.2.3	แนวความคิดและที่มาของสิทธิเด็ก	40
2.2.3.1	แนวความคิดเด็กเป็นสมบัติของพ่อแม่	40
2.2.3.2	แนวความคิดเด็กเป็นสมบัติของสังคมหรือรัฐ	44
2.2.3.3	แนวความคิดเด็กมีอำนาจในฐานะปัจเจกชน	46
2.2.3.4	แนวความคิดเกี่ยวกับความคุ้มครองสิทธิของเด็ก	51
2.2.3.5	แนวความคิดเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก	56
2.2.4	หลักการวีโรนา (Verona Principle)	60
2.3	บทสรุปทฤษฎี หลักการ แนวความคิดที่เกี่ยวกับสิทธิเด็ก	73
<b>บทที่ 3</b>	<b>สิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรภ์แทนตามกฎหมายประเทศอังกฤษ สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหรััฐอเมริกาและราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์</b>	<b>74</b>
3.1	หลักการ ขั้นตอน วิธีการและกระบวนการตั้งครรรภ์แทนตามกฎหมายต่างประเทศ	75
3.1.1	หลักการ และเงื่อนไขการตั้งครรรภ์แทน	75
3.1.2	วิธีการในการดำเนินให้มีการตั้งครรรภ์แทน	90
3.1.3	หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาต	93
3.1.4	ข้อตกลงการตั้งครรรภ์แทนและค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในการตั้งครรรภ์แทน	99
3.1.5	การยุติการตั้งครรรภ์แทน	106
3.1.6	ข้อห้ามของการตั้งครรรภ์แทน	109
3.2	สิทธิของเด็กและการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์	111
3.2.1	สิทธิในการอยู่รอด	112
3.2.2	สิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครอง	115
3.2.3	สิทธิที่จะได้รับการพัฒนา	118
3.2.4	สิทธิในการมีส่วนร่วม	120
3.3	บทสรุปการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการตั้งครรรภ์แทน	123

<b>บทที่ 4 สิทธิของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดย</b>	<b>130</b>
<b>อาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ พ.ศ. 2558</b>	
4.1 หลักเกณฑ์ขั้นตอนและกระบวนการตั้งครรภ์แทนของกฎหมายไทย	132
4.1.1 หลักการ และเงื่อนไข การตั้งครรภ์แทน	133
4.1.2 วิธีการในการดำเนินให้มีการตั้งครรภ์แทน	135
4.1.3 หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาต	135
4.1.4 ข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน และค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในการตั้งครรภ์แทน	138
4.1.5 การยุติการตั้งครรภ์แทน	140
4.1.6 ข้อห้ามของการตั้งครรภ์แทน	143
4.2 สิทธิของเด็กและความคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์	145
ทางการแพทย์	
4.2.1 สิทธิในการอยู่รอด	146
4.2.2 สิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครอง	147
4.2.3 สิทธิที่จะได้รับการพัฒนา	147
4.2.4 สิทธิในการมีส่วนร่วม	148
4.3 บทสรุปสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดย	148
อาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558	
<b>บทที่ 5 ปัญหาการได้รับสิทธิและการคุ้มครองสิทธิของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนและบท</b>	<b>152</b>
<b>วิเคราะห์เปรียบเทียบสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในประเทศกับต่างประเทศ</b>	
5.1 ปัญหาความไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศว่าด้วยอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก	152
5.1.1 ปัญหาความไม่สอดคล้องกับหลักการเรื่องสิทธิในการอยู่รอด	154
5.1.2 ปัญหาความไม่สอดคล้องกับหลักการเรื่องสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครอง	158
5.1.3 ปัญหาความไม่สอดคล้องกับหลักการเรื่องสิทธิที่จะได้รับการพัฒนา	161
5.1.4 ปัญหาการไม่สอดคล้องกับหลักการเรื่องสิทธิในการมีส่วนร่วม	163
5.2 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติ	166
คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558	
5.2.1 ปัญหาการไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม	166
5.2.2 ปัญหาการกำหนดผู้ปกครองในกรณีใช้หญิงอื่นในการตั้งครรภ์แทน	169
5.2.2.1 กรณีคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเสียชีวิตไปก่อนเด็กเกิด	170
5.2.2.2 กรณีคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่ปรากฏตัวหลังเด็กเกิด	172

5.2.3 ปัญหาการห้ามปฏิเสธเด็กในทุกกรณีซึ่งอาจขัดต่อหลักประโยชน์สูงสุดต่อเด็ก	174
<b>บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ</b>	<b>182</b>
6.1 บทสรุป	183
6.2 ข้อเสนอแนะ	199
6.2.1 ข้อเสนอแนะต่อปัญหาการไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม: ความไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศว่าด้วยอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กตามหลักการมีส่วนร่วม	199
6.2.2 ข้อเสนอแนะต่อปัญหาการกำหนดผู้ปกครองในกรณีใช้หญิงอื่นในการตั้งครรภ์แทน: ความไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กตามหลักการได้รับการปกป้องคุ้มครองและการได้รับการพัฒนา	201
6.2.3 ข้อเสนอแนะต่อปัญหาการห้ามปฏิเสธเด็กในทุกกรณี: ความไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศตามอนุสัญญาว่าด้วยประโยชน์สูงสุดของเด็ก	204
<b>บรรณานุกรม</b>	<b>206</b>
<b>ภาคผนวก</b>	<b>214</b>
ภาคผนวก ก	215
บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ....	
ภาคผนวก ข	220
แบบข้อตกลงการรับตั้งครรภ์แทนแบบทำยประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่เกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน และค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ การยุติการตั้งครรภ์แทนการคลอด และหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน หลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน (มาตรา ๒๕)	
<b>ประวัติผู้เขียน</b>	<b>226</b>

## สารบัญตาราง

ตารางที่	หน้า
3.1 สรุปการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการตั้งครรภ์แทน	126
4.1 สรุปสิทธิของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์	151
5.1 สรุปเปรียบเทียบสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามกฎหมายกฎหมายต่างประเทศกับกฎหมายในประเทศไทย	178

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา

ก่อนที่จะมีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ประเทศไทยเป็นหนึ่งในประเทศเป้าหมายสำหรับการเดินทางมาใช้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เนื่องจากความก้าวหน้าของวิทยาการเทคโนโลยีทางการแพทย์ของไทยที่รุดหน้า มีพัฒนาการอย่างต่อเนื่อง มีความพร้อมด้านการให้บริการ และยังไม่มีความเข้มงวดใช้บังคับ ส่งผลให้ประเทศไทยกลายเป็นแหล่งที่ผู้มีบุตรยากเข้ามารับการรักษาภาวะการมีบุตรยากด้วยวิธีการตั้งครรรภ์แทนนอกจากชาวต่างชาติแล้ว ชาวไทยเองก็ใช้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่หลากหลายอันรวมถึงวิธีการตั้งครรรภ์แทนด้วยเช่นกันเมื่อมีการรับบริการจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์สูงขึ้นอันส่งผลให้มีจำนวนเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรภ์แทนเพิ่มมากขึ้น ขณะที่ไม่มีกฎหมายเฉพาะมาบังคับใช้และกฎหมายทั่วไปไม่อาจปรับใช้ได้กับกรณีต่าง ๆ เพราะเหตุและกรณีที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องใหม่จึงส่งผลให้เกิดปัญหาทางสังคม ทั้งต่อผู้รับตั้งครรรภ์แทน ต่อคู่สมรสหรือบุคคลที่ขอรับบริการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรภ์แทน และเกิดเป็นประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่ต้องแก้ไขด้วยนิติวิธีอย่างสอดคล้องกับการพัฒนาด้านการแพทย์ ด้านเทคโนโลยี และปทัสถานของสังคม

ความรุนแรงของกรณีปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศไทยก่อนการตราพระราชบัญญัติได้สะท้อนให้เห็นเป็นรูปธรรมเมื่อ มีเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรภ์แทนซึ่งมีเชื้อชาติอื่นตกค้างอยู่ในประเทศไทยจำนวนหลายร้อยคนโดยไม่มีผู้แสดงตนเป็นบิดามารดาหรือผู้ปกครอง<sup>1</sup> เนื่องด้วยการตกลงเกี่ยวกับการตั้งครรรภ์แทนระหว่างผู้รับบริการและหญิงผู้ตั้งครรรภ์แทนเป็นไปโดยเสรี รวมทั้งการใช้บริการทางการแพทย์ไม่มีการควบคุมจึงส่งผลเป็นประเด็นปัญหาที่ยากแก่การยุติหรือแก้ไข อาทิความชอบด้วยกฎหมายของการตกลงตั้งครรรภ์แทน สภาพบังคับของข้อตกลงตั้งครรรภ์แทนสถานะทางครอบครัวของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรภ์แทน ความชัดเจนของการเป็นบิดา มารดา และผู้ปกครองหน้าที่และอำนาจในการปกครองเด็ก รวมทั้งกรณีเมื่อ

---

<sup>1</sup> วัลลภ ตั้งคณาภิรักษ์, ข้อเสนอญัตติตั้งคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาศึกษามาตรการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่ตกค้างในประเทศไทย (เอกสารประกอบการพิจารณาญัตติ (อ.พ.), สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2558), หน้า 1-2.

การตั้งครรภ์ การคลอด หรือทารกมีความผิดปกติ หรือมีผลต่างไปจากที่ตกลงกัน ซึ่งประเด็นปัญหาทั้งหลาย เป็นปัจจัยเสี่ยงต่อการเจริญเติบโตของเด็กทั้งสิ้น เป็นการกระทบต่อสิทธิเด็กและไม่สอดคล้องกับ หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กที่กฎหมายไม่อาจคุ้มครองให้ได้เมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม พ.ศ. 2558 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้ ประกาศในราชกิจจานุเบกษาและให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดเก้าสิบวัน โดยมีบทบัญญัติว่าด้วยความเป็น บิดามารดาของเด็กและการคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ซึ่งอยู่ในหมวด 4 มาตรา 29 ถึง 34 จำนวนทั้งสิ้น 6 มาตรา โดยได้ใช้บังคับมาแล้วประมาณ 6 ปี จึงมีความจำเป็นที่ควรจะได้ศึกษาว่า บทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้นคุ้มครอง สิทธิเด็กได้ครอบคลุมเพียงใด ปกป้องผลประโยชน์สูงสุดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้สอดคล้องกับ บริบทที่แตกต่างจากเด็กทั่วไปหรือไม่ อย่างไร ทั้งนี้ เมื่อก้าวถึงสิทธิเด็ก โดยทั่วไปจะอ้างอิงถึงสิทธิเด็ก ตามอนุสัญญาสิทธิเด็กแห่งสหประชาชาติ (Convention on the Rights of the Child) ซึ่งไทยได้ลงนาม ภาคยานุวัติสารรับรองอนุสัญญานี้ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2535 ดังนั้น กฎหมายไทยจึงต้องสามารถให้ความคุ้มครอง สิทธิและปกป้องผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามหลักสิทธิเด็กและตามบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาโดยคุ้มครอง ทั้งเด็กทั่วไปและเด็กที่มีความแตกต่างในมิติต่าง ๆ อันหมายรวมถึงเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยใน การเจริญพันธุ์ด้วย

สิทธิเด็ก โดยทั่วไปรวมถึง สิทธิในการอยู่รอด สิทธิในการได้รับการดูแลสุขภาพขั้นพื้นฐาน สิทธิใน การได้รับสันติภาพและความปลอดภัย สิทธิที่จะได้รับความอบอุ่นจากครอบครัว สิทธิในการได้รับการ พัฒนา สิทธิที่จะได้รับการศึกษาที่มีคุณภาพและมีโภชนาการที่เหมาะสม สิทธิในการรับการปกป้อง คุ้มครองให้รอดพ้นจากการทำร้าย การล่วงละเมิด การถูกทอดทิ้งและการแสวงหาผลประโยชน์ในทุก รูปแบบ สิทธิในการมีส่วนร่วมแสดงความคิดเห็น แสดงออก มีผู้รับฟังและส่วนร่วมในการตัดสินใจในเรื่องที่ มีผลกระทบต่อตนเอง รวมทั้งสิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสาร สิทธิเหล่านี้เป็นหลักที่ยอมรับกันแล้วในระดับสากล โดยไม่ได้มีการยกเว้นหรือลดทอนสิทธิใดสิทธิหนึ่งข้างต้นสำหรับเด็กที่เกิดด้วยเทคโนโลยีช่วยในการ เจริญพันธุ์ แม้กระนั้น เมื่อมีเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนอันมีข้อเท็จจริงภูมิหลังแตกต่างกรณีกัน ตั้งครรภ์และคลอดในหลากหลายประเทศ และมีกฎหมายที่ใช้บังคับไม่เหมือนกันหรือในบางรัฐไม่มีกฎหมาย ใช้บังคับ กลับมีประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณาวินิจฉัยแก้ไขแต่ละกรณี ซึ่งไม่อาจใช้เพียงกฎหมายทั่วไปและ หลักสิทธิเด็กมาปรับใช้เป็นแนวทางได้อย่างเป็นเอกภาพ ความแตกต่างของระบบกฎหมาย บริบททางสังคม และข้อเท็จจริงของแต่ละกรณี ส่งผลให้การแก้ไขหรือจัดการปัญหาเกี่ยวกับสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์ แทนมีความสลับซับซ้อนเกิดเป็นข้อกลางแคลงว่ากฎหมายและการใช้กฎหมายที่ผ่านมาสามารถคุ้มครอง สิทธิของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้เป็นธรรมต่อเด็กตามหลักสิทธิเด็กและสามารถปกป้อง ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กได้จริงหรือไม่

กรณีตัวอย่างในต่างประเทศสำหรับปัญหาทางกฎหมายที่กระทบสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนปรากฏตามคดี *Mennesson & Labassee v. France* ที่ขึ้นสู่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปในเดือนมิถุนายน พ.ศ. 2557 และศาลได้พิพากษาโดยยึดหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก ซึ่งศาลใช้หลักนี้ในการอธิบายว่า การที่สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ละเมิดสิทธิมนุษยชนในข้อ 8 อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชนโดยปฏิเสธที่จะยอมรับความสัมพันธ์ที่ขอบด้วยกฎหมายระหว่างบิดา มารดาและบุตรที่เกิดจากการเป็นบิดาทางพันธุกรรมกับบุตรที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน การปฏิเสธความชอบด้วยกฎหมายของความสัมพันธ์ดังกล่าวกระทบต่อสิทธิของเด็กในการที่เด็กจะได้รับการปกป้องคุ้มครองได้รับการพัฒนาจากครอบครัว ผู้ปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการดำรงชีวิตในรูปแบบครอบครัวที่มีความสัมพันธ์ระหว่างบิดา มารดากับบุตร ซึ่งเป็นกระบวนการสำคัญในการเจริญเติบโตของปัจเจกชน แม้ว่าในขณะนี้ทางสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะไม่สามารถตีความได้ว่า สหประชาชาติจากต่างประเทศที่จดทะเบียนตามการตั้งครรภ์แทนในต่างประเทศนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่สิทธิของเด็กย่อมต้องไม่สูญสิ้นไปแม้ว่าเด็กจะเกิดโดยไม่มีการจัดการในเรื่องการตั้งครรภ์แทนอย่างถูกต้องหรือแม้ครอบครัวผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นจะทำผิดกฎหมายว่าด้วยเรื่องการตั้งครรภ์แทนก็ตาม หลังจากคดี *Mennesson & Labassee v. France* ต่อมา เมื่อวันที่ 21 กรกฎาคม 2559 ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปตัดสินคดี *Foulon & Bouvet v. France* เป็นคดีที่ครอบครัว *Foulon* และครอบครัว *Bouvet* ทั้งสองครอบครัวมีข้อพิพาทกับทางการสาธารณรัฐฝรั่งเศส กรณีการรับรองสิทธิบัตรของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในประเทศอินเดียที่ออกโดยทางการอินเดีย ส่งผลให้เด็กของทั้งสองครอบครัวไม่ได้รับการรับรองความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมภายใต้กฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศส ด้วยข้อปฏิเสธของทางการสาธารณรัฐฝรั่งเศสในชั้นต้นว่า สัญญาตั้งครรภ์แทนที่ทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศส จึงปฏิเสธการรับรองสิทธิบัตรที่ออกในอินเดียเพื่อออกสิทธิบัตรของสาธารณรัฐฝรั่งเศสศาลตัดสินว่ากรณีดังกล่าวเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนในข้อ 8 อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ในประเด็นการไม่เคารพต่อชีวิตส่วนตัวของเด็ก และสั่งให้จ่ายค่าสินไหมทดแทนให้เด็กคนละ 5,000 ยูโร และค่าปวยการครอบครัวละ 15,000 ยูโร<sup>2</sup>

สำหรับตัวอย่างในประเทศไทยก่อนการตราพระราชบัญญัติปรากฏตามกรณีคู่สามีภรรยาครอบครัวฟาร์เนลชาวออสเตรเลียทำการจ้างหญิงไทยตั้งครรภ์แทน แต่ปรากฏว่าทารกในครรภ์มีภาวะ

---

<sup>2</sup> The European Court of Human Rights, **Totally Prohibiting the Establishment of a Relationship Between a Father and His Biological Children Born Following Surrogacy Arrangements Abroad Was in Breach of the Convention**, pp. 1-5, Retrieved August 14, 2021 from <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-4804617-5854908&filename=003-4804617-5854908.pdf>

ดาวนชินโดรม ซึ่งคู่สามีภรรยาแจ้งให้หญิงไทยยุติการตั้งครรภ์ แต่หญิงไทยกลับปฏิเสธและให้กำเนิดทารกที่มีภาวะดาวนชินโดรมมีชื่อว่าแกรมมี่ อีกทั้งยังปฏิเสธไม่ยอมให้คู่สามีภรรยานำทารกกลับไปออสเตรเลีย ส่งผลให้การเลี้ยงดูและการรักษาพยาบาลตกเป็นภาระแก่หญิงไทย กระทั่งเป็นประเด็นโด่งดังเนื่องจากหญิงไทยทำการยื่นขอสัญชาติออสเตรเลียให้แก่แกรมมี่ เพื่อขอให้รัฐบาลออสเตรเลียรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาล ทางการออสเตรเลียพิจารณาแล้วว่าแกรมมี่มีบิดาเป็นคนสัญชาติออสเตรเลีย ตามหลักสายโลหิตแล้ว แกรมมี่ย่อมได้สัญชาติออสเตรเลีย เช่นนี้ เป็นตัวอย่างของกรณีที่ไม่มีการตรากฎหมายให้ชัดเจนว่าผู้ใดเป็นผู้มีสิทธิและหน้าที่ในฐานะบิดา มารดา หรือผู้ปกครองของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ส่งผลกระทบต่อสิทธิเด็กในการได้รับการเลี้ยงดู โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในการได้รับการดูแลสุขภาพของเด็ก<sup>3</sup> ภายหลังเมื่อมีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มีการกำหนดความเป็นบิดา มารดา และผู้มีอำนาจในการปกครองเด็กให้ชัดเจนโดยกำหนดให้คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเป็นบิดา มารดา โดยชอบด้วยกฎหมายและเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองมีหน้าที่ในการปกป้องคุ้มครอง เลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน เฉกเช่นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตน อันเป็นการแก้ปัญหาสิทธิเด็กที่ได้รับผลกระทบจากความไม่ชัดเจนของการกำหนดความเป็นบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายจากการตั้งครรภ์แทนรวมถึงการใช้ อำนาจปกครองซึ่งในกรณีนี้มีความเกี่ยวข้องกับการได้รับสิทธิในการเข้าถึงการดูแลสุขภาพจากการเป็นพลเมืองของรัฐอันเคยเป็นประเด็นปัญหาการตีความทางกฎหมาย แม้ว่าจะเป็นการแก้ไขปัญหาเรื่อง ผู้ใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายและการเข้าถึงสิทธิพลเมืองของเด็ก แต่ยังคงมีประเด็นปัญหาที่ควรพิจารณา คือ การกำหนดความเป็นบิดา มารดา และผู้มีอำนาจในการปกครองเด็กตามพระราชบัญญัติฯ ดังกล่าวส่งผลให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อเด็กจริงหรือไม่

กรณีปัญหานอกเหนือจากที่กล่าวข้างต้น ผู้เขียนจะได้นำเสนอเชิงลึกไว้ในบทความต่อไป ซึ่งปัญหาทั้งหลายที่กระทบต่อสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนมีทั้งที่เกิดจากข้อเท็จจริงที่ผู้เกี่ยวข้องไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดและที่เกิดจากบทบัญญัติของกฎหมายเอง แต่อย่างไรก็ตาม เด็กซึ่งเกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น ย่อมต้องยึดถืออย่างมั่นคงว่าเด็กไม่มีความผิด ไม่ได้มีส่วนรู้เห็นในการกระทำความผิด และมีได้เป็นสาเหตุแห่งการกระทำความผิด ดังนั้นสิทธิของเด็กจะถูกจำกัดด้วย เพียงเหตุผลว่าคู่สามีภรรยาที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน หรือหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นได้ละเมิดกฎหมายของรัฐภายในประเทศที่ห้ามการตั้งครรภ์แทน หรือละเมิดกฎหมายของประเทศที่เด็กจะได้เติบโตและอาศัยอยู่ไม่ได้ สิทธิของเด็กและประโยชน์สูงสุดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะต้องได้รับการปกป้องคุ้มครอง

<sup>3</sup> “แม่อุ้มบุญชาวไทยลั่นวาจา จะไม่ปล่อยให้พ่อออสซีพา “น้องแกรมมี่” กลับออสเตรเลีย,” MGR Online, (12 สิงหาคม 2557), ค้นวันที่ 14 สิงหาคม 2562 จาก <https://mgronline.com/around/detail/9570000091822>

เสมอเด็กอื่นทั่วไป โดยบทบัญญัติของกฎหมายอาจต้องขยายขอบเขตความคุ้มครองไปถึงประเด็นเฉพาะตามสภาพแห่งความแตกต่างของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน เพื่อให้ครอบคลุมถึงประเด็นปัญหาที่มีข้อเท็จจริงแตกต่างจากเด็กทั่วไป ดังนั้นเมื่อเปรียบเทียบ บทบัญญัติ 6 มาตราในหมวด 4 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กับบทบัญญัติของ Human Fertilisation and Embryology Act 1990 ที่ตราขึ้นตั้งแต่ พ.ศ. 2533 และ Surrogacy Arrangements Act 1985 ที่ตราขึ้นตั้งแต่ พ.ศ. 2528 แห่งสหราชอาณาจักร บริเตนใหญ่ และไอร์แลนด์เหนือ หรือ สหราชอาณาจักร หรือ ประเทศอังกฤษซึ่งถัดไปผู้เขียนจะเรียกว่าประเทศอังกฤษ ซึ่งถือเป็นประเทศต้น ๆ ที่บังคับใช้กฎหมายกับกรณีเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนแล้ว จึงเห็นว่าควรอย่างยิ่งที่จะมีการศึกษาความเหมาะสมของกฎหมายไทยที่ได้ใช้บังคับมาแล้วระยะหนึ่งในประเด็นเฉพาะเรื่องความคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดโดยการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ เพื่อเสนอแนวทางการพัฒนากฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยมุ่งลดและป้องกันปัญหาอันสืบเนื่องจากการที่กฎหมายไม่สามารถคุ้มครองสิทธิเด็กให้สอดคล้องกับหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กได้

## 1.2 วัตถุประสงค์

- 1) เพื่อศึกษาสิทธิของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในประเทศไทย ในประเด็นการคุ้มครองสิทธิของเด็ก
- 2) เพื่อศึกษากฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวข้องกัสิทธิของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในประเทศไทย ในประเด็นการคุ้มครองสิทธิของเด็ก
- 3) เพื่อวิเคราะห์ปัญหากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิการเข้าถึงข้อมูลทางพันธุกรรม และการกำหนดผู้ปกครองกรณีใช้หญิงอื่นในการตั้งครรภ์แทนของเด็กที่เกิดโดยการใช้เทคโนโลยีช่วยในการตั้งครรภ์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในประเทศไทยโดยเปรียบเทียบกับกฎหมายประเทศอังกฤษ สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกาและราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์
- 4) เพื่อเสนอแนวทางในการแก้ไข ปรับปรุง กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในประเด็นการคุ้มครองสิทธิการเข้าถึงข้อมูลทางพันธุกรรม และการกำหนดผู้ปกครองกรณีใช้หญิงอื่นในการตั้งครรภ์แทนของเด็กที่เกิดโดยการใช้เทคโนโลยีช่วยในการตั้งครรภ์

### 1.3 สมมติฐานของการศึกษา

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ยังคงมีความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนอยู่หลายประการ ซึ่งความไม่ชัดเจนดังกล่าวนำไปสู่ปัญหาการให้ความคุ้มครองต่อเด็กในกรณีการตั้งครรภ์แทนด้วยไข่หรืออสุจิบริจาค กรณีบิดา มารดา คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่ปรากฏ และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่มีศักยภาพเพียงพอที่จะรับหน้าที่ในการเป็นผู้ปกครองได้ และกรณีคู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนตกอยู่ในสภาพที่ไม่อาจเลี้ยงดูเด็กได้ ดังนั้นจึงสมควรให้มีการปรับปรุงพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยแก้ไขเพิ่มเติมสิทธิในการรับรู้รากเหง้าของเด็ก แก้ไขเพิ่มเติมการกำหนดผู้ปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไว้รองรับเพิ่มเติมในกรณีที่คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่อาจทำหน้าที่ผู้ปกครองได้ เพื่อคุ้มครองสิทธิและประโยชน์สูงสุดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่สมบูรณ์ยิ่งขึ้น

### 1.4 ขอบเขตของการศึกษา

งานวิทยานิพนธ์กำหนดขอบเขตการศึกษาครอบคลุมถึงแนวความคิดว่าด้วยเรื่องของสิทธิในการได้รับการเลี้ยงดูและอำนาจในการปกครองเด็กรวมถึงสิทธิในการอยู่รอด สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง สิทธิในการได้รับการพัฒนา และสิทธิในการมีส่วนร่วม อันเป็นการจำแนกสิทธิเด็กตามสาระสำคัญเกี่ยวกับสิทธิพื้นฐานของเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child-CRC)

### 1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ดำเนินการวิจัยด้วยวิธีวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยทำการศึกษาวิจัยจากเอกสารปฐมภูมิ (Primary Document) อันรวมไปถึงกรณีศึกษาที่เกิดขึ้นทั้งในประเทศและต่างประเทศ ประกอบด้วย งานวิจัย บทความ หนังสือ วารสาร ตีพิมพ์กฎหมายต่าง ๆ รวมทั้งเอกสารคดีความที่เกี่ยวข้องเพื่อทำการวิเคราะห์ถึงปัญหาตลอดจนผลกระทบที่เกี่ยวกับสิทธิดังกล่าวของเด็ก แล้วจึงนำข้อมูลที่ได้อาวิเคราะห์เปรียบเทียบขอบเขต คำนิยาม การบังคับใช้กับเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ระหว่างกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศที่มีกฎหมายอนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนได้ เพื่อให้ทราบแนวทางในการพัฒนา ปรับปรุง แก้ไขพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และสังเคราะห์เป็นข้อเสนอแนะต่อไป

## 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1) ได้ทราบถึงหลักสิทธิของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในประเทศไทยในประเด็นการคุ้มครองสิทธิของเด็ก

2) ได้ทราบถึงหลักการคุ้มครองสิทธิของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในประเทศไทย

3) ได้ทราบถึงปัญหากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิการเข้าถึงข้อมูลทางพันธุกรรมและการกำหนดผู้ปกครองกรณีใช้หญิงอื่นในการตั้งครรภ์แทนของเด็กที่เกิดโดยการใช้เทคโนโลยีช่วยในการตั้งครรภ์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในประเทศไทย ประเทศอังกฤษ สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกาและราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์

4) ได้แนวทางและรูปแบบกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับการคุ้มครองสิทธิของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในประเด็นการคุ้มครองสิทธิการเข้าถึงข้อมูลทางพันธุกรรมและการกำหนดผู้ปกครองกรณีใช้หญิงอื่นในการตั้งครรภ์แทนของเด็กที่เกิดโดยการใช้เทคโนโลยีช่วยในการตั้งครรภ์

## บทที่ 2

### ทฤษฎีเกี่ยวกับสิทธิการได้รับการปกครองของเด็ก ความหมาย หลักการ แนวความคิดและที่มาอันเกี่ยวกับสิทธิเด็ก

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่ถือเป็นเอกสารลักษณะกฎหมายจารีตที่ประเทศสมาชิกสหประชาชาติได้รับรองและยอมรับเพื่อถือปฏิบัติด้านสิทธิมนุษยชนกันในระดับสากล บัญญัติไว้ในข้อ 1. อันระบุไว้ชัดเจนถึงความเสมอภาคกันในสิทธิของมนุษย์ว่า

มนุษย์ทั้งปวงเกิดมามีอิสระและเสมอภาคกันในศักดิ์ศรีและสิทธิ ต่างในตนมีเหตุผลและมโนธรรม และควรปฏิบัติต่อกันด้วยจิตวิญญาณแห่งภราดรภาพ<sup>4</sup>

All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood

สิทธิ คือ ตามความหมายโดยทั่วไป หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นด้วย<sup>5</sup> กล่าวอีกนัยหนึ่ง สิทธิเป็นประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ และเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ประโยชน์แก่บุคคลไว้โดยบุคคลผู้ได้รับประโยชน์สามารถให้สิทธิทางศาลเพื่อรักษาสิทธิ<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน, หน้า 6, 20, ค้นวันที่ 14 สิงหาคม 2562 จาก <https://humanrights.mfa.go.th/upload/pdf/udhr-th-en.pdf>

<sup>5</sup> วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2538), หน้า 21.

<sup>6</sup> หยุต แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523), หน้า 188.

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 อธิบายความหมาย “สิทธิ” ไว้ว่า “อำนาจอันชอบธรรม หรืออำนาจที่จะกระทำการใด ๆ ได้อย่างอิสระ โดยได้รับการรับรองจากกฎหมาย”<sup>7</sup> ส่วน “เสรีภาพ” เป็นคำที่ถูกใช้คู่กับคำว่า “สิทธิ” เสมอว่า “สิทธิเสรีภาพ” จนเข้าใจว่ามีความหมายอย่างเดียวกันแท้จริงแล้ว คำว่า “เสรีภาพ” หมายถึงอำนาจตัดสินใจด้วยตนเองของมนุษย์ที่จะเลือกดำเนินพฤติกรรมของตนเอง โดยไม่มีบุคคลอื่นใดอ้างหรือใช้อำนาจแทรกแซงเกี่ยวข้องกับการตัดสินใจนั้น และเป็นการตัดสินใจด้วยตนเองที่จะกระทำหรือไม่กระทำการสิ่งหนึ่งสิ่งใดอันไม่เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมาย แต่การที่มนุษย์ดำรงชีวิตอยู่ในสังคมแล้วแต่ละคนจะตัดสินใจกระทำหรือไม่กระทำการสิ่งใดนอกเหนือจากต้องปฏิบัติตามกฎหมายแล้วย่อมต้องคำนึงถึงกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ของสังคม ขนบ ธรรมเนียม และวัฒนธรรม ดังเช่น ศิลาจารึกหลักที่ 1 สมัยพ่อขุนรามคำแหงกล่าวถึงเรื่องเสรีภาพในการประกอบอาชีพไว้อย่างน่าสนใจว่า “เจ้าเมืองบ่เอาจกอบในไพร่ลู่ทาง เพื่อนจูงวัวไปค้า ขี่ม้าไปขาย ใครจักใคร่ค้าช้าง ค้า ใครจักใคร่ค้าม้า ค้า ใครจะใคร่ค้าเงือน ค้าทอง ค้า...”<sup>8</sup> เป็นต้น

สิทธิมนุษยชน เป็นคำที่อ้างถึงสิทธิขั้นพื้นฐานและเสรีภาพ ซึ่งมนุษย์ทุกคนได้รับสิทธิดังกล่าว ศัพท์คำนี้ยังรวมไปถึงสิทธิพลเมืองและสิทธิด้านการเมืองด้วย ยกตัวอย่างเช่น สิทธิในการมีชีวิต และความมีอิสรภาพ, เสรีภาพทางความคิดและการแสดงออก รวมถึงความเท่าเทียมทางกฎหมายทางสังคม ตลอดจนทั้งสิทธิทางเศรษฐกิจและวัฒนธรรม อย่างเช่น สิทธิในการทำงาน โดยไม่ถูกกีดกันด้วยเหตุผลทางชาติพันธุ์ สีผิว หรือเพศ สิทธิในการมีส่วนร่วมในทางวัฒนธรรม และสิทธิในการรับการศึกษา

สิทธิถือเป็นประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้บุคคล ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นประโยชน์แก่บุคคลไว้โดยเฉพาะเจาะจง และบุคคลจะได้รับประโยชน์โดยการใชสิทธิทางศาลได้ เช่นเดียวกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่อยู่ในฐานะของผู้ถูกกล่าวหาหรือฐานะของจำเลยทั้งในคดีแพ่งและคดีอาญา โดยถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์อันสำคัญที่พึงมีและต้องได้รับความคุ้มครองอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน<sup>9</sup> ขณะที่แนวคิดการรับรองสิทธิเด็กและเยาวชนนั้นเป็นสิทธิสากล (Universal Right) และเป็นสิทธิเด็ดขาด (Absolute Right) ที่จะต้องได้รับการรับรองและความคุ้มครองโดยไม่มีข้อยกเว้นใด ๆ<sup>10</sup>

<sup>7</sup> สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2554, ค้นวันที่ 9 พฤษภาคม 2562 จาก <https://dictionary.orst.go.th/>

<sup>8</sup> กลุ่มงานข้อมูลสารสนเทศและการสื่อสาร สำนักงานจังหวัดสุโขทัย, ศิลาจารึก, ค้นวันที่ 20 ตุลาคม 2552 จาก [http://www.sukhothai.go.th/history/hist\\_08.htm](http://www.sukhothai.go.th/history/hist_08.htm)

<sup>9</sup> มารุต บุณนาค, “สิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยในการต่อสู้คดีอาญา,” วารสารทนายความ 12 (2515): 5.

<sup>10</sup> วิชา มหาคุณ, ศาลเยาวชนและครอบครัวตามแนวความคิดสากล, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง, 2543), หน้า 6.

แต่ในทางปฏิบัติ ยังคงมีเด็กและเยาวชนตกเป็นเหยื่อของการกระทำความผิดหรือถูกใช้เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งเด็กและเยาวชนที่ด้อยโอกาสและที่อยู่สภาวะแวดล้อมที่มีแนวโน้มหรือสุ่มเสี่ยงที่จะมีการกระทำความผิด จึงส่งผลให้นานาอารยะประเทศหันมาให้ความสำคัญและคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนมากขึ้นโดยในปัจจุบันในแต่ละประเทศได้มีการจัดตั้งกฎหมายเกี่ยวกับเด็กและเยาวชน พร้อมทั้งยังมีองค์กรต่าง ๆ เข้ามามีส่วนร่วมในความคุ้มครองสิทธิเด็กและเยาวชนในทุก ๆ ด้าน และเมื่อเทคโนโลยีในปัจจุบันได้มีความก้าวหน้าตามกาลเวลา การถือกำเนิดเด็กก็มีการพัฒนา มีการเปลี่ยนแปลงไป การถือกำเนิดโดยธรรมชาติจากชายและหญิงผู้เป็นสามี ภรรยากันไม่ได้เป็นวิธีการให้กำเนิดเพียงวิธีเดียวอีกต่อไป เด็กที่เกิดมาไม่ว่าจะได้กำเนิดมาด้วยอาศัยเทคโนโลยีทางการแพทย์อย่างถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ก็ตาม เด็กย่อมต้องได้รับสิทธิต่าง ๆ เช่นเดียวกันกับเด็กอื่นทั่วไป

## 2.1 ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับพัฒนาการมนุษย์และครอบครัว

พัฒนาการของมนุษย์เริ่มขึ้นตั้งแต่การปฏิสนธิสำเร็จ ตลอดจนระหว่างการเจริญเติบโตในครรภ์มารดาจนถึงภายหลังคลอด ดังนั้นหลักสิทธิเด็กจึงมีความสัมพันธ์กับพัฒนาการแต่ละขั้นอย่างมาก การศึกษาเรื่องพัฒนาการของมนุษย์และพัฒนาการของครอบครัวจึงเป็นการศึกษาหลักการพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาสิทธิของเด็กและการคุ้มครองสิทธิของเด็ก ทฤษฎีที่ศึกษาหลักพัฒนาการของมนุษย์และพัฒนาการของครอบครัวในส่วนนี้ประกอบด้วย ทฤษฎีจิตวิเคราะห์ของฟรอยด์ และทฤษฎีพัฒนาการครอบครัวของฮิลล์และแฮนสัน (Hill & Hanson)

### 2.1.1 ทฤษฎีจิตวิเคราะห์ของฟรอยด์

ทฤษฎีจิตวิเคราะห์ของฟรอยด์ เป็นทฤษฎีด้านการพัฒนา Psychosexual ฟรอยด์มีแนวคิดว่ามีมนุษย์ทุกคนมีสัญชาตญาณ ซึ่งสัญชาตญาณนั้นจะสร้างแรงจูงใจ แรงขับเคลื่อนอันส่งผลต่อพฤติกรรมต่าง ๆ ของมนุษย์ สัญชาตญาณที่เป็นแรงขับเคลื่อนพื้นฐานของมนุษย์คือสัญชาตญาณทางเพศ (Sexual Instinct) มีอยู่ 2 ลักษณะคือ สัญชาตญาณเพื่อการดำรงชีวิต และสัญชาตญาณเพื่อความตาย ฟรอยด์กำหนดเรียกพลังงานพื้นฐานอันส่งผลต่อจิตใจว่า Libido ซึ่งเกิดมาพร้อมกับมนุษย์ พลังงานเหล่านี้เป็นแหล่งของแรงขับทางเพศของบุคคลทั้งหมด โดยเน้นว่าชีวิตเพศของมนุษย์มิได้เริ่มเมื่อวัยหนุ่มสาว หากแต่เริ่มมาตั้งแต่เด็กและจะค่อย ๆ พัฒนาเปลี่ยนรูปแบบเป็นลำดับขั้นขึ้นไปแต่ถ้าการเปลี่ยนแปลงไม่เป็นไปตามลำดับขั้น จะเกิดให้มีการชะงัก (Fixation) หรือการถอยกลับ (Regression) ของพัฒนาการ ส่งผลให้มีผลกระทบต่อบุคลิกภาพในตอนโต

فروยดีได้แบ่งลำดับขั้นพัฒนาการทางเพศไว้ 5 ขั้น คือ<sup>11</sup>

1) ขั้นปาก (Oral Stage) (แรกเกิด-18 เดือน) ลิบโดไปกระตุ้นบริเวณปาก การดูดจึงเป็นการลดภาวะเครียดของเด็ก แต่เด็กบางคนอาจเกิดภาวะติดค้างได้ ซึ่งอาจเนื่องจากการหย่านมด้วยวิธีการรุนแรง การมีน้องเร็ว การที่มารดามีภารกิจมาก เป็นต้น เมื่อบุคคลนี้เติบโตขึ้นก็อาจมีพฤติกรรมชอบกินเหล้า สูบบุหรี่ กินจุจิก จู้จี้ขี้บ่น เป็นต้น

2) ขั้นทวารหนัก (Anal Stage) (อายุ 1 ปี 6 เดือน-3 ปี 6 เดือน) ลิบโดไปกระตุ้นที่ทวารหนัก การกัก และการปล่อยอุจจาระจึงเป็นการลดภาวะเครียดของเด็ก แต่ถ้าผู้ใหญ่ที่เลี้ยงดูใช้วิธีการเข้มงวดในการฝึกวินัยในการขับถ่าย เด็กจะเกิดภาวะติดค้าง เมื่อโตขึ้นเด็กก็อาจจะชอบแสดงออกในเรื่องความพอดีในเรื่องความสะอาดและการใช้จ่าย

3) ขั้นอวัยวะเพศ (Phallic Stage) (อายุ 3 ปี 6 เดือน-6 ปี) ลิบโดไปกระตุ้นบริเวณอวัยวะเพศ ทั้งนี้อาจเนื่องมาจากเด็กเริ่มสนใจความแตกต่างระหว่างเพศ จึงทำให้ชอบจับต้องอวัยวะเพศเล่น เป็นการลดภาวะเครียด แต่ผู้ใหญ่มักใช้ค่านิยมของตนไปตัดสินพฤติกรรมของเด็กว่าไม่เหมาะสมซึ่งเป็นการขัดขวางการลดภาวะเครียดของเด็ก ทำให้เด็กเกิดภาวะติดค้าง เมื่อโตขึ้นเด็กก็อาจจะชอบแสดงออกในเรื่องเพศ ชอบพูดจาสองแง่สองง่าม หรือให้ความสนใจต่อเรื่องเพศมากเป็นพิเศษ ในขั้นนี้มีสิ่งสำคัญเกิดขึ้นคือ เด็กชายเกิดปมโอดิปุส (Oedipus Complex) และเด็กหญิงจะเกิดปมอีเลคตรา (Electra Complex) ซึ่งหมายถึงความรู้สึกของเด็กชายที่รักและติดแม่ เด็กหญิงจะรักและติดพ่อ และเด็กชายจะเลียนแบบพ่อเพื่อให้เป็นที่รักของแม่ ส่วนเด็กหญิงจะเลียนแบบแม่เพื่อให้เป็นที่รักของพ่อ อันส่งผลให้เริ่มมีบุคลิกภาพสอดคล้องกับเพศของตน

4) ขั้นพัก หรือขั้นแฝง (Latency Stage) (อายุ 6-12 ปี) ขั้นนี้ถือได้ว่าเป็นการพัก แต่มิใช่ว่าไม่มีการกระตุ้นของลิบโดแต่พฤติกรรมทางเพศเป็นไปอย่างสะเปะสะปะไม่อยู่ที่บริเวณใดบริเวณหนึ่ง โดยเฉพาะจึงไม่มีภาวะติดค้าง

5) ขั้นเพศ (Genital Stage) (อายุ 12-20 ปี) เป็นช่วงวัยรุ่น ลิบโดจะไปกระตุ้นบริเวณอวัยวะเพศ และเป็นไปอย่างมี “วุฒิภาวะทางเพศ” กล่าวคือ พร้อมต่อการสืบพันธุ์ การลดภาวะเครียดจึงเป็นการบำบัดความใคร่ด้วยตนเอง (Masturbation) ทั้งนี้เนื่องจากสภาพทางสังคมยังไม่เอื้อต่อการให้บุคคลในวัยนี้มีคูครองทั้ง ๆ ที่มีความต้องการทางการสืบพันธุ์สูงมาก

فروยดีมีความเชื่อว่า ลักษณะจิตใจของบุคคลสามารถแบ่งออกเป็น 3 ส่วน คือ อิด (Id) เป็นส่วนที่กระตุ้นความต้องการของบุคคลและบงการการตอบสนองความต้องการตามหลักแห่งความพึงพอใจ

<sup>11</sup> คันสนีย์ นิชู, *Theories of Personality and Psychopathology*, ค้นวันที่ 9 พฤษภาคม 2562 จาก <http://www.med.swu.ac.th/psychiatry/images/new62/301-362/9/theory%2011-12-62.pdf>

(Pleasure Principle) คือ คำนึงความพึงพอใจของตนเองเป็นใหญ่ โดยไม่คำนึงว่าผู้อื่นจะเดือดร้อนหรือไม่ อีโก้ (Ego) เป็นส่วนที่กระตุ้นให้บุคคลตอบสนองความต้องการที่เกิดจากอิด โดยไม่ให้อิดบงการการตอบสนอง อีโก้จะตอบสนองตามหลักแห่งความเป็นจริง (Reality Principle) คือ คำนึงถึงการอยู่ร่วมกันในสังคมระหว่างตนเองกับผู้อื่น และซูเปอร์อีโก้ (Super-Ego) เป็นส่วนที่บงการการตอบสนองความต้องการของอิด โดยคำนึงถึงหลักแห่งศีลธรรม (Moral Principle) คือคำนึงถึงประโยชน์สุขของผู้อื่น แต่ตนเองอาจทุกข์ก็ได้ ถือว่าเป็นการตอบสนองความต้องการในระดับสูงกว่าเกณฑ์ปกติของคนทั่วไป การทำงานของคนทั้ง 3 ประการจะพัฒนาบุคลิกภาพของบุคคลให้เด่นไปด้านใดด้านหนึ่งของทั้ง 3 ประการนี้ แต่บุคลิกภาพที่พึงประสงค์ คือ การที่บุคคลสามารถใช้พลังอีโก้เป็นตัวควบคุมพลังอิด และซูเปอร์อีโก้ให้อยู่ในภาวะที่สมดุลได้

กลไกในการป้องกันตัว (Defense Mechanism) ฟรอยด์ และ แอนนา ฟรอยด์ ได้แบ่งประเภทกลไกในการป้องกันตัว ดังต่อไปนี้

การเก็บกด (Repression) หมายถึง การควบคุมความขัดข้องใจจากการถูกขัดใจ การไม่ได้ดังหวัง โดยเก็บความขัดข้องเหล่านั้นไว้ภายในไม่ได้แสดงออกมาตามความรู้สึกเมื่อถูกสะสมไว้จนกลไกภายในร่างกายเกิดภาวะลึ้มปกป้องตนเอง กล่าวคือ การเก็บกดความรู้สึกขัดข้องใจเหล่านั้นไว้จนเกิดความวิตกกังวล เกิดภาวะเครียดสะสมและอาจส่งผลทำให้เกิดโรคทางระบบประสาทได้

การหาเหตุผลเข้าข้างตนเอง (Rationalization) หมายถึง การปรับตัว โดยการหาเหตุผลเข้าข้างตนเอง โดยให้คำอธิบายที่เป็นที่ยอมรับสำหรับคนอื่น ตัวอย่างเช่น บิดา มารดาที่ตีลูก มักจะบอกว่า การตีทำเพื่อเด็ก เพราะเด็กต้องได้รับการทำโทษเป็นบางครั้งจะได้เป็นคนดี โดยที่บิดา มารดาเหล่านั้นจะไม่ยอมรับว่าตีเพราะเกิดอารมณ์โกรธหรือไม่พอใจ

การถดถอย (Regression) หมายถึง การนำความคิดของตนกลับไปสู่สภาพในอดีตที่เคยทำให้ตนมีความสุข ตัวอย่างเช่น ในช่วงอายุ 2-3 ขวบ ที่ช่วยตนเองได้ มีน้องใหม่ เห็นแม่ให้ความเอาใจใส่กับน้อง มีความรู้สึกที่แม่ไม่รัก และไม่สนใจตนเท่าที่เคยได้รับ จะมีพฤติกรรมถดถอยไปอยู่ในวัยทารกที่ช่วยตนเองไม่ได้ ต้องให้แม่ทำให้ทุกอย่าง

การแสดงปฏิกิริยาตรงข้ามกับความปรารถนาที่แท้จริง (Reaction Formation) หมายถึง การแสดงออกซึ่งพฤติกรรมในทางตรงกันข้ามกับความรู้สึกภายในจิตใจของตนเอง ยกตัวอย่างได้ เช่น การแสดงออกซึ่งความรักอย่างมากอันเป็นการแสดงออกมากกว่าปกติ แสดงออกถึงความรักที่มีอย่างมากผิดปกติ โดยที่ความรู้สึกภายในจิตใจในของตนเองนั้นคิดว่าตนเองไม่เป็นที่รักของมารดา ไม่เป็นที่ต้องการของครอบครัว เหล่านี้เป็นต้น

การสร้างวิมานในอากาศหรือการฝันกลางวัน (Fantasy หรือ Day Dreaming) มีลักษณะเป็นการใช้ความคิด จินตนาการไปเองถึง เหตุการณ์ สถานการณ์ที่ตนเองนั้นคาดหวังอยากให้มีเหตุการณ์ สถานการณ์นั้น ๆ เกิดขึ้นจริง แต่ไม่สามารถเป็นจริงเช่นนั้นได้

การแยกตัวเอง (Isolation) หมายถึง การแยกตนเองออกมาจากสถานการณ์ที่ทำให้เกิดความขัดข้อง หมองใจไปอยู่เพียงคนเดียว เช่น หากเกิดสถานการณ์ที่ไม่พึงพอใจ หากเกิดในครอบครัว บางเหตุการณ์ บางสถานการณ์อาจกระทบจิตใจ โดยเหตุการณ์นั้นสื่อได้ถึง การไม่ได้รับความรัก ได้รับไม่ได้เท่าที่ตน คาดหวัง เกิดความรู้สึกโกรธ ไม่พึงใจก็อาจจะแยกตนเองออกมาจากสถานการณ์นั้น ๆ โดยมีการหาสิ่งอื่นมา ทดแทน (Displacement) การแสดงออกโดยมีพฤติกรรมที่ก้าวร้าวโดยเป็นการปลดปล่อยความขัดข้องใจ กับบุคคลใกล้เคียงคนอื่นภายในครอบครัวที่ไม่ใช่สาเหตุหรือบุคคลอื่นทำให้เกิดความขัดข้องใจนั้น

การเลียนแบบ (Identification) หมายถึง การปรับเปลี่ยนตนเองไปให้มีความคล้ายคลึงกับบุคคลที่ ตนเองนั้นมีความชื่นชอบ ชื่นชม ยกตัวอย่างเช่น เด็กผู้ชายที่มีความชื่นชอบบิดาผู้ให้กำเนิดก็จะมี ความปรับ ตนเองให้มีบุคลิกให้คล้ายคลึงกับบิดา หรือเด็กผู้หญิงก็อาจจะปรับตัวให้มีความคล้ายคลึงกับมารดาของตน โดยลักษณะเช่นนี้ เมื่อเด็กมีเหตุการณ์ สถานการณ์ที่ไม่สามารถแก้ไขปัญหาได้ การใช้กลไกนี้จะช่วยให้ ตนเองมีระยะเวลาในการไตร่ตรอง แก้ไขปัญหา รวมไปถึงทำให้ลดความเครียดที่เกิดขึ้นจากสถานการณ์ เหล่านั้นไปได้ เมื่อมีความเครียดที่ลดลงก็จะสามารถคิด วิเคราะห์ แก้ไขปัญหาได้ดีขึ้นหรือทำให้สถานการณ์ ความตึงเครียดคลี่คลายลง<sup>12</sup>

จิตวิเคราะห์ของฟรอยด์เป็นทฤษฎีที่อธิบายถึงความสัมพันธ์ของพัฒนาการในการเรียนรู้ของเด็ก อันเป็นแรงขับเคลื่อนตามสัญชาตญาณของเด็กที่มีติดตัวมาและการเลี้ยงดูจากบิดา มารดาในการอุปการะเลี้ยงดู ให้เหมาะสมกับพัฒนาการตามวัย ทั้งสองต้องมีความสัมพันธ์กัน ต่างฝ่ายต่างเรียนรู้ซึ่งกันและกัน ผู้มีหน้าที่ ในการอุปการะเลี้ยงดูต้องคอยให้การสังเกต วิเคราะห์ถึงพฤติกรรมการแสดงออก การตอบโต้ของเด็ก เพื่อส่งเสริม ปรับปรุง แก้ไข เพื่อให้เด็กจะได้เติบโตมาเข้าสู่กระบวนการทางสังคมได้อย่างปกติ ไม่มี พฤติกรรมที่จะเป็นปัญหา เป็นภาระ ต่อสังคม เช่นนี้ เด็กทุกคนมีสิทธิในการได้รับการอุปการะเลี้ยงดู อบรม สั่งสอนจากผู้ที่มีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดู ไม่ว่าจะเป็นบิดา มารดา ผู้ปกครองหรือองค์กรต่าง ๆ ที่มีหน้าที่รวมไปถึงเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนก็เช่นกันแม้เด็กจะอยู่ในระหว่างกรณีพิพาทไม่ว่า กรณีใด ๆ การพัฒนาการของเด็กยังคงดำเนินต่อไปอย่างเป็นพลวัต พัฒนาการของเด็กไม่สามารถชะลอ หรือหยุดพักระหว่างการพิจารณาได้ ไม่สามารถรอการแก้ไขกรณีพิพาทจนแล้วเสร็จได้ เมื่อเป็นเช่นนี้ แนวทางปฏิบัติในการแก้ไขกรณีพิพาทต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับเด็ก จึงต้องกำหนดให้เหมาะสมโดยต้องสามารถ ป้องกันการเกิดผลกระทบอันไม่พึงประสงค์ต่อพัฒนาการของเด็กได้

---

<sup>12</sup> Sigmund Freud, *An Outline of Psychoanalysis* (United Kingdom: Read Books, 1940), pp. 189-194.

### 2.1.2 ทฤษฎีพัฒนาการครอบครัว

การพัฒนาของระบบครอบครัวนั้น เป็นทฤษฎีที่มีจุดเริ่มต้นราวทศวรรษที่ 19 โดย Hill & Hanson ได้กล่าวไว้ว่า ระบบความสัมพันธ์ในครอบครัวมีการเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา ไม่ใช่สิ่งที่ตายตัว มีขอบข่ายมุมมองที่กว้างขวาง รวมทั้งมีลักษณะที่เป็นพลวัต (Dynamic) มากกว่าสถิตย์ (Static) กล่าวคือ การมีชีวิตครอบครัวโดยการเริ่มต้นที่คู่ชายหญิงได้แต่งงานกัน และมีการสิ้นสุดลงของชีวิตครอบครัวเมื่อคู่สมรสเสียชีวิต ในช่วงเวลาของการดำเนินไปของชีวิตครอบครัว ลักษณะของสมาชิกครอบครัวจะกำหนดกิจกรรมต่าง ๆ เป็นระยะ ๆ ซึ่งครอบครัวส่วนใหญ่จะผ่านระยะต่าง ๆ และมีกิจกรรมหลักที่คล้ายคลึงกัน แต่จะแตกต่างกันถ้าลักษณะโครงสร้างของสมาชิกในครอบครัวแตกต่างกัน ระยะต่าง ๆ ของครอบครัวตั้งแต่หญิงชายเริ่มแต่งงานกันจนกระทั่งคู่แต่งงานสิ้นชีวิตลงไปแล้ว เรียกว่า วงจรชีวิตครอบครัว (Family Life Cycle)<sup>13</sup>

วงจรชีวิตครอบครัวไม่มีการจำกัดคุณลักษณะของครอบครัวว่าจะจะเป็นชนชาติใด มีสีผิวอย่างไร ในระยะต่าง ๆ ของชีวิตครอบครัวก็จะมีกิจกรรมการเกิด การเข้าศึกษาเล่าเรียน การเข้าสู่ภาวะหรือเติบโตเต็มที่และก็เข้าสู่วัยชราเหมือนกันทุกครอบครัว แต่ถ้าครอบครัวใดไม่มีลูกก็ไม่มีกิจกรรมการเกิด การที่ลูกจะเข้าศึกษาเล่าเรียน เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีนักทฤษฎีอีกหลายท่านที่ได้แบ่งวงจรชีวิตครอบครัวแตกต่างกันออกไปตามลักษณะของแต่ละกลุ่ม โดยบางกลุ่มแบ่งออกเป็น 3 ชั้น คือ ครอบครัวเริ่มต้นขยาย หด บางกลุ่มแบ่งออกเป็น 7 ชั้น คือ เริ่มมีครอบครัว มีลูกวัยทารก วัยก่อนเข้าเรียน ปีที่ลูกอยู่ในโรงเรียนประถม วัยรุ่นตอนแรก วัยรุ่นตอนปลาย ผู้ใหญ่ในวัยหนุ่มสาว และปีท้าย ๆ ของช่วงชีวิต ในขณะที่ Phyllis J. Meiklejohn ได้แบ่งวงจรชีวิตครอบครัวออกเป็น 9 ขั้นตอน<sup>14</sup> กล่าวคือ

1) ระยะเริ่มพัฒนาครอบครัวจากการสมรส ระยะนี้ต่างฝ่ายต่างพยายามปรับตัวเข้าหากัน ซึ่งในระยะเริ่มแรกไม่มีปัญหามากนัก เพราะยังอยู่ในระยะหวานชื่น แต่เมื่อนานวันเข้าการปรับตัวจะทวีคูณขึ้นถ้าปรับตัวเข้าหากันได้ดี ทำให้ทั้งคู่ยิ่งรักกันมากขึ้น แต่เมื่อผ่านระยะน้ำผึ้งพระจันทร์ การปรับตัวทำได้ยากขึ้น

2) ระยะเริ่มต้นตั้งครอบครัว ในช่วงตั้งครอบครัวมีการเปลี่ยนแปลงอย่างมากมายทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจของภรรยา และการทำหน้าที่แม่บ้านของภรรยาอาจทำได้ไม่เต็มที่ และถ้าไม่ร่วมกันวางแผนสำหรับทารกที่จะเกิดมาอาจจะทำให้สัมพันธ์ภาพระหว่างสามีและภรรยาไม่ดี

3) ระยะเริ่มบทบาทบิดามารดา บิดาและมารดาอาจจะตื่นเต้นต่อภาระและหน้าที่ที่เพิ่มขึ้นทั้งสองฝ่ายอาจจะทำให้ครอบครัวเริ่มเกิดปัญหาระหว่างคู่สมรส

<sup>13</sup> จิตตินันท์ เดชะคุปต์, ญัฐชญา พวงทอง และคนอื่นๆ, 72305 การศึกษาชีวิตครอบครัว และชุมชน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2560), หน้า 41-45.

<sup>14</sup> พรรณทิพย์ ศิริวรรณบุศย์, จิตวิทยาครอบครัว (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 38.

4) ปีที่ว่าง การประมาณระยะการมีบุตรไม่ให้ใกล้กันเกินไปจะทำให้สภาพครอบครัวดีขึ้นในระยะนี้เป็นระยะที่ค่าใช้จ่ายสูงที่สุด ภรรยานอกจากต้องว่างกับการเลี้ยงบุตรแล้ว สามีและภรรยาก็ต้องรักษาสัมพันธ์ภาพระหว่างกันและกัน ทั้งเรื่องความพึงพอใจในเพศรส การสนทนาและการเรื่องอื่น ๆ เพื่อคงสภาพสมรสที่ดีไว้

5) ระยะบุตรเริ่มเข้าโรงเรียน เนื่องจากบิดามารดาต้องการให้สิ่งที่ดีที่สุดแก่บุตรของตน ดังนั้นจะพยายามที่จะส่งบุตรไปโรงเรียนให้เร็วที่สุด เมื่อบุตรเข้าเรียนภาระด้านการเลี้ยงดูบุตรอาจจะลดน้อยลง แต่ต้องให้ความสำคัญแก่รายได้เพื่อใช้ในการศึกษาของบุตรให้มากที่สุด

6) ระยะบุตรเริ่มเข้าสู่วัยรุ่น ในช่วงชีวิตนี้บิดามารดาอาจจะมีการสร้างสรรค์มากขึ้น หรือทางตรงข้ามอาจจะมีความรู้สึกว่าขาดความตื่นเต้น ชีวิตครอบครัวราบเรียบจนน่าเบื่อหน่าย ในบางกรณีมารดาอาจจะยุ่งอยู่กับบุตรที่กำลังเจริญเติบโต และฝ่ายบิดาก็ยุ่งวุ่นวายอยู่กับการหาเงินมาใช้จ่ายในครอบครัวทำให้มีเวลาทำกิจกรรมร่วมกันลดน้อยลง ถ้าหากว่าทั้งคู่ต่างขาดความสนใจซึ่งกันและกันอาจจะก่อให้เกิดความรู้สึกว่าขาดสิ่งที่ยึดเหนี่ยวเข้าไว้ด้วยกัน อาจจะทำให้เกิดความเหินห่างและต่างคนต่างอยู่ได้

7) ระยะบุตรแยกครอบครัว ในระยะที่บุตรแยกครอบครัวนี้อาจจะเป็นเวลาที่บิดามารดาใกล้ปลดเกษียณ ฉะนั้น ปู่ย่าหรือตายาย มักจะรู้สึกยินดีที่ได้เลี้ยงหลาน และมีความรู้สึกว่าเป็นโอกาสที่ตนเองจะได้รับความรักอีกครั้งหนึ่ง ช่วยให้เกิดความรู้สึกมีคุณค่าเนื่องจากได้ทำประโยชน์ให้แก่สมาชิกในครอบครัว

8) ระยะบ้านว่างเปล่า ในระยะนี้ครอบครัวที่มีขนาดใหญ่เมื่อบุตรได้แยกย้ายกันออกไปหมดแล้วก็ย่อมมีความรู้สึกที่บ้านว่างเปล่า หากสามีภรรยาไม่มีความสนใจทำกิจกรรมอื่น ๆ ความว่างเปล่าในบ้านก็จะทำให้รู้สึกอ้างว้างมากยิ่งขึ้น

9) ระยะปัจฉิมวัย ระยะนี้สมรรถภาพทางกายของคู่สมรสเริ่มเสื่อมลงไม่สามารถที่จะทำกิจกรรมที่เคยทำมาก่อนได้ทั้งงาน ทางด้านร่างกายและทางด้านการใช้สติปัญญา รวมทั้งอาจเกิดความเจ็บป่วยเป็นครั้งคราวหรือเจ็บป่วยเรื้อรังขึ้นอยู่กับการปฏิบัติตนในวัยผู้ใหญ่

ทฤษฎีพัฒนาการของครอบครัวนั้นบอกถึงธรรมชาติของการดำรงชีวิตของมนุษย์ในช่วงที่มีการใช้ชีวิตร่วมกันในลักษณะครอบครัว โดยเริ่มตั้งแต่การสร้างครอบครัวใหม่ การปรับตัวเข้ากันระหว่างคู่สมรส การเริ่มตั้งครุฑ การมีบุตร การเลี้ยงดู อุปการะบุตร การมีบทบาทของการเป็นบิดา มารดา ผู้ปกครองอันเป็นบทบาทใหม่ที่เพิ่มขึ้นมา การมีภาระหน้าที่ ความรับผิดชอบที่เพิ่มมากขึ้น จนเมื่อบุตรเริ่มมีพัฒนาการเติบโตขึ้นเข้าสู่วัยรุ่น จนในระยะที่บุตรเติบโตพอที่จะเริ่มสร้างครอบครัวของตนเองจนกลายเป็นครอบครัวใหม่ เมื่อบุตรย้ายออกจากครอบครัวไปหมดจนสิ้นสภาพของคู่สมรสไปเป็นการจบสิ้นสภาพครอบครัว เช่นนี้ อธิบายถึงสภาวะทางธรรมชาติที่เกิดขึ้นในสังคมมนุษย์ที่ต้องการสร้างครอบครัว การมีบุตรถือเป็นองค์ประกอบหนึ่งที่มีช่วงระยะเวลาอยู่ในพัฒนาการของครอบครัวที่ยาวนาน กล่าวคือนับตั้งแต่เริ่มกระบวนการตั้งครุฑ การเลี้ยงดูทารก การอบรมสั่งสอนบุตรในวัยเด็ก การให้อำนาจในการปกครองเด็กจน

เข้าสู่วัยรุ่น อันอยู่ในภาวะของความเป็นผู้เยาว์ตามกฎหมายจนบรรลุนิติภาวะไปมีการสร้างครอบครัวใหม่ หน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดู อบรมสั่งสอน ใช้อำนาจในการปกครองเด็กนั้น ถือเป็นช่วงเวลาที่ยาวนานและมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งด้วยประการ หากมีการมอบหมายหรือมีการกำหนดหน้าที่ดังกล่าวโดยไม่ได้รับการพิจารณาไตร่ตรองให้มีความเหมาะสมแล้ว ไม่เฉพาะแต่เด็กที่เกิดมาเพียงคนเดียวที่จะได้รับผลกระทบ บุคคลที่เกี่ยวข้องในครอบครัวทุกคนล้วนแล้วแต่มีความสำคัญทั้งในฐานะผู้สร้างและผู้รับผลกระทบทั้งสิ้น กรณีการตั้งครรรค์ตามธรรมชาติ ย่อมรวมถึงสมาชิกทั้งหลายในครอบครัว แต่สำหรับกรณีการตั้งครรรค์แทน นั้น บุคคลที่เกี่ยวข้องมีทั้งครอบครัวของหญิงที่รับตั้งครรรค์แทนซึ่งประกอบไปด้วยสามีของหญิงที่รับตั้งครรรค์แทน บุตรของหญิงที่รับตั้งครรรค์แทน และครอบครัวของคู่สามี ภรรยาผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรรค์แทน รวมทั้งสมาชิกอื่นที่อยู่ในครอบครัวของทั้งสองฝ่ายที่สามารถเป็นผู้สร้างและผู้รับผลกระทบจากการอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดขึ้น

### 2.1.3 บทสรุปทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับพัฒนาการมนุษย์และครอบครัว

เด็กที่เกิดมาแล้วนั้นทุก ๆ คนถือได้ว่ามีสภาพบุคคล ซึ่งบุคคลย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการอุปการะเลี้ยงดู เพื่อให้มีการพัฒนาไปตามวัย ตามศักยภาพและ ความสามารถ ซึ่งต้องคำนึงถึงสภาพแวดล้อม ฐานะความสามารถอันเป็นไปตามฐานะานุกรมของผู้ที่มีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดู การใช้อำนาจในการปกครองเด็ก ก็เช่นกัน ทุก ๆ กระบวนการ ทุก ๆ ช่วงเวลา ล้วนแล้วแต่มีความสำคัญมีผลกระทบต่อพัฒนาการของเด็กทั้งสิ้น ดังนั้นการมอบหมายภาระหน้าที่ดังกล่าวต่อผู้ใดนั้นต้องได้รับการพิจารณา การกำหนดอย่างรอบคอบ โดยมีการคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดต่อเด็กเป็นที่ตั้ง เด็กที่เกิดจากการตั้งครรรค์แทนนั้นมีความสัมพันธ์กับบุคคลและครอบครัวที่หลากหลาย มากกว่าครอบครัวโดยปกติทั่วไป การกำหนดภาระ หน้าที่ต่าง ๆ จึงควรให้ความสำคัญกับความสัมพันธ์ระหว่างครอบครัวหรือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับเด็กด้วย

## 2.2 ความหมาย หลักการ แนวความคิดและที่มาอันเกี่ยวกับสิทธิเด็ก

แนวความคิดในการยอมรับว่าเด็กเป็นบุคคลทางกฎหมายเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไปและเด็กสมควรได้รับการคุ้มครองสิทธิอย่างเป็นพิเศษนั้นถือได้ว่าเป็นแนวความคิดสมัยใหม่ หากพิจารณาจากประวัติศาสตร์กฎหมายโรมัน จะพบว่าหลักการกฎหมาย *Patria Potestas* หมายถึงอำนาจในฐานะบิดา อำนาจของหัวหน้าครอบครัวในการดูแลบุตร ภรรยา และสมาชิกอื่นในครอบครัว เดิมทีหลักการกฎหมาย กำหนดให้บิดามีสิทธิมากถึงระดับชี้เป็น ชี้ตาย ชีวิตของสมาชิกในครอบครัว แต่ต่อมาได้ลดลงเหลือเพียงดูแลเนื้อตัวร่างกายและช่วยปกครองทรัพย์สินเท่านั้น ผู้เขียนจะกล่าวถึงเป็นลำดับตามช่วงเวลา ดังนี้ แต่เดิม การให้ความสำคัญต่อความคุ้มครองเด็กเป็นพิเศษไม่ใช่ประเด็นที่ถูกหยิบยกขึ้นมาเท่าใดนักในอดีต ความคิดที่มีการให้ความสำคัญต่อความคุ้มครองเป็นพิเศษแก่เด็กนั้นเริ่มในช่วงกลางศตวรรษที่ 19 และได้รับการ

พัฒนามาเป็น สิทธิของผู้เยาว์ เมื่อปี พ.ศ. 2384 ต่อมาก็ได้มีกฎหมายที่ให้การปกป้องเด็กในสถานที่ทำงาน ในช่วงปี พ.ศ. 2424 โดยในสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้นกฎหมายที่ให้การปกป้องเด็กยังครอบคลุมไปถึงสิทธิในการได้รับการศึกษาของเด็กด้วย ในตอนต้นของศตวรรษที่ 20 หรือในช่วงราวปี พ.ศ. 2543 การคุ้มครองเด็กนั้นเริ่มที่จะครอบคลุมไปถึงการเข้าถึงในเรื่องของการเข้าถึงการรักษาพยาบาลและด้านสุขภาพของเด็ก ทั้งยังรวมไปถึงการปกป้องสิทธิของเด็กในกระบวนการยุติธรรมในส่วนของกรณีพิพาทคดีโดยเกิดขึ้นครั้งแรกในสาธารณรัฐฝรั่งเศสและต่อมาจึงได้มีกระจายออกไปยังประเทศอื่นในยุโรป

ในช่วงปี พ.ศ. 2462 ได้มีการจัดตั้งประชาคมระหว่างประเทศหลังจากที่ได้มีการจัดตั้งสันนิบาตแห่งชาติ (ต่อมาจึงกลายเป็นองค์การสหประชาชาติ) และได้เริ่มให้ความสำคัญกับแนวคิดดังกล่าวและได้มีการก่อตั้งคณะกรรมการคุ้มครองเด็ก สันนิบาตแห่งชาติได้เริ่มมีปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเมื่อ 16 กันยายน พ.ศ. 2467 เรียกว่า ปฏิญญาเจนีวาว่าด้วยสิทธิเด็ก ซึ่งเป็นพิธีสารฉบับแรกที่กำหนดเกี่ยวกับสิทธิเด็ก โดยปฏิญญาเจนีวานั้นถือได้ว่าเป็นผลงานของแพทย์ชาวโปแลนด์ที่มีชื่อว่า Janusz Korczak ก่อนได้รับการพัฒนาเป็นปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก โดยสหประชาชาติ ในภายหลัง ต่อมา ระหว่างสงครามโลกครั้งที่สอง ได้มีผู้เสียชีวิตจำนวนมากและได้ส่งผลให้เด็กหลายพันคนตกอยู่ในสถานการณ์เลวร้าย จึงได้มีการจัดตั้งกองทุนเพื่อเด็กแห่งสหประชาชาติขึ้นอย่างเร่งด่วนใน ปีพ.ศ. 2490 กองทุนดังกล่าวจัดตั้งขึ้นโดยองค์การยูนิเซฟและได้รับการยอมรับในสถานะองค์การระหว่างประเทศอย่างถาวรเมื่อปี พ.ศ. 2496

องค์การยูนิเซฟมุ่งมั่นที่จะช่วยเหลือผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของสงครามโลกครั้งที่สอง โดยเฉพาะการดูแลเด็กในยุโรปเป็นส่วนใหญ่และในปี พ.ศ. 2496 การช่วยเหลือคุ้มครองจึงได้ถูกขยายขอบเขตไปสู่สากลอย่างแท้จริง โดยมาตรการความช่วยเหลือได้ขยายไปสู่ประเทศกำลังพัฒนา ยูนิเซฟจึงมีโครงการที่หลากหลายเพื่อช่วยเหลือเด็ก ๆ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการศึกษา สุขภาพ และการเข้าถึงน้ำและอาหาร และในปี พ.ศ. 2502 สมัชชาแห่งสหประชาชาติได้มีการประกาศปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ซึ่งอธิบายถึงหลักสิทธิเด็ก 10 ประการ ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนี้เป็นพิธีสารที่ได้รับการลงนามโดยรัฐสมาชิก เป็นเพียงการยอมรับในหลักการเท่านั้น ต่อมา ได้มีการประกาศให้ปี พ.ศ. 2522 เป็นปีสากลแห่งเด็กโดยสหประชาชาติ ที่นับเป็นปีที่มีการเปลี่ยนแปลงกระบวนการทางความคิดอย่างแท้จริง และได้มีข้อเสนอให้จัดตั้งคณะทำงานภายในคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ให้ทำหน้าที่เขียนกฎบัตรระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิเด็ก และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้รับการรับรองเป็นเอกฉันท์โดยสมัชชาแห่งสหประชาชาติในวันที่ 20 พฤศจิกายน พ.ศ. 2532 บทความทั้ง 54 ข้อในอนุสัญญาได้อธิบายเกี่ยวกับสิทธิทางเศรษฐกิจสังคมและวัฒนธรรมของเด็ก อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนั้นเป็นตราสารเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่ได้รับการยอมรับมากที่สุดและได้ถูกนำมาใช้อย่างรวดเร็ว และได้กลายเป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศและมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 2 กันยายน พ.ศ. 2533 หลังจากได้รับการยอมรับจาก 20 รัฐสมาชิก รวมไปถึงองค์การเพื่อความสามัคคีแอฟริกันก็ได้ยอมรับกฎบัตรสิทธิและสวัสดิการของเด็กในแอฟริกาเมื่อวันที่ 11 กรกฎาคม พ.ศ. 2533 ในส่วนของอนุสัญญาว่าด้วยแรงงานเด็กได้รับการรับรองเมื่อวันที่ 17 มิถุนายน พ.ศ. 2542 และในเดือนพฤษภาคม พ.ศ. 2543

ได้มีการให้สัตยาบันอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิเด็กเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมของเด็กในความขัดแย้ง โดยมีผลบังคับใช้ในปี พ.ศ. 2545 ซึ่งมีข้อกำหนดผู้เยาว์มีส่วนร่วมในการสู้รบ ณ วันนี้ก็ถูกบัตระหว่งประเทศ เรืองสิทธิเด็กได้ลงนามโดย 190 รัฐจาก 192 รัฐ โดยมีการสงวนบางส่วนไว้ และมีเฉพาะสหรัฐอเมริกาและ โขมาเลียที่ได้ลงนามแต่ไม่ได้ให้สัตยาบัน<sup>15</sup>

เมื่อให้สัตยาบันต่ออนุสัญญาระหว่างประเทศแล้วนั้น แต่ละประเทศสมาชิกที่ให้สัตยาบันจะต้อง มีการดำเนินการให้กฎหมายภายในที่ใช้บังคับจะต้องมีความสอดคล้องกับเนื้อหาแห่งอนุสัญญาที่ประเทศ ของตนได้ลงสัตยาบันไว้ ดังนั้นกฎหมายภายในรัฐย่อมต้องถูกตรา แก้ไข เปลี่ยนแปลง และบังคับใช้ให้ สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เพื่อคุ้มครองสิทธิเด็กที่กำเนิดหรืออาศัยอยู่ในรัฐสมาชิกให้เป็น ไปตามเจตนารมณ์อย่างครอบคลุม ครอบคลุมที่รัฐประสงค์จะให้ความคุ้มครองต่อเด็กไม่ว่าเพื่อปฏิบัติตามการ ให้สัตยาบันหรือเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดของเด็กในรัฐ รัฐย่อมต้องคุ้มครองสิทธิเด็กทุกคนด้วยความ เสมอภาค เท่าเทียม ไม่ว่าเด็กนั้นจะมีแหล่งกำเนิดอย่างไรและมีที่มาหรืออาศัยสิทธิใดในการอาศัยอยู่ใน รัฐซึ่งรวมถึงเด็กที่เกิดจากการอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ด้วย

### 2.2.1 ความหมายของเด็กและสิทธิเด็ก

เด็กทุกคนไม่ว่าจะเป็นเด็กที่ถือกำเนิดมาด้วยวิธีการใดหรือลักษณะที่แตกต่างกันประการใด หรือ จะเป็นเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ ย่อมจะต้องได้รับความคุ้มครองสิทธิในฐานะ บุคคลที่มีศักดิ์ศรีและการมีคุณค่าของความเป็นมนุษย์ที่มีความเท่าเทียมกัน สิทธิของเด็กถือเป็นสิทธิ ประเภทหนึ่งในสิทธิมนุษยชนที่ต้องมีการปกป้องคุ้มครองมากกว่าบุคคลที่เป็นผู้ใหญ่อันเนื่องมาจากความ บอบบางโดยธรรมชาติของเด็ก จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่เด็กจะต้องได้รับความคุ้มครองสิทธิเป็นพิเศษ กอปรกับ เด็กแต่ละคนย่อมมีลักษณะเฉพาะที่มีความแตกต่างกันออกไป ฉะนั้นการปฏิบัติต่อเด็กจำต้องมี แนวความคิดที่ครอบคลุมถึงสิทธิพิเศษต่าง ๆ ที่เด็กควรจะได้รับโดยคำนึงถึงความแตกต่างนั้นด้วย ความแตกต่างของเด็กและความแตกต่างในการเลี้ยงดูเด็กเป็นปัจจัยที่ส่งผลต่อเมื่อเด็กเจริญเติบโตขึ้น การที่ จะเติบโตเป็นบุคคลที่มีความประพฤติที่ไม่เหมาะสมหรือมีพฤติกรรมที่ฝ่าฝืนกฎหมายหรือไม่นั้น นับเป็นผล สืบเนื่องมาจากการได้รับการอบรม ปกครอง เลี้ยงดูและการปฏิบัติจากบุคคลภายในครอบครัว ที่ถือว่าเป็น พื้นฐานที่สำคัญ<sup>16</sup>

<sup>15</sup> United Nations International Children's Emergency Fund, **Historical Overview of the Children's Rights Evolution, Children's Rights History**, Retrieved February 10, 2010 from <https://www.unicef.org/child-rights-convention/history-child-rights>

<sup>16</sup> สิตลาทัย พงศ์ศรีวัฒน์, การคุ้มครองสิทธิเด็กเมื่อต้องเข้าสู่การดำเนินกระบวนการ ยุติธรรมทางอาญาตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

คำว่า “เด็ก” มาจากภาษาละติน infans ซึ่งหมายความว่า “คนที่ไม่สามารถพูดได้” ชาวโรมันกำหนดใช้คำนี้สำหรับเด็กตั้งแต่แรกเกิดถึงอายุ 7 ปี ขณะที่อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก พ.ศ. 2532 กำหนดช่วงอายุของเด็กไว้ว่า เด็ก คือ มนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านั้น ตามกฎหมายที่ใช้บังคับ แนวความคิดจากค่านิยมและข้อความทั้งหมดเกี่ยวกับสวัสดิการเด็กที่กล่าวไว้ทั่วไปนั้นสามารถตีความได้ว่าเด็กเป็นมนุษย์ที่มีสิทธิและศักดิ์ศรี สิ่งที่เป็นตัวกำหนดของเด็กคือความเป็นเยาวชนและความอ่อนแอหรือความไม่สมบูรณ์ในแง่ของพัฒนาการด้านร่างกายตามธรรมชาติของวัยเยาว์ ซึ่งแท้จริงแล้วเด็กนั้นก็จักเติบโตขึ้นเป็นผู้ใหญ่ในอนาคต แต่ขณะที่เป็นเด็กนั้นจะยังไม่รู้วิธีป้องกันตัวเอง ดังนั้นสิทธิและประโยชน์ที่เด็กพึงจะได้รับจึงเป็นสิ่งที่ต้องได้รับความสำคัญในการปกป้องเป็นพิเศษ แนวทางในการปกป้องสิทธิเด็กนี้ได้รับความสำคัญและเป็นที่ยอมรับมากขึ้นหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 1 สิ้นสุดลงในปี พ.ศ. 2461 โดยเมื่อปี พ.ศ. 2467 ได้มีการประกาศปฏิญญาเจนีวา และประกาศปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็กโดยสหประชาชาติ ในปี พ.ศ. 2502 ตามลำดับ การยอมรับหลักสิทธิเด็กและประโยชน์ที่เด็กพึงได้รับส่งผลเป็นรูปธรรมอย่างแท้จริงเมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน พ.ศ. 2532 ที่ได้มีการยอมรับจากอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิเด็กซึ่งเป็นตราสารที่มีผลผูกพันตามกฎหมายสากลฉบับแรกที่ตระหนักถึงสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหมดของเด็ก

สิทธิเด็กเป็นหนึ่งในสิทธิมนุษยชนที่มุ่งการปกป้องเด็ก ประกอบด้วย การค้าประกันสิทธิขั้นพื้นฐาน และสิทธิมนุษยชนที่สำคัญ หมายถึงสิทธิเด็กนั้นครอบคลุมถึงการค้าประกันสิทธิขั้นพื้นฐานที่มนุษย์ทุกคนพึงได้รับความคุ้มครอง

สิทธิในการดำรงชีวิตด้วยหลักการไม่เลือกปฏิบัติ สิทธิและศักดิ์ศรีที่จะได้รับความคุ้มครองทั้งในเรื่องความสมบูรณ์ของร่างกายและจิตใจ อาทิ การป้องกันการเป็นทาส การทรมาน และการรักษาพยาบาลที่ไม่เหมาะสม เป็นต้น

สิทธิเด็กเป็นสิทธิทางแพ่งและทางการเมือง สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม เช่น สิทธิในการศึกษา สิทธิในการได้รับมาตรฐานการครองชีพที่เหมาะสมสิทธิในการดำรงชีวิต เป็นต้น

สิทธิเด็กรวมไปถึงสิทธิส่วนบุคคล อาทิ สิทธิที่จะอยู่กับบิดา มารดาสิทธิในการศึกษา สิทธิในการได้รับประโยชน์จากการคุ้มครอง ฯลฯ

สิทธิเด็กนั้นรวมถึงสิทธิของกลุ่มผู้ลี้ภัย เด็กพิการ เด็กที่อยู่ในชนกลุ่มน้อยหรือกลุ่มดั้งเดิมสิทธิเด็กเป็นสิทธิมนุษยชนที่ดัดแปลงให้มีความเฉพาะสำหรับเด็กด้วยคำนึงถึงความเปราะบางซึ่งเป็นลักษณะเฉพาะตามธรรมชาติของวัยและความต้องการที่เหมาะสมกับวัยของเด็ก

สิทธิเด็กคำนึงถึงความจำเป็นในการพัฒนาของเด็ก เด็กจึงมีสิทธิที่จะมีชีวิตอยู่และมีพัฒนาการทั้ง

ทางร่างกายและสติปัญญาอย่างเหมาะสม มีเป้าหมายเพื่อตอบสนองความต้องการที่จำเป็นสำหรับการพัฒนาที่ดีของเด็ก เช่น มีการเข้าถึงการเลี้ยงดูที่เหมาะสม การดูแลที่จำเป็นต่อการศึกษา เป็นต้น สิทธิเด็กได้พิจารณาถึงลักษณะทางกายภาพที่เปราะบางของเด็กซึ่งบ่งบอกถึงความจำเป็นที่จะได้รับการปกป้อง ดูแล โดยการให้ความช่วยเหลือเป็นพิเศษแก่เด็กและเพื่อให้การคุ้มครองปรับตัวเข้ากับวัยและระดับความเป็นผู้ใหญ่ของเด็ก ดังนั้นเด็กต้องได้รับการช่วยเหลือ ได้รับการสนับสนุน และต้องได้รับการปกป้องจากการถูกแสวงประโยชน์จากการลักลอบและชักพาให้กระทำความผิดเป็นต้น

#### 2.2.1.1 สิทธิเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

สิทธิเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กมีที่มาจากการคำนึงถึงหลักสำคัญ รวม 5 ประการ คือ สิทธิพลเมือง การเมือง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม สำหรับเรื่องสวัสดิภาพ และการคุ้มครองพิทักษ์สิทธิเด็กที่กำหนดไว้ในปฏิญญาเจนีวาในปี พ.ศ. 2466 นั้น เป็นความพยายามครั้งแรกที่จะรวบรวมเงื่อนไขต่าง ๆ เกี่ยวกับสิทธิเด็กไว้ภายใต้ เอกสารฉบับเดียวกัน ต่อมาได้รับการทบทวนและเพิ่มเติมในปฏิญญาสากลว่าด้วย สิทธิมนุษยชนเมื่อปี พ.ศ. 2491 ซึ่งได้กลายมาเป็นพื้นฐานของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็กที่สมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติได้ลงมติเป็นเอกฉันท์ เมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน 2502 ว่าจำเป็นต้องมีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เป็นส่วนสำคัญของสิทธิมนุษยชน ซึ่งเป็นสิทธิที่กำหนดไว้ภายใต้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน พ.ศ. 2491 และกติกาสากลรวมทั้งเอกสารอื่น ๆ ที่มีผลบังคับทางกฎหมาย เพื่อก่อให้มีการเสริมสร้างและพิทักษ์สิทธิมนุษยชนอย่างแท้จริง ดังนั้น การพิทักษ์สิทธิเด็กก็ควรจะต้องอยู่บนพื้นฐานของกฎหมายที่แน่นอน เป็นที่ยอมรับโดยทัดเทียมกัน ด้วยภูมิหลังดังกล่าวนี้เองประเทศโปแลนด์จึงเสนอให้มีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กขึ้นก่อนปีเด็กสากล (พ.ศ. 2522) ความคิดริเริ่มนี้เป็นโอกาสและแรงผลักดันให้มีการตั้งค่านิยมทชัดเจน เกี่ยวกับมาตรฐานสิทธิมนุษยชนสำหรับเด็ก ตลอดจนนำเอาข้อมูลที่มีอยู่แล้วมาปรับรวมเข้าด้วยกันและลดช่องโหว่ที่มีอยู่ในข้อความต่าง ๆ แล้วมีการประเมินผลโดยละเอียดเพื่อนำไปบรรจุไว้ในเอกสารระหว่างประเทศเพียงฉบับเดียวที่จะมีผลบังคับใช้ทางกฎหมาย อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กจัดทำขึ้นโดยองค์การสหประชาชาติหลังจากที่ประเทศโปแลนด์นำเสนอร่างอนุสัญญาเมื่อปี พ.ศ. 2521 โดยผ่านการพิจารณาของคณะทำงานองค์การสหประชาชาติ และได้รับการรับรองจากประเทศต่าง ๆ ในการประชุมสมัชชาใหญ่สหประชาชาติในปี พ.ศ. 2532 อันเป็นโอกาสครบรอบปีที่ 10 ของปีเด็กสากล ครบรอบปีที่ 10 ของการเริ่มกระบวนการร่างอนุสัญญา และเป็นโอกาสครบรอบปีที่ 30 ของการประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็กอีกด้วย<sup>17</sup>

<sup>17</sup> องค์การสหประชาชาติ คณะกรรมการด้านสิทธิมนุษยชน, **อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก** (กรุงเทพฯ: สำนักส่งเสริมและพิทักษ์เด็กกระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์, ม.ป.ป.), หน้า 9-10.

### 2.2.1.2 ลักษณะทั่วไปของอนุสัญญา

“สนธิสัญญา” ตามนัยความหมายของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมาย สนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ข้อ 2 วรรค 1 วงเล็บ A นั้น หมายถึง “ความตกลงระหว่างประเทศซึ่งได้กระทำขึ้นระหว่างกัน เป็นลายลักษณ์อักษรและอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้ไม่ว่าจะปรากฏในตราสาร ฉบับเดียว หรือสองฉบับหรือตราสารที่เกี่ยวข้องกันมากกว่านั้นขึ้นไปและจะมีชื่อเรียกเฉพาะว่าอย่างไรก็ตาม” ส่วน “อนุสัญญา” (Convention) นั้นโดยมากจะทำกันระหว่างหลายประเทศที่มาประชุมกันและ จัดวางบทบัญญัติเป็นข้อผูกพันขึ้นระหว่างภาคี ในบางกรณีก็อาจเป็นการจัดวางหลักเกณฑ์ แห่งกฎหมาย ระหว่างประเทศขึ้น เช่น อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต 1961 (Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961)<sup>18</sup>

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนั้นได้รับการรับรองจากสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ เมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน 2532 และมีผลใช้บังคับในวันที่ 2 กันยายน 2533 ประกอบด้วยบทบัญญัติรวม 54 ข้อ โดยมีหลักการและเนื้อหาเกี่ยวกับสิทธิต่าง ๆ ที่เด็กควรได้รับแบ่งออกเป็น 6 หลักการ คือ

#### 1) หลักการทั่วไป อนุสัญญามีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

คำว่า “เด็ก” ตามอนุสัญญา หมายถึง มนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เว้นแต่ จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านั้นตามกฎหมาย (ข้อที่ 1) รัฐภาคีจะเคารพ และประกันสิทธิตามที่กำหนดไว้ใน อนุสัญญานี้แก่เด็กที่อยู่ในเขตอำนาจ โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ ไม่คำนึงถึงเชื้อชาติ สีดผิว ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง ต้นกำเนิดทางชาติ ชาติพันธุ์ สังคม ทรัพย์สินความทุพพลภาพ การเกิดหรือ สถานะอื่น ๆ (ข้อที่ 2) ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก เป็นสิ่งที่ต้องคำนึงถึงเป็นลำดับแรก (ข้อที่ 3) รัฐภาคีจะ ดำเนินมาตรการที่เหมาะสม ทั้งด้านนิติบัญญัติ บริหาร และด้านอื่น ๆ เพื่อปฏิบัติให้เป็นไปตามสิทธิที่ อนุสัญญานี้ ให้การยอมรับ (ข้อที่ 4) รัฐภาคีจะเคารพต่อความรับผิดชอบ สิทธิ หน้าที่ของ บิดามารดา ใน อันที่จะให้แนวทาง การแนะแนวที่เหมาะสมในการใช้สิทธิของเด็ก ตามที่อนุสัญญานี้ให้การรับรอง (ข้อที่ 5) รัฐภาคียอมรับว่าเด็กมีสิทธิติดตัวที่จะมีชีวิต และประกันอย่างเต็มที่ให้มีการอยู่รอดและการพัฒนาของ เด็ก (ข้อที่ 6) รัฐภาคีจะหยุดยั้งการโยกย้ายเด็กและการไม่ส่งเด็กกลับคืนจากต่างประเทศที่มีขอบด้วย กฎหมาย (ข้อที่ 11) รัฐภาคีจะประกันแก่เด็กซึ่งสิทธิที่จะแสดงความคิดเห็น โดยเสรีในทุก ๆ เรื่องที่มี ผลกระทบต่อเด็ก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกระบวนการและทางปกครอง (ข้อที่ 12) เด็กมี สิทธิที่จะมีเสรีภาพในการแสดงออก (ข้อที่ 13) รัฐภาคีจะเคารพต่อสิทธิของเด็กที่จะมีเสรีภาพทางความคิด มโนธรรม และศาสนา (ข้อที่ 14) รัฐภาคียอมรับสิทธิของเด็กที่จะมีเสรีภาพในการสมาคม และเสรีภาพใน

<sup>18</sup> United Nations, **Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961**, Retrieved February 10, 2021 from [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9\\_1\\_1961.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_1_1961.pdf)

การชุมนุมอย่างสงบ โดยไม่อาจจำกัดการใช้สิทธิเหล่านี้ นอกเหนือจากข้อจำกัดที่กำหนดขึ้นโดยสอดคล้องกับกฎหมาย และที่จำเป็นสำหรับสังคมประชาธิปไตย (ข้อที่ 15) เด็กจะไม่ถูกแทรกแซงโดยพลการหรือโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในความเป็นส่วนตัว ครอบครัว รวมทั้งจะไม่ถูกระงับโดยมิชอบต่อเกียรติ ชื่อเสียงและสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายจากการแทรกแซงซึ่งสิทธิเหล่านั้น (ข้อที่ 16) รัฐภาคียอมรับในสิทธิของเด็ก ผู้ซึ่งได้รับการจัดโดยหน่วยงานที่มีอำนาจให้ไปได้รับการดูแล การคุ้มครอง หรือการบำบัดรักษาสุขภาพ ในอันที่จะ ได้รับการทบทวนการบำบัดรักษาเป็นระยะ ๆ (ข้อที่ 25) รัฐที่มีชนกลุ่มน้อยทางชาติพันธุ์ ศาสนา ภาษา หรือกลุ่มชนพื้นเมืองดั้งเดิมอาศัยอยู่เด็กต้อง ไม่ถูกปฏิเสธสิทธิที่จะปฏิบัติตามวัฒนธรรม ที่จะนับถือและปฏิบัติทางศาสนาหรือสิทธิที่จะใช้ภาษาของตน (ข้อที่ 30) รัฐภาคีจะเคารพและประกันให้มี ความเคารพต่อกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศในกรณี พิพาทกันด้วยอาวุธ ซึ่งเกี่ยวข้องกับเด็ก ประกันว่าบุคคลที่มีอายุไม่ถึง 15 ปี จะไม่มีส่วนร่วมโดยตรงในการกระทำอันเป็นปฏิปักษ์ต่อกัน และหลีกเลี่ยงการเกณฑ์ บุคคลที่มีอายุไม่ถึง 15 ปีเข้าประจำกองทัพ (ข้อที่ 38) ไม่มีส่วนใดในอนุสัญญานี้ จะมีผลกระทบต่อบทบัญญัติใด ๆ ซึ่งให้สิทธิของเด็กบังเกิดผลมากกว่าในกฎหมายของรัฐภาคี หรือกฎหมายระหว่างประเทศที่มีผลใช้บังคับกับรัฐนั้น (ข้อที่ 41)

2) หลักการคุ้มครองร่างกาย ชีวิต เสรีภาพ และสวัสดิภาพของเด็ก อนุสัญญามีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

รัฐภาคีจะคุ้มครองเด็กจากความรุนแรงทั้งทางร่างกายและจิตใจ การทำร้ายหรือการ กระทำอันมิชอบ การทอดทิ้งหรือการปฏิบัติโดยประมาท การปฏิบัติที่ผิด หรือการแสวงประโยชน์ รวมถึงการกระทำอันมิชอบทางเพศ (ข้อที่ 19) รัฐภาคี จะต้องยอมรับสิทธิของเด็กที่จะได้รับการคุ้มครองจากการแสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจ จากการทำงานที่น่าจะเป็นการเสี่ยงอันตราย ขัดขวางการศึกษา เป็นอันตราย ต่อสุขภาพ การพัฒนาทางร่างกาย สมอง จิตใจ ศีลธรรม และสังคม (ข้อที่ 32) รัฐภาคีจะคุ้มครองเด็กจากการใช้โดยผิดกฎหมายซึ่งยาเสพติด รวมทั้งสารที่มีพิษต่อจิต ประสาทอื่น ๆ และป้องกันการใช้เด็กเพื่อการผลิตและการค้าเช่นนั้น (ข้อที่ 33) รัฐภาคีจะคุ้มครองเด็กจากการแสวงหาประโยชน์ทางเพศ และการกระทำทางเพศ ที่มีขอบทุกรูปแบบ (ข้อที่ 34) รัฐภาคีจะดำเนินการเพื่อป้องกันการลักพา การขาย หรือการลักลอบการค้าเด็กไม่ว่าด้วยวัตถุประสงค์หรือในรูปแบบใด (ข้อที่ 35) รัฐภาคีจะคุ้มครองเด็กจากการถูกแสวงหาประโยชน์ที่เป็นผลร้ายต่อสวัสดิภาพของเด็ก ไม่ว่าในด้านใด (ข้อที่ 36) รัฐภาคีจะส่งเสริมการฟื้นฟูทั้งทางร่างกายและจิตใจ และการกลับคืนสู่สังคมของเด็กที่ได้รับเคราะห์จากการละเลย การแสวงหาประโยชน์ การกระทำอันมิชอบ การทรมานหรือการลงโทษ การปฏิบัติที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรมหรือต่ำช้า และการพิพาทกันด้วยอาวุธ (ข้อที่ 39)

3) หลักการให้สวัสดิการสังคมแก่เด็ก อนุสัญญาฉบับบัญญัติที่เกี่ยวข้อง ดังนี้  
 รัฐภาคียอมรับในหน้าที่ของสื่อมวลชนและประกันว่าเด็กสามารถเข้าถึง ข้อมูล ข่าวสารและวัสดุจากแหล่งต่าง ๆ ทั้งในและระหว่างประเทศ (ข้อที่ 17) รัฐภาคียอมรับในสิทธิของเด็กที่จะได้รับมาตรฐานสาธารณสุขที่สูงที่สุด และ สิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับการบำบัดรักษาความเจ็บป่วย และการฟื้นฟูสุขภาพ (ข้อที่ 24) รัฐภาคียอมรับสิทธิของเด็กที่จะได้รับประโยชน์จากการประกันสังคม รวมถึง การประกันภัยทางสังคม (ข้อที่ 26) รัฐภาคียอมรับสิทธิของเด็กที่จะได้รับ การศึกษา (ข้อที่ 28) รัฐภาคีตกลงว่าการศึกษาของเด็กจะมุ่งไปสู่การพัฒนาบุคลิกภาพและความสามารถ การพัฒนาความเคารพต่อสิทธิมนุษยชน เสรีภาพขั้นพื้นฐาน และหลักการในกฎบัตรสหประชาชาติการพัฒนาความเคารพต่อบิดา มารดา เอกอัครราชทูตวัฒนธรรม ภาษาและค่านิยม การเตรียมเด็กให้มีชีวิตที่มีความรับผิดชอบในสังคมที่เสรีด้วยจิตสำนึกแห่งความเข้าใจนักสันติภาพ ความอดกลั้น ความเสมอภาคทางเพศ และมิตรภาพ และการพัฒนาความเคารพต่อสิ่งแวดล้อม(ข้อที่ 29) รัฐภาคียอมรับ สิทธิของเด็กที่จะมีการพัก และเวลาพักผ่อน การเข้าร่วมกิจกรรม การละเล่น และ การมีส่วนร่วมอย่างเสรีในทางวัฒนธรรมและศิลปะ (ข้อที่ 31)

4) หลักการคุ้มครองสิทธิทางแพ่ง อนุสัญญาฉบับบัญญัติที่เกี่ยวข้อง ดังนี้  
 เด็กจะได้รับการจดทะเบียนหลังการเกิด และมีสิทธิที่จะมีชื่อ สิทธิที่จะได้รับสัญชาติ สิทธิที่จะรู้จักและได้รับการดูแลเลี้ยงดูจากบิดามารดา (ข้อที่ 7) รัฐภาคี จะเคารพต่อสิทธิของเด็กในการรักษาเอกลักษณ์ของตน รวมถึงสัญชาติ ชื่อ และ ความสัมพันธ์ทางครอบครัว โดยปราศจากการแทรกแซงที่มีขอบด้วยกฎหมาย (ข้อที่ 8) รัฐภาคีประกันว่าเด็กจะไม่ถูกแยกจากบิดามารดาโดยขัดกับความประสงค์ ของบิดามารดา เว้นแต่ในกรณีที่หน่วยงานที่มีอำนาจซึ่ง อาจถูกทบทวนโดยทางศาล (ข้อที่ 9) คำร้องที่จะเดินทางเข้าหรือออกนอกรัฐภาคี เพื่อวัตถุประสงค์ของการกลับไปอยู่ร่วมกันใหม่เป็นครอบครัว จะได้รับการดำเนินการในลักษณะที่เป็นคุณ มีมนุษยธรรม รวดเร็วและเด็กที่บิดา มารดาอาศัยอยู่ต่างรัฐกันกับเด็กก็มีสิทธิที่จะรักษาความสัมพันธ์ส่วนตัวและการติดต่อโดยตรงได้อย่างสม่ำเสมอ เว้นแต่ในสภาพการณ์ พิเศษ (ข้อที่ 10) รัฐภาคียอมรับสิทธิของเด็กในอันที่จะได้รับมาตรฐานของการดำรงชีวิตที่เพียงพอสำหรับการพัฒนาด้านร่างกาย สมอง จิตใจ ศิลธรรม และสังคม ของเด็ก (ข้อที่ 27)

5) หลักการคุ้มครองเด็กที่มีปัญหาความประพฤติหรือการกระทำผิดอาญา อนุสัญญาฉบับบัญญัติที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

รัฐภาคีประกันว่าจะไม่มีเด็กได้รับการทรมาน ถูกปฏิบัติหรือลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม และไม่มี การลงโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต สำหรับความผิดที่กระทำโดยบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี จะไม่มีเด็กถูกกีดรอน เสรีภาพโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือโดยพลการ และเด็กที่ถูกกีดรอนเสรีภาพ จะได้รับการปฏิบัติด้วยมนุษยธรรม ด้วยความเคารพในศักดิ์ศรีแต่กำเนิดของ มนุษย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเด็กจะถูกแยกต่างหากจากผู้ใหญ่ ตลอดจนมีสิทธิที่จะขอความช่วยเหลือทางกฎหมาย

ค้ำความชอบด้วยกฎหมายของการลิดรอน เสรีภาพนั้น (ข้อที่ 37) รัฐภาคียอมรับสิทธิของเด็กที่ถูกกล่าวหา ตั้งข้อหา หรือ ถูกถือว่าได้ฝ่าฝืนกฎหมายอาญา ที่จะได้รับการปฏิบัติต่อในลักษณะที่สอดคล้องกับการส่งเสริมความสำนึกในศักดิ์ศรีและคุณค่าของเด็ก และประกันว่าจะไม่มี เด็กถูกกล่าวหา ตั้งข้อหา หรือถูกถือว่าได้ฝ่าฝืนกฎหมายอาญาโดยเหตุแห่งการกระทำหรืองดเว้นการกระทำ ซึ่งไม่ต้องห้ามตามกฎหมายในขณะที่การกระทำ หรืองดเว้นการกระทำนั้นเกิดขึ้น และอย่างน้อยที่สุดเด็กจะได้รับหลักประกันดังนี้ ได้รับการสันนิษฐานว่าบริสุทธิ์จนกว่าจะได้พิสูจน์ว่ามีความผิดตามกฎหมาย เด็กต้องได้รับการแจ้งข้อกล่าวหา ในทันทีที่ถูกจับกุมและเป็นการแจ้งข้อกล่าวหาในการกระทำผิดโดยซึ่งหน้า กล่าวคือเป็นการแจ้งโดยตรงกับเด็กในทันทีโดยเด็กไม่อยู่ในสถานการณ์ที่ถูกบังคับให้คำเบิกความหรือถูกบังคับให้รับสารภาพความผิดแต่อย่างใด หากเด็กถูกพิจารณาว่าได้กระทำการฝ่าฝืน กระทำการใด ๆ อันเป็นการขัดต่อกฎหมายอาญาให้เด็กได้เข้าถึงความช่วยเหลือจากหน่วยงานหรือตุลาการในระดับสูงขึ้นไปโดยไม่มีการคิดมูลค่าของความช่วยเหลือนั้น เช่น หากเด็กต้องใช้ล่ามในการให้การในชั้นพิจารณาคดีเป็นต้น ความช่วยเหลือนี้หมายรวมถึงในทุกขั้นตอนของกระบวนการพิจารณาคดี โดยหลักการนั้นเพื่อให้ในทุก ๆ ขั้นตอนของการพิจารณาคดีนั้น เด็กจะได้รับความเคารพในสิทธิส่วนบุคคลของตัวเอง นอกเหนือจากการให้ความช่วยเหลือในระหว่างขั้นตอนในการพิจารณาคดีแล้วนั้นในการตรากฎหมาย อันเป็นการกำหนดกระบวนการพิจารณา การจัดตั้งหน่วยงาน สถาบันซึ่งจะใช้เป็นการเฉพาะกรณีที่มีเด็กเป็นผู้ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดการกำหนดอายุขั้นต่ำในการ กระทำความผิดของเด็ก (ข้อที่ 40)

6) หลักการคุ้มครองเด็กผู้ด้อยโอกาส อนุสัญญาามีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง ดังนี้ เด็กที่ถูกพรากจากครอบครัวจะได้รับการคุ้มครองและความช่วยเหลือ พิเศษที่จัดให้โดยรัฐ (ข้อที่ 20) รัฐภาคีซึ่งยอมรับและ/หรือยอมรับให้มีการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ประกันว่าประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นข้อพิจารณาที่สำคัญที่สุด (ข้อที่ 21) รัฐภาคีประกันว่าเด็กที่ร้องขอสถานะเป็นผู้ลี้ภัยหรือที่ได้รับการพิจารณาเป็นผู้ลี้ภัยจะได้รับการคุ้มครองและความช่วยเหลือทางมนุษยธรรมที่เหมาะสมในการได้รับสิทธิที่มีอยู่ตามที่ระบุไว้ในอนุสัญญาและในตราสารระหว่างประเทศอื่น ๆ อันเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนหรือมนุษยธรรม (ข้อที่ 22) รัฐภาคียอมรับว่าเด็กที่พิการทางร่างกาย หรือจิต ควรมีชีวิตที่สมบูรณ์และปกติสุข ในสภาวะที่ประกันในศักดิ์ศรี ส่งเสริม การพึ่งพาตนเอง และเอื้ออำนวยให้เด็กมีส่วนร่วมอย่างแข็งขันในชุมชน (ข้อที่ 23)

จากหลักการทั้ง 6 ประการ ที่ได้กล่าวข้างต้น การเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กของประเทศไทย ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาด้วยการภาคยานุวัติ เมื่อวันที่ 27 มีนาคม 2535 และอนุสัญญามีผลใช้บังคับเมื่อ วันที่ 26 เมษายน 2535 โดยได้ตั้งข้อสงวนจำนวน 3 ข้อ คือ ข้อที่ 7 เรื่อง การจดทะเบียนการเกิดและการให้สัญชาติผู้ลี้ภัย ข้อที่ 22 สถานะของเด็กผู้ลี้ภัย และข้อที่ 29 (ค) เรื่องสิทธิการศึกษาของชนกลุ่มต่าง ๆ ต่อมาในวันที่ 11 เมษายน 2540 ประเทศไทยได้ถอนข้อสงวนข้อที่ 29

(ค) นอกจากนี้ ประเทศไทยยังได้เข้าเป็นภาคีพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กทั้ง 2 ฉบับ คือ พิธีสารเลือกรับเรื่อง การค้าเด็ก การค้าประเวณี และสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก และพิธีสารเลือกรับ เรื่องความ เกี่ยวพันของเด็กในความขัดแย้งด้วยอาวุธอีกด้วย

### 2.2.1.3 สารสำคัญของอนุสัญญา

#### 1) สิทธิในการอยู่รอด

สิทธิในชีวิตและการอยู่รอด (Rights to Survival) เป็นสิทธิในการมีชีวิตและ อยู่รอดนับตั้งแต่คลอดและจะต้องมีชีวิตอยู่รอดอย่างปลอดภัยซึ่งในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้รับรองให้ เด็กทุกคนมีสิทธิติดตัว (Inherit Right) และจะต้องรับรองให้มีการส่งเสริมการพัฒนาเด็กรวมทั้งมีสิทธิที่จะ รู้จักและได้รับการเลี้ยงดูจากพ่อและแม่ของเด็ก มิให้เด็กถูกแยกจากบิดามารดาโดยขัดกับความต้องการของ พ่อและแม่ของเด็ก ยกเว้นในกรณีที่หน่วยงานที่มีอำนาจอาจใช้วิธีทางกฎหมายในการบังคับว่าการแยกจาก พ่อและแม่ ของเด็กนั้นจำเป็นต้องทำเพื่อผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interests of The Child) นอกจากนี้รัฐจะต้องพยายามเพื่อให้หลักประกันว่าบิดาและมารดา หรือผู้ปกครองจะต้องรับผิดชอบ ร่วมกันในการ เลี้ยงดูและพัฒนาเด็กรวมทั้งรัฐจะต้องจัดให้มีและพัฒนาสถาบันการอำนวยความสะดวก และการบริการต่าง ๆ สำหรับการดูแลเด็ก ตลอดจนในด้านสาธารณสุข รัฐจะต้องมีมาตรฐานด้าน สาธารณสุขมีสถานบำบัดรักษาและฟื้นฟูส่งเสริมการดูแลสุขภาพขั้นพื้นฐานรวมถึงการจัดหาอาหารที่ถูก หลักโภชนาการ และน้ำดื่มที่สะอาดเพียงพอเพื่อให้เด็กได้รับการดูแลอย่างเหมาะสมและได้รับประโยชน์ สูงสุดและจะต้องดำเนินการต่าง ๆ เพื่อมุ่งลดการเสียชีวิตของทารกและเด็กพร้อมกับช่วยเหลือทางการแพทย์ในการดูแลสุขภาพแก่เด็กทุกคนด้วย นอกจากนี้ในกรณีเด็กพิการ รัฐจะต้องช่วยเหลือให้เด็กที่พิการ ทางร่างกายหรือจิตใจได้มีชีวิตที่สมบูรณ์และปกติสุขอย่างมีศักดิ์ศรี ส่งเสริมการพึ่งพาตนเองและเอื้ออำนวย ให้เด็กได้มีส่วนร่วมในชุมชน<sup>19</sup>

#### 2) สิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครอง

สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง (Rights to Protection) กล่าวคือ เด็กจะ ต้องได้รับความคุ้มครองในทุกรูปแบบที่จะเป็นอันตรายต่อเด็ก ไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองจากการถูกทำร้ายท ั้งทางร่างกายจิตใจและเพศ การถูกทอดทิ้งหรือการปฏิบัติโดยประมาทรวมทั้งการแสวงหาผลประโยชน์ ต่าง ๆ จากเด็กซึ่งรวมไปถึงการ กระทำที่จะเป็นการทำร้ายแม้ว่าจะอยู่ในความดูแลของบิดาและมารดา ผู้ปกครอง ตามกฎหมายหรือบุคคลอื่นที่ดูแลเด็กอยู่ในขณะนั้น โดยอนุสัญญาได้ระบุไว้ว่ารัฐจะต้องคุ้มครอง เด็กให้ปลอดภัยจากการใช้ประโยชน์ทางเพศและการ กระทำทางเพศที่มีขอบทุกรูปแบบ นอกจากนี้รัฐ

<sup>19</sup> นครินทร์ เมฆไตรรัตน์, รายงานการวิจัย เรื่อง การปรับเปลี่ยนกลไกเชิงสถาบันเพื่อการ เสริมสร้างสมรรถนะในการทำงานด้านเด็กขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (รายงานการวิจัยเสนอต่อ กองทุนเพื่อเด็กแห่งสหประชาชาติ (UNICEF) กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553) หน้า 6-11.

จะต้องมีมาตรการทางกฎหมายและกลไกทางสังคมในการคุ้มครองและป้องกันเด็กจากถูกใช้เป็นเครื่องมือเพื่อการค้าการผลิตและการแสพยาเสพติด นอกจากนี้รัฐยังจะต้องคำนึงถึงสิทธิของเด็กทุกคนที่ถูกกล่าวหาตั้งข้อหาหรือได้ฝ่าฝืนกฎหมายโดยจะต้องคำนึงถึงอายุของเด็กโดยจะต้องถือว่าเด็กทุกคนที่ถูกกล่าวหาหรือตั้งข้อหาว่าได้ฝ่าฝืนกฎหมายนั้นอย่างน้อยที่สุดจะต้องได้รับการสันนิษฐานว่าบริสุทธิ์จนกว่าจะได้รับการพิสูจน์ว่ามีความผิดตาม กฎหมาย และหากได้รับแจ้งข้อหา เด็กจะต้องได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายหรือทางอื่นที่เหมาะสม โดยจะไม่ถูกบังคับให้เบิกความหรือสารภาพผิด และให้ดำเนินการสืบสวนสอบสวนตามกฎหมายภายใต้ เงื่อนไขของความเท่าเทียมกัน ทั้งนี้ในกระบวนการพิจารณาตีความ จะต้องมีการหน่วยงานและสถาบันที่มี ภารกิจเฉพาะกับเด็กที่ถูกกล่าวหาตั้งข้อหาหรือได้ฝ่าฝืนกฎหมายโดยการใช้มาตรการที่เหมาะสมและไม่ต้องอาศัยกระบวนการทางตุลาการแต่ให้ดำเนินการต่าง ๆ อาทิ ดูแลและแนวควบคุมให้คำปรึกษาการ ภาคทัศน์ โดยจะต้องเป็นไปอย่างเหมาะสมแก่สภาพการณ์และความผิดของเด็กและมุ่งส่งเสริมให้เด็ก ที่เคยกระทำความผิดได้กลับคืนสู่สังคม และในกรณีเด็กที่ลี้ภัยที่เข้ามาภายในประเทศรัฐจะต้องให้ความคุ้มครองและให้ความช่วยเหลืออย่างเหมาะสม<sup>20</sup>

### 3) สิทธิที่จะได้รับการพัฒนา

สิทธิที่จะได้รับการพัฒนา (Rights to Development) กล่าวได้ว่า เด็กมีสิทธิที่จะพัฒนาตนเองตามความสามารถและศักยภาพเท่าของเด็กที่จะทำได้ ซึ่งรัฐจะต้องจัดบริการสาธารณะให้เด็กได้รับการศึกษาบนพื้นฐานของโอกาสที่เท่าเทียมกันโดยจัดให้การศึกษาระดับประถมเป็นการศึกษาภาคบังคับที่เด็กทุกคนสามารถเรียนได้โดยไม่เสียค่าใช้จ่าย นอกจากนี้รัฐยังต้องสนับสนุนการ พัฒนาการศึกษาในระดับมัธยมในรูปแบบต่าง ๆ ทั้งสายสามัญและสายอาชีพให้มีความหลากหลายและ เปิดกว้าง พร้อมกับดำเนินมาตรการเพื่อสนับสนุนการเข้าเรียนของเด็กและป้องกันการออกจากโรงเรียน ก่อนกำหนดด้วย อีกทั้งในระบบการศึกษาจะต้องมีมาตรการในระเบียบวินัยที่เหมาะสมและสอดคล้องกับ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กโดยการศึกษาจะต้องสนับสนุนให้เด็กได้รับการพัฒนาบุคลิกภาพ ความสามารถพิเศษ และความสามารถทางด้านร่างกายและจิตใจของเด็กอย่างเต็มศักยภาพ มีจิตสำนึกที่เคารพต่อสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน เพื่อให้เด็กมีความรับผิดชอบต่องานสังคมด้วยการรักษาและเคารพเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมภาษาและค่านิยมของท้องถิ่นและต่ออารยธรรมอื่น ๆ ที่แตกต่างไปจากของเด็กด้วยสำหรับเด็กพิการรัฐจะต้องให้ความช่วยเหลือให้เด็กพิการสามารถเข้าถึงและได้รับการศึกษา การฝึกอบรม การดูแลสุขภาพ การบริการด้านฟื้นฟูสภาพ การเตรียมความพร้อมเพื่อการจ้างงาน และโอกาส ทางด้านสหนาการที่จะส่งเสริมให้เด็กสามารถอยู่ร่วมกับสังคมและเพื่อพัฒนาตนเองได้อย่างเต็มความสามารถ<sup>21</sup>

<sup>20</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 6-11.

<sup>21</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 6-11.

#### 4) สิทธิในการมีส่วนร่วม

สิทธิในการมีส่วนร่วม (Rights to Participate) ภายใต้หลักประชาธิปไตยมีหลักการสนับสนุนคุณค่าของมนุษย์เป็นสำคัญตั้งแต่นั้นเด็กในฐานะที่มีศักดิ์ความเป็นมนุษย์จึงควรมีสื่อเสรีภาพที่จะแสดงออก โดยสิทธินี้จะรวมถึงเสรีภาพที่จะแสวงหา ได้รับหรือถ่ายทอดข้อมูลข่าวสาร และความคิดทุกลักษณะโดยไม่ถูกจำกัดเขตแดน พร้อมกันนี้ก็สามารถกระทำได้โดยทั้งทางวาจา ลายลักษณ์อักษร หรือแม้การพิมพ์ในรูปแบบของศิลปะหรือผ่านสื่ออื่น ๆ ตามที่เด็กได้เลือกที่จะแสดงออกด้วยเหตุนี้รัฐจึงต้องเคารพ สิทธิของเด็กที่จะมีเสรีภาพทางความคิดและเคารพสิทธิและหน้าที่ของบิดาและมารดา และผู้ปกครองตามกฎหมาย เพื่อให้แนวทางการปฏิบัติในลักษณะที่สอดคล้องกับ ความสามารถที่จะพัฒนาเป็นไปตามวัยของเด็ก นอกจากนี้อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กยังคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเด็กในการชุมนุมอย่างสงบ ทั้งนี้จะต้องดำเนินการเป็นไปโดยสอดคล้องกับกฎหมายและเท่าที่จำเป็นในสังคมประชาธิปไตย ไม่ละเมิดสิทธิ และเสรีภาพของบุคคลอื่น ขณะเดียวกันการมีส่วนร่วมในการรับรู้ข้อมูลข่าวสาร รัฐจะต้องส่งเสริมให้เด็กสามารถเข้าถึงข้อมูลข่าวสารจากแหล่งต่าง ๆ ทั้งในประเทศและระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อมูล ข่าวสารที่มุ่งส่งเสริมคุณภาพชีวิตของเด็กทั้งทางสังคมจิตใจ และศีลธรรม<sup>22</sup>

##### 2.2.1.4 บทสรุปของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

สิทธิเด็กที่บัญญัติในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนั้น หากพิจารณาตามหลักของแนวความคิดของสิทธิของเด็ก จะพบว่ามีความสำคัญอยู่ 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรก มาจากแนวความคิดที่ว่าเด็กมีสิทธิติดตัวมาตั้งแต่กำเนิด (Inherit Right) โดยรัฐมีหน้าที่ต่อเด็ก เด็กที่เกิดมานั้นต้องมีสิทธิตามกฎหมายเมื่อเด็กอยู่รอดเป็นทารกแล้วจะต้องมีการรับรอง โดยรัฐต้องจัดให้มีการแจ้งจดทะเบียนการเกิดภายหลังการเกิด มีสิทธิในการได้มาซึ่งสัญชาติ มีสิทธิที่จะได้รับการเลี้ยงดูจากพ่อ แม่ ผู้ปกครองของเด็กตามสมควรแก่ฐานะรูป สิทธิของเด็กเหล่านี้ไม่สามารถที่จะจำกัดหรือละเมิดได้ ถือเป็นสิทธิโดยชอบธรรมอันมีมาพร้อมกับการเกิดของเด็กนั้น ประการที่สองคือแนวความคิดหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interests of The Child) โดยมุ่งเน้นไปที่การพัฒนาด้านร่างกายและจิตใจของเด็ก เพื่อส่งเสริมให้เด็กได้รับการพัฒนาตนเองให้สมกับวัยและความสามารถ ต้องได้รับความคุ้มครองในทุกรูปแบบที่จะเป็นอันตรายต่อเด็กไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองจากการถูกทำร้ายทั้งทางร่างกายจิตใจและเพศการถูกทอดทิ้งหรือการปฏิบัติโดยประมาท รวมทั้งการแสวงหาผลประโยชน์ต่าง ๆ ได้รับความคุ้มครองจากภาครัฐด้วยการมีมาตรการทางกฎหมายและกลไกทางสังคมในการคุ้มครองและป้องกันเด็กจากถูกใช้เป็นเครื่องมือเพื่อการค้าการผลิตและการเสพยาเสพติด นอกจากนี้ยังต้องได้รับการยอมรับในทางสังคม ต้องมีสิทธิในการมีส่วนร่วมได้รับการสนับสนุนคุณค่าของมนุษย์เป็นสำคัญตั้งแต่นั้นเด็กในฐานะที่มีศักดิ์ความเป็นมนุษย์ จึงควรมีสื่อเสรีภาพที่จะแสดงออก สิทธิ

<sup>22</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 6-11.

ดังกล่าวจะถูกจำกัดไม่ได้ ทั้งนี้พิจารณาจากการพัฒนาตามวัยของเด็กเป็นสำคัญ ดังนี้ จะเห็นได้ว่าสิทธิของเด็กตามอนุสัญญาฉบับนี้ประสงค์ที่จะคุ้มครองเด็กที่ถือกำเนิดมาแล้วรอดพ้นเป็นทารกทุก ๆ คนอย่างไม่มีเงื่อนไขใด ๆ โดยประสงค์ให้เด็กได้รับสิทธิที่เท่าเทียมกัน ไม่มีการแบ่งแยก เพื่อมุ่งให้เด็กได้รับการพัฒนาได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญา ซึ่งก็รวมไปถึงเด็กที่เกิดโดยการอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ แม้ในอนุสัญญามีได้กำหนดโดยชัดเจนแต่ในสภาพการณ์ที่เกิดขึ้นเด็กที่เกิดขึ้นมาไม่ว่าจะในกรณีใด เงื่อนไขใด ก็สามารถปรับใช้ได้ตามอนุสัญญาได้ทั้งสิ้นโดยมีค่านิยมในอนุสัญญาว่าเด็กนั้น หมายถึง มนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านั้นตามกฎหมาย เช่นนี้ เด็กทุกคนที่เกิดมาในประเทศที่เป็นภาคอนุสัญญาย่อมได้รับสิทธิดังกล่าวอย่างเท่าเทียมกันโดยไม่มีการแบ่งแยก

## 2.2.2 หลักการอันเกี่ยวกับสิทธิเด็ก

เด็ก ตามความหมายของราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้ให้ความหมายไว้ว่า เด็กคือ คนที่มีอายุยังน้อย หากเป็นคำนิยามตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 แก้ไขปรับปรุงตาม ฉบับที่ 2 และฉบับที่ 3 พ.ศ. 2558 ฉบับที่ 4 และฉบับที่ 5 พ.ศ. 2559 มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้ “เด็ก” หมายความว่า บุคคลซึ่งมีอายุเกินกว่าอายุที่กำหนดไว้ตามมาตรา 73 แห่งประมวลกฎหมายอาญา แต่ยังไม่เกินสิบห้าปีบริบูรณ์ โดยมาตรา 73 แห่งประมวลกฎหมายอาญา กำหนดไว้ว่า เด็กอายุยังไม่เกินสิบปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดเด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ การนิยามความหมายของเด็ก ในความคิดเห็นของผู้เขียนสามารถสรุปได้ว่า เด็ก หมายถึง บุคคล ผู้ซึ่งได้เกิดมา มีสภาพบุคคล แต่ยังคงไม่มีสิทธิ เสรีภาพ สถานภาพสมบูรณ์เฉกเช่นเดียวกับ บุคคลซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้ว ยังคงต้องได้รับการอุปการะ ปกครอง สั่งสอน อบรม เลี้ยงดูโดยบิดา มารดา ผู้ปกครอง

หลักการที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเด็กตามขอบเขตที่ศึกษาประกอบด้วย หลักการได้รับการพัฒนา หลักการมีส่วนร่วม หลักประโยชน์สูงสุดต่อเด็ก และหลักความเสมอภาค หลักการเหล่านี้เป็นหลักการสากลที่ล้วนได้รับการยอมรับและตกลงจากนานาประเทศในการยึดถือและปฏิบัติตามทั้งด้วยการอนุวัติการและด้วยการดำเนินนโยบายของรัฐ มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

### 2.2.2.1 หลักการได้รับการพัฒนา

ปฎิญาสภากล่าวด้วยสิทธิในการพัฒนา รับรองโดยมติที่ 128 ของการประชุมสมัชชาใหญ่สหประชาชาติ สมัยที่ 41 เมื่อวันที่ 4 ธันวาคม พ.ศ. 2529 โดยตระหนักถึงการพัฒนาอันเป็นกระบวนการที่ครอบคลุมอย่างกว้างขวาง ทั้งมิติด้านเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม และการเมือง ซึ่งทั้งหมดนั้นล้วนมุ่งให้เกิดการปรับปรุงความเป็นอยู่ที่ดีขึ้นของประชาชนโดยมุ่งหวังให้มีผลไปในระดับปัจเจกบุคคลอย่างต่อเนื่องบนพื้นฐานของการมีส่วนร่วมอย่างแข็งขัน อิสระและมีความหมายและได้รับการกระจายผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นอย่างเป็นธรรม ซึ่งในที่ประชุมพิจารณาว่า บทบัญญัติของปฎิญาสภาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนกำหนดให้

ทุกคนมีสิทธิที่จะมีระเบียบทางสังคมและระเบียบระหว่างประเทศ ที่สิทธิและเสรีภาพต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในปฏิญญาสามารถบรรลุได้อย่างสมบูรณ์โดยมีการตระหนักถึงอุปสรรคที่อาจจะเกิดต่อสิทธิการได้รับการพัฒนา เช่น การถูกปฏิเสธสิทธิพลเมือง การเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม เนื่องจากมนุษย์เป็นศูนย์กลางในกระบวนการพัฒนา ดังนั้นนโยบายการพัฒนาควรให้มนุษย์เป็นผู้มีส่วนร่วมและได้รับผลประโยชน์หลักในการพัฒนา ที่ประชุมจึงได้ประกาศ ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิในการพัฒนา<sup>23</sup> ดังนี้

1) สิทธิในการพัฒนาเป็นสิทธิมนุษยชนประการหนึ่งที่ไม่อาจเพิกถอนได้ด้วยเหตุว่ามนุษย์ทุกคนและประชาชาติทั้งปวง มีสิทธิที่จะมีส่วนร่วมให้การสนับสนุน และได้รับประโยชน์จากการพัฒนาทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม และการเมือง ที่สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งปวงได้รับการตระหนักอย่างสมบูรณ์

2) สิทธิมนุษยชนในการพัฒนายังหมายถึง การบรรลุถึงสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของตนเองอย่างเต็มที่ของประชาชาติทั้งปวง อันได้แก่ การใช้สิทธิที่ไม่อาจเพิกถอนได้ในการมีอิทธิปไตยอย่างสมบูรณ์เหนือความมั่งคั่งและทรัพยากรทางธรรมชาติทั้งปวงของตน โดยเป็นไปตามบัญญัติต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องของกติการะหว่างประเทศด้วยสิทธิมนุษยชนทั้งสองฉบับ

3) มนุษย์เป็นศูนย์กลางการพัฒนา และควรเป็นผู้มีส่วนร่วมอย่างแข็งขัน และเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากการพัฒนา อีกทั้งมนุษย์ทุกคนมีความรับผิดชอบในการพัฒนา ทั้งโดยลำพังหรือโดยร่วมกับผู้อื่น โดยคำนึงถึงการเคารพสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานอย่างเต็มที่ เช่นเดียวกับหน้าที่ของตนต่อชุมชน ซึ่งเป็นหนทางเดียวที่จะประกันให้มนุษย์บรรลุในสิ่งที่ปรารถนาได้อย่างเสรีและสมบูรณ์ ดังนั้น มนุษย์ควรต้องส่งเสริมและคุ้มครองระเบียบทางการเมือง สังคม เศรษฐกิจ ที่เหมาะสมเพื่อการพัฒนา โดยภาครัฐมีสิทธิและหน้าที่ในการกำหนดนโยบายการพัฒนาแห่งชาติที่เหมาะสม ซึ่งมุ่งให้เกิดการปรับปรุงความเป็นอยู่ที่ดีอย่างต่อเนื่องของประชากรทั้งหมดและปัจเจกบุคคลทั้งปวง บนพื้นฐานของการมีส่วนร่วมที่แข็งขัน อิสระ และมีความหมายในการพัฒนาและในการได้รับการกระจายผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นอย่างเป็นธรรม

4) ภาครัฐมีหน้าที่รับผิดชอบในเบื้องต้นในการจัดระเบียบสภาพแวดล้อมที่เอื้ออำนวยให้เกิดการตระหนักถึงสิทธิในการพัฒนาทั้งระดับประเทศและระหว่างประเทศรวมถึงการบรรลุถึงสิทธิในการพัฒนา จำเป็นต้องมีการเคารพหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความสัมพันธ์และความร่วมมือฉันมิตรระหว่างรัฐที่สอดคล้องกับกฎบัตรสหประชาชาติ รวมไปถึงภาครัฐมีหน้าที่ในการประสานความร่วมมือระหว่างกัน เพื่อการประกันการพัฒนาและการกำจัดอุปสรรคในการพัฒนา รัฐควรตระหนักถึงสิทธิต่าง ๆ ของตน และปฏิบัติตามหน้าที่เหล่านั้นเพื่อส่งเสริมระเบียบเศรษฐกิจระหว่างประเทศ

<sup>23</sup> สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, สิทธิมนุษยชนกับการพัฒนา ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิในการพัฒนา: แนวทางปฏิบัติและมาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เอกสารลำดับที่ 6 (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2546), หน้า 8-13.

ใหม่ ซึ่งอยู่บนพื้นฐานของอธิปไตยที่เท่าเทียมกันการพึ่งพาระหว่างกัน ผลประโยชน์ร่วมกันและความร่วมมือระหว่างรัฐทั้งปวง รวมถึงการกระตุ้นให้เกิดการเคารพและการบรรลุถึงสิทธิมนุษยชน

5) ภาครัฐมีหน้าที่ในการดำเนินขั้นตอนโดยลำพังและร่วมกันในการกำหนดนโยบายการพัฒนาระหว่างประเทศโดยมุ่งให้เกิดการเอื้ออำนวยให้บรรลุสิทธิในการพัฒนาอย่างสมบูรณ์รวมถึงการดำเนินการอย่างต่อเนื่องเป็นสิ่งจำเป็นในการสนับสนุนให้เกิดการพัฒนาอย่างรวดเร็วในประเทศกำลังพัฒนา และเพื่อสนับสนุนความพยายามของประเทศกำลังพัฒนาความร่วมมือระหว่างประเทศที่มีประสิทธิผลมีความสำคัญในการช่วยประเทศกำลังพัฒนาเหล่านี้ให้มีวิธีการและสิ่งอำนวยความสะดวกที่เหมาะสมที่จะให้เกิดความเข้มแข็งในการพัฒนาอย่างครอบคลุม

6) ภาครัฐต้องดำเนินขั้นตอนอย่างเต็มที่ในการจัดการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างกว้างขวางและรุนแรงของประชาชาติทั้งปวงและมนุษย์ทุกคนจากผลกระทบของเหตุการณ์ต่าง ๆ เช่น นโยบายเหยียดผิว การเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ และการเหยียดชาติในทุกรูปแบบลัทธิจักรวรรดินิยม การครอบงำ การรุกราน การแทรกแซงจากต่างชาติ และการขู่คุกคามต่ออธิปไตยแห่งชาติ เอกภาพของชาติ บูรณาภาพแห่งดินแดนสงครามและการปฏิเสธที่จะรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชาติในการกำหนดเจตจำนงของตนเอง

7) ภาครัฐทุกรัฐควรให้ความร่วมมือเพื่อส่งเสริม กระตุ้น และเสริมสร้างการเคารพและการปฏิบัติตามสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งปวงสำหรับทุกคนโดยปราศจากความแตกต่างทางเชื้อชาติ เพศ ภาษาหรือศาสนา อีกทั้งในส่วนของสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งปวงไม่อาจแบ่งแยกได้และพึ่งพากัน จึงควรให้ความใส่ใจและการพิจารณาอย่างเร่งด่วนในการอนุวัติ การส่งเสริม และการคุ้มครองสิทธิพลเมือง การเมือง เศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม อีกทั้งภาครัฐควรดำเนินการกำหนดขั้นตอนการจัดอุปสรรค ต่อการพัฒนา ซึ่งเป็นผลจากการขาดการเคารพสิทธิพลเมือง สิทธิทางการเมือง เช่นเดียวกับสิทธิด้านเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม

8) ภาครัฐควรให้การสนับสนุนการสถาปนา การอ้าง และการเสริมสร้างความเข้มแข็งของสันติภาพและความมั่นคงระหว่างประเทศ และเพื่อที่จะบรรลุถึงสิ่งนี้ควรดำเนินการอย่างเต็มที่เพื่อให้เกิดการลดอาวุธโดยทั่วไปและสมบูรณ์ภายใต้การควบคุมระหว่างประเทศที่มีประสิทธิผล เช่นเดียวกับการประกันว่าทรัพยากรที่มาจากมาตรการลดอาวุธอย่างมีประสิทธิภาพนำไปใช้ในการพัฒนาอย่างครอบคลุม โดยเฉพาะในประเทศกำลังพัฒนา

9) ภาครัฐควรดำเนินการใด ๆ ที่จำเป็นในระดับประเทศเพื่อให้บรรลุสิทธิในการพัฒนา และต้องประกันในเรื่องของโอกาสที่เท่าเทียมกันสำหรับทุกคนในการเข้าถึงทรัพยากรพื้นฐาน การศึกษา บริการด้านสุขภาพ อาหาร ที่อยู่อาศัย การจ้างงาน และการกระจายรายได้ที่เป็นธรรม ควรดำเนินมาตรการที่มีประสิทธิผลเพื่อประกันว่า ผู้หญิงมีบทบาทที่เท่าเทียมในกระบวนการพัฒนาและ

ควรมีการปฏิรูปเศรษฐกิจและสังคมที่เหมาะสมเพื่อมุ่งจัดความยุติธรรมในสังคมทั้งปวงอีกทั้งภาครัฐควรสนับสนุนการมีส่วนร่วมของประชาชนในทุกเรื่อง ในฐานะเป็นปัจจัยสำคัญในการพัฒนาและในการบรรลุสิทธิมนุษยชนทั้งปวง

มิติต่าง ๆ ทั้งปวงที่เกี่ยวกับสิทธิในการพัฒนาที่ปรากฏในปฏิญญานี้ไม่สามารถแบ่งแยกได้และพึ่งพาซึ่งกันและกัน โดยแต่ละมิติต้องได้รับการพิจารณาในบริบทโดยรวมทั้งหมดโดยข้อความใดในปฏิญญานี้ จะตีความในทางขัดแย้งกับวัตถุประสงค์และหลักการขององค์การสหประชาชาติหรือตีความในทำนองให้รัฐ กลุ่มบุคคล หรือบุคคล มีสิทธิในการดำเนินกิจกรรมหรือดำเนินการใดที่มุ่งประสงค์ในการละเมิดสิทธิต่าง ๆ ที่ปรากฏในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนไม่ได้ทั้งยังควรมีการดำเนินขั้นตอนต่าง ๆ เพื่อประกันการใช้สิทธิอย่างเต็มที่ และการส่งเสริมสิทธิในการพัฒนาอย่างก้าวหน้า รวมถึงการกำหนด การรับรอง และการอนุวัตินโยบายกฎหมาย และมาตรการอื่นใดทั้งในระดับประเทศและระหว่างประเทศ

#### 2.2.2.2 หลักการมีส่วนร่วม

“Participation means that it is my right to be involved in making decisions, planning and reviewing an action that might affect me. having a voice, Having a choice”<sup>24</sup>

การจบลงของสงครามโลกครั้งที่สองซึ่งทำให้เกิดความสูญเสียชีวิตของประชาชนมากมาย นอกจากนั้นแล้วยังทำให้เกิดความแตกแยกของประชาชนซึ่งเกิดจากความความคิดเห็น ความเชื่อที่แตกต่างกัน บางส่วนประชาชนก็ถูกเข่นฆ่าจากฝั่งรัฐบาลเผด็จการ การถูกกลืนสิทธิเหนือที่ดินอันเป็นแหล่งทำกิน ก่อให้เกิดแรงผลักดันให้เกิดการรวมตัวกันให้เกิดการปกครองแบบรัฐชาติเป็นอธิปไตยรวมตัวกันขึ้นเป็นองค์กรเหนือรัฐหรือ องค์การสหประชาชาติ<sup>25</sup> (United Nation) ในปี ค.ศ. 1945 ความสูญเสียมากมาย ประกอบกับเกิดการละเมิดความเป็นมนุษย์จากหลากหลายเหตุการณ์ที่ผ่านมาในช่วงสงครามก่อให้เกิดการรวมตัวกันของกลุ่มคนในการเรียกร้องให้เกิดสิทธิมนุษยชนขึ้น จากการผลักดันของกลุ่มปัจเจกชนและองค์การพัฒนาสังคมเพื่อสาธารณประโยชน์จนเกิดอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิความเท่าเทียมกันของมนุษย์ มีศักดิ์ศรี สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาค ความคิดและการกระทำของบุคคลที่ได้รับการรับรอง ล่วงละเมิดไม่ได้ ต่อมาจึงเกิดอนุสัญญาสหประชาชาติ ว่าด้วย สิทธิ เด็ ก United Nation Convention on the Rights of the Child (UNHCR)

<sup>24</sup> Welsh Assembly Government, **Children and Young People’s Participation in Wales (Research Document No: 051/2010)**, p. 1, Retrieved February 12, 2021 from <https://gov.wales/sites/default/files/statistics-and-research/2019-07/100115-children-young-peoples-participation-en.pdf>.

<sup>25</sup> สำนักงานแถลงข่าวสหประชาชาติ, **กฎบัตรสหประชาชาติ**, ค้นวันที่ 14 สิงหาคม 2562 [https://treaties.mfa.go.th/pdf/สนธิสัญญาที่น่าสนใจ/UN\\_Charter\\_Thai.pdf](https://treaties.mfa.go.th/pdf/สนธิสัญญาที่น่าสนใจ/UN_Charter_Thai.pdf)

พ.ศ. 2502 โดยมาตรา 12 ระบุว่า เด็กและเยาวชนมีสิทธิเท่ากับพลเมืองคนหนึ่ง ที่ได้รับการให้ความตระหนักรู้ และการมีส่วนร่วมในทุก ๆ การตัดสินใจใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อชีวิตของพวกเขา อันจะตีความได้ว่าเด็กและเยาวชนทุกคน มีสิทธิที่จะแสดงความคิดเห็น สิทธิที่จะปฏิเสธข้อเสนอดังกล่าวใด ๆ ที่พวกเขาไม่เห็นด้วย และมาตรา 15 ระบุว่า เด็กและเยาวชนมีสิทธิให้การสร้างสรรค์ และเข้าร่วมสมาคม หน่วยงาน องค์กรต่าง ๆ อย่างเท่าเทียม ต้องได้รับโอกาสที่จะสามารถแสดงออกถึงความคิดเห็นในเรื่องต่าง ๆ ได้มีส่วนร่วมในการตัดสินใจ ในการมีส่วนร่วมขั้นพื้นฐานของเด็กและเยาวชนนั้น หมายรวมถึง การพูดคุยแลกเปลี่ยนความคิดเห็น ในประเด็นต่าง ๆ ทางสังคมและการเมือง<sup>26</sup>

Child's Participation Ladder โดย Roger A Hart ได้รับการตีพิมพ์โดยองค์กรเด็กระหว่างประเทศของสหประชาชาติ หรือ UNICEF ซึ่งอยู่ใน Innocenti Essay No.4 Children's Participation; from Tokenism and Citizenship และในงานวิจัย Save the Children, UK ที่ได้นำหลักการดังกล่าวมาเป็นหลักในการประเมินความมีส่วนร่วมของเด็กในองค์กรต่าง ๆ ที่เด็กมีส่วนร่วม<sup>27</sup> ซึ่ง Hart ได้ปรับปรุงแนวคิดดังกล่าวมาจากแนวคิดของ Arnstein เรื่อง Ladder of Citizen Participation ต่อมาบันไดการมีส่วนร่วมของเด็กและเยาวชนที่พัฒนาความคิดโดย Hart นั้นได้ถูกนำไปพัฒนาต่อยอดในงาน Treseder เรื่อง Degree of Involvement ซึ่งแนวความคิดทั้งหมดนี้มีกรอบความคิดอยู่ในหลัก A Zero-Sum Phenomenon หรือก็คือสถานการณ์ที่จะมีฝ่ายหนึ่งได้ประโยชน์และมีอีกฝ่ายที่เสียประโยชน์ ในการประเมินการมีส่วนร่วมของเด็กและเยาวชน Child's Participation Ladder หรือ บันได 8 ขั้นในการมีส่วนร่วมของเด็กและเยาวชน ซึ่งต่อมาได้มีการจัดทำรายงาน Innocenti Essay No. 4 Children's Participation; from Tokenism and Citizenship ขึ้นเพื่อสร้างความตระหนักรู้กับกลุ่มคนที่มีศักยภาพในการสนับสนุนการมีส่วนร่วมของเด็กและเยาวชนตามอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิเด็ก เพื่อให้เด็กและเยาวชนได้รับสิทธิเช่นนั้นทั้งยังเพิ่มอำนาจต่อรองให้แก่เด็กและเยาวชนอีกด้วย

บันได 8 ขั้นในการมีส่วนร่วมของเด็กและเยาวชนนั้น ในระดับขั้น 1-3 ไม่ถือว่าเป็นการมีส่วนร่วมของเด็กและเยาวชน ทั้งนี้เนื่องจากเด็กและเยาวชนยังไม่มีบทบาทในการแสดงตัวตนและแสดงความคิดเห็นมีเพียงการเข้าร่วมในพื้นที่ของผู้ใหญ่เท่านั้น โดยบันได 8 ขั้นในการมีส่วนร่วมของเด็กและเยาวชน ประกอบไปด้วย

---

<sup>26</sup> Andy Furlong and Fred Cartmel, "Young People and Social Change: Individualization and Risk in Late Modernity," In **Sociology and Social Change**, 2<sup>nd</sup> ed., Alan Warde and Nick Crossley, ed., (Buckingham: Philadelphia, 2007), pp. 53-58.

<sup>27</sup> Barry Checkoway, "What is Youth Participation?," **Children and Youth Services Review** 33 (February 2011): 340-345.

ขั้นที่ 1 ถูกบงการ เด็กจะถูกบงการ ชี้นำให้ปฏิบัติตามสิ่งที่ผู้ใหญ่สั่งโดยที่ตนเองยังไม่มี ความเข้าใจในสิ่งที่ตนกระทำและไม่สามารถปฏิเสธได้ ทั้งยังไม่สามารถแสดงความคิดเห็นในเรื่องนั้น ๆ ได้มีโอกาส ให้เด็กได้คิดแต่ยังไม่สามารถที่จะตัดสินใจกระทำตามที่คิดได้ ยังคงต้องปฏิบัติตามสิ่งที่ผู้ใหญ่ตัดสินใจ เป็นต้น

ขั้นที่ 2 ไม้ประดับ เด็กจะมีส่วนร่วมในสถานการณ์ในเชิงรูปธรรม มีการวางกรอบให้เด็ก แบบคร่าว ๆ โดยที่ไม่มีความชัดเจนในรายละเอียด เช่น การแต่งกาย การใช้สัญลักษณ์ หรือเครื่องหมายการ อ่านคำเปิดงาน อ่านบทกวี โดยที่เด็กเองยังไม่มี ความเข้าใจถึงความหมาย เด็กถูกจัดแต่งตามความประสงค์ของ ผู้ใหญ่ เช่น ให้เด็กใส่เสื้อผ้าที่สื่อถึงความหมายสัญลักษณ์ต่าง ๆ ตามที่ผู้ใหญ่ต้องการโดยที่เด็กยังไม่มี ความ เข้าใจ หรือไม่ได้เห็นด้วยในความหมายที่จะสื่อ นั้น

ขั้นที่ 3 ทำพอเป็นพิธี เด็กอาจจะมีส่วนในการตัดสินใจได้รับการสอบถามถึงความคิดเห็น เกี่ยวกับสิ่งนั้น ๆ ได้อย่างอิสระ แต่ยังคงไม่ให้ความสำคัญกับความคิดหรือการตัดสินใจ เช่น การให้เด็กเข้าร่วม ในการประชุมแต่ไม่มีการให้เอกสารเบื้องต้น อาจมีการขอความคิดเห็นไม่ให้ความสำคัญในการแสดง ความ คิดเห็นนั้น

ขั้นที่ 4 ได้รับทราบในงานที่ได้รับมอบหมาย ในขั้นนี้ เด็กมีโอกาสรับทราบ เข้าใจในเรื่องราว ต่าง ๆ ที่ตนเองได้สมัครใจที่จะกระทำงานที่ ตนได้รับมอบหมายนั้น แต่ในการวางแผนการกระทำ ไปจนถึงการตัดสินใจขั้นสุดท้ายยังคงเป็นของผู้ใหญ่ เช่น การจัดกิจกรรมร่วมกัน เด็กและเยาวชนได้รับการ มอบหมาย มีตำแหน่ง หน้าที่ ความรับผิดชอบเป็นส่วนหนึ่งในกิจกรรมนั้นแต่ยังคงไม่มีสิทธิในการตัดสินใจหรือ เสนอความคิดเห็น

ขั้นที่ 5 ได้แสดงความคิดเห็นและรับรู้ถึงความคิดเห็น โดยในขั้นนี้ผู้ใหญ่ยังคงเป็นผู้วางแผน และดำเนินการตามแผนการ แต่มีการเปิดรับความคิดเห็น รับฟังความคิดเห็นนั้น ๆ เช่น การเปิดเวทีรับฟัง ความคิดเห็นของเด็กและเยาวชน และได้ นำความคิดเห็นนั้น ๆ ไปเป็นส่วนหนึ่งในการตัดสินใจถึงการกระทำ ใด ๆ เป็นต้น

ขั้นที่ 6 เด็กมีส่วนร่วมในการตัดสินใจในสิ่งที่ผู้ใหญ่ริเริ่ม ในขั้นนี้เด็กสามารถได้รับสิทธิ มากกว่าการแสดงความคิดเห็น แต่ยังมีส่วนร่วมในการตัดสินใจในฐานะผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในเรื่องดังกล่าวด้วย เช่น การจัดกิจกรรมที่ทางหน่วยงานจัดทำขึ้นโดยเด็กมีส่วนร่วมในกิจกรรมนั้น มีส่วนร่วมในทุกขั้นตอน รวมไปถึง ถึงการตัดสินใจ ดำเนินการกิจกรรมดังกล่าวอย่างมีรูปธรรม เป็นต้น

ขั้นที่ 7 เด็กเป็นผู้ริเริ่มและกำหนด โดยในขั้นนี้ เด็กเป็นเจ้าของความคิดเห็นและเป็น ผู้กำหนดสิ่งที่กระทำด้วยตนเอง อาจได้รับคำปรึกษาจากผู้ใหญ่หรือไม่ก็ได้ทั้งนี้ขึ้นกับความประสงค์ของเด็กเอง โดยความเป็นไปได้ของขั้นนี้ยังคงมีความยากในการปฏิบัติจริงเนื่องจากยังมีความเห็นแย้งจากผู้ใหญ่แต่ก็ยังสามารถพบเห็นได้ในกิจกรรมย่อย ๆ ในสถานศึกษา แต่เด็กหรือเยาวชนยังสามารถที่จะเชื่อได้ว่าตนเองเป็น ผู้ขับเคลื่อนกิจกรรมนั้น ๆ ด้วยตนเอง เป็นต้น

ขั้นที่ 8 เด็กเป็นผู้ริเริ่ม ผู้ใหญ่เป็นผู้ร่วมในการตัดสินใจ โดยเด็กเป็นเจ้าของความคิดและกำหนดแผนงานด้วยตนเองโดยได้รับคำปรึกษาจากผู้ใหญ่ ซึ่งจะอยู่ในฐานะที่ปรึกษาและมีส่วนร่วมในการตัดสินใจ ซึ่งในทางปฏิบัติจริงเด็กอาจจะยังไม่ได้รับความน่าเชื่อถือจากผู้ใหญ่ว่าเด็กจะสามารถปฏิบัติได้ทั้งหมดแม้กระทั่งเด็กเองก็อาจไม่ได้ยอมรับความคิดเห็นจากผู้ใหญ่ในลักษณะของการแลกเปลี่ยนความคิดเห็นกันอย่างสมบูรณ์เป็นต้น<sup>28</sup>

### 2.2.2.3 หลักประโยชน์สูงสุดต่อเด็ก

หลักประโยชน์สูงสุดต่อเด็กมักจะไม่ค่อยได้รับความสนใจในเวทีอภิปรายเกี่ยวกับความชอบธรรมของระบอบประชาธิปไตยอันเป็นกลไกของการนำนโยบายของหลักประชาธิปไตยไปปฏิบัติตามเป้าหมาย ในขณะที่ Bo Rothstein ปี ค.ศ. 1998 นักวิชาการด้านการเมืองชี้ให้เห็นในหนังสือเรื่อง Just Institutions Matter ว่า ผู้มีอำนาจตัดสินใจในระดับสูงนั้น ควรมีการวางมาตรการคุ้มครองเด็ก ทั้งยังควรมีหน้าที่ในการตัดสินใจตามกฎหมายภายในประเทศรวมไปถึงการแทรกแซงการคุ้มครองเด็กกับครอบครัวบนพื้นฐานของหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ความชอบด้วยกฎหมายของการตัดสินใจและการแทรกแซงมักจะถูกตั้งคำถามเสมอในเวทีการแสดงความคิดเห็นทางการเมืองสาธารณะ เช่น หน่วยงานผู้มีอำนาจในการกำหนดนโยบายนั้นได้ใช้การพิจารณาอย่างรอบคอบเกี่ยวกับการตัดสินใจหรือไม่ อ้างอิงผูกพันตามหลักการหรือมาตรฐานใด ประกอบกับความคิดเห็นของ Schneider ถึงกรณีผู้พิพากษาศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปอาจวินิจฉัยได้โดยใช้ดุลยพินิจอย่างเคร่งครัดด้วยการยึดหลักการอ้างอิงจากอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปเป็นมาตรฐานในการตัดสินใจในการวินิจฉัย ขณะที่ผู้มีอำนาจตัดสินใจอาจใช้ดุลยพินิจอย่างรัดกุมเมื่อได้รับมอบอำนาจในการตัดสินใจที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ ซึ่งผลการใช้ดุลยพินิจอาจสอดคล้องหรือไม่สอดคล้องกันก็ได้ ดังนั้นในหลายกรณีจึงอาจเป็นประเด็นโต้แย้งกันในเรื่องหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก ซึ่งมีการเสนอถึงการออกกฎหมายเป็นกลไกการควบคุมโดยให้ฝ่ายรัฐมีกลไกการขับเคลื่อนสำหรับการกำหนดแนวทางเพื่อช่วยในการตัดสินใจเพื่อที่จะให้ผู้มีอำนาจตัดสินใจในการพิจารณานั้นพิเคราะห์ถึงประโยชน์อันสูงสุดสำหรับเด็กที่ต้องการได้รับความคุ้มครอง<sup>29</sup>

<sup>28</sup> Anita Harris, Johanna Wyn and Salem Youners, “Beyond Apathetic or Activist Youth: ‘Ordinary’ Young People and Contemporary Forms of Participation,” *Young* 18 (February 2010): 9-32.

<sup>29</sup> Volker Schneider, “The Structure of Policy Networks: A Comparison of the ‘Chemicals Control’ and ‘Telecommunications’ Policy Domains in Germany,” *European Journal of Political Research* 21 (February 1992): 109-129.

ในเดือนพฤษภาคม พ.ศ. 2556 คณะกรรมการด้านสิทธิเด็กเผยแพร่ความคิดเห็นเกี่ยวกับบทความที่น่าสนใจโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรองรับการทำความเข้าใจร่วมกันของหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็ก โดยได้เสนอการประเมินและกำหนดประโยชน์สูงสุดของเด็กด้วยองค์ประกอบเจ็ดประการที่ควรพิจารณาเมื่อต้องมีการตัดสินใจเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดต่อเด็ก ไม่ว่าจะเป็นมุมมองของเด็ก ตัวตนของเด็ก การรักษาสภาพแวดล้อมของครอบครัวและการรักษาความสัมพันธ์ การดูแลการคุ้มครองและความปลอดภัยของเด็ก สถานการณ์ความเปราะบาง สิทธิของเด็กเพื่อสุขภาพและสิทธิเด็กเพื่อการศึกษาแต่ละองค์ประกอบเหล่านี้มีรายละเอียดในความคิดเห็นและควรมีคำแนะนำที่ชัดเจนสำหรับวิชาชีพที่เกี่ยวข้องกับเด็กในประเทศต่าง ๆ

จากหลักการข้างต้น อาจพิจารณาได้ว่าครอบคลุมมิติต่าง ๆ ในทุกด้านของชีวิตเด็กแล้ว อย่างไรก็ตาม ยังคงมีการแสดงความเห็นเกี่ยวกับหลักการดังกล่าวว่าครอบคลุมแต่ยังคงคลุมเครือในรายละเอียด และองค์ประกอบทั้งเจ็ดนี้ไม่ได้เกี่ยวข้องกับทุกกรณีและยังมีองค์ประกอบต่าง ๆ ที่สามารถนำไปใช้ในรูปแบบที่แตกต่างกันในกรณีที่แตกต่างกัน เนื้อหาของแต่ละองค์ประกอบจะแตกต่างกันไปในเด็กแต่ละคนและในแต่ละกรณี ขึ้นอยู่กับประเภทของการตัดสินใจและสถานการณ์ที่เป็นรูปธรรมเช่นเดียวกับความสำคัญของแต่ละองค์ประกอบที่อาจสำคัญต่างกัน จึงมีการให้ความสำคัญกับการตัดสินใจในการดูแลคุ้มครองเด็กโดยเสนอให้มีการกำหนดหลักการว่าควรประกอบไปด้วยสองส่วน กล่าวคือ ส่วนหนึ่งนั้นจะขึ้นอยู่กับความรู้ทางวิทยาศาสตร์ของการพัฒนาและความต้องการของเด็ก หลักฐานเชิงประจักษ์และผลการศึกษาวิจัยสร้างกฎพื้นฐานและข้อโต้แย้งที่สำคัญ เพื่อพิจารณากำหนดสิ่งที่ถูกต้องเพื่อสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับเด็ก อีกส่วนหนึ่งเกี่ยวข้องกับการพิจารณาทางจริยธรรม วัฒนธรรมเชิงบรรทัดฐานเกี่ยวกับชีวิตที่ดีและความเป็นเด็กที่ดี พร้อมคำนึงถึงการเปลี่ยนแปลงของวัฒนธรรม ศาสนา รัฐ บุคคล และกลุ่มบุคคล อันเกี่ยวกับการมีวิถีในการดำรงชีวิตที่ดี ในการเลี้ยงดูเด็กหรือบุตร โดยกำหนดสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับพวกเขา ดังนั้นจึงไม่อาจมีค่ามาตรฐานที่จะกำหนดได้หรืออันคาดว่าจะถูกต้องและยอมรับได้เสมอว่าเหมาะสมสำหรับเด็กทุกคน<sup>30</sup> โดยในคำนิยาม “ประโยชน์สูงสุดของเด็ก” นั้น ยังคงมีความขัดแย้งอยู่ โดยส่วนใหญ่จะเป็นการอภิปรายและตีความทางจริยธรรมที่จะต้องพิจารณาถึงสิ่งที่อาจจะดีสำหรับบุคคลครอบครัวหรือชุมชนโดยเฉพาะ ดังนั้นการตัดสินใจเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็กไม่สามารถอยู่บนพื้นฐานของ

---

<sup>30</sup> Kenneth Burns, Marit Skivenes and Tarja Pösö, eds., *Child Welfare Removals by the State: A Cross-Country Analysis of Decision-Making Systems* (New York: Oxford University Press, 2017), p. 223-227, 239-240.

การประเมินโดยผู้เชี่ยวชาญเพียงอย่างเดียวได้ แต่ยักรวมถึงคุณค่าและบรรทัดฐานที่มีความหมายต่อการดำรงชีวิตต่อไปด้วย<sup>31</sup>

#### 2.2.2.4 หลักความเสมอภาค

หลักความเสมอภาคถือว่าเป็นหลักพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งมนุษย์ย่อมได้รับการรับรองและคุ้มครองจากกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันในฐานะที่เป็นมนุษย์ โดยมีต้องคำนึงถึงคุณสมบัติอื่น ๆ อาทิ เชื้อชาติ ศาสนา ภาษา ถิ่นกำเนิด เป็นต้น และขณะเดียวกันก็ถือได้ว่าหลักความเสมอภาคนี้เป็นหลักที่ควบคุมมิให้รัฐใช้อำนาจตามอำเภอใจ การใช้อำนาจของรัฐต่อกลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่งรัฐต้องสามารถอธิบายได้ว่าเพราะเหตุใดรัฐจึงกระทำการอันก่อให้เกิดผลกระทบหรือเป็นการให้ประโยชน์แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งนั้นโดยเฉพาะ หากการให้เหตุผลไม่อาจรับฟังได้ ย่อมแสดงว่าการใช้อำนาจของรัฐนั้นเป็นไปตามอำเภอใจ ดังนั้นหลักความเสมอภาคจึงเป็นหลักสำคัญในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และสามารถนำมาตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐไม่ว่าจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่าย บริหาร และฝ่ายตุลาการได้ แนวคิดทางกฎหมายของหลักความเสมอภาคในปัจจุบันได้รับการรับรองอย่างชัดเจนโดยถือว่าบุคคลย่อมมีความเสมอภาคที่จะได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน (Fairness) ซึ่งหมายถึง “หลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย” (Equality Before the Law) ที่เป็นการยอมรับสิทธิเสรีภาพอันเป็นสาระสำคัญของความเป็นมนุษย์ที่ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่กำเนิดและไม่อาจพรากไปได้ จึงเป็นการแสดงให้เห็นถึงการยอมรับตามทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) ซึ่งผู้ที่มีความคิดเช่นนี้ได้แสดงความคิดเห็นต่อต้านลัทธิสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ต้องการกีดกันพระมหากษัตริย์ไม่ให้ใช้พระราชอำนาจผิดทำนองคลองธรรมโดยอ้างถึงหลักกฎหมายที่ว่า “บุคคลทุกคนเกิดมามีเสมอภาคกัน และมีสิทธิบางประการ เช่น สิทธิในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ดิดตัวมา สิทธินี้ไม่สามารถจำหน่ายโอนได้”และหลักกฎหมายธรรมชาตินี้ยังเป็นแนวความคิดที่สอดคล้องกับสิทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) ด้วย โดยได้ให้ความสำคัญกับปัจเจกชนและสิทธิทั้งหลายของปัจเจกชน จุดกำเนิดของระบบปัจเจกชนนิยมในทางกฎหมายคือ คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองสาธารณรัฐฝรั่งเศส ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 โดยการปฏิวัติปี ค.ศ. 1789 นี้ได้ยกเลิกระบอบกษัตริย์ที่ปกครองด้วยระบบศักดินา สภาพของบุคคลขึ้นอยู่กับฐานะันตรและชนชั้นที่ตนสังกัด แต่ผู้ปฏิวัติได้ยกความสำคัญของปัจเจกชนขึ้นแทน คำประกาศนี้ ให้ความสำคัญกับคนแต่ละคนรวมทั้งสิทธิเสรีภาพของบุคคลนั้นว่าเป็นแก่นของสังคม ตามทฤษฎีนี้ถือว่าแก่นของสังคมนั้นขึ้นอยู่กับการยอมรับคุณค่าของบุคคลแต่ละคนรวมกันเป็นสังคม

<sup>31</sup> Marit Skivenes and Line Marie Sørdsdal, “The Child’s Best Interest Principle Across Child Protection Jurisdictions,” In **Human Rights in Child Protection: Implications for Professional Practice and Policy**, Asgeir Falch-Eriksen Elisabeth Backe-Hansen, eds. (Switzerland: Palgrave Macmillan, 2018), pp. 82-88.

รัฐหรือสังคมจะไม่สามารถก้าวล่วงสิทธิของบุคคลได้ เว้นแต่จะมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ส่วนรวมอันจะเห็นได้จากคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองปี ค.ศ. 1789 ซึ่งมีข้อความว่า “มนุษย์เกิดมาและมีชีวิตอยู่โดยอิสระและโดยเสมอภาคกันภายใต้กฎหมายความแตกต่างในสังคมจะมีได้ก็เพื่อประโยชน์อันร่วมกัน” ต่อมาความคิดที่ว่ามนุษย์เกิดมามีเสมอภาคกันตามปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนปี ค.ศ. 1789 นี้ได้รับการยืนยันและขยายความโดยอารัมภบทของรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศสปี ค.ศ. 1946 และปัจจุบันหลักการดังกล่าวได้ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐสาธารณรัฐฝรั่งเศสฉบับลงวันที่ 3 มิถุนายน ค.ศ. 1958 โดยได้แสดงความยึดมั่นในหลักสิทธิมนุษยชนและหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติโดยรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1958 ได้ยืนยันปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองปี ค.ศ. 1789 และอารัมภบทของรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1946 ไว้ด้วย ดังนั้นจึงถือได้ว่ารากฐานของความคิดหลักความเสมอภาคภายใต้รัฐธรรมนูญและหลักความเสมอภาคภายใต้กฎหมายจึงเป็นเรื่องที่ทับซ้อนกัน กล่าวคือเรื่องหลักความเสมอภาคอันเป็นรากฐานของระบอบประชาธิปไตย เห็นได้จากฐานความคิดในการปกครองของสาธารณรัฐสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้กำหนด เสรีภาพ เสมอภาค และการตรึงภาพ ประกอบกับมาตรา 1 แห่งรัฐธรรมนูญนี้รับรองถึงความเสมอภาคตามกฎหมายของประชาชนโดยไม่มีการแบ่งแยกที่มาของการกำเนิด แหล่งที่เกิด เชื้อชาติ หรือศาสนา สาธารณรัฐเคารพต่อความเชื่อของทุกนิกาย อันเป็นหลักสำคัญในการปกครองประเทศ และต่อมาประเทศต่าง ๆ ก็ได้นำแนวคิดดังกล่าวไประบุในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามหลักความเสมอภาคอย่างเป็นรูปธรรมนั่นเอง

วิวัฒนาการแนวคิดของหลักความเสมอภาคแนวความคิดเรื่องความเสมอภาคในสมัยดั้งเดิมนั้นเกิดจากคำสอนของศาสนาคริสต์ที่ส่งผลกระทบต่อโครงสร้างทางเศรษฐกิจและระบบทาสที่มีอยู่ในยุคโรมัน และต่อมาในสมัยกลางระบบศักดินาได้ยกเลิกแนวคิดเรื่องความเสมอภาคโดยสร้างลำดับชั้นของสังคมขึ้นซึ่งแปรผันตามที่ดินและเจ้าของที่ดินเจ้าศักดินา แต่อย่างไรก็ตามความไม่เสมอภาคดังกล่าวในสมัยกลางค่อย ๆ เปลี่ยนแปลงไปเมื่อเกิดชนชั้นกลางที่เข้มแข็งขึ้นจนนำไปสู่การเรียกร้องให้เปลี่ยนแปลงความไม่เสมอภาคทั้งทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมืองซึ่งต่อมาได้มีเอกสารที่แสดงออกถึงหลักความเสมอภาคที่ดีที่สุดคือ ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมืองสาธารณรัฐฝรั่งเศส ลงวันที่ 26 สิงหาคม ปี ค.ศ. 1789 โดยบัญญัติรับรองไว้ถึง 3 มาตรา ได้แก่

มาตรา 1 มนุษย์กำเนิดและดำรงชีวิตอย่างมีอิสระและเสมอภาคกันตามกฎหมาย การแบ่งแยกทางสังคมจะกระทำได้ก็แต่เพื่อผลประโยชน์ร่วมกันของส่วนรวม

มาตรา 6 กฎหมายคือการแสดงออกของเจตนารมณ์ร่วมกันกฎหมายจะต้องเหมือนกันสำหรับทุกคนไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองหรือลงโทษก็ตาม พลเมืองทุกคนเท่าเทียมกันเบื้องหน้ากฎหมาย และได้รับการยอมรับอย่างเท่าเทียมกัน ในเรื่องศักดิ์ศรี สถานะและงานภาครัฐตามความสามารถโดยปราศจากความแตกต่าง เว้นแต่เฉพาะความสามารถและพรสวรรค์ ของแต่ละคน

มาตรา 13 เพื่อทำนุบำรุงกองทัพและเพื่อร่ายจ่ายในการดำเนินงานของรัฐ จำเป็นที่จะต้องเก็บภาษี ซึ่งจะต้องมีการกระจายภาระภาษีอย่างเท่าเทียมกันสำหรับพลเมืองทุกคนโดยคำนึงถึงความสามารถของแต่ละคน

ในภายหลังแนวคิดของหลักความเสมอภาคดังกล่าวก็ได้ถูกนำไปบัญญัติในรัฐธรรมนูญของเกือบทุกประเทศเพื่อเป็นการรับรองหลักการดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน เช่น

รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศส ฉบับปัจจุบัน ลงวันที่ 4 ตุลาคม 1958 บัญญัติถึงหลักความเสมอภาคไว้ในมาตราแรกว่า “สาธารณรัฐฝรั่งเศสเป็นสาธารณรัฐที่แบ่งแยกมิได้ เป็นของประชาชน เป็นประชาธิปไตยและเป็นของสังคม สาธารณรัฐรับรองถึงความเสมอภาคตามกฎหมายของประชาชนโดยไม่แบ่งแยกแหล่งกำเนิดเชื้อชาติหรือศาสนา สาธารณรัฐเคารพต่อความ เชื่อของทุกนิกาย”

จากแนวคิดหลักความเสมอภาคในระบบสากลข้างต้นได้มีอิทธิพลต่อประเทศไทยในการกำหนดบทบัญญัติแห่ง กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความเสมอภาคเช่นกัน โดยก่อนการปฏิวัติการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตยในปี พ.ศ. 2475 นั้น ประเทศไทยไม่มีการนำหลักความเสมอภาคมาใช้ แต่ก็ใช้ได้กับบางกลุ่ม บางพวกซึ่งเห็นได้จากการมีส่วนร่วมทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมที่ทำโดยบุคคลบางกลุ่มเท่านั้นเมื่อคณะราษฎรทำการปฏิวัติจึงได้ร่างประกาศ 6 ประการซึ่งมีหลักความเสมอภาคอันเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่ง แต่อย่างไรก็ตาม แม้พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 จะมีได้กล่าวถึงหลักความเสมอภาคไว้โดยเฉพาะซึ่งก็น่าจะเป็นเพราะต้องการความรวดเร็วและมุ่งให้เป็นธรรมนูญฉบับชั่วคราว ทั้งอีกคณะราษฎรเห็นว่ายอมรับหลักความเสมอภาคไว้ในประกาศ 6 ประการซึ่งถือเป็นปฏิญญาแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญของสยามที่มีผลบังคับได้ตั้งแต่นั้นรัฐธรรมนูญอยู่แล้วจึงไม่มีความจำเป็นต้องบัญญัติให้มีการซ้ำซ้อนแต่ประการใด แต่ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 นี้ก็เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่บัญญัติให้ชายและหญิงมีความเสมอภาคในการออกเสียงเลือกตั้งโดยบัญญัติไว้ในมาตรา 14 ว่า “ราษฎรไม่ว่าเพศใด ย่อมมีสิทธิออกเสียงลงมติเลือกผู้แทนหมู่บ้านได้...” หลังจากนั้นก็มี รัฐธรรมนูญอีกหลายฉบับที่บัญญัติหลักความเสมอภาคไว้โดยชัดเจนโดยมักบัญญัติให้ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่า กำเนิดหรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญเสมอ กัน แต่การใช้กฎหมายของไทยนับตั้งแต่ที่ได้มี การนำหลักความเสมอภาคมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับแรก หลักดังกล่าวแทบจะไม่ค่อยได้รับการกล่าวถึง หลักความเสมอภาคจึงเป็นเพียงหลักการที่บัญญัติรับรองคุ้มครองไว้โดยไม่ก่อให้เกิดผลในทางปฏิบัติแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ พัฒนาการของหลักความเสมอภาคในระบบกฎหมายไทยจึงเป็นไปอย่างจำกัด

พัฒนาการของหลักเสมอภาคนั้น มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องและยาวนานโดยประเทศไทยได้รับอิทธิพลมาจากระบบแนวความคิดสากลโดยจะเห็นได้ว่าพัฒนาการจะมีลักษณะค่อยเป็นค่อยไปจนปรากฏร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ขึ้นพัฒนาการของหลักเสมอภาคจึงมีการ

พัฒนาแบบก้าวกระโดด เห็นได้จากการนำแนวคิดหลักความเสมอภาคในต่างประเทศมา บัญญัติเป็นหลักความเสมอภาคในมาตรา 30 แห่งรัฐธรรมนูญจึงทำให้มีความก้าวหน้าทัดเทียมกับนานาอารยประเทศ แต่ในขณะเดียวกันก็ต้องทำความเข้าใจในแนวคิดเรื่องหลักความเสมอภาคด้วยเพื่อให้หลักการดังกล่าว บังคับใช้ได้ อย่างเป็นรูปธรรมซึ่งผลลัพธ์ก็จะเป็นการคุ้มครองประชาชนภายใต้หลักความเสมอภาคนั่นเอง

ความหมายของหลักความเสมอภาค<sup>32</sup> หลักความเสมอภาคมีความใกล้ชิดกับหลักเสรีภาพ เนื่องจากเป็นหลักการที่จะทำให้การใช้เสรีภาพเป็นไปอย่างเสมอกันทุกคน แต่เสรีภาพสามารถใช้ได้เพียง บุคคลเพียงบางคน คนบางกลุ่มบางคนเข้าถึงไม่ได้ แต่ในกรณีดังกล่าวนี้ไม่ได้ถือว่ามีเสรีภาพแต่ประการใด ความเสมอภาคจึงเป็นฐานของเสรีภาพและเป็นหลักประกัน ในการทำให้เสรีภาพเกิดขึ้นได้จริง ดังนั้น หลักความเสมอภายใต้อำนาจจึงเป็นหลักการที่ทำให้มีการปฏิบัติต่อบุคคลที่ เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้น ๆ อย่างเท่าเทียมกันหรือไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination) ทั้งนี้การปฏิบัติตามหลักความเสมอภาคนั้น จะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันอย่างเท่าเทียมกัน และจะต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญ แตกต่างกันให้แตกต่างกันไปตามลักษณะของเรื่องนั้น ๆ จึงจะทำให้เกิดความยุติธรรมภายใต้หลักความ เสมอภาคขึ้นได้ ประเภทของหลักความเสมอภาค หลักความเสมอภาคเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติแห่ง กฎหมายสามารถแยกประเภทของหลักความเสมอภาคได้ 2 ประเภทดังนี้

ประเภทแรกคือหลักความเสมอภาคทั่วไป<sup>33</sup> หลักความเสมอภาคทั่วไปเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน ของบุคคลทุกคนที่อาจกล่าวอ้างกับการกระทำใด ๆ ของรัฐได้ หากเรื่อง นั้นได้มีการกำหนดไว้ในหลักความ เสมอภาคเฉพาะเรื่อง แต่หากเรื่องใดมีหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องกำหนดไว้แล้วก็ให้พิจารณาไปตาม หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้น ๆ

ประเภทที่สองหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง<sup>34</sup> หลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง คือ หลักความเสมอภาคที่ใช้เฉพาะภายในขอบเขตเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะ เช่น หลักความเสมอภาค เฉพาะเรื่องเกี่ยวกับชายและหญิง เป็นต้น

---

<sup>32</sup> Melin-Soucramanien, Ferdinand, “Les Adaptations Du Principe D’égalité À La Diversité des Territoires,” *Revue Française De Droit Administratif* 5 (September 1997): 906. อ้างถึงใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, “หลักความเสมอภาค,” *วารสารนิติศาสตร์* 30 (2 มิถุนายน 2543): 170.

<sup>33</sup> *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 170.

<sup>34</sup> *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 170.

ความสัมพันธ์ระหว่างหลักความเสมอภาคทั่วไปกับหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้น ถือได้ว่าหลักความเสมอภาค ทั่วไปเป็นพื้นฐานของหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่อง แต่หลักความเสมอภาค ทั่วไปนั้นสามารถนำไปใช้ได้กับทุก ๆ เรื่อง โดยไม่จำกัดขอบเขตเรื่องใดเรื่องหนึ่งและบุคคลทุก ๆ คนย่อม อ้างหลักความเสมอภาคทั่วไปได้ ส่วนหลักความเสมอภาค เฉพาะเรื่องอาจถูกจำกัดโดยใช้เฉพาะเรื่อง หรือเฉพาะกลุ่มบุคคลที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองเท่านั้น โดยหลักความเสมอภาคเฉพาะเรื่องนั้นยังถือเป็น หลักกฎหมายพิเศษซึ่งย่อมมาก่อนหลักความเสมอภาคทั่วไป ถ้ากฎหมายที่ได้รับการพิจารณาหลักความ เสมอภาคเฉพาะเรื่องแล้วก็ไม่จำเป็นต้องนำมาพิจารณาตามหลักความเสมอภาคทั่วไปอีก<sup>35</sup>

### 2.2.3 แนวความคิด หลักการและที่มาเกี่ยวกับสิทธิเด็ก

พัฒนาการด้านแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิเด็กในแต่ละยุคสมัยมีความแตกต่างกันและมีพัฒนาการ เรื่อยมา ซึ่งเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพสังคม การเมืองการปกครอง แนวความคิด ความเชื่อ โดยมีทิศทางที่ให้ ความสำคัญต่อการปกป้องคุ้มครองสิทธิเด็กมากขึ้น สังเกตได้จากแนวความคิดว่าเด็กเป็นสมบัติของพ่อแม่ หรือเป็นสมบัติของสังคมหรือรัฐในอดีต พัฒนาเป็นเด็กมีผู้มีสิทธิอำนาจในฐานะปัจเจกชน จนช่วงกลาง ศตวรรษที่ 20 ที่มีแนวคิดการคุ้มครองสิทธิเด็ก ปรากฏเป็น ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ประกาศโดยองค์การ สหประชาชาติ และได้มีการยกระดับหรือมีการลงรายละเอียดของสิทธิเด็กมากขึ้นเรื่อย ๆ เช่น หลักการ ยึดถือประโยชน์สูงสุดของเด็ก เป็นต้น แต่ละแนวความคิดมีรายละเอียดดังนี้

#### 2.2.3.1 แนวความคิดเด็กเป็นสมบัติของพ่อแม่

แนวคิดเรื่องอำนาจปกครองของบิดามารดามีมาตั้งแต่สมัยโรมัน โดยเรื่องอำนาจปกครอง ในกฎหมายโรมันมีความสัมพันธ์กับกฎหมายว่าด้วยบุคคล เนื่องจากในสมัยนั้น ในครอบครัวหนึ่งจะมีบุคคล ที่มีอำนาจปกครองสมบูรณ์ตามกฎหมาย (Sui Juris) ได้เพียงคนเดียว โดยเงื่อนไขการเป็นบุคคลที่มีอำนาจ ปกครองสมบูรณ์ มีดังนี้

เงื่อนไขทั่วไป ได้แก่

- 1) บุคคลนั้นต้องมีเสรีภาพ (Status Libertatis)
- 2) บุคคลนั้นต้องมีสัญชาติโรมัน (Status Civitatis)
- 3) บุคคลนั้นต้องเป็นเพศชาย (Status Familiae)

เงื่อนไขเฉพาะได้แก่

- 1) บุคคลนั้นต้องเป็นหัวหน้าครอบครัว (Status familiaehabilis)
- 2) บุคคลนั้นต้องมีอายุครบ 25 ปี (Aetas)

<sup>35</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 170.

การที่บุคคลจะมีสถานะบุคคลที่มีอำนาจปกครองสมบูรณ์ต้องเป็นหัวหน้าครอบครัว มีความสัมพันธ์กับผู้ที่มีอำนาจปกครองของบิดามารดาในสมัยนั้น เพราะผู้เป็นหัวหน้าครอบครัวจะมีฐานะเป็นบิดาของครอบครัวซึ่งอำนาจของบิดานั้นอยู่เหนือทุกคนในครอบครัว (Patria Potestas) หรืออาจกล่าวได้ว่า อำนาจปกครองในสมัยโรมันตกอยู่กับชายที่เป็นหัวหน้าครอบครัวนั่นเอง และบุคคลอื่นไม่ว่าจะเป็นบุตร หรือภรรยาต้องตกอยู่ใต้อำนาจของหัวหน้าครอบครัว (Alieni Juris) เสมอ<sup>36</sup>

อำนาจของหัวหน้าครอบครัว อาจแยกได้ดังนี้

1) อำนาจเหนือชีวิตและร่างกายของคนในครอบครัว ได้แก่ อำนาจในการลงโทษสมาชิกในครอบครัวให้ถึงตายหรือแม้แต่การนำเอาเด็กที่เกิดใหม่ไปทิ้ง อำนาจการลงโทษสมาชิกในครอบครัวจะถูกควบคุมโดยบุคคลที่มีอิทธิพลต่อหัวหน้าครอบครัว คือ ผู้ใหญ่ที่ใกล้ชิดและคอยให้คำปรึกษา หัวหน้าครอบครัว หรือโดย Censor อำนาจการลงโทษ ลักษณะนี้มาถูกจำกัดในยุคทอง อำนาจในการขายคนในครอบครัวและอำนาจในการยกคนในครอบครัวให้สมรสกับบุคคลอื่นหรือให้คนในครอบครัวหย่าร้าง กับคู่สมรสและสุดท้ายคืออำนาจในการยกคนในครอบครัวให้เป็นบุตรบุญธรรมของผู้อื่นหรือปลดปล่อยบุตรบุญธรรมให้มีอิสรภาพ

2) อำนาจเหนือทรัพย์สิน กล่าวคือโดยหลักแล้วหัวหน้าครอบครัวเป็นเจ้าของทรัพย์สินทุกชนิดที่มีในครอบครัว แต่ถึงกระนั้น หัวหน้าครอบครัวกลับไม่มีหน้าที่ต้องเลี้ยงดูคนในครอบครัวแต่อย่างใด ซึ่งตรงข้ามกับหลักกฎหมายในปัจจุบัน เช่น กฎหมายไทยจะกำหนดให้บิดามารดาต้องอุปการะ เลี้ยงดูบุตร หรือ สามีภริยาต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกัน อย่างไรก็ตามทรัพย์สินบางประเภท บุคคลที่ไม่ใช่หัวหน้าครอบครัวสามารถเป็นเจ้าของทรัพย์สินได้เช่นกัน มี 3 กรณีคือ ทรัพย์สินเฉพาะตัวอันมาจากค่ายทหาร (Peculium Castrense) ทหารประจำการสามารถเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ได้มาในระหว่างประจำการได้ ทรัพย์สินเฉพาะตัวที่เสมือนมาจากค่ายทหาร (Peculium Quasi Castrense) และทรัพย์สินที่บุคคลในครอบครัวเข้าใช้ประโยชน์ในนามหรือโดยความยินยอมของหัวหน้าครอบครัว (Peculium Profecticium)<sup>37</sup>

ในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร หลักกฎหมายเกี่ยวกับบิดามารดาและบุตรของประเทศเยอรมันได้ถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งซึ่งได้รับอิทธิพลอย่างมากจากกฎหมายเกี่ยวกับความเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง (The Law on the Equality of Men and Women of 1961) ก่อนหน้ามีกฎหมายฉบับนี้ บิดาจะมีสิทธิทุกประการที่เกี่ยวกับบุตรในขณะที่มารดามีสิทธิแค่บางประการ

<sup>36</sup> ประชุม โฉมฉาย, *วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน* (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 27-28.

<sup>37</sup> *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 27-28.

เท่านั้น<sup>38</sup> ลักษณะของอำนาจปกครองในสมัยโรมันตามที่กล่าวมาข้างต้น อำนาจจะผูกขาดอยู่กับชายผู้เป็นหัวหน้าครอบครัวคนเดียว รูปแบบที่อำนาจอยู่กับชายนี้ถ่ายทอดสู่กฎหมายในยุคถัดมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศส ในชุมชนที่ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร จะได้รับอิทธิพลในเรื่องการลงโทษบุตรด้วยวิธีการรุนแรงโดยมีบิดาเป็นผู้ใช้อำนาจโดยลำพัง แม้จะมีการโจมตีการใช้อำนาจในลักษณะดังกล่าวบ้าง แต่การใช้อำนาจปกครองโดยเด็ดขาดของบิดาก็ได้รับการยอมรับในกฎหมายแพ่งโปเลียน แม้จะมีการยกเลิกหลักเกณฑ์บางประการที่ให้อำนาจบิดามากเกินไปและศาลได้เข้ามามีบทบาทในการควบคุมการใช้อำนาจปกครองของบิดาก็ตาม จนกระทั่งศตวรรษที่ 19 ความคิดเรื่อง “ความผาสุกและประโยชน์ของเด็ก” เริ่มเป็นที่นิยมมากขึ้นนำมาสู่การควบคุมการใช้อำนาจปกครองโดยกำหนดให้ศาลมีอำนาจเพิกถอนอำนาจปกครองได้ในปี ค.ศ. 1889 และออกกฎหมายในปี ค.ศ. 1970 ให้มารดามีส่วนร่วมในการใช้อำนาจปกครองบุตร<sup>39</sup> การใช้อำนาจปกครองในสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น แรกเริ่มในยุคกฎหมายโบราณนั้นได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมันโดยเฉพาะอย่างยิ่งในชุมชนที่ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร บิดามีสิทธิ ลงโทษ สิทธิกักขังสมาชิกครอบครัวไว้ในห้องหรือส่งไปขัง ณ เรือนจำหรืออารามได้ ต่อมาศาลได้เข้ามามีส่วนร่วมและควบคุมการใช้สิทธิลงโทษบุตรของบิดาในขณะที่มารดาไม่ค่อยมีบทบาทในการใช้อำนาจปกครองโดยที่ชุมชนที่ยึดกฎหมายจารีตประเพณียอมรับหลักอำนาจปกครองที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของบุตร

ช่วงของการปฏิวัติวัฒนธรรมสาธารณรัฐฝรั่งเศส มีการตรากฎหมายลงวันที่ 24 สิงหาคม ค.ศ. 1792 ยกเลิกอำนาจปกครองเด็ดขาดของบิดาในชุมชนที่ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรมีการจัดตั้งศาลครอบครัวมาดูแลการใช้อำนาจปกครองของบิดาลงโทษบุตรโดยวิธีการส่งตัวไปให้เจ้าหน้าที่บ้านเมืองกักขังโดยมีการกำหนดอายุในการบรรลุนิติภาวะของผู้เยาว์ไว้ที่ 21 ปี และมุ่งพิจารณาเรื่องการตั้งผู้ปกครองให้ผู้เยาว์กฎหมายแพ่งโปเลียนยอมรับอำนาจปกครองค่อนข้างเด็ดขาดของบิดา แต่ก็ได้ยกเลิกหลักเกณฑ์บางประการในกฎหมายยุคปฏิวัติซึ่งเป็นอำนาจที่รุนแรงเกินไปในเรื่องการลงโทษบุตร บิดายังคงมีอำนาจลงโทษโดยการส่งตัวไปกักขังโดยไม่จำเป็นต้องให้เหตุผลใด ๆ แก่ศาลแต่กฎหมายได้จำกัดเวลาเอาไว้ และศาลได้เข้าไปควบคุมโดยพิจารณาเหตุผลการลงโทษสิทธิในการลงโทษดังกล่าวมิใช่สิทธิเด็ดขาดอีกต่อไป ศาลได้กำหนดอายุบรรลุนิติภาวะจากเดิมในชุมชนที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณีคืออายุ 25 ปีบริบูรณ์ มาเป็นอายุ 21 ปีบริบูรณ์ กล่าวได้ว่า กฎหมายแพ่งโปเลียนถือว่าอำนาจปกครองเป็นสถาบันหนึ่งของสังคมเช่นเดียวกับชุมชนที่ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่การใช้อำนาจจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สุขของผู้เยาว์อันเป็นระบบที่ใช้ในชุมชน กฎหมายจารีตประเพณีโดยบิดาเป็นผู้ที่มีอำนาจชี้ขาดในวิธีการปกครองบุตรผู้เยาว์เหมือนเดิม ช่วงศตวรรษที่ 19 มีการใช้อำนาจปกครองของบิดาอย่างไม่ถูกต้องมากขึ้น รัฐจึงต้องพยายามหา

<sup>38</sup> ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 185-189.

<sup>39</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 185-189.

มาตรการมาคุ้มครองเด็กและควบคุมการใช้อำนาจของบิดา กฎหมายปี ค.ศ. 1889 กำหนดให้ศาลมีอำนาจเพิกถอนอำนาจปกครองได้และในปี ค.ศ. 1945 กำหนดมาตรการให้เด็กที่ประสบปัญหาการใช้อำนาจปกครองอย่างรุนแรงของบิดาได้รับการช่วยเหลือ ต่อมาวันที่ 4 มิถุนายน ค.ศ. 1970 รัฐบาลสาธารณรัฐฝรั่งเศสจึงได้ออกกฎหมายมาแก้ไขปรับปรุงการใช้อำนาจปกครองของบิดา โดยมีผลบังคับใช้วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1971<sup>40</sup>

ส่วนในระบบกฎหมายจารีตประเพณี แนวคิดเริ่มแรกเรื่องอำนาจปกครองของบิดามารดาในประเทศอังกฤษมีลักษณะ ทำนองเดียวกับประเทศอื่น ๆ ที่ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมัน คือ บิดามีอำนาจปกครองแต่เพียงผู้เดียว แต่ด้วยพัฒนาการแนวคิดเกี่ยวกับบทบาทของครอบครัวและสมาชิกในครอบครัวทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรเปลี่ยนแปลงไป ผลของแนวคิดปัจเจกบุคคลทำให้สตรี และเด็กได้รับความสนใจในศตวรรษที่ 19 การเรียกร้องสิทธิสตรีทำให้มารดาเข้ามามีส่วนในการใช้อำนาจปกครองร่วมกับบิดาและการยอมรับว่าเด็กเป็นบุคคลที่มีสิทธิของตนเองเป็นจุดเริ่มต้นของการคำนึงถึงความผาสุกและการปกป้องเด็ก พัฒนาการในเรื่อง อำนาจปกครองของบิดามารดา จากที่ผ่านมาอำนาจของบิดา มารดาอยู่ในรูปของสิทธิและหน้าที่เปลี่ยนเป็นหลักความรับผิดชอบของบิดา มารดา (Parental Responsibility) ซึ่งได้รับการรับรองในกฎหมาย The Children Act 1989 หลักความรับผิดชอบของบิดา มารดาอธิบายถึงความเอาใจใส่ที่บิดามารดาต้องมีต่อบุตร หลักนี้สะท้อนแนวคิดที่ว่าเด็กคือบุคคลที่ผู้อื่นมีหน้าที่ต่อตัวเด็กไม่ใช่บุคคลที่ผู้อื่นจะใช้อำนาจเหนือ หลักความรับผิดชอบของบิดามารดาส่วนหนึ่งได้รับอิทธิพลจากคดี Gillick ที่ Lord Scarman ได้วางหลักว่า สิทธิของบิดามารดา มาจากหน้าที่ของบิดามารดา หลักความรับผิดชอบของบิดา มารดาจึงสะท้อนต้นแบบการ เป็นบิดา มารดาที่ the House of Lord ตั้งขึ้นในคดี Gillick ในปี ค.ศ. 1925 ประเทศสหรัฐอเมริกามีการพัฒนาแนวคิดเรื่องหลักประโยชน์สูงสุดต่อ (The Best Interest of The Child)<sup>41</sup> ในคดี Finlay v. Finlay 1925; 148 NE 624 (NY) วางหลักเกณฑ์ว่าในการตัดสินใจให้ฝ่ายใดเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองนั้น ต้องพิจารณาว่าบิดาหรือมารดาฝ่ายใดทำให้บุตรได้รับการเลี้ยงดูที่ดีที่สุด อย่างไรก็ตามหลักดังกล่าวถูกโต้แย้งว่าไม่สามารถปฏิบัติหรือทำให้เป็นจริงได้ หลังจากนั้นอีกห้าสิบปี Goldstein et al ได้เสนอหลักเรื่องทางเลือกที่เป็นอันตรายน้อยที่สุด (Least Detrimental Alternative) ซึ่งมีหลักการพิจารณาว่าการพิจารณาให้บิดาหรือมารดาเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรนั้นควรพิจารณาจากความต้องการความสัมพันธ์ที่ต่อเนื่องของบุตร ดังนั้นในการตัดสินใจว่าฝ่ายใดจะมีอำนาจปกครองบุตรจึงไม่ใช่หน้าที่ของศาล แต่เป็นหน้าที่ของบิดา มารดาในการตัดสินใจว่าใครต้องการจะเลี้ยงดูบุตร และจากหลักนี้ทำให้ฝ่ายที่ไม่มีอำนาจปกครองบุตรไม่มีสิทธิติดต่อเยี่ยมเยียนบุตรได้ในขณะที่ฝ่ายที่มีอำนาจปกครองบุตรก็มีสิทธิเลือกที่จะให้บุตรติดต่อกับใครบ้าง

<sup>40</sup> *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 185-189.

<sup>41</sup> Kate Standley, *Family Law* (England: Palgrave MacMillan, 2004), p. 209.

### 2.2.3.2 แนวความคิดเด็กเป็นสมบัติของสังคมหรือรัฐ

แนวคิดนี้ถือมีจุดเริ่มต้นมาโดยอริสโตเติลซึ่งดำรงชีวิตอยู่ในช่วงปี ค.ศ. 322-384 โดยอริสโตเติลเกิดที่เมือง Stagira ซึ่งเป็นเมืองชายฝั่งทะเลขนาดเล็กในเมืองมาซิโดเนีย อริสโตเติลมีแนวความคิดว่า รัฐมีหน้าที่ส่งเสริมชีวิตที่ดีของประชาชนในรัฐ ทั้งยังต้องส่งเสริมวิถีชีวิตที่ดีโดยยังคงไว้ซึ่งความมีระเบียบเรียบร้อยในสังคม ทั้งควรให้ความสำคัญกับคุณธรรมของประชาชนในรัฐ ผู้ปกครองหรือผู้ที่ดูแลรัฐบาลที่ดีนั้นควรจะต้องพิจารณาถึงคุณธรรมของประชาชนในรัฐ กล่าวได้ว่าการมีคุณธรรมของประชาชนในรัฐนั้นมีความสำคัญต่อการปกครอง จะต้องได้รับการปกป้องดูแลอย่างถูกต้อง การให้ความสำคัญของการมีคุณธรรมของประชาชนในรัฐนั้นถือเป็นพื้นฐานในการวางระบบการศึกษาของรัฐซึ่งเป็นหนึ่งในการวางระบบของสปาร์ตัน เช่นเดียวกับแนวความคิดของเพลโต อริสโตเติลไม่ได้ให้ความสำคัญกับความสมัครใจ การยินยอมของประชาชนในรัฐและขอบเขตของการบังคับควบคุมของภาครัฐ กล่าวคืออริสโตเติลไม่ได้ให้ความสำคัญกับอิสรภาพของปัจเจกชนในการบัญญัติกฎหมายในฐานะนักปรัชญาที่เชื่อว่าเป็นผู้รู้ เชื่อว่าอริสโตเติลเองรู้ว่าอะไรเป็นสิ่งที่จำเป็นสำหรับสังคมที่ดี อริสโตเติลจึงแย้งว่ากฎหมายควรเกี่ยวข้องกับกำลังหรือปัจจัยในการผลิตหรือกลุ่มแรงงาน “สุขภาพร่างกายที่แข็งแรงเป็นสิ่งสำคัญที่สุดในกระบวนการผลิตของรัฐ” โดยกล่าวไว้ว่าช่วงอายุที่สำหรับการแต่งงานของผู้หญิงควรมีอายุประมาณสิบแปดปี สำหรับผู้ชายควรมีอายุสามสิบเจ็ดปีโดยให้เหตุผลไว้ว่าวัยสามสิบเจ็ดปีของชายนั้นเป็นวัยที่มีความพร้อมทั้งร่างกายและสถานะทั้งในด้านความคิด ความรับผิดชอบ หน้าที่การงาน ฐานะทางสังคมและการสมรสควรเกิดขึ้นในช่วงฤดูหนาวและคู่สมรสจะต้องมีบุตรโดยจะถือเป็นการตอบแทนการบริการจากภาครัฐโดยสตรีที่ตั้งครรภ์ควรออกกำลังกายในระดับปานกลางและจะต้องทำเป็นประจำทุกวัน ทั้งนี้อริสโตเติลยังมีแนวความคิดที่ว่าควรมีกฎหมายออกมาเพื่อให้ความคุ้มครองต่อการเลี้ยงดูเด็กพิการและรัฐควรมีกฎหมายในการกำหนดขนาดของครอบครัว และมีบทลงโทษเมื่อมีขนาดของครอบครัวเกิดจากที่กำหนดไว้โดยหญิงที่ตั้งครรภ์จะถูกบังคับให้ยกเลิกการตั้งครรภ์โดยวิธีการให้คลอดก่อนกำหนด ทั้งนี้ในกรณีที่ทารกในครรภ์ยังไม่เริ่มเป็นตัวอ่อนโดยสุขภาพของเด็กควรได้รับการดูแลอย่างใกล้ชิด เด็กควรจะถูกเลี้ยงดูที่ จะทนต่อสภาพอากาศหนาวเย็น มีสุขภาพกายที่แข็งแรงทั้งนี้เพื่อเป็นการเตรียมความพร้อมสำหรับการรับราชการทหาร ผู้ที่มีอำนาจในการดูแลการศึกษาควรกำหนดเรื่องที่ใช้เวลาให้เหมาะสมแก่เด็ก ทั้งนี้ก็เพื่อให้เด็กมีสุขภาพกายที่แข็งแรง ควรกำหนดการใช้เวลาว่างของเด็กให้เหมาะสมระหว่างการเรียนและการเล่น

แนวความคิดของ Spartan ที่กล่าวไว้ในตอนต้นนั้น มีอิทธิพลต่อแนวความคิดของเพลโตและอริสโตเติล โดยเพลโตได้คัดค้านความคิดของสปาร์ตาในเรื่องรูปแบบของศึกษา แนวความคิดของสปาร์ตาถูกโต้แย้งอยู่บ่อย ๆ ในช่วงศตวรรษที่สิบแปดโดยนักปรัชญาผู้ซึ่งเชื่อว่าเป้าหมายพื้นฐานของการศึกษาควรเป็นการกำหนดรูปแบบของพลเมืองที่มีคุณค่าต่อรัฐได้ถูกกล่าวไว้โดยบารอน เดอ โอลบาคนักปรัชญาชาวสาธารณรัฐฝรั่งเศส จากการเพิ่มขึ้นของลัทธิชาตินิยม เด็กถูกมองว่าเป็นพลเมืองในอนาคตและผู้รักษา

โดยการศึกษาจะต้องได้รับการดูแลอย่างรอบคอบเพื่อให้แน่ใจว่าเด็กจะเติบโตขึ้นมาอย่างที่รัฐต้องการ โดย Charles Duclos เขียนไว้ในปี ค.ศ. 1750 ว่าจากการศึกษาของสปาร์ตัน สิ่งสำคัญที่ได้คือการปลูกฝังความรู้สึกรักชาติโดยจะต้องได้รับการปลูกฝังในทุกรัฐโดยในชาวสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะถูกปลูกฝังให้มีการรักชาติ ทั้งนี้เพื่อที่จะสร้างประชาชนชาวสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่รัฐต้องการโดยหลักคิดที่ว่า ผลผลิตที่เกิดจากการทำงานของแรงงานในชาตินั้นจะมีได้ก็โดยประชาชนชาวสาธารณรัฐฝรั่งเศสเอง Montesquieu ในช่วงปี ค.ศ. 1748 ได้ตั้งเวทีสำหรับการจัดการแนวความคิดที่เกี่ยวกับเด็กโดยการวางหลักระหว่างภาครัฐและยังได้มีการวางระบบทางการศึกษาไว้ โดยมีการกำหนดว่าหากสาธารณรัฐประชาธิปไตยจะดำรงอยู่ได้นั้นจะต้องสร้างความมั่งคั่งให้กับพลเมืองของตนด้วยการรักชาติ ความรักในกฎหมายและในประเทศ โดยเป็นความรักชาติที่ถูกยกระดับให้สูงจากสาธารณชนให้อยู่เหนือผลประโยชน์ส่วนตัวโดย Montesquieu ยกย่องการวางระบบการศึกษาของ Spartan ว่าเหมาะสมสำหรับเพิ่มศักยภาพในการสร้างพลเมืองและการศึกษาก็ควรจะเป็นภารกิจหลักของสถาบันเพื่อการศึกษาในสาธารณรัฐโดยทุกอย่างจะเน้นที่การเสริมสร้างความรักชาติ ในแต่ละสาธารณรัฐ แนวความคิดนี้ถือได้ว่าเป็นรากฐานของระบบการศึกษาผู้ที่มีอิทธิพลต่อแนวความคิดอีกหนึ่งนักปรัชญาคือ J. J. Rousseau ซึ่งก็เป็นผู้สนับสนุนความคิดของ Spartan ในช่วงปี ค.ศ. 1758 Rousseau ได้การคัดค้านความคิดของ Plato ไปสู่การศึกษาอย่างเสรี โดยมองว่ารัฐไม่ควรมองข้ามกระบวนการทางความคิดและทัศนคติของบิดาจากกระบวนการสั่งสอนเลี้ยงดูบุตรเพื่อให้บุตรนั้นได้รับการเลี้ยงดูและได้รับองค์ความรู้ที่มีความสูงส่งยิ่งกว่าซึ่งจะมีความสำคัญต่อรัฐมากกว่าผู้สั่งสอนเอง การศึกษาในภาคเอกชนเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อประกันว่าประชาชนจะไม่กระทำการใด ๆ ที่ขัดต่อความต้องการของสังคม รวมไปถึงเด็ก ๆ ควรได้รับการสอนให้คำนึงถึงอัตลักษณ์ของตนในทุกความสัมพันธ์ทางกายภาพกับรัฐ และพึงระวังการคำพูดเพราะการดำรงอยู่ของบุคคลนั้นก็เป็นส่วนหนึ่งของการดำรงอยู่ของรัฐด้วยเช่นกัน การโต้แย้งที่เด็ก ๆ อยู่ในรัฐมักจะได้แม้กระทั่งในหมู่ผู้ที่ได้รับการศึกษาในระดับรัฐของอเมริกา ดังนั้นหลักการใช้อำนาจของรัฐในการออกกฎหมายจึงพบได้ เช่นในปี ค.ศ. 1786 นายเบนจามิน ผู้ปกครองในยุคเริ่มแรกของการเป็นเอกราชของอเมริกาซึ่งเป็นที่รู้จักในฐานะ บิดาของจิตเวชอเมริกัันกล่าวว่าขอให้อเมริกันชนของเราได้รับการสอนว่าพวกเขาไม่ได้เป็นแค่ส่วนหนึ่งของตนเอง แต่ยังเป็นทรัพยากรของชาติด้วย<sup>42</sup>อันเป็นการเริ่มต้นจากรูปแบบความคิดซึ่งมีอิทธิพลต่อความคิดของนักการศึกษาชาวอเมริกัน ในช่วงศตวรรษที่ 19 หลายคนในเวลาต่อมาในประเทศอเมริกา ระบบการศึกษาของรัฐอิทธิพลที่กำหนดใช้ภายในโรงเรียนนั้นได้ถูกออกแบบและสนับสนุนให้มีการดำเนินการอย่างชัดเจนและต่อเนื่องในการทะนุบำรุงและสร้างความมั่นคงทางการเมืองของรัฐในขณะที่รัฐนิวแฮมป์เชียนั้นได้มีการถกเถียงกันอยู่ในประเด็นระหว่างรัฐบาลควรให้การศึกษาเพื่อดำรงไว้ซึ่งสัญชาติญาณของมนุษย์กับการให้การศึกษา

---

<sup>42</sup> David Micklethwait, *Noah Webster and the American Dictionary* (London: McFarland, 2005), pp. 94-98.

เพื่อการดำรงไว้ซึ่งความคิดที่ว่ารัฐเป็นเจ้าของทุกสิ่ง การศึกษามีไว้เพื่อการดำรงอยู่ของรัฐโดยเด็กที่เกิดมานั้นไม่ได้ถือเป็นที่พิทักษ์ของบิดา มารดาผู้ให้กำเนิดแต่เป็นที่พิทักษ์ของรัฐ ของสังคมของประเทศในศตวรรษที่ 20 ตามรายงานของสำนักการศึกษาแห่งสหรัฐอเมริกาในปี พ. ศ. 2457 การให้การศึกษารัฐในโรงเรียนเอกชนก็ยังคงมุ่งเน้นให้เด็กมีการศึกษาเพื่อตอบแทนรัฐเป็นหลักมากกว่าจะศึกษาเพื่อผลประโยชน์ส่วนบุคคล<sup>43</sup>

โดยสรุปแล้วแนวคิดเด็กเป็นสมบัติของสังคมหรือรัฐเกิดจากแนวความคิดของอริสโตเติล ซึ่งเป็นรากฐานของความคิดในเรื่องรัฐที่ว่ารัฐเป็นส่วนใหญ่ ปัจเจกชนเป็นส่วนย่อยที่ดำรงอยู่ในรัฐ ฉะนั้นรัฐจึงมีความสำคัญกว่าปัจเจกชน และส่งผลให้เกิดการปฏิบัติต่อเด็กในฐานะที่เป็นสมบัติของสังคมหรือรัฐขึ้น ส่วนพ่อแม่ไม่มีสิทธิและอำนาจในตัวเด็กน้อยกว่ารัฐหรือบางทีอาจจะไม่มีสิทธิอำนาจเหนือเด็กเลยโดยแนวความคิดนี้เองก็ได้ปรากฏขึ้นตั้งแต่ในยุคนครรัฐของกรีก ซึ่งรัฐมีอำนาจเข้าไปอบรมเลี้ยงดูให้แข็งแกร่งเพื่อที่จะเป็นนักรบของรัฐต่อไป ในส่วนเด็กที่อ่อนแอจะถูกรัฐกำจัดทิ้งไป

### 2.2.3.3 แนวความคิดเด็กมีสิทธิอำนาจในฐานะปัจเจกชน

แนวความคิดนี้มีที่มาจากแนวความคิดปัจเจกชนนิยม (Individualism) โดยจะให้ความสำคัญกับความมีตัวตนของบุคคลแต่ละบุคคลที่สามารถดำรงอยู่ มีความเฉพาะตัว ชัดเจน สามารถแยกตัวตนออกจากบุคคลหรือสิ่งอื่นได้ ตามแนวความคิดนี้เด็กมีสิทธิ อำนาจ มีคุณค่าความเป็นมนุษย์เท่า ๆ กับบุคคล โดยทั่วไปโดยไม่คำนึงว่าเด็กนั้นจะอยู่ในปกครองของผู้ใด เด็กก็ย่อมมีสิทธิเสรีภาพในตัวเอง โดยพ่อแม่ ผู้ปกครองมีสิทธิเป็นเจ้าของเด็กในฐานะผู้ให้กำเนิด เมื่อพ่อแม่ ผู้ปกครองไม่กระทำหน้าที่ในการเลี้ยงดูดูแลเด็กนั้นรัฐจึงมีหน้าที่ในตัวเด็กในการช่วยเหลือ แก้ไขให้เด็กได้รับการเลี้ยงดูด้วยวิธีการที่ถูกต้องเหมาะสมตามสมควรแก่วัยของเด็กนั้น ตามแนวความคิดของจอห์น ล็อก อันเป็นที่มาของแนวความคิดการมีสิทธิความเป็นปัจเจกชนของเด็กนั้น สิทธิดังกล่าวถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน กล่าวคือ สิทธิในตัวเองอันหมายถึงสิทธิตามธรรมชาติที่ติดตัวมาแต่กำเนิดสิทธิที่จะรักษาชีวิตของตน สิทธิในทรัพย์สินของตน

จอห์น ล็อก ให้ความหมายของสิทธิในทรัพย์สินว่าเป็นจุดมุ่งหมายอันสูงสุดของมนุษย์ เป็นการรวมกันเป็นจักรภพและให้ความยินยอมต่อรัฐในการปกป้องคุ้มครองทรัพย์สินของตน และสิทธิในทางการปกครองโดยเป็นสิทธิที่มีอำนาจในการลงโทษตั้งแต่โทษเบาจนถึงโทษหนักทั้งนี้ก็เพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยในการอยู่ร่วมกันในสังคม ตามแนวคิดของล็อก สิทธิโดยธรรมชาติของมนุษย์มีความเท่าเทียมกันนับแต่กำเนิดมา การดำรงอยู่ การมีชีวิตโดยหลักของแนวความคิดคือความอยู่ดีกินดีและเป็นเจ้าของสิทธิและทรัพย์สินโดยแบ่งแยกเป็นระดับความสุขที่เน้นไปที่ความสุขของมวลมนุษยชาติ อันประกอบด้วยคุณธรรมและความสุขที่มีสิทธิได้เข้าถึงความสุขสูงสุดโดยมนุษย์สามารถเข้าใจกฎธรรมชาติได้ด้วยเหตุผล

<sup>43</sup> George H. Smith, *The Roots of State Education Part 3: Aristotle and Civic Virtue*, Retrieved March 8, 2021 from <https://www.libertarianism.org/publications/essays/excursions/roots-state-education-part-3-aristotle-civic-virtue>

และประสบการณ์ การที่มนุษย์ไม่ทำร้ายกันและกันนั้นเพราะมนุษย์ต่างตระหนักด้วยเหตุผลว่าหากตนกระทำเช่นนั้นก็จะย่อมได้รับการโต้ตอบในทำนองเดียวกัน มนุษย์ในภาวะธรรมชาติมี ลักษณะ 2 ประการ คือ ภาวะแห่งเสรีภาพซึ่งทำให้มนุษย์สามารถกระทำในสิ่งที่ตนปรารถนาภายใต้ขอบเขตจำกัดแห่งกฎธรรมชาติ และประการที่สองคือภาวะแห่งการเท่าเทียมกันของทุกชีวิตที่อาศัยอยู่ ไม่มีใครมีสิทธิอำนาจหรือขอบเขตของอำนาจมากกว่ากันแต่เท่าเทียมกันในสิทธิทั้ง 2 ลักษณะ<sup>44</sup>

ประเภทและลักษณะของสิทธิตามแนวความคิดของจอห์น ล็อกได้จำแนกสิทธิออกเป็นสองส่วนหลัก ๆ ดังนี้ คือ สิทธิตามธรรมชาติ (Natural Rights) คือสิทธิตามธรรมชาติอันเป็นสิทธิที่กำหนดมาพร้อมกับมนุษย์เป็นสิทธิที่มาโดยธรรมชาติ (Natural Rights) ธรรมชาติของล๊อค หมายถึง สิทธิอันชอบธรรมที่มนุษย์ทุกคนจะพึงมีคือสิทธิในตัวเอง สิทธิในทรัพย์สินและสิทธิเสรีภาพของตนเองสิ่งที่ล๊อคนำมาเป็นหลักฐานสนับสนุนทฤษฎีนี้คือสภาวะตามธรรมชาติ (State of Nature) ของมนุษย์และกฎธรรมชาติ (Natural Laws) ซึ่งเป็นสภาพก่อนมีรัฐล๊อคให้ธรรมชาติว่ามนุษย์ทุกผู้ทุกนาม ย่อมมีสิทธิตามธรรมชาติที่จะดำรงชีวิตอยู่ในสภาพแห่งเสรีภาพอันสมบูรณ์ดังจะเห็นได้จากธรรมชาติที่ว่า ธรรมชาติของมนุษย์ว่ามนุษย์ไม่มีความรู้อะไรติดตัวมาแต่เกิด จิตมนุษย์ว่างเปล่า ความรู้ทั้งปวงได้มาจากการสังเกตและการวิเคราะห์สิ่งที่ได้จากการสังเกต การสังเกตและการวิเคราะห์ในลักษณะนี้ล๊อคเรียกรวม ๆ ว่าประสบการณ์ มนุษย์ฉลาดขึ้นได้ด้วยการศึกษาธรรมชาติและเหตุผลโดยอาศัยวิธีการทางตรรกวิทยา ด้วยวิธีการดังกล่าวมนุษย์จะเข้าใจธรรมชาติเพิ่มขึ้นและสามารถนำความรู้ที่ได้นั้นมาปฏิบัติได้<sup>45</sup> โดยแบ่งได้เป็น 3 ลักษณะคือ สิทธิในตัวเอง ในธรรมชาติของล๊อคนั้นธรรมชาติของมนุษย์ (Human Nature) มนุษย์เมื่อเกิดมาแล้วย่อมมีสิทธิตามธรรมชาติที่จะพิทักษ์รักษาไว้ซึ่งชีวิตร่างกายให้อยู่รอด ซึ่งรวมไปถึงสิทธิในอาหาร เครื่องนุ่งห่ม ที่อยู่อาศัย ยารักษาโรค เป็นต้น ล๊อคถือว่าสิ่งเหล่านี้เป็นสิ่งที่ธรรมชาติได้สงวนและเก็บไว้เพื่อการดำรงชีวิตของมนุษยชาติร่วมกัน ดังนั้นมนุษย์ ย่อมมีสิทธิที่จะเป็นเจ้าของในสิ่งเหล่านี้โดยชอบธรรม สิ่งเหล่านี้มีฐานะเป็นส่วนหนึ่งของชีวิตมนุษย์ มนุษย์ทุกผู้ทุกนามมีทรัพย์สิน (Property) ในตัวของตนเองและสิทธิในทรัพย์สิน (Property)<sup>46</sup>

<sup>44</sup> John Locke, *Treatise of Civil Government and A Letter Concerning Toleration* (New York: Irvington, 1979), p. 35.

<sup>45</sup> John Locke, *Two Treatises of Government* (Cambridge: Cambridge University Press, 1988), pp. 122-126.

<sup>46</sup> John Locke and Thomas I. Cook, *Two Treatises of Government* (New York: Hafner, 1969), pp 35-39.

ล๊อคเชื่อว่า มนุษย์โดยธรรมชาติควรมีสสิทธิเท่าเทียมกัน เพราะว่าทรัพย์สินเป็นสิทธิที่ปราศออกจากมนุษย์ไม่ได้ (Inalienable Rights) และเป็นคุณสมบัติที่เป็นของมนุษย์มาตั้งแต่ก่อนสงครามเมืองจะถูกสถาปนาขึ้นการเข้าร่วมในพันธสัญญาเพื่อจัดตั้งรัฐบาล (Civil Government) ขึ้นก็เพื่อประกันเสรีภาพในการใช้สิทธินี้ ทั้งนี้เพราะในสภาวะธรรมชาติไม่มีความแน่นอนและสะดวกสบายในการใช้สิทธิเหล่านี้ไม่มีอำนาจที่จะคอยคุ้มครอง ปกป้องสิทธินี้ให้คงอยู่ถาวร<sup>47</sup> และรู้จักสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายธรรมชาติแต่เนื่องจากมีคนส่วนน้อยฝ่าฝืนกฎหมายธรรมชาติ จึงทำให้เกิดภัยอันตรายต่าง ๆ ขึ้นคนเราจึงมีความต้องการอยู่ 3 ประการ คือ กฎหมายที่แน่นอน ผู้ตัดสินที่เที่ยงธรรมและ อำนาจบริหารที่จะทำให้การตัดสินเรื่องต่าง ๆ ดำเนินไปอย่างถูกต้อง<sup>48</sup> เพราะมนุษย์มีธรรมชาติเป็นกฎเกณฑ์ในการ ปฏิบัติด้วยเหตุผล 2 ประการ คือ 1) ความหมายของทรัพย์สินนั้นล๊อคมีทรรศนะที่แตกต่างไปจากหลายทรรศนะคือ ทรัพย์สินนอกจากจะเป็นวัตถุสิ่งของต่าง ๆ แล้วยังหมายรวมถึงร่างกายของมนุษย์และแรงงานมนุษย์ด้วยดังที่ล๊อคได้ให้ทรรศนะว่า มนุษย์ทุกคนมีทรัพย์สินในตัวของเขาเองไม่มีใครมีสิทธิที่จะใช้นอกจากตัวเขาเอง 2) การเกิดกรรมสิทธิในทรัพย์สิน ล๊อคมีทรรศนะว่าสรรพสิ่งทั้งหลายในโลกนี้ พระผู้เป็นเจ้าของได้ประทานให้แก่มนุษย์ทุกคนหมายความว่าสิ่งทั้งหลายที่มีอยู่ในโลกทั้งหมดเป็นของทุกคนหรือทุกคนมีกรรมสิทธิร่วมกันแต่กรรมสิทธิส่วนตัวหรือส่วนบุคคลจะเกิดขึ้นได้ ก็ต่อเมื่อเขาได้ใช้แรงงานเคลื่อนย้ายหรือเก็บเกี่ยวของสิ่งนั้น แรงงานและผลงานจากแรงงานของตนอาจจะกล่าวได้ว่าเป็นของตนอย่างถูกต้อง

ล๊อคได้กำหนดขอบเขตในการครอบครองสิ่งต่าง ๆ ไว้ด้วยว่าไม่มีใครมีสิทธิแม้ด้วยแรงงานของตนที่จะมีสิ่งของที่จะครอบครองร่วมกันเกินกว่าที่ดินและครอบครองของตนอาจใช้ได้นั้นคือแต่ละคนและแต่ละครอบครัวยจะต้องใช้ทรัพย์สินหรือครอบครองทรัพย์สินด้วยแรงงานที่พอดีเหมาะแก่ตนเองไม่ฟุ่มเฟือยและการสะสมทรัพย์สินนั้นต้องไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่นด้วย ถ้าก่อความเดือดร้อนแก่ผู้อื่น ล๊อคถือว่าไม่ถูกต้อง สุดท้ายคือสิทธิเสรีภาพกับสิทธิของปัจเจกชน ล๊อคกล่าวถึงสภาพธรรมชาติไว้ว่าโดยธรรมชาติมนุษย์มีเสรีภาพโดยสมบูรณ์ (Perfect Freedom) นั้นหมายความว่าโดยธรรมชาติแล้วมนุษย์มีสิทธิกำหนดการกระทำของตนเองโดยไม่ต้องขึ้นอยู่กับคำยินยอมหรือเจตนาของใครทั้งสิ้นมนุษย์จึงขึ้นอยู่กับกฎหมายเท่านั้น และกฎหมายนี้เองได้ให้สิทธิแก่มนุษย์ ได้แก่ สิทธิทางด้านความคิดเห็นเกี่ยวกับศาสนา ซึ่งเป็นสิทธิส่วนตัว สิทธิในทรัพย์สินที่ปัจเจกชนได้ลงแรงไปกับทรัพยากรของโลกนั้นหมายความว่ากฎหมายซึ่งเป็นกฎของพระเจ้าได้ให้สิทธิไว้ว่า ชีวิตส่วนตนและทรัพย์สินส่วนตนซึ่งเป็นทรัพย์สินเอกชนต้องได้รับการเคารพใครจะละเมิดมิได้ในสภาวะธรรมชาติจะมีกฎหมายทำหน้าที่ในการจัดระเบียบการอยู่ร่วมกันของมนุษย์ซึ่งจะมีผลผูกพันกับมนุษย์ทุกคน ดังนั้น ถ้าไร้รัฐสิทธิและ

<sup>47</sup> John Locke, *Two Treatises of Government*, pp. 121-126.

<sup>48</sup> John Locke, *The Second Treatise of Civil Government and A Letter Concerning Toleration* (England: Blackwell's, 1948), p. 134.

เสรีภาพจะไม่ได้รับการป้องกันแต่ถ้ามีรัฐ รัฐสามารถประกันถึงสิทธิและเสรีภาพที่มีตามธรรมชาติได้ดีกว่าต่างคนต่างใช้อำนาจบังคับใช้กฎธรรมชาติด้วยตนเอง อำนาจอธิปไตยของรัฐในทรรศนะของล๊อคจึงเกิดจากความไว้วางใจของประชาชนว่าสามารถป้องกันสิทธิและเสรีภาพของตนได้ ถ้าความไว้วางใจดังกล่าวหมดสิ้นไปเนื่องจากรัฐไม่ป้องกันสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน ปัจเจกชนย่อมมีสิทธิที่จะโอนอำนาจนั้นให้คนที่เหมาะสมต่อไป ล๊อคจึงเชื่อในอำนาจอธิปไตยของปวงชน ถือว่าประชาชนคือเจ้าของอำนาจอธิปไตยและปฏิเสธทฤษฎีเทวสิทธิ์ (Divine Right) ของกษัตริย์ ซึ่งหมายถึง ทรรศนะที่เชื่อว่าพระเจ้าทรงมอบอำนาจสูงสุดในการปกครองให้กับกษัตริย์<sup>49</sup>

ความสนใจและความเชื่อมั่นของล๊อคเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของมนุษย์ ทำให้ล๊อคศึกษาและค้นคว้าเกี่ยวกับธรรมชาติ ของมนุษย์อย่างจริงจังจะเห็นได้จากผลงานชิ้นสำคัญของล๊อคเรื่องความเข้าใจเกี่ยวกับมนุษย์ (An Essay Concerning Human Understanding) ซึ่งล๊อคได้อธิบายถึงหลักความจริงของมนุษย์ที่มีมาตั้งแต่เกิด<sup>50</sup> ลักษณะและที่มาของมโนภาพของมนุษย์ รูปแบบ (Models) ความสัมพันธ์และมโนภาพสากล ความเป็นสาเหตุลักษณะตัวตนของมนุษย์ ความรู้และความน่าจะเป็นเกี่ยวกับชีวิตและสังคมมนุษย์ ผลงานชิ้นนี้อาจกล่าวได้ว่าเป็นพื้นฐานสำคัญในการพัฒนาแนวคิดสิทธิทางการเมือง (Political Rights) ความคิดทางการเมืองของล๊อคไปสู่ทฤษฎีสัญญาประชาคมที่ล๊อค ส่วนแนวความคิดทางการเมือง (Political Philosophy) ทฤษฎีว่าด้วยรัฐล๊อคไม่เห็นด้วยกับความคิดที่ว่า การปกครองที่ดีที่สุดคือการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ กษัตริย์ทรงไว้ซึ่งเทวสิทธิ์ในพระราชอำนาจแต่เพียงผู้เดียวมนุษยชาติไม่มีสิทธิในอิสรภาพและสภาพตามธรรมชาติโดยแบ่งได้เป็นทฤษฎีพันธสัญญา (The Social Contract Theory) คนเราสร้างพันธสัญญาต่อกัน เพื่อให้พ้นจากสภาวะธรรมชาติ พันธสัญญานี้เป็นสัญญาที่ทุกคนกระทำต่อทุกคนพันธสัญญานี้ทำให้เกิดรัฐหรือสังคมทางการเมืองขึ้น พันธสัญญานี้ขึ้นเกิดจากความพร้อมใจกันของทุกคน ทุกฝ่ายต้องยอมรับมติของส่วนใหญ่ว่า เพราะหากไม่ยอมรับมติส่วนใหญ่แล้วรัฐจะคงอยู่ไม่ได้ พันธสัญญาดังกล่าวเมื่อเกิดขึ้นแล้วคนเราจะไม่มีเสรีภาพดังเดิมอยู่ในสภาวะธรรมชาติอีกต่อไปเว้นแต่รัฐบาลจะถูกทำลายหรือบุคคลนั้นถูกตัดออกจากสังคม นอกจากนั้น พันธสัญญานี้มนุษย์มิได้จำกัดเสรีภาพที่ตนมีอยู่ในสภาวะธรรมชาติลงแต่เป็นการยอมยกสิทธิในการลงโทษของแต่ละคนเสียโดยมอบให้ผู้ที่ได้รับมอบอำนาจ จากรัฐเป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่แทน มนุษย์ยังมีสิทธิในการรักษาและ

<sup>49</sup> เสถียร หอมขจร, **ทฤษฎีการเมืองและจริยธรรม 2**, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: ภาควิชาการปกครอง คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2540), หน้า 35.

<sup>50</sup> สมบัติ อารังชญวงค์, **การเมือง: แนวความคิดและการพัฒนา**, พิมพ์ครั้งที่ 17 (กรุงเทพฯ: สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2551), หน้า 163.

ป้องกันอยู่เหมือนเดิมมิได้ถูกกำจัดสิทธิใด ๆ สิทธิต่าง ๆ ที่เคยมีเมื่ออยู่ในสภาวะธรรมชาติ คือ การปฏิบัติตามธรรมชาติยังคงอยู่ และอำนาจรัฐ (State Power)<sup>51</sup>

ลึอกได้ให้ทรรศนะว่ามนุษย์ไม่ได้สละสิทธิของตนทั้งหมดแก่รัฐบาล แต่เสียสละเพียงส่วนหนึ่งของเสรีภาพทางธรรมชาติเพื่อให้เป็นเงื่อนไขแห่งความอยู่รอดของสังคมเท่านั้นด้วยเจตนารมณ์ที่แท้จริงนั้น ประชาชนไม่ได้จัดตั้งรัฐบาลที่เป็นเผด็จการรวมอำนาจที่ไม่มีขอบเขตแต่มอบความไว้วางใจให้รัฐบาลเป็นผู้ใช้สิทธิหรือ อำนาจแทน ไม่ใช่พันธสัญญาระหว่างกษัตริย์กับประชาชนแต่เป็นพันธสัญญาของประชาชนเพื่อประชาชน พันธสัญญาที่เกิดขึ้นเป็นความตกลงระหว่างคนที่ต้องการเข้ามาอยู่ร่วมกันซึ่งมีรัฐบาลเป็นองค์อธิปัตย์ที่รับฝากอำนาจ และใช้ไปเพื่อผลประโยชน์แห่งความสุขของประชาชนแต่ฝ่ายเดียว ลึอกจึงได้เสนอลักษณะของรัฐที่ดีไว้ 3 ประการคือ 1) ต้องเป็นรัฐที่อดกลั้นคือรับฟังความคิดเห็นที่แตกต่างกัน 2) เป็นรัฐนัยลบลคือไม่พยายามปรับปรุงหรือ เปลี่ยนแปลงชีวิตของประชาชนเพียงแต่รักษาอิสรภาพของประชาชนไว้เท่านั้น 3) เป็นรัฐที่เป็นผู้แปลงคือแปลงความเห็นแก่ตัวของปัจเจกชนไปเป็นความดีส่วนรวม ดังนั้น รัฐบาลเป็นตัวแทนทำหน้าที่ให้แก่สังคมเป็นส่วนรวมแต่ลึอกเห็นว่าสังคมกับรัฐบาลไม่ใช่สิ่งเดียวกันถึงรัฐบาลจะเปลี่ยนแปลงแต่สังคมยังอยู่ ถึงอย่างไรสังคมการเมืองและรัฐบาลอาจแยกออกจากกันได้ ความคิด แต่ก็ไม่ได้อยู่อย่างอิสระในทางความจริงนั้น สังคมการเมืองจำเป็นต้องพึ่งพารัฐบาล ตามทรรศนะของลึอกต้องการให้รัฐบาลเป็นผู้รับฝาก (Trustee) อำนาจและใช้ไปเพื่อประโยชน์ของประชาชนแต่ฝ่ายเดียวเท่านั้นซึ่งนั่นหมายความว่าวัตถุประสงค์ของรัฐบาล คือ รักษาทรัพย์สินของปัจเจกชน และต้องปฏิบัติภายในขอบเขตความมั่นคงของปัจเจกชน สุดท้ายคือสิทธิในการปฏิวัติ (The Right to Rebel) กล่าวคือเนื่องจากความคิดทางการเมืองของลึอกกำหนดให้ประชาชนเป็นผู้มีอำนาจสูงสุด รัฐบาลเกิดขึ้นจากความเห็นชอบและการจัดตั้งของประชาชน รัฐบาลมิใช่คู่สัญญาของประชาชนในการจัดตั้งสังคมการเมือง รัฐบาลเป็นเพียงผู้แทนที่ประชาชนมอบหมายให้ทำหน้าที่ในการปกครอง รัฐบาลจึงมีเพียงหน้าที่ ที่จะต้องกระทำเพื่อผลประโยชน์ของประชาชน และรัฐบาลไม่มีสิทธิที่จะละเมิดความต้องการหรือผลประโยชน์ของประชาชน ดังนั้นถ้าปรากฏว่าเมื่อใดก็ตามที่รัฐบาลละเมิดหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายเพื่อประโยชน์ส่วนตนประชาชนย่อมมีสิทธิในการถอดถอนรัฐบาลและถ้าจำเป็นจะต้องใช้กำลังเพื่อล้มล้างรัฐบาล ประชาชนก็มีสิทธิที่จะกระทำได้ ลึอกถือว่าการกบฏต่อต้านเป็นสิ่งที่ชอบธรรม แต่ต้องภายหลังจากการกดขี่อันยาวนานไม่ใช่ทุกครั้งไปที่มีเพียงการบริหารงานผิดพลาดในระยะเวลานั้นสั้น แต่ถ้ารัฐบาลมิได้ใช้อำนาจปฏิบัติการขัดต่อเจตนารมณ์ของประชาชนประชาชนจะไปล้มล้างรัฐบาลมิได้ การที่ลึอกให้สิทธิปฏิวัติแก่ประชาชน เพราะเหตุผลที่ว่ารัฐบาลกับประชาคมทางการเมืองเป็นคนละส่วนกันรัฐบาลอาจถูกถอดถอนหรือล้มล้างได้โดยที่ประชาคมทางการเมืองมิได้สิ้นสุดไปด้วย เพราะประชาคมทางการเมือง เกิดขึ้นจากการกระทำสัญญาาร่วมกันของประชาชน แต่รัฐบาลเป็นแต่เพียง

<sup>51</sup> ปรีชา ช่างขวัญยืน, **ปรัชญาแห่งอุดมการณ์ทางการเมือง**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 132.

ผู้แทนที่ประชาชนมอบอำนาจให้ทำหน้าที่ในการบริหารเท่านั้น เมื่อรัฐบาลที่ไม่เหมาะสมล้มล้างไป ประชาชนก็สามารถจัดตั้งรัฐบาลขึ้นใหม่ได้เพราะอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน อย่างไรก็ตามประชาชนควรใช้สิทธิในการปฏิวัติในกรณีที่เป็นจริง ๆ เท่านั้น พรรคชนะของลือคนี้ เป็นหลักสำคัญในการปกครองของประเทศโลกเสรีและโลกเสรีพยายามมองปรัชญาของลือคในด้านดีตามที่ลือคเข้าใจ<sup>52</sup>

กล่าวโดยสรุปนั้น ลือคได้วางรากฐานความคิดไว้ว่ามนุษย์ทุกคนมีสิทธิในฐานะปัจเจกชน บุคคลในแต่ละคนถือได้ว่าเป็นบุคคลที่ดำรงอยู่ได้ด้วยตนเอง มีต้องอ้างอิงสิทธิใด ๆ ในการกระทำการแบ่งแยกได้อย่างชัดเจนจากสิ่งอื่น รวมไปถึงเด็กเองก็มีสิทธิ มีอำนาจ และคุณค่าความเป็นมนุษย์เท่าเทียมกับบุคคลโดยทั่ว ๆ ไป และแม้ว่าเด็กจะอยู่ในความดูแลของพ่อแม่เด็กก็ย่อมมีสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลอยู่ในตัวเองด้วย

#### 2.2.3.4 แนวความคิดเกี่ยวกับความคุ้มครองสิทธิของเด็ก

สิทธิเด็กนับเป็นส่วนสำคัญตามหลักสิทธิมนุษยชนภายใต้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน พ.ศ. 2491 ซึ่งเป็นสิทธิพื้นฐานที่มนุษย์ทุกคนควรได้รับอย่างเสมอภาคกันเพื่อให้สามารถดำรงชีวิตได้อย่างสันติสุขมีศักดิ์ศรีและมีเสรีภาพ โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างในเรื่องเชื้อชาติ สีผิว เพศ อายุ ภาษา ศาสนา สถานภาพทางกายหรือสุขภาพในปี พ.ศ. 2467 (ค.ศ. 1924) องค์การสันนิบาตชาติได้ประกาศปฏิญญาว่า ด้วยสิทธิเด็กหรือปฏิญญาเจนีวาขึ้นภายหลังเมื่อมีการจัดตั้งองค์การสหประชาชาติแล้ว ก็ได้มีการประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The Universal Declaration of Human Rights) ในปี พ.ศ. 2491 (ค.ศ. 1948) หลังจากนั้นในปี พ.ศ. 2502 (ค.ศ. 1959) องค์การสหประชาชาติได้ให้ความสำคัญกับสิทธิเด็ก ภายใต้หลักการสิทธิมนุษยชนจึงประกาศปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (The United Nations Declaration on the Rights of the Child 1959) แต่ปฏิญญาดังกล่าวไม่มีผลผูกพันเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ จึงทำให้หลายประเทศไม่มีการนำไปยึดถือปฏิบัติอย่างเป็นทางการจนกระทั่งในปี พ.ศ. 2532 (ค.ศ. 1989) องค์การสหประชาชาติจึงได้พัฒนาการคุ้มครองเด็กให้เป็นกฎหมายระหว่างประเทศด้วยการประกาศ “อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก” (Convention on the Rights of the Child 1989) สามารถพิจารณาสิทธิเด็กได้ตามช่วงเวลาโดยแบ่งเป็นช่วงก่อนอุตสาหกรรมราวศตวรรษที่ 16 แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิเด็กไม่มีความเปลี่ยนแปลงใดที่เป็นเอกลักษณ์หรือแตกต่างไปจากเดิม เด็กส่วนใหญ่ที่อายุเกินหกปีถือว่าเป็นผู้ใหญ่ที่อายุน้อยและไม่ได้รับการปฏิบัติที่แปลกแยกออกจากผู้ใหญ่แต่อย่างใด<sup>53</sup> เด็กได้รับการพิจารณาตามกฎหมายและสังคมว่าเป็นทรัพย์สินของพ่อแม่ผู้ปกครอง เด็กไม่ได้ถูกมองว่าเป็นมนุษย์ที่มีสถานะและมีสิทธิเป็นของตนเอง

<sup>52</sup> เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์, **ทฤษฎีการเมืองและสังคม** (กรุงเทพฯ: บพิธการพิมพ์, 2538), หน้า 146.

<sup>53</sup> Hanita Kosher, Asher Ben-Arieh and Yael Hendelsman, **Children's Right and Social Work**, SpringerBriefs in Rights-Based Approaches to Social Work (Cham: Springer International, 2017), pp. 1-18.

ช่วงแรกของศตวรรษที่ 19 เด็กส่วนใหญ่ยังคงถูกมองว่าเป็นทรัพย์สินส่วนบุคคลหรือส่วนหนึ่งที่อยู่ติดกับพ่อแม่ ผู้ปกครอง ที่มีสิทธิตามกฎหมายเพียงเล็กน้อยหรือไม่มีสิทธิใด ๆ บิดา มารดา ส่วนใหญ่เป็นบิดาได้รับอำนาจและการควบคุมที่อยู่เหนือกว่าเด็กและได้รับอนุญาตให้ปฏิบัติต่อเด็กตามที่ปรารถนาวิธีลงโทษทางร่างกายและการกระทำต่อเนื้อตัวของเด็กตามความเหมาะสมนั้นถือเป็นสิ่งที่ยอมรับได้โดยทั่วไปในช่วง Early Period of Modernization อัตราการเสียชีวิตของเด็กและทารกถือเป็นเรื่องที่ผิดปกติหากเป็นมุมมองในปัจจุบันนี้โดยอัตราการเสียชีวิตของเด็กที่เกิดในช่วงนั้นถือเป็น 1 ใน 4 ของเด็กที่ถือกำเนิดได้เสียชีวิตก่อนวันครบรอบปีแรก อันเป็นเหตุให้ในช่วงนั้นมีอัตราการเสียชีวิตที่สูงมาก นักประวัติศาสตร์หลายคนอ้างว่าการอัตราเสียชีวิตที่สูงนี้เป็นสาเหตุหนึ่งของภาวะทางอารมณ์ของพ่อแม่ จากลูก พวกเขาอ้างว่าพ่อแม่ระงับความรู้สึกเอาใจใส่ต่อลูกหลานของตนเพื่อหลีกเลี่ยงการแสดงอารมณ์ต่อทารกที่มีโอกาสรอดน้อย ผู้ใหญ่ไม่คาดว่าจะมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับเด็ก ๆ และอาจจะดูโหดร้ายและไม่เอาใจใส่ต่อเด็ก เด็กหลายคนมีความสัมพันธ์กับพ่อแม่และลูกที่ไม่เป็นที่พอใจทำให้เกิดการล่วงละเมิดและละเลยอย่างร้ายแรงทั้งเด็กยังมีหน้าที่ต่อพ่อแม่และสังคมมากกว่าที่สิทธิที่ตนได้รับ พวกเขามีลักษณะการขาดอัตลักษณ์และถูกมองว่าเป็นต้นเหตุของค่าใช้จ่ายทั้งหลายสถานะทางสังคมที่ไม่ดีของเด็กในสมัยนั้นได้ก่อให้เกิดเหตุการณ์ที่พวกเขาถูกทอดทิ้งทำร้าย ถูกขายเป็นทาสและไม่มีคุณค่าในสังคม แรงงานเด็กเป็นปรากฏการณ์ที่แพร่หลายในช่วงก่อนอุตสาหกรรมและเด็กเป็นส่วนสำคัญของระบบเศรษฐกิจทั่วโลกจนกระทั่ง และในช่วงศตวรรษที่ 19 เด็กที่อายุเกิน 6 ปี ได้รับรู้ว่าเป็นผู้ใหญ่ช่วยหนุ่มสาวและจำเป็นต้องมีส่วนร่วมในสังคมตามความสามารถของพวกเขาเมื่ออายุได้ 7 ปีพวกเขาเริ่มต้นเข้าสู่การทำงานซึ่งเป็นโลกที่อาศัยทั้งเด็กและผู้ใหญ่ เด็ก ๆ อายุ 4-5 ปีสามารถทำงานในโรงงานได้รวมไปถึงการทำงานร่วมกับครอบครัว แนวคิดเรื่องการศึกษาโรงเรียนการป้องกันอันตรายและสิทธิพิเศษเป็นเรื่องยากหรือไม่มีอยู่จริงยุคอุตสาหกรรม (ศตวรรษที่ 19 ขึ้นไป กลางศตวรรษที่ 20) การเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีและทางเศรษฐกิจและสังคมในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงแนวคิดในวัยเด็ก เด็กได้รับการพิจารณาว่าเป็นอันตรายต่อสภาพการเปลี่ยนแปลงอุตสาหกรรมและการ กลายเป็นเมืองด้วยวิธีที่จะก่อให้เกิดพฤติกรรมที่ไม่พึงปรารถนาและเป็นภัยต่อสังคม เรื่องนี้ได้จุดประเด็นวาระใหม่ ๆ เกี่ยวกับสถานะของเด็ก ๆ และนำไปสู่การเกิดแนวคิดในการปกป้องเด็กและให้สิทธิแก่เด็กที่ถูกละเลยไป การพัฒนาสิทธิเด็กเกิดขึ้นจากการใช้แรงงานเด็กในยุคอุตสาหกรรมแรงงานเด็กเริ่มถูกมองว่าเป็นปัญหาทางสังคมเนื่องจากเด็ก ๆ ได้รับการยอมรับว่าเป็นกลุ่มที่อ่อนแอจากโดยมาจากแนวความคิดทางฝั่งโลกตะวันตก พวกเขา กำลังทำงานภายใต้สภาวะที่เป็นอันตรายและมีความเสี่ยง ความเสี่ยงที่คุกคามทั้งร่างกายและชีวิตรวมไปถึงมุมมองเรื่องศีลธรรม โดยการทำงานในโรงงานเป็นเรื่องที่เห็นดเห็น้อยสำหรับเด็กที่อายุเพียง 7 ปี ซึ่งต้องทำงานสิบหกชั่วโมงต่อวันในสถานที่ที่มีอากาศถ่ายเทไม่ดีและการลงโทษทางร่างกายเป็นเรื่องปกติ คนงานใช้วิธีการที่รุนแรงเพื่อให้เด็ก ๆ เปื่อยหนาย นอกจากนี้การทำงานในโรงงานซึ่งแตกต่างจากฟาร์มของครอบครัวหรืองานฝีมือทำให้สิทธิเด็ก หรือสภาพความเป็นอยู่ของเด็กในช่วงเวลานั้น

ได้รับความสนใจจากสังคมในมากขึ้น ขบวนการปฏิรูปแรงงานเด็กโดยพิจารณาจากมุมมองของลูกจ้างในฐานะผู้ที่ตกเป็นเหยื่อของโรงงานอุตสาหกรรมที่ไม่สามารถป้องกันตัวเองได้ ประสบความสำเร็จในการควบคุมและกำจัดแรงงานเด็กในอุตสาหกรรม การเคลื่อนไหวในศตวรรษที่ 19 ต่อต้านการใช้แรงงานเด็กและการสนับสนุนการเรียนเด็กเล็ก คือการเปลี่ยนความคิดอย่างมีนัยสำคัญช่วยในการสร้างการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญในแนวคิดเรื่องวัยเด็กและในการกำหนดสิทธิเด็ก ขบวนการปฏิรูปแรงงานเด็กเริ่มเปิดการอภิปรายสาธารณะเกี่ยวกับความหมายทางสังคมของวัยเด็กโดยเฉพาะการเปิดประตูสู่การปฏิรูปอย่างจริงจัง ซึ่งอาจทำให้เด็ก ๆ ไม่ควรทำงานเลยและพวกเขามีสิทธิในวัยเด็กที่แตกต่างกันซึ่งเป็นส่วนหนึ่งทางด้านร่างกาย จิตใจคุณธรรมและทางปัญญา การพัฒนาสังคม การศึกษากลายเป็นรูปแบบทางเลือกของการดำรงชีวิตทางสังคมสำหรับเด็ก เมื่อสิทธิในการคุ้มครองแรงงาน โดยที่เป็นแรงงานเด็กในภาคอุตสาหกรรมมีการเข้าร่วมกันในการให้สิทธิในการศึกษา การดำรงชีวิต การใช้ชีวิตในเมืองอันอาจก่อให้เกิดอาชญากรรมได้

การดูแลในเรื่องสุขภาพที่ไม่ดีทำให้เกิดการแพร่กระจายของโรคและการพัฒนาความแปลกแยกทางสังคม การเข้าโรงเรียนได้รับการพิจารณาวิธีการแยกเด็กออกจากประเด็นปัญหาดังกล่าวโดยกล่าวว่าเด็กที่ทำงานในโรงงานนั้นจะกลายเป็นผู้ใหญ่ที่ขาดการศึกษาที่มีความจำเป็นและผู้ที่จะถูกขัดขวางการพัฒนาทางสติปัญญาและทางศีลธรรมกฎหมายควบคุมแรงงานเด็กและการนำการศึกษาสากลในศตวรรษที่ 19 จึงเป็นที่ยอมรับถึงความจำเป็นในการคุ้มครองเด็กและยอมรับว่าเด็กมีสิทธิต่าง ๆ เหล่านั้นในราว ปี ค.ศ. 1900 โรงเรียนในยุโรปค่อยๆปรับเปลี่ยนไปใช้ในสถานที่ทำงานและให้การศึกษาด้วยเริ่มกลายเป็นภาคบังคับ ทศวรรษเกี่ยวกับสถานที่และบทบาทของเด็กก็เปลี่ยนไป วัยเด็กอาจมีอายุการใช้งานยาวนานขึ้นและเด็ก ๆ ก็อาจเห็นวามขึ้นอยู่กับศตวรรษที่ 19 ถือเป็นยุค “ช่วยเหลือเด็ก” โดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงครึ่งศตวรรษที่ ค.ศ. 1870 ถึง ค.ศ. 1920 สิทธิของเด็กที่เกี่ยวข้องกับบิดา มารดา นายจ้างและคนอื่น ๆ ได้ขยายรูปแบบของสิทธิในการคุ้มครองและการบริการที่สันนิษฐานไว้ว่าวิสัยทัศน์ของวัยเด็กเป็นระยะที่สำคัญโดยภายใต้การอุปถัมภ์ของรัฐเด็กเริ่มถูกมองว่าเป็นชนชั้น เป็นกลุ่มคนที่แยกต่างหากและไม่ใช้ทรัพย์สิน การรับรู้ว่าเด็กมีมูลค่าไม่มากไปกว่ามูลค่าทางเศรษฐกิจเริ่มเปลี่ยนไปและถูกแทนที่ด้วยแนวคิดที่ว่าเด็ก ๆ เป็นกลุ่มบุคคลอีกหนึ่งกลุ่มที่ไม่เหมือนกันซึ่งสังคมมีหน้าที่รับผิดชอบในการรักษาและปกป้องจากอันตรายต่าง ๆ การเปลี่ยนแปลงอื่น ๆ ในช่วงนี้ คือ การคุ้มครองเด็กจากการล่วงละเมิดและการละเลยโดยพ่อแม่ ผู้ปกครองของเด็ก การละเลยและการละเมิดของผู้ปกครองต้องได้รับการตรวจสอบอย่างละเอียดและมีการตรวจสอบเพิ่มขึ้นโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งรัฐยังเพิ่มอำนาจปกครองมากขึ้นและให้ความเป็นอิสระในการเลี้ยงดูเด็กในปี ค.ศ. 1889 สาธารณรัฐฝรั่งเศสและอังกฤษได้ออกกฎหมายป้องกันอันตรายที่จะเกิดขึ้นกับตัวเด็กซึ่งรวมถึงบิดา มารดา โดยภาครัฐได้กลายเป็นผู้ค้ำประกันสิทธิเด็กสิทธิในการคุ้มครองเด็กของเด็กได้นำไปสู่สิทธิของเด็กในการให้บริการแก่บุคคลหลายประเภทโดยมีรัฐที่รับผิดชอบในการให้บริการ สุขภาพการดูแลที่อยู่อาศัยที่ยอมรับได้

ศตวรรษที่ 20 เป็นช่วงเวลาที่กฎหมายเกี่ยวกับเด็กได้รับการแนะนำในหลายประเทศ เรื่องนี้ถูกนำมาใช้บ่อย ๆ เกี่ยวกับแรงงานเด็กและการศึกษา แต่ยังต้องรับทราบถึงความรับผิดชอบต่อเด็ก กำพร้าและเด็กที่ยากจน ในตอนท้ายของศตวรรษที่ 19 ชีวิตสำหรับเด็ก ๆ ส่วนใหญ่ต่อสู้เพื่อความอยู่รอด ดังนั้นความสำคัญของศตวรรษที่ 20 ความหวังและความพยายามในการกำหนดสิทธิในการเลี้ยงดูเด็ก การถูกทอดทิ้งและถูกมองว่าเป็น “วัตถุ” เด็ก ๆ ได้รับการยอมรับในฐานะ “บุคคล” ในที่สุดแม้จะมีการรับรู้สิทธิเด็กทั่วโลกการอนุวัติสิทธิเด็กเหล่านี้ก็ขึ้นอยู่กับมุมมองของเด็กทั้งที่เป็นมนุษย์ที่อ่อนแอตั้งนั้น จึงจำเป็นต้องได้รับการคุ้มครองเด็กถูกมองว่าเป็น “มนุษย์” และยังไม่ได้รับการยอมรับว่าเป็นมนุษย์เต็มรูปแบบด้วยเสรีภาพสังคมส่วนใหญ่เกี่ยวข้องกับคุ้มครองเด็กและการจัดสรรสิทธิให้ความสนใจกับการอยู่รอดทางกายของเด็กและความต้องการขั้นพื้นฐานโดยมุ่งเน้นไปที่ความเสี่ยงต่อการอยู่รอดของเด็ก การรับรู้ทางสังคมดังกล่าวกระตุ้นโครงการเพื่อช่วยชีวิตเด็กหรือจัดหาความต้องการขั้นพื้นฐานของพวกเขา การเสียชีวิตของทารกและเด็ก การลงทะเลเป็นเรียนและอัตราการออกกลางคัน การฉีดวัคซีนและโรคในวัยเด็ก เป็นต้น การปกป้องและคุ้มครองเด็กทำให้เด็กวัยฟิงฟิง ซึ่งได้รับการควบคุมโดยผู้ปกครองผู้ใหญ่และมีลักษณะการสูญเสีย การกระทำที่อาจส่งผลต่อการเป็นอิสระของเด็กแม้ว่านโยบายเหล่านี้มีความสำคัญต่อการช่วยเด็ก ๆ แต่ก็ทำให้เด็กมีสิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเองสังคมได้นำแนวคิดเรื่อง “การช่วยเหลือเด็ก” และความคิดนี้ยังคงมีการพัฒนาในศตวรรษที่ 20 แนวความคิดนี้มีความหมายยิ่งขึ้นเนื่องจากเด็กเริ่มรับรู้ว่าเป็นทรัพยากรในอนาคต สังคมเข้าใจว่าเด็กในปัจจุบันนั้นจะเป็นตัวกำหนดอนาคตของโลก ดังนั้นผู้ใหญ่ไม่เพียงแต่เป็นผู้รับผิดชอบในการช่วยเด็กและปกป้องเด็กจากความหลากหลายของอันตราย แต่ต้องดูแลรวมไปถึงคุณภาพชีวิตเด็กเพื่อประโยชน์ต่อคนรุ่นหลัง ความคิดและการเปลี่ยนแปลงเหล่านี้สร้างการรับรู้ใหม่เกี่ยวกับการสร้างตัวตนของเด็ก เฉพาะในช่วงครึ่งหลังของศตวรรษที่ 20 ว่าสถานะที่มีอยู่ของเด็กนั้นควรมีสักยภาพและได้รับการสนับสนุนอย่างเป็นรูปธรรม สถานะของบุคคลที่เกิดขึ้นใหม่ของเด็กนั้นได้รับสิทธิในการป้องกันตัวและเป็นการเริ่มต้นสำหรับการได้รับสิทธิในตัดสินใจเรื่องส่วนตัวของตนเอง

การเปลี่ยนแปลงสถานะของเด็กไม่เพียงจะมีผลต่อสังคมและเศรษฐกิจในศตวรรษที่ 19 เท่านั้น ในบางกระแส มุมมองทางประวัติศาสตร์ที่เกิดขึ้นใหม่ในศตวรรษที่ 17 และ 18 ยังช่วยในการสร้างความคิดเกี่ยวกับสิทธิเด็ก จากศตวรรษที่ 17-19 นักคิดจำนวนมากมุ่งเน้นไปที่การศึกษาในวัยเด็กและการเรียนรู้ของเด็ก ๆ อันที่จริงศตวรรษที่ 18 แสดงให้เห็นถึงการเกิดขึ้นของความรู้สึกที่ชัดเจนต่อเด็กโดยมีข้อบ่งชี้ชัดเจนเกี่ยวกับเด็กเป็นขั้นตอนที่แตกต่างของชีวิตด้วยตัวเองและในความต้องการของสถาบันของตัวเอง การให้ความสำคัญกับการพัฒนาของเด็กแต่ละคนเป็นความสำเร็จครั้งสำคัญที่นำไปสู่แนวคิดเรื่องสิทธิเด็ก (ค.ศ. 2002) ในศตวรรษที่ 20 John Locke (1632-1704) นักปรัชญาผู้ก่อตั้งปรัชญาอังกฤษได้ตีพิมพ์หนังสือชื่อ “ความคิดบางอย่างเกี่ยวกับการศึกษา” ในปี ค.ศ. 1663 ซึ่งมีอิทธิพลอย่างมากต่อความคิดของเด็กในศตวรรษที่ 17 หนึ่งในความคิดหลักของเขาคือเด็กเกิด “กระดานที่ว่างเปล่า” โดยปราศจากความคิดโดย

ธรรมชาติและความรู้ทั้งหมดมาจากประสบการณ์ จากแนวคิดนี้เขากล่าวว่าการศึกษาถือเป็นเครื่องมือสำคัญในการสร้างกรอบของเด็กนี้เป็นแนวคิดที่ไม่เคยมีมาก่อนในการคิดและมีส่วนทำให้เกิดแนวคิดและความสำคัญของสิทธิเด็กในการศึกษา โดยศึกษาจากบุคลิกลักษณะของเด็กที่แต่ละคนมีการถกเถียงกับพ่อแม่และนักวิชาการจำเป็นต้องปฏิบัติต่อเด็กเป็นสิ่งมีชีวิตที่มีเหตุผล เขาปฏิเสธการลงโทษอย่างไม่เหมาะสมต่อการเลี้ยงดูเด็กที่ฉลาดและความคิดของลือคทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญในแนวคิดของวัยเด็กทางตะวันตก แต่ข้อจำกัดนั้นคือบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับผู้ใหญ่ในอนาคตและไม่ใช้แค่กับเด็กในปัจจุบัน

นักปรัชญาที่สำคัญอีกคนหนึ่งในเส้นทางสู่สิทธิเด็กคือ Jean-Jacques Rousseau โดยเฉพาะอย่างยิ่งใน “Emile” (1762) กล่าวถึงความเกี่ยวข้องกับธรรมชาติของเด็ก ๆ และความดีงามตามธรรมชาติของเด็กว่าเด็กนั้นมีสิทธิที่จะมีความสุขในวัยเด็กโดยมีเสรีภาพและความใกล้ชิดกับธรรมชาติและเห็นว่าในวัยเยาว์เป็นช่วงชีวิตที่ไร้มลทิน การไม่มีความสุขและการมีความสุขในชีวิตตอบสนองต่อการยืนยันของแนวความคิดของลือคว่าเด็กเป็นสิ่งมีชีวิตที่มีเหตุผล Rousseau เน้นย้ำว่าเด็กควรเป็นเด็กก่อนที่พวกเขาจะเป็นผู้ใหญ่และในวัยเด็กนั้นมีวิธีการของตัวเองในการมองเห็นความคิดและความรู้สึก เขามีความห่วงใยอย่างแท้จริงกับกระบวนการเติบโตของเด็ก ความคิดของ Rousseau ซึ่งได้รับการพิจารณาว่ามีความละเอียดอ่อนมากกว่ายุคก่อนได้รับการรับรองซึ่งรับรองความไร้เดียงสาของเด็กในรูปแบบที่ละเอียดอ่อนนี้ ประกาศว่าเด็กเป็นส่วนที่ดีที่สุดของชีวิตและนำมาซึ่งความละเอียดของความบริสุทธิ์และความไร้เดียงสาต่อเด็ก นักกวีชาวอังกฤษ เช่น Wordsworth และ Coleridge ได้ให้ความเห็นว่าเด็ก ๆ เป็นผู้บริสุทธิ์ในสังคม

ความเป็นมาของสิทธิเด็กช่วงกลางของศตวรรษที่ 20 ถึงปัจจุบันตลอดช่วงครึ่งแรกของศตวรรษที่ 20 แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิเริ่มชัดเจนขึ้นในประเด็นเรื่องสิทธิเด็กในการป้องกันอันตรายและการเข้าถึงสิทธิขั้นพื้นฐานบางอย่าง เช่นการศึกษาและการเข้าถึงการดูแลสุขภาพการเปลี่ยนแปลงอย่างเห็นได้ชัดในความคิดเกี่ยวกับสิทธิเด็กเกิดขึ้นในช่วงครึ่งหลังของศตวรรษที่ 20 โดยมีการเปลี่ยนแปลงจากประเด็นที่เกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กหรือการเลี้ยงดูเด็กที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเองหรือการแสดงออกของเด็ก ตระหนักถึงสิทธิของเด็กในการมีส่วนร่วมโดยมีการยอมรับที่เพิ่มขึ้นทำให้เด็กและวัยรุ่นมีความเป็นเอกภาพในการตัดสินใจที่มีผลต่อชีวิตและการพัฒนาของตนเอง เป็นการยืนยันว่าเด็กไม่ใช่ทรัพย์สินของบิดามารดาหรือรัฐ แต่เป็นบุคคลตามกฎหมายที่ได้รับสิทธิเช่นเดียวกับผู้ใหญ่มุมมองในทั่วโลกเปลี่ยนไปโดยเป็นการต่อสู้กับการพัฒนากรอบการทำงานที่จะช่วยให้การมีส่วนร่วมของเด็กที่มีส่วนร่วมในภาคประชาสังคม ในการตัดสินใจหลักสำหรับเด็ก โดยในข้อเสนอใหม่ในปี พ.ศ. 2510 นั้นศาลสูงสหรัฐกล่าวว่า “... ทั้งฉบับที่สิบสี่และฉบับที่อ้างถึงสิทธิสำหรับผู้ใหญ่เท่านั้น” โดยในสองปีต่อมาศาลตั้งข้อสังเกตว่า “เด็กเป็น” บุคคลภายใต้รัฐธรรมนูญ<sup>54</sup> หลายศตวรรษของการถูกมองข้ามและมองว่าเป็น “วัตถุ”

<sup>54</sup> Tinker v. Des Moines Independent Community School Dist. (Supreme Court of the United States, 1969)

ในที่สุดเด็กก็ได้รับการยอมรับตามกฎหมายว่าเป็น “บุคคล” วันนี้สถานะของเด็กในทั่วโลกและในโลกตะวันตก ดีกว่าที่เคยเมื่อเทียบกับสิทธิของพวกเขาที่เคยมีรายละเอียดและดำเนินการโดยรัฐบาลในประเทศต่าง ๆ เพื่อให้เด็กที่ได้รับการคุ้มครองและแยกออกจากสังคมของผู้ใหญ่ สิทธิส่วนใหญ่ยังคงเกี่ยวข้องกับ การคุ้มครองเด็ก เด็กยังคงไม่ได้รับการยอมรับอย่างเต็มที่ว่าเป็นผู้มีส่วนร่วมในชีวิตของตนเอง สิทธิต่าง ๆ และเสรีภาพที่จำกัด ให้แก่เด็ก โดยเห็นได้ชัดว่าไม่เท่าเทียมกับสิทธิที่ผู้ใหญ่ได้รับ การให้ความสำคัญกับเด็ก โดยเท่าเทียมกันแต่พวกเขาอาจยังไม่ได้ได้รับความสนใจหรือเคารพในศักดิ์ศรีของพวกเขาจากผู้ใหญ่ เช่น ยังคงมีการตี การลงโทษ การกระทำต่อเนื้อตัว ร่างกายเด็กยังคงเป็นไปตามกฎหมายในหลายประเทศ

สิทธิเด็คนับตั้งแต่เริ่มต้นก่อนยุคอุตสาหกรรมที่มองว่าเด็กเป็นเพียงหนึ่งในทรัพย์สินของบิดา มารดา บิดาได้รับอำนาจและการควบคุม สามารถลงโทษต่อร่างกายและกระทำต่อเนื้อตัวของเด็กตามความเหมาะสมนั้นถือเป็นสิ่งที่ยอมรับได้โดยทั่วไป จนมาในยุคอุตสาหกรรมในช่วงศตวรรษที่ 19 เริ่มมีการพัฒนาสิทธิเด็กเกิดขึ้นจากการใช้แรงงานเด็กในยุคอุตสาหกรรมการใช้แรงงานเด็กเริ่มถูกมองว่าเป็นปัญหาทางสังคมเนื่องจากเด็ก ๆ ได้รับการยอมรับว่าเป็นกลุ่มบุคคลที่มีความอ่อนแอโดยสภาพอันมาจากแนวความคิดทางฝั่งโลกตะวันตก การปฏิบัติต่อเด็กว่าเป็นแค่เพียงทรัพย์สินของบิดา มารดาเริ่มที่จะมีมุมมองและการปฏิบัติที่มีการปกป้องดูแลมากยิ่งขึ้นมาในศตวรรษที่ 20 เป็นช่วงเวลาที่เริ่มมีการตรากฎหมายเกี่ยวกับสิทธิเด็กได้รับการแนะนำให้ปรับใช้ในหลายประเทศ เริ่มรับรู้ว่าเด็กนั้นถือเป็นทรัพยากรในอนาคต เด็กถือได้ว่าเป็นบุคคลตามกฎหมายที่ได้รับสิทธิเช่นเดียวกับผู้ใหญ่โดยเด็กมีส่วนร่วมในภาคประชาสังคม โดยทั้งนี้ขึ้นอยู่กับกรอบของทางภาครัฐ ในแต่ละประเทศ ว่ามีการตรากฎหมายเพื่อรองรับสิทธิต่าง ๆ ของเด็ก เพื่อให้เกิดการยอมรับในสังคมต่อไป

#### 2.2.3.5 แนวความคิดเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก

หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กถือเป็นหลักกฎหมายหนึ่งในสองหลักกฎหมายที่ใช้ในการตีความกฎหมายระหว่างประเทศที่ให้ความคุ้มครองสิทธิเด็ก นอกเหนือจากหลักการให้ความสำคัญของการแสดงออกซึ่งความสามารถของเด็ก<sup>55</sup>โดยหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้นถือว่ามีสำคัญต่อการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กเป็นอย่างมาก แต่หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กก็ยังคงถือว่ามีผลกระทบต่อ การนำไปปฏิบัติของรัฐภาคี จึงทำให้การปรับใช้หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กในการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กนั้น อาจจะยังไม่เกิดประโยชน์สูงสุดของเด็กอย่างแท้จริง หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้น ปรากฏในตราสารระหว่างประเทศครั้งแรก ตามหลักการข้อที่ 2 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1959 และในเวลาต่อมาก็ได้มีการปรากฏในตราสารระหว่างประเทศอีกหลายฉบับ เช่น อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี ค.ศ. 1979 (The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination

<sup>55</sup> Roger J.R. Levesque and Geraldine Van Bueren, “The International Law on the Rights of the Child,” *Fordham International Law Journal* 19 (1995): 832-839.

Against Woman) ทั้งยังมีปรากฏหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กในมาตรา 16 (1) (d)<sup>56</sup> และกฎบัตรแอฟริกันว่าด้วยสิทธิและสวัสดิภาพของเด็ก (African Charter on the Right and Welfare of the Child) มาตรา 4<sup>57</sup> เป็นต้น แต่ก็ไม่ปรากฏว่ามีคำจำกัดความของคำว่า “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก” ไว้ว่ามีความหมายและขอบเขตเช่นไร อันครอบคลุมถึงสิทธิประโยชน์ของเด็กทั้งปวงที่พึงมีได้ในฐานะที่เกิดมาและมีชีวิตอยู่รอด หรือโดยสามัญสำนึกของวิญญูชนทั่วไปย่อมเห็นได้ว่าเป็นสิทธิประโยชน์ของเด็ก<sup>58</sup> สังคมในปัจจุบันได้ให้ความสำคัญกับเด็กมากขึ้นโดยมองว่าเด็กนั้นเป็นทรัพยากร บุคคลที่มีคุณค่า (Value Commodities) ที่จะต้องได้รับการปกป้องคุ้มครองประกอบกับการได้รับการพัฒนาอย่างเต็มศักยภาพ ซึ่งผลจากการเล็งเห็นถึงความสำคัญของเด็กดังกล่าวเป็นการนำไปสู่แนวคิดที่ต้องการให้ความสำคัญแก่คุณค่าของเด็กมากยิ่งขึ้นอันเป็นการเน้นไปที่ประโยชน์สูงสุดของเด็กและมีข้อน่าสังเกตว่าในช่วงเวลาที่ผ่านมาการปฏิบัติต่อเด็กนั้นจะมุ่งพิจารณาจากมุมมองของผู้ใหญ่หรือผู้มีอำนาจในสังคมเป็นสำคัญโดยมองว่าการกระทำใด ๆ น่าจะเป็นประโยชน์สำหรับเด็กมากกว่า ฉะนั้นจึงกล่าวได้ว่าข้อกำหนดเหล่านั้นถูกวาง

---

<sup>56</sup> Article 16 (1) (b) of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Woman.

(1) States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in all matters relating to marriage and family relations and in particular shall ensure, on a basis of equality of men and women: (d) The same rights and responsibilities as parents, irrespective of their marital status, in matters relating to their children; in all cases the interests of the children shall be paramount;

<sup>57</sup> Article 4: Best Interests of the Child. African Charter on the Rights and Welfare of the Child.

(1) In all actions concerning the child undertaken by any person or authority the best interests of the child shall be the primary consideration.

(2) In all judicial or administrative proceedings affecting a child who is capable of communicating his/her own views, and opportunity shall be provided for the views of the child to be heard either directly or through an impartial representative as a party to the proceedings. and those views shall be taken into consideration by the relevant authority in accordance with the provisions of appropriate law.

<sup>58</sup> มาตราลักษณะ เสริมธาตุกุล, รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง หลักการคุ้มครองสิทธิเด็ก ภายใต้แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก (รายงานการวิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562), หน้า 259, 272-273.

กรอบจากผู้ใหญ่หรือผู้มีอำนาจในสังคมมากกว่าการคำนึงถึงตัวตนที่มาจากตัวเด็กเอง อนึ่ง หลักการว่าด้วยประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้นน่าจะเป็นข้อกำหนดที่มีพื้นฐานมาจากความต้องการของเด็กเป็นสำคัญ และเมื่อพิจารณาถึงความต้องการของเด็กตามธรรมชาติ และความต้องการของเด็กที่เป็นประดิษฐกรรมทางวัฒนธรรม (Cultural Construction) ซึ่งทับซ้อนหรือ ตั้งอยู่บนหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าการพิจารณาไปถึงความต้องการของเด็ก เพื่อนำไปสู่ประโยชน์สูงสุดสำหรับเด็กจึงต้องพิจารณาหลาย ๆ แง่มุมอันได้แก่ความต้องการอันเนื่องมาจากธรรมชาติของความเป็นเด็ก ความต้องการทางด้านสุขอนามัย ความต้องการเกี่ยวกับปรับตัวทางสังคมและความต้องการในแง่ของการกำหนดวัฒนธรรม<sup>59</sup> ดังนั้นในการบัญญัติกฎหมายไม่ว่าจะเป็นกฎหมายที่กำหนดวิธีการปฏิบัติต่อเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิด หรือกฎหมายที่กำหนดวิธีการลงโทษเด็กและเยาวชนก็จะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดต่อเด็กร่วมกับการคุ้มครองสิทธิและสวัสดิภาพของเด็กเป็นสำคัญ<sup>60</sup> ในการกำหนดความหมายของ “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก” ได้มีการวางหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้โดยปรากฏในตราสารระหว่างประเทศครั้งแรกตามหลักการข้อที่ 2 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1959 ต่อมาได้มีปรากฏในตราสารระหว่างประเทศอีกหลายฉบับ เช่น อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรี ค.ศ. 1979 ปรากฏหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กใน มาตรา 16 (1) (d) และกฎบัตรแอฟริกันว่าด้วยสิทธิและสวัสดิภาพ ของเด็ก มาตรา 4 แต่แม้มีการบัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ในกฎหมายหลายฉบับ การกำหนดนิยามยังคงขาดความชัดเจน หรือการกำหนดความหมายของคำว่า “หลักประโยชน์สูงสุด” ไว้ โดยมีข้อสังเกตว่าผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้นไม่ได้รับการพิจารณาถึงคำจำกัดความไว้ในขั้นตอนของการยกร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กฯ มีเพียงการกล่าวไว้จากผู้สังเกตการณ์ โดยมาจากการกล่าวของผู้สังเกตการณ์ที่มาจากประเทศเวเนซุเอลาว่าผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้นเป็นสิ่งที่ปรากฏอยู่รอบตัวเด็ก กล่าวคือ พัฒนาการทางร่างกาย จิตใจ ศีลธรรมและทางสังคม อธิบายได้ว่า การที่คณะกรรมการยกร่างฯ ไม่ได้ให้คำจำกัดความของคำว่า “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก” ไว้เนื่องจากคณะกรรมการฯ มีวัตถุประสงค์ที่จะให้มีการพิจารณา ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้น ควรที่จะได้รับการตัดสินเป็นการทั่วไป หรือให้สัมพันธ์กับ สภาวะแวดล้อมที่เฉพาะเจาะจงทั้งนี้ก็เพื่อการได้มาซึ่งผลประโยชน์อันสูงสุดซึ่งจะเกิดกับตัวเด็กนั่นเอง การตีความและการกำหนดถึงความเหมาะสมในการให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กนั้นมีปัญหาอยู่บ่อยครั้งในการตีความอันเนื่องมาจากคำว่า ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้นโดยความหมายของคำแล้วนั้นเป็นถ้อยคำที่มีเนื้อหากว้าง ไม่มีความชัดเจนแน่นอนขึ้นกับรูปการณ์ที่เกิดขึ้นกับตัวเด็กเอง แต่กระนั้นเองต่อมาในปี ค.ศ. 1765 ในคดี Blissetts ซึ่งเป็นคดีในการตัดสินถึงอำนาจในการปกครองบุตรในประเทศอังกฤษซึ่งศาลได้มีคำพิพากษาในคดีนี้ อันเป็นการวางหลักของประโยชน์สูงสุดแก่เด็กไว้ว่า ในกรณีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายไม่เห็นด้วยแล้ว ศาลจะกระทำในสิ่งที่ศาลเล็งเห็น

<sup>59</sup> *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 259, 272-273.

<sup>60</sup> *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 259, 272-273.

แล้วว่าเป็นการกระทำที่เป็นสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับเด็ก (If The Parties Are Disagreed, The Court Will Do What Shall Appear Best for The Child) ซึ่งอย่างไรก็ตามก็ยังคงไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนถึงหลักดังกล่าวให้เป็นที่แน่นอนแต่อย่างใด ด้วยเหตุแห่งความไม่ชัดเจนในความหมายของ “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก” ดังที่ กล่าวมานี้ จึงทำให้นักวิชาการและนักคิดหลายท่าน พยายามในการให้คำจำกัดความของหลักการ ดังกล่าว โดยมีคำนิยามที่น่าสนใจ อาทิเช่น Robert H. Mnookin หรือ Steward W. Gagnon หรือ Jean Zermatten และ ศาลฎีกาของประเทศออสเตรเลีย ในคดี Marion’s Case เป็นต้น<sup>61</sup>

หลักประโยชน์สูงสุดของเด็กในประเทศไทยนั้น หมายถึง สิทธิประโยชน์ของเด็กทั้งปวงที่พึงมีพึงได้ในฐานะที่เกิดมา และมีชีวิตอยู่รอด ปลอดภัย และอยู่ภายใต้กรอบที่อนุสัญญาให้การรับรองหรือโดยสามัญสำนึกของวิญญูชนทั่วไปย่อมเห็นได้ว่าเป็นสิทธิประโยชน์ของเด็กซึ่งการวิเคราะห์คำว่าผลประโยชน์สูงสุดของเด็กตามแนวทางที่ได้กล่าวมาแล้วใน ข้างต้นทำให้สามารถสรุปได้ว่า ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กหมายถึง สิทธิต่าง ๆ ของเด็กที่จะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อเด็กทั้งทางร่างกาย จิตใจ อารมณ์ และสถานะทางสังคม การดำรงชีวิตอยู่ในสังคมอย่างปกติสุข รวมถึงการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็ก พัฒนาการและการเจริญเติบโตตามศักยภาพและฐานานุกรมของเด็กรวมถึงครอบครัว นอกจากนี้ เมื่อต้องพิจารณาควบคู่กับ ผลประโยชน์ของบุคคลกลุ่มอื่น ผลประโยชน์ของเด็กจะต้องได้รับการพิจารณาเป็นอันดับแรกเสมอโดยแนวความคิดเกี่ยวกับการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้นหากเป็นมุมมองในการพิจารณา “ผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก” ที่ปรากฏในตราสารระหว่างประเทศนั้น แบ่งหลักการพิจารณาออกเป็น 2 หลักการได้แก่หลักการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กว่าเป็นสิ่งที่มีความสำคัญมากที่สุด (Paramount Consideration) และ หลักการพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กว่าเป็นสิ่งที่ต้องพิจารณาเป็นสิ่งแรก (Primary Consideration) กล่าวคือ การพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กว่าเป็นสิ่งที่มีความสำคัญในระดับสูงสุดนั้นได้ปรากฏขึ้นเป็นครั้งแรกในตราสารระหว่างประเทศ ในมาตรา 2 แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1959 ทั้งนี้ ในประเด็นของการพิจารณาว่าผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้นเป็นสิ่งที่มีความสำคัญสูงสุด นักคิดทางด้านนิติศาสตร์หลายท่านได้วางแนวทางในหลักคิดไว้ เช่น Lord McDermott หรือ Savitri Goonesekere เป็นต้น ซึ่งในทางปฏิบัติการใช้การตีความแนวคิดตามหลักการนี้ยังเป็นประเด็นถกเถียงกันอยู่ในปัจจุบัน

การพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นลำดับแรกนี้ มีปรากฏครั้งแรกตามมาตรา 3 (1) แห่ง อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 ปรากฏอีกครั้งในกฎบัตรแอฟริกันว่าด้วยสิทธิและสวัสดิภาพของเด็กในมาตรา 4 โดยยังคงมีการถกเถียงในเชิงของหลักการว่าด้วยการพิจารณาแนวทางในการให้ความคุ้มครองเด็กในประเด็นที่มีข้อถกเถียงกัน เช่น กรณีที่ข้อโต้แย้งของสิทธิในการเป็นบิดา มารดา กับ

<sup>61</sup> วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล, รายงานการวิจัย เรื่อง กฎหมายคุ้มครองเด็กถูกระงับการคุ้มครองจากผู้ปกครอง (ม.ป.ท.: ม.ป.พ., 2545), หน้า 285-287.

สิทธิของตัวเอง หรือการขัดกันผลประโยชน์ระหว่างรัฐและเด็กหากเป็นเช่นนี้ควรต้องให้ความสำคัญกับผลประโยชน์ของผู้ใดในลำดับต้น ซึ่งในกรณีนี้มีข้อยุติแล้วว่า จะพิจารณาผลประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้นเป็นลำดับแรกซึ่งจะสามารถให้ความคุ้มครองสิทธิของเด็กได้ในทุกกรณี หากพิจารณาตามหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กแล้วนั้นเด็กที่เกิดขึ้นมาไม่ว่าจะด้วยวิธีใดย่อมจะต้องมีสิทธิที่เท่าเทียม ไม่มีความแตกต่างเหลื่อมล้ำซึ่งในประเด็นนี้จะกล่าวถึงในหัวข้อถัดไป

#### 2.2.4 หลักการวีโรนา (Verona Principle)

หลักการวีโรนาเริ่มการพัฒนาขึ้นในปี พ.ศ. 2556 โดยองค์กร International Social Service (ISS) ที่ได้เรียกร้องให้มีกฎหมายระดับนานาชาติเป็นการเร่งด่วนสำหรับกรณีการจัดการตั้งครรรค์แทนระหว่างประเทศเนื่องด้วยเป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อเด็กที่กำลังเติบโตขึ้น

ต่อมาในปี พ.ศ. 2559 ISS ได้ยกร่างหลักการที่สามารถตกลงร่วมกันในระดับนานาชาติเพื่อเป็นแนวทางในการกำหนดนโยบายและการตรากฎหมายภายในประเทศ ร่างหลักการฉบับแรกจัดทำขึ้นโดยกลุ่มขับเคลื่อนหลักที่ประกอบด้วยกลุ่มผู้เชี่ยวชาญ โดยมีการทบทวนและปรับปรุงภายใต้การปรึกษาหารืออย่างกว้างขวางกับผู้เชี่ยวชาญนอกกลุ่มอีกจำนวนมากจากหลากหลายภูมิภาคของโลก กระทั่งในปี พ.ศ. 2564 หลักการวีโรนาได้รับการตีพิมพ์เผยแพร่ โดยหลักการนี้ออกแบบมาเพื่อสร้างแรงขับเคลื่อนและให้แนวทางสำหรับการตรากฎหมาย การกำหนดนโยบาย และการปฏิรูปที่ปฏิบัติได้จริงเพื่อปกป้องสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรค์แทน โดยหลักการได้ถูกสร้างขึ้นบนความคาดหวังของความพยายามเสริมสร้างและพัฒนาขอบเขตด้านสิทธิมนุษยชนที่กว้างขึ้น แม้ว่าทั่วโลกยังไม่บรรลุถึงฉันทามติเกี่ยวกับการตั้งครรรค์แทน แต่สิทธิของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรค์แทนนั้นจำเป็นต้องได้รับความสำคัญอย่างเร่งด่วน

หลักการวีโรนา ได้กำหนดนิยามศัพท์เฉพาะเพื่ออ้างอิงสำหรับความเข้าใจที่ตรงกันไว้ ดังนี้

การตั้งครรรค์แทน หมายถึง กระบวนการตั้งครรรค์แทนผู้อื่นโดยไม่มีผลประโยชน์ทางการค้าหรือหากมีการชำระก็จะเป็นเพียงค่าใช้จ่ายที่สมเหตุสมผลที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรรค์แทน

เด็ก หมายถึง บุคคลอันหมายรวมถึงทุกคนที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี

การตั้งครรรค์แทนในเชิงพาณิชย์ หมายถึง การตั้งครรรค์แทนโดยมีผลประโยชน์ (หรือเพื่อผลกำไร) มีการตั้งครรรค์แทนในเชิงพาณิชย์โดยมีหญิงที่รับตั้งครรรค์แทนเป็นตัวแทนทำการตกลงที่จะดำเนินการตั้งครรรค์และ/หรือมอบเด็กในครรรค์จากร่างกายของตนโดยเป็นการแลกเปลี่ยนเป็นค่าตอบแทนหรือผลตอบแทนอื่น หนึ่งในข้อบ่งชี้เชิงพาณิชย์ของการตั้งครรรค์แทนคือการมีส่วนร่วมของคนกลางที่แสวงหากำไร

หน่วยงานที่มีอำนาจ หมายถึง หน่วยงานที่ได้รับมอบหมายหรือแต่งตั้งโดยรัฐที่ได้รับมอบอำนาจตามกฎหมายหรือผู้มีส่วนร่วมในความรับผิดชอบ ผู้ที่มีอำนาจและศักยภาพในการปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับมอบหมาย

การระบุตัวตน หมายถึง การระบุข้อมูลอันเกี่ยวกับต้นกำเนิดทางพันธุกรรมขณะตั้งครรภ์ สังกะและกฎหมายของเด็ก คนกลาง บุคคล องค์กร หรือเครือข่ายที่อำนวยความสะดวกในการริเริ่ม ความต่อเนื่อง และ/หรือ การสิ้นสุดของการจัดการตั้งครรภ์แทน ที่ให้บริการทางการแพทย์เท่านั้นไม่ตรง ตามบริการทางจิตสังคมหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดการตั้งครรภ์แทน คำจำกัดความนี้

บิดา มารดาที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน หมายถึง บุคคลที่ร้องขอให้หญิงตั้งครรภ์แทน ตนและให้กำเนิดบุตรเพื่อตน

รัฐที่ต่อต้านการตั้งครรภ์แทน หมายถึง รัฐที่ไม่อนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนตามกฎหมาย แต่ยังคงเผชิญกับผลกระทบที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

การตั้งครรภ์แทน 2 หมายถึง “การจัดการตั้งครรภ์แทน” หมายถึง ข้อตกลง –

- 1) ระหว่างหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน;
- 2) กระทำขึ้นก่อนกระบวนการตั้งครรภ์แทน;
- 3) มีข้อกำหนดภายในข้อตกลงเกี่ยวกับสถานะระหว่างกันภายหลังการคลอด ระหว่างเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนและบุคคลต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง มีการกำหนดให้คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก และสำหรับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีหน้าที่ ส่งมอบเด็กไปอยู่ในความดูแลของคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน

หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หมายถึง หญิงซึ่งยอมรับการตั้งครรภ์แทนผู้อื่นและคลอดเด็กนั้น ด้วยเพื่อคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน

การส่งมอบ หมายถึง การส่งมอบเด็กโดยนิตินัยหรือโดยพฤตินัย หรือการสละความเป็น บิดามารดาตามกฎหมายหรือสละความรับผิดชอบของผู้ปกครอง

หลักการวิโรนามีทั้งสิ้น 18 หลักการ ดังนี้

หลักที่ 1: ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity)

เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนทุกคนจะต้องมีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เท่าเทียม กับบุคคลอื่นโดยต้องไม่นำสภาวะการณในการกำเนิดมาพิจารณา กฎหมายของแต่ละรัฐจะต้องสอดคล้องกับ หลักพื้นฐานเรื่องสิทธิมนุษยชนในเรื่องการปกป้องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยกระบวนการต่าง ๆ ในเรื่อง การตั้งครรภ์แทนของฝ่ายนิติบัญญัติ ตุลาการ และฝ่ายนโยบาย จะต้องตั้งอยู่บนกรอบแนวคิดด้านสิทธิ มนุษยชนเพื่อรับรองว่าสิทธิมนุษยชนของเด็กและทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง อาทิ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน คู่สมรส ผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน และบุคคลผู้บริจาคเซลล์ที่ใช้ในการสืบพันธุ์ จะได้รับการป้องกันจากการ แสวงหาผลประโยชน์ และหากเกิดมีการละเมิดขึ้น บุคคลเหล่านี้ต้องได้รับการเยียวยาแก้ไขที่มีประสิทธิผล รวมทั้ง รัฐควรพิจารณาถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กอันเกิดจากเหตุการณ์ ต่าง ๆ อย่างครอบคลุมครบถ้วน ทั้งนี้ การตั้งครรภ์แทนอาจสร้างความคาดหวังที่ไม่ถูกต้องว่าผู้ใหญ่มีสิทธิ

ในตัวเด็ก ดังนั้น รัฐต้องสนับสนุนให้ไม่มีความคาดหวังดังกล่าว รวมถึงคุ้มครองผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรรค์แทนหรือบุคคลอื่นที่มีส่วนเกี่ยวข้องมีสิทธิเบ็ดเสร็จเด็ดขาดในเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรค์แทน และไม่ควรรให้สามารถเรียกร้อง “สิทธิ” แบบเด็ดขาดในการเป็นบิดามารดาตามกฎหมาย เพื่อปกป้องรักษาศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กที่เป็นผู้ทรงสิทธิโดยอิสระ

หลักที่ 2: เด็กเป็นผู้ทรงสิทธิโดยอิสระ (The Child As An Independent Rights Holder)

เด็กที่เกิดจากการตั้งครรรค์แทนเป็นผู้ทรงสิทธิโดยอิสระเท่าเทียมเช่นเดียวกับเด็กและบุคคลอื่น รัฐจะต้องประกันว่าเด็กจะสามารถเรียกร้องและได้รับประโยชน์จากสิทธิทั้งหมดที่ระบุไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและกฎหมายระหว่างประเทศอื่น ๆ อย่างเท่าเทียมกับเด็กอื่น โดยรัฐควรให้ความสนใจเป็นพิเศษในสิทธิที่เกี่ยวข้องกับการจดทะเบียนเกิดและการมีตัวตน เด็กจะต้องสามารถแสดงความคิดเห็นของตนเองได้ในเรื่องที่มีผลกระทบต่อการดำเนินชีวิตอย่างเสรี นอกจากนี้ รัฐจะต้องให้น้ำหนักกับความเห็นของเด็กอย่างสอดคล้องกับวัยและวุฒิภาวะของเด็ก ในกรณีที่ต้องมีการตัดสินใจใด ๆ อันเกี่ยวกับสิทธิประโยชน์ของเด็กหลังการเกิด เด็กควรมีผู้แทนโดยชอบธรรมหรือหน่วยงานที่มีอำนาจเป็นตัวแทนในการใช้สิทธินั้นด้วยความอิสระของเด็ก

หลักที่ 3: สิทธิของเด็กในการไม่ถูกเลือกปฏิบัติ (The Child’s Right to Non-Discrimination)

เด็กทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับความเคารพในสิทธิ ค้ำครอง และส่งเสริมโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติทุกรูปแบบ รัฐจะต้องใช้มาตรการที่มีอย่างเหมาะสมเพื่อให้แน่ใจว่าเด็กได้รับการคุ้มครองจากการถูกเลือกปฏิบัติอันเป็นผลจากความแตกต่างเรื่อง สถานะการเกิด สถานภาพบิดา มารดา อันรวมถึงผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย เพศ สุขภาพ ความพิการ ลักษณะทางพันธุกรรม เชื้อชาติ ศาสนา สถานะอื่นใดทั้งปวง นอกจากนี้ เด็กที่เกิดจากการตั้งครรรค์แทนจะต้องไม่ถูกเลือกปฏิบัติ โดยไม่ต้องคำนึงถึงความถูกต้องตามกฎหมายของการตั้งครรรค์แทน ไม่ว่าจะมีการจดทะเบียนการเกิดของเด็กหรือไม่ ไม่ว่าจะมีการกำหนดบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ไม่ว่าจะมีการระบุสัญชาติหรือไม่ สุขภาพและความทุพพลภาพของเด็ก (ภาวะทุพพลภาพ) ไม่ว่าจะเด็กมีโอกาสในการเป็นเหยื่อของการค้ามนุษย์ หรือการแสวงประโยชน์ทางการค้าหรือไม่ สถานะของหญิงที่รับตั้งครรรค์แทน สถานะของคุ้มครองผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรรค์แทน ทั้งนี้ บิดา มารดาหรือผู้ปกครองตามกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรค์แทนควรได้รับคำแนะนำเกี่ยวกับหลักการไม่เลือกปฏิบัติต่อเด็กไม่ว่าด้วยเหตุใด ๆ เพื่อเป็นหลักประกันให้แก่เด็กด้วย

หลักที่ 4: สิทธิของเด็กด้านสุขภาพ (The Child’s Right to Health)

เด็กที่เกิดจากการตั้งครรรค์แทนทุกคนมีสิทธิได้รับมาตรฐานสูงสุดด้านสุขภาพ และมีสิทธิเท่าเทียมในการเข้าถึงบริการด้านสาธารณสุข อย่างเท่าเทียมกับเด็กคนอื่น ๆ ในรัฐที่อนุญาตให้มี

การตั้งครรภ์แทนจะต้องให้การประกันได้ว่ามีการกำกับดูแลในข้อกำหนดและมีมาตรฐานเพียงพอ โดยให้มีมาตรการคัดกรองโรคติดต่อและ/หรือความผิดปกติทางพันธุกรรม และมีการแจ้งผลไปยังหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน มีการประกันสุขภาพสำหรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน มีการเตรียมการก่อนการตั้งครรภ์แทนเพื่อรองรับสถานการณ์ด้านสุขภาพต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นต่อสุขภาพของเด็ก และจัดให้มีการดูแลสุขภาพก่อนและหลังคลอดที่เพียงพอแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนโดยไม่คิดค่าใช้จ่าย

#### หลักที่ 5: การป้องกันในขั้นก่อนการตั้งครรภ์แทน (Pre-Surrogacy Protections)

การกำหนดกรอบการทำงานสำหรับการเตรียมการตั้งครรภ์แทนที่ส่งเสริมสิทธิของเด็กที่เกิดของการตั้งครรภ์แทนเป็นสิ่งจำเป็น การเตรียมการก่อนการตั้งครรภ์แทนรวมถึงการคัดกรอง การประเมินเชิงพหุวิทยาการ การยินยอมของฝ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง และการทบทวนการเตรียมการทั้งหลาย โดยการดำเนินการหรือการให้บริการทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนจะต้องดำเนินการโดยผู้ประกอบวิชาชีพอิสระโดยปราศจากการขัดกันซึ่งผลประโยชน์ในกระบวนการตั้งครรภ์แทน และในรัฐที่อนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนการให้บริการทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับการเตรียมการตั้งครรภ์แทนจะต้องไม่มีค่าใช้จ่ายสำหรับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

ในการเตรียมการก่อนการตั้งครรภ์แทนในประเด็นด้านกฎหมายนั้นรัฐควรให้ความสำคัญต่อการลดความเสี่ยงในการเกิดความขัดแย้งเกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาตามกฎหมายขณะเด็กเกิด รัฐควรจัดให้มีการให้คำแนะนำทางกฎหมายโดยผู้ให้คำแนะนำด้านกฎหมายที่มีความเป็นกลางแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน รัฐควรจัดให้มีการตรวจสอบประวัติอาชญากรรม และประวัติการล่วงละเมิดเด็กของคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และรัฐควรจัดให้มีการตรวจสอบการยืนยันความยินยอมของผู้บริจาคเซลล์สืบพันธุ์ของมนุษย์ที่ใช้ในกระบวนการตั้งครรภ์แทน

นอกจากการเตรียมการในประเด็นด้านกฎหมายแล้ว ยังต้องมีการเตรียมการในประเด็นทางจิตวิทยาสังคมและสุขภาพ การเตรียมการก่อนตั้งครรภ์แทนควรรวมถึงการประเมินความเหมาะสมทางสภาพจิตวิทยาสังคม และจัดให้มีการให้คำปรึกษาที่มีความต่อเนื่องจากผู้ประกอบวิชาชีพที่มีคุณสมบัติและมีความเป็นกลางแก่ผู้เกี่ยวข้อง อาทิ เรื่องสุขภาพจิตและความรู้ความเข้าใจในผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน การประเมินคู่สมรส/คู่ครองและบุตรของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนที่จะได้รับผลกระทบจากการตั้งครรภ์แทน รวมทั้งการกำหนดแนวทางที่ชัดเจนเกี่ยวกับการเลือกผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายและความสัมพันธ์ในอนาคตระหว่างผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

สำหรับการเตรียมการก่อนการตั้งครรภ์แทนสำหรับคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนจะต้องมีการประเมินความเหมาะสมด้านจิตวิทยาสังคมและการให้คำปรึกษาโดยผู้ประกอบวิชาชีพที่มีความเป็นกลางเช่นกัน โดยอาจครอบคลุมประเด็นความเข้าใจในเรื่องการจัดการทางด้านกฎหมาย

และการเงิน การตรวจสอบประวัติอาชญากรรมและการคุ้มครองเด็ก การเตรียมการเป็นผู้ปกครองของเด็ก สภาพจิตใจและความสมบูรณ์ของร่างกาย รวมถึงการแจ้งข้อมูลโรคติดต่อ ความสัมพันธ์และความเป็นอยู่ภายในครอบครัว เป็นต้น

#### หลักที่ 6: หลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก (Best Interests of the Child)

ในการตัดสินใจทั้งปวงเกี่ยวกับกระบวนการตั้งครรภ์แทนและเกี่ยวกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะต้องมีหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นหลักสำคัญในการพิจารณาเสมอ ทั้งความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ความรับผิดชอบของผู้ปกครองที่เกี่ยวข้องกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ความเสี่ยงในระยะสั้นและในระยะยาวในการเกิดภัยอันตรายต่อเด็ก ความเสี่ยงในการเกิดอันตรายต่อจิตใจและร่างกาย โดยหลักการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดอันจะเกิดต่อเด็กจะต้องอยู่เหนือการบังคับใช้เงื่อนไขในสัญญาการตั้งครรภ์แทน และประโยชน์สูงสุดอันจะเกิดต่อเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน จะต้องได้รับการส่งเสริมและคุ้มครองไปตลอดในทุกขั้นตอนของกระบวนการตั้งครรภ์แทน อันหมายรวมถึงกระบวนการคัดกรองและทบทวนการเตรียมการตั้งครรภ์แทนก่อนการตั้งครรภ์ ระหว่างการตั้งครรภ์แทน และหลังจากเด็กคลอด

ศาลหรือหน่วยงานที่มีอำนาจอื่น ๆ ของรัฐที่เด็กเกิดอย่างน้อยต้องกำหนดให้มีกระบวนการหลังคลอดที่ชัดเจนว่าด้วย ความเป็นบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย และ/หรือความรับผิดชอบของผู้ปกครอง รวมไปถึงกำหนดมาตรการเมื่อมีความจำเป็นสำหรับการจัดให้มีการตั้งครรภ์แทนในประเทศหรือระหว่างประเทศที่ปกป้องประโยชน์สูงสุดของเด็ก และในกระบวนการการตั้งครรภ์แทนระหว่างประเทศที่มีประเทศใดประเทศหนึ่งไม่อนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทน จะต้องมีกำหนดแนวทางการรักษาหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กที่ดำเนินการโดยศาลหรือหน่วยงานที่มีอำนาจของประเทศที่คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนประสงค์ที่จะอาศัยอยู่กับเด็ก ซึ่งจะต้องตั้งอยู่บนการประเมินประโยชน์สูงสุดของเด็กในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ของเด็กอย่างรอบด้าน

#### หลักที่ 7: หลักความยินยอมของมารดาผู้ตั้งครรภ์แทน (Consent of Surrogate Mother)

หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนควรอยู่ในฐานะที่มีอิสระในการตัดสินใจโดยปราศจากการแสวงหาประโยชน์และปราศจากการบังคับ และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีความรู้ความเข้าใจในประเด็นทางกฎหมายและผลที่อาจได้รับจากสภาพแวดล้อม โดยต้องมีเสถียรภาพทางการเงินและการเข้าถึงบริการทางการแพทย์ โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะต้องได้รับการสนับสนุนการเตรียมการตั้งครรภ์แทนตลอดจนกระบวนการตั้งครรภ์แทนรวมถึงภายหลังจากการคลอดทั้งนี้ ต้องจัดให้มีหลักประกันว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นจะมีอำนาจในการตัดสินใจด้วยตนเองได้

การตั้งครุฑแทนควรได้รับอนุญาตให้ดำเนินการได้ก็ต่อเมื่อหญิงที่รับตั้งครุฑแทนเป็นผู้บรรลุนิติภาวะ มีประสบการณ์ในการให้กำเนิดบุตรอย่างน้อยหนึ่งครั้งที่มีใช้การตั้งครุฑแทนมีความสามารถและมีความรู้ความเข้าใจ สามารถตัดสินใจ ให้ความยินยอมและใช้อำนาจปกครองตนเองและสามารถตัดสินใจได้ด้วยตนเอง

หญิงที่รับตั้งครุฑแทนต้องได้รับแจ้งรายละเอียดโดยปราศจากการบีบบังคับและการฉ้อโกงทุกรูปแบบ ซึ่งข้อมูลต่าง ๆ ทั้งหมดต้องได้รับการอธิบายและจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรในภาษาของหญิงที่รับตั้งครุฑแทนและสื่อสารให้หญิงที่รับตั้งครุฑแทนเข้าใจได้และหญิงที่รับตั้งครุฑแทนต้องใช้เวลาเพียงพอในการพิจารณาประเด็นเรื่องกฎหมายและในการปรึกษาหารือเรื่องทางจิตวิทยาสังคมกับผู้เชี่ยวชาญในส่วนของกรให้ความยินยอมทางการแพทย์หญิงที่รับตั้งครุฑแทนควรได้รับคำแนะนำจากผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์ หญิงที่รับตั้งครุฑแทนจะต้องสามารถเข้าถึงคำแนะนำทางการแพทย์ที่เป็นอิสระรวมทั้งการได้รับความเห็นที่สองได้รับข้อมูลและความรู้เกี่ยวกับกระบวนการทางการแพทย์ ข้อจำกัดในการใช้ชีวิต รวมไปถึงความเสี่ยงในระยะสั้นและระยะยาว รวมถึงภาวะแทรกซ้อนที่อาจเกิดขึ้น ด้วยภาษาที่หญิงที่รับตั้งครุฑแทนเข้าใจ

หลักที่ 8: หลักความยินยอมของบิดามารดาผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครุฑแทน  
(Consent of Intending Parent(s))

บิดามารดาผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครุฑแทนจะต้องอยู่ในสถานะที่มีอิสระในการตัดสินใจโดยปราศจากการแสวงประโยชน์และการบีบบังคับ เนื่องจากสถานการณ์ที่เกี่ยวเนื่องกับการตั้งครุฑแทนมีส่วนสำคัญยิ่งต่อสิทธิเด็ก ขณะเดียวกันกระบวนการตั้งครุฑแทนจะต้องสามารถสร้างความมั่นใจได้ในความถูกต้อง สมบูรณ์ ในทุกขั้นตอนของการจัดให้มีการตั้งครุฑแทน ซึ่งรวมถึงการเปิดเผยข้อมูลและความยินยอมต่าง ๆ โดยบิดามารดาผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครุฑแทน บิดามารดาผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครุฑแทนจึงต้องสมัครใจยินยอมในการเปิดเผยและตรวจสอบข้อมูลในประเด็นทางกฎหมายการรักษายาบาล สถานะทางสังคมและสถานะทางการเงินทั้งหมดที่เกี่ยวกับคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครุฑแทน ทั้งก่อนที่จะมีการเตรียมการตั้งครุฑแทนและหลังจากการตรวจคัดกรอง และการเตรียมการตั้งครุฑแทน ซึ่งความยินยอมดังกล่าวควรมีการบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษรและมีการเก็บรักษาไว้ ทั้งนี้ การตั้งครุฑแทนจะได้รับการอนุญาตก็ต่อเมื่อคู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครุฑแทนผ่านการคัดกรองและประเมินตามเงื่อนไขที่กำหนดมีความเข้าใจในประเด็นจิตวิทยาสังคมที่สามารถส่งผลกระทบต่อเด็กที่เกิดจากการตั้งครุฑแทนในทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง อยู่ในวัยที่จะสามารถเลี้ยงดูเด็กไปได้จนเติบโตเป็นผู้ใหญ่ รวมทั้งได้ให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรตามที่กฎหมายกำหนดในภาษาของตนเองโดยปราศจากการบีบบังคับและการฉ้อโกงทุกรูปแบบ และเมื่อตกลงที่จะรับผิดชอบต่อเหตุการณ์ที่อาจเกิดขึ้นตามที่ระบุไว้ในหลักการนี้ รวมถึงการเสนอชื่อผู้รับผิดชอบแทนในการที่จะเป็นการรับประกันต่อสุขภาพและการสนับสนุนทางการเงิน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเกิดเหตุการณ์ไม่คาดคิดเกิดขึ้น

หลักที่ 9: หลักความยินยอมของผู้บริจาคเซลล์สืบพันธุ์ของมนุษย์ (Consent of Persons Providing Human Reproductive Material)

ผู้บริจาคเซลล์สืบพันธุ์ของมนุษย์ จะต้องอยู่ในสถานะที่มีอิสระในการตัดสินใจ โดยปราศจากการแสวงประโยชน์และการบีบบังคับ เนื่องจากสถานการณ์ที่เกี่ยวเนื่องกับการตั้งครรภ์แทนมีส่วนสำคัญยิ่งต่อสิทธิเด็ก ในรัฐที่อนุญาตให้มีการใช้เซลล์สืบพันธุ์ของบุคคลอื่นในการตั้งครรภ์แทน ผู้บริจาคเซลล์สืบพันธุ์ของมนุษย์จะต้องได้รับข้อมูลที่ครบถ้วนอย่างโปร่งใส โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่เกี่ยวกับความซับซ้อนทางการแพทย์ วัตถุประสงค์การใช้เซลล์สืบพันธุ์ กรรมวิธีในการเก็บรักษา และการเข้าถึงข้อมูลระบุตัวตน เพื่อให้แน่ใจว่ามีกระบวนการปกป้องการนำเซลล์สืบพันธุ์ไปใช้ทั้งก่อนและหลังการตั้งครรภ์แทน และที่สำคัญต้องเป็นไปโดยได้รับความยินยอมจากผู้บริจาค ผู้บริจาคเซลล์สืบพันธุ์ของมนุษย์ ต้องสมัครใจยินยอมในการเปิดเผยและตรวจสอบข้อมูลในประเด็นทางกฎหมาย ข้อมูลเกี่ยวกับการเงิน และการรักษาพยาบาลซึ่งความยินยอมดังกล่าวควรมีการบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษรและมีการเก็บรักษาไว้ ทั้งนี้การบริจาคเซลล์มนุษย์เพื่อการตั้งครรภ์แทนจะได้รับการอนุญาตก็ต่อเมื่อผู้บริจาคเป็นผู้ใหญ่มีความสามารถด้านความคิดและตัดสินใจได้ ได้จัดทำข้อตกลงและลงนามเป็นลายลักษณ์อักษรตามที่กฎหมายกำหนดรวมทั้งให้การรับรองว่าตนได้เข้าใจในข้อตกลงนั้น รวมทั้งผู้บริจาคต้องสามารถเข้าถึงคำแนะนำทางด้านกฎหมายและสุขภาพโดยอิสระ และได้รับคำปรึกษาเกี่ยวกับผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อผู้บริจาคในอนาคตแล้ว

หลักที่ 10: หลักความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายและความรับผิดชอบของผู้ปกครอง (Legal Parentage and Parental Responsibility)

เมื่อรัฐให้การยอมรับหลักความรับผิดชอบพื้นฐานของบิดามารดาในการเลี้ยงดูและพัฒนาเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ดังนั้นรัฐจึงมีภาระหน้าที่ในการให้ความช่วยเหลือที่เหมาะสมแก่บิดามารดาในทำหน้าที่ตามความรับผิดชอบดังกล่าว โดยที่หลักประโยชน์อันสูงสุดของเด็กเป็นหลักการพื้นฐานที่ผู้ปกครองจะคำนึงถึง ในรัฐที่อนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนอาจมีกฎเกณฑ์ที่แตกต่างกันเกี่ยวกับการกำหนดความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายและความรับผิดชอบผู้ปกครอง โดยต้องพิจารณาถึงการก่อตั้งสิทธิและหน้าที่ของความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในบางรัฐอาจกำหนดให้หญิงผู้ตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาโดยชอบขณะเด็กเกิด รวมทั้งการโอนความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย และพิจารณาถึงความสัมพันธ์เชิงพันธุกรรมระหว่างเด็กกับหญิงผู้ตั้งครรภ์แทนและคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน ขณะที่รัฐที่ไม่อนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนแต่ยังคงเกิดการตั้งครรภ์แทนนั้น รัฐจะต้องกำหนดกรอบทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดผู้มีอำนาจปกครองและความรับผิดชอบของผู้ปกครองที่ใช้บังคับกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน โดยการวางหลักนี้ต้องประกันได้ว่าเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะมีบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายขณะแรกเกิด

หลักที่ 11: หลักการคุ้มครองตัวตนและสิทธิการเข้าถึงข้อมูลแหล่งกำเนิด  
(Protection of Identity and Access to Origins)

เด็กทุกคนควรจะสามารถได้ใช้สิทธิเพื่อรักษาอัตลักษณ์ของตน เช่น สัญชาติ ชื่อ และความสัมพันธ์ในครอบครัว ภายใต้ความช่วยเหลือและการคุ้มครองที่เหมาะสม การที่เด็กสามารถรักษาอัตลักษณ์อันรวมถึงต้นกำเนิดทางพันธุกรรม สถานะการตั้งครรภ์และต้นกำเนิดทางสังคมของตนนั้นมีผลกระทบต่อช่วงชีวิตของเด็กและคนรุ่นต่อ ๆ ไป โดยเฉพาะจากมุมมองเรื่องสิทธิในอัตลักษณ์ สุขภาพ และสิทธิทางวัฒนธรรมของเด็ก ซึ่งรัฐมีหน้าที่ดูแลให้เด็กทุกคนที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทนมีโอกาสเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับอัตลักษณ์ของตน

ในการตั้งครรภ์แทนนั้น จะดำเนินการได้เมื่อหญิงผู้ตั้งครรภ์แทนให้ข้อมูลเกี่ยวกับตัวตนที่แม่นยำและตรวจสอบแล้วเท่านั้น และหญิงผู้ตั้งครรภ์แทนตกลงว่าข้อมูลเกี่ยวกับตัวตนจะถูกส่งต่อไปยังเด็กที่ตนให้กำเนิด และกรณีมีการใช้เซลล์สืบพันธุ์ของมนุษย์ในกระบวนการตั้งครรภ์แทน เจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ของมนุษย์ต้องให้ข้อมูลเกี่ยวกับตัวตนที่แม่นยำและตรวจสอบแล้วเท่านั้นและเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ของมนุษย์ต้องตกลงว่าข้อมูลเกี่ยวกับตัวตนจะถูกส่งต่อไปยังเด็กที่ตนมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม นอกจากนี้รัฐควรส่งเสริมความรู้เกี่ยวกับประโยชน์ของการมีปฏิสัมพันธ์กันระหว่างเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน และครอบครัวที่เกี่ยวข้องกับบุคคลผู้บริจาคเซลล์สืบพันธุ์ภายหลังการคลอดเพื่อรักษาสิทธิด้านอัตลักษณ์และการเข้าถึงข้อมูลแหล่งกำเนิดของเด็ก และในรัฐที่อนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทน ควรมีหน่วยงานทางทะเบียนเพื่อเก็บบันทึกข้อมูลเกี่ยวกับแหล่งกำเนิดทางพันธุกรรมและการตั้งครรภ์ของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในระดับประเทศที่ ซึ่งเด็กสามารถขอเข้าถึงได้ตามอายุและวุฒิภาวะของเด็กภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายขณะที่คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนควรทำการรวบรวมเก็บรักษาข้อมูลที่มีอยู่ทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับอัตลักษณ์และแหล่งกำเนิดของเด็กไว้

หลักที่ 12: หลักเกี่ยวกับการแจ้งเกิด การจดทะเบียน และการออกใบรับรอง  
(Birth Notification, Registration, and Certification)

เมื่อเด็กเกิดควรมีการแจ้งการเกิดของเด็กโดยเร็ว โดยต้องไม่คำนึงถึงพฤติการณ์ของการคลอด และต้องมีการจดทะเบียนโดยหน่วยงานผู้มีอำนาจอย่างเหมาะสมในประเทศที่เด็กเกิด โดยเด็กทุกคน “จะต้องลงทะเบียนทันทีภายหลังคลอด” โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการเกิดของเด็ก อันต้องรวมทั้งการจดทะเบียนให้แก่เด็กที่เกิดในประเทศที่มีบิดา มารดา เป็นบุคคลต่างด้าวหรือไม่สามารถพิสูจน์ตัวตนบิดามารดาได้

การแจ้งและการจดทะเบียนการเกิด ควรมีความครบถ้วนสมบูรณ์ที่สุด ข้อมูลระบุตัวตนควรรวมถึงวันเดือนปีเกิด หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน และข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับบุคคลที่บริจาคเซลล์สืบพันธุ์ของมนุษย์ (ถ้ามี) คลินิก สถานพยาบาลทางการแพทย์

ผู้ให้บริการและ/หรือสำนักทะเบียนวัสดุการสืบพันธุ์ของมนุษย์ควรทำการระบุทั้งหมดข้อมูลที่มีให้กับสำนักทะเบียนแห่งชาติ ซึ่งเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องจัดให้มีหน่วยงานทางทะเบียนระดับประเทศที่บันทึกข้อมูลระบุตัวตน และการบันทึกข้อมูลจะได้รับการเก็บรักษาไว้ในตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูล หรือรัฐอาจพิจารณาจัดตั้งสำนักทะเบียนแยกต่างหากสำหรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้ ทั้งนี้ จะต้องมีการออกหนังสือรับรองการเกิดสำหรับเด็กทุกคนที่เกิดมาโดยการตั้งครรภ์แทน โดยไม่ควรนำไปสู่การเลือกปฏิบัติใด ๆ อันเนื่องมาจากการเกิดของเด็กหรือสถานะอื่น ๆ ในการออกหนังสือรับรองการเกิด รัฐอาจพิจารณาให้เอกสารเพิ่มเติมพร้อมข้อมูลที่ระบุตัวตนของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ส่วนข้อมูลเกี่ยวกับเด็ก คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน ตัวแทน หรือบุคคลผู้บริจาคเซลล์ที่ใช้ในการสืบพันธุ์ควรเปิดเผยเฉพาะต่อเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจเท่านั้น

หลักที่ 13: หลักการป้องกันการเป็นบุคคลไร้รัฐ (Prevention of Statelessness)

เด็กทุกคนอันรวมถึงเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนมีสิทธิในการมีสัญชาติ

สิทธิในการได้รับสัญชาติของเด็กกำหนดให้รัฐต้องป้องกันมิให้เด็กตกอยู่ในฐานะผู้ไร้สัญชาติอันถือเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิในการมีตัวตน การบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการให้สัญชาติจะต้องปราศจากการเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับวิธีการในการกำเนิดของเด็กซึ่งรวมถึงวิธีการตั้งครรภ์แทน นโยบายของรัฐเกี่ยวกับการให้สัญชาติของเด็กที่เกิดโดยการตั้งครรภ์แทนควรได้รับการคำนึงถึงความเสี่ยงต่าง ๆ เพื่อหลีกเลี่ยงการที่เด็กจะกลายเป็นบุคคลไร้สัญชาติ

กรณีบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นที่ยอมรับโดยรัฐแล้ว รัฐนั้นจะต้องใช้บทบัญญัติการได้มาซึ่งสัญชาติภายใต้เงื่อนไขเดียวกันกับเด็กอื่นที่เกิดจากบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นหากไม่สามารถทำได้ ให้รัฐอันเป็นรัฐต้นกำเนิดของคู่สมรสผู้ประสงค์ผู้ให้มีการตั้งครรภ์แทนให้ความช่วยเหลือที่จำเป็นเพื่อให้แน่ใจว่าเด็กจะได้รับสัญชาติ ในกรณีที่บิดามารดาไม่เป็นที่รู้จักหรือไม่มีสัญชาติในรัฐนั้น รัฐจะต้องให้สัญชาติแก่เด็กที่เกิดในดินแดนรัฐนั้น หากเด็กที่เกิดนั้นอาจตกเป็นบุคคลไร้สัญชาติ รัฐของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นคนในชาติควรให้สัญชาติแก่เด็ก รวมทั้งรัฐอื่นที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการจัดการตั้งครรภ์แทนควรพิจารณาในการให้สัญชาติแก่เด็กหากเด็กจะกลายเป็นบุคคลไร้สัญชาติ

ในกรณีที่กฎหมายของรัฐก่อให้เกิดการสูญเสียซึ่งสัญชาติอันเป็นผลจากการเปลี่ยนแปลงใด ๆ ในความเป็นบิดามารดาตามกฎหมาย การสูญเสียซึ่งสัญชาติจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ส่งผลให้เด็กได้มาซึ่งสัญชาติอื่น และหากรัฐจะเพิกถอนความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย การเพิกถอนนั้นจะต้องไม่ก่อให้เกิดการสูญเสียสัญชาติที่เด็กได้รับ นอกจากนี้ รัฐควรใช้มาตรการตามความจำเป็นและเหมาะสม เพื่อให้การตรวจลงตรา และ/หรือ สถานะบุคคลของเด็กยังคงอยู่ และ/หรือในระหว่างการเดินทางจากรัฐที่ถือกำเนิด หรือระหว่างรอการดำเนินการใดในการกำหนดความเป็นบิดามารดา และ/หรือสัญชาติตามกฎหมายเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก

หลักที่ 14: หลักการป้องกันและการห้ามการขาย แสวงหาประโยชน์และการค้ามนุษย์ (Prevention and Prohibition of the Sale, Exploitation and Trafficking in Children)

รัฐจะต้องห้ามการตั้งครุฑแทนที่ก่อให้เกิดหรือส่งเสริมการค้ามนุษย์ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งรัฐจะต้องสร้างมาตรการเพื่อป้องกันการซื้อขายเด็กในกระบวนการตั้งครุฑแทน โดยการซื้อขายเด็กหมายถึงรวมถึง “การกระทำหรือธุรกรรมใด ๆ ที่ได้ถูกโอนโดยบุคคลหรือกลุ่มบุคคลให้แก่บุคคลอื่นเพื่อรับเงินหรือค่าตอบแทนอื่นใด” การซื้อขายที่เกิดขึ้นในลักษณะของการตั้งครุฑแทนในบริบทอันเป็นองค์ประกอบทั้งสาม ดังนี้

- ก. การโอน (“เด็กถูกโอนโดยบุคคลหรือกลุ่มบุคคลใด”);
- ข. การชำระเงิน (“เงินหรือค่าตอบแทนอื่นใด”); และ
- ค. แลกเปลี่ยน (“เพื่อ” — การชำระเงินเพื่อการส่งมอบ)

การตั้งครุฑแทนในเชิงพาณิชย์ตามคำจำกัดความ หมายถึงรวมถึง มีการชำระเงิน ซึ่งถือว่าเป็นหนึ่งในองค์ประกอบทั้งสามองค์ประกอบของการซื้อขายเด็ก: การชำระเงินและการส่งมอบ การตั้งครุฑแทนในเชิงพาณิชย์ถือเป็นการซื้อขายเด็กอันเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

แนวทางสำหรับการพิจารณาถึงการตั้งครุฑแทนว่าเป็นไปในเชิงพาณิชย์หรือไม่คือการชำระค่าบริการในการตั้งครุฑแทนและการชำระเงินสำหรับการส่งมอบ หากไม่สามารถที่จะแยกได้อย่างชัดเจนก็ควรพิจารณาว่าเป็นการตั้งครุฑแทนในเชิงพาณิชย์ อันมีส่วนประกอบหรือมีความเสี่ยงในการซื้อขายเด็ก รัฐที่เห็นว่า การตั้งครุฑแทนในเชิงพาณิชย์เป็นส่วนประกอบหรือมีความเสี่ยงที่จะเข้าข่ายว่าจะเป็นการซื้อขายเด็กควรกำหนดห้ามการตั้งครุฑแทนในเชิงพาณิชย์

ดังนั้น รัฐที่อนุญาตให้มีการตั้งครุฑแทนในเชิงพาณิชย์ต้องประกันได้ว่าอย่างน้อยที่สุด การจ่ายเงินทั้งหมดนั้นได้แยกออกจากการกำหนดหรือโอนความเป็นบิดามารดาตามกฎหมายและความรับผิดชอบของผู้ปกครอง นอกจากนี้ รัฐจะต้องมีการกำหนดมาตรการให้หญิงที่รับตั้งครุฑแทนควรมีสิทธิในการตัดสินใจว่าจะยินยอมให้มีการส่งมอบความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายและความรับผิดชอบของผู้ปกครองตามกฎหมายหรือไม่ และการจ่ายค่าตอบแทนหรือค่าตอบแทนอื่นใดที่มอบให้กับหญิงที่รับตั้งครุฑแทนที่จ่ายให้ล่วงหน้าก่อนการโอนหรือส่งมอบความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายและผู้ปกครองตามกฎหมายภายหลังการเกิด จะต้องไม่สามารถขอคืนเงินได้ (เพื่อป้องกันการฉ้อโกง) ทั้งนี้ การชำระเงินและการชำระเงินคืน รวมทั้งการมีคนกลาง จะต้องอยู่ภายใต้การควบคุมตามกฎหมาย

การมีข้อตกลงไว้ล่วงหน้าเกี่ยวกับการส่งมอบหรือการโอนความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือการกำหนดหรือสัญญาการมีเอกสิทธิ์ที่จะได้รับสถานะความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายที่มีการจ่ายค่าตอบแทน รวมทั้งการจัดให้มีการตั้งครุฑแทนผ่านตัวกลางในลักษณะกลุ่มเครือข่ายหรือตลาดการตั้งครุฑแทนเชิงพาณิชย์ การที่ตัวกลางเข้าครอบงำหญิงผู้ตั้งครุฑแทนในการโอน

ความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย และการจ่ายค่าตอบแทนที่สูงเกินอัตราให้แก่ผู้ที่เกี่ยวข้องเหล่านี้ ถือเป็นลักษณะของการขายเด็ก

หลักที่ 15: หลักความโปร่งใสในเรื่องทางการเงิน (Transparency in Financial Matters)

รัฐจะต้องดำเนินมาตรการที่เหมาะสมเพื่อป้องกันการเคลื่อนไหวทางการเงินที่ไม่เหมาะสมหรืออาจเป็นผลประโยชน์อื่นใดอันเกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน ในรัฐที่อนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนควรมีการกำหนดความโปร่งใสทางการเงินและความรับผิดชอบในการทำธุรกรรมทางการเงินใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน

หลักที่ 16: หลักเกี่ยวกับคนกลาง (Intermediaries)

การกระทำของคนกลางในการจัดการตั้งครรภ์แทนอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิของเด็กที่เกิดผ่านการตั้งครรภ์แทน ดังนั้นการกำหนดกฎระเบียบของตัวกลางจึงมีความสำคัญอย่างยิ่ง ในรัฐที่อนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนได้ ตัวกลางทุกคนควรได้รับการอนุญาตและมีการกำหนดระเบียบขึ้นโดยหน่วยงานที่ได้รับมอบหมาย หน่วยงานผู้มีอำนาจที่ได้รับมอบหมายจะต้องมีการติดตามและประเมินผลการปฏิบัติตามระเบียบอย่างต่อเนื่องของตัวกลาง หลักเกณฑ์การอนุญาตและการติดตามประเมินผู้ทำหน้าที่คนกลางในการจัดการตั้งครรภ์แทนควรครอบคลุมถึงความซื่อสัตย์ด้านการเงินและการบริหารจัดการ การมีความสามารถที่เกี่ยวข้องอย่างเพียงพอ ความชอบด้วยกฎหมายของการจัดเตรียมการทำสัญญา และมาตรฐานทางจริยธรรมของการดำเนินงานโดยรวม

ในรัฐที่ไม่อนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนควรติดตามกิจกรรมของคนกลางที่ดำเนินการภายในเขตอำนาจศาลและบริการที่ห้ามในรัฐของตน หากรัฐดังกล่าวไม่มีการกำหนดห้ามการตั้งครรภ์แทนแบบเฉพาะเจาะจงโดยกฎหมาย รวมทั้งข้อห้ามที่เกี่ยวข้องกับตัวกลาง รัฐควรพิจารณากฎหมายเพื่อห้ามการกระทำโดยตัวกลางอันเนื่องมาจากการมีความเสี่ยงของการซื้อขายเด็กที่อาจเกิดขึ้น

คนกลางควรได้รับการฝึกอบรมอย่างเหมาะสมเพื่อรวบรวม จัดเก็บ และอำนวยความสะดวกในการระบุตัวตนข้อมูลในบริบทของการตั้งครรภ์แทนเพื่อรักษาสิทธิของเด็กในการแสดงตนและการเข้าถึงข้อมูลต้นกำเนิด โดยคนกลางและผู้ให้บริการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการจัดการตั้งครรภ์แทนต้องไม่ได้รับค่าตอบแทนที่สูงเกินสมควรสำหรับการให้บริการตามมาตรฐานของงานเทียบเคียงกับงานที่ทำหากผู้ทำหน้าที่คนกลางทำหน้าที่โดยไม่ได้รับอนุญาต จะต้องได้รับการลงโทษและรับผิดชอบต่อการทำอย่างเหมาะสม

หลักที่ 17: หลักการตอบสนองต่อเหตุการณ์ที่ไม่ได้คาดหมายในกระบวนการตั้งครรภ์แทน (Responding to Unexpected Developments in Surrogacy Arrangements)

รัฐที่อนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทน และ/หรือ ไม่อนุญาตแต่เกิดมีการตั้งครรภ์แทน จะต้องมียุทธศาสตร์การคุ้มครองเด็กสามารถตอบสนองต่อการพัฒนาที่ไม่คาดคิดได้อย่างรวดเร็ว เช่น ในสถานการณ์

เกิดความขัดแย้งเกี่ยวกับการจัดการดูแลเด็ก หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่สามารถหรือเต็มใจที่จะดูแลเด็ก มีการปฏิบัติที่ผิดกฎหมายซึ่งเชื่อมโยงกับการจัดการการตั้งครรภ์แทน เกิดสถานการณ์ฉุกเฉินอื่นใด และเมื่อเกิดการเปลี่ยนแปลงในสภาพสังคม การเมือง และกฎหมาย ซึ่งในกรณีที่มีสถานการณ์ที่ไม่คาดคิดและส่งผลให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเกิดความเครียดเพิ่มขึ้น รัฐควรดำเนินการอย่างรวดเร็วเพื่อให้หน่วยงานที่มีอำนาจได้รับแจ้งเหตุดังกล่าวโดยทันที ดำเนินมาตรการการดูแลที่เหมาะสม เพื่อให้แน่ใจว่าร่างกาย อารมณ์และจิตใจของเด็กมีความปลอดภัย ส่งเสริมให้มีการใกล้ชิดในสถานการณ์ที่มีความขัดแย้งเกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาตามกฎหมายและ/หรือความรับผิดชอบของผู้ปกครอง ในกรณีที่ไม่ มีข้อตกลงกันไว้ระหว่างคู่พิพาท ศาลหรือหน่วยงานที่มีอำนาจอื่น ๆ ควรพิจารณาออกคำสั่งที่เหมาะสม กรณีที่ทั้งหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนหรือคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่สามารถหรือเต็มใจที่จะเลี้ยงดูเด็ก หน่วยงานผู้มีอำนาจควรสั่งการให้ผู้ปกครองและ/หรือการจัดการดูแลอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับเด็กที่สอดคล้องกับแนวทางของสหประชาชาติสำหรับการดูแลทางเลือกของเด็กควรพิจารณาโอกาสในการดูแลโดยเครือญาติที่เหมาะสมก่อนพิจารณาบุคคลอื่นในการดูแลเด็กและควรจัดให้พี่น้องที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้ได้อยู่ร่วมกัน และควรหลีกเลี่ยงการนำเด็กไปอยู่ในสถานพยาบาล

ในกรณีที่มีการกระทำที่ผิดกฎหมายเชื่อมโยงกับการเตรียมการตั้งครรภ์แทนให้นำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นหลักสำคัญในการพิจารณาความเป็นบิดามารดาตามกฎหมายและ/หรือความรับผิดชอบของผู้ปกครอง รวมถึงผลที่ตามมาในอนาคตในระยะยาวต่อเด็ก ทั้งนี้ การลงโทษควรเน้นไปที่ตัวกลางที่เกี่ยวข้องเป็นหลัก และควรเพิกถอนการอนุญาตของตัวกลางหากเหตุเกิดจากการประพฤติมิชอบ

ไม่ว่าในกรณีใด ๆ รัฐจะต้องมีนโยบายที่ช่วยให้สามารถตัดสินใจได้ทันที่โดยนำหลักประโยชน์สูงสุดต่อเด็กเป็นที่ตั้ง และดูแลให้มีการนาระบบคุ้มครองเด็กมาบังคับใช้ได้อย่างทันที่

หลักที่ 18: หลักความร่วมมือระหว่างรัฐ หน่วยงานส่วนภูมิภาคและส่วนท้องถิ่น (Cooperation among States, Regions and Local Authorities)

รัฐทุกรัฐควรใช้มาตรการที่เหมาะสมเพื่อเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับกฎหมายและข้อมูลอื่นที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน ต่อสาธารณะและให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน และผู้บริจาคเซลล์สืบพันธุ์สามารถเข้าถึงได้ ทั้งในภาษาของภูมิลำเนาและในภาษาที่แต่ละฝ่ายจะสามารถเข้าใจได้ และรัฐควรให้ความร่วมมือในการขัดขวางการปฏิบัติที่ขัดต่อจุดมุ่งหมายของหลักการที่กล่าวมาในหลักการก่อนหน้า อาทิ หลักการปฏิบัติเมื่อมีเหตุการณ์ไม่คาดฝันเกิดขึ้น หลักการเกี่ยวกับบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายและความรับผิดชอบของผู้ปกครองโดยเฉพาะอย่างยิ่งในการจัดการตั้งครรภ์ระหว่างประเทศ หลักการป้องกันและตอบโต้การขาย การค้ามนุษย์ และการแสวงหาประโยชน์จากเด็ก หลักการอำนวยความสะดวกในการเข้าถึงข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับต้นกำเนิดและหลักการกำหนดมาตรการเพื่อประโยชน์อันสูงสุดของเด็กในสถานการณ์ต่าง ๆ

สำหรับรัฐที่อนุญาตให้ตั้งครรภ์แทนควรจำกัดการเข้าถึงการตั้งครรภ์แทนให้คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนที่มาจากรัฐซึ่งอนุญาตการตั้งครรภ์แทน ความร่วมมือระหว่างรัฐในการอนุญาตการตั้งครรภ์แทนระหว่างประเทศต้องพิจารณาจากสิทธิของเด็กในเรื่องการเดินทางเข้ารัฐที่เป็นถิ่นที่อยู่ของคู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน การมีบิดามารดโดยชอบด้วยกฎหมาย การได้รับสัญชาติ และการมีสิทธิของเด็กที่ครบถ้วนตามที่กำหนดไว้ในหลักการที่กล่าวมาข้างต้นตามมาตรฐานสากล รัฐจะต้องห้ามการโฆษณาบริการที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนหรือการสื่อสารที่มุ่งตรงไปยังรัฐที่ห้ามการตั้งครรภ์แทนรวมถึงการโฆษณาผ่านโซเชียลมีเดีย

เพื่อให้ส่งเสริมให้การดำเนินการตามหลักการเหล่านี้เป็นไปได้โดยสำเร็จ ลุ่่วงอย่างมั่นคงควรมีความร่วมมือกันระหว่างรัฐ หน่วยงานส่วนภูมิภาคและส่วนท้องถิ่น ทั้งนี้ ในการส่งเสริมให้เกิดความร่วมมือระหว่างประเทศที่เหมาะสมเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน รัฐต่าง ๆ ควรพิจารณาการให้ความร่วมมือในระดับทวิภาคีหรือพหุภาคีเกี่ยวกับการกระบวนกรตั้งครรภ์แทน และควรพิจารณาการให้สัตยาบันหรือภาคยานุวัติอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยเขตอำนาจศาล กฎหมายที่ใช้บังคับ การยอมรับการบังคับใช้และความร่วมมือในส่วนที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของผู้ปกครองและมาตรการคุ้มครองเด็ก ลงวันที่ 19 ตุลาคม พ.ศ. 2539<sup>62</sup>

นอกจากนี้ ในการตอบสนองต่อคำร้องขอจากรัฐอื่นเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน บุคลากร เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจควรใช้มาตรการที่เหมาะสมทั้งหมด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ทำการรวบรวมและเก็บรักษาข้อมูลเกี่ยวกับเด็ก หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน บุคคลผู้บริจาคเซลล์สืบพันธุ์ คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน สถานที่เกิดของเด็ก คนกลาง และ/หรือสถานพยาบาลที่ดำเนินการตั้งครรภ์แทน ฯลฯ และตอบสนองต่อคำร้องขอจากหน่วยงานอื่น ๆ สำหรับข้อมูลเกี่ยวกับสถานการณ์การตั้งครรภ์แทน และในรัฐที่อนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนและ/หรือเกิดขึ้น รัฐควรกำหนดกรอบการทำงานที่เหมาะสมสำหรับการแลกเปลี่ยนข้อมูลที่เกี่ยวข้องทั้งหมดอย่างมีประสิทธิภาพเพื่อส่งเสริมและปกป้องสิทธิและผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก

---

<sup>62</sup> International Social Service (ISS), **Principles the for the Protection of the Rights of the Child Born Through Surrogacy (Verona Principles)**, Retrieved June 25, 2021 from [https://www.isssi.org/images/Surrogacy/VeronaPrinciples\\_25February2021.pdf](https://www.isssi.org/images/Surrogacy/VeronaPrinciples_25February2021.pdf)

## 2.3 บทสรุปทฤษฎี หลักการ แนวความคิดที่เกี่ยวกับสิทธิเด็ก

เมื่อได้พิจารณาถึงแนวความคิดต่าง ๆ ที่ได้กล่าวไปในข้างต้นแล้วนั้นจะเห็นได้ว่าสิทธิของเด็กนั้นมีการเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพสังคม การเมืองและการปกครองโดยเริ่มต้นจากในยุคแรกเริ่มตั้งแต่สมัยโรมันมีความคิดแนวว่าเด็กที่เกิดมานั้นเป็นสมบัติของพ่อ แม่ เด็กไม่มีสิทธิใด ๆ เมื่อเกิดมาก็ขึ้นกับการตัดสินใจของหัวหน้าครอบครัวว่าจะให้เลี้ยงดูเด็กไปในทิศทางใด เด็กไม่มีสิทธิในการเลือกสิ่งที่ต้องการให้กับตนเอง พ่อ แม่ ผู้ปกครองมีอำนาจเหนือชีวิตและร่างกาย เนื้อตัวเด็ก ต่อมาเมื่อสภาพสังคมได้เปลี่ยนไป เริ่มที่จะมีการวางระบบ กฎเกณฑ์ มีการบัญญัติตัวบทกฎหมายไว้บังคับในบ้านเมือง ในรัฐ มีการให้ความสำคัญกับการดำรงอยู่ของรัฐ ดังนั้นในการวางระบบระเบียบที่ใช้ในการปกครอง รวมไปถึงการวางระบบในเรื่องของการศึกษาในยุคนั้นก็จะมีจุดมุ่งหมายให้เด็กต้องคำนึงถึงการตอบแทนรัฐ เด็กเป็นอนาคตของการดำรงอยู่ของรัฐ เป็นทรัพยากรของรัฐเด็กที่เกิดมาไม่ได้ถือว่าเป็นทรัพย์สินของบิดา มารดาผู้ให้กำเนิด ต่อมาเมื่อยุคสมัยเปลี่ยนแปลงไปสิทธิอำนาจในฐานะปัจเจกชนเริ่มเป็นที่รู้จัก ประชาชนที่อยู่ในปกครองของรัฐเริ่มที่จะให้ความสำคัญกับสิทธิในตัวบุคคลมากขึ้นเริ่มมีความคิดว่าบุคคลแต่ละคนนั้นสามารถดำรงอยู่ได้ด้วยตนเองโดยมิต้องอ้างสิทธิอื่นใดมีการแบ่งแยกตัวตน มีอัตลักษณ์ เด็กที่เกิดมาก็เช่นเดียวกัน ไม่ว่าจะเด็กจะอยู่ในการปกครองของผู้ใด เด็กก็ย่อมมีสิทธิ เสรีภาพส่วนบุคคลอยู่ในตัว มีสิทธิ มีอำนาจและมีคุณค่าความเป็นมนุษย์เท่าเทียมกับบุคคลโดยทั่ว ๆ ไปในสังคม พ่อ แม่ ผู้ปกครองมีหน้าที่เลี้ยงดู แต่ไม่มีอำนาจเหนือเด็กซึ่งก็มีพัฒนาการต่อมาว่าสิทธิที่เด็กพึงมีเหล่านั้นมีหลักที่ควรยึดถือเมื่อมีข้อโต้แย้งถึงขอบเขตของสิทธิเหล่านั้นว่าให้ถือหลักผลประโยชน์สูงสุดสำหรับเด็กเป็นตัวชี้วัด ซึ่งก็หมายถึง สิทธิประโยชน์ของเด็กทั้งปวงที่พึงมีได้ในฐานะที่เด็กนั้นได้ถือกำเนิดมาและมีชีวิตรอด และโดยสามัญสำนึกของวิญญูชนทั่วไปเห็นว่าเป็นสิ่งที่จะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อเด็กทั้งทางร่างกาย จิตใจ อารมณ์และสถานะทางสังคมโดยจะเสริมสร้างให้เด็กนั้นสามารถเจริญเติบโตและดำรงอยู่ในสังคมได้อย่างปกติสุขจนถึงปัจจุบันเมื่อสังคมมีการพัฒนา รวมไปถึงการพัฒนาในเรื่องของเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่ก้าวหน้าการถือกำเนิดของเด็กไม่ได้มีเพียงแค่การเกิดตามธรรมชาติจากบิดา มารดาผู้ให้กำเนิดเท่านั้นในปัจจุบันได้มีการเกิดโดยการอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ กล่าวคือมีการตั้งครรรภ์แทนโดยหญิงอีกคนหนึ่งซึ่งไม่ใช่หญิงที่เป็นมารดาที่แท้จริงตามหลักสายโลหิตซึ่งเด็กไม่ว่าจะถือกำเนิดมาด้วยวิธีใดก็ย่อมถือได้ว่าเป็นเด็กที่เกิดมาอย่างถูกต้อง ย่อมต้องมีสิทธิที่เท่าเทียมกันเนื่องจากเด็กมีความเปราะบาง ซึ่งเป็นไปตามธรรมชาติของวัย ไม่ว่าจะถือกำเนิดมาโดยวิธีใดก็มีความเปราะบางเช่นเดียวกันเมื่อเทคโนโลยีมีการพัฒนาก้าวหน้าไปเพียงใด ระเบียบ กฎเกณฑ์ ข้อบังคับ กฎหมายที่บังคับใช้ก็ย่อมต้องพัฒนาไปให้เท่าทันกัน ทั้งนี้เพื่อลดการเหลื่อมล้ำ ช่องว่างของกฎหมายอันเพื่อการดำรงไว้ซึ่งความสงบ ความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม

### บทที่ 3

#### สิทธิของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามกฎหมายต่างประเทศ

สิทธิเด็กเป็นสิทธิมนุษยชนอันเด็กต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเสมอภาคด้วยความเคารพในศักดิ์ศรีของเด็กในขณะนั้นไม่ใช่เพียงเพราะเด็กนั้นจะเติบโตเป็นผู้ใหญ่ในอนาคตแต่เป็นเพราะเด็กใน ขณะ ณ เวลานั้นก็เป็นมนุษย์คนหนึ่งเช่นเดียวกัน ซึ่งมนุษย์ทุกคนเกิดมาพร้อมกับเสรีภาพและสิทธิขั้นพื้นฐานซึ่งเด็กต้องได้รับสิทธิมนุษยชนเช่นเดียวกับคนอื่น ๆ สิทธิในเสรีภาพในการแสดงออกถึงสิทธิในความเป็นตัวตน ซึ่งหมายความว่ากฎหมายสิทธิมนุษยชนทั้งหมดใช้กับเด็กและผู้ใหญ่อย่างเท่าเทียมกัน อย่างไรก็ตามเด็กยังคงมีสถานะต่ำกว่าเมื่อเทียบกับผู้ใหญ่ในสังคมโดยส่วนใหญ่ ยกตัวอย่างเช่นในเกือบทุกประเทศเด็กซึ่งมีอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ขึ้นกับการตรากฎหมายภายในของแต่ละประเทศโดยจะไม่ได้รับสิทธิทางการเมือง เด็กจะยังไม่สามารถออกเสียงลงคะแนนได้ในประเทศส่วนใหญ่อนุญาตให้ผู้ปกครองใช้วิธีการลงโทษกับร่างกายเนื้อตัวของบุตรหลานของตนแต่จะถูกดำเนินคดีหากกระทำเช่นเดียวกันกับผู้ใหญ่ ซึ่งหมายความว่าเด็กมีสิทธิเฉพาะที่จะช่วยปกป้องพวกเขาจากภัยคุกคามเท่านั้น มีการยกเว้นและการเลือกปฏิบัติในกรณีที่พวกเขาอาจจะก่อให้เกิดความเสี่ยง สิทธิเหล่านี้ รวมอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (CRC) และข้อบังคับทางเลือกว่าด้วยเรื่องซึ่งเกี่ยวกับการขายเด็กการค้าประเวณีเด็กและสื่อลามกอนาจารเด็ก<sup>63</sup>ซึ่งเป็นกฎหมายที่ประเทศภาคีสมาชิกนำไปปรับให้เหมาะสมและสอดคล้องกับกฎหมายที่บังคับใช้ในประเทศของตน อันต้องคำนึงถึงความเปลี่ยนแปลงไปซึ่งสภาพเศรษฐกิจและสังคม เทคโนโลยีที่มีพัฒนาการอยู่ตลอดเวลา รวมไปถึงเทคโนโลยีทางการแพทย์ซึ่งในปัจจุบันการถือกำเนิดของเด็กนั้นมิได้มีเพียงแต่การเกิดโดยธรรมชาติจากชาย หญิงที่มีความสัมพันธ์ทางกายกันเท่านั้นการเกิดในปัจจุบันด้วยเทคโนโลยีมีความก้าวล้ำไปจนการเกิดของเด็กนั้นสามารถมีได้ทั้งการเกิดจากชาย หญิงที่ไม่เคยมีความสัมพันธ์ทางกายกันมาก่อนเลยก็เป็นได้ เด็กที่เกิดมาจึงควรที่จะมีการรองรับถึงสิทธิตามกฎหมายของแต่ละประเทศเหล่านั้น เพื่อให้เด็กได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายให้มีสิทธิต่าง ๆ ที่เด็กควรจะได้รับไม่มีความแตกต่างใด ๆ กับเด็กที่เกิดด้วยวิธีทางธรรมชาติ ผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษากฎหมายของประเทศต่าง ๆ ทั้งประเทศที่มีกฎหมายบัญญัติอนุญาตให้มีการตั้งครรภ์จากการใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์หรือการตั้งครรภ์แทนโดยชอบด้วยกฎหมายและประเทศที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติอนุญาต ทั้งนี้ก็เพื่อให้มี ความเข้าใจ

---

<sup>63</sup> Child Rights International Network, **Children's Rights: 101**, Retrieved October 20, 2019 from <https://home.crin.org/childrens-rights-101>

ถึงการบังคับใช้กฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องอันที่จะคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการอาศัยเทคโนโลยีทางการแพทย์ช่วยในการเจริญพันธุ์ในแต่ละประเทศเพื่อให้เกิดความเข้าใจ รับทราบและนำมาวิเคราะห์ถึงผลกระทบของการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวรวมไปถึงการศึกษาถึงกรณีศึกษาต่าง ๆ ที่ได้เกิดขึ้นในต่างประเทศ ดังจะได้อีกต่อไปดังนี้

### 3.1 หลักการ ขั้นตอน วิธีการและกระบวนการตั้งครรภ์แทนตามกฎหมายต่างประเทศ

กฎหมายการตั้งครรภ์แทนในประเทศที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาขึ้นต่างมีหลักการ ที่มา ความคิดเห็นที่แตกต่างกัน นำไปสู่การกำหนดขั้นตอน วิธีการและกระบวนการทางกฎหมายที่แตกต่างกัน โดยผู้เขียนได้นำเสนอการพิจารณาตามหลักการ และเงื่อนไขในการตั้งครรภ์แทน วิธีการในการจัดให้มีการตั้งครรภ์แทน หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาต ข้อตกลงในการตั้งครรภ์แทนรวมถึงการกำหนดค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในการตั้งครรภ์แทน การยุติการตั้งครรภ์แทนและข้อห้ามของการตั้งครรภ์แทน โดยผู้เขียนได้เรียบเรียงแยกตามหัวข้อว่าด้วยหลักการและเงื่อนไข วิธีการ หลักเกณฑ์การขออนุญาต การจัดให้มีการตั้งครรภ์แทน การยุติการตั้งครรภ์แทน และข้อห้ามการตั้งครรภ์แทน ของประเทศต่าง ๆ ตามขอบเขตการศึกษาไว้ดังต่อไปนี้

#### 3.1.1 หลักการและเงื่อนไข การตั้งครรภ์แทน

การสร้างครอบครัวนั้นสำหรับบางครอบครัวการมีบุตรสามารถทำให้การสร้างครอบครัวนั้นสมบูรณ์ แต่อย่างไรก็ตามในบางสถานการณ์ บางครอบครัวก็ไม่สามารถมีบุตรตามธรรมชาติได้ วิวัฒนาการทางการแพทย์สามารถแก้ไขปัญหานั้นได้โดยวิธีหนึ่งที่สามารถกระทำได้ คือ การตั้งครรภ์แทน อันมีประเด็นทั้งทางการแพทย์และในทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับแนวคิดในเรื่องของ การตั้งครรภ์แทนซึ่งเป็นประเด็นที่มีความซับซ้อนและละเอียดอ่อน ทั้งยังมีความแตกต่างกันในการบังคับใช้ในแต่ละประเทศเช่นในประเทศอังกฤษได้มีการบัญญัติกฎหมายอันเกี่ยวกับการจัดวางระเบียบและมีการกำหนดกฎหมายในการควบคุมการเจริญพันธุ์ของมนุษย์โดยการใช้เทคโนโลยีอันเป็นประเทศแรกที่มีการตั้งครรภ์แทนนั้นไม่ถือเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายในประเทศอังกฤษแต่จะอยู่ในการควบคุมด้วยกฎหมายที่ได้บัญญัติไว้โดยไม่ว่าการตั้งครรภ์แทนนั้นจะมีเงินหรือผลประโยชน์อื่นใดเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยหรือไม่ ซึ่งโดยทั่วไปการรับตั้งครรภ์แทนในประเทศอังกฤษจะมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องอยู่หลายฉบับ แต่ที่มีการบัญญัติไว้โดยตรงเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนนั้นมีเพียง 2 ฉบับ คือ Surrogacy Arrangement Act 1985 และ Human Fertilisation and Embryology Act 1990 Surrogacy Arrangement Act 1985 ได้วางหลักไว้เพื่อให้มีการควบคุมไม่ให้มีการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์โดย การรับตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัตินี้นั้นจะไม่ถือว่าเป็น

ความผิดทางอาญาไม่ว่าการตั้งครรภ์แทนนั้นจะมีค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตาม การตั้งครรภ์แทนนั้นสามารถมีการทำข้อตกลงระหว่างกันได้โดยจะสามารถใช้บังคับได้กับข้อตกลงที่ทำขึ้นก่อนผู้รับตั้งครรภ์จะตั้งครรภ์ เพื่อให้มีการมอบเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนแก่ผู้ขอให้มีการตั้งครรภ์แทนเลี้ยงดูโดยทั้งนี้ไม่มีผลบังคับใช้กับข้อตกลงที่ได้ทำขึ้นหลังจากที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนได้ตั้งครรภ์ไปแล้ว

Human Fertilisation and Embryology Act 1990 เพื่อควบคุมการให้บริการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีในการเจริญพันธุ์ และการศึกษาวิจัยในตัวอ่อนมนุษย์เนื่องจากการรับตั้งครรภ์แทนที่ ต้องอาศัยการผสมเทียมหรือการปฏิสนธิในร่างกายนั้นจะต้องกระทำโดยแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ แพทย์ที่กระทำการดังกล่าวต้องได้รับใบอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้ซึ่งตามแนวทางปฏิบัติ (Code of Practice) ของพระราชบัญญัติได้กำหนดไว้ว่า บุคคลที่จะขอใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ โดยการตั้งครรภ์แทนนั้น หญิงที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนนั้นจะต้องมีความผิดปกติร่างกายไม่สามารถมีบุตรได้ตามวิธีทางธรรมชาติหรือมีเหตุผลอันสมควรในทางการแพทย์ หากแพทย์กระทำการฝ่าฝืนแนวทางปฏิบัติที่ได้บัญญัติไว้แล้วนั้นอาจจะเป็นเหตุให้ถูกถอดใบอนุญาตได้<sup>64</sup> เพื่อให้ผู้ขอให้มีการตั้งครรภ์แทนสามารถยื่นคำร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งว่าเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตน (Parental Order) สืบเนื่องมาจากพระราชบัญญัตินี้ได้เกี่ยวกับสถานะของมารดาและบุตรไว้ว่า หญิงใดที่ตั้งครรภ์ตัวอ่อน หรืออสุจิหรือไข่ที่มาจากภายนอกตามวิธีการผสมเทียมให้ถือว่าหญิงนั้นเป็นมารดาของเด็กที่อยู่ในครรภ์แต่เพียงผู้เดียว ดังนั้นทำให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีสถานะเป็นมารดาตามกฎหมายของเด็ก<sup>65</sup> ซึ่งเกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน และหากหญิงนั้นมีสามี สามีของหญิงนั้นก็จะเป็นบิดาของเด็กนั้นเว้นแต่จะมีหลักฐานแย้งว่าสามีนั้นไม่มีความยินยอม ส่วนในกรณีที่หญิงใช้วิธีในการฉีดเชื้อ (อสุจิ) เข้าร่างกายตามข้อตกลงในการบำบัดรักษาของผู้ไม่มีบุตรโดยแพทย์ กฎหมายกำหนดให้กระทำได้หากว่าหญิงนั้นมีชายผู้ซึ่งจะถือว่าเป็นบิดาของเด็กนั้นได้ แม้ว่าตัวอ่อนจะไม่ได้เกิดจากอสุจิของชายคนนั้นก็ตาม<sup>66</sup> การกำหนด

<sup>64</sup> จักรกฤษณ์ ครอบพจน์ และคณะ, รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน (รายงานการวิจัย เสนอต่อคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2548), หน้า 73-74.

<sup>65</sup> Section 27 of Human Fertilisation and Embryology Act 1990

Meaning of “Mother” (1) The woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child.

<sup>66</sup> Section 28 of Human Fertilisation and Embryology Act 1990

Meaning of “Father” (2) If—(a) at the time of the placing in her of the embryo or the sperm and eggs or of her insemination, the woman was a party to a marriage, and (b) the

ความเป็นบิดา มารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรณ์นั้นให้ถือว่าหญิงผู้รับตั้งครรรณ์แทนเป็นมารดา และสามีของหญิงนั้นเป็นบิดา ชาย หญิง คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรรณ์แทนจะเป็นบิดา มารดาเด็กซึ่งเกิดจากการตั้งครรรณ์แทนได้โดยการรับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรมตาม Adoption Act 1976 ซึ่งมีขั้นตอนที่ยุงยาก และใช้ระยะเวลาานาน ในมาตรา 30 ของพระราชบัญญัติ Human Fertilisation and Embryology Act 1990 จึงได้วางหลักให้คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรรณ์แทนยื่นคำร้องต่อศาลให้มีคำสั่งให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรรณ์แทนเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตนได้โดยไม่จำเป็นต้องผ่านกระบวนการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม<sup>67</sup>

การวางหลักกฎหมายของการตั้งครรรณ์แทนนั้นมีความแตกต่างกันโดยสิ้นเชิงกับสาธารณรัฐฝรั่งเศส ที่ไม่สามารถกระทำได้โดยมีการออกกฎหมายห้ามโดยเด็ดขาด แรกเริ่มนั้นการนำเทคโนโลยีมาช่วยในการบำบัดรักษาคู่สมรสที่มีบุตรยากนั้น เป็นสิ่งที่ภาคเอกชนจะกระทำกันเองโดยรัฐไม่ได้เข้าไปมีส่วนในการควบคุมจัดการ จะมีก็เพียงแต่มาตรฐานทางจริยธรรมของวิชาชีพแพทย์ผู้ทำการรักษาเท่านั้นที่เป็นตัวควบคุมดูแล ต่อมาเมื่อการบำบัดรักษาคู่สมรสผู้มีบุตรยากได้มีการขยายตัวในวงกว้าง ช่วงปี ค.ศ. 1980 ภาครัฐจึงเข้ามามีบทบาทในการห้ามมิให้ภาคเอกชนอันเป็นหน่วยงานที่จัดการในการบำบัดรักษาเข้ามาเป็นตัวกลางระหว่างคู่สมรสผู้มีบุตรยาก กับหญิงที่รับตั้งครรรณ์แทนซึ่งศาลปกครองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสก็ได้มีคำสั่งตัดสินให้การห้ามดังกล่าวมีผลใช้บังคับทางกฎหมาย ต่อมาในปี ค.ศ. 1983 ภาครัฐได้แต่งตั้งคณะกรรมการ National Ethical Committee for Life Sciences and Health ขึ้นเพื่อทำการศึกษาและวิเคราะห์ประเด็นปัญหาด้านจริยธรรมอันเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ ซึ่งคณะกรรมการชุดดังกล่าวก็ได้มีความเห็นต่อประเด็นนี้ว่าการรับตั้งครรรณ์แทนนั้นเปรียบเสมือนการซื้อขายเด็ก รวมไปถึงสัญญาการรับตั้งครรรณ์แทนที่จัดทำระหว่างกันก็มีวัตถุประสงค์ที่ขัดกับกฎหมายรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมที่ได้วางหลักผลประโยชน์สูงสุดสำหรับเด็กไว้ในพิจารณาของศาลในการที่จะพิจารณาอนุญาตให้มีการรับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรมได้หรือไม่ เมื่อเป็นเช่นนี้ ตัวกลางที่ทำหน้าที่ในการช่วยเหลือ จัดการให้มีการรับตั้งครรรณ์แทนเกิดขึ้นไม่ว่าผู้นั้นจะเป็นแพทย์หรือไม่ก็ตามจะมีความผิดทางอาญาในฐานความผิดยุ้งให้หญิง

---

creation of the embryo carried by her was not brought about with the sperm of the other party to the marriage, then, subject to subsection

(5) Below, the other party to the marriage shall be treated as the father of the child unless it is shown that he did not consent to the placing in her of the embryo or the sperm and eggs or to her insemination (as the case may be).

<sup>67</sup> Section 30 (10) of Human Fertilisation and Embryology Act 1990

In This Section “The Enactments About Adoption” Means the M2 the M2Adoption Act 1976, the M3Adoption (Scotland) Act 1978 and the M4Adoption (Northern Ireland) Order 1987.

ละทิ้งเด็กการรับตั้งครรภ์แทนจึงถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายในสาธารณรัฐฝรั่งเศสและมีบทลงโทษทางอาญาโดยมีการวางหลักการ และเงื่อนไข การตั้งครรภ์แทน<sup>68</sup> ไว้จากเหตุการณ์ในปี ค.ศ. 1991 ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกา (Cour de Cassation)<sup>69</sup> ห้ามการรับตั้งครรภ์แทนโดยเป็นคำตัดสินให้สัญญาการรับตั้งครรภ์แทนเป็นโมฆะไม่มีผลผูกพันระหว่างคู่สัญญาซึ่งส่งผลให้การยื่นคำขอรับบุตรบุญธรรมของผู้ว่าจ้างที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนถูกปฏิเสธอันเป็นผลสืบเนื่องมาจากสัญญาการรับตั้งครรภ์แทนมีผลเป็นโมฆะ หลังจากนั้นในปี ค.ศ. 1994 ก็ได้มีการออกกฎหมายชีวจริยศาสตร์ (Bioethics Law) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อห้ามมิให้มีการรับการตั้งครรภ์แทนในทุกกรณีไม่ว่าจะเป็นในเชิงพาณิชย์ มีหรือไม่มีผลประโยชน์ตอบแทนก็ตาม<sup>70</sup> ทั้งนี้มีบทกำหนดโทษในทางแพ่งในมาตรา 16-7 และมาตรา 16-9 ได้บัญญัติให้การรับตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม สัญญาการรับตั้งครรภ์แทนไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายให้ถือว่าสัญญาตกเป็นโมฆะ การรับตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยให้ถือว่าการรับการตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นการกระทำผิดต่อหลักการซื้อขายร่างกายมนุษย์ ทั้งยังเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของสังคม<sup>71</sup> การรับตั้งครรภ์แทนยังถือเป็นการดำเนินการที่ก่อให้เกิดผลเสียอันเป็นผลกระทบร้ายแรงต่อรัฐ สถาบันครอบครัว ปังเจกชน ทั้งยังเป็นการละเมิดหลักการสำคัญ 2 ประการคือ หลักการไม่ล่วงละเมิดต่อร่างกายมนุษย์ (Indisponibilite Du Corps Humain) และหลักการไม่ล่วงละเมิดต่อสถานะของการเป็นบุคคล (Indisponibilite De L'etat Des Personnes)<sup>72</sup> โดยเสรีภาพของบุคคลในการทำสัญญาระหว่างกันนั้นต้องถูกจำกัดด้วยการเคารพศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์เนื่องจากสัญญาการตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นการดำเนินการใด ๆ ต่อเด็กในลักษณะเป็นทรัพย์สิน หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นเพียงผู้ให้บริการรับตั้งครรภ์แทนเท่านั้นไม่มีความผูกพันกับทารกใน

<sup>68</sup> บท นามบุตร, ร่มปรางค์ สวมประจำ, ชัยธร หัตถกรรม, ณัชชภาพิมพ์ ภัทรานุรักษ์กุล, พงศ์ภัทร เพ็ญรุ่งโรจน์, และสุพัตรา สติตจันทรากุล, รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง สิทธิในการตั้งครรภ์แทน ศึกษารณีสตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 (รายงานการวิจัย เสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2559), หน้า 47-49.

<sup>69</sup> Cour de Cassation-Assemblée Plénière N° de Pourvoi 90-20.105/1991

<sup>70</sup> Brunet, Laurence; Derek King; Konstantina Davaki; Julie McCandless; Claire Marzo, and Janeen Carruthers, **Comparative Study on the Regime of Surrogacy in the EU Member States** (Belgium: European Parliament, 2012), p. 105.

<sup>71</sup> จีต เศรษฐบุตร, **หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 3** (กรุงเทพฯ: คณะกรรมการสัมมนาและวิจัยห้องสมุด คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 15-20.

<sup>72</sup> มูลนิธิสตรี-สฤณีวงศ์, **อุ้มบุญ (9) หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง (ต่อ)**, ค้นวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2564 จาก <https://thaissf.org/cd039/>

ครรภ์ ซึ่งอาจจะส่งผลไปถึงตัวเด็กที่ไม่ได้เกิดมาตามธรรมชาติ อาจเกิดการไม่ยอมรับจากสังคมซึ่งนับเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีของเด็กโดยกำหนดให้ผู้กระทำต้องรับโทษทางอาญา นอกจากนี้ยังมีหลัก Unavailability of Personal Status คือหลักความเป็นบิดา มารดาไม่สามารถสละได้โดยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 311-9 บังคับหญิงให้ไม่สามารถแสดงเจตนาละทิ้งเด็กที่ตนให้กำเนิดและไม่สามารถสละความเป็นมารดา เมื่อสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นโมฆะไม่มีผลบังคับตามกฎหมายอันมีผลต่อสถานะความเป็นบิดา มารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนซึ่งจะถือว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์นั้นเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากเป็นหญิงผู้ให้กำเนิด สามีโดยชอบของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นจึงเป็นบิดาตามกฎหมายของเด็กด้วยเช่นกัน ซึ่งสามารถหักล้างได้<sup>73</sup> การรับตั้งครรภ์แทนหากกระทำด้วยวิธีผสมเทียมโดยการฉีดอสุจิของชายผู้ว่าจ้างเข้าไปในมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หญิงนั้นก็จะเป็นมารดาของเด็กและชายนั้นก็จะได้รับการจดแจ้งว่าเป็นบิดาของเด็กคู่สมรสของชายนั้นต้องผ่านกระบวนการขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมต่อไปในการเป็นมารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ซึ่งการรับบุตรบุญธรรมต้องได้รับการอนุญาตจากศาล

การตั้งครรภ์แทนสามารถกระทำได้อย่างถูกต้องตามกฎหมายในหลายประเทศ เป็นเหตุให้ผู้ที่ไม่สามารถมีบุตรได้ต้องเดินทางไปยังประเทศเหล่านั้น เพื่อเข้ารับบริการการตั้งครรภ์แทน สาธารณรัฐฝรั่งเศส ในปี ค.ศ. 2008 ได้มีคดีนายและนาง Mennesson ที่ได้เดินทางมารับบริการการตั้งครรภ์แทนที่มลรัฐแคลิฟอร์เนีย สหรัฐอเมริกาโดยใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของนาย Mennesson ฝังไปในมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ผลคือหญิงนั้นได้ให้กำเนิดเด็กเป็นแฝด 2 คนซึ่งศาลแคลิฟอร์เนียได้พิพากษานายและนาง Mennesson เป็นบิดา มารดาของเด็กทั้งสองคน แต่ศาลสาธารณรัฐฝรั่งเศสเห็นแย้งอันเนื่องจากเด็กทั้งสองนั้นเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจึงปฏิเสธคำขอในการออกใบสูติบัตร ศาลสูงของสาธารณรัฐฝรั่งเศสก็ได้ยืนตามการปฏิเสธคำขอในการออกสูติบัตรดังกล่าวเช่นกัน ทั้งนี้เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้ประชาชนชาวสาธารณรัฐฝรั่งเศสใช้วิธีนี้เพื่อเลี่ยงกฎหมายห้ามการตั้งครรภ์แทน การปฏิเสธคำขอดังกล่าวส่งผลให้เด็กแฝดทั้งสองไม่มีสถานะทางกฎหมายในสาธารณรัฐฝรั่งเศสไม่ถือว่าเป็นบุตรของนายและนาง Mennesson และไม่ถือว่าเป็นบุตรของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนด้วย จากคำพิพากษาดังกล่าวทำให้เด็กแฝดทั้งสองมีสถานะมีบิดา มารดาในสหรัฐอเมริกา แต่กลับมีสถานะ ไม่มีบิดา มารดาในสาธารณรัฐฝรั่งเศสซึ่งเป็นการตัดสิทธิที่จะได้รับความต่อเนื่องในสถานะของกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ต่อมาเมื่อคดีนี้มาที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Right) ได้มีความเห็นแตกต่างออกไป โดยให้ความเห็นไว้ว่าศาลสาธารณรัฐฝรั่งเศสไม่สามารถที่จะปฏิเสธความเป็นบิดา มารดาโดยชอบตามกฎหมายของมลรัฐ

<sup>73</sup> Section I Article 314 of the Establishment of Parentage by Operation of Law

The presumption of paternity shall be set aside where the record of birth of the child does not indicate the husband as the father and the child has no apparent status with respect to him.

แคลิฟอร์เนียได้ ทั้งยังเป็นการละเมิดสิทธิในการดำรงชีวิตของเด็ก<sup>74</sup> กล่าวคือ เด็กทุกคนสามารถสร้างตัวตนได้อย่างปัจเจกชนทั่วไป<sup>75</sup> ผลจากคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป กระทรวงยุติธรรมสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ออกหนังสือเวียน ลงวันที่ 25 มกราคม ค.ศ. 2013 อ้างคำพิพากษาศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป แจ้งต่อหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องในการออกเอกสารที่แสดงความเป็นพลเมืองสาธารณรัฐฝรั่งเศสแก่เด็กที่แม่ได้จะมีเหตุให้สงสัยได้ว่าเด็กนั้นอาจเกิดมาจากการตั้งครรภ์แทน สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) มีความเห็นชอบให้มีการจัดการสถานภาพทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนจากต่างแดนทั้งนี้ก็เพื่อให้เด็กไม่ต้องรับโทษทางกฎหมายโดยอ้างตามอนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กล่าวคือเด็กแม่ว่าจะเกิดนอกดินแดนของสาธารณรัฐฝรั่งเศสจากการตั้งครรภ์แทน รัฐไม่สามารถจะตัดสิทธิในการได้มาซึ่งสัญชาติของเด็กนั้นได้ หากเด็กนั้นมีสิทธิโดยชอบที่จะได้สัญชาติสาธารณรัฐฝรั่งเศส<sup>76</sup> และเมื่อ 29 มิถุนายน พ.ศ. 2564 สมัชชาแห่งชาติ (Assemblée Nationale) หรือสภาผู้แทนราษฎร สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้มีมติเห็นชอบร่างกฎหมายที่อนุญาตคู่รักเพศเดียวกันหรือคนโสดที่ไม่มีคู่สมรสสามารถมีบุตรได้ด้วยวิธีทางการแพทย์ โดยไม่จำเป็นต้องมีความสัมพันธ์ทางร่างกายตามธรรมชาติ (Medically Assisted Reproduction) ซึ่งรวมถึงการปฏิสนธินอกร่างกาย (IVF) ซึ่งเดิมกฎหมายอนุญาตให้คู่รักต่างเพศที่ประสบปัญหาการมีบุตรยากสามารถเข้ารับการรักษาได้ด้วยวิธี IVF ได้เท่านั้นไม่รวมถึงคู่รักเพศเดียวกัน ทั้งนี้การปรับปรุงแก้ไขได้ขยายขอบเขตไปถึงเรื่องชีวจริยศาสตร์ กล่าวคือ การให้ผู้บริจาคอสุจิ ไข่ต้องยอมรับการเปิดเผยข้อมูลของผู้บริจาคในกรณีที่เกิดเด็กซึ่งเกิดจากอสุจิ หรือไข่นั้นต้องการทราบถึงที่มาของตนเองได้

---

<sup>74</sup> Article 8 of the European Convention on Human Rights. Right to Respect for Private and Family Life

(1) Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

(2) There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic wellbeing of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

<sup>75</sup> *Menesson v. France* n°65192/11 and *Labassee v. France* n°65941/11 (The European Court of Human Right, 2014)

<sup>76</sup> *Farida Boukrouna, Simon Chardenoux and Claire Pailassou, International Surrogacy Arrangements: A Need for Judicial Cooperation?*, Retrieved January 20, 2016 from <http://www.ejtn.eu/>

โดยเด็กจะสามารถเข้าถึงข้อมูล (Biological Parents) ดังกล่าวได้เมื่อมีอายุครบ 18 ปี อย่างไรก็ตามกฎหมายที่ปรับปรุงใหม่นี้ไม่มีการกล่าวอ้างไปถึงกรณีของการตั้งครรภ์แทน ซึ่งเป็นกรทำให้หญิงอื่นเป็นผู้ตั้งครรภ์แทนคู่รัก คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อรักษาการมีบุตรยาก<sup>77</sup> การตั้งครรภ์แทนในสาธารณรัฐฝรั่งเศสยังคงถือว่าการกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมายภายในประเทศ

การวางหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนพิจารณาในประเทศอังกฤษที่มีการออกกฎหมายอนุญาตให้สามารถกระทำได้และสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่มีการกำหนดห้ามไม่ให้มีการตั้งครรภ์แทนพิจารณาต่อมาถึงประเทศที่มีหลายมลรัฐเช่น สหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นประเทศที่มีทั้งมลรัฐที่ยอมรับการตั้งครรภ์แทนว่าเป็นการกระทำที่ถูกต้องตามกฎหมายและมลรัฐที่ไม่ยอมรับการตั้งครรภ์แทนโดยหนึ่งในสิทธิเสรีภาพที่ได้รับการรับรองภายใต้รัฐธรรมนูญคือสิทธิและเสรีภาพในการสืบพันธุ์ (Procreative Rights and Liberty) การตั้งครรภ์แทนก็นับเป็นสิ่งที่มีความสำคัญกับการใช้สิทธิและเสรีภาพในการสืบพันธุ์ของหญิงที่ไม่สามารถมีบุตรได้เองตามธรรมชาติ หญิงนั้นย่อมที่จะมีสิทธิและเสรีภาพที่จะมีบุตรเพื่อเป็นทายาทของตนโดยอาศัยการตั้งครรภ์แทน<sup>78</sup> สืบเนื่องจากสหรัฐอเมริกาไม่มีกฎหมายในระดับรัฐบาลกลาง (Federal Law) ว่าด้วยเรื่องการตั้งครรภ์แทนออกมามีใช้บังคับ การรับตั้งครรภ์แทนจึงมักจะมีปัญหาในการวินิจฉัยอยู่เสมอว่ามีความชอบตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ด้วยความที่สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่เป็นรัฐรวมในแต่ละมลรัฐก็มีการตรากฎหมายที่แตกต่างกัน โดยมี 18 มลรัฐที่มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนเอาไว้จากทั้งหมด 50 มลรัฐ<sup>79</sup> แต่ละรัฐก็มีการวางหลักจากการนำคำพิพากษาในคดีเรื่องตั้งครรภ์แทนหลายคดีจนกลายเป็นการสร้างหลักกฎหมาย (Common Law) ซึ่งก็จะมีความแตกต่างกันในแต่ละมลรัฐ เช่น บางมลรัฐการจ่ายค่าตอบแทนแก่ผู้รับตั้งครรภ์แทนถือได้ว่าเป็นความผิด แต่ในบางมลรัฐสามารถกระทำได้โดยไม่มีผลผูกพันขึ้นอยู่กับการวางแผนนโยบายในแต่ละมลรัฐหรือขึ้นอยู่กับการตีความของศาลในแต่ละมลรัฐ โดยในมลรัฐเวอร์จิเนีย ได้มีการวางหลักการ และเงื่อนไขสำหรับการตั้งครรภ์แทนไว้โดยการออกกฎหมายของมลรัฐเวอร์จิเนียได้บัญญัติให้การรับรองสัญญาับตั้งครรภ์แทนว่าเป็นสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมาย สามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้โดยมีการห้ามไม่ให้มีการจ่ายค่าตอบแทนนอกเหนือจากค่ารักษาพยาบาลทางการแพทย์ที่จำเป็นเท่านั้น และห้ามการมีตัวกลางในการเลือกหรือจัดหาซึ่งหญิงที่รับ

<sup>77</sup> FRANCE 24, **French Parliament Votes to Extend IVF Rights to Lesbians and Single Women**, Retrieved July 7, 2021 from <https://www.france24.com/en/france/20210629-french-parliament-set-to-extend-ivf-rights-to-lesbians-and-single-women>

<sup>78</sup> Hannah McDermot, **Surrogacy Policy in The United States and Germany: Comparing the Historical, Economic and Social Context of Two Opposing Policies** (Master's thesis, Science, Technology, and Society (STS), Vassar College, 2012), p. 12.

<sup>79</sup> *ibid.*, p. 19.

ตั้งครรภ์แทน หรือการกระทำใด ๆ ที่มีลักษณะอันจะเป็นการชักจูงหรือจัดหา จัดการให้มีขึ้นซึ่งสัญญารับตั้งครรภ์แทนเพื่อค่าตอบแทน<sup>80</sup> โดยให้การยอมรับการทำสัญญาทั้งแบบ Traditional Surrogacy หมายถึง การตั้งครรภ์แทนของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะเป็นการตั้งครรภ์ด้วยวิธีการฉีดอสุจิไม่ว่าเป็นของสามีคู่นี้หรือที่ใช้อสุจิที่รับบริจาคมาฉีดเข้าไปในมดลูกหรือใช้วิธีการนำไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนกับอสุจิมา กระทำการตามวิธีการผสมเทียมกันในหลอดแก้วก่อนที่จะฉีดกลับเข้าไปในมดลูก เด็กที่ออกมาจะมีพันธุกรรมของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและแบบ Gestational Surrogacy หมายถึง การตั้งครรภ์แทนของหญิงโดยการเอาไข่กับอสุจิของผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนที่ผสมแล้วใส่เข้าไปในมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เด็กที่เกิดมาจะไม่มีพันธุกรรมที่เกี่ยวข้องกับหญิงที่รับตั้งครรภ์

มลรัฐนิวแฮมป์เชียร์ ก็ได้มีการวางหลักการ และเงื่อนไข การตั้งครรภ์แทนไว้ว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนในกฎหมายของมลรัฐนิวแฮมป์เชียร์นั้น กำหนดให้ต้องได้รับความเห็นชอบจากศาลก่อนเท่านั้น<sup>81</sup> ได้กำหนดให้คู่สัญญาทุกฝ่ายต้องมีอายุ 21 ปีขึ้นไป โดยผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นไม่จำเป็นต้องมีการสมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่หญิงที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์นั้นต้องไม่สามารถมีบุตรได้เองตามธรรมชาติโดยไม่เป็นอันตรายต่อตนเองและทารกในครรภ์โดยจะใช้ไข่ของตนเองหรืออสุจิของชายผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์ หรือจะใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็ได้ โดยกำหนดให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น ต้องเคยผ่านการมีบุตรมาแล้วอย่างน้อย 1 ครั้ง ต้องมีสุขภาพแข็งแรงไม่มีผลกระทบใด ๆ ต่อ

---

<sup>80</sup> Section 20-165 of The Code of Virginia (2001 Through Reg Session), Surrogate Brokers Prohibited; Penalty; Liability of Surrogate Brokers

(a) It is unlawful for any person, firm, corporation, partnership, or other entity to accept compensation for recruiting or procuring surrogates or to accept compensation for otherwise arranging or inducing an intended parent and surrogates to enter into surrogacy contracts in this Commonwealth. A violation of this section shall be punishable as a Class 1 misdemeanor

<sup>81</sup> Section 168-B:10 of the 2015 New Hampshire Revised Statutes

Enforceability of Gestational Carrier Agreement.—To best protect all parties entering into a gestational carrier arrangement, a gestational carrier agreement shall meet the minimum requirements under RSA 168-B:11. A gestational carrier agreement that conforms to these requirements is a legal contract that is presumed to be valid and enforceable and is legally enforceable by the court. The parties to a gestational carrier agreement may petition the court for an order affirming the status of a gestational carrier agreement. The court shall issue such an order upon a finding that the agreement meets the minimum requirements under RSA 168-B:11.

การตั้งครรภ์แทน<sup>82</sup> โดยมลรัฐนิวแฮมเชียร์ยอมรับทั้งการตั้งครรภ์แทนทั้งแบบ Traditional Surrogacy และ Gestational Surrogacy เช่นเดียวกับรัฐเวอร์จิเนีย

มลรัฐฟลอริดาได้มีการวางหลักการ และเงื่อนไข การตั้งครรภ์แทนโดยสัญญาับตั้งครรภ์แทนนั้น หมายถึงแผนการรับบุตรบุญธรรมล่วงหน้า<sup>83</sup> โดยอนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนทั้ง Traditional Surrogacy ที่ใช้วิธีการฉีดอสุจิของชายผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนหรืออสุจิของผู้ที่บริจาคให้เข้าไปในมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนหรือผสมกันภายนอกในหลอดแก้วแล้วจึงฉีดกลับเข้าไปในมดลูกซึ่งเด็กที่เกิดมาจะมีพันธุกรรมของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน<sup>84</sup> กับคู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งต้องมี

---

<sup>82</sup> Section 168-B:17 of the 2013 New Hampshire Revised Statutes, Eligibility. –

I. All parties to a surrogacy contract shall be 21 years of age or older.

II. The intended mother shall be medically determined to be physiologically unable to bear a child without risk to her health or to the child's health.

III. The intended mother or the intended father shall provide a gamete to be used to impregnate the surrogate.

IV. The intended mother or surrogate shall provide the ovum.

V. No woman may be a surrogate, unless she has a documented history of at least one pregnancy and viable delivery. The surrogate shall be in good health without recurrent conditions that may affect pregnancy.

<sup>83</sup> Section 63.213 of the 2021 Florida Statutes Annotated, Preplanned Adoption Agreement.

(6) As Used in This Section, The Term: (h) “Preplanned Adoption Arrangement” means the arrangement through which the parties enter into an agreement for the volunteer mother to bear the child, for payment by the intended father and intended mother of the expenses allowed by this section, for the intended father and intended mother to assert full parental rights and responsibilities to the child if consent to adoption is not rescinded after birth by a volunteer mother who is genetically related to the child, and for the volunteer mother to terminate, subject to any right of rescission, all her parental rights and responsibilities to the child in favor of the intended father and intended mother.

<sup>84</sup> Section 63.213 of the 2021 Florida Statutes Annotated Preplanned Adoption Agreement.

ความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก<sup>85</sup> และ Gestational Surrogacy ซึ่งเป็นวิธีในการตั้งครรภ์แทนของหญิง โดยการเอาไข่กับอสุจิที่ผสมแล้วใส่เข้าไปในมดลูก เด็กที่ออกมาจะไม่มีพันธุกรรมที่เกี่ยวข้องกับหญิงที่รับตั้งครรภ์ โดยสัญญาว่ารับตั้งครรภ์แทนนั้นจำเป็นต้องมีการไว้ก่อนที่จะมีการตั้งครรภ์แทนโดยคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถบอกเลิกสัญญาได้ทุกเวลาโดยให้สิทธิแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในการแสดงเจตนาเพื่อรับเด็กในครรภ์ไว้เป็นบุตรภายใน 48 ชั่วโมงนับแต่เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นคลอดมา<sup>86</sup> โดยสัญญาต้องมีรายละเอียดถึงการเข้ารับบริการทางการแพทย์ตลอดระยะเวลาที่ตั้งครรภ์และการสละความเป็นบิดา มารดาของหญิงตั้งครรภ์แทนไว้เมื่อเด็กได้คลอดออกมา<sup>87</sup>

---

(6) As Used in This Section, The Term: (c) “Fertility Technique” means artificial embryonation, artificial insemination, whether in vivo or in vitro, egg donation, or embryo adoption.

<sup>85</sup> Section 742.13 of the 2021 Florida Statutes Annotated, Definitions.

(2) “Commissioning Couple” means the intended mother and father of a child who will be conceived by means of assisted reproductive technology using the eggs or sperm of at least one of the intended parents.

<sup>86</sup> Section 63.213 of the 2021 Florida Statutes Annotated, Preplanned Adoption Agreement.

(1) Individuals may enter into a preplanned adoption arrangement as specified in this section, but such arrangement may not in any way: (b) Constitute consent of a mother to place her biological child for adoption until 48 hours after the birth of the child and unless the court making the custody determination or approving the adoption determines that the mother was aware of her right to rescind within the 48-hour period after the birth of the child but chose not to rescind such consent. The volunteer mother’s right to rescind her consent in a preplanned adoption applies only when the child is genetically related to her.

<sup>87</sup> Section 742.15 of the 2021 Florida Statutes Annotated, Gestational Surrogacy Contract.

(3) A gestational surrogacy contract must include the following provisions:

(a) The commissioning couple agrees that the gestational surrogate shall be the sole source of consent with respect to clinical intervention and management of the pregnancy.

มลรัฐแคลิฟอร์เนียได้มีการวางหลักการ และเงื่อนไข การตั้งครรภ์แทนไว้โดยหลักการที่ใช้ใน ประเด็นการตั้งครรภ์แทนในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย นั้นจะใช้กฎหมายครอบครัวซึ่งมีการอนุวัติตาม Uniform Parentage Act โดยในมาตรา 7610<sup>88</sup> ในกฎหมายครอบครัวบัญญัติไว้ว่า ความสัมพันธ์ระหว่าง บิดา มารดากับบุตรนั้น เกิดได้ใน 2 กรณี คือ ความสัมพันธ์ระหว่างบิดา มารดากับเด็กตามธรรมชาติ จากการพิสูจน์ให้เห็นถึงการเป็นผู้ให้กำเนิดตามธรรมชาติของชาย หญิงผู้เป็นบิดา มารดาของเด็กนั้น หรือ เป็นความสัมพันธ์ระหว่างบิดา มารดาผู้รับบุตรบุญธรรมกับเด็กนั้น จากการพิสูจน์ให้เห็นถึงการรับเด็กนั้น เป็นบุตรบุญธรรมของชาย หญิงผู้เป็นบิดา มารดาผู้รับบุตรบุญธรรมของเด็กโดยจากการตีความตาม หลักเกณฑ์ในหมวดนี้ให้หมายรวมถึงการพิสูจน์ความสัมพันธ์ในทางสายพันธุ์ (Genetic Proof) และวิธีการ อื่น ๆ และในมาตรา 7613<sup>89</sup> ได้บัญญัติเกี่ยวกับกรณีการใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์ช่วยในการเจริญพันธุ์

---

(b) The gestational surrogate agrees to submit to reasonable medical evaluation and treatment and to adhere to reasonable medical instructions about her prenatal health.

(c) Except as provided in paragraph (e), the gestational surrogate agrees to relinquish any parental rights upon the child's birth and to proceed with the judicial proceedings prescribed under.

<sup>88</sup> Section 7610 of the California Family Code

The Parent and Child Relationship May Be Established as Follows:

(a) Between a child and the natural parent, it may be established by proof of having given birth to the child, or under this part.

(b) Between a child and an adoptive parent, it may be established by proof of adoption. (Amended by Stats. 2013, Ch. 510, Sec. 2. (AB 1403) Effective January 1, 2014.)

<sup>89</sup> Section 7613 of the California Family Code

(a) (1) If a woman conceives through assisted reproduction with semen or ova or both donated by a donor who is not the woman's spouse, with the consent of another intended parent, that intended parent is treated in law as if that intended parent is the natural parent of a child thereby conceived. The other intended parent's consent shall be in writing and signed by the other intended parent and the woman conceiving through assisted reproduction.

(2) Failure to consent in writing, as required by paragraph (1), does not preclude the court from finding that the intended parent consented if the court finds by clear and convincing evidence that, prior to the conception of the child, the woman and the intended

ไว้ว่า หญิงที่เป็นภรรยา นั้นหากตั้งครรภ์โดยการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์โดยการใช้อสุจิที่ได้รับบริจาคจากชายซึ่งมิใช่สามีโดยแพทย์ที่มีใบอนุญาตในการประกอบวิชาชีพ สามีของหญิงนั้นจะถือเป็นบิดา ผู้ให้กำเนิดของเด็กโดยชอบด้วยกฎหมายโดยสามีและภรรยาต้องแสดงความยินยอมในการรับบริจาคอสุจิ เป็นลายลักษณ์อักษร และให้ถือว่าชายผู้บริจาคอสุจิไม่เป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ดังกล่าวซึ่งในการบัญญัติกฎหมายในมาตรานี้มิได้ครอบคลุมถึงกรณีตั้งครรภ์แทน แต่สามารถอ้างคำพิพากษาอันมีผลเป็นการสร้างหลักกฎหมายตามระบบคอมมอนลอว์ คือ คดี Johnson v. Calvert

---

parent had an oral agreement that the woman and the intended parent would both be parents of the child.

(b) (1) The donor of semen provided to a licensed physician and surgeon or to a licensed sperm bank for use in assisted reproduction by a woman other than the donor's spouse is treated in law as if the donor is not the natural parent of a child thereby conceived, unless otherwise agreed to in a writing signed by the donor and the woman prior to the conception of the child.

(2) If the semen is not provided to a licensed physician and surgeon or a licensed sperm bank as specified in paragraph (1), the donor of semen for use in assisted reproduction by a woman other than the donor's spouse is treated in law as if the donor is not the natural parent of a child thereby conceived if either of the following are met:

(a) The donor and the woman agreed in a writing signed prior to conception that the donor would not be a parent.

(b) A court finds by clear and convincing evidence that the child was conceived through assisted reproduction and that, prior to the conception of the child, the woman and the donor had an oral agreement that the donor would not be a parent.

(3) Paragraphs (1) and (2) do not apply to a man who provided semen for use in assisted reproduction by a woman other than the man's spouse pursuant to a written agreement signed by the man and the woman prior to conception of the child stating that they intended for the man to be a parent.

(c) The donor of ova for use in assisted reproduction by a person other than the donor's spouse or nonmarital partner is treated in law as if the donor is not the natural parent of a child thereby conceived unless the court finds satisfactory evidence that the person providing ova and the person intended for the person providing ova to be a parent.

ในปี 1993 ซึ่งศาลได้ยอมรับสัญญาตั้งครรภ์แทนให้มีผลตามกฎหมายในคดีนี้ใช้วิธีการนำสุจิของชายอื่นเข้าสู่มดลูกของหญิงซึ่งรับตั้งครรภ์แทน โดยหญิงนั้นไม่มีความสัมพันธ์กับเด็ก ถือได้ว่าเป็นการตั้งครรภ์แทนตามกรรมวิธี Gestational Surrogacy ซึ่งเป็นวิธีในการตั้งครรภ์แทนของหญิงโดยการเอาไข่กับสุจิที่ผสมแล้วใส่เข้าไปในมดลูก เด็กที่ออกมาจะไม่มีพันธุกรรมที่เกี่ยวข้องกับหญิงที่รับตั้งครรภ์โดยศาลสูงสุดของมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้ตัดสินในคดีนี้ว่า สัญญารับจ้างตั้งครรภ์แทนนี้ไม่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและกำหนดให้เด็กที่เกิดจากกรรมวิธีดังกล่าวเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของบิดา มารดาผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นโดยในสัญญาว่าจ้างตั้งครรภ์แทนในคดีนี้นั้น นายและนาง Calvert ได้ว่าจ้างให้นาง Johnson ตั้งครรภ์แทนโดยการนำเชื้อของนายและนาง Calvert ที่ได้รับการผสมกันภายนอกมดลูกและฉีดกลับเข้าไปในมดลูกของนาง Johnson โดยกำหนดข้อตกลงในสัญญาไว้ให้นาง Johnson สละสิทธิการเป็นผู้ปกครองให้แก่ นายและนาง Calvert โดยนาง Johnson จะได้รับค่าตอบแทนจำนวน 200,000 เหรียญ โดยในระหว่างที่ตั้งครรภ์นั้นนาง Johnson ได้ทำการข่มขู่ นายและนาง Calvert ว่าจะไม่ทำการส่งมอบทารกในครรภ์ให้หากไม่ได้รับค่าตอบแทนที่เหลือ นายและนาง Calvert นำคดีขึ้นสู่ศาลชั้นต้นให้พิจารณาถึงความเป็นบิดา มารดาของตนตามกฎหมายเด็ก ซึ่งศาลชั้นต้นก็มีคำสั่งให้เด็กนั้นอยู่ในความดูแลของนายและนาง Calvert โดยให้นาง Johnson มีสิทธิเยี่ยมเด็ก คดีถูกนำขึ้นสู่ศาลอุทธรณ์ โดยศาลอุทธรณ์ได้มีคำวินิจฉัยว่า นายและนาง Calvert เป็นบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมานาง Johnson ไม่มีสิทธิใดต่อตัวเด็ก ให้สัญญารับจ้างตั้งครรภ์แทนดัง

กล่าวมีผลบังคับตามกฎหมายทำให้นาง Johnson ไม่มีสิทธิเยี่ยมเด็ก จนในศาลชั้นสูงสุดของมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้มีคำวินิจฉัยว่า นายและนาง Calvert ได้มีความพยายามในการมีบุตรโดยใช้เชื้อของทั้งคู่ กล่าวคือใช้สุจิของนาย Calvert และไข่ของนาง Calvert นำมาปฏิสนธิกันภายนอกในร่างกายอันเป็นกรรมวิธีในการใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์ช่วยในการเจริญพันธุ์ของทั้งสองเพื่อตนไม่มีเจตนาที่จะบริจาคเชื้อที่ได้รับการปฏิสนธิแล้วให้แก่ นาง Johnson แต่อย่างไร อีกประเด็นที่ต้องวินิจฉัยคือเจตนาของคู่สัญญาขณะที่มีการปฏิสนธิ สุดท้ายแล้วศาลสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยว่าสัญญารับจ้างตั้งครรภ์แทนไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน นายและนาง Calvert เป็นบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก สัญญารับจ้างตั้งครรภ์แทนมีผลบังคับทางกฎหมายและเด็กที่เกิดเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน (Contracting Parents)<sup>90</sup>

<sup>90</sup> Section 7610 of the California Family Code

(a) “Natural parent” as used in this code means a nonadoptive parent established under this part, whether biologically related to the child or not.

(b) “Parent and Child Relationship” as used in this part means the legal relationship existing between a child and the child’s natural or adoptive parents incident to which the

ต่อมาได้มีคดี *In re Marriage of Buzzanca* ในปี 1998 ข้อเท็จจริงมีว่านายและนาง Buzzanca มีความประสงค์ที่จะมีบุตรด้วยวิธีการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์โดยการใช้ทั้งอสุจิและไข่ที่ได้รับจากการบริจาคจากบุคคลไม่ทราบชื่อ (Anonymous Donors) โดยนำมาปฏิสนธิกันภายนอก (In Vitro Fertilization) แล้วจึงนำมาฝังตัวในมดลูกของหญิงซึ่งรับตั้งครรภ์แทน โดยก่อนถึงกำหนดคลอด 1 เดือน นายและนาง Buzzanca ได้แยกทางกัน เมื่อคลอดบุตรมาแล้วนาง Buzzanca จึงได้ฟ้องเรียกค่าเลี้ยงดูบุตรต่อนาย Buzzanca ซึ่งในคดีนี้ศาลชั้นต้นได้มีคำวินิจฉัยว่านาย Buzzanca มีใช้บิดาโดยชอบของเด็กจึงไม่มีหน้าที่ต่อเด็กในการอุปการะเลี้ยงดู จึงไม่ต้องจ่ายค่าเลี้ยงดูเด็กนั้นแต่อย่างใดทั้งยังวินิจฉัยอีกว่าไม่มีบุคคลใดเป็นบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น ประเด็นที่ต้องวินิจฉัยแห่งคดีนี้จึงมีว่าผู้ใดจึงจะเป็นบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมา ระหว่างสามี ภรรยาผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนบุคคลผู้ให้บริจาคอสุจิและไข่ที่ใช้ในการปฏิสนธิ หรือจะเป็นหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนและสามีของหญิงนั้น แต่ในชั้นอุทธรณ์ได้วินิจฉัยให้นายและนาง Buzzanca เป็นบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น โดยให้เหตุผลไว้ว่าเด็กนั้นย่อมไม่มีทางเกิดขึ้นหากนายและนาง Buzzanca ไม่นำเอาอสุจิและไข่ที่รับบริจาคมาปฏิสนธิกัน ตลอดจนเป็นผู้จัดการให้นำเชื้อที่ได้รับการปฏิสนธิแล้วนั้นฝังไว้ในมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ศาลจึงสั่งให้นาง Buzzanca เป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กโดยหลักของความยินยอม (Consent) ของนาง Buzzanca ที่ทำให้เกิดการดำเนินการใช้เทคโนโลยีช่วยในการตั้งครรภ์แทนจนนำไปสู่การเกิดของเด็กนั้นประกอบกับหลักการแสดงเจตนาของนาง Buzzanca ที่ประสงค์จะเป็นผู้ปกครองตามที่ปรากฏในสัญญาตั้งครรภ์แทนตามหลักเหตุผลแห่งคดีนายและนาง Calvert

คดี *Moschetta v. Jordan* ซึ่งปรากฏข้อเท็จจริงว่าสามี ภรรยาไม่สามารถมีบุตรด้วยวิธีตามธรรมชาติได้จึงได้ใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์ช่วยในการเจริญพันธุ์ด้วยวิธีนำอสุจิของสามี กับไข่ของหญิงซึ่งเป็นหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนด้วยอันเป็นการตั้งครรภ์แทนด้วยวิธี Traditional Surrogacy โดยมีข้อกำหนดว่าเมื่อคลอดหญิงนั้นต้องส่งมอบเด็กที่เกิดมาให้ผู้ว่าจ้างผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนใน

---

law confers or imposes rights, privileges, duties, and obligations. The term includes the mother and child relationship and the father and child relationship.

(c) This part does not preclude a finding that a child has a parent and child relationship with more than two parents.

(d) For purposes of state law, administrative regulations, court rules, government policies, common law, and any other provision or source of law governing the rights, protections, benefits, responsibilities, obligations, and duties of parents, any reference to two parents shall be interpreted to apply to every parent of a child where that child has been found to have more than two parents under this part.

ข้อเท็จจริงเช่นนี้ศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายและชายผู้เป็นสามีที่เป็นเจ้าของอสุจิเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กโดยให้เหตุผลไว้ว่า ตามหลักของกฎหมายครอบครัว (UPA) นั้นเมื่อชัดเจนแล้วว่าหญิงผู้ให้กำเนิดเด็กมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่คลอดออกมานั้นย่อมที่จะเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กกรณีนี้จึงไม่จำเป็นต้องนำหลักความยินยอมมาใช้ในการวินิจฉัยคดีเช่นคดีของนายและนาง Calvert

ในส่วนพระราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์นั้น มีกฎหมายสำหรับการตั้งครรภ์แทนในกรณีที่ไม่ใช่การตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ โดย The Act Adopted ออกเมื่อ 1 เมษายน 1998<sup>91</sup> ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับกับการปรับใช้ในกระบวนการ Vitro Fertilization (IVF) อันเป็นกระบวนการที่ใช้ในการตั้งครรภ์แทนโดยอนุญาตให้กระทำได้ในกรณีคู่สมรสชาย หญิงเท่านั้น โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องผ่านการมีบุตรโดยบุตรต้องมีสุขภาพแข็งแรง สมบูรณ์อย่างน้อย 1 คน แต่มิได้ปิดกั้นในกรณีที่คู่สมรสเพศเดียวกัน หรือบุคคลเดี่ยวที่ประสงค์จะมีบุตรในกรณีที่ไม่ใช่การตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ โดยการตั้งครรภ์แทนในราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์นั้น ต้องเป็นไปในแนวทางที่กำหนดโดยสมาคมสูตินรีเวชวิทยา อันเป็นการกำหนดไปในทางอ้อมไปในกรณีของคู่สมรสเพศเดียวกันให้ไม่สามารถเข้าถึงการมีบุตรโดยใช้วิธีการตั้งครรภ์แทนในประเทศได้เนื่องจากมีการกำหนดการให้สารพันธุกรรมทั้งหมดจากคู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน แต่ก็ยังไม่มีข้อกำหนดห้ามในกรณีที่คู่สมรสเพศเดียวกันในการเข้าถึงการตั้งครรภ์แทนในการใช้วิธีการตั้งครรภ์แทนแบบดั้งเดิมหรือการใช้เทคโนโลยีระดับต่ำ ทั้งนี้จะต้องดำเนินการนอกกรอบของกฎหมายและต้องเป็นดำเนินการตั้งครรภ์แทนโดยไม่แสวงหาผลกำไรทางการค้าเท่านั้นถึงจะเป็นการตั้งครรภ์แทนที่ไม่ละเมิดกฎหมายการตั้งครรภ์แทนในประเทศ

การเป็นบิดา มารดาของเด็กที่เกิดโดยการตั้งครรภ์แทนในราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์นั้น กำหนดให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาของเด็ก และหากหญิงนั้นมีสามีให้ถือสามีเป็นบิดาของเด็กเว้นแต่จะได้ให้การปฏิเสธการเป็นบิดาไว้ ผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนสามารถเข้าร่วมเป็นผู้ปกครองเป็นบิดา มารดาของเด็กโดยการเข้ารับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นบุตรบุญธรรมตามกระบวนการเข้ารับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม

การกำหนดหลักการ และเงื่อนไขในการตั้งครรภ์แทนในประเทศที่ได้ทำการศึกษานั้นสามารถสรุปได้ถึงให้ความสำคัญในการกำหนดห้ามและมีบทลงโทษไว้อย่างชัดเจนถึงการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ มีเพียงในบางมลรัฐของสหรัฐอเมริกาที่สามารถกระทำได้โดยไม่มี ความผิดในการจ่ายค่าตอบแทนในการตั้งครรภ์แทน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับการวางแนวนโยบายในแต่ละมลรัฐหรือขึ้นอยู่กับการศึกษาของศาลในแต่ละมลรัฐ ทั้งนี้มีการให้ความสำคัญของความพร้อมของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนถึงการมีสุขภาพที่สมบูรณ์พร้อม

---

<sup>91</sup> Brunet, Laurence; Derek King; Konstantina Davaki; Julie McCandless; Claire Marzo, and Janeen Carruthers, *op. cit.*, pp. 302-303.

มีประสบการณ์ในการตั้งครรภ์มาแล้วโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีความพร้อมทั้งทางร่างกายและจิตใจโดยมีทั้งบางประเทศที่กำหนดโดยชัดเจนไปในตัวบทกฎหมายและในบางประเทศก็กำหนดไว้เป็นเงื่อนไขในการตั้งครรภ์แทน ในขณะที่สาธารณรัฐฝรั่งเศสที่กำหนดถึงการตั้งครรภ์แทนว่าเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมายภายในประเทศจนส่งผลกระทบต่อสิทธิของเด็กที่เกิดโดยการตั้งครรภ์แทนในการมีผู้ปกครองในการได้รับการเลี้ยงดู แต่ก็ได้รับการแก้ไขในเวลาต่อมา โดยจะเห็นได้ว่าการสร้างครอบครัวของคู่สมรสในแต่ละประเทศนั้น การมีบุตรเป็นส่วนหนึ่งในกระบวนการดังกล่าวในการสร้างครอบครัวที่สมบูรณ์ตามความประสงค์ของคู่สมรสนั้นความไม่สมบูรณ์พร้อมของหญิง หรือคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรสามารถได้รับการแก้ไขได้ หนึ่งในวิธีแก้ไขนั้นคือวิธีการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่น เพื่อประโยชน์สูงสุดอันจะเกิดกับเด็กนั้นจึงไม่ควรมีความแตกต่างไปจากการสร้างครอบครัวของคู่สมรสอื่นทั่วไปที่ไม่มีปัญหาใด ๆ จากการตั้งครรภ์ด้วยตนเองเมื่อเป็นเช่นนี้ เด็กที่เกิดมาจึงควรได้รับสิทธิต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการได้รับการเลี้ยงดู การมีสิทธิในการมีผู้ปกครองที่ถูกต้องตามกฎหมาย การได้รับการยอมรับและที่สำคัญ คือไม่มีความเลื่อมล้ำของสิทธิกับเด็กที่เกิดโดยวิธีธรรมชาติทั้งนี้ก็ขึ้นกับการวางหลักการ และเงื่อนไขในการตั้งครรภ์แทนของกฎหมายภายในของประเทศนั้นเอง

### 3.1.2 วิธีการในการดำเนินให้มีการตั้งครรภ์แทน

ในประเทศอังกฤษนั้นได้มีการจัดให้มีผู้จัดการที่มีหน้าที่จัดการในการตั้งครรภ์แทนโดยให้คำปรึกษาและ/หรือจัดหาผู้รับตั้งครรภ์แทน และ/หรือผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนโดยไม่แสวงหากำไรจากการกระทำดังกล่าวสามารถกระทำได้ และการตั้งครรภ์แทนนั้นต้องกระทำโดยแพทย์ดังที่ได้กำหนดไว้ใน Human Fertilisation and Embryology Act 1990 โดยการตั้งครรภ์แทนนั้น เป็นหนึ่งในกรณีที่ต้องกระทำโดยแพทย์ดังที่ได้กำหนดไว้ใน Human Fertilisation and Embryology Act 1990 กล่าวคือเป็นการกระทำที่มีความเกี่ยวข้องกับตัวอ่อนของมนุษย์ซึ่งได้บัญญัติไว้ว่าต้องกระทำโดยแพทย์ ณ สถานพยาบาลที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น โดยการทำนั้นต้องไม่เป็นการกระทำในเชิงพาณิชย์

ในอีกวิธีการหนึ่งที่ใช้ในสหรัฐอเมริกา มลรัฐเวอร์จิเนียได้บัญญัติกฎหมายให้มีสัญญารับตั้งครรภ์แทนที่จะมีผลบังคับตามกฎหมาย 2 ประเภท คือสัญญาที่ได้รับความเห็นชอบจากศาลก่อน (Court-Approved Surrogacy Contract) กับสัญญาที่ไม่ได้รับการเห็นชอบจากศาล (Court-Reformed Surrogacy Contract) ในขณะที่มลรัฐนิวแฮมป์เชียร์ได้ใช้วิธีการการยื่นคำร้องต่อศาลในการขอความเห็นชอบในการตั้งครรภ์แทนโดยคู่สัญญาทุกฝ่ายต้องแสดงหลักฐานต่อศาลถึงการให้ความยินยอมโดยชัดแจ้งและต้องมีรายละเอียดตามที่ระบุไว้ใน § 168-B:25 กล่าวคือสัญญาต้องไม่กำหนดรายละเอียดใด ๆ อันเป็นการขัดต่อศีลธรรมอันดีหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย และต้องรับคำปรึกษาได้รับการประเมินผลจากผู้เชี่ยวชาญตามที่ได้บัญญัติไว้ใน § 168-B:18-19 และต้องได้รับการรับรองจากผู้เชี่ยวชาญว่าคู่สัญญาทุกฝ่ายมีคุณสมบัติในการดำเนินการ

เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนได้และในสัญญารับตั้งครรภ์แทนนั้นจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์สูงสุดของเด็กที่จะเกิดมาเป็นสำคัญ ในขณะที่มลรัฐฟลอริดาได้กำหนดไว้เพียงว่าให้มีการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนก่อนที่หญิงจะมีการตั้งครรภ์เท่านั้น

มลรัฐแคลิฟอร์เนียได้มีการกำหนดไว้ในกฎหมายครอบครัวโดยได้บัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดความเป็นบิดา มารดา อันเพื่อรองรับเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยวิธีผสมเทียมในมาตรา 7613<sup>92</sup> กำหนดไว้ว่าหากภรรยาตั้งครรภ์โดยใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ด้วย

---

<sup>92</sup> Section 7613 of the California Family Code

(a) (1) If a woman conceives through assisted reproduction with semen or ova or both donated by a donor not her spouse, with the consent of another intended parent, that intended parent is treated in law as if he or she were the natural parent of a child thereby conceived. The other intended parent's consent shall be in writing and signed by the other intended parent and the woman conceiving through assisted reproduction.

(2) Failure to consent in writing, as required by paragraph (1), does not preclude the court from finding that the intended parent consented if the court finds by clear and convincing evidence that, prior to the conception of the child, the woman and the intended parent had an oral agreement that the woman and the intended parent would both be parents of the child.

(b) (1) The donor of semen provided to a licensed physician and surgeon or to a licensed sperm bank for use in assisted reproduction by a woman other than the donor's spouse is treated in law as if he were not the natural parent of a child thereby conceived, unless otherwise agreed to in a writing signed by the donor and the woman prior to the conception of the child.

(2) If the semen is not provided to a licensed physician and surgeon or a licensed sperm bank as specified in paragraph (1), the donor of semen for use in assisted reproduction by a woman other than the donor's spouse is treated in law as if he were not the natural parent of a child thereby conceived if either of the following are met:

(a) The donor and the woman agreed in a writing signed prior to conception that the donor would not be a parent.

(b) A court finds by clear and convincing evidence that the child was conceived through assisted reproduction and that, prior to the conception of the child, the woman and the donor had an oral agreement that the donor would not be a parent.

การใช้อสุจิจากชายผู้บริจาค ซึ่งมีไข่สามี่ของตนต้องอยู่ภายใต้การดูแลของแพทย์หรือศัลยแพทย์ที่ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพเท่านั้น

ราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์ กำหนดให้มีการแจ้งต่อผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องทุกฝ่ายถึงข้อดี ข้อเสีย ผลกระทบของการตั้งครรรค์แทน โดยกำหนดให้แจ้งทั้งการแจ้งโดยวาจาและการแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษร โดยแจ้งกับหญิงที่รับตั้งครรรค์แทน รวมไปถึงคู่ชีวิตของหญิงที่รับตั้งครรรค์แทน (ถ้ามี) และแจ้งกับคู่สมรส ผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรรค์แทนไม่ว่าจะเป็นในเชิงจิตวิทยาหรือในแง่ของกฎหมายทั้งยังตั้งข้อสังเกตให้หญิงที่รับตั้งครรรค์แทนนั้นต้องผ่านการให้กำเนิดเด็กที่สมบูรณ์ดี รวมไปถึงการมีครอบครัวที่สมบูรณ์ของหญิงนั้นด้วย รวมไปถึงการกำหนดช่วงอายุของหญิงที่รับตั้งครรรค์แทนไว้ที่ 44 ปี ทั้งนี้เพื่อลดความเสี่ยงอันอาจจะเกิดขึ้นจากความสมบูรณ์ของหญิง<sup>93</sup> และหญิงผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรรค์แทนที่ 40 ปี<sup>94</sup>

การกำหนดวิธีการในการดำเนินการให้มีการตั้งครรรค์แทนในแต่ละประเทศที่ได้ทำการศึกษานั้นผู้เขียนพบว่าได้มีการลงรายละเอียดให้คู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรรค์แทนต้องกระทำการตั้งครรรค์แทนผ่านผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับการอนุญาตให้ดำเนินการเท่านั้น ส่วนการทำสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างคู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรรค์แทนกับหญิงที่รับตั้งครรรค์แทนนั้นมีการกำหนดไว้แตกต่างกันมีทั้งกำหนดให้มีการตกลงระหว่างกันเป็นลายลักษณ์อักษรที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากศาลก่อนที่จะมีการตั้งครรรค์แทนเท่านั้น หรือการแจ้งรายละเอียดวิธีการ ทั้งโดยวาจาและลายลักษณ์อักษรในกับทุกฝ่ายที่มีส่วนเกี่ยวข้อง การตั้งครรรค์แทนนั้นจึงจะไม่เป็นการละเมิดต่อกฎหมายภายใน และมีในบางประเทศเช่นประเทศอังกฤษที่เปิดกว้างว่าคู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรรค์แทนกับหญิงที่รับตั้งครรรค์แทนจะทำข้อตกลงระหว่างกันได้ โดยสามารถใช้บังคับได้กับข้อตกลงที่ทำขึ้นก่อนผู้รับตั้งครรรค์จะตั้งครรรค์เพื่อให้มีการมอบเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรค์แทนแก่ผู้ขอให้มีการตั้งครรรค์แทนเลี้ยงดูโดยทั้งนี้ไม่มีผลบังคับใช้กับข้อตกลงที่ได้ทำขึ้นหลังจากที่

---

(3) Paragraphs (1) and (2) do not apply to a man who provided semen for use in assisted reproduction by a woman other than the man's spouse pursuant to a written agreement signed by the man and the woman prior to conception of the child stating that they intended for the man to be a parent.

(c) The donor of ova for use in assisted reproduction by a person other than the donor's spouse or nonmarital partner is treated in law as if the donor were not the natural parent of a child thereby conceived unless the court finds satisfactory evidence that the person providing ova and the person intended for the person providing ova to be a parent.

<sup>93</sup> Brunet, Laurence; Derek King; Konstantina Davaki; Julie McCandless; Claire Marzo, and Janeen Carruthers, *op. cit.*, p 304.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 304.

ผู้รับตั้งครรภ์แทนได้ตั้งครรภ์ไปแล้ว แต่มิได้ปิดกั้นการตั้งครรภ์แทนที่ไม่มีการทำข้อตกลงระหว่างกันและไม่ใช้การตกลงกันในเชิงพาณิชย์ในการกำหนดวิธีการดำเนินการที่มีความแตกต่างกันนั้น สิ่งที่ถูกประเทศให้ความสำคัญคือความปลอดภัยและการทราบถึงรายละเอียดในวิธีการต่อทุกฝ่ายในการกระทำการตั้งครรภ์แทนทั้งในส่วนของร่างกายและจิตใจโดยในบางประเทศเช่นราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์ได้มีการให้ข้อสังเกตถึงคุณสมบัติของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนในประเด็นของอายุ ประสบการณ์ในการตั้งครรภ์ รวมไปถึงความสมบูรณ์ของครอบครัวอันจะส่งผลถึงสภาพจิตใจของหญิงระหว่างตั้งครรภ์ทั้งนี้ก็เพื่อความพร้อมรับมือกับปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นในระหว่างการตั้งครรภ์แทน ไปจนถึงการคำนึงถึงการไม่ขัดต่อคุณธรรม จริยธรรมอันดีทั้งนี้เพื่อไม่ให้มีการกระทบต่อสิทธิความเป็นอยู่ สิทธิในการอยู่รอดและสิทธิในการได้รับการพัฒนา รวมไปถึงการมีส่วนร่วมและสภาพจิตใจของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไปจนถึงสิทธิของเด็กอื่นที่อาศัยอยู่ในครอบครัวเดียวกัน

### 3.1.3 หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาต

การตั้งครรภ์แทนในประเทศอังกฤษนั้นสามารถทำข้อตกลงกันได้โดยจะใช้บังคับกับข้อตกลงที่จัดทำขึ้นก่อนผู้รับตั้งครรภ์แทนจะตั้งครรภ์โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะมอบเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้ผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนไปเลี้ยงดูโดยพระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่นำไปใช้บังคับกับข้อตกลงที่ทำขึ้นหลังจากที่ผู้รับตั้งครรภ์แทนได้ตั้งครรภ์ไปแล้วในส่วนของเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาตนั้นจะมีบัญญัติไว้ใน Human Fertilisation and Embryology Act 1990 สืบเนื่องจากการให้ความสำคัญของสวัสดิภาพของเด็กที่จะถือกำเนิดจากเทคโนโลยีช่วยในการตั้งครรภ์แทน รวมไปถึงความจำเป็นที่เด็กนั้นจะต้องมีบิดา มารดา พิจารณารวมไปถึงเด็กอื่น ๆ ที่อาจจะได้รับผลกระทบจากการให้บริการโดยคำนึงถึงเงื่อนไขของความเหมาะสมในการเป็นบิดา มารดา ในการรักษาการมีบุตรยากของคู่สมรสโดยจะมีหน่วยงานที่ให้บริการด้านเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นจะต้องมีคณะกรรมการจริยธรรมเพื่อพิจารณาการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของคู่สมรสซึ่งเกณฑ์การตัดสินใจในการรับการรักษาจะเป็นไปโดยยึดหลักผลประโยชน์สูงสุดต่อเด็กที่จะกำเนิดมา หากคณะกรรมการมีความเห็นว่าหญิงไม่มีความเหมาะสม กล่าวคือ หญิงนั้นมีประวัติอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องกับการค้าประเวณี และมีความรู้ความเข้าใจในการเลี้ยงบุตรน้อยมาก หรือคู่สมรสที่ไม่มีความมั่นคงในความสัมพันธ์ ซึ่งเหตุผลเหล่านี้อาจส่งผลกระทบต่อสวัสดิภาพในการเจริญเติบโตของเด็กที่จะเกิดมาโดยเงื่อนไขของหญิงที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนนั้นจะต้องมีความผิดปกติทางร่างกายไม่สามารถมีบุตรได้ตามวิธีทางธรรมชาติหรือมีเหตุผลอันสมควรในทางการแพทย์ หากแพทย์กระทำการฝ่าฝืนแนวทางปฏิบัติที่ได้บัญญัติไว้แล้วนั้นอาจจะเป็นเหตุให้ถูกถอดใบอนุญาตได้<sup>95</sup>

<sup>95</sup> จักรกฤษณ์ ควรวจน์ และคณะ, *เรื่องเดิม*, หน้า 73-74.

มลรัฐเวอร์จิเนีย สหรัฐอเมริกา กฎหมายได้บัญญัติไว้ถึงการได้รับความเห็นชอบจากศาลก่อนที่จะมีการรับตั้งครรภ์แทนนั้นก็เพื่อให้คู่สัญญาได้มีการทบทวนในการกระทำก่อน ทั้งยังเป็นการคำนึงถึงผลกระทบจากการตั้งครรภ์แทนของคู่สัญญาอีกครั้งอันจะเป็นคุณแก่คู่สัญญาทุกฝ่ายโดยมีการกำหนดไว้ว่า คู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นมีหน้าที่ในการยื่นคำร้องต่อศาลภายใน 7 วันนับตั้งแต่วันที่เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนคลอดออกมาว่า เด็กที่เกิดนั้นเป็นผลจากสัญญารับตั้งครรภ์แทนภายใน 300 วัน นับแต่หญิงได้เริ่มตั้งครรภ์โดยเมื่อผลการตรวจทางพันธุกรรมพบว่าหนึ่งในคู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กแล้วนั้นศาลจึงจะมีคำสั่งไปยังหน่วยทะเบียนของมลรัฐเวอร์จิเนียเพื่อให้ระบุว่า คู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนในสัญญานั้นเป็นบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กในสุดิตับตร แต่หากผลตรวจสอบทางพันธุกรรมระหว่างคู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์กับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมแล้วนั้นจะให้ถือว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและสามีเป็นมารดา บิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น คู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนจะได้สิทธิความเป็นบิดา มารดาได้ด้วยการขอรับบุตรบุญธรรมเท่านั้น<sup>96</sup> ในกรณีที่สัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่ได้รับความเห็นชอบจากศาลก่อนมีการตั้งครรภ์แทนนั้น จะถือว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาของเด็ก แต่หากพิสูจน์ได้ว่าหนึ่งในคู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนในสัญญานั้นมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กก็จะถือเอาตามความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกล่าวคือหากเด็กมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับหญิงคู่สมรส หญิงนั้นก็จะเป็นมารดาของเด็ก และหากเด็กมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับชายคู่สมรส ชายนั้นก็จะเป็นบิดาของเด็กนั่นเอง แต่หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นแสดงเจตนาที่จะใช้สิทธิความเป็นบิดา มารดาของเด็กแล้วนั้นโดยหญิงนั้นมีสามีและสามีของหญิงนั้นได้เข้าร่วมเป็นคู่สัญญาด้วย เช่นนี้ ความเป็นมารดา บิดาของเด็กจะอยู่ที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและสามีของหญิงนั้น หากเป็นกรณีที่คู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็ก หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กและสามีของหญิงนั้นหากเข้าร่วมเป็นคู่สัญญาก็จะเป็นบิดาโดย

---

<sup>96</sup> Section 20-158 of The Code of Virginia Annotated, Parentage of Child Resulting from Assisted Conception (d)

(d) Birth pursuant to court approved surrogacy contract.--After approval of a surrogacy contract by the court and entry of an order as provided in subsection D of § 20-160, the intended parents are the parents of any resulting child. However, if the court vacates the order approving the agreement pursuant to subsection B of § 20-161, the surrogate is the mother of the resulting child and her husband is the father. The intended parents may only obtain parental rights through adoption as provided in Chapter 12 (§ 63.2-1200 et seq.) of Title 63.2

ชอบด้วยกฎหมายของเด็กคู่สมรส คู่สัญญาที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นจะมีสิทธิเพียงขอรับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรมเท่านั้น<sup>97</sup> อย่างไรก็ตามความเป็นบิดา มารดานั้นจะสามารถเปลี่ยนแปลงได้หากคนหนึ่งคนใดในคู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กโดยที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นได้ยื่นคำร้องขอจดทะเบียนการเป็นมารดาของเด็ก ในเวลา 3 วันนับแต่วันที่เด็กนั้นได้คลอดออกมา ก็จะมีผลให้คู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเข้าเป็นบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น<sup>98</sup>

---

<sup>97</sup> Section 20-158 of The Code of Virginia Annotated, Parentage of Child Resulting from Assisted Conception (e)

(e) Birth pursuant to surrogacy contract not approved by court.—In the case of a surrogacy contract that has not been approved by a court as provided in § 20-160, the parentage of any resulting child shall be determined as follows:

1) The gestational mother is the child's mother unless the intended mother is a genetic parent, in which case the intended mother is the mother.

2) If either of the intended parents is a genetic parent of the resulting child, the intended father is the child's father. However, if (i) the surrogate is married, (ii) her husband is a party to the surrogacy contract, and (iii) the surrogate exercises her right to retain custody and parental rights to the resulting child pursuant to § 20-162, then the surrogate and her husband are the parents.

3) If neither of the intended parents is a genetic parent of the resulting child, the surrogate is the mother and her husband is the child's father if he is a party to the contract. The intended parents may only obtain parental rights through adoption as provided in Chapter 12 (§ 63.2-1200 et seq.) of Title 63.2.

4) After the signing and filing of the surrogate consent and report form in conformance with the requirements of subsection A of § 20-162, the intended parents are the parents of the child and the surrogate and her husband, if any, shall not be the parents of the child.

<sup>98</sup> Section 20-162 of The Code of Virginia Annotated, Contracts Not Approved by the Court; Requirements (a) (3)

(a) In the case of any surrogacy agreement for which prior court approval has not been obtained pursuant to § 20-160, the provisions of this section and §§ 20-156 through 20-159

มลรัฐนิวแฮมป์เชียร์ได้มีการกำหนดเงื่อนไขไว้ 3 ประการกล่าวคือในส่วนของคู่สัญญาทุกฝ่ายไม่ว่าจะเป็นผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนสามีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน (ถ้ามี) ต้องผ่านการรับคำปรึกษาในการรับตั้งครรภ์แทนก่อนที่จะเข้าทำสัญญาโดยห้ามการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ในทุกกรณีและประการสุดท้ายผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนมีหน้าที่ในการจัดเตรียมบริการทางการแพทย์ที่จำเป็นแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน<sup>99</sup>

---

and §§ 20-163 through 20-165 shall apply. Any provision in a surrogacy contract that attempts to reduce the rights or responsibilities of the intended parents, surrogate, or her husband, if any, or the rights of any resulting child shall be reformed to include the requirements set forth in this chapter. A provision in the contract providing for compensation to be paid to the surrogate is void and unenforceable. Such surrogacy contracts shall be enforceable and shall be construed only as follows: (3) Upon expiration of three days following birth of any resulting child, the surrogate may relinquish her parental rights to the intended parents, if at least one of the intended parents is the genetic parent of the child, by signing a surrogate consent and report form naming the intended parents as the parents of the child. The surrogate consent and report form shall be developed, furnished and distributed by the State Registrar of Vital Records. The surrogate consent and report form shall be signed and acknowledged before an officer or other person authorized by law to take acknowledgments. The surrogate consent and report form, a copy of the contract, and a statement from the physician who performed the assisted conception stating the genetic relationships between the child, the surrogate, and the intended parents, at least one of whom shall be the genetic parent of the child, shall be filed with the State Registrar within 180 days after the birth. The statement from the physician shall be signed and acknowledged before an officer or other person authorized by law to take acknowledgments. There shall be a rebuttable presumption that the statement from the physician accurately states the genetic relationships among the child, the surrogate and the intended parents. Where a physician's statement is not available, DNA testing establishing the genetic relationships between the child, the surrogate, and the intended parents may be substituted for the physician's statement

<sup>99</sup> Section 168-B:17-25 of the New Hampshire Revised Statutes

มลรัฐฟลอริดาที่มีข้อกำหนดว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นมีเงื่อนไขว่าคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นต้องเป็นสามี ภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายและต้องมีอายุมากกว่า 18 ปีขึ้นไป หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนนั้นก็ต้องมีอายุ 18 ปีขึ้นไปเช่นกัน<sup>100</sup> รายละเอียดของข้อตกลงนั้นภรรยาผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นต้องไม่สามารถที่จะตั้งครรภ์เองโดยธรรมชาติได้ หรือหากตั้งครรภ์แล้วอาจเกิดอันตรายต่อตนเองหรือเด็กในครรภ์ทั้งนี้ขึ้นกับความเห็นของแพทย์<sup>101</sup> มีการกำหนดเงื่อนไขเฉพาะกรณีที่มีการตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธิอกร่างกาย<sup>102</sup> คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนตกลงให้

---

<sup>100</sup> Section 742.15 of the Florida Statutes Annotated

Gestational Surrogacy Contract. — (1) Prior to engaging in gestational surrogacy, a binding and enforceable gestational surrogacy contract shall be made between the commissioning couple and the gestational surrogate. A contract for gestational surrogacy shall not be binding and enforceable unless the gestational surrogate is 18 years of age or older and the commissioning couple are legally married and are both 18 years of age or older.

<sup>101</sup> Section 742.15 of the Florida Statutes Annotated

Gestational Surrogacy Contract. — (2) The commissioning couple shall enter into a contract with a gestational surrogate only when, within reasonable medical certainty as determined by a physician licensed under chapter 458 or chapter 459:

- (a) The commissioning mother cannot physically gestate a pregnancy to term;
- (b) The gestation will cause a risk to the physical health of the commissioning mother; or
- (c) The gestation will cause a risk to the health of the fetus.

<sup>102</sup> Section 742.15 of the Florida Statutes Annotated

Gestational Surrogacy Contract. — (3) A gestational surrogacy contract must include the following provisions:

(a) The commissioning couple agrees that the gestational surrogate shall be the sole source of consent with respect to clinical intervention and management of the pregnancy.

(b) The gestational surrogate agrees to submit to reasonable medical evaluation and treatment and to adhere to reasonable medical instructions about her prenatal health.

หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวให้การให้ความยินยอมรับการบริการทางการแพทย์ในการจัดการอันเกี่ยวกับการดำเนินการตั้งครรภ์แทน

มลรัฐแคลิฟอร์เนียนั้นตามกฎหมายครอบครัวของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย การพิสูจน์ความเป็นมารดา มีได้หลายวิธี กล่าวคือ พิสูจน์ได้จากกาให้กำเนิดบุตรและการมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมระหว่างกัน ซึ่งในคดีของนายและนาง Calvert กับ นาง Johnson สามารถที่จะพิสูจน์ได้ทั้งสองวิธีกล่าว คือ นาง Calvert เป็นมารดาโดยการมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม และนาง Johnson มีความสัมพันธ์โดยการให้กำเนิดโดยตามกฎหมายแล้วนั้นศาลยังคงยอมรับให้เด็กมีมารดาได้เพียงคนเดียว<sup>103</sup> ซึ่งในคดีนี้ศาลมีความเห็นว่าหญิงใดมีเจตนาที่จะให้เด็กได้เกิดมา มีความประสงค์ที่จะเลี้ยงดูเด็กดังกล่าวจึงย่อมถือได้ว่าหญิงนั้นเป็นมารดาตามความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมโดยชอบด้วยกฎหมายแต่เพียงผู้เดียวโดยใช้หลักการแสดงเจตนา (Intent-Based Approach) โดยในมลรัฐแคลิฟอร์เนียไม่ได้กำหนดให้ผู้ประสงค์ที่จะมีบุตรต้องเป็นสามี ภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย<sup>104</sup> ซึ่งการนี้ได้กำหนดไว้ซึ่งกรณีของการสมรสเป็นสาระสำคัญของการตั้งครรภ์แทนนั้นจึงเป็นการเปิดช่องให้ชาย หญิงที่มีได้สมรสกันอย่างถูกต้องตามกฎหมาย หรือคู่รักเพศเดียวกันที่ประสงค์จะมีบุตรก็สามารถที่จะใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์ช่วยในการเจริญพันธุ์ได้ ซึ่งรวมถึงการตั้งครรภ์แทน<sup>105</sup> สามารถกระทำได้โดยไม่เป็นการละเมิดต่อกฎหมายภายในรัฐ

(c) Except as provided in paragraph (e), the gestational surrogate agrees to relinquish any parental rights upon the child's birth and to proceed with the judicial proceedings prescribed under s. 742.16.

(d) Except as provided in paragraph (e), the commissioning couple agrees to accept custody of and to assume full parental rights and responsibilities for the child immediately upon the child's birth, regardless of any impairment of the child.

(e) The gestational surrogate agrees to assume parental rights and responsibilities for the child born to her if it is determined that neither member of the commissioning couple is the genetic parent of the child.

<sup>103</sup> Section 7601 of the California Family Code

(c) This part does not preclude a finding that a child has a parent and child relationship with more than two parents.

<sup>104</sup> Section 7602 of the California Family Code

The parent and child relationship extends equally to every child and to every parent, regardless of the marital status of the parents.

<sup>105</sup> ัญญลักษณ์ เบ็ญจมนโน เตชะวุฒิพันธ์, “การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการ

ราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์มีการกำหนดให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นต้องมีอายุไม่เกิน 44 ปี และผ่านการมีบุตรที่มีสุขภาพสมบูรณ์ แข็งแรงมาแล้วอย่างน้อย 1 คน ในการกำหนดความเป็นบิดา มารดา ผู้ปกครองของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นอาศัยกฎหมายการรับบุตรบุญธรรมในการกำหนดความเป็นผู้ปกครองของคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน โดยไม่จำเป็นต้องมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก แต่อยู่บนเงื่อนไขที่ทั้งคู่สมรสและเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนต้องอาศัยอยู่ด้วยกันมาเป็นเวลา 3 ปีขึ้นไป<sup>106</sup> โดยเด็กนั้นต้องได้รับการเลี้ยงดู จากคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นมาแล้วไม่ต่ำกว่า 1 ปี<sup>107</sup> ทั้งนี้ไม่เปิดโอกาสกับบุคคลที่ไม่มีคู่สมรสก็สามารถรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้

การกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาตนั้นแต่ละประเทศได้ให้ความสำคัญของสวัสดิภาพของเด็กที่จะถือกำเนิดจากเทคโนโลยีช่วยในการตั้งครรภ์แทนโดยรวมไปถึงความจำเป็นที่เด็กนั้นจะต้องมีบิดา มารดา รวมไปถึงเด็กอื่น ๆ ที่อาจจะได้รับผลกระทบจากการให้บริการ โดยคำนึงถึงเงื่อนไขของความเหมาะสมในการเป็นบิดา มารดา โดยยึดหลักผลประโยชน์สูงสุดต่อเด็กเป็นสำคัญ อันจะมีความแตกต่างกันอยู่ในเรื่องของการพิจารณาอนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทน รวมไปถึงการกำหนดความเป็นบิดา มารดาโดยมีหลักการพิจารณาในเรื่องความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม ความพร้อมทั้งทางร่างกาย จิตใจ สถานภาพ การมีเจตนาในการประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน ทั้งนี้อยู่บนพื้นฐานของการตั้งครรภ์แทนนั้นต้องเกิดจากการไม่ละเมิดกฎหมายภายในของประเทศนั้น ๆ

### 3.1.4 ข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน และค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในการตั้งครรภ์

การกำหนดข้อตกลงในการตั้งครรภ์แทนในประเทศอังกฤษนั้นจะต้องกระทำกันก่อนที่หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนจะเริ่มกระบวนการตั้งครรภ์ โดยจะกำหนดให้มีค่าใช้จ่ายที่จะมอบให้กับหญิงที่รับตั้งครรภ์

---

เจริญพันธุ์ทางการแพทย์: ศึกษาเปรียบเทียบจากกฎหมายและคำพิพากษาของประเทศสหรัฐอเมริกา,”

วารสารกฎหมายเปรียบเทียบศาลยุติธรรม 4 (เมษายน 2555): 139-163.

<sup>106</sup> M. J. Vonk, Natherland: Maternity for Another: A Double Dutch Approach, In *Gestation pour autrui: Surrogate Motherhood* (dir. F. Moneger), coll. *Collques*, Vol. 14, *Proceedings of the 8th Congres of International Comparative Law, Held in Washington DC 2010*, (Paris: Society of Comparative Legislation, 2011), p. 212.

<sup>107</sup> Michèle André, Alain Milon and Henri de Richemont, *Contribution a la Reflexion sur la matrmite pour autrui, au nom de la commission des affaires sociales et de la Commission des Lois Information Report n° 421, 25 June 2008, French Senate*, p. 27, Retrieved May 11, 2021 from [www.senat.fr/rap/r07-421/r07-4211.pdf](http://www.senat.fr/rap/r07-421/r07-4211.pdf)

แทนโดยตรงได้โดยข้อตกลงในการรับตั้งครรภ์แทนไม่มีผลบังคับต่อคู่สัญญาฝ่ายใด<sup>108</sup> กล่าวคือไม่สามารถบังคับให้ผู้รับตั้งครรภ์แทนมอบเด็กให้ได้ตามสัญญารับตั้งครรภ์แทน หากผู้รับตั้งครรภ์ไม่ยินยอม<sup>109</sup> ผู้รับตั้งครรภ์แทนก็ไม่สามารถบังคับให้ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนชำระค่าตอบแทนแก่ตนได้แต่สามารถร้องขอให้ศาลมีคำสั่งได้ ศาลสามารถมีคำสั่งบังคับให้ผู้รับตั้งครรภ์แทนมอบเด็ก (อำนาจปกครอง) ให้แก่ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนได้ แม้ผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่ยินยอมโดยศาลจะพิจารณาจากสวัสดิภาพและประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ หากศาลเห็นว่าข้อตกลงที่ทั้งสองฝ่ายได้ทำกันไม่ได้เป็นผลดีต่อสวัสดิภาพของเด็ก ศาลย่อมมีอำนาจที่จะเพิกถอนหรือเปลี่ยนแปลงข้อตกลงดังกล่าวได้ การกำหนดข้อตกลงกันในกรณีการตั้งครรภ์นั้นสามารถกระทำได้แต่ไม่สามารถบังคับตามข้อตกลงกันระหว่างคู่สัญญาได้<sup>110</sup>

สาธารณรัฐฝรั่งเศส การตั้งครรภ์แทนจะเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายและมีบทกำหนดโทษในทางแพ่ง ในมาตรา 16-7 และมาตรา 16-9 ได้บัญญัติให้การรับตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม สัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายให้ถือว่าสัญญาตกเป็นโมฆะเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

มลรัฐเวอร์จิเนียนั้นได้วางหลักไว้ว่า สัญญารับตั้งครรภ์แทนนั้นจะมีผลบังคับตามกฎหมายได้ 2 ประเภท กล่าวคือสัญญาที่ได้รับการเห็นชอบจากศาลก่อนที่จะมีการรับตั้งครรภ์แทน (Court-Approved Surrogacy Contract) และสัญญาที่ไม่ได้รับความเห็นชอบจากศาลก่อนการรับตั้งครรภ์แทน (Court-Reformed Surrogacy Contract) โดยสัญญาที่จะขอรับความเห็นชอบจากศาลได้จะต้องมีข้อเท็จจริงที่ปรากฏในสัญญาว่าระหว่างคู่สัญญานั้นต้องสมัครใจเข้าทำสัญญา และไม่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับค่าตอบแทนในการรับตั้งครรภ์แทน โดยคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องปรากฏตัวต่อหน้าศาลเพื่อตรวจสอบสัญญาก่อนมีการลงนามในสัญญา โดยจะต้องทำก่อนที่จะมีการเริ่มกระบวนการตั้งครรภ์แทน<sup>111</sup> ทั้งนี้จะต้องมีคู่สัญญา

<sup>108</sup> Section 1A of the Surrogacy Arrangements Act 1985, No Surrogacy arrangement is enforceable by or against any of the persons making it.

<sup>109</sup> Department of Health, **Review of the Human Fertilisation and Embryology Act: A Public Consultation**, p. 55, Retrieved May 11, 2021 from <https://acmedsci.ac.uk/file-download/34948-AMSFinal.pdf>

<sup>110</sup> Section 36 Amendment of Surrogacy Arrangements Act 1985

(1) After Section 1 of the M1 Surrogacy Arrangements Act 1985 there is inserted—  
“1A Surrogacy arrangements unenforceable. No surrogacy arrangement is enforceable by or against any of the persons making it.”

<sup>111</sup> Section 20-160 of the Code of Virginia Annotated, Petition and Hearing for Court Approval of Surrogacy Contract; Requirements; Orders. (b) (4)

ฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตอำนาจศาล<sup>112</sup> ต้องมีการกำหนดค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับค่าบริการทางการแพทย์ และค่าใช้จ่ายจำเป็นอื่น ๆ รวมไปถึงมีการกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบในกรณีที่มีการตั้งครรภ์แทน สิ้นสุดลง การยกเลิกสัญญา รวมไปถึงในกรณีที่มีการละเมิดข้อสัญญาระหว่างคู่สัญญา<sup>113</sup> ในกรณีหากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีคู่สมรส คู่สมรสต้องเป็นคู่สัญญาด้วย<sup>114</sup> โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นจะต้องเคยผ่านการมีบุตรมาแล้วอย่างน้อย 1 ครั้ง และในการตั้งครรภ์อีกครั้งจะไม่มีความเสี่ยงในเรื่องสุขภาพกายและสุขภาพจิตอันจะส่งผลต่อทารกในครรภ์<sup>115</sup> โดยคู่สมรสของหญิงที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นต้องไม่

---

(4) All the parties have voluntarily entered into the surrogacy contract and understand its terms and the nature, meaning, and effect of the proceeding and understand that any agreement between them for payment of compensation is void and unenforceable.

<sup>112</sup> Section 20-160 of the Code of Virginia Annotated, Petition and Hearing for Court Approval of Surrogacy Contract; Requirements; Orders (a)

(a) Prior to the performance of assisted conception, the intended parents, the surrogate, and her husband shall join in a petition to the circuit court of the county or city in which at least one of the parties resides. The surrogacy contract shall be signed by all the parties and acknowledged before an officer or other person authorized by law to take acknowledgments.

<sup>113</sup> Section 20-160 of the Code of Virginia Annotated, Petition and Hearing for Court Approval of Surrogacy Contract; Requirements; Orders (b) (5)

(5) The agreement contains adequate provisions to guarantee the payment of reasonable medical and ancillary costs either in the form of insurance, cash, escrow, bonds, or other arrangements satisfactory to the parties, including allocation of responsibility for such costs in the event of termination of the pregnancy, termination of the contract pursuant to § 20-161, or breach of the contract by any party;

<sup>114</sup> Section 20-160 of the Code of Virginia Annotated. Petition and Hearing for Court Approval of Surrogacy Contract; Requirements; Orders. (b) (10)

(10) The husband of the surrogate, if any, is a party to the surrogacy agreement.

<sup>115</sup> Section 20-160 of the Code of Virginia Annotated. Petition and Hearing for Court Approval of Surrogacy Contract; Requirements; Orders (b) (6)

สามารถตั้งครรภ์ตามธรรมชาติด้วยตนเองได้<sup>116</sup> หรือหากมีการตั้งครรภ์แล้วอาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิงนั้นหรือต่อทารกในครรภ์ได้ และหนึ่งในคู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับทารกในครรภ์ที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน<sup>117</sup>

มลรัฐนิวแฮมป์เชอร์ในการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนนั้นได้กำหนดให้ในกรณีหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นมีสามี ต้องให้สามีของหญิงนั้นลงลายมือชื่อในสัญญา ที่ระบุไว้ด้วยว่า<sup>118</sup>หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและ

---

(6) The surrogate has had at least one pregnancy, and has experienced at least one live birth, and bearing another child does not pose an unreasonable risk to her physical or mental health or to that of any resulting child. This finding shall be supported by medical evidence.

<sup>116</sup> Section 20-160 of the Code of Virginia Annotated, Petition and Hearing for Court Approval of Surrogacy Contract; Requirements; Orders (b) (8)

(8) The intended mother is infertile, is unable to bear a child, or is unable to do so without unreasonable risk to the unborn child or to the physical or mental health of the intended mother or the child. This finding shall be supported by medical evidence.

<sup>117</sup> Section 20-160 of the Code of Virginia Annotated. Petition and Hearing for Court Approval of Surrogacy Contract; Requirements; Orders. (b) (9)

(9) At least one of the intended parents is expected to be the genetic parent of any child resulting from the agreement.

<sup>118</sup> Section 168-B:25 of the New Hampshire Revised Statutes 2013

168-B:25 Mandatory Terms of Surrogacy Contract. – A surrogacy contract shall be signed by the intended parents, the surrogate, and, if she is married, the surrogate's husband and shall include the following provisions:

I. The consent of the surrogate that she shall surrender custody of the child or accept the obligation of parenthood if she gives notice of intent to keep the child as provided in paragraph IV.

II. The consent of the husband of the surrogate, if any, that he shall surrender custody of the child or accept the obligation of parenthood, if the surrogate gives notice of intent to keep the child as provided in paragraph IV.

III. The consent of the intended parents that they shall accept the obligations of parenthood, unless the surrogate gives notice of intent to keep the child as provided in paragraph IV.

สามี (ถ้ามี) ยินยอมสละเด็กที่อยู่ในครรภ์แก่ผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน เว้นเสียแต่จะได้แสดงเจตนา รับเด็กนั้นไว้เองและยอมรับให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กซึ่งตนรับตั้งครรภ์ไว้เองและผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์ แทนยินยอมรับเด็กในครรภ์ไว้เป็นภาระในการเลี้ยงดู เว้นเสียแต่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะแสดงเจตนา รับเด็กไว้เอง

การแสดงเจตนาของหญิงที่รับตั้งครรภ์ในการรับเด็กไว้เองนั้น หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องแสดง เจตนาด้วยตนเองเท่านั้น โดยการทำเป็นหนังสือแสดงเจตนาดังกล่าวต่อผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน ภายใน 72 ชั่วโมงนับจากการให้กำเนิดเด็กนั้น แพทย์ผู้ที่ได้รับมอบหมายและผู้อำนวยการฝ่ายการแพทย์ ของโรงพยาบาลภายใน 72 ชั่วโมง ซึ่งสามารถขยายระยะเวลาได้ในกรณีที่มีพฤติการณ์พิเศษอันจะอ้างได้ ทั้งนี้สามารถจะขยายได้จนถึงหนึ่งสัปดาห์นับแต่การให้กำเนิดเด็ก บรรดาค่าใช้จ่ายทางการแพทย์นั้น

---

IV. The right of the surrogate to keep the child if at any time prior to 72 hours ต้ง after the birth of the child, the surrogate:

(a) Executes a signed writing of her intention to keep the child; and

(b) Delivers the writing to the intended parents, the attending physician, or the hospital medical director or designee.

This right may only be exercised personally by the surrogate and shall not be exercised by any guardian or other representative of the surrogate. Notice of intent to keep the child shall be given within 72 hours after the birth of the child, unless extenuating circumstances prevent the surrogate from making an informed decision, in which case the period shall be one week.

V. If the surrogate will receive a fee, a provision that fees shall be limited to:

(a) Pregnancy-related medical expenses, including expenses related to any complications occurring within 6 weeks after delivery and expenses related to the medical evaluation;

(b) Actual lost wages related to pregnancy, delivery and postpartum recovery, if absence from employment is recommended in writing by the attending physician;

(c) Health, disability and life insurance during the term of pregnancy and 6 weeks thereafter;

(d) Reasonable attorney's fees and court costs; and

(e) Counseling fees and costs associated with the nonmedical evaluations, and home studies for the surrogate and her husband, if any.

ผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนมีหน้าที่ในการจัดเตรียมบริการทางการแพทย์ที่จำเป็นแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนโดยจะต้องกำหนดไว้ในสัญญาการรับตั้งครรภ์แทน

มลรัฐฟลอริดาหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นตกลงที่จะรับการตรวจร่างกาย รับการผสมเทียมและปฏิบัติตามคำแนะนำของแพทย์ และตกลงยินยอมที่จะสละความเป็นมารดานับแต่เวลาที่เด็กได้คลอดออกมาเว้นแต่พิสูจน์ได้ว่าคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่มีความเกี่ยวข้องกับพันธุกรรมกับเด็กเลย หญิงนั้นจะกลับมามีสิทธิในความเป็นมารดา สิทธิในการปกครอง และมีความรับผิดชอบต่อกันที่ที่ได้คลอดออกมาทั้งนี้ไม่คำนึงถึงความผิดปกติของเด็กโดยนับจากวันที่เด็กได้คลอดออกมา 3 วัน คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนต้องยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งรับรองความเป็นบิดามารดาของตน หากในคู่สมรสแม่เพียงฝ่ายเดียวที่มีความเกี่ยวข้องกับพันธุกรรมกับเด็กก็จะถือได้แล้วว่าคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเป็นบิดา มารดาของเด็ก<sup>119</sup> ซึ่งเมื่อศาลได้มีคำสั่งรับรองความเป็นบิดามารดาแล้วนั้น

---

<sup>119</sup> Section 742.16 of the Florida Statutes Annotated

Expedited Affirmation of Parental Status for Gestational Surrogacy. —

(1) Within 3 days after the birth of a child delivered of a gestational surrogate, the commissioning couple shall petition a court of competent jurisdiction for an expedited affirmation of parental status.

(2) After the petition is filed, the court shall fix a time and place for hearing the petition, which may be immediately after the filing of the petition. Notice of hearing shall be given as prescribed by the rules of civil procedure, and service of process shall be made as specified by law for civil actions.

(3) Upon a showing by the commissioning couple or the child or the gestational surrogate that privacy rights may be endangered, the court may order the names of the commissioning couple or the child or the gestational surrogate, or any combination thereof, to be deleted from the notice of hearing and from the copy of the petition attached thereto, provided the substantive rights of any person will not thereby be affected.

(4) Notice of the hearing shall be given by the commissioning couple to:

- (a) The gestational surrogate.
- (b) The treating physician of the assisted reproductive technology program.
- (c) Any party claiming paternity.

จะถือได้ว่าคู่สมรสจะถูกสันนิษฐานทางกฎหมายว่า คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นเป็น บิดามารดาโดยสายเลือดของเด็กที่ได้คลอดออกมา มีสิทธิ หน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กนั้นไม่ว่าเด็กนั้นเมื่อคลอดจะมีสภาพร่างกายเป็นเช่นไรก็ตาม<sup>120</sup> แต่เมื่อหากพิสูจน์ในภายหลังได้ว่าคู่สมรสไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็ก สิทธิ หน้าที่ดังกล่าวจะกลับไปสู่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน<sup>121</sup> มลรัฐแคลิฟอร์เนียสามีของ

---

(5) All hearings held in proceedings under this section shall be held in closed court without admittance of any person other than essential officers of the court, the parties, witnesses, and any persons who have received notice of the hearing.

(6) The commissioning couple or their legal representative shall appear at the hearing on the petition. At the conclusion of the hearing, after the court has determined that a binding and enforceable gestational surrogacy contract has been executed pursuant to s. 742.15 and that at least one member of the commissioning couple is the genetic parent of the child, the court shall enter an order stating that the commissioning couple are the legal parents of the child.

(7) When at least one member of the commissioning couple is the genetic parent of the child, the commissioning couple shall be presumed to be the natural parents of the child.

(8) Within 30 days after entry of the order, the clerk of the court shall prepare a certified statement of the order for the state registrar of vital statistics on a form provided by the registrar. The court shall thereupon enter an order requiring the Department of Health to issue a new birth certificate naming the commissioning couple as parents and requiring the department to seal the original birth certificate.

(9) All papers and records pertaining to the affirmation of parental status, including the original birth certificate, are confidential and exempt from the provisions of s. 119.07(1) and subject to inspection only upon order of the court. The court files, records, and papers shall be indexed only in the name of the petitioner, and the name of the child shall not be noted on any docket, index, or other record outside the court file.

<sup>120</sup> Section 742.16 of the Florida Statutes Annotated, Expedited Affirmation of Parental Status for Gestational Surrogacy — (6)

<sup>121</sup> Section 742.16 of the Florida Statutes Annotated

หญิงที่ตั้งครรภ์แทนจะถือเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยถือ เป็น (Natural Father) โดยในกรณีนี้สามีต้องให้ความยินยอมภรรยาในการรับการใช้สุจิที่ได้รับจากการ บริจาคโดยทั้งสามีและภรรยาต้องลงลายมือชื่อไว้เป็นลายลักษณ์อักษร สำหรับชายผู้บริจาคสุจิไม่ถือว่าเป็น บิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์ มีการกำหนดให้คู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการ ตั้งครรภ์แทนเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการตั้งครรภ์แทนโดยรวมไปถึงค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่นอกเหนือ การครอบคลุมของกรมธรรม์ประกันสุขภาพและค่าใช้จ่ายของกระบวนการทางกฎหมายด้วยในประเด็นของ การบังคับตามข้อตกลงในการตั้งครรภ์แทนนั้นการที่จะมีข้อตกลงที่จะส่งมอบเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์ แทนให้แก่คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนจะถือเป็นโมฆะเนื่องจากเป็นข้อตกลงที่ขัดต่อความสงบ เรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนภายในประเทศดั่งนั้น การเข้าเป็นผู้ปกครองของเด็กต้องมาจากการ ยื่นขอรับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรมในส่วนของกรเพิกถอนความประสงค์ในการตั้งครรภ์แทนนั้นไม่ สามารถกระทำได้<sup>122</sup>

การกำหนดข้อตกลงและค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในกระบวนการตั้งครรภ์แทนในแต่ละประเทศนั้นมีความ แตกต่างกันในรายละเอียดอันส่งผลมาจากการกำหนดกฎหมายภายในของแต่ละประเทศซึ่งมีมุมมอง แตกต่างกันในแง่มุมของหลักเกณฑ์ในการกำหนดความเป็นบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิด จากการพัฒนา อันมีผลต่อสิทธิ หน้าที่ในการเลี้ยงดู สิทธิในการได้รับการปกครอง อันจะส่งผล กระทบต่อสิทธิในการอยู่รอด สิทธิในการได้รับการปกครอง สิทธิในการได้รับการพัฒนาและสิทธิในการมี ส่วนร่วมของเด็ก ซึ่งหลักผลประโยชน์อันสูงสุดที่จะเกิดขึ้นกับเด็กก็ยังคงเป็นหลักเกณฑ์สำคัญที่ศาลจะยก มาเป็นหลักในการพิจารณา

### 3.1.5 การยุติการตั้งครรภ์แทน

ในประเทศอังกฤษได้มีบัญญัติไว้ใน Section 37 ของ Human Fertilisation and Embryology Act 1990<sup>123</sup> และ Abortion Act of 1967 กล่าวคืออนุญาตให้ยุติการตั้งครรภ์ได้ด้วยเหตุอันจะรับรองได้

---

Expedited Affirmation of Parental Status for Gestational Surrogacy —3 (e) The gestational surrogate agrees to assume parental rights and responsibilities for the child born to her if it is determined that neither member of the commissioning couple is the genetic parent of the child.

<sup>122</sup> Brunet, Laurence; Derek King; Konstantina Davaki; Julie McCandless; Claire Marzo, and Janeen Carruthers, *op. cit.*, p. 310.

<sup>123</sup> Section 37 of Human Fertilisation and Embryology Act 1990, Amendment of Law Relating to Termination of Pregnancy.

---

1) For paragraphs (a) and (b) of section 1 (1) of the M1Abortion Act 1967 (grounds for medical termination of pregnancy) there is substituted—

“(a) that the pregnancy has not exceeded its twenty-fourth week and that the continuance of the pregnancy would involve risk, greater than if the pregnancy were terminated, of injury to the physical or mental health of the pregnant woman or any existing children of her family; or

(b) that the termination is necessary to prevent grave permanent injury to the physical or mental health of the pregnant woman; or

(c) that the continuance of the pregnancy would involve risk to the life of the pregnant woman, greater than if the pregnancy were terminated; or

(d) that there is a substantial risk that if the child were born it would suffer from such physical or mental abnormalities as to be seriously handicapped.”

(2) In Section 1 (2) of that Act, after “(a)” There is Inserted “or (b)”

(3) After Section 1 (3) of that Act there is inserted— “(3a) The power under subsection (3) of this section to approve a place includes power, in relation to treatment consisting primarily in the use of such medicines as may be specified in the approval and carried out in such manner as may be so specified, to approve a class of places.”

(4) For Section 5 (1) of that Act (effect on M2Infant Life (Preservation) Act 1929) there is substituted—

“(1) No offence under the Infant Life (Preservation) Act 1929 shall be committed by a registered medical practitioner who terminates a pregnancy in accordance with the provisions of this Act.”

(5) In Section 5 (2) of that Act, for the words from “the miscarriage” to the end there is substituted “a woman’s miscarriage (or, in the case of a woman carrying more than one foetus, her miscarriage of any foetus) is unlawfully done unless authorised by section 1 of this Act and, in the case of a woman carrying more than one foetus, anything done with intent to procure her miscarriage of any foetus is authorised by that section if—

(a) the ground for termination of the pregnancy specified in subsection (1) (d) of that section applies in relation to any foetus and the thing is done for the purpose of procuring the miscarriage of that foetus, or

โดยแพทย์ 2 คนโดยจะต้องเป็นการรับรองโดยสุจริต (Good Faith) กำหนดไว้ว่าอายุครรภ์ต้องไม่เกิน 24 สัปดาห์และหากปล่อยให้การตั้งครรภ์ดำเนินต่อไปจะเป็นอันตรายแก่กายและจิตใจ หรือมีผลกระทบต่อเด็ก ๆ ที่ดำรงชีวิตอยู่ในครรภ์ของหญิงนั้น หรือการตั้งครรภ์นี้หากดำเนินต่อไปจะเป็นอันตรายแก่ชีวิตร่างกาย จิตใจของหญิงที่ตั้งครรภ์ หรือมีความเสี่ยงอย่างมากต่อทารกที่อยู่ในครรภ์ว่าจะต้องทนทุกข์ทรมานจากความผิดปกติทางร่างกายหรือจิตใจ ซึ่งอาจจะเป็นเหตุให้เกิดภาวะความเสี่ยงที่จะพิการต่อทารกในครรภ์นั้น

ในมลรัฐเวอร์จิเนียการทำแท้งสามารถกระทำได้เมื่อจำเป็น เพื่อช่วยชีวิตหญิงในกรณีที่ต้องให้แพทย์ที่ได้รับใบอนุญาตยุติการตั้งครรภ์ของมนุษย์ หรือช่วยในการยุติการตั้งครรภ์ของมนุษย์โดยการทำแท้งหรือทำให้เกิดการแท้งบุตรกับหญิงคนใดคนหนึ่ง เพื่อดำรงไว้ซึ่งชีวิตของหญิงนั้นโดยต้องมีความเห็นของแพทย์<sup>124</sup>

การยุติการตั้งครรภ์ในมลรัฐนิวแฮมป์เชียร์โดยการใช้หรือ ยา เครื่องมือ สาร หรือ อุปกรณ์ใด ๆ โดยเจตนาเพื่อยุติการตั้งครรภ์ของหญิงที่ตั้งครรภ์ โดยมีเจตนาเพื่อการเพิ่มความน่าจะเป็นของการคลอดบุตร อันเพื่อชีวิตหรือสุขภาพของเด็กหลังคลอดหรือเพื่อการตั้งครรภ์นอกมดลูกหรือนำตัวอ่อนออกจากการแท้งบุตรที่เกิดขึ้นเอง<sup>125</sup> โดยมีเงื่อนไขว่าจะกระทำแก่หญิงในกรณีที่ถูกข่มขืนหรือเพื่อรักษาชีวิตของหญิงไว้

มลรัฐฟลอริดาหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่สามารถถอนความยินยอมหรือยกเลิกสัญญารับตั้งครรภ์แทนได้เว้นแต่เหตุในการเพิกถอนนั้นคือการที่คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กเลย<sup>126</sup>

---

(b) any of the other grounds for termination of the pregnancy specified in that section applies”

<sup>124</sup> Section 18.2-74.1 of The Code of Virginia Annotated. Abortion, etc., when necessary to save life of woman. In the event it is necessary for a licensed physician to terminate a human pregnancy or assist in the termination of a human pregnancy by performing an abortion or causing a miscarriage on any woman in order to save her life, in the opinion of the physician so performing the abortion or causing the miscarriage, §§ 18.2-71, 18.2-73 and 18.2-74 shall not be applicable.

<sup>125</sup> Section 132:23 Title X of the New Hampshire Statutes, et seq.

<sup>126</sup> Section 18.2-74.1 of The Code of Virginia Annotated. Abortion, etc., when necessary to save life of woman. In the event it is necessary for a licensed physician to terminate a human pregnancy or assist in the termination of a human pregnancy by performing an abortion or causing a miscarriage on any woman in order to save her life, in

มลรัฐแคลิฟอร์เนียการรักษาทงการแพทยใด ๆ ที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อทำให้เกิดการยุติการตั้งครรภ์ ยกเว้นเพื่อการคลอดบุตร<sup>127</sup> ต้องกระทำในโรงพยาบาลที่ได้รับการอนุมัติเป็นเอกฉันท์จากคณะกรรมการเวชศาสตร์โรงพยาบาลโดยจะกระทำโดยพิจารณาจากสุขภาพของมารดาหรือถูกข่มขืน การยุติการตั้งครรภ์ จะต้องกระทำโดยแพทย์ที่ได้รับการรับรอง

การยกเลิกการตั้งครรภ์แทนราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์ไม่มีการกำหนดไว้เป็นการเฉพาะแต่มีการกำหนดอายุครรภ์ในการยุติการตั้งครรภ์ไว้ที่ 24 สัปดาห์ในกฎหมาย Termination of Pregnancy Act (1984) ทั้งนี้เพื่อเหตุผลในทางสุขภาพของทั้งเด็กในครรภ์ที่ไม่สามารถดำรงการเติบโตต่อไปได้อย่างสมบูรณ์ และความปลอดภัยของหญิงที่ตั้งครรภ์<sup>128</sup>

การยุติการตั้งครรภ์แทนในแต่ละประเทศที่ทำการวิจัยนั้น จะยึดหลักในเรื่องของการยุติการตั้งครรภ์ในกฎหมายการทำแท้งซึ่งมีความแตกต่างกันในแต่ละประเทศ รวมไปถึงประเด็นของการยกเลิกสัญญาการตั้งครรภ์แทน โดยคำนึงถึงหลักของความปลอดภัยทั้งหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและเด็กที่อยู่ในครรภ์เป็นสำคัญ

### 3.1.6 ข้อห้ามของการตั้งครรภ์แทน

ในประเทศอังกฤษไม่มีห้ามการรับการตั้งครรภ์แทนไว้โดยตรงแต่การรับตั้งครรภ์แทนจะถูกควบคุมโดย Human Fertilisation and Embryology Act 1990 ในบางกรณี และให้ถือว่ากรกระทำดังต่อไปนี้เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย กล่าวคือการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ไม่ว่าจะเป็นการริเริ่ม หรือการมีส่วนเกี่ยวข้อง มีการเสนอหรือมีการยินยอมในการเจรจาต่อรองเพื่อให้เกิดขึ้นซึ่งการตั้งครรภ์แทนโดยยังรวมไปถึงการรวบรวมข้อมูลเพื่อใช้ในการดำเนินการหรือเจรจาต่อรองทั้งนี้ก็เพื่อให้มีการตั้งครรภ์แทน<sup>129</sup> ห้ามไม่ให้มีการโฆษณา ชักจูงให้บุคคลใด ๆ ที่ต้องการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนหรือที่ต้องการเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนการเผยแพร่ในหนังสือพิมพ์ สิ่งตีพิมพ์

สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้มีการกำหนดบทกำหนดโทษในฝ่าฝืนข้อห้ามการตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้กระทำต้องได้รับโทษทางอาญาบทกำหนดโทษ ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญา

---

the opinion of the physician so performing the abortion or causing the miscarriage, §§ 18.2-71, 18.2-73 and 18.2-74 shall not be applicable.

<sup>127</sup> Section 7613 of the California Family Code and Section 123450-123460 of the Health and Safety Code.

<sup>128</sup> Government of Netherlands, **Abortion**, Retrieved January 25, 2010 from <https://www.government.nl/topics/abortion>

<sup>129</sup> Peter De Cruz, **Comparative Healthcare Law** (London: Cavendish, 2001), p. 176.

มาตรา 227-12 และ 227-13 มี 2 กรณี คือ ยุยงหรือสนับสนุนให้ละทิ้งเด็กและปกปิดหรือแจ้งความอันเป็นเท็จเกี่ยวกับสถานะของเด็ก

มาตรา 227-12 <sup>130</sup> ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่าผู้ใดยุยงหรือสนับสนุนให้บิดา มารดา หรือ บิดา หรือมารดาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งละทิ้งเด็กที่เกิดมาแล้วหรือเด็กที่ยังอยู่ในครรภ์ เพื่อให้ได้มาซึ่ง เงิน สิ่งของ หรือประโยชน์อื่นใดโดยการให้คำมั่นสัญญา การข่มขู่ หรือการใช้อำนาจอย่างไม่เป็นธรรม ต้องโทษจำคุก 6 เดือนและปรับ £7,500 หรือเป็นตัวแทนกลางระหว่างผู้ที่อยากมีบุตรกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ต้องรับโทษจำคุก 1 ปี และปรับ £15,000 มาตรา 227-13 ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่าการเจตนาปกปิดหรือแจ้งข้อความอันเป็นเท็จเกี่ยวกับสถานะของเด็ก ต้องรับโทษจำคุก 3 ปี และปรับ £45,000 <sup>131</sup>

มลรัฐเวอร์จิเนียมีการห้ามการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์โดยมีการห้ามการจ่ายค่าตอบแทนที่นอกเหนือไปจากค่ารักษาพยาบาลทางการแพทย์ที่จำเป็นเท่านั้น

มลรัฐนิวแฮมป์เชียร์ที่มีห้ามการตั้งครรภ์แทนที่เกิดขึ้นโดยไม่ได้รับความเห็นชอบจากศาลก่อน และห้ามคู่สัญญาในการรับตั้งครรภ์แทนมีอายุต่ำกว่า 21 ปีเข้าทำสัญญา

---

<sup>130</sup> Section IV Offences Against Filiation of Article 227-12 of Penal Code

Article 227-12 The incitement of the parents or one of them to abandon a born or unborn child, made either for pecuniary gain, or by gifts, promises, threats or abuse of authority, is punished by six months' imprisonment and a fine of €7,500 €.

Acting for pecuniary gain as an intermediary between a person desiring to adopt a child and a parent desiring to abandon its born or unborn child is punished by one year's imprisonment and a fine of €15,000.

The penalties provided by the second paragraph apply to acting as an intermediary between a person or a couple desiring to receive a child and a woman agreeing to bear this child with the intent to give it up to them. Where the offence is habitually committed for pecuniary gain, the penalties incurred are doubled. Attempt to commit the offences referred to under the second and third paragraphs of the present article is subject to the same penalties.

<sup>131</sup> Section IV Offences Against Filiation of Article 227-13 of Penal Code

Article 227-13 Wilful substitution, false representation or concealment which infringes the civil status of a child is punished by three years' imprisonment and a fine of €45,000. Attempt to commit this offence is subject to the same penalties.

มลรัฐฟลอริดาได้มีการกำหนดให้สัญญาจ้างตั้งครรภ์แทนนั้นห้ามมิให้มีการกำหนดการจ่ายค่าตอบแทนอื่นใดนอกจากค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการกระบวนตั้งครรภ์แทน และค่าใช้จ่ายในชีวิตประจำวันตามที่เหมาะสมเท่านั้น<sup>132</sup>

มลรัฐแคลิฟอร์เนียไม่มีการกำหนดให้ผู้ที่ประสงค์จะมีบุตรต้องเป็นสามี ภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งสามารถตีความไปได้ว่าชาย หญิงที่อยู่กินฉันท์สามี ภรรยา รวมไปถึงคู่รักเพศเดียวกันที่ประสงค์จะมีบุตรด้วยกันก็สามารถใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์ช่วยในการเจริญพันธุ์ได้<sup>133</sup>

ราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์ห้ามการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ในทุกกรณี<sup>134</sup> การกำหนดข้อห้ามของการตั้งครรภ์แทนในแต่ละประเทศที่ผู้เขียนศึกษานั้น ทั้งหมดล้วนกำหนดห้ามการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ในทุกกรณีโดยเฉพาะอย่างยิ่งในสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีการห้ามการตั้งครรภ์แทนในประเทศทุกกรณีแต่ไม่ปิดกั้นการตั้งครรภ์แทนนอกประเทศ และบางมลรัฐในสหรัฐอเมริกาได้มีการกำหนดให้มีการขอความเห็นชอบจากศาลก่อนเข้าทำสัญญาการตั้งครรภ์แทน เช่น มลรัฐนิวแฮมป์เชียร์ ซึ่งจะเห็นว่าแม้การตั้งครรภ์แทนจะไม่เป็นการขัดต่อกฎหมายภายในแต่ก็ไม่สามารถจะกระทำได้ในทุกกรณีตามอำเภอใจ ซึ่งเงื่อนไขในการอนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนหรือไม่นั้นก็มีความแตกต่างกันไป ในกรณีของมลรัฐฟลอริดาห้ามการตั้งครรภ์แทนโดยการให้ผลตอบแทนอื่น ๆ ที่เกิดขึ้นในกระบวนการตั้งครรภ์แทน เป็นต้น

### 3.2 สิทธิของเด็กและการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์

สิทธิเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนั้น มีทั้งสิ้น 54 ข้อ จะประกอบด้วยสาระสำคัญเรื่องสิทธิของเด็ก 4 ด้าน ได้แก่ สิทธิในการอยู่รอด สิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครอง สิทธิที่จะได้รับการพัฒนาและสิทธิในการมีส่วนร่วม โดยทั้ง 4 ด้านจะคำนึงถึงหลักการไม่เลือกปฏิบัติ และคำนึงถึงประโยชน์สูงสุด

<sup>132</sup> Section 742.15 of the Florida Statutes Annotated

Gestational surrogacy contract. — (4) As part of the contract, the commissioning couple may agree to pay only reasonable living, legal, medical, psychological, and psychiatric expenses of the gestational surrogate that are directly related to prenatal, intrapartal, and postpartal periods.

<sup>133</sup> ธีญญลักษณ์ เบ็ญจมะโน เตชะวุฒิพันธ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 139-163.

<sup>134</sup> Brunet, Laurence; Derek King; Konstantina Davaki; Julie McCandless; Claire Marzo, and Janeen Carruthers, *op. cit.*, p. 310.

ของเด็กเป็นสำคัญ<sup>135</sup> สิทธิทั้ง 4 ด้านนี้ย่อมเป็นสิทธิที่เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนย่อมต้องได้รับอย่างเท่าเทียมกันกับเด็กทั่วไป และในกรณีใดที่เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนมีลักษณะเฉพาะที่จำเป็นต้องได้รับความคุ้มครองสิทธิแตกต่างจากเด็กทั่วไป ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องต้องปรับ ประยุกต์ หรือขยายขอบเขตหรือวิธีการให้ความคุ้มครองสิทธิที่สอดคล้องกับกรณีอย่างเหมาะสมเพื่อมิให้กระทบต่อสิทธิของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

### 3.2.1 สิทธิในการอยู่รอด

ในประเทศอังกฤษ สิทธิในการอยู่รอดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นพิจารณาตาม Human Fertilisation and Embryology Act 1990 ได้วางหลักการกำหนดสถานะความเป็นบิดา มารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไว้ 2 กรณี คือ กรณีหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายและกรณีหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือในกรณีที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายสามีของหญิงนั้นจะถือว่าเป็นบิดาโดยชอบของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนไม่ได้ให้ความยินยอมในการรับตั้งครรภ์แทนจึงจะไม่ถือว่าเป็นบิดาของเด็กโดยเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นก็จะถือว่าไม่มีบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ส่วนในกรณีที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายและการตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นการตั้งครรภ์แทนที่ดำเนินการโดยสถานพยาบาลที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย ชายผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนจะถือเป็นผู้บริจาคอสุจิเท่านั้นไม่ถือเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนแต่หากการตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้น ณ สถานที่ และโดยแพทย์ที่ไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย แต่เกิดขึ้นโดยที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนฉีดอสุจิเข้าไปในโพรงมดลูกด้วยตนเอง หรือมีเพศสัมพันธ์กับชายผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์ หากเป็นเช่นนี้จะถือว่าชายผู้เป็นเจ้าของอสุจินั้นเป็นบิดาของเด็กตามกฎหมายคอมมอนลอว์โดยให้หลักความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมระหว่างบิดากับเด็กในการพิจารณาความเป็นบิดาของเด็ก

การวางหลักกฎหมายถึงความเป็นบิดา มารดาของเด็กตามกฎหมายของประเทศอังกฤษนั้นความเป็นมารดาจะยึดหลักตามการให้กำเนิดโดยเคร่งครัดอันเนื่องมาจากกฎหมายของประเทศอังกฤษนั้นให้ความสำคัญกับระยะเวลาเก้าเดือนในการอุ้มท้องทารกในครรภ์ของหญิงโดยจะถือว่ามิสิทธิในความเป็นมารดาเหนือกว่าหญิงอื่น ส่วนความเป็นบิดาก็พิจารณาจากการให้ความยินยอมในการตั้งครรภ์แทนของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนซึ่งเป็นภรรยาหรือไม่ หากให้ความยินยอมตนก็จะเป็นบิดาของเด็กหากไม่ได้ให้ความยินยอมแล้วก็ไม่ถือว่าเป็นบิดาของเด็กที่เกิดโดยการตั้งครรภ์แทนเช่นนี้เมื่อพิจารณาถึงสิทธิของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น สิทธิในการมีบิดา มารดาโดยชอบตามหลักกฎหมายที่ยึดปฏิบัติในประเทศอังกฤษ

<sup>135</sup> องค์การยูนิเซฟ ประเทศไทย, **อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กคืออะไร**, ค้นวันที่ 15 มีนาคม 2565 จาก <http://www.unicef.org/thailand/th/what-is-crc>

นั่นเด็กมีสิทธิในการมีบิดา มารดาโดยมีสิทธิในการมีมารดาทั้งจากหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนซึ่งเป็นผู้ให้กำเนิด หรือเป็นหญิงผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน และสิทธิในการมีบิดาจากการเป็นสามีของหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทน หรือชายผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยการพิจารณาว่าผู้ใดจะเป็นบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นศาลจะเป็นผู้พิจารณาไปตามหลักการที่ยึดถือปฏิบัติซึ่งสิทธิในการมีบิดา มารดาของเด็กนั้นถือเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิในการอยู่รอดของเด็ก กล่าวคือ เด็กต้องมีบิดา มารดา มีสิทธิที่จะได้รู้จัก และได้รับการเลี้ยงดูโดยไม่ถูกแบ่งแยกออกจากบิดา มารดาของเด็กโดยบิดา มารดาเป็นผู้มีหน้าที่ในการอุปการะ เลี้ยงดู มีสิทธิในการปกครองดูแลให้เด็กได้รับการอบรม เลี้ยงดูเพื่อการพัฒนาที่เหมาะสมต่อเด็ก ซึ่งจะถือได้ว่าเด็กมีสิทธิในการอยู่รอดจากการมีบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายอย่างแน่นอนจากการใช้ดุลพินิจของศาลซึ่งจะเป็นผู้พิจารณาโดยยึดหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ

พิจารณาถึงการตั้งครรภ์แทนในสาธารณรัฐฝรั่งเศสซึ่งเป็นการกระทำที่ถือเป็นความผิดและมีบทลงโทษทางอาญา เมื่อเป็นเช่นนี้แล้วยอมทำให้สัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นโมฆะและไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย จึงเป็นเหตุให้สถานะความเป็นบิดา มารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยเกิดจากการที่ผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนซึ่งได้ฝ่าฝืนกฎหมายหรือเลี้ยงกฎหมายในประเทศไปกระทำการตั้งครรภ์แทนยังประเทศที่อนุญาตให้ทำการตั้งครรภ์แทน ผลกระทบต่อเด็กจึงเกิดขึ้นกล่าวคือ ความเป็นบิดา มารดา นั้นให้ไปไปตามหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งกำหนดให้ความเป็นมารดานั้นถือตามหลักการให้กำเนิด จึงจะถือเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ซึ่งก็คือหญิงซึ่งรับตั้งครรภ์แทน ส่วนความเป็นบิดานั้นจะพิจารณาจากการมีสามีโดยชอบของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน แต่หากหญิงตั้งครรภ์โดยการฉ้อสุจิของชายผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน ชายที่ว่าจ้างนั้นจะได้รับการจัดแจ้งว่าเป็นบิดาของเด็ก ส่วนคู่สมรสของชายนั้นจะได้นั้นสามารถเป็นมารดาของเด็กได้โดยการขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อนเท่านั้น จะเห็นได้ว่าเมื่อกฎหมายไม่ได้อนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนแล้วนั้นเมื่อเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนคลอดออกมา สิทธิของการมีบิดา มารดาของเด็กจะมีการวางหลักตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส กล่าวคือความเป็นมารดาให้ยึดตามหลักหญิงผู้ซึ่งให้กำเนิดเด็กถือเป็นมารดา บิดาก็จะยึดตามการมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น หรือทางสายสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กซึ่งทำให้ผลที่ออกมาไม่อาจจะถือได้ว่าเป็นผลประโยชน์สูงสุดต่อเด็ก กล่าวคือ การมีบิดา มารดาที่ไม่ได้อาศัยอยู่ด้วยกันฉันท์สามี ภรรยาโดยแท้จริง อันมีความเกี่ยวเนื่องไปถึงสิทธิในการอยู่รอดของเด็ก โดยสิทธิในการอุปการะเลี้ยงดูไม่มีการกำหนดชัดเจนว่าจะเป็นผู้ใด ซึ่งหากเป็นในกรณีที่มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายฉ้อสุจิของชายผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์ ทั้งสองไม่มีความสัมพันธ์ต่อกันแต่หญิงจะถือเป็นมารดา และชายจะเป็นบิดาเช่นนี้แล้วแม้สถานะของความเป็นบิดา มารดาจะมีอยู่แต่สิทธิในการอุปการะ เลี้ยงดู อบรมสั่งสอนจะตกอยู่กับผู้ใด รวมไปถึงการมีสถานะทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน เมื่อในทางกฎหมายแล้วการตั้งครรภ์แทนไม่สามารถกระทำได้ภายในประเทศ และหาก

เด็กได้เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนอกประเทศหากจะกลับเข้ามาในประเทศแล้วนั้นสิทธิในการมีสถานะ มีตัวตนทางกฎหมาย ดั้งกรณีของสาธารณรัฐฝรั่งเศสการได้มาซึ่งสัญชาติสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะมีได้ก็โดยเกิดจากการอ้างคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปโดยการมีหนังสือเวียนแจ้งให้หน่วยงานที่มีอำนาจ ดำเนินการออกเอกสารที่แสดงความเป็นพลเมืองสาธารณรัฐฝรั่งเศสแก่เด็กแม่เด็กนั้นจะเกิดจากการ ตั้งครรภ์แทนและเกิดนอกสาธารณรัฐฝรั่งเศสก็ตามทั้งนี้เพื่อให้เด็กมีต้องรับโทษทางกฎหมายเท่านั้นจะเห็น ได้ว่าสิทธิในการอยู่รอดของเด็กนั้นเด็กไม่ได้มีสิทธิติดตัวมาตั้งแต่เกิดโดยทันที ต้องมีบิดา ที่อาจจะอยู่คนละ ครอบครัวกับมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งขัดกับความต้องการของบิดา มารดาผู้ประสงคิให้มีการ ตั้งครรภ์แทน สิทธิในการใช้อำนาจปกครองขาดความชัดเจน การอุปการะ เลี้ยงดูซึ่งเด็กควรมีการพัฒนาการ ตามวัยอันสมควรแต่กลับไม่มีความชัดเจนอันเนื่องมาการเด็กนั้นได้เกิดมาจากการกระทำอันเป็นการขัดต่อ กฎหมายของประเทศ

ในส่วนของสหรัฐอเมริกา นั้นเนื่องด้วยสหรัฐอเมริกาคือประเทศที่เป็นรัฐรวม แต่ละมลรัฐมี กฎหมายที่บังคับใช้แตกต่างกันและในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนมาบังคับใช้ในระดับ รัฐบาลกลาง (Federal Law) คงมีเฉพาะแต่กฎหมายในระดับมลรัฐ และมีเพียงบางมลรัฐเท่านั้นที่มีการ บัญญัติกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรมาใช้บังคับเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน การวางหลักความเป็นบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของกลุ่มมลรัฐที่มีการตรากฎหมายให้การตั้งครรภ์แทนมีความชอบด้วย กฎหมายนั้นมีอยู่ 3 แนวทาง แนวทางแรกคือการยึดหลักตามกฎหมายคอมมอนลอว์เดิมคือการกำหนดให้ หญิงที่เป็นผู้ให้กำเนิดเป็นมารดาโดยชอบ แล้วจึงพิจารณาว่าหญิงนั้นมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ถ้ามีจะถือเป็นบิดาโดยชอบของเด็ก ทั้งนี้ในแนวทางนี้สัญญาารับตั้งครรภ์แทนไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย

แนวทางต่อมาคือดูเจตนาในการเป็นบิดา มารดาของเด็ก ซึ่งแนวทางนี้ผู้ประสงคิให้มีการตั้งครรภ์ ต้องดำเนินการขอให้มีการตั้งครรภ์แทนและแสดงเจตนาในการเป็นบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของ เด็กที่จะเกิดมาจากการตั้งครรภ์แทนไม่ว่าจะใช้อุสจิชของฝ่ายชายหรือไม่ก็ตาม แต่การเป็นมารดาของหญิง ผู้ประสงคิให้มีการตั้งครรภ์นั้นต้องพิจารณาถึงการสมรสของทั้งสองว่ามีการสมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือไม่ หากไม่แล้วจะถือว่าหญิงนั้นเป็นมารดาของเด็ก และจะถือเอาหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาของ เด็กทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ต่อเด็กในการจดทะเบียนการเกิดเท่านั้น ผู้ประสงคิให้มีการตั้งครรภ์แทนสามารถยื่น คำร้องต่อศาลเพื่อเปลี่ยนแปลงชื่อมารดาในสูติบัตรได้ทั้งนี้ขึ้นกับการพิจารณาของศาล

แนวทางสุดท้ายจะยึดถือความเป็นบิดา มารดาของเด็กตามความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม แนวทางนี้นั้นจะถือว่าคู่สมรสผู้ประสงคิให้มีการตั้งครรภ์แทนซึ่งมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กเป็น บิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ซึ่งหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนสามารถบอกเลิกข้อตกลงได้ภายใน ระยะเวลาที่กำหนด

ราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์มีการกำหนดความเป็นบิดา มารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ซึ่งมีผลโดยตรงกับสิทธิในการอยู่รอดของเด็กโดยมีการกำหนดให้มีความสัมพันธ์กับการให้กำเนิดของเด็ก กล่าวคือกำหนดให้หญิงที่ให้กำเนิดเด็กเป็นมารดา หากหญิงนั้นมีสามีที่ให้ความยินยอมในการรับตั้งครรภ์ แทนสามีของหญิงนั้นจะถือเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กแม้จะไม่มีความสัมพันธ์กันทางพันธุกรรม ส่วนคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนจะได้สิทธิในการเป็นบิดามารดาได้จากการยื่นเรื่องขอรับเด็ก เป็นบุตรบุญธรรมตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในกฎหมายการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม

จะเห็นได้ว่าไม่ว่าจะในแนวทางใดก็ตามเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่เกิดในประเทศที่มีกฎหมายบัญญัติอนุญาตให้การตั้งครรภ์แทนมีความชอบด้วยกฎหมายนั้นมีสิทธิที่จะมีบิดา มารดา โดยชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้นคงมีความแตกต่างในการกำหนดความเป็นบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กเท่านั้น ซึ่งขึ้นกับหลักการของแต่ละประเทศ แต่ละรัฐว่าจะยึดถือตามแนวทางใดจะไม่มีการกำหนดที่แน่ชัดก็แต่เพียงสิทธิในการปกครอง ดูแล เลี้ยงดูในกรณีที่เป็นบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นบุคคล ซึ่งไม่ได้เป็นคู่สามี ภรรยาที่ดำรงชีวิตอยู่ด้วยกัน เช่น ประเทศที่ยึดถือแนวความคิดตามหลักคอมมอนลอว์ แนวทางนี้สัญญาการรับตั้งครรภ์แทนก็ไม่สามารถบังคับใช้ได้ตามกฎหมาย กล่าวคือไม่สามารถกำหนดให้ มารดาตามกฎหมายส่งมอบเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนได้ ซึ่งสามารถจะพิจารณาต่อไปได้ว่าการใช้ดุลพินิจของศาลที่จะพิจารณาสีทธิในการอุปการะเลี้ยงดูเด็ก ซึ่งถือเป็นสิทธิในการอยู่รอดของเด็กนั้นจะมีเพียงประเทศที่มีกฎหมายบัญญัติให้การตั้งครรภ์สามารถ กระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นที่สามารถจะนำสัญญาการรับตั้งครรภ์แทนเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม เพื่อกำหนดความชัดเจนของสิทธิในการเลี้ยงดูของเด็กได้ ซึ่งการกำหนดความชัดเจนนั้นมีความจำเป็นเมื่อ เกิดกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีการกระทำผิดข้อตกลงระหว่างกัน เพื่อไม่เป็นการกระทบต่อสิทธิในการอยู่รอดของเด็กต่อไปในอนาคต ความชัดเจนในการกำหนดสิทธิในการอุปการะเลี้ยงดูจึงเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่ง

### 3.2.2 สิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครอง

จากการวางหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษนั้นจะเห็นได้ว่า กฎหมายกำหนดได้เพียงแต่สถานะ ของความเป็นบิดา มารดาของเด็กไว้ แต่ประเด็นในเรื่องของการใช้อำนาจในการปกครองดูแล เลี้ยงดูเด็กนั้น อาจไม่ได้มีแต่เพียงบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นที่มีอำนาจในการปกครอง กล่าวคือในการ พิจารณาอำนาจปกครองของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นหากเด็กมีความผิดปกติ หรือมีการผิดสัญญา รับตั้งครรภ์แทนของฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด มีการปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามข้อตกลงในการพิจารณาให้เด็กอยู่ใน อำนาจปกครองของผู้ใดนั้นการพิจารณาถึงประเด็นดังกล่าวจะขึ้นกับศาลเพียงองค์เดียวเท่านั้นในการ กำหนดอำนาจปกครองของเด็กในสัญญาการรับตั้งครรภ์แทน คู่สัญญาไม่สามารถที่จะตกลงหรือบังคับให้ฝ่าย

หนึ่งฝ่ายใดมีอำนาจปกครองเด็กโดยปราศจากความเห็นชอบของศาลได้<sup>136</sup> ซึ่งมีบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยเด็ก (Children Act 1989) มาตรา 1 โดยวางหลักไว้ให้ศาลคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กเป็นสำคัญ<sup>137</sup> หากเมื่อทั้งสองฝ่ายตามสัญญารับตั้งครรรค์แทนไม่ประสงค์ที่จะรับเด็กไว้ในอำนาจปกครองของตนในการพิจารณาถึงอำนาจปกครองของเด็กซึ่งต้องคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กเป็นสำคัญการมอบเด็กไว้กับบิดามารดา แม้จะเป็นบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายแต่ก็เป็นบิดา มารดาซึ่งไม่ประสงค์จะรับเด็กไว้ในอำนาจปกครองของตน จึงไม่อาจจะถือได้ว่าการนั้นจะเป็นประโยชน์สูงสุดต่อเด็กซึ่งศาลมีอำนาจที่จะกำหนดบุคคลที่สามให้เป็นผู้มีอำนาจปกครองเด็กได้<sup>138</sup> จะเห็นได้ว่าไม่เพียงแต่บิดา มารดาโดยชอบเท่านั้นที่จะเป็นผู้ที่มีอำนาจปกครองเด็กทั้งนี้ขึ้นกับว่าสิ่งใดจึงจะเป็นประโยชน์สูงสุดต่อเด็กเป็นสำคัญซึ่งจะเห็นได้ว่าศาลจะเป็นผู้ทำหน้าที่ในการปกป้องคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรค์แทนโดยเด็กจะได้รับการปกป้องคุ้มครองจากการถูกปฏิบัติทั้งในการอุปการะ เลี้ยงดู และจากการถูกทอดทิ้ง จากผู้ที่เป็นบิดา มารดาหรือจากคู่สมรส ผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรรค์แทนเกิดขึ้น ทั้งนี้เพื่อให้เด็กยังคงมีสิทธิที่จะได้รับการอุปการะ เลี้ยงดูและมีสิทธิที่จะได้รับการปกครองดูแลจากบุคคลผู้ที่มีความเหมาะสมซึ่งศาลจะเป็นผู้พิจารณาโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ

สาธารณรัฐฝรั่งเศสสืบเนื่องจากสิทธิในการอุปการะเลี้ยงดูยังไม่มี ความชัดเจนและการตั้งครรรค์แทนยังเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย การได้รับการปกป้องคุ้มครองเมื่อพิจารณาในกรณีที่อยู่ภายในความปกครองของบิดา มารดาที่ใช้วิธีการเลี้ยงกฎหมายในประเทศจนเด็กได้ถือกำเนิดมาจึงยังขาดความชัดเจน ทั้งยังไม่มืองค์กรใดออกมาให้การปกป้องเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรค์แทนที่ขัดต่อกฎหมายในประเทศอันเนื่องมาจากในสังคมของสาธารณรัฐฝรั่งเศสเองก็ยังมีข้อถกเถียงกันอยู่ถึงสิทธิต่าง ๆ ของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรค์แทนว่าเป็นการได้มาซึ่งสิทธิที่ไม่ถูกต้อง

สหรัฐอเมริกา ด้วยการเป็นประเทศที่เป็นรัฐรวมและในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรรค์แทนมาบังคับใช้ในระดับรัฐบาลกลาง (Federal Law) คงมีเฉพาะแต่กฎหมายในระดับมลรัฐเท่านั้น ซึ่งมีทั้งมลรัฐที่อนุญาตให้มีการตั้งครรรค์แทนโดยชอบด้วยกฎหมายและมีทั้งการตั้งครรรค์แทนเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายเมื่อเป็นเช่นนั้นนอกเหนือไปจากสิทธิในการอยู่รอดของเด็กจากการอุปการะ เลี้ยงดูการได้รับการปกครองจากบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมาแล้ว สิทธิที่จะได้รับการรับรองจากรัฐ เช่น การออกเอกสารทางราชการต่อเด็กหนังสือเดินทางบัตรประจำตัวของเด็ก พิจารณาถึงสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องคือเด็กที่เกิดจากหญิงที่รับตั้งครรรค์แทนจะถูกทิ้งไว้โดยไม่ได้รับการยอมรับจากรัฐในประเทศที่ไม่มี

<sup>136</sup> Ian Kennedy and Andrew Grubb, **Medical Law: Text with Materials**, 5<sup>th</sup> ed. (United Kingdom: Butterworths, 1994), p. 859.

<sup>137</sup> Section 1 of Children Act 1989.

<sup>138</sup> Ian Kennedy and Andrew Grubb, *op. cit.*, p. 859.

กฎหมายควบคุมการตั้งบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย เช่นนี้แล้วการได้รับการปกป้องคุ้มครองนั้นไม่ใช่เพียงแต่เป็นสิทธิที่เด็กพึงจะได้รับจากผู้ปกครองเท่านั้นยังรวมไปถึงสิทธิขั้นพื้นฐานอันขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของแต่ละรัฐก็มีความสำคัญต่อการเจริญเติบโตและพัฒนาการของเด็กเป็นอย่างมาก

ราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์มีการกำหนดความเป็นบิดา มารดา ผู้ปกครองของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นอาศัยกฎหมายการรับบุตรบุญธรรมเป็นตัวกำหนดความเป็นผู้ปกครองโดยคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน ไม่จำเป็นต้องมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก แต่อยู่บนเงื่อนไขที่ทั้งคู่สมรสและเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนต้องอาศัยอยู่ด้วยกันมาเป็นเวลา 3 ปีขึ้นไป<sup>139</sup> โดยเด็กนั้นต้องได้รับการเลี้ยงดูจากคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นมาแล้วไม่ต่ำกว่า 1 ปี ดังนั้นจะเห็นได้ว่าสิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครองจะมาจากการได้รับการเป็นผู้ปกครองโดยการรับเป็นบุตรบุญธรรมผ่านทางกฎหมายการรับบุตรบุญธรรมอันมีเงื่อนไขในความสัมพันธ์ทางการดำเนินชีวิตในทางปกติของครอบครัว กล่าวคือมีการดำรงชีวิตร่วมกัน มีการเลี้ยงดู สั่งสอน อุปการะจากบุคคลผู้ประสงค์จะเป็นผู้ปกครองของเด็กนั้นในกรณีนี้คือคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน (เนื่องจากไม่มีการกำหนดเงื่อนไขในการสมรสของผู้รับบุตรบุญธรรม แต่มีการกำหนดเงื่อนไขในการสมรสของการตั้งครรภ์แทน) อันเป็นการสร้างความเชื่อมั่นได้ว่าเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะได้รับการปกป้อง คุ้มครองจากคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนได้เนื่องจากการได้มีการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันระหว่างเด็กกับคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนมาเป็นระยะเวลาหนึ่งตามที่มีการกำหนดตามกฎหมายการรับบุตรบุญธรรมแล้ว

สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครองนั้นในกรณีของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนก็จะต้องได้รับความคุ้มครองในทุกรูปแบบที่จะเป็นอันตรายต่อเด็กไม่ต่างจากเด็กที่เกิดในทางธรรมชาติปกติทั่วไป ไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองจากการถูกทำร้ายทั้งทางร่างกาย จิตใจและการละเมิดทางเพศ การถูกทอดทิ้งหรือการปฏิบัติโดยประมาทรวมทั้งการแสวงหาผลประโยชน์ต่าง ๆ จากเด็กซึ่งรวมไปถึงการ กระทำที่จะเป็นการทำร้ายแม้ว่าจะอยู่ในความดูแลของบิดาและมารดา ผู้ปกครองตามกฎหมายหรือบุคคลอื่นที่ดูแลเด็กอยู่ในขณะนั้น สิทธิในการได้รับการปกป้อง คุ้มครองทั้งหมดนี้ไม่ควรมีความแตกต่างกัน เหลือมล้ำใด ๆ ในแต่ละประเทศที่ศึกษาแม้จะมีความแตกต่างกันในการกำหนดความเป็นบิดา มารดา แต่ความแตกต่างไม่ว่าจะกำหนดเป็นเช่นใด สิทธิประโยชน์สูงสุดต่อเด็กจะถูกนำมาเป็นเกณฑ์ควบคู่ไปกับหลักเกณฑ์อื่นทั่วไปที่บังคับใช้ในแต่ละประเทศอยู่เสมอ จะเห็นได้ชัดในกรณีที่เกิดในประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นที่แน่นอนว่าการตั้งครรภ์แทนนั้นต้องอยู่บนความถูกต้องของกฎหมายในประเทศนั้น ๆ ความชัดเจนของสิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครองจึงจะมีความชัดเจน แต่อย่างไรก็ตามความต่อเนื่องของสิทธิดังกล่าวก็มีความสำคัญไม่ต่างกันอันมาจากในกรณีของประเทศที่มีการออกกฎหมายควบคุมในระดับรัฐแต่ไม่มี

<sup>139</sup> M. J. Vonk, *op cit.*, p. 212

กฎหมายควบคุมในระดับรัฐบาลกลาง ความไม่ต่อเนื่องดังกล่าวจะนำมาซึ่งความไม่ชัดเจนของสิทธิที่จะกระทบต่อเด็กได้โดยตรง

### 3.2.3 สิทธิที่จะได้รับการพัฒนา

ในประเทศอังกฤษเด็กจะมีสิทธิในการได้รับการพัฒนาตนเองตามความสามารถและศักยภาพของตนเองหรือไม่ขึ้นอยู่กับว่าเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นจะได้รับโอกาสจากการใช้อำนาจปกครองอย่างไรซึ่งก็เป็นผลสืบเนื่องมาจากการตัดสินใจของศาลในการที่จะมอบอำนาจปกครองของเด็กให้กับบุคคลใด ซึ่งบุคคลที่ศาลเลือกนั้นย่อมจะเป็นบุคคลที่ศาลเห็นแล้วว่าเป็นบุคคลที่เหมาะสมเป็นบุคคลที่หากเด็กได้รับการอุปการะเลี้ยงดูแล้วจะเกิดประโยชน์สูงสุดต่อเด็กมากที่สุดเมื่อเป็นเช่นนี้จึงแสดงให้เห็นได้ว่า ศาลจึงเป็นองค์กรเดียวที่เป็นผู้ตัดสินในการมอบการใช้อำนาจปกครองเด็กกว่าจะบุคคลใดจึงจะเป็นผู้ที่เหมาะสมสำหรับเด็กเป็นที่สุดซึ่งศาลก็จะคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กที่เกี่ยวข้องว่าจะเกิดประโยชน์สูงสุดต่อเด็ก

หากการตั้งครรภ์แทนถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายภายในประเทศ การเลี้ยงกฎหมายโดยการออกไปกระทำการตั้งครรภ์แทนนอกประเทศโดยไปยังประเทศที่อนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนได้แล้วนั้น การนำเด็กกลับมายังประเทศในกรณีของสาธารณรัฐฝรั่งเศสแม้เด็กนั้นจะยังคงมีสิทธิในการได้มาซึ่งสัญชาติสาธารณรัฐฝรั่งเศสแล้วก็ตามแต่การที่จะได้ลงทะเบียนพลเรือนสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น เด็กจำเป็นต้องผ่านการพิสูจน์โดยผู้เชี่ยวชาญถึงการมีความเกี่ยวข้องกันทางพันธุกรรมกับพลเรือนชาวสาธารณรัฐฝรั่งเศสอย่างแท้จริง แต่สืบเนื่องจากการไม่คุ้มครองสิทธิของบิดา มารดา (คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน) ที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ ทั้งยังไม่อนุญาตให้รับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม<sup>140</sup> จะเห็นได้ว่าเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้นยังขาดความชัดเจนในความต่อเนื่องของสิทธิกล่าวคือเด็กเมื่อกลับเข้าสู่ประเทศ ซึ่งต้องมีช่วงระยะเวลาารอคอยก่อนที่จะได้รับผลการพิสูจน์ทางพันธุกรรม หรือเมื่อได้รับผลมาแล้วเป็นพลเมืองได้รับสัญชาติสาธารณรัฐฝรั่งเศสแล้ว สิทธิในการอุปการะเลี้ยงดู สิทธิของการมีบิดา มารดา อีกทั้งยังไม่ได้รับการยอมรับจากสังคม เนื่องจากยังมีข้อถกเถียงกันอยู่ถึงสิทธิต่าง ๆ ที่เด็กได้รับนั้นมีความเหมาะสมหรือไม่ จนมีคำเรียกเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนว่า “The Ghosts of the Republic”<sup>141</sup> แม้ว่าสิทธิต่าง ๆ ที่เด็กได้รับไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการเข้าถึงการศึกษาสิทธิในการรักษาพยาบาล การออกหนังสือเดินทาง การมีบัตรประจำตัวประชาชนต่าง ๆ เท่าที่เด็กพึงมีแต่ก็ยังคงมีข้อโต้แย้งตามที่กล่าวข้างต้นจากกลุ่มอนุรักษ์นิยมชาวคาทอลิกซึ่งไม่เห็นด้วยกับ

<sup>140</sup> วัลลภ ตั้งคณานุรักษ์, *เรื่องเดิม*, หน้า 1-2.

<sup>141</sup> Pierre-Louis Caron, “France to Legally Recognize Surrogate Children as French Citizens,” *Vice News*, Retrieved August 8, 2021 from <https://www.vice.com/en/article/xgda34/human-zoo-france-safari-africain>

การให้สิทธิดังกล่าวกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนซึ่งเป็นการกระทำซึ่งขัดต่อกฎหมายในสาธารณรัฐฝรั่งเศส จะเห็นได้ว่าแม้เด็กจะได้รับสิทธิในการได้รับพัฒนาแต่สิทธิเหล่านั้นก็ยังคงมีการโต้แย้ง มีกลุ่มบุคคลไม่ให้การยอมรับ สิทธิที่มาพร้อมกับข้อโต้แย้งย่อมจะมีความเสี่ยงต่อความมั่นคงของสิทธิเหล่านั้นอันจะมีผลต่อเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์ที่ได้ถือกำเนิดขึ้นมาแล้วเด็กไม่ว่าจะเกิดมาด้วยวิธีการใดก็ย่อมสมควรที่จะได้รับสิทธิที่เท่าเทียมกัน

สหรัฐอเมริกาในมลรัฐที่ได้ทำการศึกษานั้น เด็กจะมีสิทธิในการได้รับการพัฒนาตนเองตามความสามารถและศักยภาพของตนเองหรือไม่ขึ้นขึ้นอยู่กับว่าเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นจะได้รับโอกาสจากการใช้อำนาจปกครองอย่างไรซึ่งก็เป็นผลสืบเนื่องมาจากการตัดสินของศาลในแต่ละมลรัฐในการที่จะมอบอำนาจปกครองของเด็กให้กับบุคคลใดซึ่งเมื่อมีข้อพิพาทในข้อตกลงในสัญญารับตั้งครรภ์แทนซึ่งบุคคลที่ศาลเลือกนั้นย่อมจะเป็นบุคคลที่ศาลเห็นแล้วว่าเป็นบุคคลที่เหมาะสมเป็นบุคคลที่หากเด็กได้รับการอุปการะเลี้ยงดูแล้วจะเกิดประโยชน์สูงสุดต่อเด็กมากที่สุด เมื่อเป็นเช่นนี้จึงแสดงให้เห็นได้ว่า ศาลจึงเป็นองค์กรเดียวที่ เป็นผู้ตัดสินในการมอบการใช้อำนาจปกครองเด็กกว่าจะบุคคลใดจึงจะเป็นผู้ที่เหมาะสมสำหรับเด็กเป็นที่สุดซึ่งศาลก็จะคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กที่เกี่ยวข้องว่าจะเกิดประโยชน์สูงสุดต่อเด็กซึ่งก็แต่เฉพาะมลรัฐที่เห็นชอบในการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนเท่านั้น มลรัฐที่ยอมรับการตั้งครรภ์แทนว่าเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายแต่ยังคงไม่ยอมรับในการทำข้อตกลงเป็นสัญญาว่ามีผลบังคับในทางกฎหมายสิทธิของเด็กเหล่านั้นก็ยังคงขาดความชัดเจนถึงโอกาสที่จะได้รับการพัฒนาตามศักยภาพของตน

ราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์ เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะมีสิทธิในการได้รับการพัฒนาหรือไม่ขึ้นขึ้นกับความต่อเนื่องมาจากสิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง เนื่องจากหากเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นมีบิดา มารดาที่มีสิทธิในการเลี้ยงดูแล้วก็จะได้รับการพัฒนาในเบื้องต้นส่งผลต่อการดำรงชีวิตตามความเหมาะสมแก่ฐานานุรูปของเด็กนั้นสืบเนื่องไปจนถึงการได้รับบริการสาธารณะต่าง ๆ ที่ภาครัฐจัดให้ไม่ว่าจะเป็นสิทธิทางการได้รับการศึกษา การได้รับการสนับสนุนด้านการพัฒนาทักษะต่าง ๆ ซึ่งล้วนแล้วแต่มีความจำเป็นต่อพัฒนาการของเด็ก โดยมีความจำเป็นเป็นอย่างยิ่งว่าเด็กต้องมีผู้ปกครองในการนำพาเด็กนั้นไปสู่การรับสิทธิต่าง ๆ ที่ภาครัฐจัดหา

สิทธิในการพัฒนานี้กล่าวถึงว่าเด็กมีสิทธิที่จะพัฒนาตนเองตามความสามารถและศักยภาพเท่าของเด็กที่จะทำได้ ซึ่งรัฐจะต้องจัดบริการสาธารณะให้เด็กได้รับการศึกษาบนพื้นฐานของโอกาสที่เท่าเทียมกันโดยจัดให้การศึกษาระดับประถมเป็นการศึกษาภาคบังคับที่เด็กทุกคนสามารถเรียนได้โดยไม่เสียค่าใช้จ่ายนอกจาก นั้นยังต้องสนับสนุนการพัฒนาการศึกษาในระดับมัธยมในรูปแบบต่าง ๆ ให้มีความหลากหลายและ เปิดกว้าง พร้อมกับดำเนินมาตรการเพื่อสนับสนุนการเข้าเรียนของเด็กและป้องกันการออกจากโรงเรียนก่อนกำหนดด้วย อีกทั้งในระบบการศึกษาจะต้องมีมาตรการในระเบียบวินัยที่เหมาะสมและสอดคล้องกับ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กโดยการศึกษาจะต้องสนับสนุนให้เด็กได้รับการพัฒนา

บุคลิกภาพ ความสามารถพิเศษ และความสามารถทางด้านร่างกายและจิตใจของเด็กอย่างเต็มศักยภาพ มีจิตสำนึกที่เคารพต่อสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน เพื่อให้เด็กมีความรับผิดชอบต่อสังคมด้วยการรักษาและเคารพเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมภาษาและค่านิยมของท้องถิ่นและต่ออารยธรรมอื่น ๆ ที่แตกต่างกันไปของเด็กอีกด้วย จากการศึกษาถึงกฎหมายการตั้งครรภ์แทนของประเทศต่าง ๆ นั้นจะเห็นได้ว่าการที่เด็กจะได้รับสิทธิที่จะได้รับการพัฒนาหรือไม่นั้นมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่การตั้งครรภ์แทนนั้นต้องดำเนินการอย่างถูกต้องตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ ทั้งยังต้องมีบิดา มารดาที่ถูกต้องตามกฎหมายซึ่งจะเป็นผู้ที่ให้สิทธิในการปกป้อง เลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะต้องเป็นเด็กที่ได้รับการยอมรับและมีสิทธิขั้นพื้นฐานตามกฎหมาย ถือได้ว่ามีสภาพเป็นบุคคลเป็นพลเมืองในประเทศนั้น ๆ

### 3.2.4 สิทธิในการมีส่วนร่วม

ความเป็นมารดาของเด็กตามหลักของกฎหมายอังกฤษนั้นดังเช่นที่ได้กล่าวไว้ในเรื่องของการวางหลักในความเป็นบิดา มารดาของเด็ก กล่าวคือความเป็นมารดาของเด็กนั้นจะให้ความสำคัญของการเสียสละร่างกายของหญิงในการตั้งครรภ์เด็กเพื่อให้เด็กในครรภ์นั้นอยู่รอดและคลอดออกมา ชื่อของหญิงนั้นจึงยังคงมีปรากฏอยู่ในสูติบัตรของเด็กโดยมีรายละเอียดอยู่ในการวางเงื่อนไขของความเป็นบิดา มารดาดังนี้โดยความเป็นบิดา มารดาของผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนอาจยื่นคำร้องต่อศาลให้ศาลมีคำสั่งให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายได้ภายใต้เงื่อนไขว่า เด็กต้องมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสคนหนึ่งคนโดยอย่างน้อยหนึ่งคนโดยคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้น ต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 18 ปี บริบูรณ์ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและสามี รวมถึงชายผู้ที่ถือเป็นบิดาของเด็ก ตามมาตรา 28 (6) ต้องให้ความยินยอมโดยไม่มีเงื่อนไขโดยความยินยอมดังกล่าวจะไม่มีผลหากเกิดขึ้นก่อนช่วงระยะเวลาหกสัปดาห์หลังการคลอด การตั้งครรภ์แทนต้องไม่ปรากฏการให้ค่าตอบแทนหรือผลประโยชน์อื่นใดนอกเหนือไปจากค่าใช้จ่ายตามสมควรในการตั้งครรภ์เว้นแต่ศาลอนุญาตและในขณะที่ยื่นคำร้อง ขณะที่ศาลมีคำสั่งเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนดังกล่าวต้องอาศัยอยู่กับคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน และฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดต้องอาศัยในสหราชอาณาจักรหมู่เกาะแมนหรือเกาะแชนเนล และต้องยื่นคำร้องต่อศาลในหกเดือนนับจากวันที่เด็กคลอด ซึ่งเมื่อศาลได้มีคำสั่งว่าคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กแล้วก็ตาม ชื่อของมารดาผู้ให้กำเนิดหรือหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นก็ยังคงปรากฏในเอกสารใบสูติบัตรของเด็กกว่าเป็นผู้ให้กำเนิดโดยที่เด็กสามารถทราบสถานะได้ เมื่ออายุครบ 18 ปีบริบูรณ์ ซึ่งผลของการยื่นคำร้องนั้นถือเป็นการยกเว้นการปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยเรื่องของการขอรับบุตรบุญธรรม ซึ่งศาลจะมีคำสั่งเช่นใดนั้นขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลซึ่งนอกจากพิจารณาจากเงื่อนไขในการยื่นคำร้องแล้วยังพิจารณาถึงหลักการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กอีกด้วย จะเห็นได้ว่าเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นยังคงมีสิทธิในการรับรู้ข้อมูลของ

หญิงซึ่งเป็นผู้ให้กำเนิดของตนเมื่ออายุครบ 18 ปีบริบูรณ์ อันเป็นข้อมูลที่มีคุณค่าต่อความเป็นมนุษย์ของเด็ก ในการที่จะได้ทราบถึงที่มา แหล่งกำเนิดของตนอันจะส่งผลต่อคุณภาพชีวิต ทั้งทางสังคม จิตใจและศีลธรรม ของเด็กกล่าวคือเมื่อหลักกฎหมายของอังกฤษยึดหลักความเป็นมารดาจากการให้กำเนิด หญิงผู้ให้กำเนิดจึง เป็นหญิงที่มีความสำคัญต่อการเกิดขึ้นของเด็กนั้นเพราะหญิงนั้นถือได้ว่าเป็นรากฐาน รากเหง้าของเด็ก การที่ เด็กมีสิทธิในการได้รับทราบข้อมูลดังกล่าวเมื่อมีวุฒิภาวะที่เหมาะสม จึงถือได้ว่าเด็กนั้นมีสิทธิในการมีส่วนร่วม ภายใต้อำนาจหลักประชาธิปไตยอันมีหลักการสนับสนุนคุณค่าของความเป็นมนุษย์มีสิทธิ เสรีภาพในการ แสดงออกในการแสวงหารับหรือถ่ายทอดข้อมูลเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายอันอาจจะส่งผลต่อคุณค่าความเป็น มนุษย์ของเด็กได้

ประเทศที่การตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายภายในประเทศ เช่นในสาธารณรัฐฝรั่งเศส นั้นสิทธิต่าง ๆ ที่เด็กได้รับมาจะถูกโต้แย้ง อันเป็นการกระทบต่อการดำรงชีวิตของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์ แทนซึ่งรวมไปถึงสิทธิในการมีส่วนร่วมของเด็กโดยการทำเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไม่สามารถเป็นส่วนหนึ่ง ของครอบครัวอย่างแท้จริง ทั้งยังไม่สามารถที่จะมีบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายอย่างไม่มีข้อโต้แย้ง การ ได้รับการสนับสนุนในคุณค่าของความเป็นมนุษย์ของเด็กย่อมด้อยลงเมื่อเทียบกับสิทธิของเด็กที่เกิดด้วยวิธี ทางธรรมชาติที่กฎหมายและสังคมให้การยอมรับ ดังเช่นที่กล่าวในหัวข้อก่อนหน้าว่าแม่เด็กที่เกิดจากการ ตั้งครรภ์แทนจะมีสิทธิ แต่สิทธิที่รับมานั้นก็มีข้อโต้แย้งจากสังคมเพียงเท่านี้ก็มีความแตกต่างเพียงพออันจะ ส่งผลต่อพัฒนาการของเด็กเป็นที่แน่ชัดแล้ว

ในประเทศที่มีหลายมลรัฐเช่นอเมริกานั้นการวางหลักความเป็นบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายใน กรณีของการตั้งครรภ์แทนนั้น ในกลุ่มมลรัฐที่มีการตรากฎหมายให้การตั้งครรภ์แทนมีความชอบด้วยกฎหมาย นั้นมีอยู่ 3 แนวทาง แนวทางแรกคือการยึดหลักตามกฎหมายคอมมอนลอว์เดิมคือการกำหนดให้หญิงที่เป็น ผู้ให้กำเนิดเป็นมารดาโดยชอบ แล้วจึงพิจารณาว่าหญิงนั้นมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ถ้ามีจะถือเป็นบิดาโดยชอบของเด็ก ทั้งนี้ในแนวทางนี้สัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย

แนวทางต่อมาคือดูเจตนาในการเป็นบิดา มารดาของเด็ก ซึ่งแนวทางนี้ผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์ต้อง ดำเนินการขอให้มีการตั้งครรภ์แทนและแสดงเจตนาในการเป็นบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่จะ เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทนไม่ว่าจะใช้สุจริตของฝ่ายชายหรือไม่ก็ตามแต่การเป็นมารดาของหญิง ผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์นั้นต้องพิจารณาถึงการสมรสของทั้งสองว่ามีการสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากไม่แล้วจะถือว่าหญิงนั้นเป็นมารดาของเด็กและจะถือเอาหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาของเด็กทั้งนี้เพื่อ ประโยชน์ต่อเด็กในการจดทะเบียนการเกิดเท่านั้น ผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนสามารถยื่นคำร้องต่อศาล เพื่อเปลี่ยนแปลงชื่อมารดาในสูติบัตรได้ทั้งนี้ขึ้นกับการพิจารณาของศาล

แนวทางสุดท้ายจะยึดถือความเป็นบิดา มารดาของเด็กตามความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม แนวทางนี้นั้นจะถือว่าคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับทางพันธุกรรมกับเด็กเป็นบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ซึ่งหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนสามารถบอกเลิกข้อตกลงได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด

สิทธิเด็กในการรับรู้ข้อมูลของบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายก็จะสอดคล้องไปกับหลักกฎหมายที่กำหนดไว้ในแต่ละมลรัฐโดยจะปรากฏในเอกสารการแจ้งเกิดของเด็ก แต่หากเป็นข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะเป็ข้อมูลของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หรือข้อมูลของผู้บริจาคอสุจิ หรือไข่ที่ใช้ในการปฏิสนธิ ในมลรัฐที่ทำการศึกษานั้นยังไม่มีข้อกำหนดไว้แน่ชัดดังเช่นที่ประเทศอังกฤษ ที่ได้กำหนดอายุของเด็กเป็นเงื่อนไขในการรับรู้ข้อมูลไว้

ราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์มีการกำหนดความเป็นบิดา มารดาโดยยึดหลักความสัมพันธ์ทางการให้กำเนิดคล้ายคลึงกับประเทศอังกฤษ ซึ่งเมื่อเป็นเช่นนี้ มารดาที่ให้กำเนิดเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน แม้ไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก ก็ถือได้ว่าเป็นมารดาของเด็กอย่างถูกต้องตามกฎหมาย การเป็นบิดา มารดาของคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นจะมาจากกรยืนยันเรื่องขอรับเด็กดังกล่าวเป็นบุตรบุญธรรมตามกฎหมายการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งการจะได้เป็นบิดา มารดาตามกฎหมายหรือไม่นั้นต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์ เงื่อนไขที่ว่าไว้ตามกฎหมายที่ว่าด้วยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม หากไม่เป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่กำหนดสิทธิดังกล่าวจะตกไปอยู่กับมารดาผู้ให้กำเนิด ให้เป็นมารดา และชายที่เป็นคู่สมรสของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนให้เป็บิดาไม่สามารถทำข้อตกลงสถานะความเป็นบิดา มารดากับเด็กได้เนื่องจากเป็นข้อตกลงที่ขัดกับหลักความสงบของกฎหมายภายในประเทศ โดยข้อมูลอันเกี่ยวกับผู้ให้กำเนิดจะปรากฏในเอกสารการเกิดของเด็ก คือ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นมารดา อันเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ทั้งนี้ในการตั้งครรภ์แทนของราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์สามารถกระทำได้ในกรณีที่ใช้สารพันธุกรรมของคู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน ซึ่งจะเข้าเป็นผู้ปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม นอกจากนี้การรับรู้ข้อมูลอันเป็นที่มา รากเหง้าของตนเองนั้น เด็กสามารถรับรู้ได้จากการได้รับการเลี้ยงดูจากทุกฝ่ายผ่านทางกระบวนการในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมยังเป็นการทำให้เด็กรับรู้ถึงแหล่งกำเนิดของตนได้อย่างชัดเจนจากการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน การทำกิจกรรมร่วมกันตามระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดในเงื่อนไขของการรับบุตรบุญธรรม

สิทธิในการมีส่วนร่วม (Rights to Participate) ภายใต้หลักประชาธิปไตยมีหลักการสนับสนุนคุณค่าของมนุษย์เป็นสำคัญดังนั้นเด็กในฐานะที่มีศักดิ์ความเป็นมนุษย์จึงควรมีสื่อเสรีภาพที่จะแสดงออก โดยสิทธินี้จะรวมถึงเสรีภาพที่จะแสวงหา ได้รับหรือถ่ายทอดข้อมูลข่าวสาร และความคิดทุกลักษณะโดยไม่ถูกจำกัดเขตแดน พร้อมกันนี้ก็สามารถกระทำได้โดยทั้งทางวาจา สายลักษณ์อักษร หรือแม้การพิมพ์ในรูปของศิลปะหรือผ่านสื่ออื่น ๆ ตามที่เด็กได้เลือกที่จะแสดงออกด้วยเหตุนี้รัฐจึงต้องเคารพ สิทธิของเด็กที่จะมีเสรีภาพทางความคิดและเคารพสิทธิและหน้าที่ของบิดาและมารดา และผู้ปกครองตามกฎหมาย เพื่อให้แนวทางการปฏิบัติ

ในลักษณะที่สอดคล้องกับ ความสามารถที่จะพัฒนาเป็นไปตามวัยของเด็ก นอกจากนี้อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กยังคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเด็กในการชุมนุมอย่างสงบ ทั้งนี้จะต้องดำเนินเป็นไปโดยสอดคล้องกับกฎหมายและเท่าที่จำเป็นในสังคมประชาธิปไตย ไม่ละเมิดสิทธิ และเสรีภาพของบุคคลอื่น ขณะเดียวกันการมีส่วนร่วมในการรับรู้ข้อมูล ข่าวสาร รัฐจะต้องส่งเสริมให้เด็กสามารถเข้าถึงข้อมูลข่าวสารจากแหล่งต่าง ๆ ทั้งในประเทศและระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อมูล ข่าวสารที่มุ่งส่งเสริมคุณภาพชีวิตของเด็ก ทั้งทางสังคม จิตใจและศีลธรรม ในกรณีของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์ช่วยในการตั้งครรภ์แทนนั้น การเข้าถึงข้อมูล การรับรู้ข้อมูลของบุคคลผู้ซึ่งมีส่วนในการให้กำเนิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์นั้น ถือได้ว่าเป็นข้อมูลอันเป็นที่มาของการทราบถึงรากเหง้าของตนเองการกำหนดอายุของเด็กให้เป็นเงื่อนไขในการรับรู้ข้อมูลอันเป็นข้อเท็จจริงที่ปรากฏใช้ในบางประเทศก็เป็นทางออกหนึ่งในการรอให้เด็กมีวุฒิภาวะเพียงพอที่จะรับรู้ข้อมูลตามความเหมาะสมของพัฒนาการตามวัย

### 3.3 บทสรุปการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการตั้งครรภ์แทน

การตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นหนึ่งในวิธีการแก้ไขปัญหาค่าของคู่สมรสที่มีบุตร ซึ่งหลักการในเรื่องของการตั้งครรภ์แทนของแต่ละประเทศที่ทำการศึกษานั้นก็มีความแตกต่างกัน ตั้งแต่การกำหนดคุณสมบัติของคู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน เงื่อนไขในการสมรส เพศ อายุ ความบกพร่องอันเป็นเงื่อนไขของการใช้การตั้งครรภ์แทนในการมีบุตร รวมไปถึงการกำหนดคุณสมบัติของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ซึ่งแตกต่างกันไปตามบริบทของแต่ละประเทศส่งผลให้การตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนมีความแตกต่างกันทั้งหลักการและเงื่อนไขของการตั้งครรภ์แทน วิธีการในการดำเนินให้มีการตั้งครรภ์แทน หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขการขออนุญาตและการอนุญาต ข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนรวมถึงการกำหนดค่าใช้จ่ายในการตั้งครรภ์แทน การยุติการตั้งครรภ์และข้อห้ามของการตั้งครรภ์แทน ทั้งหมดนี้ส่งผลกระทบต่อสิทธิเด็กและการคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ ทั้งสิทธิในการอยู่รอด สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครอง สิทธิในการได้รับการพัฒนา สิทธิในการมีส่วนร่วม อันจะส่งผลต่อพัฒนาการของเด็กทั้งทางตรง และทางอ้อม ซึ่งความแตกต่างของกฎหมายที่ทำการศึกษาในแต่ละประเทศนั้น ผู้เขียนพบว่าสามารถนำประเด็นต่าง ๆ มาปรับใช้เพื่อให้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ พ.ศ. 2558 ที่ได้ประกาศใช้ไปแล้วในประเทศไทยมีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น ทั้งนี้ผู้เขียนได้ศึกษาและเน้นไปที่ประเด็นของสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนรวมถึงความคุ้มครองสิทธิของเด็กในประเด็นดังกล่าว

สิทธิในการได้รับการปกครองของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น หากพิจารณาควบคู่ไปกับสิทธิเด็กที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก พ.ศ. 2532 และกฎหมายภายในของแต่ละประเทศนั้น เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่เกิดในประเทศที่มีกฎหมายบัญญัติอนุญาตให้การตั้งครรภ์แทนมีความชอบ

ด้วยกฎหมายนั้น มีสิทธิที่จะมีบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายโดยมีความแตกต่างในการกำหนดความเป็นบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กเท่านั้น ซึ่งขึ้นกับการวางหลักกฎหมายของแต่ละประเทศ แต่แต่ละรัฐจะยึดถือตามแนวทางใด จะไม่มีการกำหนดที่แน่ชัดก็แต่เพียงสิทธิในการปกครอง ดูแล เลี้ยงดูในกรณีที่บิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นบุคคลซึ่งไม่ได้เป็นคู่สามี ภรรยาที่ดำรงชีวิตอยู่ด้วยกัน เช่น ประเทศที่ยึดถือแนวความคิดตามหลักคอมมอนลอว์ในประเทศอังกฤษ แนวทางนี้สัญญาการรับตั้งครรรค์แทนที่ไม่สามารถบังคับใช้ได้ตามกฎหมาย กล่าวคือ ไม่สามารถกำหนดให้มารดาตามกฎหมายส่งมอบเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรค์แทนให้คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรรค์แทนได้ ซึ่งสามารถจะพิจารณาต่อไปได้ว่าในการใช้ดุลพินิจของศาลที่จะพิจารณาสิทธิในการอุปการะเลี้ยงดูเด็ก ซึ่งถือเป็นสิทธิในการอยู่รอดของเด็กนั้นจะมีเพียงประเทศที่มีกฎหมายบัญญัติให้การตั้งครรรค์สามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นที่สามารถจะนำสัญญาการรับตั้งครรรค์แทนเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเพื่อกำหนดความชัดเจนของสิทธิในการเลี้ยงดูของเด็กได้ การกำหนดความชัดเจนนั้นมีความจำเป็นเมื่อเกิดกรณีที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีการกระทำผิดข้อตกลงระหว่างกัน เพื่อไม่เป็นการกระทบต่อสิทธิในการอยู่รอด และพัฒนาการอันเกิดจากการเลี้ยงดูปกครองจากผู้ปกครอง ความชัดเจนในการกำหนดสิทธิในการอุปการะเลี้ยงดู จึงเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่ง

สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครองนั้น ในกรณีของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรค์แทนก็จะต้องได้รับความคุ้มครองในทุกรูปแบบที่จะเป็นอันตรายต่อเด็กไม่ต่างจากเด็กที่เกิดในทางธรรมชาติปกติทั่วไป ไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองจากการถูกทำร้ายทั้งทางร่างกายจิตใจและเพศ การถูกทอดทิ้งหรือการปฏิบัติโดยประมาท รวมทั้งการแสวงหาผลประโยชน์ต่าง ๆ จากเด็ก ซึ่งรวมไปถึงการกระทำที่จะเป็นการทำร้ายแม้ว่าจะอยู่ในความดูแลของบิดาและมารดา ผู้ปกครอง ตามกฎหมายหรือบุคคลอื่นที่ดูแลเด็กอยู่ในขณะนั้น สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครองทั้งหมดนี้ไม่ควรมีความแตกต่างเหลื่อมล้ำใด ๆ โดยในแต่ละประเทศที่ผู้เขียนศึกษาแม้จะมีความแตกต่างกันในการกำหนดความเป็นบิดา มารดา แต่ความแตกต่างไม่ว่าจะกำหนดเป็นเช่นใด สิทธิประโยชน์สูงสุดต่อเด็กจะถูกนำมาเป็นเกณฑ์ควบคู่ไปกับหลักเกณฑ์อื่นทั่วไปที่บังคับใช้ในแต่ละประเทศอยู่เสมอ จะเห็นได้ชัดในกรณีที่เกิดในประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นที่แน่นอนว่าการตั้งครรรค์แทนนั้นต้องอยู่บนความถูกต้องของกฎหมายในประเทศนั้น ๆ ความชัดเจนของสิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครองจึงจะต้องมีความชัดเจน แต่อย่างไรก็ตามความต่อเนื่องของสิทธิเด็กดังที่กล่าวมาก็มีความสำคัญเช่นกัน เนื่องมาจากในกรณีการมีกฎหมายควบคุมในระดับรัฐแต่ไม่มีกฎหมายควบคุมในระดับรัฐบาลกลาง ความไม่ต่อเนื่องดังกล่าวจะนำมาซึ่งความไม่ชัดเจนของสิทธิต่าง ๆ ที่เด็กพึงได้รับซึ่งจะกระทบต่อเด็กได้โดยตรง

สิทธิในการพัฒนานั้นกล่าวถึงว่าเด็กมีสิทธิที่จะพัฒนาตนเองตามความสามารถและศักยภาพเท่าที่เด็กพึงจะกระทำได้ ซึ่งต้องได้รับการสนับสนุนจากภาครัฐ กล่าวคือภาครัฐจะต้องจัดบริการสาธารณสุขให้เด็กได้รับการศึกษาบนพื้นฐานของโอกาสที่เท่าเทียมกันโดยจัดให้การศึกษาระดับประถมเป็นการศึกษภาคบังคับที่เด็กทุกคนสามารถเรียนได้โดยไม่เสียค่าใช้จ่ายนอกจากนั้นยังต้องสนับสนุนการพัฒนาการศึกษาในระดับ

มัธยมในรูปแบบต่าง ๆ ให้มีความหลากหลายและเปิดกว้าง พร้อมกับดำเนินมาตรการเพื่อสนับสนุนการเข้าเรียนของเด็กและป้องกันการออกจากโรงเรียนก่อนกำหนดอีกทั้งในระบบการศึกษาจะต้องมีมาตรการในการวางระเบียบวินัยที่เหมาะสมและสอดคล้องกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กโดยการศึกษาจะต้องสนับสนุนให้เด็กได้รับการพัฒนาบุคลิกภาพ ความสามารถพิเศษ และความสามารถทางด้านร่างกายและจิตใจของเด็กอย่างเต็มศักยภาพมีจิตสำนึกที่เคารพต่อสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน เพื่อให้เด็กมีความรับผิดชอบต่อสังคมด้วยการรักษาและเคารพเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมภาษาและค่านิยมของท้องถิ่นและต่ออารยธรรมอื่น ๆ ที่แตกต่างกันของเด็กอีกด้วย จากการศึกษาถึงกฎหมายการตั้งครุฑแทนของประเทศต่าง ๆ นั้น จะเห็นได้ว่าการที่เด็กจะได้รับสิทธิที่จะได้รับการพัฒนาหรือไม่นั้น มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่การตั้งครุฑแทนนั้นต้องดำเนินการอย่างถูกต้องตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ ทั้งยังต้องมีบิดา มารดาที่ถูกต้องตามกฎหมายอย่างชัดเจน ไม่มีข้อโต้แย้งซึ่งจะเป็นบุคคลผู้ที่จะให้สิทธิในการปกป้องเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากการตั้งครุฑแทนนั้น เด็กที่เกิดจากการตั้งครุฑแทนจะต้องเป็นเด็กที่ได้รับการยอมรับและมีสิทธิขั้นพื้นฐานตามกฎหมายในการบุคคลของประเทศนั้น ๆ อย่างสมบูรณ์จึงจะถือว่าเด็กจะได้รับสิทธิในการได้รับการพัฒนา

สิทธิในการมีส่วนร่วม (Rights to Participate) ภายใต้หลักประชาธิปไตยมีหลักการสนับสนุนคุณค่าของมนุษย์เป็นสำคัญ ดังนั้นเด็กในฐานะที่มีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงควรมีสิทธิเสรีภาพที่จะแสดงออกโดยสิทธินี้ จะรวมถึงเสรีภาพที่จะแสวงหาได้รับหรือถ่ายทอดข้อมูลข่าวสาร และความคิดทุกลักษณะโดยไม่ถูกจำกัดเขตแดน พร้อมกันนี้ก็สามารถกระทำได้โดยทั้งทางวาจาลายลักษณ์อักษร หรือแม้การพิมพ์ในรูปของศิลปะหรือผ่านสื่ออื่น ๆ ตามที่เด็กได้เลือกที่จะแสดงออกด้วยเหตุนี้รัฐจึงต้องเคารพ สิทธิของเด็กที่จะมีเสรีภาพทางความคิดและเคารพสิทธิและหน้าที่ของบิดาและมารดา และผู้ปกครองตามกฎหมาย เพื่อให้แนวทางการปฏิบัติในลักษณะที่สอดคล้องกับ ความสามารถที่จะพัฒนาเป็นไปตามวัยของเด็ก นอกจากนั้นอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กยังคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเด็กในการชุมนุมอย่างสงบ ทั้งนี้จะต้องดำเนินเป็นไปโดยสอดคล้องกับกฎหมายเท่าที่จำเป็นในสังคมประชาธิปไตย ไม่ละเมิดสิทธิ และเสรีภาพของบุคคลอื่น ขณะเดียวกันการมีส่วนร่วมในการรับรู้ข้อมูล ข่าวสาร ภาครัฐจะต้องส่งเสริมให้เด็กสามารถเข้าถึงข้อมูลข่าวสารจากแหล่งต่าง ๆ ทั้งในประเทศและระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อมูล ข่าวสารที่มุ่งส่งเสริมคุณภาพชีวิตของเด็กทั้งทางสังคมจิตใจและศีลธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อมูลอันเกี่ยวข้องกับตนเองและครอบครัวในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครุฑแทนนั้นจะมีบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับบุคคลต่าง ๆ ที่อาจจะมีความเกี่ยวข้องกันทางพันธุกรรม มีความสัมพันธ์กันในบางช่วงเวลาซึ่งเด็กมีสิทธิที่จะได้รับรู้ข้อมูลนั้น อันเป็นสิทธิของเด็กในฐานะที่มีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จึงควรมีสิทธิเสรีภาพที่จะรับรู้ข้อมูลโดยสิทธินี้ จะรวมถึงเสรีภาพที่จะแสวงหาได้รับหรือถ่ายทอดข้อมูลตน เป็นสิทธิเด็กตามที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 8 โดยกำหนดว่ารัฐภาคีรับที่จะเคารพต่อสิทธิของเด็ก ในการรักษาเอกลักษณ์ของตนไว้รวมถึงสัญชาติ ชื่อ และ ความสัมพันธ์ทางครอบครัวของตนตามที่กฎหมายรับรองโดยปราศจากการแทรกแซงที่มีขอบด้วยกฎหมายรวมถึงในกรณี

ที่มีการตัดเอกลักษณะบางอย่าง หรือทั้งหมดของเด็กออกไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายรัฐภาคี จะให้ความช่วยเหลือและความคุ้มครองตามสมควรเพื่อให้เอกลักษณะของเด็กกลับคืนมาโดยเร็ว

### ตารางที่ 3.1 สรุปการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายการตั้งครุฑแทน

ประเทศ	สถานะทางกฎหมายของการรับตั้งครุฑแทน	สถานะการสมรส	คำตอบแทน	แบบของสัญญาฉบับตั้งครุฑแทน	ผลของสัญญาฉบับตั้งครุฑแทน	สิทธิเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก			
						สิทธิในการอยู่รอด	สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง	สิทธิในการได้รับการพัฒนา	สิทธิในการมีส่วนร่วม
อังกฤษ	สามารถกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย	ผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครุฑแทนต้องมีการสมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมาย	ห้ามไม่ให้มีการดำเนินการโดยคนกลางและห้ามการดำเนินการในลักษณะเชิงพาณิชย์ แต่หากเป็นการจ่ายค่าตอบแทนตรงแก่หญิงที่รับตั้งครุฑแทน แม้จะเป็นการจ่ายเงินในเชิงพาณิชย์สามารถกระทำได้	ไม่มีการกำหนดแบบของสัญญาฉบับตั้งครุฑแทนไว้เป็นการเฉพาะ	ไม่มีผลบังคับทางกฎหมายเด็กที่เกิดมาถือเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครุฑแทน	หญิงผู้ให้กำเนิดเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายส่วนหนึ่งของความเป็นบิดาจะดูที่การสมรสของหญิงที่ตั้งครุฑแทนและความยินยอมคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครุฑแทนอื่นคำร้องให้ศาลพิจารณาค่าเหมาะสมในการเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย	ศาลเป็นผู้ตัดสินบุคคลซึ่งจะมาเป็นบิดา มารดา ผู้ปกครองของเด็ก รวมไปถึงผู้ที่จะมีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กในกรณีมีข้อพิพาทโดยยึดหลักประโยชน์อันสูงสุดต่อเด็ก	ศาลเป็นผู้ตัดสินบุคคลซึ่งจะมาเป็นบิดา มารดา ผู้ปกครองของเด็ก รวมไปถึงผู้ที่จะมีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กในกรณีมีข้อพิพาทโดยยึดหลักประโยชน์อันสูงสุดต่อเด็ก	เด็กมีสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลของหญิงซึ่งรับตั้งครุฑแทน
ฝรั่งเศส	มีกฎหมายห้ามการรับตั้งครุฑแทนโดยเด็ดขาด มีบทลงโทษทางอาญา สัญญาฉบับตั้งครุฑแทนเป็นโมฆะ เนื่องจากเป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยโดยตีความว่าการตั้งครุฑแทนนั้นเป็นการซื้อ ขายเด็ก	-	-	-	หญิงที่รับตั้งครุฑแทนเป็นมารดาของเด็ก	หญิงผู้ให้กำเนิดเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายส่วนหนึ่งของความเป็นบิดาจะดูที่การสมรสของหญิงแต่หากเป็นการใช้อุสจิจของชายผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครุฑแทนชายนั้นเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายคู่สมรสของผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครุฑแทน ขอยื่นขอเป็นรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม	ขึ้นกับสิทธิของผู้ปกครองในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กแต่สิทธิที่ได้จากถูกโต้แย้งได้เนื่องจากการตั้งครุฑแทน เป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายภายในประเทศ	ขึ้นกับสิทธิของผู้ปกครองในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กแต่สิทธิที่ได้จากถูกโต้แย้งได้เนื่องจากการตั้งครุฑแทน เป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายภายในประเทศ	สิทธิที่ได้จากถูกโต้แย้งได้เนื่องจากการตั้งครุฑแทน เป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายในประเทศ

ตารางที่ 3.1 (ต่อ)

ประเทศ	สถานะทางกฎหมายของการรับตั้งครรถแทน	สถานะการสมรส	คำตอบแทน	แบบของสัญญาารับตั้งครรถแทน	ผลของสัญญาารับตั้งครรถแทน	สิทธิเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก			
						สิทธิในการอยู่รอด	สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง	สิทธิในการได้รับการพัฒนา	สิทธิในการมีส่วนร่วม
มลรัฐเวอรจเนีย	สามารถกระทำโดย	ผู้ประสงค์ให้มีการ	ห้ามการให้คำตอบ	ต้องทำเป็นหนังสือ	สัญญาารับตั้งครรถ	คู่สมรสผู้ประสงค์ให้	ยึดถือตามสัญญาารับ	ยึดถือตามสัญญาารับ	ยึดถือตามสัญญาารับ
	ขอด้วยกฎหมาย	ตั้งครรถแทนต้องมีการสมรสกันโดยขอด้วยกฎหมาย	แทนในเชิงพาณิชย์	และต้องได้รับความเห็นชอบจากศาลก่อนมีการตั้งครรถแทนโดยมีการกำหนดให้จ่ายค่าบริการทางการแพทย์และค่าใช้จ่ายจำเป็นอื่น ๆ	แทนได้รับการเห็นชอบจากศาลเด็กถือเป็นบุตรโดยชอบของคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรถแทน	มีการตั้งครรถแทนเป็นบิดา มารดา โดยขอด้วยกฎหมาย โดยต้องผ่านการตรวจสอบความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม	มีการตั้งครรถแทนขึ้นกับสิทธิของผู้ปกครองในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กความเป็นบิดา มารดา สามารถเปลี่ยนแปลงได้ขึ้นกับความสัมพันธ์ที่ต้องได้รับการพิสูจน์ และการสละสิทธิการเป็นมารดา	ตั้งครรถแทนขึ้นกับสิทธิของผู้ปกครองในการอุปการะเลี้ยงดูเด็ก	ตั้งครรถแทนขึ้นกับสิทธิของผู้ปกครองในการอุปการะเลี้ยงดูเด็ก
มลรัฐนิวแฮมป์เชี่ย	สามารถกระทำโดย	ผู้ประสงค์ให้มีการ	ห้ามการให้คำตอบ	ต้องทำเป็นหนังสือ	ผู้ประสงค์ให้มีการ	ยึดถือตามสัญญาารับ	ยึดถือตามสัญญาารับ	ยึดถือตามสัญญา	ยึดถือตามสัญญาารับ
	ขอด้วยกฎหมาย	ตั้งครรถแทนไม่จำเป็นต้องมีการสมรสกันโดยขอด้วยกฎหมาย	แทนในเชิงพาณิชย์	และต้องได้รับความเห็นชอบจากศาลก่อนมีการตั้งครรถแทนโดยมีการกำหนดให้จ่ายค่าบริการทางการแพทย์และค่าใช้จ่ายจำเป็นอื่น ๆ	ตั้งครรถแทนเป็นบิดา มารดาโดยขอด้วยกฎหมายของเด็ก และยังคงให้สิทธิแก่หญิงที่รับตั้งครรถแทน ในการบอกเลิกสัญญาได้	สิทธิของผู้ปกครองในการอุปการะเลี้ยงดูเด็ก หญิงผู้รับตั้งครรถแทนต้องแสดงเจตนาสละความเป็นมารดาให้แก่ผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรถแทน	ตั้งครรถแทนขึ้นกับสิทธิของผู้ปกครองในการอุปการะเลี้ยงดูเด็ก	รับตั้งครรถแทนขึ้นกับสิทธิของผู้ปกครองในการอุปการะเลี้ยงดูเด็ก	ตั้งครรถแทนขึ้นกับสิทธิของผู้ปกครองในการอุปการะเลี้ยงดูเด็ก

สหรัฐอเมริกา

ตารางที่ 3.1 (ต่อ)

ประเทศ	สถานะทางกฎหมายของการรับตั้งครรถแทน	สถานะการสมรส	ค่าตอบแทน	แบบของสัญญาารับตั้งครรถแทน	ผลของสัญญาารับตั้งครรถแทน	สิทธิเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก			
						สิทธิในการอยู่รอด	สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง	สิทธิในการได้รับการพัฒนา	สิทธิในการมีส่วนร่วม
มลรัฐฟลอริดา	สามารถกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย	ผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรถแทนต้องมีการสมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมาย	ห้ามการให้ค่าตอบแทนในเชิงพาณิชย์	ต้องทำเป็นหนังสือและมีการกำหนดให้จ่ายค่าบริการทางการแพทย์และค่าใช้จ่ายจำเป็นอื่น ๆ	คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มี การตั้งครรถแทนเป็นบิดา มารดาของเด็กแต่หากไม่มีคนใด คนหนึ่ง มีความสัมพันธ์ทาง พันธกรรมกับเด็กเลย จะถือว่าหญิงที่รับตั้งครรถแทนเป็น มารดาของเด็ก	ยึดถือตามสัญญาารับตั้งครรถแทนขึ้นกับ สิทธิของผู้ปกครองในการอุปการะเลี้ยงดูเด็ก	ยึดถือตามสัญญาารับตั้งครรถแทนขึ้นกับสิทธิ ของผู้ปกครองในการอุปการะเลี้ยงดูเด็ก	ยึดถือตามสัญญาารับตั้งครรถแทนขึ้นกับสิทธิ ของผู้ปกครองในการอุปการะเลี้ยงดูเด็ก	ยึดถือตามสัญญาารับตั้งครรถแทนขึ้นกับ สิทธิของผู้ปกครองในการอุปการะเลี้ยงดูเด็ก
มลรัฐแคลิฟอร์เนีย	ยังไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่ จากคำพิพากษาเห็นว่า การรับตั้งครรถแทน เป็นการกระทำที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชน	ไม่กำหนด	ไม่กำหนด	มีการกำหนดให้ ผู้ประสงค์ที่จะให้มีการตั้งครรถแทนต้องแสดงความยินยอมในการรับบริจาคอสุจิ/ไข่ เป็นลายลักษณ์อักษร	ไม่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบ รียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน สัญญาามีผลบังคับตามกฎหมาย	ความเป็นบิดา มารดา โดยชอบขึ้นกับการ พิสูจน์ทั้งจากการให้กำเนิดความสัมพันธ์ทาง พันธกรรม และการแสดงเจตนาโดยศาลจะเป็นผู้ตัดสิน	ศาลเป็นผู้ตัดสินบุคคล ซึ่งจะมาเป็นบิดา มารดา มารดา ผู้ปกครองของเด็ก รวมไปถึงผู้ที่จะมีหน้าที่ ในการอุปการะเลี้ยงดูเด็ก	ศาลเป็นผู้ตัดสินบุคคล ซึ่งจะมาเป็นบิดา มารดา ผู้ปกครองของเด็ก รวมไปถึงผู้ที่จะมีหน้าที่ ในการอุปการะเลี้ยงดูเด็ก	ศาลเป็นผู้ตัดสินบุคคล ซึ่งจะมาเป็นบิดา มารดา ผู้ปกครองของเด็ก รวมไปถึงผู้ที่จะมีหน้าที่ ในการอุปการะเลี้ยงดูเด็ก

สหรัฐอเมริกา

ตารางที่ 3.1 (ต่อ)

ประเทศ	สถานะทางกฎหมายของการรับตั้งครรภ์แทน	สถานะการสมรส	คำตอบแทน	แบบของสัญญาารับตั้งครรภ์แทน	ผลของสัญญาารับตั้งครรภ์แทน	สิทธิเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก			
						สิทธิในการอยู่รอด	สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง	สิทธิในการได้รับการพัฒนา	สิทธิในการมีส่วนร่วม
เนเธอร์แลนด์	สามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย	ผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนต้องมี การสมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมาย	ห้ามการให้ คำตอบแทน ในเชิงพาณิชย์	กำหนดให้มีข้อตกลงในเรื่องของค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในการตั้งครรภ์ โดยให้คู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์เป็นผู้รับผิดชอบ รวมไปถึง ค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง อันอาจเกิดขึ้นได้ในขณะตั้งครรภ์ห้ามมิให้มีข้อตกลงที่จะส่งมอบเด็กและไม่สามารถเพิกถอนความประสงค์ในการตั้งครรภ์แทนได้	ไม่มีวัตถุประสงค์ต่อ ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนสัญญามีผลบังคับตามกฎหมาย	หญิงผู้ให้กำเนิดเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายส่วน ของความ เป็นบิดาจะดูที่ การสมรสของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนและความยินยอมคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนยืน ความประสงค์รับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม	ยึดตามกฎหมายการรับ บุตรบุญธรรมไม่มีการ กำหนดในเรื่อง ความสัมพันธ์ทาง พันธุกรรมกับเด็กแต่อยู่ บนเงื่อนไขของความสัมพันธ์ในการดำรงชีวิต ร่วมกันเป็นเวลา 3 ปีขึ้นไป และต้องได้รับการเลี้ยงดูจากคู่สมรส ผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนมาไม่ต่ำกว่า 1 ปี	ขึ้นกับสิทธิของผู้ปกครองในการ อุปการะเลี้ยงดูเด็ก	กำหนดให้ความเป็น บิดา มารดา เป็นไปตาม หลักการให้กำเนิดแม่ ไม่มีความสัมพันธ์ทาง พันธุกรรมกับเด็กไม่มี การกำหนดในเรื่องของ การเข้าถึงข้อมูลของ ผู้ให้กำเนิด

## บทที่ 4

### สิทธิของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์โดยธรรมชาติหรือควรจะหมายถึงเด็กทุกคนที่เกิดมานั้นมีสิทธิตามรัฐธรรมนูญและสิทธิตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก สิทธิของเด็กตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 นั้นได้มีการกำหนดให้รัฐพึงเสริมสร้างความเข้มแข็งของครอบครัวอันเป็นองค์ประกอบพื้นฐานที่สำคัญของสังคม จัดให้ประชาชนมีที่อยู่อาศัยอย่างเหมาะสมส่งเสริมและพัฒนาการเสริมสุขภาพเพื่อให้ประชาชนมีสุขภาพที่แข็งแรงและมีจิตใจเข้มแข็งตลอดทั้งส่งเสริมและพัฒนาการด้านกีฬาให้ไปสู่ความเป็นเลิศและเกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประชาชน ส่งเสริมและพัฒนาทรัพยากรมนุษย์ให้เป็นพลเมืองที่ดี มีคุณภาพและความสามารถสูงขึ้น ทั้งยังพึงให้ความช่วยเหลือเด็ก เยาวชน สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ ผู้ยากไร้ และผู้ด้อยโอกาสให้สามารถดำรงชีวิตได้อย่างมีคุณภาพ และได้รับความคุ้มครอง ป้องกันมิให้บุคคลดังกล่าวถูกใช้ ความรุนแรงหรือปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม ตลอดทั้งให้การบำบัดฟื้นฟูและเยียวยาผู้ถูกระทำการโดยมิชอบดังกล่าว

ส่วนของการจัดสรรงบประมาณนั้นภาครัฐพึงคำนึงถึงความจำเป็นและความต้องการที่แตกต่างกันของเพศ วัยและสภาพของบุคคล ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในการส่งเสริมและพัฒนาบุคคล โดยภาครัฐต้องเป็นผู้ดำเนินการอันเป็นไปตาม มาตรา 54 ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กล่าวคือรัฐต้องดำเนินการให้เด็กทุกคนได้รับการศึกษาเป็นเวลาสิบสองปี ตั้งแต่ก่อนวัยเรียนจนจบการศึกษาภาคบังคับอย่างมีคุณภาพโดยไม่เก็บค่าใช้จ่ายรัฐต้องดำเนินการให้เด็กเล็กได้รับการดูแลและพัฒนา ก่อนเข้ารับการศึกษาตามวาระหนึ่งเพื่อพัฒนาร่างกาย จิตใจ วินัย อารมณ์ สังคม และสติปัญญาให้สมกับวัย โดยส่งเสริมและสนับสนุนให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและภาคเอกชนเข้ามีส่วนร่วมในการดำเนินการด้วย ภาครัฐต้องดำเนินการให้เด็กได้รับการศึกษาตามความต้องการในระบบต่าง ๆ รวมทั้งส่งเสริมให้มีการเรียนรู้ตลอดชีวิต และจัดให้มีการร่วมมือกันระหว่างรัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และภาคเอกชนในการจัดการศึกษาทุกระดับโดยรัฐมีหน้าที่ดำเนินการ กำกับ ส่งเสริม และสนับสนุนให้การจัดการศึกษาดังกล่าวมีคุณภาพและได้มาตรฐานสากล ทั้งนี้ ตามกฎหมายว่าด้วยการศึกษาแห่งชาติ โดยจะต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการจัดทำแผนการศึกษาแห่งชาติและการดำเนินการ และตรวจสอบการดำเนินการให้เป็นไปตามแผนการศึกษาแห่งชาติการศึกษาทั้งปวงต้องมุ่งพัฒนาผู้เรียนให้เป็นคนดี มีวินัย ภูมิใจในชาติมีความสามารถ เชี่ยวชาญได้ ตามความถนัดของตน และมีความรับผิดชอบต่อครอบครัว ชุมชน สังคม และประเทศชาติในการดำเนินการ

ให้เด็กเล็กได้รับการดูแลและพัฒนาตามวรรคสองหรือให้ประชาชนได้รับ การศึกษานั้น รัฐต้องดำเนินการให้ ผู้ขาดแคลนทุนทรัพย์ได้รับการสนับสนุนค่าใช้จ่ายในการศึกษาตามความถนัดของตนโดยให้จัดตั้งกองทุนเพื่อ ใช้ในการช่วยเหลือผู้ขาดแคลนทุนทรัพย์ เพื่อลดความเหลื่อมล้ำในการศึกษาและเพื่อเสริมสร้างและพัฒนา คุณภาพและประสิทธิภาพครูผู้สอน ภาครัฐจึงต้องจัดสรรงบประมาณให้แก่กองทุนหรือใช้มาตรการหรือกลไก ทางภาษีรวมทั้งการให้ผู้บริหารทรัพยากรสินเข้ากองทุนได้รับประโยชน์ในการลดหย่อนภาษีด้วย ทั้งนี้ ตามที่ กฎหมายบัญญัติซึ่งกฎหมายดังกล่าวอย่างน้อยต้องกำหนดให้การบริหารจัดการกองทุนเป็นอิสระและ กำหนดให้มีการใช้จ่ายเงินกองทุนเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว

สิทธิเด็กตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มีหลักการและเหตุผลที่มุ่งให้ความคุ้มครอง แก่เด็กทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจ รวมถึง การสงเคราะห์ การคุ้มครองสวัสดิภาพ การพัฒนาและฟื้นฟู ทั้งนี้โดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ หมวดยของการปฏิบัติต่อเด็กนั้น กำหนดให้ผู้ปกครอง ต้องให้การอุปการะเลี้ยงดู อบรมสั่งสอนและพัฒนาเด็กที่อยู่ในความปกครองตามสมควรแก่ขนบธรรมเนียม ประเพณีและวัฒนธรรมแห่งท้องถิ่นรวมถึงการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กมิให้เกิดอันตรายแก่ร่างกาย จิตใจ และผู้ปกครองต้องไม่ทอดทิ้งหรือละเลยเด็กไว้หรือละเลยไม่ดูแลเด็กโดยกำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตาม พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฉบับนี้กำหนดหน้าที่คุ้มครองสวัสดิภาพเด็กที่อยู่ในเขตพื้นที่รับผิดชอบ รวมถึงการดูแลตรวจสอบสถานที่ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องตามที่กฎหมายกำหนดนอกจากนี้ยังกำหนดมาตรการ ต่าง ๆ ที่สำคัญเพื่อคุ้มครองเด็กทั้งทางด้านร่างกาย จิตใจ ชื่อเสียงหรือสิทธิประโยชน์อื่นของเด็ก เช่น ห้าม บุคคลใดกระทำการอันเป็นการทารุณกรรมเด็ก ห้ามบุคคลใดบังคับ ชูเชื้อ ส่งเสริมหรือยินยอมให้เด็ก ประพฤติตนไม่สมควรหรือเสี่ยงต่อการกระทำผิดในด้านต่าง ๆ เป็นต้นและเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติตาม พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฉบับดังกล่าวนี้ จึงได้กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจและหน้าที่พิเศษ บางประการ เช่น อำนาจในการตรวจค้นสถานที่ที่มีหนังสือเรียกบุคคลมาให้ถ้อยคำ เรียกให้ส่งเอกสารหรือ หลักฐานต่าง ๆ เป็นต้นในส่วนขอบพินยามได้กำหนดความหมายของ “เด็ก” ว่าหมายถึงบุคคลซึ่งมีอายุ ต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงผู้ที่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส นอกจากนี้ยังได้จำแนกประเภทของ เด็กออกเป็น เด็กเร่ร่อน เด็กกำพร้า เด็กที่อยู่ในสภาพยากลำบาก เด็กพิการ เด็กที่เสี่ยงต่อการกระทำผิด นักศึกษาและนักเรียน

สิทธิเด็กในเบื้องต้นที่กล่าวไปนั้น ล้วนเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามที่กฎหมายภายในประเทศ ประกาศ กำหนดสำหรับให้เด็กทุกคนที่เกิดในราชอาณาจักรไทย ถือเป็นชาติไทย ต้องได้รับโดยเท่าเทียม เสมอภาค เช่นนี้ จึงควรรวมไปถึงเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีทางการแพทย์ช่วยในการเจริญพันธุ์ตามพระราชบัญญัติ คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ พ.ศ. 2558 ด้วยเช่นเดียวกัน ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ ความผาสุก ความสงบเรียบร้อยอันจะเกิดขึ้นและเพื่อให้เด็กนั้นได้รับความคุ้มครอง ทั้งทางด้านร่างกาย และจิตใจ รวมถึงการสงเคราะห์ การคุ้มครองสวัสดิภาพ การพัฒนาและฟื้นฟูเพื่อประโยชน์สูงสุดอันจะเกิด

แก่เด็กเป็นสำคัญ โดยเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีทางการแพทย์ช่วยในการเจริญพันธุ์นั้นมีลักษณะที่  
ขั้นตอนและกระบวนการตั้งครรภ์แทนที่กำหนดไว้ดังนี้

#### 4.1 ลักษณะที่ ขั้นตอนและกระบวนการตั้งครรภ์แทนของกฎหมายไทย

กรณีศึกษาการตั้งครรภ์แทนหรือการอุ้มบุญในประเทศไทยนั้น นอกเหนือจากที่ได้กล่าวไว้แล้วใน  
บทที่ 1 แล้วนั้นยังมีกรณีศึกษาจากคู่สมรสข้าราชการในสังกัดมหาวิทยาลัยแห่งหนึ่งได้ใช้วิธีการตั้งครรภ์แทน  
โดยการนำเชื้อสุจิของฝ่ายชายซึ่งเป็นคู่สมรสมาทำการผสมกับไข่ของฝ่ายหญิงแล้วจึงนำไปฝากไว้ในครรภ์ของ  
หญิงอื่น ต่อมาเมื่อเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้คลอดออกมา คู่สมรสข้าราชการดังกล่าวได้ยื่นหลักฐาน  
ของทางราชการว่าเด็กที่เกิดนั้นเป็นบุตรโดยชอบของตนเองเมื่อคู่สมรสข้าราชการทั้งสองได้ยื่นหลักฐานแจ้ง  
จำนวนบุตรเพื่อขอรับสิทธิการเบิกค่ารักษาพยาบาลและการศึกษาของบุตร มหาวิทยาลัยอันเป็นต้นสังกัดของ  
คู่สมรสข้าราชการจึงได้ทำการหารือไปที่กรมบัญชีกลางถึงการตีความในประเด็นที่ว่าเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์  
แทนนั้นถือเป็นบุตรโดยชอบของคู่สมรสข้าราชการหรือไม่

กรมบัญชีกลางจึงได้มีหนังสือที่ กค. 0526.5/1988 ลงวันที่ 20 สิงหาคม 2541 ถึงสำนักงาน  
คณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อหารือในประเด็นดังกล่าว ที่สุดแล้วคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย  
คณะที่ 3) ได้มีความเห็นว่า หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการ  
ตั้งครรภ์แทน หญิงคู่สมรสข้าราชการเจ้าของไข่ไม่อาจอ้างหลักการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์  
ได้ว่าตนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย และชายคู่สมรสข้าราชการไม่ได้เป็นสามีโดยชอบของหญิงที่เป็น  
มารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย (หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน) จึงไม่อาจจะอ้างได้ว่าตนเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย  
ของเด็กที่เกิดมา แม้ว่าตนเองจะเป็นเจ้าของอสุจิกก็ตาม สุดท้ายแล้วในกรณีนี้ คู่สมรสข้าราชการทั้งสอง  
จึงไม่สามารถใช้สิทธิในความเป็นข้าราชการเบิกค่ารักษาพยาบาลและค่าการศึกษาให้แก่เด็กที่กำหนดมาจาก  
การตั้งครรภ์แทนได้ จากกรณีศึกษานี้เห็นได้อย่างชัดเจนในปัจจุบันแล้วว่าความก้าวหน้าทางวิทยาการและ  
เทคโนโลยีทางการแพทย์กับการบังคับใช้ของกฎหมายไม่สอดคล้องกับสภาพสังคม ดังนั้นเพื่อกำหนดสถานะ  
ความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้  
เหมาะสมตลอดจนควบคุมการศึกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์การแพทย์เกี่ยวกับตัวอ่อนและเทคโนโลยีช่วยการ  
เจริญพันธุ์ทางการแพทย์มิให้มีการนำไปใช้ในทางที่ไม่ถูกต้องจึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่  
เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ พ.ศ. 2558

#### 4.1.1 หลักการ และเงื่อนไข การตั้งครุฑแทน

ดังปรากฏในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีทางการแพทย์ในการช่วยเจริญพันธุ์ได้บัญญัติไว้ให้การตั้งครุฑแทนต้องกระทำโดยแพทย์ผู้ประกอบวิชาชีพที่มีคุณสมบัติ หลักเกณฑ์ และขั้นตอนการดำเนินการ รวมถึงการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมในตัวอ่อนโดยคุณสมบัติดังกล่าวต้องเป็นไปตามประกาศแพทยสภาและต้องประกอบไปด้วยเงื่อนไข ดังนี้<sup>142</sup>

1) คู่สามี ภรรยาที่แต่งงานโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยผู้เป็นภรยานั้นไม่สามารถตั้งครุฑด้วยตนเองได้และมีความประสงค์ที่จะมีบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีทางการแพทย์ช่วยในการเจริญพันธุ์ โดยการให้หญิงอื่นที่มีความพร้อมทั้งทางร่างกายและจิตใจ

2) กำหนดให้หญิงที่รับตั้งครุฑแทนนั้นต้องไม่มีความสัมพันธ์กับกับสามี หรือภรรยาที่แต่งงานโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นโดยมิให้ความเกี่ยวข้องเป็นบุพการี หรือผู้สืบสันดานของคู่สามี หรือภรรยาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครุฑแทน

3) หญิงที่รับตั้งครุฑแทนต้องเป็นบุคคลอันเป็นญาติสายโลหิตของสามี หรือภรรยาที่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายผู้ประสงค์ให้มีการตั้งแทนหากไม่สามารถหาหญิงที่เป็นญาติที่สืบสายโลหิตได้แล้วนั้น หากจะให้หญิงอื่นรับตั้งครุฑแทนจะต้องดำเนินการสรรหาให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขได้ประกาศกำหนดไว้อันเป็นไปตามคำแนะนำของคณะกรรมการ

---

<sup>142</sup> มาตรา 21 ภายใต้งบบังคับ มาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ พ.ศ. 2558 การดำเนินการให้มีการตั้งครุฑแทนอย่างน้อยต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

(1) สามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภรรยาไม่อาจตั้งครุฑได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครุฑแทน ต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีที่สามีหรือภรยามิได้มีสัญชาติไทย ต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี

(2) หญิงที่รับตั้งครุฑแทนต้องมีบุพการีหรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายตาม (1)

(3) หญิงที่รับตั้งครุฑแทนต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายตาม (1) ในกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ให้หญิงอื่นรับตั้งครุฑแทนได้ ทั้งนี้ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการ

(4) หญิงที่รับตั้งครุฑแทนต้องเป็นหญิงที่เคยมีบุตรมาก่อนแล้วเท่านั้น ถ้าหญิงนั้นมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินฉันสามีภรรยา จะต้องได้รับความยินยอมจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือชายดังกล่าวด้วย

4) หญิงที่จะรับตั้งครรภ์แทนนั้นต้องเคยเป็นหญิงที่ผ่านการตั้งครรภ์โดยสมบูรณ์และต้องผ่านการคลอดบุตรมาก่อนหน้านี้แล้วเท่านั้น นอกจากนี้ หากหญิงนั้นมีสามีที่แต่งงานโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือมีชายที่ใช้ชีวิตร่วมกันฉันสามี ภรรยา ชายผู้เป็นสามีนั้นต้องให้ความยินยอมในการให้หญิงนั้นรับตั้งครรภ์แทนด้วย

จากบทบัญญัติดังกล่าวนี้ ได้วางบทกำหนดไว้ให้สามีและภรรยาที่จะสามารถใช้วิธีการตั้งครรภ์แทนได้นั้นจะต้องเป็นคู่สามี ภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น คู่สามีภรรยาที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรส หรือคู่ชีวิตในลักษณะอื่น ที่ไม่สามารถจัดได้ว่าเป็นสามี ภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายไม่สามารถใช้วิธีการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ นอกจากนี้ยังได้กำหนดให้หญิงที่จะมารับตั้งครรภ์แทนนั้นต้องไม่ใช่ บุพการี หรือผู้สืบสันดาน กล่าวคือ ผู้สืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือผู้สืบสันดานของคู่สมรสที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนนั่นเอง อันหมายถึงผู้สืบสายโลหิตโดยตรงลงมาซึ่งถือตามหลักสายโลหิตตามความเป็นจริงเท่านั้น โดยมีการให้เหตุผลไว้ว่าหากเป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงนั้นอาจมีผลทำให้ยื่นด้อยจะแสดงลักษณะเด่นออกมาหากมีการคลอดบุตร แต่หากเป็นญาติ พี่ น้อง ที่ไม่มีความใกล้ชิดกันทางสายโลหิตความน่าจะเป็นที่ยื่นด้อยจะแสดงลักษณะ เด่นโดยการส่งต่อมาทางบุตรที่คลอดนั้นก็ลดทอนลงไป นอกจากนี้ยังได้มีข้อกำหนดเพิ่มเติมไว้อีกว่าหากในกรณีที่ไม่สามารถที่จะหาหญิงที่เป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายได้ ให้คู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นสามารถที่จะหาหญิงอื่นมารับตั้งครรภ์แทนได้โดยจะต้องให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนด กล่าวคือ หญิงที่จะรับตั้งครรภ์แทนนั้นต้องเป็นหญิงที่มีสัญชาติเดียวกันกับสามีหรือภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน โดยกำหนดไว้ให้หญิงนั้นต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 20 ปีบริบูรณ์แต่จะต้องมีอายุไม่เกิน 40 ปีบริบูรณ์ และจำเป็นต้องผ่านการมีบุตรมาแล้วโดยการคลอดตามธรรมชาติไม่เกิน 3 ครั้ง หรือการมีบุตรโดยการผ่าคลอดไม่เกิน 1 ครั้ง และหญิงนั้นจะต้องเป็นบุคคลที่มีสุขภาพร่างกายและจิตใจที่สมบูรณ์ แข็งแรงดีทั้งนี้จะต้องผ่านการตรวจและประเมินความพร้อมทั้งทางร่างกาย จิตใจและสภาพแวดล้อมโดยจะพิจารณาไปถึงสภาพแวดล้อมของคู่สมรส ผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน ชายผู้บริจาคอสุจิหรือหญิงที่ทำการบริจาคไข่ ที่จะนำมาใช้ในกระบวนการตั้งครรภ์แทนจะต้องเป็นผู้ที่ได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีโดยชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินฉันสามี ภรรยาและยังต้องมีหนังสือแสดงความยินยอมให้มีการตั้งครรภ์แทนพร้อมเอกสาร โดยหญิงที่จะรับตั้งครรภ์นั้นจะรับตั้งครรภ์แทนจนได้คลอดบุตรไม่เกิน 2 ครั้ง ทั้งนี้ในทางการแพทย์มีความคิดเห็นว่าหญิงที่เคยผ่านการมีบุตรมาแล้วนั้น มีความน่าจะเป็นที่จะสามารถตั้งครรภ์บุตรได้อีก ทั้งการคลอดบุตรก็จะง่ายกว่าเมื่อเปรียบเทียบกับหญิงที่ไม่เคยผ่านการคลอดบุตรมาก่อน ทำให้การดูแลครรภ์หรือการคลอดบุตรมีโอกาสประสบความสำเร็จได้มากกว่าหญิงที่ไม่เคยมีบุตรมาก่อนนั่นเอง

#### 4.1.2 วิธีการในการดำเนินให้มีการตั้งครุฑแทน

การดำเนินการให้มีการตั้งครุฑแทนตามพระราชบัญญัตินี้ให้กระทำได้สองวิธี<sup>143</sup> กล่าวคือการใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีและไข่ของภรรยาที่ขอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครุฑแทน หรือการใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีหรือไข่ของภรรยาที่ขอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครุฑแทนกับไข่หรืออสุจิของผู้อื่น ทั้งนี้ ห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครุฑแทน

การตั้งครุฑแทนโดยใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีหรือไข่ของภรณานั้นจะมีโอกาสที่จะเกิดปัญหาได้น้อยกว่าเมื่อเปรียบเทียบกับในกรณีการใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของชายอื่นหรือไข่ของหญิงอื่นที่ไม่ใช่คู่สมรส หรือแม้กระทั่งการใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครุฑแทนเอง ทั้งนี้เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดความผูกพันระหว่างบุคคลเหล่านั้นได้ จนลามไปถึงปัญหาการไม่ยอมสละเด็กที่ถือได้ว่ามีความสัมพันธ์ในทางพันธุกรรมกับตนเองให้แก่คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครุฑแทนและในทางตรงข้ามนั้นเด็กที่เกิดมาก็ย่อมมีความผูกพันทางพันธุกรรมกับหญิงที่รับตั้งครุฑแทน รวมไปถึงการที่เด็กที่เกิดมานั้นอาจจะมีลักษณะทางกายภาพที่มีความละม้ายคล้ายคลึงกับหญิงที่รับตั้งครุฑแทน จนเกิดความสัมพันธ์ทางจิตใจระหว่างกันได้ อันนำไปสู่เหตุผลที่กำหนดให้มีความเกี่ยวข้องระหว่างเด็กที่เกิดจากการตั้งครุฑแทนนั้นต้องมีสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดของคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครุฑแทน

#### 4.1.3 หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการขออนุญาต และการอนุญาต

กำหนดให้ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จะดำเนินการให้มีการตั้งครุฑแทนตามพระราชบัญญัตินี้ให้แก่สามีและภรรยาที่ขอบด้วยกฎหมายและภรรยาไม่สามารถมีบุตรด้วยวิธีธรรมชาติได้ ต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการให้ดำเนินการให้มีการตั้งครุฑแทนให้แก่สามีและภรรยาเท่านั้น หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาตให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา<sup>144</sup>

<sup>143</sup> มาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ พ.ศ. 2558 การดำเนินการให้มีการตั้งครุฑแทนตามพระราชบัญญัตินี้ให้กระทำได้สองวิธี ดังต่อไปนี้

(1) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีและไข่ของภรรยาที่ขอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครุฑแทน

(2) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีหรือไข่ของภรรยาที่ขอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครุฑแทนกับไข่หรืออสุจิของผู้อื่น ทั้งนี้ ห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครุฑแทน

<sup>144</sup> มาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ พ.ศ. 2558

กล่าวคือกำหนดให้ผู้ให้บริการแก่คู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้น คู่สมรสต้องมีสัญชาติไทยหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องเป็นบุคคลผู้มีสัญชาติไทยซึ่งในกรณีนี้ต้องผ่านการจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่ต่ำกว่า 3 ปี จะต้องได้รับการอนุญาตจากคณะกรรมการฯ โดยคณะกรรมการได้ออกประกาศหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาตให้ผู้ให้บริการทางการแพทย์เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน พ.ศ. 2558 ดังนี้

ผู้ให้บริการที่ประสงค์จะขออนุญาตจากคณะกรรมการในการดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนต้องเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งประกอบด้วย ผู้รับผิดชอบในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์รายนั้น ซึ่งต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามประกาศแพทยสภากำหนดโดยเอกสารที่ใช้ในการขออนุญาต จะต้องประกอบไปด้วยเอกสารต่าง ๆ ดังนี้

หนังสือแสดงความยินยอมให้มีการตั้งครรภ์ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หรือที่เรียกว่า “คทพ. 1” และข้อตกลงการรับตั้งครรภ์แทนหรือที่เรียกว่า “คทพ. 2” และคำขออนุญาตดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนหรือที่เรียกว่า “คทพ. 3” และหนังสือแสดงความยินยอมให้มีการตั้งครรภ์แทนของสามีหรือภรรยาที่ขอด้วยกฎหมายหรือที่เรียกว่า “คทพ. 4” และหนังสือแต่งตั้งให้เป็นผู้รับผิดชอบในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จากผู้อำนวยการโรงพยาบาลตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาล แล้วแต่กรณี โดยให้ยื่นต่อผู้อนุญาตที่สำนักสถานพยาบาลและการประกอบโรคศิลปะ กรมสนับสนุนบริการสุขภาพกระทรวงสาธารณสุข หรือที่สำนักงานสาธารณสุขจังหวัดที่ผู้ยื่นคำขออนุญาตใช้เป็นสถานที่ให้บริการตั้งอยู่ในจังหวัดนั้น ๆ ทั้งนี้ในการยื่นคำขอต่อผู้อนุญาตดังกล่าวข้างต้น หากไม่สามารถมายื่นขอได้ด้วยตนเองสามารถมอบอำนาจได้โดยนำสำเนาบัตรประจำตัวประชาชนของผู้รับมอบอำนาจมายื่นคำขอแทนและในการมายื่นคำขอแทนให้ผู้รับมอบอำนาจมาแสดงต่อเจ้าหน้าที่ผู้รับอำนาจมาแสดงต่อเจ้าหน้าที่ผู้รับคำขออย่างไรก็ตามสามารถที่จะยื่นคำขอผ่านทางระบบอิเล็กทรอนิกส์ได้

ในการพิจารณาอนุญาตนั้น คณะกรรมการฯ จะพิจารณาจากข้อมูลต่าง ๆ ดังนี้

1) กรณีสถานพยาบาลอันเป็นหน่วยงานของรัฐหรือสถานพยาบาลตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาลต้องมีมาตรฐานการให้บริการทางการแพทย์เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ตามประกาศแพทยสภากำหนด โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการสำหรับสถานพยาบาลตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาลต้องได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการสถานพยาบาลตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาล

ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จะดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัตินี้ให้แก่สามีและภริยาตามมาตรา 21 (1) รายได้ได้ ต้องได้รับ อนุญาตจากคณะกรรมการให้ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนให้แก่สามีและภริยารายนั้น หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาตให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการ ประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา

2) สามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่มีความประสงค์จะให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนจะต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม กล่าวคือ ภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายต้องมีข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ว่าไม่สามารถตั้งครรภ์เองได้ และต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีที่สามีหรือภรรยาไม่ได้มีสัญชาติไทยต้องจดทะเบียนมาไม่น้อยกว่า 3 ปี และต้องเป็นผู้ที่ผ่านการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกายจิตใจและสภาพแวดล้อมตามประกาศแพทยสภากำหนดและต้องมีหนังสือแสดงความยินยอมให้มีการตั้งครรภ์แทนพร้อมเอกสารตามแบบ คทพ. 4

3) หญิงที่รับตั้งครรภ์ทั้งที่เป็นญาติสืบสายโลหิต ตามมาตรา 21 (1) และไม่ใช่ญาติสืบสายโลหิต ตามมาตรา 21 (3) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีสัญชาติเดียวกับสามีหรือภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน และต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 20 ปีบริบูรณ์ และไม่เกิน 40 ปีบริบูรณ์ ต้องผ่านการมีบุตรมาแล้ว โดยหากเป็นการคลอดธรรมชาติต้องไม่เกิน 3 ครั้ง หากเป็นการผ่าคลอดต้องไม่เกิน 1 ครั้งทั้งหญิงนั้นต้องเป็นผู้ที่มีมีสุขภาพร่างกายและจิตใจแข็งแรงสมบูรณ์ดี ผ่านการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกายและจิตใจ สภาพแวดล้อมตามประกาศแพทยสภากำหนด และต้องเป็นผู้ที่ได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินฉันสามีภรรยา และมีหนังสือแสดงความยินยอมให้มีการตั้งครรภ์แทนพร้อมเอกสารตามแบบ คทพ. 1 โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะรับตั้งครรภ์แทนจนได้คลอดบุตรไม่เกิน 2 ครั้ง แต่ในรอบของการตั้งครรภ์นั้นสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน สามารถให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนได้ครั้งละ 1 คนจนสิ้นสุดการตั้งครรภ์ ในการย้ายฝากตัวอ่อนจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น ในกระบวนการตั้งครรภ์แทนสามารถจะกระทำได้ครั้งละ 1 ตัวอ่อนต่อการตั้งครรภ์แทน 1 ครั้ง โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องชี้แจงและทำความเข้าใจกับบุตรของตนเพื่อให้บุตรได้รับทราบถึงการตั้งครรภ์แทนดังกล่าว ในส่วนของการพิจารณาของคณะกรรมการนั้น สามารถที่จะพิจารณาได้จากการนำกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องในส่วนที่เป็นคุณสมบัติประกอบการพิจารณาด้วยก็ได้โดยการพิจารณานั้น คณะกรรมการมีระยะเวลาในการพิจารณาคำขออนุญาตดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนให้แล้วเสร็จภายใน 60 วัน นับแต่วันที่ได้รับคำขอและเอกสารถูกต้องครบถ้วน หากพิจารณาไม่แล้วเสร็จให้ขยายเวลาได้ครั้งละไม่เกิน 30 วันทำการ และสามารถขยายระยะเวลาในการพิจารณาได้ไม่เกิน 2 ครั้งและเมื่อคณะกรรมการพิจารณาอนุญาตให้ดำเนินการตั้งครรภ์แทน ให้กรมสนับสนุนบริการสุขภาพแจ้งเป็นหนังสือแก่ผู้ยื่นคำขออนุญาต โดยผู้รับอนุญาตต้องรายงานข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินการแต่ละขั้นตอนในแต่ละรายของการตั้งครรภ์แทน และรายงานสรุปผลการตั้งครรภ์แทน โดยให้รายงานผลการดำเนินการตั้งครรภ์แทน สุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนหลังคลอดภายใน 45 วัน นับจากวันคลอด ในกรณียุติการตั้งครรภ์แทนการคลอด ให้ผู้รับอนุญาตรายงานภายใน 30 วัน นับจากวันยุติการตั้งครรภ์ การรายงานดังกล่าวนี้ให้รายงานต่อคณะกรรมการผ่านสำนักสถานพยาบาลและการประกอบโรคศิลปะ กรมสนับสนุนบริการสุขภาพ

ในระหว่างการดำเนินการแต่ละขั้นตอนในแต่ละรายของการตั้งครุภัณฑ์แทนให้คณะกรรมการควบคุมตรวจสอบหรือกำกับดูแลการให้บริการด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เป็นไปตามมาตรฐานการให้บริการ มีอำนาจติดตามตรวจสอบการดำเนินการตั้งครุภัณฑ์แทนของผู้รับอนุญาตเพื่อเฝ้าระวังให้กระบวนการปฏิบัติเป็นไปตามกฎหมาย และที่คณะกรรมการมอบหมายให้ตามความเหมาะสมโดยในส่วนของผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มีหน้าที่ต้องรายงานข้อมูลเกี่ยวกับการให้บริการ และรายละเอียดของผู้ประกอบวิชาชีพที่เป็นผู้ให้บริการตามแบบ คทพ. 6 โดยต้องรายงานทุกกระบวนการทั้งหมดที่เกิดขึ้นในรอบปีที่ผ่านมาและให้รายงานภายในวันที่ 31 ตุลาคม ของปีถัดไปต่อสำนักสถานพยาบาลและการประกอบโรคศิลปะ กรมสนับสนุนบริการสุขภาพ โดยข้อมูลที่ต้องอยู่ในรายงานนั้น รวมถึงรายละเอียดเกี่ยวกับข้อมูลการใช้ไข่ อสุจิหรือตัวอ่อนบริจาคในกรณีการตั้งครุภัณฑ์แทนโดยจะต้องเก็บรักษาเอกสารดังกล่าวไว้ที่สถานพยาบาลที่ให้เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นเวลาไม่น้อยกว่า 20 ปี นับแต่วันที่เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์คลอดและอยู่รอดเป็นทารก ในกรณีสถานพยาบาลที่ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ยุติการให้บริการเกี่ยวกับการให้บริการทางการแพทย์หรือยุติการดำเนินการสถานพยาบาล ให้ผู้อำนวยการโรงพยาบาล หรือผู้ดำเนินการสถานพยาบาล

ตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาลส่งต่อเอกสารดังกล่าวไปยังสถานพยาบาลที่ขึ้นทะเบียนแห่งอื่นและรายงานการเก็บเอกสารดังกล่าวไปยังสถานพยาบาลที่ขึ้นทะเบียนแห่งอื่นและรายงานการเก็บเอกสารดังกล่าวให้คณะกรรมการทราบเพื่อพิจารณาและดำเนินการต่อไปผ่านสำนักสถานพยาบาลและการประกอบโรคศิลปะกรมสนับสนุนบริการสุขภาพ และในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงการอนุญาตเดิมผู้ให้บริการสามีหรือภรรยาที่ขอด้วยกฎหมาย หญิงที่รับตั้งครุภัณฑ์แทน อสุจิหรือไข่ ให้ดำเนินการขออนุญาตใหม่ที่มีการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว อีกทั้งห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครุภัณฑ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า

#### 4.1.4 ข้อตกลงการตั้งครุภัณฑ์แทน และค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในการตั้งครุภัณฑ์แทน

ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขโดยคำแนะนำของคณะกรรมการประกาศกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครุภัณฑ์แทนและค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครุภัณฑ์แทนในขณะตั้งครุภัณฑ์ การยุติการตั้งครุภัณฑ์แทนการคลอด และหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครุภัณฑ์แทน หลังคลอดเป็นเวลานานไม่น้อยกว่าสามสิบวัน<sup>145</sup>

<sup>145</sup> มาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ พ.ศ. 2558

ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 25<sup>146</sup> กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน และค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์<sup>147</sup> การยุติการตั้งครรภ์แทน การคลอด และหลังคลอด ตลอดจนค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในการตั้งครรภ์แทนหลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 30 วัน ซึ่งข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน<sup>148</sup> และค่าใช้จ่ายต้องประกอบไปด้วยสาระสำคัญตามประกาศกระทรวงสาธารณสุข ว่าด้วยเรื่องหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนและค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ การยุติการตั้งครรภ์ การคลอดและหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนหลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 30 วัน โดยมีการกำหนดรายละเอียดไว้ดังนี้ ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นตกลงที่จะดูแลทารกในครรภ์ ที่ตนรับตั้งครรภ์แทนเช่นวิญญูชนพึงกระทำ โดยที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นตกลงที่จะให้ทารกในครรภ์ตนเอง เมื่อคลอดออกมาแล้วนั้นให้เด็กที่คลอดเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย (คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน) โดยที่สามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน โดยให้รวมถึงค่าใช้จ่ายในการตรวจ ค่ารักษาพยาบาลตามกระบวนการรับตั้งครรภ์ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ค่าตรวจวินิจฉัยสุขภาพของทารกในครรภ์และค่าวินิจฉัยทางพันธุกรรมของเด็กก่อนตั้งครรภ์

<sup>146</sup> มาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ พ.ศ. 2558

<sup>147</sup> ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนและค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ และค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ การยุติการตั้งครรภ์ การคลอด และหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนหลังคลอด เป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน ข้อ 3 ค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพ

<sup>148</sup> ข้อ 3 “ข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน” ของประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่องหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนและค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์และค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ การยุติการตั้งครรภ์ การคลอด และหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนหลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน หมายความว่า ข้อตกลงในการตั้งครรภ์แทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ระหว่างสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงเป็นหนังสือไว้กับสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายก่อนตั้งครรภ์ว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น

ระหว่างตั้งครรภ์ รวมไปถึงภายหลังจากการคลอดอันเนื่องมาจากข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน ค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์ในขณะตั้งครรภ์ เช่น ค่าฝากครรภ์ ค่าฉีควัคซีน โดยเป็นความตกลงยินยอมของสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และหากมีกรณีหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้รับความเจ็บป่วยทางสุขภาพ อันเนื่องมาจากการรับตั้งครรภ์แทน สามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบในเรื่องค่าใช้จ่ายในความเจ็บป่วยที่เกิดขึ้นอันเกี่ยวเนื่องมาจากการตั้งครรภ์แทน ในกรณีเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้รับความเจ็บป่วยทางสุขภาพอันเนื่องมาจากการรับตั้งครรภ์แทน สามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนต้องเป็นผู้รับผิดชอบในเรื่องค่าใช้จ่ายในความเจ็บป่วยที่เกิดขึ้นอันเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน โดยสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายอาจตกลงกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ในเรื่องการทำประกันสุขภาพให้กับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนด้วยก็ได้

#### 4.1.5 การยุติการตั้งครรภ์แทน

การยุติการตั้งครรภ์แทนต้องกระทำโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น เว้นแต่ในกรณีหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ยินยอมให้ถือว่าข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน เป็นอันยุติลง และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นไม่ต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายตามข้อตกลงดังกล่าว การยุติการตั้งครรภ์แทนตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ<sup>149</sup> ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 26 ได้กำหนดในเรื่องของการยุติการตั้งครรภ์แทนต้องกระทำโดย ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น<sup>150</sup> เว้นแต่ในกรณีที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ยินยอมให้ถือว่าข้อตกลงของการตั้งครรภ์แทนตามมาตรา 25 เป็นอันยุติลง และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นไม่ต้องชดเชยค่าใช้จ่ายตามข้อตกลงดังกล่าวและการยุติการตั้งครรภ์นั้น จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ โดยการยุติการตั้งครรภ์นั้นต้องกระทำโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม และกำหนดให้การยุติการตั้งครรภ์แทนต้องได้รับความยินยอมเป็น

<sup>149</sup> วรรค 1 มาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ พ.ศ. 2558

<sup>150</sup> มาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

หนังสือจากทั้งสามและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการตั้งครุฑแทนและหญิงที่รับตั้งครุฑนั้น ทั้งนี้เป็นไปตามเงื่อนไขในประกาศแพทยสภาที่ 95/2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการยุติการตั้งครุฑแทน ว่า การยุติการตั้งครุฑแทนให้เป็นไปตามเงื่อนไข ดังนี้

จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางกายหรือจิตใจอย่างรุนแรงของหญิงที่รับตั้งครุฑแทน หรือเป็นกรณีที่พบว่าทารกในครรภ์มีความเสี่ยงสูงที่จะมีความพิการหรือเป็นโรคพันธุกรรมอย่างรุนแรงและส่งผลกระทบต่อสุขภาพทางการหรือจิตของหญิงที่รับตั้งครุฑแทน

ทั้งนี้ เงื่อนไขของการยุติการตั้งครุฑแทนตามวรรคหนึ่งต้องมีผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งไม่อยู่ในองค์ประกอบของบุคลากรเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญดำเนินการตรวจยืนยันผลลงความเห็นสอดคล้องกันอย่างน้อย 2 ท่าน

การยุติการตั้งครุฑแทนทางการแพทย์ต้องกระทำในสถานพยาบาลของรัฐหรือสถานพยาบาลประเภทที่รับผู้ป่วยไว้ค้างคืนตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาล หรือคลินิกเวชกรรมตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาลโดยสามารถปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครุฑทางการแพทย์ที่อายุครรภ์ไม่เกินสิบสองสัปดาห์ และต้องรายงานการยุติการตั้งครุฑแทนให้กรมสนับสนุนบริการสุขภาพ กระทรวงสาธารณสุข ทราบเป็นรายกรณีภายใน 30 วันนับจากวันยุติการตั้งครุฑแทนด้วย อันเป็นการสอดคล้องกับ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 โดยผู้ร้องเคยเป็นผู้อำนวยการโรงพยาบาลกฤษบุรี และเป็นแพทย์ในเครือข่ายแพทย์อาสาเพื่อยุติการตั้งครุฑทางการแพทย์ตามกฎหมาย ร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 213 โดยผู้เขียนได้นำคำวินิจฉัยในประเด็นที่มีความเกี่ยวข้องกับการยุติการตั้งครุฑ สรุปลงสาระสำคัญได้ดังนี้ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาตรา 27 และมาตรา 28 คำวินิจฉัยมีว่าการยุติการตั้งครุฑเป็นปัญหาทางสังคม ทางทางการแพทย์ และทางกฎหมายที่มีความละเอียดอ่อน รวมทั้งเป็นประเด็นปัญหาที่เกี่ยวข้องกับจริยธรรมและศีลธรรม ซึ่งถือว่าเป็นความผิดทางอาญา และกำหนดโทษแก่หญิงฝ่ายเดียวที่ทำให้ตนแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ทั้งนี้ความผิดฐานทำให้แท้งลูกมีเจตนาารมณ์และคุณธรรมทางกฎหมายที่ต้องการคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์โดยเห็นถึงความสำคัญและคุณค่าของชีวิตมนุษย์ที่กำลังจะเกิดมา แต่เนื่องจากรากฐานของสังคมไม่ได้ขึ้นอยู่กับความเห็นคุณค่าของชีวิตมนุษย์เพียงเท่านั้น แต่ยังมีปัจจัยอื่นที่สำคัญเป็นรากฐานของสังคมประกอบด้วยเช่นเดียวกับการคุ้มครองสิทธิในการมีชีวิตของทารกในครรภ์ หากมุ่งคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์เพียงอย่างเดียวพิจารณาการคุ้มครองสิทธิของหญิงผู้ตั้งครุฑอันมีมาก่อนสิทธิของทารกในครรภ์ก็เป็นสิ่งที่อาจส่งผลกระทบต่อหญิงไม่ได้รับความเป็นธรรมและถูกกีดกันหรือจำกัดสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิง ซึ่งเป็นสิทธิตามธรรมชาติที่เป็นสิทธิพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ที่บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดต่อชีวิตและร่างกายของตนได้ตราบเท่าที่การกระทำนั้นไม่ได้ไปรบกวนหรือล่วงล้ำ

เข้าไปในสิทธิหรือเสรีภาพของผู้อื่น รวมทั้งยังส่งผลกระทบต่อสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของหญิงตั้งครรภ์ที่ครอบคลุมไปถึงสิทธิในการตัดสินใจของหญิงว่าจะยุติการตั้งครรภ์หรือตั้งครรภ์ต่อไปอีกด้วย

นอกจากนี้ การคุ้มครองสิทธิทารกในครรภ์และสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ต้องให้เกิดความสมดุลกัน โดยอาจต้องนำช่วงระยะเวลาการตั้งครรภ์มาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณา การปฏิเสธสิทธิของหญิงโดยปราศจากการกำหนดเงื่อนไขหรือเงื่อนไขที่เหมาะสมดังเช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 จึงเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของหญิงเกินความจำเป็น ประกอบกับรัฐมีหน้าที่กำหนดให้มีมาตรการส่งเสริมให้บุคคลใช้สิทธิและเสรีภาพ โดยจัดให้มีมาตรการในการยุติการตั้งครรภ์ที่ปลอดภัย ถูกต้องตามกฎหมาย ไม่กระทบต่อการใช้สิทธิของหญิง และต้องเข้าไปดูแลและคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์มิให้ถูกกระทบสิทธิในการมีชีวิตเช่นเดียวกัน บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 จึงกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของหญิงเกินความจำเป็นไม่เป็นไปตามหลักแห่งความได้สัดส่วน และเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 28

ประเด็นประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 มาตรา 28 และ มาตรา 77 หรือไม่ กล่าวคือ การยุติการตั้งครรภ์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 (1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางกายหรือปัญหาสุขภาพทางจิตของหญิงตั้งครรภ์ซึ่งต้องได้รับการรับรองหรือความเห็นชอบจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคน โดยปัญหาสุขภาพทางจิตของหญิงตั้งครรภ์รวมไปถึงปัญหาความเครียดอย่างรุนแรง เนื่องจากตรวจพบว่าการทารกในครรภ์มีความเสี่ยงสูงที่จะมีความพิการอย่างรุนแรง หรือเป็นหรือมีความเสี่ยงสูงที่จะเป็นโรคพันธุกรรมอย่างรุนแรง เมื่อหญิงนั้นได้รับการตรวจวินิจฉัยและการปรึกษาแนะนำทางพันธุศาสตร์ และมีการลงนามรับรองในเรื่องดังกล่าวข้างต้น โดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคน ซึ่งต้องมีข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ที่ชัดเจนว่าหญิงนั้นมีปัญหาทางสุขภาพทางกายหรือทางจิตและต้องมีการบันทึกการตรวจและวินิจฉัยโรคไว้ในเวชระเบียนเพื่อเป็นหลักฐาน สำหรับการยุติการตั้งครรภ์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 (2) ต้องมีหลักฐานหรือข้อเท็จจริงอันควรเชื่อได้ว่าหญิงมีครรภ์เนื่องจากการกระทำผิดอาญา ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 ข้อบังคับดังกล่าวทำให้การยุติการตั้งครรภ์ของนายแพทย์มีความชัดเจน และครอบคลุมถึงปัญหาด้านสุขภาพกายและสุขภาพจิตของหญิงตั้งครรภ์แล้ว จึงเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 305 เป็นบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองทั้งคุณธรรมในทางกฎหมายและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในร่างกายของหญิงที่ตั้งครรภ์อย่างเป็นธรรม เป็นไปตามหลักการได้สัดส่วนพอเหมาะพอควรแก่กรณีและคุ้มครองประโยชน์ของสังคมและประโยชน์สาธารณะได้อย่างเหมาะสม ไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม และไม่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของหญิงตั้งครรภ์ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 และ มาตรา 28 แต่อย่างใด<sup>151</sup> จะเห็นได้ว่า

<sup>151</sup> คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญให้ความสำคัญต่อสิทธิของหญิงตั้งครรภ์มากขึ้น จากเดิมที่มุ่งเน้นในการคุ้มครองชีวิตของเด็กในครรภ์เป็นหลัก โดยยึดหลักการได้สัดส่วนระหว่างสิทธิของหญิงที่ตั้งครรภ์กับทารกในครรภ์ ให้มีความสมดุลกัน มีการคำนึงถึงสุขภาพทางร่างกาย รวมไปถึงสุขภาพทางด้านจิตใจของหญิงที่ตั้งครรภ์ ทั้งนี้ในมุมมองของผู้เขียนนั้น การที่หญิงตั้งครรภ์มีสุขภาพทั้งทางร่างกายและจิตใจที่สมบูรณ์ดีพร้อม ย่อมส่งผลต่อการให้ตั้งครรภ์มีความเสี่ยงที่น้อยลงรวมไปถึงหญิงที่ตั้งครรภ์ย่อมมีความพร้อมในการเลี้ยงดูเด็กในครรภ์ซึ่งสุดท้ายแล้วก็ย่อมส่งผลกระทบต่อสุขภาพชีวิตของทารกที่กำลังจะเกิดมาอันเป็นการสอดคล้องไปในทิศทางเดียวกันกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ประเด็นการยุติการตั้งครรภ์ในหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าควรยึดหลักการ เช่นเดียวกันกับการยุติการตั้งครรภ์ในหญิงที่ตั้งครรภ์ปกติ ประกอบกับเหตุผลทางการแพทย์โดยแพทย์ผู้ที่เกี่ยวข้องในการตั้งครรภ์แทนนั้น และหากมีกรณีอื่นเป็นประเด็นขัดแย้งกันสมควรต้องมีแพทย์ผู้เชี่ยวชาญที่ไม่มีส่วนได้ส่วนเสียในการตั้งครรภ์แทนนี้ในกรณีของการตั้งครรภ์แทนทั้งนี้อ้างอิงกับการยุติการตั้งครรภ์ในกรณีการตั้งครรภ์แทนในกฎหมายต่างประเทศที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษา กล่าวคือยังคงใช้กฎหมายที่ว่าด้วยการยุติการตั้งครรภ์ที่มีอยู่มาปรับใช้โดยยังคงยึดหลักการและเหตุผลเช่นเดียวกันกับการยุติการตั้งครรภ์โดยทั่วไป

#### 4.1.6 ข้อห้ามของการตั้งครรภ์แทน

สำหรับข้อห้ามของการรับตั้งครรภ์แทนนั้นพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 27 ได้กำหนดรายละเอียดไว้ กล่าวคือห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า รวมไปถึงการห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการเป็นคนกลาง หรือนายหน้าโดยเรียกรับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดเพื่อเป็นการตอบแทนในการจัดการ หรือมีการซื้อช่องให้มีการรับตั้งครรภ์แทน ทั้งยังห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณาหรือโฆษณาให้แพร่หลายด้วยประการใด ๆ เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนว่ามีหญิงที่ประสงค์จะเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนผู้อื่น หรือมีบุคคลที่ประสงค์จะให้หญิงอื่นเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่ว่าจะได้กระทำเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือไม่ก็ตาม<sup>152</sup>

ประกอบกับประกาศแพทยสภาที่ 95 (5) /2558 เรื่องหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในการตรวจโรคทางพันธุกรรมในตัวอ่อน ซึ่งมีวัตถุประสงค์ของการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมในตัวอ่อน โดยเป็นการตรวจเพื่อคัดกรองความผิดปกติทางพันธุกรรมของตัวอ่อน และเป็นการตรวจเพื่อการวินิจฉัยในกรณีที่สามีหรือภรรยาที่มีความผิดปกติทางพันธุกรรมหรือมีพันธุกรรมแฝงที่ทราบอยู่ก่อนแล้ว โดยทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะที่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการเลือกเพศ จะเห็นได้ว่าในการตั้งครรภ์แทนภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดย

<sup>152</sup> มาตรา 27 และ มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ พ.ศ. 2558

อาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้น การคัดเลือกเพศของตัวอ่อนในกระบวนการตั้งครรภ์ แทนไม่สามารถกระทำได้ กระบวนการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมในตัวอ่อนจะกระทำได้อีกต่อเมื่อหนึ่งในคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนหรือทั้งสองคนมีพันธุกรรมผิดปกติ ซึ่งสามารถถ่ายทอดพันธุกรรมที่ผิดปกติขึ้นไปสู่ทารกในครรภ์ได้ โดยการถ่ายทอดดังกล่าวจำเป็นต้องเป็นความเสี่ยงอย่างชัดเจนว่าอาจเป็นเหตุให้ทารกที่จะเกิดขึ้นมีโอกาสเป็นโรคหรือเป็นพาหะโรคหรือมีภาวะผิดปกติต่าง ๆ ซึ่งไม่อาจมีชีวิตอยู่รอดหรือมีชีวิตเฉกเช่นคนปกติ อีกประการหนึ่งคือคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่มีความผิดปกติแต่มีประวัติการตั้งครรภ์ที่ทารกในครรภ์มีความพิการหรือเป็นโรคหรือมีความผิดปกติที่รุนแรงและความผิดปกติทางพันธุกรรมนั้นอาจป้องกันได้โดยการตรวจคัดกรองพันธุกรรมของตัวอ่อน หรือมีบุตรที่ป่วยเป็นโรคหรือมีความเข้ากันได้ของเนื้อเยื่อ (HLA matched) ซึ่งการตรวจ HLA ของตัวอ่อนในกรณีนี้จะเป็นประโยชน์โดยสามารถนำเซลล์ต้นกำเนิดจากเลือดในสายสะดือเมื่อแรกคลอดไปใช้รักษาบุตรคนที่ป่วยเนื่องจากมีเนื้อเยื่อที่เข้ากันได้หรือมีประวัติการแท้งบุตรก่อน 12 สัปดาห์ตั้งแต่ 2 ครั้งขึ้นไป หรือในกรณีที่มีผลการตรวจยืนยันว่าการแท้งครั้งก่อนมีสาเหตุมาจากทารกมีความผิดปกติทางพันธุกรรม หรือภรรยาอายุตั้งแต่ 35 ปีบริบูรณ์ขึ้นไปและมีข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ว่าตัวอ่อนอาจมีความเสี่ยงต่อความผิดปกติทางพันธุกรรม หรือการไม่ตั้งครรภ์ 2 ครั้งติดต่อกันในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์<sup>153</sup>

เห็นได้ว่าในการตรวจวินิจฉัยตัวอ่อนที่เกิดขึ้นในกระบวนการตั้งครรภ์แทนนั้นมุ่งคุ้มครองความสมบูรณ์ของตัวอ่อน ลดความเสี่ยง โอกาสที่จะเกิดโรคร้ายแรงต่อตัวอ่อน อันจะส่งผลไปสู่การมีสุขภาพร่างกายที่สมบูรณ์ แข็งแรง ไม่มีความผิดปกติ ภายหลังการคลอด หากใช่เป็นการกระทำเพื่อตอบสนองความต้องการของคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนในการคัดเลือกเพศของทารกที่ต้องการจากกระบวนการตั้งครรภ์แทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

การตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยเมื่อได้มีการบังคับกฎหมายตาม พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ พ.ศ. 2558 แล้วนั้นส่งผลให้เกิดทางเลือกในกระบวนการรักษา คู่สมรสที่มีปัญหาการมีบุตรยากให้สามารถมีบุตรได้ โดยวิธีการตั้งครรภ์แทนก็เป็นทางเลือกหนึ่งที่สามารถกระทำได้อย่างถูกต้องตามกฎหมายโดยมีองค์ประกอบเงื่อนไขดังที่เขียนไว้ในข้างต้น เมื่อคู่สมรสสามารถมีบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์แล้วนั้น เด็กที่เกิดมาย่อมมีความผูกพัน ความสัมพันธ์กับคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน ถือเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์ เมื่อเป็นเช่นนี้สิทธิอันที่เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนพึงจะได้นั้น ย่อมต้องไม่มีความแตกต่างกับเด็กที่เกิดในวิธีการปกติเป็นการทั่วไป

<sup>153</sup> ข้อ 2 และ ข้อ 3 ของประกาศแพทยสภาที่ 95 (5) /2558 เรื่องหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข ในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมในตัวอ่อน

## 4.2 สิทธิของเด็กและความคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ ทางการแพทย์

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้บัญญัติในเรื่องของสิทธิในความเป็นบิดาและมารดาของเด็กและการคุ้มครองเด็กไว้หลายประการ ดังนี้

1) เด็กซึ่งเกิดจากอสุจิไข่หรือตัวอ่อนของผู้บริจาค แล้วแต่กรณีไม่ว่าจะกระทำโดยการให้ภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีที่ประสงค์ที่จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์หรือให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่นให้เด็กนั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีและภรรยา คู่สมรสผู้ประสงค์ที่จะมีบุตรโดยการตั้งครรภ์แทน แม้ว่าสามีหรือภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายผู้ประสงค์จะมีบุตรโดยการตั้งครรภ์แทนนั้นจะถึงแก่ความตายก่อนเด็กจะเกิดก็ตาม ก็ยังถือว่าเด็กที่เกิดมาเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สมรสผู้ประสงค์ที่จะมีบุตรโดยการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายไปแล้ว และมีผลให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนี้มีสิทธิและหน้าที่ต่อกัน

2) กรณีชายหรือหญิงที่บริจาคอสุจิหรือไข่ซึ่งนำมาใช้ในการปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์หรือผู้บริจาคตัวอ่อน และเด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่บริจาดดังกล่าว ไม่อาจถือว่าชายหรือหญิงที่บริจาคอสุจิหรือไข่ ซึ่งนำมาใช้ปฏิสนธิเป็นตัวอ่อน มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก

3) กรณีที่ปรากฏว่าสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นได้ถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 บัญญัติให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองเด็กไปจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นมาใหม่ ทั้งนี้ ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก ผู้มีส่วนได้เสียหรือพนักงานอัยการมีอำนาจร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้ปกครองได้และในการตั้งผู้ปกครองดังกล่าวให้ศาลคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กนั้นเป็นสำคัญ

4) เมื่อหญิงที่รับตั้งครรภ์จะไปฝากครรภ์จะไปฝากครรภ์หรือไปคลอดบุตรยังสถานพยาบาลใดให้นำข้อตกลงเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน<sup>154</sup> แสดงต่อแพทย์ผู้รับฝากครรภ์หรือผู้ที่จะทำคลอด ณ สถานพยาบาลแห่งนั้น เพื่อเป็นหลักฐานในการออกหนังสือรับรองการเกิดและการแจ้งเกิดของเด็กต่อไป

5) สามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายและประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน ต้องมีหน้าที่แจ้งการเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์ต่อนายทะเบียนผู้รับแจ้งตามกฎหมายว่าด้วยการทะเบียนราษฎร

<sup>154</sup> มาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

อย่างไรก็ตาม ในกรณีสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายผู้ประสงค์ที่จะมีบุตรโดยการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กนั้นเกิดไม่อยู่ในประเทศไทย หรือไม่ปรากฏตัวภายหลังจากการคลอดเด็กนั้นให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีหน้าที่ในการแจ้งเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนดังกล่าว

6) ห้ามมิให้สามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือสามี หรือภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายผู้ประสงค์ที่จะมีบุตรโดยการตั้งครรภ์แทนปฏิเสธการรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์ดังกล่าวในทุกกรณี

7) ให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดกมาใช้บังคับโดยอนุโลม เพียงเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้

พิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ตามพระราชบัญญัตินั้น เด็กถือเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน มีสิทธิ หน้าที่ระหว่างกันแม้ว่าคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนจะเสียชีวิตไปก่อนที่เด็กจะเกิดก็ตาม หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หญิงที่บริจาคไข่ ตัวอ่อน หรือชายที่บริจาคอสุจิ ไม่มีสิทธิ หน้าที่ระหว่างกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดกเด็ก มีเพียงกรณีที่คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นได้เสียชีวิตไปก่อนที่เด็กจะเกิดจึงให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองเด็กแทนไปก่อนจนกว่าจะมีการตั้งผู้ที่เหมาะสมต่อไป เช่นนี้นั้นอาจจะเป็นเหตุให้เด็กด้อยสิทธิต่าง ๆ ลงไปได้ อันเนื่องมาจากการขาดผู้ปกครองที่มีความพร้อม และมีศักยภาพในการเลี้ยงดูเด็กให้เจริญเติบโตได้อย่างสมบูรณ์ เด็กที่เกิดมานั้นเจริญเติบโตอย่างต่อเนื่อง ไม่สามารถหยุด หรือชะลอการเติบโตของเด็กตามกาลเวลาได้ การมีผู้ปกครอง ที่จะทำหน้าที่อุปการะ เลี้ยงดู อบรม สั่งสอนให้เด็ก เติบโต อย่างมีพัฒนาการ ให้สมวัย จึงต้องอาศัยผู้ที่มีความเหมาะสมเพียงพอแก่ฐานะ นารูปร่างของเด็กโดยต้องคำนึงถึงหลักประโยชน์สูงสุด หรือความผาสุกต่อเด็กเป็นสำคัญในการตั้งผู้ปกครองที่เหมาะสมต่อไป

#### 4.2.1 สิทธิในการอยู่รอด

มีการกำหนดบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายไว้โดยกำหนดให้คู่สามี ภรรยาผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเป็นบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก และกำหนดห้ามการปฏิเสธไม่รับเด็กในอุปการะในทุกกรณีซึ่งเมื่อเป็นเช่นนี้หากเกิดกรณีที่ไม่ว่าผู้ประสงค์ สามี ภรรยาผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์มีความจำเป็นต้องรับผิดชอบต่อเด็กแม้จะไม่ปรารถนาก็ตามซึ่งหากเป็นในกรณีดังกล่าวก็จะขัดกับหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก ในกรณีเช่นนี้ ผู้ที่มีจะมีสิทธิในการปกครอง เป็นผู้ปกครอง มีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กนั้นอาจไม่ใช่บิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเสมอไปดังเช่นการตั้งผู้มีอำนาจปกครองของเด็กจากบุคคลที่สามโดยการพิจารณาถึงหลักประโยชน์สูงสุดอันจะเกิดกับเด็กเป็นสำคัญเช่นในการพิจารณาของศาลในประเทศอังกฤษในกรณีที่ตั้งมารดาผู้ให้กำเนิด (หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน) และคู่สามีภรรยาไม่มีความประสงค์จะปกครองเด็กที่เกิดขึ้นมาเนื่องจากเกิดความผิดปกติของการตั้งครรภ์และได้เล็งเห็นแล้วว่าหากให้เด็กอยู่ใน

ความปกครองกับบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่มีความประสงค์จะเลี้ยงดูเด็กแล้วจะไม่เป็นผลดีกับตัวเด็กเอง จึงได้พิจารณาในการตั้งบุคคลที่สามขึ้นมาเพื่อให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็ก

#### 4.2.2 สิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครอง

เมื่อมีเหตุพิพาทได้มีการกำหนดผู้มีอำนาจปกครองเป็นหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนปกครองไปก่อนตั้งที่ระบุในพระราชบัญญัติฯ ในกรณีบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเสียชีวิตไปก่อนเด็กจะถือกำเนิด เมื่อเป็นเช่นนี้ในระหว่างที่อยู่ในการพิจารณาถึงเหตุที่พิพาท เด็กต้องอยู่ในอำนาจปกครองของหญิงซึ่งรับตั้งครรภ์แทนไปจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่โดยให้สิทธิกับหญิงตั้งครรภ์แทน พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก ผู้มีส่วนได้เสียหรือพนักงานอัยการ มีอำนาจร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้ปกครองได้ แต่ไม่ได้กำหนดถึงผู้มีอำนาจในการปกครองเด็กหากเกิดกรณีพิพาทอื่น เช่น ในกรณีเด็กที่เกิดไม่ตรงกับความต้องการอันอาจมาจากสาเหตุที่ไม่อาจจะอ้างความผิดของผู้ใดหรือเหตุอันเป็นข้อสงสัยอื่น ๆ หากเป็นเช่นนี้เด็กยังคงต้องอยู่ในความปกครองของคู่สามี ภรรยาผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์ ซึ่งเป็นบิดา มารดาตามกฎหมายต่อไปแม้ว่าจะไม่เป็นผลดีต่อเด็กก็ตาม หรือในกรณีคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่ปรากฏตัว ภายหลังเด็กคลอดโดยยังไม่มี การจัดตั้งกำหนดแนวทาง หรือหลักเกณฑ์ในการปกป้องคุ้มครองเด็กที่อยู่ในระหว่างการเกิดข้อพิพาทที่เหมาะสมอันจะเป็นประโยชน์สูงสุดกับเด็ก

#### 4.2.3 สิทธิที่จะได้รับการพัฒนา

เด็กจะมีสิทธิในการได้รับการพัฒนาตนเองตามความสามารถและศักยภาพของตนเองหรือไม่ขึ้นอยู่กับว่าเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นจะได้รับโอกาสจากการใช้อำนาจปกครองอย่างไร ซึ่งก็เป็นผลสืบเนื่องมาจากการอำนาจปกครองของเด็กให้กับบุคคลใด โดยหลักการที่ใช้ในการเลือกว่าเด็กควรจะอยู่ในอำนาจปกครองของผู้ใดนั้นในต่างประเทศเช่นประเทศอังกฤษ หรือในบางมลรัฐของสหรัฐอเมริกาจะใช้หลักผลประโยชน์สูงสุดต่อเด็กในการเลือกบุคคลที่หากเด็กได้รับการอุปการะเลี้ยงดูแล้วจะเกิดประโยชน์สูงสุดต่อเด็กมากที่สุด เป็นบุคคลที่หากมีหน้าที่ในการใช้อำนาจปกครองเด็กแล้วนั้นจะบุคคลที่จะเป็นผู้ที่เหมาะสมสำหรับเด็กเป็นที่สุดซึ่งศาลก็จะคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กที่เกี่ยวข้องว่าจะเกิดประโยชน์สูงสุดต่อเด็กในทุก ๆ ด้าน ในขณะที่พรบ.ฯ นั้นกำหนดไว้เพียงให้คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเป็นบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดู และเป็นผู้ที่มีอำนาจในการปกครองเด็กโดยห้ามปฏิเสธในการรับเด็กในการอุปการะทุกกรณี

#### 4.2.4 สิทธิในการมีส่วนร่วม

หญิงผู้ให้กำเนิดหรือชายผู้เป็นเจ้าของอสุจิไม่มีความเกี่ยวพันใด ๆ กับเด็กในทางกฎหมายแต่เป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กซึ่งจะไม่มีกำหนดให้มีชื่อของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน หรือชายผู้เป็นเจ้าของอสุจิที่เป็นผู้ให้กำเนิดและเป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กในใบสูติบัตร ซึ่งเด็กมีสิทธิที่จะทราบข้อมูลอันเป็นที่มา อันเป็นข้อมูลที่มีคุณค่าต่อความเป็นมนุษย์ของเด็กในการที่จะได้ทราบถึงที่มา แหล่งกำเนิดของตนอันจะส่งผลต่อคุณภาพชีวิต ทั้งทางสังคม จิตใจและศีลธรรมของเด็ก กล่าวคือ เมื่อความเป็นมารดาจากการให้กำเนิด หญิงผู้ให้กำเนิดจึงเป็นหญิงที่มีความสำคัญต่อการเกิดขึ้นของเด็กนั้น เพราะหญิงนั้นถือได้ว่าเป็นรากฐาน รากเหง้าของเด็ก การที่เด็กมีสิทธิในการได้รับทราบข้อมูลดังกล่าวเมื่อมีวุฒิภาวะที่เหมาะสม จึงถือได้ว่าเด็กนั้นมีสิทธิในการมีส่วนร่วมภายใต้หลักประชาธิปไตยอันมีหลักการสนับสนุนคุณค่าของความเป็นมนุษย์ มีสิทธิ เสรีภาพในการแสดงออกในการแสวงหารับหรือถ่ายทอดข้อมูลเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย อันอาจจะส่งผลต่อคุณค่าความเป็นมนุษย์ของเด็กได้ ภายหลังจากการเสวนาร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ ที่จัดโดยกรมกิจการเด็กและเยาวชน ในช่วงเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2562 ซึ่ง พ.ร.บ.คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 บังคับใช้มาเป็นเวลา 4 ปี ได้มีการเสนอให้มีการปรับปรุงในประเด็นที่เป็นข้อบกพร่องให้สอดคล้องกับบริบทที่เปลี่ยนแปลงซึ่งคือสิทธิของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ในการรับรู้ข้อมูลผู้บริจาคอสุจิ หรือไข่ เมื่ออายุครบ 15 ปี<sup>155</sup> ซึ่งเป็นไปตามหลักสากลและอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่สนับสนุนให้เด็กมีสิทธิจะรับรู้ข้อมูลอันเป็นรากเหง้าตนเองซึ่งจะมีการกล่าวถึงในบทต่อไป

#### 4.3 บทสรุปสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

ก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ พ.ศ. 2558 นั้นประเทศไทยมีเพียงการบังคับใช้ตามประกาศของแพทยสภา 2 ฉบับ อันเป็นแนวทางแก่แพทย์ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม เมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน อาทิเช่น การกำหนดความเป็นบิดา มารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนทั้งนี้เพื่อกำหนดผู้ที่จะใช้สิทธิในการปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาการตั้งครรภ์แทน การทอดทิ้งเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน การจ่ายค่าตอบแทน มาตรฐานการให้บริการทางการแพทย์ จะนำประมวลกฎหมายแพ่ง

<sup>155</sup> “ปรับร่าง พ.ร.บ. คุ้มครองเพิ่มสิทธิรับรู้รากเหง้าเด็ก,” **ไทยรัฐ** (23 กุมภาพันธ์ 2562), ค้นวันที่ 5 พฤษภาคม 2564 จาก <https://www.thairath.co.th/news/society/1502805>

และพาณิชย์มาปรับใช้ตามกรณี เมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ พ.ศ. 2558 อันเป็นกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องโดยตรงและมีการบังคับใช้มาแล้วเป็นเวลา 5 ปี ทั้งนี้ยังได้มีประกาศเพิ่มเติมเพื่อการปรับปรุงให้เกิดความสมบูรณ์ในการบังคับใช้ต่อไป โดยมีประกาศทั้งหมด 15 ฉบับประกอบกับการใช้พระราชบัญญัติฯ ประเทศไทยจัดว่าเป็นประเทศที่มีกฎหมายกำหนดห้ามการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ในทุกกรณี กำหนดให้สามารถทำการตั้งครรภ์แทนได้ในกรณีเพื่อมนุษยธรรม กล่าวคือเพื่อการรักษาอาการของผู้มีบุตรยากในกรณีของคู่สมรสที่มีการจดทะเบียนถูกต้องตามกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตร แต่ไม่สามารถมีบุตรได้เองตามธรรมชาติ ซึ่งจะเห็นได้ว่าการห้ามการตั้งครรภ์ในเชิงพาณิชย์ของประเทศไทย ยังคงไม่สามารถควบคุมการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ได้ ดังเช่นกรณีที่เกิดขึ้นในการจับกุมผู้ต้องหาซึ่งเป็นองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ร่วมกันดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า และความผิดเกี่ยวกับการโฆษณาชักชวนรับจ้างเป็นแม่อุ้มบุญ ตาม พ.ร.บ. คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จากการสอบสวนพบหญิงไทยที่รับจ้างตั้งครรภ์ เมื่ออายุครรภ์ครบ 7 เดือน จะถูกส่งไปที่ประเทศจีนเพื่อทำการคลอดแต่ในช่วงเวลาดังกล่าวเป็นช่วงที่มีการแพร่ระบาดของเชื้อ COVID-19 จึงทำให้การเดินทางยากลำบากโดยยังไม่ได้รับการยืนยันว่าเมื่อเด็กออกมาแล้วจะถูกกระทำอย่างไรต่อไป<sup>156</sup>

เมื่อพิจารณาถึงผลกระทบต่อสิทธิเด็ก ไม่ว่าจะเป็สิทธิในการได้รับการปกครองของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์จากกรณีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในประเทศไทยนั้นพบว่า ความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมานั้นตามพ.ร.บ.ให้ถือเอาคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเป็นบิดามารดาผู้ปกครองตามกฎหมาย ห้ามปฏิเสธการเป็นบิดามารดา ผู้ปกครองในทุกกรณี แต่หากมีข้อพิพาทให้เด็กอยู่ในการปกครองของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไปก่อน สิทธิและหน้าที่ในความเป็นบิดามารดา เกิดสิทธิและหน้าที่ในการปกครองบุตรทั้งชายและหญิงนั้น ซึ่งจะต้องมีหน้าที่ในการเลี้ยงดูบุตรกันทั้งสองฝ่าย ดูแลเลี้ยงดูจนกว่าจะบรรลุนิติภาวะ ทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1564 ได้กำหนดไว้ว่าบิดามารดา จำต้องอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาตามสมควรแก่บุตรในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์ บิดา มารดา จำเป็นต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตร ซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้วแต่เฉพาะ ทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองมิได้ โดยบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะนั้นต้องอยู่ในอำนาจปกครองของ บิดา มารดาโดยอำนาจปกครองของบิดาหรือมารดา อันเป็นได้ดังกรณีที่กำหนดไว้ในมาตรา 1566 กล่าวคือในกรณีมารดาหรือบิดาเสียชีวิตไปก่อนหรือไม่แน่นอนว่ามารดาหรือบิดามีชีวิตอยู่หรือไม่ มารดาหรือบิดาถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ มารดาหรือบิดาต้องเข้ารับการรักษาด่วนในโรงพยาบาลเพราะสติฟั่นเฟือน ศาลสั่งให้อำนาจปกครองอยู่กับบิดาหรือมารดา หรือบิดาและมารดาตกลงกันตามที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ตกลงกันได้โดย

<sup>156</sup> “แพทยสภา เล็งเอาผิดแพทย์ร่วมขบวนการอุ้มบุญข้ามชาติ,” **ไทยพีบีเอส** (14 กุมภาพันธ์ 2563), ค้นวันที่ 30 มีนาคม 2564 จาก <https://news.thaipbs.or.th/content/288942>

อำนาจในการปกครองนั้น ผู้ปกครองมีสิทธิที่จะกำหนดที่อยู่ของบุตร ทำโทษบุตรตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน ให้บุตรทำการงานตามสมควรแก่ความสามารถและฐานานุรูปทั้งยังสามารถเรียกบุตรคืนจากบุคคลอื่นซึ่งกักบุตรไว้โดยมิชอบด้วยกฎหมาย ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 1568 สิทธิในการรับมรดกหากคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตาย ซึ่งหากคู่สมรสฝ่ายใดได้ตายลง อีกฝ่ายก็จะมีสิทธิได้มรดกอันเป็นไปตามมาตรา 1635 แห่งประมวลแพ่งและพาณิชย์ เช่นนี้ จะเห็นได้ว่า สิทธิ และหน้าที่ได้เกิดขึ้นทันทีที่เด็กได้ถือกำเนิดขึ้น

ตารางที่ 4.1 สรุปลิทธิของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรถแทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

ประเทศ	สถานะทางกฎหมายของการรับตั้งครรถแทน	สถานะการสมรส	คำตอบแทน	แบบของสัญญาารับตั้งครรถแทน	ผลของสัญญาารับตั้งครรถแทน	สิทธิเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก			
						สิทธิในการอยู่รอด	สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง	สิทธิในการได้รับการพัฒนา	สิทธิในการมีส่วนร่วม
ไทย	สามารถกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย	ผู้ประสงคให้มีการตั้งครรถแทนต้องมีการสมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมาย	ห้ามไม่ให้มีการดำเนินการโดยคนกลางและห้ามการดำเนินการในลักษณะเชิงพาณิชย์	ไม่มีการกำหนดแบบของสัญญาารับตั้งครรถแทนไว้เป็นการเฉพาะ	สัญญาามีผลบังคับตามกฎหมายเด็กที่เกิดมาถือเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สมรสผู้ประสงคให้ให้มีการตั้งครรถแทน	คู่สมรสผู้ประสงคให้มีการตั้งครรถแทนเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายโดยห้ามไม่ให้มีการปฏิเสดเด็กในทุกกรณี	ขึ้นกับสิทธิของผู้ปกครองในการอุปการะเลี้ยงดูเด็ก	ขึ้นกับสิทธิของผู้ปกครองในการอุปการะเลี้ยงดูเด็ก	ขึ้นกับสิทธิของผู้ปกครองในการอุปการะเลี้ยงดูเด็ก

## บทที่ 5

### ปัญหาการได้รับสิทธิและการคุ้มครองสิทธิของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนและ บทวิเคราะห์ เปรียบเทียบสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ในประเทศกับต่างประเทศ

กรณีปัญหาสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนมีประเด็นที่จำต้องวิเคราะห์เป็น 2 ประการ ได้แก่ ประเด็นปัญหาความไม่สอดคล้องของกฎหมายไทยกับพันธกรณีระหว่างประเทศตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และ ประเด็นปัญหาสิทธิที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ตามหลักการสิทธิเด็ก 4 ประการ ได้แก่ สิทธิในการอยู่รอด สิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครอง สิทธิที่จะได้รับการพัฒนา สิทธิในการมีส่วนร่วม

#### 5.1 ปัญหาความไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศตามอนุสัญญาว่าด้วย สิทธิเด็ก

สนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนมีลักษณะเป็นสนธิสัญญาพหุภาคี กล่าวคือ เป็นสนธิสัญญาที่มีรัฐมากกว่าสองรัฐขึ้นไปเข้าเป็นภาคีสถิติสัญญา ซึ่งกระบวนการในการทำสนธิสัญญามีหลายขั้นตอน นับตั้งแต่การเจรจา การให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาโดยการลงนามการให้สัตยาบัน การภาคยานุวัติ และบางรัฐอาจตั้งข้อสงวน หรือตีความสนธิสัญญา และเมื่อปฏิบัติตามขั้นตอนในการทำสัญญาครบถ้วนแล้ว ภาคีก็มีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาต่อไป การเข้าเป็นภาคีของสนธิสัญญาก่อให้เกิดพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับสนธิสัญญา มิฉะนั้นอาจต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ ดังนั้น เมื่อประเทศไทยเข้าเป็นภาคีสถิติสัญญาด้านสิทธิมนุษยชน ประเทศไทยก็ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญาดังกล่าว พันธกรณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนของไทยในปัจจุบันประเทศไทยเป็นภาคีสถิติสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนซึ่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child-CRC) เป็นหนึ่งในเจ็ดของ

สนธิสัญญาที่สหประชาชาติถือเป็นสนธิสัญญาหลัก<sup>157</sup> ซึ่งประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กโดยการภาคยานุวัติ เมื่อวันที่ 27 มีนาคม พ.ศ. 2535 และมีผลใช้บังคับกับประเทศไทยเมื่อวันที่ 26 เมษายน พ.ศ. 2535 เดิมประเทศไทยได้ตั้งข้อสงวนไว้จำนวน 3 ข้อ ได้แก่ ข้อ 7 เรื่องการจดทะเบียนเกิด และการให้สัญชาติแก่เด็กผู้ลี้ภัย หรือผู้อพยพที่เกิดในประเทศไทย ข้อ 22 เรื่องสถานะของเด็กผู้ลี้ภัย และข้อ 29 (ค) เรื่องสิทธิการศึกษาของชนกลุ่มต่าง ๆ ที่จะสามารถดำรงรักษาเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรม ภาษา และค่านิยมของเด็กเองได้ ซึ่งประเทศไทยได้ถอนข้อสงวนข้อ 29 เมื่อวันที่ 29 เมษายน พ.ศ. 2540

เมื่อประเทศไทยได้ทำการภาคยานุวัติสนธิสัญญาถือว่าประเทศไทยเป็นภาคีของสนธิสัญญานับตั้งแต่ที่ทำการภาคยานุวัติ มีสิทธิหน้าที่ตามที่สนธิสัญญากำหนดไว้ นับแต่นั้นโดยไม่มีผลย้อนหลัง การเข้าเป็นภาคีของสนธิสัญญาก่อให้เกิดพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับสนธิสัญญา มิฉะนั้นอาจต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ ดังนั้นเมื่อประเทศไทยเข้าเป็นภาคีสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนประเทศไทยก็ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญา<sup>158</sup>

เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนย่อมถือว่าเป็นเด็กที่ต้องได้รับความคุ้มครองสิทธิตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กเช่นกัน แต่ด้วยความแตกต่างบางประการระหว่างเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนกับเด็กทั่วไป ส่งผลให้มีการอภิปราย พิเคราะห์ และพัฒนาประเด็นสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน กระทั่งได้รับการพัฒนาเป็นหลักการ Verona (Verona Principle) ซึ่งเป็นหลักการเกี่ยวกับสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน โดยเฉพาะ ที่ได้ถูกรวบรวม ตีพิมพ์ และเผยแพร่เมื่อเดือนกุมภาพันธ์ปี พ.ศ. 2564 โดยมีพัฒนาการมาจากหลักการทั่วไปที่อยู่ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เช่น สิทธิในการไม่เลือกปฏิบัติ หลักประโยชน์สูงสุดอันจะเกิดต่อเด็ก แต่ได้กำหนดสิทธิอื่น ๆ เพิ่มเติมเข้าไป โดย Verona Principle ได้ถูกพัฒนามาจากการพิจารณาข้อมูลจากรายงานต่าง ๆ ที่ถูกส่งไปยังคณะมนตรีสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ รวมไปถึงนำข้อมูลจากรายงานการประชุมว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (HCCH) ณ กรุงเฮก เช่น ข้อมูลเกี่ยวกับการซื้อขาย หรือการแสวงหาประโยชน์ทางเพศ เป็นต้น ทั้งนี้เพื่อให้มีหลักการคุ้มครองสิทธิเด็กที่มีความเหมาะสมสำหรับนำไปปรับใช้กับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นการเฉพาะ หลักการเฉพาะที่กำหนดขึ้นประกอบด้วยสิทธิในการเข้าถึงแหล่งข้อมูลทางพันธุกรรมในการกำเนิดของตนเอง เชื้อชาติ สัญชาติ สิทธิในการได้รับการปกป้องจากกระบวนการซื้อขายเด็ก เป็นต้น โดยหลักการนี้ถูกกำหนดขึ้นเพื่อการส่งเสริมสิทธิเด็กที่เกิดจากการ

<sup>157</sup> สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, **พันธกรณีระหว่างประเทศ**, ค้นเมื่อ 1 ตุลาคม 2564 จาก <https://www.nhrc.or.th/Human-Rights-Knowledge/International-Human-Rights-Affairs/International-Law-of-human-rights.aspx#cedaw>

<sup>158</sup> สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, **หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับมนุษยชน อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก** (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2554), หน้า 6.

ตั้งครร์แทนที่มุ่งสนับสนุนให้เกิดการพัฒนาในกรอบงานด้านสิทธิมนุษยชนในวงกว้าง เพื่อเป็นจุดเริ่มต้นในการให้คำแนะนำเกี่ยวกับการปฏิรูปกฎหมาย นโยบายรวมถึงกระบวนการปฏิบัติงานอันเกี่ยวกับการส่งเสริมสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครร์แทน

ทั้งนี้ แม้อห้การ Verona ยังไม่บรรลุฉันทมติในทุกประเทศทั่วโลก แต่มีความคาดหวังว่าสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครร์แทนจะได้รับการปรับปรุงแก้ไขโดยเร่งด่วน ผู้เขียนซึ่งมีความคาดหวังเช่นเดียวกันนี้จะให้งานวิทยานิพนธ์นี้ได้มีส่วนให้สิทธิของเด็กที่เกิดจากการตั้งครร์แทนในประเทศไทยได้รับการคุ้มครองให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครร์แทนได้รับสิทธิต่าง ๆ เช่นเดียวกันกับเด็กที่เกิดด้วยวิธีการทางธรรมชาติโดยทั่วไป และได้รับการคุ้มครองสิทธิตามบริบทเฉพาะที่แตกต่างจากเด็กทั่วไป จึงได้นำอห้การ Verona ที่มีความเป็นปัจจุบันและมีการวางอห้การคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครร์แทนที่เฉพาะเจาะจง อันจะเป็นประโยชน์ต่อการวิเคราะห์ในงานวิทยานิพนธ์นี้ให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น มาวิเคราะห์ร่วมกับสิทธิเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และได้ทำการแบ่งแยกการวิเคราะห์การคุ้มครองสิทธิของเด็กที่เกิดจากการตั้งครร์แทนในประเทศกับต่างประเทศตามสิทธิเด็ก 4 ด้าน ประกอบด้วย ปัญหาความไม่สอดคล้องกับอห้การเรื่องสิทธิในการอยู่รอด ปัญหาความไม่สอดคล้องกับอห้การเรื่องสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองปัญหาความไม่สอดคล้องกับอห้การเรื่องสิทธิที่จะได้รับการพัฒนา และปัญหาความไม่สอดคล้องกับอห้การเรื่องสิทธิในการมีส่วนร่วม

### 5.1.1 ปัญหาความไม่สอดคล้องกับอห้การเรื่องสิทธิในการอยู่รอด

ประเด็นเรื่องบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มีความสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศในส่วนของอห้การเรื่องสิทธิในการอยู่รอดหรือไม่ อย่างไรนั้น

จากการศึกษาพบว่า อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้รับรองให้เด็กทุกคนมีสิทธิติดตัว (Inherit Right) เป็นสิทธิโดยธรรมชาติที่เกิดขึ้นติดตัวเด็กนับตั้งแต่เกิด อันรวมถึงสิทธิในชีวิตและการอยู่รอด (Rights to Survival) โดยสิทธิในการมีชีวิตและการอยู่รอดนั้นนับตั้งแต่คลอดและต้องมีชีวิตอยู่รอดอย่างปลอดภัยดังที่กล่าวไว้แล้วในบทที่ 3 โดยเด็กต้องได้รับการส่งเสริมการพัฒนา รวมทั้งมีสิทธิที่จะรู้จักและได้รับการเลี้ยงดูจากบิดา มารดาของเด็กโดยไม่ถูกแยก จากกันโดยขัดกับความต้องการของบิดา มารดาของเด็กโดยมีเหตุยกเว้นได้ในกรณีหน่วยงานที่มีอำนาจอาจใช้วิธีทางกฎหมายในการบังคับว่าการแยกจากกันของบิดา มารดา และเด็กนั้นจะต้องเป็นการทำเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interests of the Child) นอกจากนี้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพที่ 5 ว่าด้วยเรื่องของครอบครัวได้บัญญัติหน้าที่ระหว่าง บิดา มารดาและบุตรไว้ว่าบิดา มารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาตามสมควรแก่บุตร ในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์ บิดา มารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้วแต่เฉพาะบุตรที่ทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองไม่ได้

หน้าที่ในส่วนของภาครัฐต้องพยายามเพื่อให้หลักประกันว่าบิดาและมารดา หรือผู้ปกครองต้องมี ส่วนในความรับผิดชอบร่วมกันในการเลี้ยงดูและพัฒนาเด็กรวมทั้งรัฐจะต้องจัดให้มีการพัฒนาหน่วยงาน หรือสถาบันเพื่อการอำนวยความสะดวก รวมทั้งจัดการบริการต่าง ๆ สำหรับการดูแลเด็กตลอดจนในด้าน สาธารณสุข รัฐจะต้องมีการกำหนดมาตรฐานด้านสาธารณสุข สถานบำบัดรักษาและฟื้นฟูส่งเสริมการดูแล สุขภาพขั้นพื้นฐานรวมถึงการจัดหาอาหารที่ถูกหลักโภชนาการและน้ำดื่มที่สะอาดเพียงพอเพื่อให้เด็ก ได้รับการดูแลอย่างเหมาะสมและได้รับประโยชน์สูงสุด และจะต้องดำเนินการต่าง ๆ โดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อมุ่งลดการเสียชีวิตของทารกและเด็ก พร้อมกับให้ความช่วยเหลือทางการแพทย์ในการดูแลสุขภาพ แก่เด็กทุกคนด้วย นอกเหนือจากนั้นในกรณีสำหรับเด็กพิการ รัฐจะต้องช่วยเหลือให้เด็กที่พิการทางร่างกาย หรือจิตใจได้มีชีวิตที่สมบูรณ์ และปกติสุขอย่างมีศักดิ์ศรี ส่งเสริมการพึ่งพาตนเองและเอื้ออำนวยให้เด็กได้มี ส่วนร่วมในชุมชน สำหรับกรณีของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น ในแต่ละประเทศก็จะมี ความแตกต่างกันไปในลักษณะของการให้ความคุ้มครองไม่ว่าจะเป็นเรื่องของสวัสดิภาพทางด้านสุขภาพ สุขอนามัยอันดี รวมถึงไปถึงสุขภาพจิตใจ ทั้งนี้เพื่อมุ่งหวังที่จะคุ้มครองเด็กให้เด็กที่เกิดนั้นได้อยู่รอด ปลอดภัยมีความพร้อม ที่จะเติบโตในสังคมต่อไป

เมื่อนำหลัก Verona Principle ในส่วนของหลักการที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการอยู่รอดของเด็ก เช่น สิทธิของเด็กที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติ (Principle 3: The Child's Right to Non-Discrimination) สิทธิใน การได้รับบริการด้านสุขภาพ (Principle 4: The Child Right to Health) การได้รับการปกป้องคุ้มครองใน กระบวนการตั้งครรภ์แทน (Principle 5: Pre-Surrogate Protections) มาเป็นกรอบในการวิเคราะห์ กับกรณีในต่างประเทศ พบว่า ในการกำหนดความเป็นบิดา มารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ในราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์นั้นมีการกำหนดความเป็นบิดา มารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ซึ่งมีผลโดยตรงกับสิทธิในการอยู่รอดของเด็กโดยมีกำหนดให้มีความสัมพันธ์กับการให้กำเนิดของเด็ก กล่าวคือกำหนดให้หญิงที่ให้กำเนิดเด็กเป็นมารดา หากหญิงนั้นมีสามีที่ให้ความยินยอมในการรับตั้งครรภ์ แทนสามีของหญิงนั้นจะถือเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก แม้จะไม่มีความสัมพันธ์ทาง พันธุกรรมระหว่างกันโดยกำหนดให้คู่สมรสคู่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนจะได้สิทธิในการเป็นบิดามารดา ได้จากการยื่นเรื่องขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในกฎหมายการรับเด็กเป็น บุตรบุญธรรม ตาม Verona Principle (Principle 5: Pre-Surrogacy Protections) พิจารณาควบคู่ไปกับ สิทธิในการอยู่รอดของเด็กนั้นเมื่อการตั้งครรภ์แทนไม่ถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย หญิงที่รับ ตั้งครรภ์แทนและเด็กที่อยู่ในครรภ์จึงสามารถที่จะเข้าถึงการบริการทางสาธารณสุขตามที่เหมาะสมโดยการ กำหนดให้มีค่าใช้จ่ายในระหว่างการตั้งครรภ์แทนนั้นตราบเท่าที่ไม่ได้มีการตกลงกันในเชิงพาณิชย์ย่อม สามารถกระทำได้ ทั้งนี้รวมถึงค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นที่อยู่นอกเหนือการครอบคลุมของกรมธรรม์ ประกันสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน อันจะเห็นได้ว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นจะได้รับการดูแลโดยมี

ความมุ่งหวังเพื่อให้การตั้งครรภ์ และเด็กในครรภ์นั้นต้องได้รับการดูแลอย่างดี ถูกต้องตามหลักสุขอนามัย สามารถเข้าถึงการดูแลทางการแพทย์อย่างเหมาะสมทั้งนี้เพื่อเป็นการลดความเสี่ยงภัยทั้งต่อหญิงเองและรวมไปถึงเด็กในครรภ์ (Principle 4: The Child's Right to Health) แต่ในส่วนของข้อกำหนดในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมนั้นมีการกำหนดเงื่อนไขในส่วนของการให้การเลี้ยงดู อบรมสั่งสอนและการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในระยะเวลา 3 ปีดังที่กล่าวไว้ในบทก่อนหน้าแล้วนั้น เมื่อเป็นเช่นนั้นนอกจากเด็กจะได้รับการดูแลทั้งจากครอบครัวของหญิงที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนซึ่งเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วนั้น ยังได้รับการดูแลจากครอบครัวของคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนตามเจตนาที่ทั้งคู่ต้องการจะเลี้ยงดูบุตรทั้งนี้ อยู่ในกระบวนการของการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมซึ่งต้องมีการตรวจสอบ ติดตามจากเจ้าหน้าที่ที่มีส่วนเกี่ยวข้องในกระบวนการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมเพื่อความมั่นใจได้ว่าเด็กนั้นจะได้รับการเลี้ยงดูอย่างปลอดภัยและเหมาะสมจากครอบครัวของเด็ก

นับตั้งแต่มีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ประกาศใช้บังคับได้มีการวางหลักเกณฑ์ เงื่อนไขในการตั้งครรภ์แทนมุ่งช่วยเหลือคู่สมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายที่มีปัญหาทางด้านร่างกายที่ไม่สามารถมีบุตรได้เองให้สามารถสร้างครอบครัวจากการมีบุตรโดยอาศัยการตั้งครรภ์แทนเป็นหนทางหนึ่งในการมีบุตรได้ โดยกำหนดเงื่อนไขไม่ให้มีการตกลงกันในเชิงพาณิชย์ และมีการกำหนดคุณสมบัติของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไว้ตามที่เขียนไว้ในบทที่ 4 อันเป็นไปตาม Principle 5: Pre-Surrogacy Protections เมื่อพิจารณาควบคู่กับสิทธิในการอยู่รอดของเด็กนั้นตามหลักการที่ได้อ้างไว้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและเด็กในครรภ์จะได้รับการดูแลการเข้าถึงการเข้ารับบริการด้านสาธารณสุข การดูแลทางการแพทย์อันเพื่อจะลดความเสี่ยงจากการได้รับอันตรายอันจะส่งผลต่อหญิงและเด็กในครรภ์ได้ Principle 4: The Child's Right to Health และหากมีกรณีพิพาทที่เกิดขึ้นนั้น ศาลก็ได้นำหลักสิทธิประโยชน์สูงสุดอันจะเกิดต่อเด็กมาเป็นหลักสำคัญในการพิจารณาตัดสินข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอันเป็น Principle 6: The Best Interests of the Child อันเป็นหลักประกันได้ว่าเด็กนั้นจะได้รับสิทธิในการอยู่รอดได้อย่างเต็มที่ตามฐานานุกรมที่เด็กพึงจะมีได้ ดังเช่นในกรณีฎีกา 2199/2561 แต่เมื่อพิจารณาถึงการเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนหลังจากที่เด็กได้คลอดออกมาแล้วนั้น เด็กจะได้รับการเลี้ยงดูที่เหมาะสมหรือไม่จากคู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนพบว่ายังไม่มีการติดตามตรวจสอบจากหน่วยงานใด พิจารณาจากประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่องหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนและค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์การยุติการตั้งครรภ์แทน การคลอด และหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน หลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน พ.ศ. 2558 จะพบว่ามิเพียงการคุ้มครองสิทธิในการอยู่รอดของเด็กในช่วงระยะเวลาขณะที่อยู่ในครรภ์เท่านั้นไม่มีการตรวจสอบติดตามดูแลเด็กหลังจากที่เด็กอยู่ในการเลี้ยงดูของผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด ขณะที่ข้อตกลงในอนุสัญญา

ว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 19 กำหนดว่า รัฐภาคีจะดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวง ด้านนิติบัญญัติ บริหาร สังคมและการศึกษา ในอันที่จะคุ้มครองเด็กจากรูปแบบทั้งปวงของความรุนแรงทั้งทางร่างกายและจิตใจ การทำร้ายหรือการกระทำอันมิชอบ การทอดทิ้งหรือการปฏิบัติโดยประมาท การปฏิบัติที่ผิดหรือการแสวงหาผลประโยชน์ รวมถึงการกระทำอันมิชอบทางเพศขณะอยู่ในความดูแลของบิดา มารดา ผู้ปกครอง ตามกฎหมายหรือบุคคลอื่นใดซึ่งเด็กอยู่ในความดูแล ตามแต่จะเหมาะสม มาตรการคุ้มครองเช่นว่านี้ ควรรวมถึงกระบวนการที่มีประสิทธิภาพสำหรับการจัดตั้งแผนงานทางสังคม ในอันที่จะให้การสนับสนุนที่จำเป็น แก่เด็กและบุคคล ซึ่งเด็กนั้นอยู่ในความดูแล ตลอดจนกระบวนการที่มีประสิทธิภาพสำหรับการป้องกันภัย อันตรายในรูปแบบอื่น และให้มีการระบุ รายงาน การส่งเรื่องเพื่อพิจารณาการสืบสวน การปฏิบัติ และการติดตามเรื่องของกรณีการปฏิบัติที่ผิดต่อเด็กตามที่ระบุมาข้างต้น และในกรณีที่เหมาะสมให้ทางหน่วยงาน ทางตุลาการเข้ามามีส่วนร่วมด้วย

เพื่อให้เป็นไปตามที่ได้กำหนดไว้ในอนุสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคี จึงควรมีการติดตามตรวจสอบ มีการกำหนดมาตรการ รวมไปถึงการกำหนดหน่วยงานผู้มีหน้าที่รับผิดชอบในการติดตาม รายงานผลการติดตามการเลี้ยงดูว่าเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นจะได้รับการเลี้ยงดูอย่างเหมาะสมจากผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายไม่มีการกระทำ การเลี้ยงดูอย่างไม่เหมาะสมหรือการแสวงหาผลประโยชน์อื่นใดจากเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ทั้งนี้เพื่อเป็นการป้องกันมิให้เกิดการแสวงหาผลประโยชน์อื่นใดจากการการตั้งครรภ์แทนที่อาจจะเกิดขึ้นอีกด้วย ทั้งยังเป็นการดำเนินตามข้อตกลง ว่าด้วยรัฐภาคีจะดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวง ทั้งในระดับประเทศระดับทวีปภาคีและพหุภาคี เพื่อป้องกันการลักพา การขาย หรือการลักลอบค้าเด็ก ไม่ว่าจะด้วยวัตถุประสงค์ใดหรือในรูปแบบใด<sup>159</sup>

กล่าวโดยสรุปแล้ว ประเด็นความไม่สอดคล้องของหลักกฎหมายไทยกับพันธกรณีระหว่างประเทศ ในประเด็นเรื่องสิทธิในการอยู่รอดสำหรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน นั้น ประเทศไทยยังไม่ได้้อนุวัติการตามข้อ 20 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก โดยกฎหมายไทยยังไม่ได้กำหนดผู้ปกครองที่มีความพร้อมในการเลี้ยงดูเด็กอย่างเหมาะสมในกรณีที่เกิดเหตุคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเสียชีวิต หรือไม่ปรากฏตัว ทั้งนี้ บทบัญญัติตามมาตรา 30 นั้น ไม่สอดคล้องกับข้อ 20 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และหากพิจารณาตามหลัก Verona แล้ว ประเทศไทยยังไม่มีมีการดำเนินการให้เป็นไปตามหลักการของ Verona ที่ว่าด้วยการได้รับการปกป้องคุ้มครองในกระบวนการตั้งครรภ์แทน (Principle 5: Pre-Surrogate Protections) และหลักประโยชน์สูงสุดต่อเด็ก (Principle 6: Best Interests of the Child)

<sup>159</sup> ข้อ 35 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

### 5.1.2 ปัญหาความไม่สอดคล้องกับหลักการเรื่องสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครอง

สำหรับประเด็นเรื่องบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มีความสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศในส่วนของหลักการเรื่องสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองหรือไม่ อย่างไรนั้น

จากการศึกษาพบว่า อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก วางหลักสิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง (Rights to Protection) ไว้ว่า เด็กทุกคนจะต้องได้รับความคุ้มครองในทุกรูปแบบที่จะเป็นอันตรายต่อเด็ก กล่าวคือ อันตรายจากความรุนแรงในครอบครัว ซึ่งรวมถึงความรุนแรงทางกายภาพ และการคุกคามทางจิตใจทั้งในครอบครัวและจากภายนอกครอบครัว ปลอดภัยจากการใช้แรงงานเด็ก การให้ทำงานเสี่ยงอันตราย หรือที่จะเป็นการขัดขวางการศึกษาเล่าเรียน การป้องกันให้ห่างไกลจากยาเสพติดและสารอันตราย รวมทั้งการค้ามนุษย์ การลักพาตัว การคุกคามทางเพศ และการแสวงหาประโยชน์อันไม่ควรได้จากเด็ก ไม่ว่าจะเด็กจะอยู่ในความดูแลของบิดาและมารดา ผู้ปกครองตามกฎหมายหรือบุคคลอื่นที่ดูแลเด็กอยู่ในขณะนั้น เด็กจะต้องได้รับการปกป้องคุ้มครองจากสมาชิกในครอบครัว

ภายใต้หลักการเดียวกันนั้น ภาครัฐจะต้องคุ้มครองเด็กให้มีความปลอดภัยจากภัยอันตรายต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นภัยอันตรายดังที่กล่าวมาข้างต้น และยังมีหน้าที่ต้องดำเนินการเยียวยาเด็กที่เป็นเหยื่อจากภัยอันตรายให้สามารถกลับเข้าสู่สังคม ดำรงชีวิตตามปกติอย่างมีเกียรติและสมศักดิ์ศรีไม่แตกต่างแปลกแยกจากเด็กคนอื่นทั่วไป อีกทั้งยังมีพันธะในการให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษแก่เด็กที่ถูกพรากจากสภาพครอบครัวและคัดเลือกหน่วยงานที่เหมาะสมหากเด็กจะต้องถูกนำไปเลี้ยงโดยหน่วยงานอื่นที่มีหน้าที่เกี่ยวข้อง รวมไปถึงความคุ้มครองหากเด็กต้องได้รับการรับเลี้ยงเป็นบุตรบุญธรรม ทั้งนี้ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดอันจะเกิดต่อเด็กและต้องได้รับการอนุมัติจากหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ในการคุ้มครองเด็กในขณะนั้น ทั้งนี้หน้าที่ของทางภาครัฐยังรวมไปถึงการปกป้องคุ้มครองถึงสิทธิของเด็กทุกคนที่ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดหรือได้ฝ่าฝืนกฎหมาย โดยจะต้องคำนึงถึงอายุของเด็ก โดยจะต้องถือว่าเด็กทุกคนที่ถูกกล่าวหาหรือตั้งข้อหาว่าได้ฝ่าฝืนกฎหมายนั้น จะต้องได้รับการสันนิษฐานว่าบริสุทธิ์จนกว่าจะได้รับการพิสูจน์ว่ามีความผิดตามกฎหมาย และหากได้รับแจ้งข้อหา เด็กจะต้องได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายหรือทางอื่นที่เหมาะสม โดยจะไม่ถูกบังคับให้เบิกความหรือสารภาพผิด และให้ดำเนินการสืบสวนสอบสวนตามกฎหมายภายใต้เงื่อนไขของความเท่าเทียมกันแต่ให้คำนึงถึงความอ่อนแอของวุฒิภาวะของเด็กประกอบด้วย ทั้งนี้ในกระบวนการพิจารณาคดีความจะต้องมีหน่วยงานและสถาบันที่มีภารกิจเฉพาะด้านการคุ้มครองสิทธิเด็กเข้ามีส่วนร่วมด้วย มุ่งใช้มาตรการที่เหมาะสมกับเด็กแทนการใช้กระบวนการทางตุลาการอย่างเคร่งครัด อาทิแนวทางการดูแล แนะแนว พัฒนา ให้คำปรึกษา และการภาคีทันที่แทนการลงโทษ โดยจะต้องเป็นไปอย่างเหมาะสมแก่สภาพการณ์และความผิดของเด็กด้วยหลักคิดเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก และมุ่งส่งเสริมให้เด็กที่เคยกระทำความผิดได้กลับคืนสู่สังคม และในกรณีเด็กที่ลี้ภัยที่เข้ามาภายในประเทศ รัฐต้องให้ความคุ้มครองและให้ความช่วยเหลืออย่างเหมาะสม สำหรับกรณีของเด็ก

ที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น มักจะพบความต้องการที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองจากภาครัฐอย่างชัดเจนในกรณีที่มีการลักลอบตั้งครรภ์แทนที่ละเมิดต่อกฎหมายภายในประเทศ หรือมีการการกระทำผิดอื่นในกระบวนการตั้งครรภ์แทนในประเทศที่มีกฎหมายรองรับการตั้งครรภ์แทน ซึ่งแม้หากมีการกระทำความผิดกฎหมายหรือหากมีกรณีพิพาทเกิดขึ้นเด็กยังพึงต้องได้รับการปกป้องคุ้มครองอย่างเท่าเทียม เมื่อนำหลัก Verona Principle มาพิจารณาในประเด็นสิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง พบว่า หลักการที่เกี่ยวเนื่องกับสิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครองมีดังนี้ หลักความรับผิดชอบของผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายและความเป็นบิดา มารดา (Principle 10: Legal Parentage and Parental Responsibility) หน้าที่ในการแจ้งเกิดการรับรองการเกิดของเด็ก (Principle 12: Birth Notification, Registration and Certification) การป้องกันการเด็กจากการเป็นบุคคลไร้รัฐ (Principle 13: Prevention of Statelessness) การป้องกันการแสวงหาผลประโยชน์จากเด็กโดยกระบวนการค้ามนุษย์ (Principle 14: Prevention and Prohibition of the Sale, Exploitation and Trafficking in Children) ในการกำหนดผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในกรณีใช้หญิงอื่นที่ไม่ใช่ญาติหรือผู้มีความเกี่ยวข้องใกล้ชิดกับคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน หากเกิดกรณีคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเสียชีวิต หญิงนั้นจะเป็นผู้ปกครองเด็กไปก่อนจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ ทั้งนี้เพื่อเป็นการป้องกันปัญหาความไม่พร้อมของผู้ปกครองในระหว่างที่รอการตั้งผู้ปกครองขึ้นมาใหม่และให้เด็กได้การปกป้องคุ้มครองตามสิทธิของตนหากมีกรณีเช่นนี้เกิดขึ้น เพื่อให้เป็นไปตามข้อตกลงตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 20 ที่กำหนดว่า เด็กที่ถูกพรากจากสภาพครอบครัว ไม่ว่าจะโดยถาวรหรือชั่วคราว หรือที่ไม่อาจปล่อยให้อยู่ในสภาพที่ว่านั้น เพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กเอง จะได้รับการคุ้มครอง และความช่วยเหลือพิเศษที่จัดให้โดยรัฐ ทั้งนี้รัฐภาคีจะประกันให้มีการดูแลแก่เด็กเช่นว่านั้นตามกฎหมายภายใน นอกเหนือจากประการอื่นแล้ว การดูแลดังกล่าวอาจรวมถึง การจัดหาผู้อุปถัมภ์กาพาลาห์ของกฎหมายอิสลาม การรับบุตรบุญธรรม หรือถ้าจำเป็นการจัดให้อยู่ในความดูแลของสถาบันที่เหมาะสมสำหรับการดูแลเด็ก ในการพิจารณาถึงหนทางแก้ไขให้คำนึงถึงการมีความต่อเนื่องในการดูแลเลี้ยงดูเด็ก โดยคำนึงถึงภูมิหลังทางชาติพันธุ์ ศาสนา วัฒนธรรม และภาษาของเด็ก โดยรวมไปถึงข้อตกลงข้อ 21 รัฐภาคีซึ่งยอมรับและ/หรือยอมให้มีระบบการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม จะประกันว่าประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นข้อพิจารณาที่สำคัญที่สุดและจะประกันว่า การรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมต้องได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจเท่านั้น ซึ่งเป็นผู้กำหนดตามกฎหมายและวิธีพิจารณาที่ใช้บังคับอยู่ และอยู่บนพื้นฐานของข้อมูลข่าวสารทั้งปวงที่เกี่ยวข้องและเชื่อถือได้ ว่าการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมนั้นกระทำได้เมื่อคำนึงถึงสภาพของเด็กในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบิดา มารดา ญาติพี่น้อง และผู้ปกครองตามกฎหมาย และในกรณีจำเป็น บุคคลที่เกี่ยวข้องได้ให้ความยินยอมอย่างผู้เข้าใจเรื่องต่อเรื่องการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมโดยได้รับคำปรึกษาตามที่จำเป็น ทั้งนี้เพื่อเป็นการประกันได้ว่าเด็กจะได้รับการปกป้องคุ้มครองอย่างเหมาะสมโดยไม่จำเป็นต้องใช้เวลาตามกระบวนการทางตุลาการที่เนิ่นนานจนเกินไป หากได้มีการจัดเตรียมมาตรการที่เหมาะสม รวมไปถึงรัฐภาคี

จะคุ้มครองเด็กจากการถูกแสวงหาประโยชน์ในรูปแบบอื่นทั้งหมดที่เป็นผลร้ายต่อสวัสดิภาพของเด็กไม่ว่าในด้านใด<sup>160</sup>

หลักสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองยังมีรายละเอียดตามที่อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้วางหลักไว้อีกสำหรับกรณีของเด็กที่ต้องพรางหรือแยกจากครอบครัว เด็กนั้นมีสิทธิที่จะได้รับการปกป้องดูแลด้วยการคำนึงและเคารพถึงชาติพันธุ์ ภาษา ศาสนา และวัฒนธรรม และตามข้อที่ 25 แห่งอนุสัญญาฯ กำหนดว่า เด็กที่ถูกแยกหรือต้องจากบ้านไปอยู่ภายใต้การเลี้ยงดูในสถานที่อื่นเด็กจะต้องได้รับการตรวจสอบสภาพความเป็นอยู่อย่างสม่ำเสมอว่าเป็นไปด้วยดีมีคุณภาพชีวิตที่ดีและเป็นสถานที่ที่ดีที่สุดและเป็นประโยชน์ที่สุดสำหรับเด็ก แต่ด้วยปรากฏว่า มาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 บัญญัติให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองเด็กหากสามีและภริยาที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนตายก่อนเด็กเกิด และให้หญิงตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองไปจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่โดยไม่ได้มีการกำหนดหน้าที่ให้ชัดเจน ไม่มีการกำหนดกรอบระยะเวลาของการเป็นผู้ปกครองแทน นอกจากนี้ในพระราชบัญญัติฯ ไม่มีบทบัญญัติอื่นเพื่อใช้บังคับกับกรณีสามีและภริยาที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่ปรากฏตัวหลังเด็กเกิดว่าจะให้ผู้ใดเป็นผู้ปกครองเด็กด้วยเงื่อนไข เงื่อนไข และหน้าที่ความรับผิดชอบอย่างไร จึงเป็นกรณีที่เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตกอยู่ในสถานะที่ไม่มีบิดา มารดา ไม่มีครอบครัว ไม่มีผู้ปกครองที่ชัดเจน เช่นเดียวกับเด็กที่ต้องถูกแยกจากบ้านหรือครอบครัว หรือต้องจากบ้านไปอยู่ภายใต้การเลี้ยงดูในสถานที่อื่นหรือของบุคคลอื่น อันเป็นสภาพที่เสี่ยงต่อภัยอันตราย เมื่อพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ไม่ได้มีบทบัญญัติที่กำหนดให้มีการคุ้มครองเด็กสำหรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในกรณีนี้ให้ชัดเจน อีกทั้งยังไม่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการตรวจสอบสภาพความเป็นอยู่อย่างสม่ำเสมอว่าเป็นไปด้วยดีมีคุณภาพชีวิตที่ดีและเป็นสถานที่ที่ดีที่สุดและเป็นประโยชน์ที่สุดสำหรับเด็ก พระราชบัญญัติฯ นี้จึงมิได้ให้ความคุ้มครองเด็กที่ครอบครัวหลักการสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครองอย่างครบถ้วน

กล่าวโดยสรุปแล้ว ประเด็นความไม่สอดคล้องของหลักกฎหมายไทยกับพันธกรณีระหว่างประเทศในประเด็นเรื่องสิทธิในการปกป้องคุ้มครองสำหรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น ประเทศไทยยังมีส่วนที่ยังไม่ได้ปฏิบัติตามข้อ 25 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก โดยกฎหมายไทยยังไม่ได้กำหนดบุคคลหน่วยงานหรือสถาบันในการติดตาม ตรวจสอบสภาพแวดล้อมการเลี้ยงดูของเด็กจากผู้ปกครองในกรณีปัญหาหญิงอื่นเข้าเป็นผู้ปกครองแทนทั้งนี้ บทบัญญัติตาม 30 นั้น ไม่สอดคล้องกับข้อ 25 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และหากพิจารณาตามหลัก Verona แล้ว ประเทศไทยยังไม่มี การดำเนินการให้เป็นไปตามหลักความรับผิดชอบของผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายและความเป็นบิดา มารดา (Principle 10: Legal Parentage and Parental Responsibility) ของหลัก Verona

<sup>160</sup> ข้อ 36 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

### 5.1.3 ปัญหาความไม่สอดคล้องกับหลักการเรื่องสิทธิที่จะได้รับการพัฒนา

สำหรับประเด็นเรื่องบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มีความสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศในส่วนของหลักการเรื่องสิทธิที่จะได้รับการพัฒนาหรือไม่ อย่างไรก็ตาม

จากการศึกษาพบว่า อนุสัญญาสิทธิเด็กวางหลักเรื่องสิทธิที่จะได้รับการพัฒนา (Rights to Development) ว่า นอกเหนือจากการที่เด็กได้อยู่รอด ปลอดภัยแล้วนั้น เด็กทุกคนยังมีสิทธิที่จะได้รับการพัฒนาตามความสามารถและศักยภาพเท่าที่เด็กพึงจะทำได้ อันมาจากการสนับสนุนตามฐานานุกรมจากครอบครัวคือผู้ปกครอง บิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการแนะแนวทาง แนะนำ อบรม สั่งสอน เลี้ยงดูเพื่อพัฒนาการของเด็กถือเป็นหน้าที่ในความรับผิดชอบของผู้ปกครอง บิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

นอกจากนี้ เด็กทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับโอกาสทางการศึกษา การพัฒนาตนเองเพื่อเป็นประชากรที่มีศักยภาพ มีความพร้อมในการดำรงชีพอยู่ในสังคม ตามที่ได้มีกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ในหมวด 5 หน้าที่ของรัฐ มาตรา 54 รัฐต้องดำเนินการให้เด็กทุกคนได้รับการศึกษาเป็นเวลาสิบสองปี ตั้งแต่ก่อนวัยเรียนจนจบการศึกษาภาคบังคับอย่างมีคุณภาพโดยไม่เก็บค่าใช้จ่าย ทั้งยังต้องดำเนินการให้เด็กเล็กได้รับการดูแลและพัฒนา ก่อนเข้าการศึกษาเพื่อพัฒนาร่างกาย จิตใจ วินัย อารมณ์ สังคม และสติปัญญาให้สมกับวัย โดยส่งเสริมและสนับสนุนให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและภาคเอกชนเข้ามีส่วนร่วมในการดำเนินการด้วย ทั้งยังมีหน้าที่จะต้องจัดบริการสาธารณะให้เด็กได้รับการศึกษาบนพื้นฐานของโอกาสที่เท่าเทียมกันโดยจัดให้การศึกษาระดับประถมเป็นการศึกษาภาคบังคับที่เด็กทุกคนสามารถเรียนได้โดยไม่เสียค่าใช้จ่าย และยังคงสนับสนุนการพัฒนาการศึกษาจนถึงระดับมัธยม ทั้งสายสามัญและสายอาชีพให้มีความหลากหลายและเปิดกว้าง พร้อมกับดำเนินมาตรการเพื่อสนับสนุนการเข้าเรียนของเด็กและป้องกันการออกจากโรงเรียนก่อนกำหนดด้วย อีกทั้งในระบบการศึกษาจะต้องมีมาตรการว่าด้วยเรื่องระเบียบวินัยที่เหมาะสมและสอดคล้องกับ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กโดยการศึกษาจะต้องสนับสนุนให้เด็กได้รับการพัฒนาบุคลิกภาพ ความสามารถพิเศษ และความสามารถทางด้านร่างกายและจิตใจของเด็กอย่างเต็มศักยภาพ มีจิตสำนึกที่เคารพต่อ สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน เพื่อให้เด็กมีความรับผิดชอบต่อสังคมด้วยการรักษาและเคารพเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมภาษาและค่านิยมของท้องถิ่นและต่ออารยธรรมอื่น ๆ ที่แตกต่างไปจากของเด็กด้วย สำหรับเด็กพิการ รัฐจะต้องให้ความช่วยเหลือให้เด็กพิการสามารถเข้าถึงและได้รับการศึกษา การฝึกอบรม การดูแลสุขภาพ การบริการด้านฟื้นฟูสภาพ การเตรียมความพร้อมเพื่อการจ้างงาน และโอกาส ทางด้านสันติภาพที่จะส่งเสริมให้เด็กสามารถอยู่ร่วมกับสังคมและเพื่อพัฒนาตนเองได้อย่างเต็มความสามารถ เช่นเดียวกันกับเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการพัฒนาอย่างเท่าเทียมกัน

หลักการที่สอดคล้องกับสิทธิที่จะได้รับการพัฒนาใน Verona Principle ประกอบด้วย หลักการที่ 2 (Principle 2: The Child as an Independent Rights Holder) กล่าวคือ มนุษย์ทุกคนนั้นเมื่อได้เกิดมา ย่อมมีอิสระ เสรีภาพที่จะมีศักดิ์ศรีและสิทธิที่จะดำรงชีวิตในแบบที่ตนต้องการตามศักยภาพที่ตนมี โดยที่ ภาครัฐต้องสร้างความมั่นใจได้ว่าเด็กทุกคนที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์จะได้รับสิทธิเท่าเทียมเช่นเดียวกันกับเด็กทุกคนที่เกิดมา นอกจากนี้ยังคงต้องคำนึงถึงสิทธิในการไม่ถูกเลือกปฏิบัติ (Principle 3: The Child's Right to Non-Discrimination) ไม่ว่าจะในประเด็นสถานะ วิธีการเกิดที่มีความหลากหลาย วิธีของการดำรงชีวิตภายในครอบครัว เพศ ความหลากหลายทางพันธุกรรม เชื้อชาติ รวมไปถึง ความแตกต่างอื่น ๆ ทั้งนี้ โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างของการกำหนด หรือการตราของกฎหมายที่มีความแตกต่างกันเด็กควรจะได้รับปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันทั้งนี้ยังคงอยู่บนหลักการประโยชน์สูงสุดอันจะเกิดต่อเด็กเป็นสำคัญในกรณีใช้หญิงอื่นที่ไม่ใช่ญาติ หรือผู้มีความเกี่ยวข้องใกล้ชิดกับคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน หากเกิดกรณีคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเสียชีวิต หญิงนั้นจะเป็นผู้ปกครองเด็กไปก่อนจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ขึ้น เพื่อเป็นการป้องกันปัญหาความไม่พร้อมของผู้ปกครอง อันเป็นหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองในระหว่างที่รอการตั้งผู้ปกครองขึ้นมาใหม่เพื่อให้เด็กได้รับการพัฒนาที่เหมาะสมตามวัยและฐานานุรูปตามสิทธิของตนและเพื่อให้เป็นไปตามข้อตกลงตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 18 ว่ารัฐภาคีจะใช้ความพยายามอย่างที่สุดเพื่อประกันให้มีการยอมรับหลักการที่ว่าทั้งบิดาและมารดามีความรับผิดชอบร่วมกันในการเลี้ยงดูเด็กและพัฒนาเด็ก บิดามารดาหรือผู้ปกครองตามกฎหมายแล้วแต่กรณีเป็นผู้รับผิดชอบเบื้องต้นในการเลี้ยงดูและการพัฒนาเด็ก โดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นพื้นฐาน เพื่อความมุ่งประสงค์ในการให้หลักประกันและส่งเสริมที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้ รัฐภาคีจะให้ความช่วยเหลือที่เหมาะสมแก่บิดา มารดาและผู้ปกครองตามกฎหมายในอันที่จะปฏิบัติตามความรับผิดชอบของตนในการเลี้ยงดูเด็กและจะประกันให้มีการพัฒนาสถาบันการอำนวยความสะดวกและการบริการต่าง ๆ สำหรับการดูแลเด็ก รัฐภาคีจะดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวงที่จะประกันว่าบุตรของบิดา มารดาที่จะต้องทำงาน มีสิทธิได้รับประโยชน์จากการบริการ และสิ่งอำนวยความสะดวกเกี่ยวกับการดูแลเด็กที่พวกเขาจะมีสิทธิที่จะได้รับ โดยที่บิดา มารดา หรือในกรณีนี้หมายถึงหญิงอื่นที่ไม่ใช่ญาติ สืบสายโลหิตของคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน ตกเป็นผู้ปกครองเด็กในระหว่างรอการตั้งผู้ปกครองขึ้นมาใหม่ ต้องมีหน้าที่ในการรับผิดชอบต่อตัวเด็ก มีหน้าที่รับผิดชอบเบื้องต้นในการจัดหาที่อยู่ที่เหมาะสมสำหรับการพัฒนาของเด็ก ในกรณีเช่นนี้ หากหญิงไม่มีความพร้อมในการเลี้ยงดู มาตรการทางเลือกในการให้ความช่วยเหลือจากทางภาครัฐ หรือหน่วยงานที่มีส่วนเกี่ยวข้องจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง แม้หญิงนั้นจะมีคุณสมบัติเป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข ประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาตให้ผู้ให้บริการเกี่ยวกับ

เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ดำเนินให้มีการตั้งครรภ์แทน พ.ศ. 2558 แล้วก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาในคุณสมบัติตามเงื่อนไขตามที่กำหนดในข้อ 5.3 ในกรณีเป็นหญิงอื่นตามมาตรา 21 (3) จะต้องเป็นผู้มีคุณสมบัติว่าต้องมีสัญชาติเดียวกันกับสามีหรือภรรยาที่ขอด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตร โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน โดยหญิงนั้นต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 20 ปีบริบูรณ์และไม่เกิน 40 ปีบริบูรณ์และเคยมีบุตรมาแล้วโดยการคลอดตามธรรมชาติไม่เกิน 3 ครั้งหรือในกรณีผ่าคลอดไม่เกิน 1 ครั้ง เป็นผู้มีความพร้อมทั้งร่างกายและจิตใจแข็งแรงสมบูรณ์ดี โดยผ่านการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกายจิตใจและสภาพแวดล้อม ตามประกาศแพทยสภากำหนด จะพบว่าหลักเกณฑ์ในการพิจารณานั้นมุ่งประสงค์ให้หญิงมีความพร้อมในการตั้งครรภ์ ในการอุ้มท้องเด็กในครรภ์ด้วยการมีสุขภาพกาย และจิตใจที่สมบูรณ์แข็งแรงมีความพร้อมมีประสบการณ์ในการให้กำเนิดเด็กมาแล้ว แต่มิได้มีการพิจารณาถึงสถานะทางการเงิน ความมั่นคงในหน้าที่การงานหากมีกรณีสุดวิสัยที่จะต้องรับเด็กมาอยู่ในปกครอง หากมีกรณีเช่นนี้เกิดขึ้นเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนย่อมได้รับผลกระทบต่อสิทธิในการพัฒนาได้โดยทันที เพื่อให้เป็นไปตามข้อตกลงตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่ประเทศไทยเป็นภาคีแล้วนั้น จึงควรมีการปรับปรุง พัฒนา มาตราการ ข้อกำหนด ที่ชัดเจนรวมถึงแนวทางปฏิบัติในการให้ความช่วยเหลือทั้งนี้เพื่อลดผลกระทบต่อพัฒนาการของเด็กและเป็นการลดภาระงานในทางตุลาการรวมถึงระยะเวลาในการที่เด็กจะได้รับผลกระทบหากเกิดกรณีดังกล่าว

กล่าวโดยสรุปแล้ว ประเด็นความไม่สอดคล้องของหลักกฎหมายไทยกับพันธกรณีระหว่างประเทศ ในประเด็นเรื่องสิทธิในการได้รับการพัฒนาสำหรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น ประเทศไทยยังมีส่วนที่ยังไม่ได้้อนุวัติการตามข้อ 18 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก โดยกฎหมายไทยยังไม่ได้กำหนดความช่วยเหลือที่เหมาะสมแก่บิดา มารดาและผู้ปกครองตามกฎหมายในอันที่จะปฏิบัติตามความรับผิดชอบของตนในการเลี้ยงดูเด็กและจะประกันให้มีการพัฒนาสถาบันการอำนวยความสะดวกและ การบริการต่าง ๆ สำหรับการดูแลเด็ก รวมถึงการดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวงที่จะประกันว่าบุตรของบิดา มารดาที่จะต้องทำงาน มีสิทธิได้รับประโยชน์จากการบริการ และสิ่งอำนวยความสะดวกเกี่ยวกับการดูแลเด็กที่พวกเขาสิทธิที่จะได้รับทั้งนี้ บทบัญญัติตามมาตรา 30 นั้น ไม่สอดคล้องกับข้อ 18 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และหากพิจารณาตามหลัก Verona แล้ว ประเทศไทยยังมิได้มีการดำเนินการให้เป็นไปตามหลักการไม่ถูกเลือกปฏิบัติ (Principle 3: The Child's Right to Non-Discrimination) ของหลัก Verona

#### 5.1.4 ปัญหาการไม่สอดคล้องกับหลักการเรื่องสิทธิในการมีส่วนร่วม

สำหรับประเด็นเรื่องบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มีความสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศในส่วนหลักการเรื่องสิทธิในการมีส่วนร่วมหรือไม่ อย่างไรนั้น

จากการศึกษาพบว่า อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กวางหลักเรื่องสิทธิในการมีส่วนร่วมไว้ว่า ภายใต้หลักประชาธิปไตยอันมีหลักการสนับสนุนคุณค่าความเป็นมนุษย์เด็กในฐานะที่มีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เช่นเดียวกันนี้เองจึงควรมีสิทธิเสรีภาพที่จะแสดงออก รวมไปถึงสิทธิเสรีภาพในการรับรู้ ข้อมูลข่าวสารโดยไม่ถูกจำกัดพร้อมกันนี้ก็สามารถกระทำได้โดยทั้งทางวาจา ลายลักษณ์อักษรหรือแม้การพิมพ์ในรูปแบบของศิลปะหรือผ่านสื่ออื่น ๆ ตามความประสงค์ของเด็กที่เลือกจะแสดงออกด้วยเหตุนี้เอง ภาคครอบครัว ผู้ปกครอง รวมไปถึงภาครัฐจึงต้องส่งเสริม ไม่ปิดกั้นข้อมูล ข้อเท็จจริง ข่าวสารที่เหมาะสม จำเป็นกับช่วงวัยของเด็ก เช่น ข้อมูลอันเป็นที่มา เป็นรากเหง้า เป็นอัตลักษณ์ ตัวตน เช่น ชื่อ สัญชาติของตน หรือแม้กระทั่ง บิดา มารดา หญิงผู้ตั้งครรภ์และให้กำเนิด รวมไปถึงบุคคลผู้ซึ่งบริจาคอสุจิ หรือไข่ที่ใช้ในการปฏิสนธิในกระบวนการตั้งครรภ์แทน

ภาครัฐต้องเคารพสิทธิของเด็กที่จะมีเสรีภาพทางความคิดและเคารพสิทธิและหน้าที่ของบิดาและมารดา ผู้ปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย เพื่อให้แนวทางการปฏิบัติในลักษณะที่สอดคล้องกับความสามารถที่จะส่งเสริมให้เด็กมีพัฒนาการที่เหมาะสมตามสมควรไปตามวัยของเด็ก นอกจากนี้อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กยังคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเด็กในการชุมนุมอย่างสงบทั้งนี้จะต้อง ดำเนินเป็นไปโดยสอดคล้องกับกฎหมายและเท่าที่จำเป็นในสังคมประชาธิปไตยไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ขณะเดียวกันการมีส่วนร่วมในการรับรู้ข้อมูล ข่าวสาร ภาครัฐต้องส่งเสริมให้เด็ก สามารถเข้าถึงข้อมูลข่าวสารจากแหล่งต่าง ๆ ทั้งในประเทศและระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อมูล ข่าวสารที่มุ่งส่งเสริมคุณภาพชีวิตของเด็ก ทั้งทางสังคม จิตใจและศีลธรรม รวมไปถึงเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ก็ย่อมได้รับสิทธิเช่นเดียวกันเมื่อพิจารณาสิทธิในการมีส่วนร่วมของเด็กกับ Verona Principle แล้วนั้นพบว่า มีหลักการที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ หลักความยินยอมของบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน ส่งผลรวมไปถึงการสนับสนุนการเข้าถึงข้อมูลที่ถูกต้อง และเชื่อถือได้ต่าง ๆ ของบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะป็นหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน คู่สมรส ผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนและบุคคลผู้ซึ่งบริจาคอสุจิหรือไข่ที่ใช้ในการตั้งครรภ์แทน (Principle 7: Consent of Surrogate Mother, Principle 8: Consent of Intending Parent(s), Principle 9: Consent of Persons Providing Human Reproductive Material, Principle 11: Protection of Identity and Access to Origins) ในการวางหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยการรับบริจาคอสุจิหรือไข่ สามารถเข้าถึงข้อมูลของผู้บริจาคได้โดยมีการกำหนดอายุของเด็กเป็นเงื่อนไขในการเข้าถึงข้อมูล กล่าวคือเมื่อเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนอายุครบ 16 ปี บริบูรณ์จะสามารถสอบถามข้อมูลของผู้บริจาคผ่านทาง HFEA ซึ่งเป็นองค์กรตามกฎหมายที่มีหน้าที่ในการควบคุมและรักษา รวมไปถึงการวิจัยตัวอ่อนเกี่ยวกับภาวะการเจริญพันธุ์ของมนุษย์ ในประเทศอังกฤษ โดยจะสามารถเข้าถึงข้อมูลของผู้บริจาค เช่น ปีเกิด ประวัติการรักษาพยาบาล เมื่ออายุครบ 18 ปีบริบูรณ์ จะสามารถสอบถามข้อมูลเกี่ยวกับชื่อและที่อยู่ ของผู้บริจาคได้หากเด็กมีความประสงค์ที่ทราบข้อมูล

ดังกล่าว ทั้งนี้ใช้บังคับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2548 เป็นต้นมา<sup>161</sup> ในส่วนของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เด็กสามารถรับทราบชื่อของหญิงได้เมื่ออายุครบ 18 ปีบริบูรณ์เช่นกัน ทั้งนี้เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่ได้กำหนดไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กในข้อที่ 8 ว่ารัฐภาคีรับที่จะเคารพต่อสิทธิของเด็ก ในการรักษาเอกลักษณ์ของตนไว้รวมถึงสัญชาติ ชื่อ และความสัมพันธ์ทางครอบครัวของตนตามที่กฎหมายรับรอง โดยปราศจากการแทรกแซงที่มีขอบข่ายกฎหมายและในกรณีที่มีการตัดเอกลักษณ์บางอย่าง หรือทั้งหมดของเด็กออกไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย รัฐภาคีจะให้ความช่วยเหลือและความคุ้มครองตามสมควร เพื่อให้เอกลักษณ์ของเด็กกลับคืนมาโดยเร็ว รวมไปถึงหลักการยินยอมของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนและผู้บริจาค ตามหลักการของ Verona Principle ที่วางหลักของการแสดงความยินยอม การรับทราบข้อมูลและการเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการตั้งครรภ์แทนของผู้ที่เกี่ยวข้อง ในขณะที่กฎหมายที่บังคับใช้ในประเทศไทยขณะนี้ยังคงไม่มีการกำหนดเงื่อนไขของการรับรู้ข้อมูลดังกล่าวแก่เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน คงมีการกำหนดความเป็นบิดา มารดา ให้แก่คู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน โดยมีการเสวนาที่จัดโดยกรมกิจการเด็กและเยาวชน ร่วมกับคณะอนุกรรมการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับเด็กให้เป็นไปตามมาตรฐานของรัฐธรรมนุญและอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ซึ่งในการเสวนาดังกล่าวได้ยอมรับถึงข้อบกพร่องในประเด็นนี้ โดยเสนอเงื่อนไขของอายุเด็กในการรับรู้ข้อมูลดังกล่าวเมื่อเด็กมีอายุครบ 15 ปีบริบูรณ์<sup>162</sup>

กล่าวโดยสรุปแล้ว ประเด็นความไม่สอดคล้องของหลักกฎหมายไทยกับพันธกรณีระหว่างประเทศ ในประเด็นเรื่องสิทธิในการมีส่วนร่วมสำหรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน นั้น ประเทศไทยยังมีส่วนที่ยังไม่ได้ปฏิบัติตามข้อ 8 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก โดยกฎหมายไทยยังไม่ได้กำหนดการเข้าถึงข้อมูลของผู้บริจาคตามความประสงค์ของเด็ก ทั้งนี้ บทบัญญัติตามมาตรา 29 นั้น ไม่สอดคล้องกับข้อ 8 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และหากพิจารณาตามหลัก Verona แล้ว ประเทศไทยยังไม่มี การดำเนินการให้ เป็นไปตามหลักการที่ 11: การปกป้องตัวตนและการเข้าถึงรากเหง้าของตน (Protection of Identity and Access to Origins) ของหลัก Verona

<sup>161</sup> Whittington Health NHS Trust, **Application Questionnaire for Potential Sperm Donors**, Retrieved August 8, 2021 from <https://www.spermdonation.nhs.uk/apply-sperm-donor-nhs>

<sup>162</sup> “ปรับร่าง พ.ร.บ. คุ้มครองเพิ่มสิทธิรับรู้รากเหง้าเด็ก,” *เรื่องเดิม*.

## 5.2 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

นอกจากประเด็นปัญหาความไม่สอดคล้องของกฎหมายไทยกับพันธกรณีตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กแล้ว ผู้เขียนพบว่า ยังมีปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนจากการใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 อันเป็นผลจากบทบัญญัติบางประการในพระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งผู้เขียนได้นำเสนอไว้ทั้งสิ้น 3 ประเด็น ประกอบด้วย ปัญหาการไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม ปัญหาการกำหนดผู้ปกครองในกรณีใช้หญิงอื่นในการตั้งครรภ์แทน และปัญหาการห้ามปฏิเสธเด็กในทุกกรณีซึ่งอาจขัดต่อหลักประโยชน์สูงสุดต่อเด็ก ซึ่งปัญหาดังกล่าวล้วนกระทบต่อสิทธิเด็กและหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กมีรายละเอียด ดังนี้

### 5.2.1 ปัญหาการไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม

สำหรับประเด็นเรื่องบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ส่งผลให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมอันเป็นการจำกัดสิทธิเด็ก หรือไม่ อย่างไรนั้น

จากการศึกษาพบว่า ตามที่ได้มีการกำหนดไว้ในมาตรา 29 วรรคท้ายในพระราชบัญญัติฯ ว่า ชายหรือหญิงที่บริจาคอสุจิหรือไข่ซึ่งนำมาใช้ปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์หรือผู้บริจาคตัวอ่อนและเด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่บริจาคดังกล่าว ไม่มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก พิจารณาถึงสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก ซึ่งตีความได้ว่าเป็นการตัดสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันของผู้บริจาคและเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในเรื่องของความเป็นบิดา มารดาและบุตร รวมไปถึงบุตรบุญธรรม ความปกครอง ค่าอุปการะเลี้ยงดู การตกทอดของมรดก การเป็นทายาท สิทธิโดยธรรมในการรับมรดก ดังนี้ สิทธิในการรับรู้ข้อมูลของรากเหง้าของเด็กนั้นมิได้ผูกพันไปถึงสิทธิ หน้าที่ในทางแพ่งดังกล่าว เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนจึงมีความชอบธรรมตามกฎหมายที่จะมีสิทธิที่จะทราบข้อมูลของผู้บริจาคเมื่อเด็กมีความต้องการเข้าถึงข้อมูลเหล่านั้น ในปัจจุบันพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 รวมไปถึง ประกาศคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ทั้ง 21 ฉบับ ยังไม่มีการประกาศกำหนดเงื่อนไขของการรับรู้ข้อมูลของผู้บริจาคดังกล่าว ดังเช่นกฎหมายในประเทศอังกฤษที่เปิดโอกาสให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนสามารถเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวได้ โดยมีเงื่อนไขในเรื่องของอายุเด็กในการจำกัดการ

เข้าถึงข้อมูลดังที่อธิบายในหัวข้อก่อนไปแล้วนั้น ในประเด็นเงื่อนไขของอายุนี้ผู้เขียนจึงนำหลักพิจารณาความสามารถของผู้เยาว์ตามประมวลแพ่งและพาณิชย์มาเป็นเกณฑ์ในการกำหนดการรับรู้ข้อมูลอันมีความสัมพันธ์กับรากเหง้าของตนดังนี้ รากฐานปรัชญาที่ว่า มนุษย์เป็นสิ่งมีชีวิตที่มีเหตุผล (Rational Being) เป็นสิ่งที่มีคุณค่าและศักดิ์ศรีในตัวเอง ดังนั้นกฎหมายจึงให้การรับรองว่ามนุษย์ทุกคนย่อมได้สภาพบุคคลคือย่อมเป็นประธานแห่งสิทธิ (Subject of Rights) ในความหมายที่ว่า บุคคลย่อมสามารถมีสิทธิได้ (Capacity to Acquire Rights) แต่ผู้สามารถมีสิทธิไม่จำเป็นต้องมีความสามารถใช้สิทธิ (Capacity to Exercise Rights) หรือไม่จำเป็นต้องมีความสามารถกระทำการให้เกิดผลทางกฎหมาย (Ability to Do Acts-In-Law) ได้เสมอไป จะเห็นได้ว่า กฎหมายรับรองให้บุคคลย่อมสามารถมีสิทธิเมื่อมีสภาพบุคคลโดยไม่ต้องกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด สิทธิในการรับรู้ข้อมูลรากเหง้าของตน ถือได้ว่าเป็นสิทธิที่ตกติดอยู่กับสภาพบุคคล ดังเช่น ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ และชื่อเสียงเกียรติยศ มิใช่การก่อสิทธิใหม่ขึ้น ไม่ทำให้เกิดการเคลื่อนไหว เปลี่ยนแปลงซึ่งสิทธิ หน้าที่ หรือความรับผิดชอบอย่างหนึ่งอย่างใด บุคคลอันเป็นผู้เยาว์ย่อมกระทำ หรือรับรู้ได้โดยไม่ต้องพิจารณาถึงความสามารถในการกระทำนิติกรรม<sup>163</sup> รับรู้ได้โดยไม่ต้องพิจารณาถึงความสามารถในการกระทำนิติกรรม<sup>164</sup> ประกอบกับมาตรา 22 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้วางหลักไว้ว่า ผู้เยาว์อาจทำการใด ๆ ได้ทั้งสิ้น หากเป็นเพียงเพื่อจะได้ไปซึ่งสิทธิอันใดอันหนึ่ง และมาตรา 23 ผู้เยาว์อาจทำการใด ๆ ได้ทั้งสิ้น ซึ่งเป็นการต้องทำเองเฉพาะตัว

เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติฯ จึงมีสิทธิโดยชอบที่จะรับรู้รากเหง้าที่มาแห่งตนเมื่อเด็กนั้นมีสภาพเป็นผู้เยาว์ การที่พระราชบัญญัติฯ ในมาตรา 29 วรรคท้ายกำหนดไว้ถึงการไม่มีสิทธิหน้าที่ระหว่างกันของผู้บริจาคและเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์ จึงไม่ผูกพันถึงสิทธิในการรับรู้ข้อมูลอันเป็นรากเหง้าของตน เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนจึงมีสิทธิโดยชอบในการรับรู้ข้อมูลดังกล่าว แต่เมื่อเด็กเกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติฯ มีลักษณะการกำเนิดที่อาศัยเทคโนโลยีทางการแพทย์ตามความประสงค์ของผู้ปกครองเด็กในขณะนั้น หน้าที่ในการชี้แจงหรือทำให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้รับรู้หรือมีโอกาสในการตัดสินใจเพื่อที่จะเลือกรับรู้ข้อมูลอันเป็นรากเหง้าของตนหรือไม่นั้นจึงตกกับผู้ปกครอง

ประเด็นการเข้าถึงข้อมูลผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในประเทศอังกฤษ มีการจัดตั้ง Human Fertilisation and Embryology Authority (HFEA) ซึ่งเป็นองค์กรตามกฎหมายที่มีหน้าที่ในการควบคุมและรักษา รวมไปถึงการวิจัยตัวอ่อนเกี่ยวกับภาวะการเจริญพันธุ์ของ

<sup>163</sup> สมทบ สุวรรณสุทธิ, **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล** (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2510), หน้า 80.; จิตติ ติงศภัทย์, **กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล** (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530), หน้า 46.

<sup>164</sup> *เรื่องเดียวกัน*, หน้า 46.

มนุษย์ ในประเทศอังกฤษ ได้วางหลักให้เด็กสามารถเข้าถึงข้อมูลได้เป็นลำดับขั้นมีการกำหนดลักษณะของข้อมูลกับช่วงอายุเด็ก คือ ให้เด็กตั้งแต่อายุ 16 ปี สามารถรับรู้ข้อมูลทางกายภาพของผู้บริจาค เช่น อายุ ปีเกิดและประวัติการรักษาพยาบาลได้ และเมื่อครบอายุ 18 ปีก็จะสามารถเข้าถึงข้อมูลที่มีความลึกซึ้งขึ้น เช่น ชื่อ สกุลและที่อยู่ปัจจุบัน แต่ทั้งนี้ มิได้มีการกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้ปกครองในลักษณะบังคับว่าต้องแจ้งให้เด็กทราบ แต่เป็นการกำหนดสิทธิที่มีเงื่อนไขให้แก่เด็ก เมื่อนำ Verona Principle มาพิจารณาพบว่า ข้อ 11 อันเป็นหลักการว่าด้วยการปกป้องตัวตนและการเข้าถึงข้อมูลรากเหง้าของตน (Protection of Identity and Access to Origins) โดย Verona Principle นั้นวางหลักให้เด็กควรมีสิทธิที่จะรับทราบถึงข้อมูลอันเป็นส่วนหนึ่งของตนไม่ว่าจะเป็นเชื้อชาติ ชื่อ สกุลของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับตนโดยได้รับการสนับสนุนการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวจากรัฐ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เด็กสามารถทราบถึงข้อมูลทางพันธุกรรมของตนได้ การที่เด็กไม่ได้รับรู้ข้อมูลเกี่ยวกับรากเหง้าของตนเอง นอกจากกระทบต่อสิทธิในการรู้และเก็บรักษาข้อมูลเกี่ยวกับที่มาของตนแล้ว ยังขาดโอกาสที่จะได้ใช้ข้อมูลเพื่อประโยชน์ในการรักษาพยาบาลหรือบริการทางการแพทย์ต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการป้องกันและรักษาโรคทางพันธุกรรม การใช้ข้อมูลเกี่ยวกับต้นกำเนิด เผ่าพันธุ์ ชาติพันธุ์ ยีน หรือดีเอ็นเอ ในการตรวจ การวางแผน การเฝ้าระวัง และการติดตามด้านการดูแลสุขภาพ เมื่อประเทศไทยได้รองรับให้มีการตั้งครม. แทนได้อย่างถูกกฎหมายแล้ว จึงมีความเป็นไปได้สูงที่เด็กที่เกิดจากการตั้งครม. แทนจะมีต้นกำเนิด ชาติพันธุ์ หรือยีนของชาวต่างชาติ การที่เด็กไม่มีข้อมูลของต้นกำเนิดหรือรากเหง้าของตนย่อมไม่เป็นประโยชน์ต่อเด็กทั้งขณะที่เป็นผู้เยาว์และเมื่อเป็นผู้ใหญ่ นอกจากประโยชน์จากการใช้ข้อมูลในด้านสุขภาพหรือการรับบริการทางการแพทย์แล้ว ยังมีประเด็นสำคัญที่ต้องพึงระวังจากการไม่รู้รากเหง้าของตนอีกประการหนึ่งคือ ความเสี่ยงของการเกิดการสมรสในเครือญาติ หรือการสมรสกับคู่สมรสที่มีความใกล้ชิดทางสายโลหิต อันเป็นผลสืบเนื่องจากการไม่มีข้อมูลของผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมจากการตั้งครม. แทน อันจะส่งผลให้มีความเสี่ยงที่ทายาทอาจมีความผิดปกติทางร่างกายหรือสมองจากความใกล้ชิดของสายโลหิตของคู่สมรสตามหลักพันธุศาสตร์ ส่งผลเป็นปัญหาใหม่ต่อเด็กที่เป็นบุตร และต่อคู่สมรสกรณีเด็กที่เกิดมามีความพิการเพียงเพราะไม่มีข้อมูลว่าตนและคู่สมรสมีความใกล้ชิดกันทางสายเลือด

กล่าวโดยสรุปแล้ว ประเด็นเรื่องบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ส่งผลให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครม. แทนไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมอันเป็นการจำกัดสิทธิเด็ก นั้น ประเทศไทยยังมีส่วนที่ยังไม่ได้ปฏิบัติตามข้อ 8 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก โดยกฎหมายไทยยังไม่ได้กำหนดหลักการ เงื่อนไขในการรับรู้ข้อมูลอันเป็นรากเหง้าของเด็ก ทั้งนี้ บทบัญญัติตามมาตรา 29 นั้นไม่สอดคล้อง และครอบคลุมไปถึงสิทธิดังกล่าวกับข้อ 8 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และหากพิจารณาตามหลัก Verona แล้ว ประเทศไทยยังไม่มีมาตรการให้ไปไปตามหลักการที่ 11 ของหลัก Verona ส่งผลให้ยังไม่มีค

ชัดถึงการเข้าถึงข้อมูลอันเป็นรากเหง้าของตนอันเป็นสิทธิที่เด็กพึงได้รับ อันเป็นการกระทบต่อสิทธิเด็กต่างจากการวางหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษที่บัญญัติให้จัดตั้งองค์กรตามกฎหมายที่มีหน้าที่ในการควบคุมและรักษา รวมไปถึงการวิจัยตัวอ่อนเกี่ยวกับภาวะการเจริญพันธุ์ของมนุษย์ ให้เด็กสามารถเข้าถึงข้อมูลของผู้บริจาคได้หากเด็กมีความประสงค์ที่ทราบข้อมูลดังกล่าว ทั้งนี้ใช้บังคับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2548 เป็นต้นมา ซึ่งเป็นการคุ้มครองสิทธิเด็กในเรื่องของการรับรู้ข้อมูลอันเป็นรากเหง้าของตนได้ดีกว่า

### 5.2.2 ปัญหาการกำหนดผู้ปกครองในกรณีใช้หญิงอื่นในการตั้งครรภ์แทน

โดยทั่วไปแล้ว เด็กทุกคนที่เกิดมานั้นสามารถอธิบายได้ถึงสิทธิ หน้าที่ ระหว่าง บิดา มารดา และบุตร ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยเรื่องครอบครัว กำหนดไว้ใน มาตรา 1564 ว่า บิดา มารดา จำต้องอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาตามสมควร แก่บุตรในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์ บิดา มารดา จำต้องอุปการะเลี้ยง ดูบุตร ซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้ว แต่เฉพาะผู้ทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองมิได้ หากเกิดกรณี มารดาหรือบิดาบุคคลใดบุคคลหนึ่งได้เสียชีวิตไป บุคคลที่ยังมีชีวิตอยู่จะเป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง เมื่อพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยสามารถกำหนดให้หญิงอื่นที่ไม่ใช่ญาติตามสายโลหิตของสามีหรือภรรยาที่ขอด้วยกฎหมายให้ตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติฯ นั้นสามารถกระทำได้ในกรณีที่สามีหรือภรรยาไม่สามารถหาหญิงที่เป็นญาติตามสายโลหิตมารับตั้งครรภ์แทนได้โดยต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการ และประกาศกระทรวงสาธารณสุขเรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้หญิงอื่นที่มีญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภรรยาที่ขอด้วยกฎหมายรับตั้งครรภ์แทน พ.ศ. 2558 แล้วนั้นจึงเกิดเป็นกรณีที่มีการใช้อำนาจปกครองเด็กโดยหญิงอื่นในกรณีที่คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์ได้เสียชีวิตไปก่อน

การตั้งครรภ์แทนนั้นมีการวางหลักของการเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ พ.ศ. 2558 ไว้ โดยกำหนดให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรของคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนแม้ว่าสามีหรือภรรยา คู่สมรสที่ขอด้วยกฎหมายนั้นจะถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิดก็ตาม และได้กำหนดการเป็นผู้ปกครองไว้ในกรณีคู่สมรสดังกล่าวถึงแก่ความตายไว้เช่นกัน อย่างไรก็ตาม นอกจากกรณีคู่สมรสถึงแก่ความตายแล้ว ยังปรากฏว่ามีกรณีที่คู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่ปรากฏตัวทั้งก่อนคลอดและหลังคลอดเด็ก ซึ่งประเด็นปัญหาของการกำหนดผู้ปกครองหรือผู้ใช้อำนาจปกครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ พ.ศ. 2558 แยกเป็น 2 ประการ ได้แก่ ประการแรก ปัญหากรณีคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเสียชีวิตไปก่อนเด็กเกิด ประการที่สอง ปัญหากรณีคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่ปรากฏตัวหลังเด็กเกิด

### 5.2.2.1 กรณีคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเสียชีวิตไปก่อนเด็กเกิด

สำหรับประเด็นเรื่องบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ส่งผลให้เกิดอุปสรรคในการกำหนดผู้ปกครองในกรณีใช้หญิงอื่นในการตั้งครรภ์แทนในกรณีคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเสียชีวิตไปก่อนเด็กเกิด อันกระทบต่อสิทธิเด็กและหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก หรือไม่ อย่งไรนั้น

จากการศึกษาพบว่าประเด็นในการพิจารณาปัญหาจะเป็นไปในกรณีที่คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเสียชีวิตก่อนที่เด็กที่เกิดและต้องเป็นไปในกรณีที่ใช้หญิงอื่นในการตั้งครรภ์แทนตามมาตรา 21(3) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ พ.ศ. 2558 ในกรณีที่คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่มีญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภรรยาที่ขอด้วยกฎหมายให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนได้ ทั้งนี้ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการ ซึ่งได้กล่าวไว้ในหัวข้อก่อนในประเด็นที่ไม่มีการกำหนดถึงสถานะทางหน้าที่การงาน รวมไปถึงสถานะทางการเงินของหญิงอื่นนั้น เมื่อเป็นเช่นนี้การกำหนดให้หญิงอื่นที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นผู้ปกครองไปก่อนจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ โดยกำหนดให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก ผู้มีส่วนได้เสียหรือพนักงานอัยการมีอำนาจร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้ปกครอง และในการตั้งผู้ปกครองดังกล่าวให้ศาลคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กนั้นเป็นสำคัญ หากหญิงอื่นนั้นรับตั้งครรภ์แทนและเมื่อเกิดกรณีคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเสียชีวิตก่อนเด็กเกิด ตามที่กำหนดในมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ พ.ศ. 2558 แล้วหญิงนั้นจะตกเป็นผู้ปกครองเด็กโดยชอบด้วยกฎหมายในทันที ซึ่งในกรณีนี้อาจมีบุคคลที่เกี่ยวข้องเพิ่มเติมเข้ามา คือ สามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน อันถือเป็นความเสี่ยงว่าเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะได้รับการเลี้ยงดูที่เหมาะสมและดีที่สุดสำหรับเด็ก

สำหรับกรณีคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเสียชีวิตไปก่อนเด็กเกิดนั้น เหตุการณ์ได้เกิดประเทศอังกฤษ หลังจากนั้นมาจึงได้มีการยอมรับถึงความล่าช้าในการปรับข้อกำหนดทางกฎหมาย ซึ่งเมื่อเทียบการปรับปรุงกฎหมายในการวางหลักความเป็นบิดา มารดากับพัฒนาการด้านเทคโนโลยีทางการแพทย์ในการให้กำเนิดเด็ก เป็นเหตุให้หลักกฎหมายในการกำหนดความเป็นบิดา มารดาตามเดิมเมื่อต้องปรับใช้กับกรณีมีคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเสียชีวิตไปก่อนเด็กเกิดนั้นขัดกับหลักประโยชน์อันสูงสุดต่อเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิมนุษยชน ซึ่งแนวทางในการแก้ในกรณีที่เกิดขึ้นนั้นศาลได้ใช้หลักเจตนาในการตั้งครรภ์แทนเพื่อประสงค์ที่จะมีบุตรของคู่สมรสในการมอบเด็กให้กับฝ่ายที่เหลืออยู่ของคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน

ขณะที่การวางหลักเจตนาประกอบการพิจารณากำหนดผู้ปกครองในกรณีการตั้งครรรค์แทนนั้น ก็เป็นหนึ่งในหลักการที่สหรัฐอเมริกากำหนดใช้โดยพิจารณาเจตนาในการเป็นบิดา มารดาของเด็ก (Intent-Based Parenthood) ซึ่งแนวทางนี้ผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรรค์ต้องดำเนินการขอให้มีการตั้งครรรค์แทนและแสดงเจตนาในการเป็นบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่จะเกิดมาจากการตั้งครรรค์แทนไม่ว่าจะใช้ชื่อสุจิของฝ่ายชายหรือไม่ก็ตาม

เมื่อนำ Verona Principle มาพิจารณา พบว่า ข้อ 10 ความรับผิดชอบของผู้ปกครองและความเป็นบิดา มารดา (Legal Parentage and Parental Responsibility) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เด็กได้รับความปกครองจากผู้ปกครองที่เหมาะสม รวมไปถึงการจัดการสรรหาผู้ปกครองแทนโดยรัฐ ในกรณีมีข้อพิพาทระหว่างหญิงที่ตั้งครรรค์แทนกับคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรรค์โดยคำนึงถึงหลักประโยชน์สูงสุดอันจะเกิดต่อเด็กเป็นสำคัญ

การที่กฎหมายไทยกำหนดให้หญิงผู้รับตั้งครรรค์แทนเป็นผู้ปกครองไปชั่วคราวโดยที่ กำหนดหลักเกณฑ์ของหญิงที่จะมารับตั้งครรรค์แทนเพียงในมิติด้านการแพทย์ โดยไม่อาจกำหนดหลักเกณฑ์ ด้านเศรษฐกิจ สภาพความเป็นอยู่ ครอบครัว สังคม และการศึกษาได้นั้น นำไปสู่ความเสี่ยงของเด็กที่จะได้รับการคุ้มครองสิทธิตามหลักสิทธิที่จะมีชีวิตรอด สิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครอง และสิทธิที่จะได้รับการพัฒนา ด้วยเจตนาตั้งต้นของคู่สมรสที่ผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรรค์แทนของหญิงผู้ที่ตั้งครรรค์แทน และของสามีของหญิงผู้ตั้งครรรค์แทนมีเพียงว่า ต้องการให้หญิงทำการตั้งครรรค์แทนเท่านั้น ไม่มีเจตนาจะให้หญิงอุปการะ เลี้ยงดูเด็กหลังจากคลอด การพิจารณาความพร้อมของหญิงที่ตั้งครรรค์แทน จึงมีเพียงมิติด้านสรีระ สุขภาพ และร่างกาย แต่เมื่อหญิงที่ตั้งครรรค์แทนต้องเป็นผู้ปกครองเด็กที่คลอดออกมา เพราะบทบัญญัติของกฎหมาย จึงกลายเป็นหน้าที่ ความรับผิดชอบ และภาระในการเลี้ยงดูเด็กทั้งที่ไม่ได้เตรียมการ เตรียมทรัพยากร และเงินสำหรับใช้จ่ายในการเลี้ยงดูเด็กไว้ และหากมีกรณีครอบครัวของหญิงผู้ตั้งครรรค์แทน อาจมีสมาชิกหลายคน มีสมาชิกที่เป็นเด็ก หรือมีสมาชิกที่มีพฤติกรรมเสี่ยงต่อการมีคุณภาพชีวิตที่ดีของเด็ก หรือครอบครัวของหญิงผู้ตั้งครรรค์แทนมิได้ให้ความสำคัญต่อการศึกษา หรือไม่มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับพัฒนาการของเด็กแล้วนั้น ปัจจัยเหล่านี้ล้วนส่งผลให้เด็กตกอยู่ในสภาวะเสี่ยงต่อการมีพัฒนาการที่ดี การอยู่รอดปลอดภัย และพ้นจากภัยอันตรายต่าง ๆ ตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก กลายเป็นว่า บทบัญญัติในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ พ.ศ. 2558 ส่งผลให้เด็กไม่ได้รับความคุ้มครองสิทธิเด็กและไม่ได้รับประโยชน์สูงสุดตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย กลับเป็น บทบัญญัติที่ส่งผลให้เด็กตกอยู่ในสภาวะเสี่ยงหรือได้รับผลร้ายจากการทำหน้าที่ผู้ปกครองโดยบุคคลที่ไม่มีความพร้อมหรือไม่เหมาะสม

กล่าวโดยสรุป มาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ พ.ศ. 2558 เป็นบทบัญญัติที่ส่งผลให้หญิงอื่นเป็นผู้ปกครองเด็กในกรณีคู่สมรสผู้ประสงค์

ให้มีการตั้งครรภ์แทนเสียชีวิตไปก่อนเด็กเกิด เป็นการกระทบต่อสิทธิเด็กต่างจากการวางหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ที่วางหลักเจตนาเป็นหนึ่งในหลักการกำหนดผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้ ซึ่งเป็นการคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดอันจะเกิดต่อเด็กได้ดีกว่า

#### 5.2.2.2 กรณีคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่ปรากฏตัวหลังเด็กเกิด

สำหรับประเด็นเรื่องบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ส่งผลให้เกิดอุปสรรคในการกำหนดผู้ปกครองในกรณีใช้หญิงอื่นในการตั้งครรภ์แทนในกรณีคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่ปรากฏตัวหลังเด็กเกิด อันกระทบต่อสิทธิเด็กและหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก หรือไม่ อยู่นั้น

จากการศึกษาพบว่า ในการกำหนดผู้ปกครองเมื่อไม่มีคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่มาปรากฏตัวหลังเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นตลอด มีความแตกต่างกันจากกรณีคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเสียชีวิตไปก่อน กล่าวคือ ในพระราชบัญญัติฯ กำหนดสิทธิหน้าที่ความรับผิดชอบในการเป็นผู้ปกครองไว้ในกรณีที่คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเสียชีวิตไปก่อนเด็กเกิดเท่านั้น โดยมีการกำหนดไว้ในหมวด 4 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ พ.ศ. 2558 ความเป็นบิดา มารดาของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งทั้งหมดนั้นไม่มีกรณีรวมถึงการไม่ปรากฏตัวสูญหายหรือไม่สามารถติดตามคู่สมรสผู้ประสงค์ให้ตั้งครรภ์แทนได้ไว้ในมาตราใด การไม่กำหนดความชัดเจนของการเป็นผู้ปกครองในกรณีดังกล่าวไว้ส่งผลต่อหน้าที่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนตามที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ พ.ศ. 2558 ว่าเมื่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะไปฝากครรภ์หรือไปคลอดบุตรยังสถานพยาบาลใดให้นำข้อตกลงตามมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันไปแสดงต่อแพทย์ผู้รับฝากครรภ์หรือผู้ที่ทำการคลอด ณ สถานพยาบาลแห่งนั้น เพื่อเป็นหลักฐานในการออกหนังสือรับรองการเกิดและการแจ้งการเกิดของเด็กต่อไป หน้าที่ของหญิงรับตั้งครรภ์แทนอีกประการตามมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน คือหน้าที่ในการแจ้งเกิดของเด็ก ซึ่งกำหนดไว้ในวรรคท้ายของมาตราว่าในกรณีสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิดไม่อยู่ในประเทศไทย หรือไม่ปรากฏตัวภายหลังจากการคลอดเด็กนั้น หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีหน้าที่ในการแจ้งเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนดังกล่าว โดยการแจ้งเกิดของเด็กนั้นให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่ผู้อำนวยการทะเบียนกลางประกาศกำหนดตามกฎหมายว่าด้วยการทะเบียนราษฎรซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่า เมื่อมีคนเกิดต้องแจ้งชื่อคนเกิดให้ถูกต้องตามหลักการตั้งชื่อบุคคล พร้อมกับการแจ้งเกิด โดยเอกสารที่ต้องใช้คือสำเนาทะเบียนบ้าน บัตรประชาชนของผู้แจ้งและหนังสือรับรองการเกิดจากโรงพยาบาล เมื่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนทำหน้าที่ดังกล่าวประเด็นปัญหาที่ตั้งไว้จากเหตุของการไม่ปรากฏตัวของบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน หญิง

ที่รับตั้งครรภ์แทนไม่มีหน้าที่ในการรับอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนและไม่มีสิทธิใด ๆ ระหว่างกันคงมีแต่หน้าที่ที่ต้องกระทำตามที่กำหนดไว้ตามพระราชบัญญัติฯ กล่าวคือหน้าที่ในการตั้งครรภ์แทน และแจ้งเกิดเด็กในกรณีตามที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 31 และ 32 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ พ.ศ. 2558 เท่านั้นซึ่งแตกต่างกันกับเหตุของการเสียชีวิตที่กำหนดให้หญิงที่ตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองแทนไปจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่

กรณีเกิดเหตุคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่ปรากฏตัว ในสหรัฐอเมริกา นั้นเหตุเกิดจากสถานการณ์โควิด ที่คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่สามารถมารับตัวเด็กได้เนื่องจากมาตรการห้ามการเดินทางระหว่างประเทศ<sup>165</sup> ส่งผลให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ซึ่งไม่มีความพร้อมทางเศรษฐกิจและสภาพครอบครัวที่จะรับอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้ส่งผลให้เด็กไม่มีผู้ปกครองที่มีความพร้อมในการเลี้ยงดูผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายเรื่องของการตั้งครรภ์แทน จึงได้เสนอให้มีการวางหลัก ให้มีการกำหนดผู้ดูแลเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นการชั่วคราวในสัญญาการรับตั้งครรภ์แทน<sup>166</sup> เพื่อลดปัญหาการบังคับให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนรับหน้าที่ในการดูแลเด็กระหว่างที่คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่ปรากฏตัวภายหลังเด็กเกิด<sup>167</sup>

เมื่อนำ Verona Principle มาพิจารณา พบว่า ได้มีการวางหลักไว้ในหลักการที่ 10 ว่าด้วยความรับผิดชอบของผู้ปกครองและความเป็นบิดา มารดา โดยมีการวางหลักการในเรื่องของการกำหนดผู้ปกครองครอบคลุมไปถึงการส่งมอบสิทธิปกครองตามกฎหมาย ในกรณีคู่สมรสไม่พร้อม รวมไปถึงในกรณีที่ผู้ปกครองโดยชอบอยู่ในระหว่างกรณีพิพาทเพื่อให้เด็กได้รับการปกครองจากผู้ปกครองที่มีความพร้อมตามหลักประโยชน์สูงสุดอันจะเกิดต่อเด็กเป็นสำคัญ

ผลที่ตกแก่เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนจากกรณีการไม่ปรากฏตัวของคู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนร้ายแรงกว่ากรณีการเสียชีวิตของคู่สมรส เนื่องจาก พระราชบัญญัติคุ้มครอง

<sup>165</sup> Sirin Kale, "Surrogacy: New Parents Stuck in the US Amid COVID-19 Shutdown," *The Guardian* (26 March 2020), Retrieved January 20, 2020 from <https://www.theguardian.com/world/2020/mar/26/surrogacy-new-parents-stuck-in-us-amid-covid-19-shutdown>

<sup>166</sup> Susan L. Crockin, Interview with Margaret Swain and Nidhi Desai, ART Attorneys, *COVID-19, Surrogacy, and Unplanned Childcare: Why the Commercial Surrogacy Industry Needs New Contractual Provisions After the Pandemic* (2020): para. 5, Retrieved January 20, 2020 from <https://www.law.georgetown.edu/gender-journal/covid-19-surrogacy-and-unplanned-childcare-why-the-commercial-surrogacy-industry-needs-new-contractual-provisions-after-the-pandemic/>

<sup>167</sup> *Ibid.*

เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ พ.ศ. 2558 ไม่มีบทบัญญัติไว้เพื่อบังคับใช้กับกรณีซึ่งมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติฯ ก็มีได้บัญญัติครอบคลุมไว้ถึงกรณีนี้ จึงไม่อาจนำมาปรับใช้ได้ ส่งผลให้ไม่มีบุคคลใดมีหน้าที่เป็นผู้ปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนี้ หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนตัดสินใจจะอุปการะเลี้ยงดู ก็จะส่งผลให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีภาระต้องอุปการะเลี้ยงดูเด็กอย่างต่อเนื่องและไม่มีกำหนด ทั้งที่ตนเองไม่มีสิทธิและหน้าที่ใด ๆ ทั้งกฎหมายยังไม่เปิดช่องให้หญิงไปร้องขอให้ศาลตั้งผู้ปกครองใหม่ดังเช่นกรณีการเสียชีวิตของบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของ ส่งผลให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนมีบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายที่ไม่ปรากฏตัวและติดตามไม่พบนั้น ต้องอยู่ในการอุปการะเลี้ยงดูของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนที่ไม่ได้มีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดู จึงเป็นภาวะที่เด็กไม่มีหลักประกันว่าจะได้รับการอุปการะเลี้ยงดู ไม่ได้ได้รับความคุ้มครองสิทธิในการได้รับการเลี้ยงดูและสิทธิในการได้รับการพัฒนาเนื่องด้วยเมื่อหญิงผู้ตั้งครรภ์แทนไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องเลี้ยงดูเด็ก การทอดทิ้ง ปล่อยปละ ละเลยการอุปการะเลี้ยงดูล้วนไม่เป็นการอันขัดต่อกฎหมายตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ พ.ศ. 2558 และ /หรือ ประมวลกฎหมายแพ่ง ลักษณะครอบครัวและมรดก เพราะหญิงนั้นหาใช่มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่ตนได้ตั้งครรภ์และคลอดออกมาแต่อย่างใดไม่ หรือหากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนตัดสินใจไม่รับอุปการะเลี้ยงดูเนื่องจากมิได้มีหน้าที่แล้ว เด็กย่อมตกอยู่ในสถานะของเด็กกำพร้า อันเป็นผลจากบทบัญญัติของกฎหมายที่ไม่ครอบคลุมเพียงพอ

กล่าวโดยสรุป มาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ พ.ศ. 2558 เป็นบทบัญญัติที่ส่งผลให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไม่มีผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่ปรากฏตัวหลังเด็กเกิด อันเป็นการกระทบต่อสิทธิเด็กอันเป็นปัญหาที่เริ่มก่อตัวไปในหลายประเทศสาเหตุหนึ่งมาจากสถานการณ์โควิดที่ลุกลามไปทั่วโลก ดังนั้นเพื่อให้ประเทศไทยมีกฎหมายซึ่งบัญญัติให้ครอบคลุมถึงสภาพปัญหาที่คาดการณ์ได้ว่าจะต้องเกิดขึ้น รวมถึงเป็นการคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้ได้รับสิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครองจากผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายอันเป็นไปตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กจึงควรมีการปรับปรุงกฎหมายให้เหมาะสมตามสถานการณ์ปัจจุบัน

### 5.2.3 ปัญหาการห้ามปฏิเสธเด็กในทุกกรณีซึ่งขัดต่อหลักประโยชน์สูงสุดต่อเด็ก

ประเด็นเรื่อง บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 การวางหลักการห้ามปฏิเสธเด็กในทุกกรณี เป็นการขัดต่อหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก หรือไม่ อย่างไรนั้น

จากการศึกษาพบว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 บัญญัติการใช้อำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้แก่คู่สามี ภรรยา

ผู้ประสงคืให้มีการตั้งครรรค์แทนเป็นบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กและให้เป็นผู้ใช้อำนาจปกครอง และกำหนดห้ามการปฏิเสธไม่รับเด็กไว้ในอุปการะในทุกกรณี ซึ่งแม้หากเกิดกรณีที่ไม่พึงประสงค์กับตัวเด็กหลังจากที่เด็กคลอด สามี ภรรยาผู้ประสงคืให้มีการตั้งครรรค์มีความจำเป็นต้องรับผิดชอบต่อเด็ก แม้จะไม่ปรารถนาก็ตามซึ่งหากเป็นในกรณีดังกล่าวก็จะเป็นการขัดกับหลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก เนื่องด้วยต้องอยู่ภายใต้การอุปการะเลี้ยงดูโดยบุคคลที่ไม่ประสงคืจะเลี้ยงดูเด็กแต่ต้องรับภาระด้วยกฎหมายบังคับ ผู้ที่จะมีสิทธิในการปกครอง เป็นผู้ปกครองมีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กอันจะก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อเด็กนั้น อาจจะไม่ใช่บิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเสมอไป ดังเช่นกรณีการตั้งผู้ใช้อำนาจปกครองของเด็กจากบุคคลที่สามโดยการพิจารณาถึงหลักประโยชน์สูงสุดอันจะเกิดกับเด็กเป็นสำคัญ ลักษณะเช่นเดียวกับการพิจารณาของศาลในประเทศอังกฤษ<sup>168</sup> ที่มีการพิจารณาถึงบุคคลที่มีความใกล้ชิดและมีความพร้อมประกอบกับมีความประสงค์ที่จะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรค์แทนหากมีกรณีทั้งสองฝ่ายตามสัญญาับตั้งครรรค์แทนไม่ประสงคืที่จะรับเด็กไว้ในอำนาจปกครองของตนใน การพิจารณาถึงอำนาจปกครองเด็กซึ่งต้องคำนึงถึงสวัสดิภาพของเด็กเป็นสำคัญการมอบเด็กไว้กับบิดา มารดา แม้จะเป็นบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายแต่ก็เป็นบิดา มารดาซึ่งไม่ประสงคืจะรับเด็กไว้ในอำนาจปกครองของตน จึงไม่อาจถือได้ว่าการกระทำเช่นนั้นจะก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรค์แทนได้ ศาลจึงได้พิจารณาในการตั้งบุคคลที่สามขึ้นมาเพื่อให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็ก โดยตามมาตรา 33 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ห้ามไม่ให้คู่สมรสที่ประสงคืให้มีการตั้งครรรค์แทนปฏิเสธการรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรค์แทน โดยเป็นบทบัญญัติที่ไม่มีข้อยกเว้น จึงต้องใช้บังคับกับทุกกรณี ในประเด็นนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าหากมีความผิดปกติเกิดขึ้น ไม่ว่าจะบนเงื่อนไขใดหากไม่ขัดต่อกฎหมายและความสงบแล้วนั้นเมื่อเด็กคลอดออกมาแล้วไม่ตรงกับความประสงค์ หรือมีจำนวนมากเกินความสามารถของคู่สมรสผู้ประสงคืให้มีการตั้งครรรค์แทนจะสามารถเลี้ยงดูได้อย่างมีประสิทธิภาพหรือแม้กระทั่งศักยภาพในการเลี้ยงดูเด็กของคู่สมรสผู้ประสงคืให้มีการตั้งครรรค์แทนที่เปลี่ยนแปลงไปจากการได้รับผลกระทบทางเศรษฐกิจ จนกระทบต่อความมั่นคงทางการเงิน การตัดสินใจไม่ให้ปฏิเสธเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรค์แทนนั้นอาจขัดกับหลักประโยชน์สูงสุดอันจะเกิดต่อเด็กได้ กรณีของนางเจสสิกา เอลเลน หญิงรับตั้งครรรค์แทนชาวอเมริกันที่ตั้งครรรค์บุตรของตนเองไปพร้อมกับการตั้งครรรค์เด็กที่รับตั้งครรรค์แทน อันเป็นเหตุให้บุตรของนางเอลเลน ตกเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สมรสผู้ประสงคืให้มีการตั้งครรรค์แทนหากกรณีเช่นนี้เกิดขึ้นภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 เด็กที่เกิดย่อมตกเป็นบุตรของคู่สมรสผู้ประสงคืให้มีการตั้งครรรค์แทนเช่นเดียวกับกรณีที่เคยเกิดขึ้นกับนางเอลเลน ซึ่งในขณะนั้นทั้งสองฝ่ายไม่ได้อยู่ประเทศเดียวกัน แม้จะมีการพิสูจน์โดยชัดเจนแล้วว่าหนึ่งในเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรค์

<sup>168</sup> Ian Kennedy, and Andrew Grubb, *op. cit.*, p. 859.

แทนนั้นเป็นบุตรของนางเอลเลนโดยแท้จริง แต่เนื่องด้วยกระบวนการที่จำเป็นทางกฎหมายที่ต้องส่งมอบเด็กอันถือเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตนให้บุคคลอื่นประกอบกับกรณีนี้มีกระบวนการฟ้องร้องในประเด็นเรื่องการชำระเงินเข้ามาเกี่ยวข้อง จนในที่สุดนางเอลเลนเข้ารับบุตรของตนผ่านกระบวนการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม<sup>169</sup> การห้ามปฏิเสธการรับเด็กที่เกิดจากตั้งครรภ์แทนในทัศนะของผู้เขียนอาจเป็นการกระทบต่อหลักประโยชน์สูงสุดอันจะเกิดต่อเด็กได้ในบางกรณี การเปิดช่องให้กระบวนการยุติธรรมหรือหน่วยงานที่มีอำนาจอื่นเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดต่อเด็กเป็นที่ตั้ง น่าจะเป็นการเหมาะสมมากกว่าการตัดสิทธิในการได้รับการเลี้ยงดูจากบุคคลอื่นที่มีความใกล้ชิดและมีความประสงค์ ประกอบกับมีความพร้อมในการเลี้ยงดูเด็กได้มากกว่าในการเป็นผู้ปกครองของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

อันเป็นการสอดคล้องกับ Verona Principle หลักการที่ 10 หลักความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายและความรับผิดชอบของผู้ปกครอง (Legal Parentage and Parental Responsibility) ข้อย่อยที่ 7 ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้ศาลหรือหน่วยงานที่มีอำนาจอื่น ๆ ภายในประเทศสามารถเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินการได้อย่างเร่งด่วน โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากมีกรณีพิพาทระหว่างหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนกับคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่มีความสามารถหรือไม่มีความประสงค์ ไม่เต็มใจที่จะดูแลเด็ก ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อความเป็นอยู่ที่อยู่ต่อเด็กต่อไปในอนาคต ทั้งนี้ศักยภาพในการเลี้ยงดูของคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนอาจเปลี่ยนแปลงไปอย่างกะทันหันเร่งด่วน การมีจำนวนเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่มากเกินไปเกินความประสงค์หรือมากเกินไปเกินศักยภาพของคนที่เลี้ยงดูเด็กได้ การเปิดช่องให้กระบวนการยุติธรรมเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาเพื่อป้องกันการกระทำอันมิชอบต่อเด็ก ไม่ว่าจะเป็นการซื้อ ขาย การค้ามนุษย์ การแลกเปลี่ยน การแสวงหาผลประโยชน์อื่นใดหรือการกระทำที่ผิดกฎหมายอื่น ประกอบกับ Verona Principle หลักการข้อที่ 6 ว่าด้วยหลักประโยชน์สูงสุดต่อเด็ก ได้วางหลักเจตนาเพื่อประกอบการพิจารณากำหนดผู้ปกครองเพื่อให้เด็กจะได้รับการปกครองจากผู้ปกครองที่เหมาะสมตามหลักประโยชน์อันสูงสุดอันจะเกิดต่อเด็กเป็นสำคัญ

สำหรับประเด็นการปฏิเสธเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้น ในประเทศอังกฤษ วางหลักไว้โดยให้สามารถมีบุคคลที่มีความใกล้ชิดกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเข้ามาเป็นผู้ปกครองของเด็กได้โดยคำนึงถึงประโยชน์อันสูงสุดต่อเด็กเป็นสำคัญ ประกอบหลักการแสดง

---

<sup>169</sup> Ryan Parry, Neil Blincow “EXCLUSIVE: Surrogate Mom Who Became Pregnant with Her Biological Son While Carrying the Child of Another Couple Sues Agency for 'Human Trafficking' After She Was Forced to Pay Thousands to Get Him Back,” **MailOnline** (20 August 2018) Retrieved June 28, 2021 from <https://www.dailymail.co.uk/news/article-6071199/Surrogate-fight-win-son-sues-agency-child-abduction.html>

เจตนาในการตั้งครรภ์แทนเพื่อประสงค์จะมีเด็ก (An Intent-Based Standard) ประกอบพิจารณาการกำหนดบุคคลผู้ที่จะเป็นผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกับสหรัฐอเมริกา โดยมุ่งประสงค์ให้เด็กได้รับการเลี้ยงดูจากผู้ปกครองที่มีความประสงค์ในตัวเด็กเพื่อให้เด็กได้รับการเลี้ยงดูที่เหมาะสมอันจะก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อเด็กเป็นสำคัญ

นอกจากเหตุความไม่สมบูรณ์ หรือความผิดเพี้ยนของลักษณะเด็กไปจากธรรมชาติตามหลักพันธุกรรม เช่น เด็กมีรูปลักษณ์ไม่ตรงกับลักษณะทางพันธุกรรมของบิดามารดาทางพันธุกรรมแล้ว การเปลี่ยนแปลงไปอย่างร้ายแรงในสภาพความเป็นอยู่ สภาพร่างกาย หรือสถานะของคู่สมรส ผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนอาจเป็นเหตุใช้เป็นปัจจัยประกอบการพิจารณาปฏิเสธเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์ได้ เช่น คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนกลายเป็นผู้พิการสาหัส เป็นผู้ป่วยติดเตียง ตกเป็นบุคคลล้มละลาย สิ้นเนื้อประดาตัว ต้องโทษจำคุก หรือกลายเป็นคู่หย่าร้าง บุคคลที่มีความประสงค์ที่จะอุปการะดูแลเด็กไม่มีความสัมพันธ์กับเด็ก เป็นต้น เหตุเหล่านี้เป็นลักษณะของเหตุร้ายแรงที่ย่อมกระทบต่อความเป็นอยู่และประโยชน์สูงสุดของเด็กหากเด็กต้องไปอยู่ในปกครอง หรือต้องได้รับการอุปการะเลี้ยงดู ต้องพึ่งพิงคู่สมรสที่ตามสภาพไม่สามารถดูแลแม้กระทั่งตนเองได้ การที่กฎหมายบังคับให้คู่สมรสที่ไม่มีศักยภาพ ไม่มีความสามารถ หรือไม่เหมาะสมจะอุปการะเลี้ยงดูเด็กห้ามปฏิเสธรับเด็กโดยไม่มีข้อยกเว้น ไม่มีทางเลือก มีลักษณะเป็นบทบังคับเด็ดขาด อาจส่งผลให้เด็กตกอยู่ในความเสี่ยงอย่างยิ่งต่อความอยู่รอด ต่อการได้รับการปกป้องคุ้มครอง และการได้รับการพัฒนา พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ พ.ศ. 2558 ที่มุ่งคุ้มครองสิทธิเด็ก ซึ่งมีบทบัญญัติที่ไม่รัดกุมเพียงพออาจกลับส่งผลให้เด็กไม่ได้รับความคุ้มครองตามหลักสิทธิเด็กและส่งผลให้เด็กไม่ได้รับประโยชน์สูงสุด ดังเช่นในกรณีที่เกิดขึ้นจากสถานการณ์การตั้งครรภ์แทนในช่วงเวลาที่มีการระบาดของเชื้อไวรัสโควิด-19

กล่าวโดยสรุป มาตรา 33 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ พ.ศ. 2558 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดห้ามมิให้คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน ปฏิเสธการรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ต่างจากการวางกฎหมายของประเทศอังกฤษ และสหรัฐอเมริกา ที่วางหลักให้มีการใช้หลักเจตนา ร่วมในการพิจารณาการตั้งผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการที่จะคุ้มครองสิทธิเด็กได้ดีกว่า

ตารางที่ 5.1 สรุปเปรียบเทียบสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครุฑแทนตามกฎหมายต่างประเทศกับกฎหมายในประเทศไทย

ประเทศ	สถานะทางกฎหมายของการรับตั้งครุฑแทน	สถานะการสมรส	คำตอบแทน	แบบของสัญญารับตั้งครุฑแทน	ผลของสัญญารับตั้งครุฑแทน	สิทธิเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก			
						สิทธิในการอยู่รอด	สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง	สิทธิในการได้รับการพัฒนา	สิทธิในการมีส่วนร่วม
อังกฤษ	สามารถกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย	ผู้ประสงค์ให้มี การตั้งครุฑแทน ต้องมี การสมรส กันโดยชอบด้วย กฎหมาย	ห้ามไม่ให้มีการดำเนินการ โดยคนกลางและห้ามการ ดำเนินการในลักษณะเชิง พาณิชย์ แต่หากเป็นการ จ่ายค่าตอบแทนตรงแก่ หญิงที่รับตั้งครุฑแทนแม้ จะเป็นการจ่ายเงินในเชิง พาณิชย์สามารถกระทำได้	ไม่มีการกำหนด แบบของสัญญา รับตั้งครุฑแทน ไว้เป็นการเฉพาะ	ไม่มีผลบังคับทางกฎหมาย เด็กที่เกิดมาถือเป็นบุตร โดยชอบด้วยกฎหมายของ หญิงที่ รับตั้งครุฑแทน คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการ ตั้งครุฑแทนต้องยื่นคำ ร้องต่อศาลให้มีคำสั่งให้ เด็กที่เกิดเป็นบุตรโดยชอบ ของตน	หญิงผู้ให้กำเนิดเป็นมารดา โดยชอบด้วยกฎหมายส่วนของ มารดาความเป็นบิดาจะดูที่การสมรส ของหญิงที่ตั้งครุฑแทนและ ความยินยอมคู่สมรสผู้ประสงค์ ให้มีการตั้งครุฑแทนยื่นคำ ร้องให้ศาลพิจารณาถึงความ เหมาะสมในการเป็นบิดามารดา โดยชอบด้วยกฎหมาย	ศาลเป็นผู้ตัดสินบุคคล ซึ่งจะมาเป็นบิดา มารดา ผู้ปกครองของเด็กกรวม ไปถึงผู้ที่จะมีหน้าที่ใน การอุปการะเลี้ยงดูเด็ก ในกรณีมีข้อพิพาทโดย ยึดหลักประโยชน์อัน สูงสุดต่อเด็ก	ศาลเป็นผู้ตัดสินบุคคล ซึ่งจะมาเป็น บิดา มารดา ผู้ปกครองของ เด็กกรวมไปถึงผู้ที่จะมี หน้าที่ในการอุปการะ เลี้ยงดูเด็กในกรณีมี ข้อพิพาทโดยยึดหลัก ประโยชน์อันสูงสุดต่อ เด็ก	เด็กมีสิทธิในการ เข้าถึงข้อมูลของ หญิงซึ่งรับตั้ง ครุฑแทน
ฝรั่งเศส	มีกฎหมายห้ามการรับตั้งครุฑแทนโดยเด็ดขาดมีบทลงโทษทางอาญาสำหรับผู้รับตั้งครุฑแทนเป็นโมฆะเนื่องจากการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยโดยตีความว่าการตั้งครุฑแทนนั้นเป็นการซื้อขายเด็ก	-	-	-	หญิงที่รับตั้งครุฑแทน เป็นมารดาของเด็ก	หญิงผู้ให้กำเนิดเป็นมารดา โดยชอบด้วยกฎหมายส่วนของ มารดาความเป็นบิดาจะดูที่การสมรส ของหญิงแต่หากเป็นการใช้ อสุจิของชายผู้ประสงค์ให้มี การตั้งครุฑแทนชายนั้นเป็น บิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย คู่สมรสของผู้ประสงค์ให้มีการ ตั้งครุฑแทน ขอยื่นขอรับเด็ก เป็นบุตรบุญธรรม	ขึ้นกับสิทธิของผู้ปกครอง ในการอุปการะเลี้ยงดู เด็กแต่สิทธิที่ได้จากถูก ได้แย้งได้ เนื่องจากการ ตั้งครุฑแทนเป็นการ กระทำที่ขัดต่อกฎหมาย ภายในประเทศ	ขึ้นกับสิทธิของ ผู้ปกครองในการ อุปการะเลี้ยงดูเด็กแต่ สิทธิที่ได้จากถูกได้แย้ง ได้เนื่องจากการตั้งครุฑ แทนเป็นการกระทำที่ ขัดต่อกฎหมาย ภายในประเทศ	สิทธิที่ได้จากถูก ได้แย้งได้ เนื่องจากการ ตั้งครุฑแทนเป็น การกระทำที่ขัด ต่อกฎหมาย ภายในประเทศ

ตารางที่ 5.1 (ต่อ)

ประเทศ	สถานะทางกฎหมายของการรับตั้งครุฑแทน	สถานะการสมรส	คำตอบแทน	แบบของสัญญารับตั้งครุฑแทน	ผลของสัญญารับตั้งครุฑแทน	สิทธิเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก			
						สิทธิในการอยู่รอด	สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง	สิทธิในการได้รับการพัฒนา	สิทธิในการมีส่วนร่วม
สหรัฐอเมริกามลรัฐเวอร์จิเนีย	สามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย	ผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครุฑแทนต้องมีการสมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมาย	ห้ามการให้คำตอบแทนในเชิงพาณิชย์	ต้องทำเป็นหนังสือและต้องได้รับความเห็นชอบจากศาลก่อนมีการตั้งครุฑแทนโดยมีการกำหนดให้จ่ายค่าบริการทางการแพทย์และค่าใช้จ่ายอื่น ๆ	สัญญารับตั้งครุฑแทนได้รับการเห็นชอบจากศาล เด็กถือเป็นบุตรโดยชอบของคู่สมรส ผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครุฑแทน	คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครุฑแทนเป็นบิดา มารดา โดยชอบด้วยกฎหมายโดยต้องผ่านการตรวจสอบความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม	ยึดถือตามสัญญารับตั้งครุฑแทนขั้นกับสิทธิของผู้ปกครองในการอุปการะเลี้ยงดูเด็ก	ยึดถือตามสัญญารับตั้งครุฑแทนขั้นกับสิทธิของผู้ปกครองในการอุปการะเลี้ยงดูเด็ก	ยึดถือตามสัญญารับตั้งครุฑแทนขั้นกับสิทธิของผู้ปกครองในการอุปการะเลี้ยงดูเด็ก
						ความเป็นบิดา มารดาสามารถเปลี่ยนแปลงได้ขึ้นกับความสัมพันธ์ที่ต้องได้รับการพิสูจน์และการสละสิทธิการเป็นมารดา			
สหรัฐนิวแฮมป์เชอร์	สามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย	ผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครุฑแทนต้องมีการสมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมาย	ห้ามการให้คำตอบแทนในเชิงพาณิชย์	ต้องทำเป็นหนังสือและต้องได้รับความเห็นชอบจากศาลก่อนมีการตั้งครุฑแทนโดยมีการกำหนดให้จ่ายค่าบริการทางการแพทย์และค่าใช้จ่ายอื่น ๆ	ผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครุฑแทน เป็นบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก และยังคงให้สิทธิแก่หญิงที่รับตั้งครุฑแทนในการบอกเลิกสัญญาได้	ยึดถือตามสัญญารับตั้งครุฑแทนขั้นกับสิทธิของผู้ปกครองในการอุปการะเลี้ยงดูเด็ก	ยึดถือตามสัญญารับตั้งครุฑแทนขั้นกับสิทธิของผู้ปกครองในการอุปการะเลี้ยงดูเด็ก	ยึดถือตามสัญญารับตั้งครุฑแทนขั้นกับสิทธิของผู้ปกครองในการอุปการะเลี้ยงดูเด็ก	ยึดถือตามสัญญารับตั้งครุฑแทนขั้นกับสิทธิของผู้ปกครองในการอุปการะเลี้ยงดูเด็ก

สหรัฐอเมริกา

ตารางที่ 5.1 (ต่อ)

ประเทศ	สถานะทางกฎหมายของการรับตั้งครรรภ์แทน	สถานะการสมรส	คำตอบแทน	แบบของสัญญาารับตั้งครรรภ์แทน	ผลของสัญญาารับตั้งครรรภ์แทน	สิทธิเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก			
						สิทธิในการ	สิทธิในการได้รับการ	สิทธิในการได้รับการ	สิทธิในการมี
						อยู่รอด	ปกป้องคุ้มครอง	พัฒนา	ส่วนร่วม
สหรัฐ พอลิธา	สามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย	ผู้ประสงค์ให้มี การตั้งครรรภ์แทน ไม่จำต้องมี การสมรสกันโดยชอบ ด้วยกฎหมาย	ห้ามการให้ค่าตอบแทนในเชิงพาณิชย์	ต้องทำเป็นหนังสือและต้องได้รับความเห็นชอบจากศาลก่อนมีการตั้งครรรภ์แทน โดยมี การกำหนดให้จ่ายค่า บริการทางการแพทย์ และค่าใช้จ่ายจำเป็น อื่น ๆ	คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มี การตั้งครรรภ์แทนเป็น บิดา มารดาของเด็กแต่ หากไม่มีคนใดคนหนึ่ง มีความสัมพันธ์ทาง พันธุกรรมกับเด็กเลย จะถือว่าหญิงที่รับ ตั้งครรรภ์แทนเป็น มารดาของเด็ก	ยึดถือตามสัญญาารับ ตั้งครรรภ์แทนขึ้นกับ สิทธิของผู้ปกครองในการ อุปการะเลี้ยงดูเด็ก พิจารณาความสัมพันธ์ ทางพันธุกรรมกับเด็ก เป็นสำคัญให้สิทธิหญิง ผู้รับตั้งครรรภ์แทนในการ แสดงเจตนาเพื่อรับเด็ก ในครรรภ์เป็นบุตร	ยึดถือตามสัญญาารับ ตั้งครรรภ์แทนขึ้นกับ สิทธิของผู้ปกครองในการ อุปการะเลี้ยงดู เด็ก พิจารณาความสัมพันธ์ ทางพันธุกรรมกับเด็ก เป็นสำคัญให้สิทธิหญิง ผู้รับตั้งครรรภ์แทนในการ แสดงเจตนาเพื่อรับเด็ก ในครรรภ์เป็นบุตร	ยึดถือตามสัญญาารับ ตั้งครรรภ์แทนขึ้นกับ สิทธิของผู้ปกครองใน การอุปการะเลี้ยงดูเด็ก พิจารณาความสัมพันธ์ ทางพันธุกรรมกับเด็ก เป็นสำคัญให้สิทธิหญิง ผู้รับตั้งครรรภ์แทนใน การแสดงเจตนาเพื่อรับ เด็กในครรรภ์เป็นบุตร	ยึดถือตามสัญญาารับ ตั้งครรรภ์แทนขึ้นกับ สิทธิของผู้ปกครองใน การอุปการะเลี้ยงดูเด็ก พิจารณาความสัมพันธ์ ทางพันธุกรรมกับเด็ก เป็นสำคัญให้สิทธิหญิง ผู้รับตั้งครรรภ์แทนใน การแสดงเจตนาเพื่อรับ เด็กในครรรภ์เป็นบุตร
	สหรัฐ แคลิฟอร์เนีย	ยังไม่มีกฎหมาย ลายลักษณ์อักษร แต่จากคำพิพากษา เห็นว่าการรับตั้งครรรภ์แทนเป็นการกระทำที่ ไม่ขัดต่อความสงบ เรียบร้อยและศีลธรรม อันดีของประชาชน	ไม่กำหนด	ไม่กำหนด	มีการกำหนดให้ ผู้ประสงค์ที่จะให้ มีการตั้งครรรภ์แทน ต้องแสดงความ ยินยอมในการรับ บริจาคอสุจิ/ไข่ เป็นลายลักษณ์ อักษร	ไม่มีวัตถุประสงค์ต่อ ความสงบเรียบร้อยและ ศีลธรรมอันดีของ ประชาชนสัญญาามีผล บังคับตามกฎหมาย	ความเป็นบิดา มารดา โดยชอบขึ้นกับการ พิสูจน์ทั้งจากการให้ กำเนิดความสัมพันธ์ทาง พันธุกรรม และการแสดง เจตนาโดยศาลจะเป็น ผู้ตัดสิน	ศาลเป็นผู้ตัดสินบุคคล ซึ่งจะมาเป็นบิดา มารดา ผู้ปกครองของเด็ก รวมไปถึงผู้ที่จะมีหน้าที่ ในการอุปการะ เลี้ยงดูเด็ก	ศาลเป็นผู้ตัดสินบุคคล ซึ่งจะมาเป็นบิดา มารดา ผู้ปกครองของ เด็ก รวมไปถึงผู้ที่จะมี หน้าที่ในการอุปการะ เลี้ยงดูเด็ก

สหรัฐอเมริกา

ตารางที่ 5.1 (ต่อ)

ประเทศ	สถานะทางกฎหมายของการรับตั้งครรภ์แทน	สถานะการสมรส	คำตอบแทน	แบบของสัญญารับตั้งครรภ์แทน	ผลของสัญญารับตั้งครรภ์แทน	สิทธิเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก			
						สิทธิในการอยู่รอด	สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง	สิทธิในการได้รับการพัฒนา	สิทธิในการมีส่วนร่วม
เนเธอร์แลนด์	สามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย	ผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนต้องมีการสมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมาย	ห้ามการให้ค่าตอบแทนในเชิงพาณิชย์	กำหนดให้มีข้อตกลงในเรื่องของค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในการตั้งครรภ์โดยให้คู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์เป็นผู้รับผิดชอบ รวมไปถึงค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง อันอาจเกิดขึ้นได้ในขณะตั้งครรภ์ห้ามไม่ให้มีข้อตกลงที่จะส่งมอบเด็กและไม่สามารถเพิกถอนความประสงค์ในการตั้งครรภ์แทนได้	ไม่มีวัตถุประสงค์ของความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนสัญญาจะมีผลบังคับตามกฎหมาย ค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง อันอาจเกิดขึ้นได้ในขณะตั้งครรภ์ห้ามไม่ให้มีข้อตกลงที่จะส่งมอบเด็กและไม่สามารถเพิกถอนความประสงค์ในการตั้งครรภ์แทนได้	หญิงผู้ให้กำเนิดเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ส่วนของความเป็นบิดาจะดูที่การสมรสของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนและความยินยอมคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนยื่นความประสงค์รับเด็กเป็นบุตรบุตรบุญธรรม	ยึดตามกฎหมายการรับบุตรบุญธรรมไม่มีการกำหนดในเรื่องความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก แต่อยู่บนเงื่อนไขของความสัมพันธ์ในการดำรงชีวิตร่วมกันเป็นเวลา 3 ปีขึ้นไป และต้องได้รับการเลี้ยงดูจากคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนมาไม่ต่ำกว่า 1 ปี	ขึ้นกับสิทธิของผู้ปกครองในการอุปการะเลี้ยงดูเด็ก	กำหนดให้ความเป็นบิดามารดาเป็นไปตามหลักการให้กำเนิดแม่ไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กไม่มีกำหนดในเรื่องของการเข้าถึงข้อมูลของผู้ให้กำเนิด
ไทย	สามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย	ผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนต้องมีการสมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมาย	ห้ามไม่ให้มีการดำเนินการโดยคนกลางและห้ามดำเนินการในลักษณะเชิงพาณิชย์	ไม่มีการกำหนดแบบของสัญญารับตั้งครรภ์แทนไว้เป็นการเฉพาะ	สัญญามีผลบังคับตามกฎหมาย เด็กที่เกิดมาถือเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน	คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน บิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายโดยห้ามไม่ให้มีการปฏิเสธเด็กในทุกกรณี	ขึ้นกับสิทธิของผู้ปกครองในการอุปการะเลี้ยงดูเด็ก	ขึ้นกับสิทธิของผู้ปกครองในการอุปการะเลี้ยงดูเด็ก	ขึ้นกับสิทธิของผู้ปกครองในการอุปการะเลี้ยงดูเด็ก

## บทที่ 6

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

หลังจากที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ประกาศใช้บังคับมาแล้วร่วม 6 ปี กรมสนับสนุนบริการสุขภาพได้ดำเนินการพิจารณาอนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนแล้ว 344 ราย ประเทศไทยถือว่าเป็นหนึ่งในประเทศที่มีความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีทางการแพทย์เป็นอันดับต้น ๆ ของโลก โดยเฉพาะเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ของประเทศไทยได้รับการยอมรับจากนานาชาติ จากการสำรวจเชิงสถิติของกรม สบส.พบว่าในปี พ.ศ. 2562 การให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ สามารถสร้างรายได้ให้ประเทศกว่า 4,500 ล้านบาท ซึ่งที่ผ่านมากรม สบส.เป็นหน่วยงานหลักในการดำเนินงานตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ซึ่งได้บูรณาการความร่วมมือกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อพัฒนาศักยภาพให้กับสถานพยาบาลที่ให้บริการรักษาผู้มีบุตรยากอย่างต่อเนื่อง จนขณะนี้ มีสถานพยาบาลที่ผ่านการรับรองมาตรฐานสามารถให้บริการทางด้านเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ทั้งสิ้น 102 แห่ง ทั้งนี้การมีกฎหมายพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มีบทบาทในการควบคุม กำกับการใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์ให้มีความถูกต้อง เป็นไปตามมาตรฐาน มีการกำหนดสิทธิ และคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีทางการแพทย์ รวมทั้งส่งเสริมให้มีการวิจัยเพื่อพัฒนามาตรฐานการบริการให้ดียิ่งขึ้น แต่อย่างไรก็ตามหากมีการกระทำผิด ก็จะมีบทลงโทษผู้กระทำผิดอย่างชัดเจน ในหมวด 6 เช่น กรณีมีการรับจ้างอุ้มบุญกำหนดบทลงโทษไว้ในมาตรา 48 โดยมีโทษจำคุกไม่เกิน 10 ปี และปรับไม่เกิน 200,000 บาท ในมาตรา 52 กำหนดบทลงโทษสำหรับการซื้อ-ขายอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อน มีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือ ปรับไม่เกิน 60,000 บาท หรือทั้งจำ ทั้งปรับ ในมาตรา 49 กำหนดโทษการเป็นนายหน้าซึ่งช่องทางให้มีการรับตั้งครรภ์แทน มีโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือ ปรับไม่เกิน 100,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ<sup>170</sup> ขณะที่ยังมีหลายกรณีที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ยังควรได้รับการปรับปรุงแก้ไขเพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิแก่เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนมีความครอบคลุมยิ่งขึ้นเป็นหลักประกันสิทธิให้แก่เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์สำหรับกรณีต่าง ๆ ที่ยังไม่มีบทบัญญัติเพื่อใช้บังคับไว้

---

<sup>170</sup> “ปี 62 ไทยโถยรายได้รักษาผู้มีบุตรยากกว่า 4,500 ล้านบาท,” กรุงเทพธุรกิจ (8 ธันวาคม 2563),  
ค้นวันที่ 2 กรกฎาคม 2564 จาก<https://www.bangkokbiznews.com/news/detail/911416>

## 6.1 บทสรุป

จากการศึกษาพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 และกฎหมายว่าด้วยเรื่องการตั้งครรภ์แทนในต่างประเทศครอบคลุมถึง ประเทศอังกฤษ สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกาในมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ เนบราสกา แอริโซนา แคลิฟอร์เนีย และราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์ แล้ว เห็นว่า กฎหมายว่าด้วยเรื่องการตั้งครรภ์แทนเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นสืบเนื่องจากความก้าวหน้าของเทคโนโลยีทางการแพทย์ ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายมีความใหม่หลายเหตุการณ์เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนที่เกิดขึ้นทั้งในและต่างประเทศเกิดขึ้นเป็นครั้งแรก บางกรณีจึงไม่อาจนำบทบัญญัติที่มีอยู่มาใช้บังคับและใช้ในการพิจารณาคดีได้จึงต้องอาศัยการปรับใช้กฎหมายที่มีอยู่ในการพิจารณาระงับประเด็นพิพาท ซึ่งได้มีการนำข้อเท็จจริงแห่งกรณีไปปรับปรุงพัฒนากฎหมายให้มีความครอบคลุมยิ่งขึ้น พิจารณาควบคู่กับสิทธิในการได้รับการพัฒนาในบริบทของประเทศอังกฤษ พบว่า สิทธิ หน้าที่ของบุตรบุญธรรมที่ได้มีการจดทะเบียนถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะมีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของบิดา มารดาบุญธรรม กล่าวคือ มีสิทธิได้รับการอุปการะเลี้ยงดู ส่งเสียให้ได้รับการศึกษา มีสิทธิได้ใช้ชื่อสกุลของบิดา มารดาบุญธรรม และมีสิทธิได้รับมรดกเช่นเดียวกับบุตรชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้บุตรบุญธรรมก็มีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดา มารดาบุญธรรม เช่นเดียวกับบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยสิทธิ หน้าที่ของบิดา มารดาบุญธรรมนั้น คือ บิดา มารดาบุญธรรมมีสิทธิใช้อำนาจปกครองกับบุตรบุญธรรม ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาบุญธรรมกับบุตรบุญธรรมนั้น มีลักษณะคล้ายคลึงกับบิดา มารดาที่บุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย เพราะฉะนั้นบุตรบุญธรรมจึงต้องอยู่ใต้อำนาจปกครองของบิดา มารดาบุญธรรม คือ มีสิทธิกำหนดที่อยู่ของบุตรบุญธรรมทำโทษบุตรบุญธรรมตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอนโดยที่บิดา มารดาบุญธรรมไม่มีสิทธิรับมรดกของบุตรบุญธรรมในฐานะที่เป็นทายาทโดยธรรม แต่สามารถรับมรดกในฐานะเป็นผู้รับพินัยกรรมแทน<sup>171</sup> รวมไปถึงบิดา มารดาบุญธรรมมีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรบุญธรรมทำนองเดียวกับบิดา มารดาซึ่งมีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตรโดยชอบกฎหมาย เห็นได้ว่าสิทธิ หน้าที่ของบุตรที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน กับบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย ตามกฎหมายการรับบุตรบุญธรรมนั้นไม่มีความแตกต่างกันนอกจากเด็กจะได้รับการพัฒนาในฐานะบุตรเช่นเดียวกันแล้ว สิทธิ หน้าที่ของบุตร และการปฏิบัติต่อกันในฐานะ บิดา มารดา และบุตรก็ไม่มีทางเลือกปฏิบัติให้แตกต่างกันออกไป อันเป็นไปตามหลักอิสระในการมีสิทธิเด็ก (Principle 2: The Child as an Independent Right Holder) และสิทธิในการไม่ถูกเลือกปฏิบัติ (Principle 3: The Child's Right to Non-Discrimination) ในหลักการวิโรนา

<sup>171</sup> สถานเอกอัครราชทูต ณ กรุงลอนดอน, การรับบุตรบุญธรรม, คำนวนที่ 12 ตุลาคม 2564 จาก <https://london.thaiembassy.org/th/publicservice-category/การรับบุตรบุญธรรม>

เด็กมีสิทธิในการได้รับทราบข้อมูลดังกล่าวเมื่อมีวุฒิภาวะที่เหมาะสม จึงถือได้ว่าเด็กนั้นมีสิทธิในการมีส่วนร่วมภายใต้หลักประชาธิปไตยอันมีหลักการสนับสนุนคุณค่าของความเป็นมนุษย์มีสิทธิ เสรีภาพ ในการแสดงออกในการแสวงหารับหรือถ่ายทอดข้อมูลเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายอันอาจจะส่งผลต่อคุณค่า ความเป็นมนุษย์ของเด็กได้ หากเป็นประเทศที่การตั้งครรภแทนเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย ภายในประเทศ เมื่อพิจารณาประกอบกับ Verona Principle ในหลักการที่เกี่ยวข้องนั้น พบว่าหลักกฎหมาย ของประเทศอังกฤษนั้นได้วางหลักไว้ให้สอดคล้องกับหลักการให้ความยินยอมของหญิงที่รับตั้งครรภแทน (Principle 7: Consent of Surrogate Mother), หลักความยินยอมของคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ แทน (Principle 8: Consent of Intending Parent(s)), หลักความยินยอมของผู้บริจาค (Principle 9: Consent of Persons Providing Human Reproductive Material) กล่าวคือในรายละเอียดของขั้นตอน ตามกระบวนการตั้งครรภแทนนั้นทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องสามารถเข้าถึงข้อมูลต่าง ๆ ที่มีความถูกต้องและ สามารถเชื่อถือได้ เช่น ข้อมูลทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ข่าวสารทางสังคม ข้อมูล ข่าวสารทางการแพทย์ อันมีผลต่อการตัดสินใจของทุกฝ่ายที่จะร่วมกันในกระบวนการตั้งครรภแทนนั้น ล้วนมีผลกระทบต่อสิทธิ เด็กที่กำลังจะเกิดขึ้นจากกระบวนการตั้งครรภแทนนั้น การให้ความยินยอมของทุกฝ่ายในการเปิดเผยข้อมูล ที่ถูกต้องและมีความจำเป็น มีนัยยะสำคัญอันจะทำให้กระบวนการตั้งครรภแทนนั้นสมประโยชน์อันเป็นไป ตามความต้องการของทุกฝ่าย ย่อมทำให้เด็กที่เกิดมาตาม กระบวนการตั้งครรภแทนเป็นไปตามความ ประสงค์ของทุกฝ่าย นอกจากนี้ในการเข้าถึงข้อมูลต่าง ๆ เหล่านี้ยังส่งผลถึงการติดตามข้อมูล การรับรู้ ข้อเท็จจริงอันมีความสัมพันธ์กับการถือกำเนิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภแทนในอนาคตและเมื่อถึงเวลา ที่เหมาะสมเด็กก็สมควรที่จะได้รับรู้ข้อมูลอันเป็นที่มา เป็นรากเหง้าของตน อันเป็นไปตามหลักกฎหมายที่ ได้วางไว้โดยให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภแทนสามารถเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวได้เมื่อมีอายุครบ 18 ปีบริบูรณ์

สาธารณรัฐฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1983 มีการแต่งตั้งคณะกรรมการ National Ethical Committee for Life Sciences and Health ขึ้นเพื่อทำการศึกษาและวิเคราะห์ประเด็นปัญหาด้านจริยธรรมอัน เกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ ซึ่งคณะกรรมการชุดดังกล่าวก็ได้มีความเห็นต่อประเด็นนี้ว่า การรับตั้งครรภแทนนั้นเปรียบเสมือนการซื้อขายเด็ก รวมไปถึงสัญญาการรับตั้งครรภแทนที่จัดทำระหว่างกันก็ มีวัตถุประสงค์ที่ขัดกับกฎหมายรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมที่ได้วางหลักผลประโยชน์สูงสุดสำหรับเด็กไว้ใน การพิจารณาของศาลในการที่จะพิจารณาอนุญาตให้มีการรับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรมได้หรือไม่ เมื่อเป็น เช่นนี้ กระบวนการที่มีตัวกลางที่ทำหน้าที่ในการช่วยเหลือ จัดการให้มีการรับตั้งครรภแทนเกิดขึ้นไม่ว่า ผู้นั้นจะเป็นแพทย์หรือไม่ก็ตามจะมีความผิดทางอาญาในฐานะความผิดยุยงให้หญิงละทิ้งเด็ก การรับตั้งครรภ แทนจึงถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายในสาธารณรัฐฝรั่งเศสและมีบทลงโทษทางอาญาโดยมีการวาง หลักการ และเงื่อนไข การตั้งครรภแทนจนเมื่อมีกรณีของการตั้งครรภแทนในปี ค.ศ. 1991 โดยมี คำพิพากษาศาลฎีกาในคดีนี้ไว้ว่า (Cour de Cassation) ห้ามมิให้มีการรับตั้งครรภแทนรายละเอียดใน

คำตัดสินระบุให้สัญญาการรับตั้งครรภ์แทนเป็นโมฆะไม่มีผลผูกพันระหว่างคู่สัญญาซึ่งส่งผลให้การยื่นคำขอรับบุตรบุญธรรมของผู้ว่าจ้างที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นได้ถูกปฏิเสธอันเป็นผลสืบเนื่องมาจากสัญญาการรับตั้งครรภ์แทนมีผลเป็นโมฆะ ต่อมาในปี ค.ศ. 1994 จึงได้มีการออกกฎหมายชีวจริยศาสตร์ (Bioethics Law) มีวัตถุประสงค์เพื่อห้ามมิให้มีการรับการตั้งครรภ์แทนในทุกกรณีไม่ว่าจะเป็นในเชิงพาณิชย์หรือไม่ว่าจะมีหรือไม่มีผลประโยชน์ตอบแทนใดๆก็ตาม มีบทกำหนดโทษในทางแพ่งอันส่งผลให้สัญญาการรับตั้งครรภ์แทนไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายให้ถือว่าสัญญาตกเป็นโมฆะ การรับตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยให้ถือว่าการรับการตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นการกระทำผิดต่อหลักการซื้อขายร่างกายมนุษย์ ทั้งยังเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของสังคมการรับตั้งครรภ์แทนยังถือเป็นการดำเนินการที่ก่อให้เกิดผลเสียอันเป็นผลกระทบร้ายแรงต่อรัฐ สถาบันครอบครัว บังเอิญชน ทั้งยังเป็นการละเมิดหลักการสำคัญ 2 ประการคือ หลักการไม่ล่วงละเมิด ต่อร่างกายมนุษย์ (Indisponibilit e Du Corps Humain) และหลักการไม่ล่วงละเมิดต่อสถานะของการเป็นบุคคล (Indisponibilit e De L'etat Des Personnes) โดยเสรีภาพของบุคคลในการทำสัญญาระหว่างกันนั้นต้องคำนึงถึงหลักการเคารพศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์เนื่องจากสัญญาการตั้งครรภ์นั้นเป็นการดำเนินการใด ๆ ต่อเด็กในลักษณะที่เด็กนั้นถือเสมือนเป็นทรัพย์สินอันหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น เป็นเพียงผู้ให้บริการรับตั้งครรภ์แทนไม่มีความผูกพันใดกับทารกในครรภ์ของหญิงซึ่งอาจจะส่งผลไปถึงตัวเด็กที่ไม่ได้เกิดมาโดยวิธีทางธรรมชาติ อาจจะส่งผลให้เกิดการไม่ยอมรับจากสังคมซึ่งนับเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีของเด็กมีบทกำหนดให้ผู้กระทำต้องรับโทษทางอาญาในเหตุแห่งการละเมิดนั้น นอกจากนี้ยังมีหลัก Unavailability of Personal Status คือหลักความเป็นบิดา มารดาไม่สามารถสละได้ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 311-9 บังคับให้หญิงไม่สามารถแสดงเจตนาละทิ้งเด็กที่ตนให้กำเนิดและไม่สามารถสละความเป็นมารดา เมื่อสัญญาการรับตั้งครรภ์แทนเป็นโมฆะไม่มีผลบังคับตามกฎหมายอันมีผลต่อสถานะความเป็นบิดา มารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนซึ่งจะถือว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์นั้นเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากเป็นหญิงผู้ให้กำเนิด สามีโดยชอบของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นจึงเป็นบิดาตามกฎหมายของเด็กด้วยเช่นกัน ซึ่งสามารถหักล้างได้ การรับตั้งครรภ์แทนหากกระทำด้วยวิธีผสมเทียมโดยการฉีดอสุจิของชายผู้ว่าจ้างเข้าไปในมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หญิงนั้นก็จะเป็นมารดาของเด็กและชายนั้นก็จะได้รับการจดทะเบียนว่าเป็นบิดาของเด็ก คู่สมรสของชายนั้นต้องผ่านกระบวนการขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมต่อไปในการเป็นมารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ซึ่งการรับบุตรบุญธรรมต้องได้รับการอนุญาตจากศาล เมื่อมีการวางหลักกฎหมายไว้เช่นนี้ การเกิดมาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนจึงเป็นการขัดต่อกฎหมายในประเทศ แม้ว่าจะมีการปรับปรุงกฎหมายในส่วนของผู้รักเพศเดียวกันที่ประสงค์จะมีบุตรด้วยวิธี Medically Assisted Reproduction และ IVF เมื่อเดือนมิถุนายน พ.ศ. 2564 แล้วก็ตามการตั้งครรภ์แทนในสาธารณรัฐฝรั่งเศสก็ยังคงเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย เมื่อคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน

กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายโดยไปกระทำการตั้งครรภ์แทนนอกประเทศและนำเด็กกลับมาในประเทศ เมื่อหลักของกฎหมายได้วางไว้เช่นนี้ทำให้การตั้งครรภ์แทนที่เกิดขึ้น ซึ่งรวมไปถึงสิทธิต่าง ๆ ของเด็ก ซึ่งเด็ก ควรจะได้รับเมื่อคลอดออกมาโดยอัตโนมัติ แต่กลับไม่ได้เนื่องมาจากการกระทำละเมิดต่อกฎหมายของ บิดา มารดาของเด็กโดยเด็กไม่มีความผิดแต่กลับได้ผลกระทบโดยตรง

การขัดกันระหว่างกฎหมายภายในประเทศกับการปฏิบัติที่เกิดขึ้นสังคมที่มีความเปลี่ยนแปลงนั้น ทำให้สังคมมีข้อโต้แย้งสิทธิต่าง ๆ ที่เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้รับ จะเห็นได้ว่าแม่เด็กจะได้สิทธิ ต่าง ๆ จากผลของคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปแล้วก็ตาม แต่การที่เด็กนั้นต้องดำรงชีวิต เติบโต ได้รับการเลี้ยงดูอยู่ในประเทศที่ไม่มีกฎหมายรองรับการตั้งครรภ์ให้เป็นการถูกต้องกับกฎหมาย ภายในประเทศแล้วนั้น สุดท้ายแล้วก็ย่อมส่งผลกระทบต่อการอยู่รอดของเด็กการได้รับสิทธิต่าง ๆ อย่าง เท่าเทียมกับเด็กอื่นทั่วไปไม่ได้รับการยอมรับจากสังคมถึงการได้มาซึ่งสิทธิต่าง ๆ นั้นแม้ในปัจจุบันทาง สาธารณรัฐฝรั่งเศสจะมีการปรับปรุงกฎหมายในส่วนของการใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์ (IVF) เพื่อการมี บุตรให้กับกลุ่มคู่รักเพศเดียวกัน แต่หากเป็นการตั้งครรภ์แทนก็ยังคงถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎ กฎหมายภายในของประเทศอยู่สิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนก็ยังคงได้รับผลกระทบอยู่จนถึงปัจจุบัน

เด็กไม่ได้รับสิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครองทั้งจากภาคครอบครัว สังคมและภาครัฐอัน เนื่องมาจากไม่มีกฎหมายรองรับกระบวนการการตั้งครรภ์แทนอย่างถูกกฎหมายการได้รับการปกป้อง คุ้มครองเมื่อพิจารณาในกรณีที่อยู่ภายในความปกครองของบิดา มารดาที่ใช้วิธีการเลี้ยงกฎหมายในประเทศ จนเด็กได้ถือกำเนิดมาจึงยังขาดความชัดเจน ทั้งยังไม่มียุติธรรมใดออกมาให้การปกป้องเด็กที่เกิดจากการ ตั้งครรภ์แทนที่ขัดต่อกฎหมายในประเทศอันเนื่องมาจากภายในภาคสังคมของสาธารณรัฐฝรั่งเศสเองก็ยังมี ข้อถกเถียงกันอยู่ถึงสิทธิต่าง ๆ ของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนว่าเป็นการได้มาซึ่งสิทธิที่ไม่ถูกต้อง

สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครองต่อเด็กถูกกระทบอย่างชัดเจน เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ไม่ได้รับการยอมรับ รวมไปถึงกระบวนการที่ทำให้เด็กเกิดมานั้นถือเป็นการกระทำที่ผิดต่อกฎหมาย ภายในประเทศ และแม้ว่าเกิดโดยการเลี้ยงกฎหมายไปดำเนินการยังต่างประเทศการนำเด็กกลับมาใน ประเทศก็ไม่ทำให้เด็กได้รับสิทธิเป็นบุตรอย่างถูกต้องตามกฎหมายไปได้ แม้จะมีการปรับให้เหมาะสมตาม ศาลสิทธิมนุษยชนแล้วก็ตามในภาคสังคมแล้วนั้น เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนก็ยังคงไม่ได้รับสิทธิในการ ปกป้องคุ้มครองทั้งจากภาครัฐและภาคสังคมอยู่จนถึงปัจจุบันเมื่อพิจารณาประกอบกับ Verona Principle ก็พบว่า การไม่วางหลักกฎหมายรับรองการตั้งครรภ์แทนไว้นั้น กระทบต่อสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์ แทนเป็นอย่างมาก เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไม่ได้รับการปกป้องคุ้มครองทั้งจากภาครัฐ การไม่ได้รับ การยอมรับจากภาคสังคม และทางภาคครอบครัวเองก็ไม่สามารถปกป้องสิทธิของเด็กได้อย่างสมบูรณ์ ขัดกับหลักความรับผิดชอบของผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายและความเป็นบิดา มารดา (Principle 10: Legal Parentage and Parental Responsibility) สิทธิในการได้รับการปกครองไม่มีความชัดเจน แม้เด็ก

จะมีบิดา มารดาหากเมื่อตนกำเนิดอยู่ที่ต่างประเทศ แต่เมื่อกลับเข้ามาในประเทศ ความเป็นบิดา มารดา ผู้ปกครองจะไม่มี ความชัดเจนและไม่ได้รับการยอมรับ รวมไปถึงเรื่องของการแจ้งเกิดเอกสารการเกิดของเด็ก (Principle 12: Birth Notification, Registration and Certification) การรับรองการเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น มีขึ้นได้จากผลของคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป ในส่วนของกฎหมายภายในประเทศการตั้งครรภ์แทนยังคงถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายภายในประเทศ

แม้เด็กจะได้รับสิทธิในการได้รับพัฒนาแต่สิทธิเหล่านั้นก็ยังคงมีการโต้แย้ง ยังคงมีกลุ่มบุคคลที่ไม่เห็นด้วยกับการให้สิทธิต่าง ๆ เหล่านั้น สิทธิที่มากพร้อมกับข้อโต้แย้งย่อมมีความเสี่ยงต่อความมั่นคงของสิทธิเหล่านั้นอันจะมีผลต่อเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์ที่ได้ถือกำเนิดขึ้นมาแล้ว จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไม่มีสิทธิ ไม่มีอิสระในการเลือกใช้สิทธิตามที่ตนพึงมีเฉกเช่นพลเมือง เทียบเท่าสิทธิเด็กที่เกิดตามวิธีทางธรรมชาติ ทั้งยังถูกเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมจากการวิธีการกำเนิดที่เด็กสามารถกำหนดได้อันขัดกับหลักการ (Principle 2: The Child as an Independent Rights Holder), สิทธิในการไม่ถูกเลือกปฏิบัติ (Principle 3: The Child's Right to Non-Discrimination) โดยที่เด็กไม่ว่าจะเกิดมาด้วยวิธีการใดก็ย่อมสมควรที่จะได้รับสิทธิที่เท่าเทียมกัน

สิทธิที่รับมานั้นก็มีข้อโต้แย้งจากสังคมเพียงเท่านั้นก็มีความแตกต่างเพียงพออันจะส่งผลต่อพัฒนาการของเด็กเป็นที่แน่ชัดแล้ว เมื่อวิเคราะห์ร่วมกับ Verona Principle แล้วจะพบว่า การไม่มีกฎหมายรองรับการตั้งครรภ์แทนให้เป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วจะทำให้ผลจากการกระทำ การตั้งครรภ์แทนไม่ว่าจะเป็นการกระทำภายในประเทศหรือการเลี่ยงกฎหมายไปกระทำยังประเทศที่มีการตรากฎหมายรองรับการตั้งครรภ์แทนก็ตามจะส่งผลกระทบต่อสิทธิในการมีส่วนร่วมของเด็กในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารต่าง ๆ อันมีความสัมพันธ์กับตนเอง การเปิดเผยข้อมูลซึ่งถือเป็นผู้ร่วมกระทำอันถือเป็นการละเมิดต่อหลักการชื่อ ชาย ร่างกายมนุษย์และละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ทั้งยังถือเป็นการขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของสังคม

ประเทศที่การปกครองหลายมลรัฐเช่น สหรัฐอเมริกาที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษา มลรัฐที่มีกฎหมายให้สามารถทำการตั้งครรภ์แทนโดยไม่เป็นการขัดต่อกฎหมาย ในแต่ละมลรัฐก็มีการกำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขที่แตกต่างกัน กล่าวโดยสรุปตามกฎหมายของแต่ละมลรัฐได้ดังนี้ในมลรัฐเวอร์จิเนีย ได้บัญญัติกฎหมายไว้ให้การตั้งครรภ์แทนจำเป็นต้องได้รับความเห็นชอบจากศาลก่อนที่จะมีการรับตั้งครรภ์แทน เพื่อให้คู่สัญญาได้มีการทบทวนในการกระทำก่อน ทั้งยังเป็นการคำนึงถึงผลกระทบจากการตั้งครรภ์แทนของคู่สัญญาอีกครั้งอันจะเป็นคุณแก่คู่สัญญาทุกฝ่ายโดยมีการกำหนดไว้ โดยเมื่อผลการตรวจทางพันธุกรรมพบว่าหนึ่งในคู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กแล้วนั้น ศาลจึงจะมีคำสั่งไปยังหน่วยทะเบียนของมลรัฐเวอร์จิเนียเพื่อให้ระบุว่า คู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนใน

สัญญาอันเป็นบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กในสูติบัตร แต่หากผลตรวจสอบทางพันธุกรรมระหว่างคู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์กับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมแล้วนั้นจะถือว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและสามีเป็นมารดา บิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นคู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนจะได้สิทธิความเป็นบิดา มารดาได้ด้วยการขอรับบุตรบุญธรรมเท่านั้น ในกรณีที่สัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่ได้รับความเห็นชอบจากศาลก่อนมีการตั้งครรภ์แทนนั้นจะถือว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาของเด็ก แต่หากพิสูจน์ได้ว่าหนึ่งในคู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนในสัญญานั้นมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กก็จะถือเอาตามความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรม กล่าวคือ หากเด็กมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับหญิงคู่สมรส หญิงนั้นก็จะเป็นมารดาของเด็กและหากเด็กมีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับชายคู่สมรส ชายนั้นก็จะเป็นบิดาของเด็กนั่นเอง แต่หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นแสดงเจตนาที่จะใช้สิทธิความเป็นบิดา มารดาของเด็กแล้วนั้นโดยหญิงนั้นมีสามีและสามีของหญิงนั้นได้เข้าร่วมเป็นคู่สัญญาด้วย เช่นนี้ ความเป็นมารดา บิดาของเด็กจะอยู่ที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและสามีของหญิงนั้นหากเป็นกรณีที่คู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กเลย เช่นนี้แล้ว หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะเป็นมารดาโดยชอบเด็กและสามีของหญิงนั้นหากเข้าร่วมเป็นคู่สัญญาก็จะเป็นบิดาโดยชอบของเด็กคู่สมรส คู่สัญญาที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นจะมีสิทธิเพียงขอรับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรมเท่านั้น อย่างไรก็ตามความเป็นบิดา มารดานั้นจะสามารถเปลี่ยนแปลงได้หากคนหนึ่งคนใดในคู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กโดยที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นได้ยื่นคำร้องสละเจตนาการเป็นมารดาของเด็ก ในเวลา 3 วันนับแต่วันที่เด็กนั้นได้คลอดออกมา ก็จะมีผลให้คู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเข้าเป็นบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น

มลรัฐนิวแฮมป์เชียร์ได้มีการกำหนดเงื่อนไขในการตั้งครรภ์แทนโดยให้คู่สัญญาต้องผ่านการรับคำปรึกษาในการรับตั้งครรภ์แทนก่อนเข้าทำสัญญา ซึ่งสัญญาการรับตั้งครรภ์แทนนั้นต้องไม่ใช่สัญญาในเชิงพาณิชย์ในทุกกรณี ส่วนของค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในการจัดเตรียมบริการทางการแพทย์นั้นให้ผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเป็นผู้รับผิดชอบหลักการในการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนนั้นได้กำหนดให้ในกรณีหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นมีสามี ต้องให้สามีของหญิงนั้นลงลายมือชื่อในสัญญาที่ระบุไว้ด้วยว่า หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและสามี (ถ้ามี) ยินยอมสละเด็กที่อยู่ในครรภ์แก่ผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน เว้นเสียแต่จะได้ออกแสดงเจตนารับเด็กนั้นไว้เองและยอมรับให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กซึ่งตนรับตั้งครรภ์ไว้เอง ผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนยินยอมรับเด็กในครรภ์ไว้เป็นภาระในการเลี้ยงดู เว้นเสียแต่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะแสดงเจตนารับเด็กไว้เองในการแสดงเจตนาของหญิงที่รับตั้งครรภ์ในการรับเด็กไว้เองนั้น หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องแสดงเจตนาอันด้วยตนเองเท่านั้นโดยการทำเป็นหนังสือแสดงเจตนา

มลรัฐฟลอริดาได้มีข้อกำหนดว่าสัญญาการรับตั้งครรภ์แทนโดยชอบด้วยกฎหมายนั้นต้องมีเงื่อนไขว่าคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นต้องเป็นสามี ภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายและต้องมีอายุมากกว่า 18 ปี

ขึ้นไป หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนนั้นก็ต้องมีอายุ 18 ปีขึ้นไปเช่นกัน รายละเอียดของข้อตกลงนั้น ภรรยาผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นต้องไม่สามารถที่จะตั้งครรภ์เองโดยธรรมชาติได้ หรือหากตั้งครรภ์แล้ว อาจเกิดอันตรายต่อตนเองหรือเด็กในครรภ์ ทั้งนี้ขึ้นกับความเห็นของแพทย์โดยมีการกำหนดเงื่อนไขเฉพาะ กรณีที่มีการตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธิออกร่างกาย ว่าคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นตกลงให้หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวให้การให้ความยินยอมรับการบริการทางการแพทย์ในการจัดการอันเกี่ยวกับการดำเนินการตั้งครรภ์แทน

มลรัฐฟลอริดาหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นตกลงที่จะรับการตรวจร่างกาย รับการผสมเทียมและปฏิบัติตามคำแนะนำของแพทย์และตกลงยินยอมที่จะสละความเป็นมารดา นับแต่เวลาที่เด็กได้คลอดออกมา เว้นแต่พิสูจน์ได้ว่าคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กเลย หญิงนั้นจะกลับมามีสิทธิในความเป็นมารดา สิทธิในการปกครอง และมีความรับผิดชอบต่อดังกล่าวที่เด็กคลอดออกมา ทั้งนี้ไม่คำนึงถึงความผิดปกติของเด็กโดยนับจากวันที่เด็กได้คลอดออกมา 3 วัน คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนต้องยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งรับรองความเป็นบิดา มารดาของตน หากในคู่สมรสแม้เพียงฝ่ายเดียวที่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กก็จะถือได้แล้วว่าคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเป็นบิดา มารดาของเด็ก ซึ่งเมื่อศาลได้มีคำสั่งรับรองความเป็นบิดา มารดาแล้วนั้นจะถือได้ว่าคู่สมรสจะถูกสันนิษฐานทางกฎหมายว่าคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นบิดา มารดา โดยสายเลือดของเด็กที่ได้คลอดออกมา มีสิทธิ หน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กนั้นไม่ว่าเด็กนั้นเมื่อคลอดจะมีสภาพร่างกายเป็นเช่นไรก็ตาม แต่เมื่อหากพิสูจน์ในภายหลังได้ว่าคู่สมรสไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็ก สิทธิ หน้าที่ดังกล่าวจะกลับไปสู่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

มลรัฐแคลิฟอร์เนียนั้นตามกฎหมายครอบครัวของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย การพิสูจน์ความเป็นมารดา มีได้หลายวิธี กล่าวคือ พิสูจน์ได้จากการให้กำเนิดบุตรและการมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมระหว่างกัน สรุบบัญหาจากในกรณีที่ได้อ้างไว้แล้วในบทก่อนหน้า โดยยึดหลักความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมระหว่างกัน และหลักของการแสดงเจตนาในการให้กำเนิดเด็ก การให้กำเนิดโดยตามกฎหมายแล้วนั้น ศาลยังคงยอมรับให้เด็กมีมารดาได้เพียงคนเดียว ทั้งยังพิจารณาถึงเจตนาพิเศษ กล่าวคือ มีความประสงค์ที่จะปกครองเลี้ยงดูเด็กดังกล่าวจึงยอมถือได้ว่าหญิงนั้นเป็นมารดาตามความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่เพียงผู้เดียวโดยใช้หลักการแสดงเจตนา (Intent-Based Approach) โดยในมลรัฐแคลิฟอร์เนียไม่ได้กำหนดให้ผู้ประสงค์ที่จะมีบุตรต้องเป็นสามี ภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการนี้ได้กำหนดไว้ซึ่งกรณีของการสมรสเป็นสาระสำคัญของการตั้งครรภ์แทนนั้นจึงเป็นการเปิดช่องให้ชาย หญิงที่มีได้สมรสกันอยู่อย่างถูกต้องตามกฎหมาย หรือคู่รักเพศเดียวกันที่ประสงค์จะมีบุตรก็สามารถที่จะใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์ช่วยในการเจริญพันธุ์ได้ ซึ่งรวมถึงการตั้งครรภ์แทน สามารถกระทำได้โดยไม่เป็นการละเมิดต่อกฎหมายภายในรัฐมลรัฐแคลิฟอร์เนียสามีของหญิงจะถือเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์ด้วย

วิธีดังกล่าวโดยถือเป็นผู้เป็น (Natural Father) โดยในกรณีนี้สามีน้องให้ความยินยอมแก่ภรรยาในการยินยอม การการใช้ข้อสุจริตที่ได้รับจากการบริจาคโดยทั้งสามและภรรยาต้องลงลายมือชื่อไว้เป็นลายลักษณ์อักษร สำหรับ ชายผู้บริจาคข้อสุจริตไม่ถือว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก

พิจารณาถึงสิทธิในการอยู่รอดของเด็กประกอบกับ Verona Principle บนความแตกต่างของการ วางหลักกฎหมายแล้วนั้น การพิจารณาถึงการกำหนดผู้ใช้อำนาจปกครองของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ในสหรัฐอเมริกาที่สามารถแบ่งแยกได้ จะเห็นว่ามีเพียงความเห็นที่แตกต่างกันถึงการวางหลักความเป็นบิดา มารดาเท่านั้น สิทธิการอยู่รอดของเด็กนั้นได้รับการคำนึงถึงในทุก ๆ กระบวนการของการตั้งครรภ์แทนใน มลรัฐที่มีกฎหมายรับรองการตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะเป็นอิสระในการเลือกที่จะใช้สิทธิ (Principle 2: The Child as an Independent Right Holder) และการไม่ถูกเลือกปฏิบัติจากการเป็นเด็กที่เกิดจากการ ตั้งครรภ์แทน (Principle 3: The Child's Right to Non-Discrimination) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้รับการ ดูแลตามสัญญาที่ได้ตกลงกันบนเงื่อนไขที่การรับตั้งครรภ์แทนนั้นไม่ขัดต่อกฎหมายภายใน ส่งผลให้หญิงที่ รับตั้งครรภ์แทนและเด็กในครรภ์ได้รับการดูแลตามกระบวนการทางการแพทย์อย่างเหมาะสม (Principle 5: Pre-Surrogacy Protections และ Principle 4: The Child's Right to Health) สิทธิในการมีชีวิตและ การอยู่รอดปลอดภัยได้ติดตัวเด็กนับแต่เมื่อคลอดและสามารถอยู่รอดต่อไปได้ในการดูแลของบิดา มารดา ผู้ปกครองตามที่กฎหมายกำหนดต่อไป

หลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนในสหรัฐอเมริกา ด้วยการเป็นประเทศที่เป็นรัฐรวมตั้ง รายละเอียดในหัวข้อก่อน โดยมีกฎหมายในระดับมลรัฐเท่านั้น ซึ่งมีทั้งมลรัฐที่อนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทน โดยชอบด้วยกฎหมายและมีทั้งการตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายเมื่อเป็นเช่นนี้ เด็กจะได้รับ สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครองก็ต่อเมื่อเกิดในรัฐที่มีการอนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนได้อย่างถูกต้อง ตามกฎหมาย เด็กจะได้รับการปกป้องคุ้มครองจากบิดา มารดา ผู้ปกครองตามที่กฎหมายได้วางหลักไว้ แต่หากพิจารณาสิทธิที่จะได้รับการปกป้องคุ้มครอง การได้รับการรับรองจากรัฐ เช่น การออกเอกสารทาง ราชการต่อเด็ก หนังสือเดินทาง บัตรประจำตัวของเด็ก พิจารณารวมไปถึง Verona Principle ว่าด้วย Principle 10: Legal Parentage and Parental Responsibility, Principle 12: Birth Notification, Registration and Certification โดยมีข้อกังวลที่เกี่ยวกับสิทธิเด็กที่เกี่ยวข้องคือ เด็กที่เกิดจากหญิงที่รับ ตั้งครรภ์แทนจะไม่ได้รับการยอมรับจากรัฐที่ไม่มีกฎหมายควบคุมการกำหนดบิดา มารดาโดยชอบด้วย กฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน เช่นนี้แล้วการได้รับการปกป้องคุ้มครองนั้น จึงไม่ใช่เพียง แต่เป็นสิทธิที่เด็กพึงจะได้รับจากผู้ปกครองเท่านั้น ยังรวมไปถึงสิทธิขั้นพื้นฐานอันขึ้นอยู่กับกฎหมาย ภายในของแต่ละรัฐที่จะให้การรับรอง ทั้งนี้ยังรวมถึงการบังคับใช้กฎหมายในระดับรัฐบาลกลาง ซึ่งมีความสำคัญต่อการเจริญเติบโตและพัฒนาการของเด็กเป็นอย่างมาก ด้วยการที่สหรัฐอเมริกาประกอบด้วย หลายมลรัฐและแต่ละมลรัฐก็มีแนวทางในการตรากฎหมายในเรื่องของการตั้งครรภ์แทนเป็นการเฉพาะ

มีความชัดเจนในการกำหนดความเป็นบิดา มารดา การเป็นผู้ปกครอง การกำหนดหน้าที่ในการแจ้งเกิด การรับรองการเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนแตกต่างกันไปบังคับใช้ภายในมลรัฐการได้รับสิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครองจึงได้รับจากส่วนของครอบครัวผู้ปกครองของเด็กตามเงื่อนไขของแต่ละรัฐ ประกาศกำหนดใช้เป็นารภายในเท่านั้น สอดคล้องกับ Verona Principle ในหลักการรับผิดชอบของผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายและความเป็นบิดา มารดา (Principle 10: Legal Parentage and Parental Responsibility) หลักการแจ้งเกิด การรับรองการเกิด (Principle 12: Birth Notification, Registration and Certification) แต่ยังไม่มีความชัดเจนในถึงสิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครองของเด็กจากทุกรัฐอย่างเสมอภาคกัน ทั่วประเทศทั้งนี้เพื่อให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนมีสิทธิที่เท่าเทียมกันกับเด็กที่เกิดในลักษณะปกติทั่วไป ซึ่งอาจจะส่งผลร้ายต่อเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้ ไม่ว่าจะเป็นการถูกเอารัดเอาเปรียบจากการค้ามนุษย์ การแสวงหาผลประโยชน์อื่นใดจากเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน โดยอาศัยผลจากความเหลื่อมล้ำของกฎหมายในระหว่างมลรัฐ อันเป็นส่วนหนึ่งจากหลักการ Verona Principle ว่าด้วยหลักการการป้องกันการซื้อ ขาย การถูกเอารัดเอาเปรียบจากการค้ามนุษย์ในเด็ก (Principle 14: Prevention and Prohibition of the Sale, Exploitation and Trafficking in Children)

สหรัฐอเมริกายังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนมาบังคับใช้ในระดับรัฐบาลกลาง (Federal Law) ความต่อเนื่องของการได้รับสิทธิในการได้รับการพัฒนาจึงขึ้นกับการตรากฎหมายมาบังคับใช้ในระดับรัฐบาลกลางด้วยเช่นกัน ความเป็นบิดา มารดาที่ชอบด้วยกฎหมายในระดับรัฐกลาง ตามกฎหมายว่าด้วยความเป็นบิดา มารดา (The Uniform Parentage Act) เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดสถานะความเป็นบิดา มารดาของเด็กให้เป็นไปในลักษณะเดียวกันที่ใช้บังคับทั้งการเกิดของเด็กตามธรรมชาติและการเกิดโดยเทคโนโลยีทางการแพทย์ โดยมีการวางหลักไว้ว่า หากเป็นสัญญาการรับตั้งครรภ์แทนที่ได้รับการพิจารณาจากศาลแล้วว่าเป็นสัญญาโดยชอบด้วยกฎหมายมีข้อตกลงเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ได้ประกาศกำหนดแล้วนั้น คู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนถือว่าเป็นบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น<sup>172</sup> โดยที่กฎหมายในระดับมลรัฐ ซึ่งสหรัฐอเมริกาได้มีเกณฑ์ในการกำหนดบิดา มารดา อยู่ 3 แนวทาง ดังที่เคยกล่าวไว้ในหัวข้อก่อนหน้าไปแล้วนั้น ความเหลื่อมล้ำของการบังคับใช้กฎหมายในระหว่างรัฐในขณะนี้ยังไม่มีมีการตรากฎหมายในระดับรัฐบาลกลางสำหรับกรณีการตั้งครรภ์แทนเป็นการเฉพาะนั้นอาจส่งผลให้เกิดปัญหาความไม่เท่าเทียมของการใช้สิทธิต่าง ๆ ที่เด็กพึงได้รับอย่างอิสระโดยไม่มีเงื่อนไขอันเป็นไปตาม (Principle 2: The Child as an Independent Rights Holder) และสิทธิในการไม่ถูกเลือกปฏิบัติ (Principle 3: The Child's Right to Non-Discrimination)

<sup>172</sup> อภิการ์ตัน นิยมไทย, “การปฏิรูปกฎหมาย: การรับตั้งครรภ์แทน (Surrogacy),” *จุลนิตี* 7 (กันยายน-ตุลาคม 2553): 147-158, ค้นวันที่ 12 ธันวาคม 2564 จาก [https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/272/files/S%E0%B9%88ub\\_Jun/10reform/reform14.pdf](https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/272/files/S%E0%B9%88ub_Jun/10reform/reform14.pdf)

ราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์นั้นกำหนดให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาของเด็ก และหากหญิงนั้นมีสามีให้ถือสามีเป็นบิดาของเด็ก เว้นแต่จะได้รับการปฏิเสธการเป็นบิดาไว้ ผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนสามารถเข้าร่วมเป็นผู้ปกครอง เป็นบิดา มารดาของเด็กโดยการเข้ารับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นบุตรบุญธรรมตามกระบวนการเข้ารับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมมีการกำหนดให้คู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการตั้งครรภ์แทนโดยรวมไปถึงค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่นอกเหนือการครอบคลุมของกรมธรรม์ประกันสุขภาพและค่าใช้จ่ายของกระบวนการทางกฎหมายด้วยในประเด็นของการบังคับตามข้อตกลงในการตั้งครรภ์แทนนั้นการที่จะมีข้อตกลงที่จะส่งมอบเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้แก่คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนจะถือเป็นโมฆะเนื่องจากเป็นข้อตกลงที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนภายในประเทศ ดังนั้นการเข้าเป็นผู้ปกครองของเด็กต้องมาจากการยื่นขอรับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรมในส่วนของกรณการเพิกถอนความประสงค์ในการตั้งครรภ์แทนนั้นไม่สามารถกระทำได้

พิจารณาประกอบกับVerona Principle ว่าด้วยเรื่องหลักการได้รับการปกป้องคุ้มครองในกระบวนการตั้งครรภ์แทน (Principle 5: Pre-Surrogacy Protections) พิจารณาควบคู่ไปกับสิทธิในการอยู่รอดของเด็กนั้นเมื่อการตั้งครรภ์แทนไม่ถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและเด็กที่อยู่ในครรภ์จึงสามารถที่จะเข้าถึงการบริการ การดูแลทางสาธารณสุขตามที่เหมาะสมโดยการกำหนดให้มีค่าใช้จ่ายในระหว่างการตั้งครรภ์แทนนั้นตราว่าที่มิได้มีการตกลงกันในเชิงพาณิชย์ย่อมสามารถกระทำได้ ทั้งนี้รวมถึงค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นที่อยู่นอกเหนือการครอบคลุมของกรมธรรม์ประกันสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน อันจะเห็นได้ว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นจะได้รับการดูแลโดยมีความมุ่งหวังเพื่อการตั้งครรภ์ และเด็กในครรภ์นั้นต้องได้รับการดูแลอย่างดี ถูกต้องตามหลักสุขอนามัยสามารถเข้าถึงการดูแลทางการแพทย์อย่างเหมาะสมทั้งนี้เพื่อเป็นการลดความเสี่ยงภัยทั้งต่อหญิงเองและรวมถึงเด็กในครรภ์เป็นไปตามหลักการมีสิทธิในการได้รับการบริการด้านสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน (Principle 4: The Child's Right to Health)

การกำหนดวางรูปแบบ เงื่อนไข เงื่อนไขในการพิจารณาถึงคำร้องขอในการเข้ารับเด็กเป็นบุญธรรมทั้งนี้ก็เพื่อให้เด็กได้รับการปกป้องคุ้มครองอย่างเหมาะสม จากบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับเด็กในทุกฝ่าย การวางหลักกฎหมายไว้เช่นนี้ ส่งผลให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้รับสิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครองจากภาครัฐผ่านการวางหลักความรับผิดชอบของผู้ปกครองโดยชอบด้วยกฎหมาย และความเป็นบิดา มารดา (Principle 10: Legal Parentage and Parental Responsibility), หลักการแจ้งเกิดและการรับรองการเกิด (Principle 12: Birth Notification, Registration and Certification) ผ่านทางครอบครัวของเด็กซึ่งต้องปฏิบัติตามหลักที่ทางภาครัฐได้กำหนดไว้

จากการวางหลักกฎหมายให้คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเข้ารับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรมตามกฎหมายการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมซึ่งมีข้อกำหนดและหลักเกณฑ์ต่าง ๆ และกำหนดให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นมารดา หากหญิงนั้นมีสามีที่ให้ความยินยอม ชายนั้นก็จะเป็นบิดา จะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายได้ให้ความสำคัญในการกำหนดให้บุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเข้ามามีส่วนร่วมด้วยกันทุกฝ่ายไม่ตัดความสัมพันธ์ทางกายภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ทั้งยังคงให้ความสำคัญทางพันธุกรรมจากคู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเข้ามามีส่วนร่วมในการเวลาร่วมกันกับเด็กที่คลอดออกมาในข้อกำหนดตามหลักเกณฑ์ของการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมซึ่งคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนต้องใช้เวลาร่วมกับเด็กไม่ต่ำกว่า 3 ปี ต้องร่วมกันเลี้ยงดูให้การอุปการะ รวมไปถึงการรับผิดชอบค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นเพื่อเตรียมความพร้อมในการเลี้ยงดูเด็กต่อไปในอนาคตโดยยังไม่ตัดขาดความสัมพันธ์ทางกายภาพกับครอบครัวของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เด็กก็มีสิทธิที่จะได้รับการพัฒนาจากทั้งสองครอบครัวร่วมกันในเบื้องต้น และยังคงได้สิทธิจากทางภาครัฐในฐานะบุตรอันเป็นพลเมืองของรัฐอย่างถูกต้องตามกฎหมาย เป็นไปตามหลักการ (Principle 2: The Child as an Independent's Rights Holder) (Principle 3: The Child's Right to Non-Discrimination)

พิจารณาควบคู่กับสิทธิในการมีส่วนร่วมแล้วนั้น จะเห็นว่าชื่อของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนยังคงปรากฏเป็นมารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ทั้งยังในกระบวนการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมของคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้น ยังมีเงื่อนไขในการรับอุปการะ เลี้ยงดูเด็ก การกำหนดระยะเวลาในการเลี้ยงดูเด็ก การดำรงชีวิตร่วมกัน เมื่อสามารถพิสูจน์ได้แล้วถึงเงื่อนไขทั้งหมดแล้วนั้นคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนจึงจะสามารถรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรบุญธรรมได้

เมื่อพิจารณาประกอบกับ Verona Principle ในส่วนของหลักการที่สอดคล้องกับสิทธิในการมีส่วนร่วมของเด็ก ว่าด้วยหลักการให้ความยินยอมของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน (Principle 7: Consent of Surrogate Mother), หลักความยินยอมของคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน (Principle 8: Consent of Intending Parent(s)), หลักความยินยอมของผู้บริจาค (Principle 9: Consent of Persons Providing Human Reproductive Material) นั้นจะพบว่าทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องสามารถเข้าถึงข้อมูลต่าง ๆ ที่มีความถูกต้องและสามารถเชื่อถือได้ เช่น ข้อมูลทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ข่าวสารทางสังคม ข้อมูล ข่าวสารทางการแพทย์ อันมีผลต่อการตัดสินใจของทุกฝ่ายที่จะร่วมกันในกระบวนการตั้งครรภ์แทนนั้น ล้วนมีผลกระทบต่อสิทธิเด็กที่กำลังจะเกิดขึ้นจากกระบวนการตั้งครรภ์แทนนั้น การให้ความยินยอมของทุกฝ่ายในการเปิดเผยข้อมูลที่ถูกต้องและมีความจำเป็นมีนัยยะสำคัญอันจะทำให้กระบวนการตั้งครรภ์แทนนั้นสมประโยชน์และ ย่อมทำให้เด็กที่เกิดมาตามกระบวนการตั้งครรภ์แทนเป็นไปตามความประสงค์ของทุกฝ่าย อีกทั้งในทางปฏิบัติหลังจากที่เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้คลอดออกมานั้น เพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายของการรับบุตรบุญธรรมเด็กจะต้องได้รับการเลี้ยงดู อบรม สั่งสอน ใช้เวลาร่วมกันกับทุกฝ่ายที่

เกี่ยวข้องและยังคงได้รับการปกครองจากทั้งบิดา มารดาที่ชอบด้วยกฎหมายและคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์ที่เข้ามามีส่วนร่วมในการดำรงชีวิตของเด็กตั้งแต่เมื่อคลอด อีกทั้งกำหนดให้การตั้งครรภ์แทนให้ใช้เฉพาะอสุจิ และไข่จากคู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเท่านั้น จึงถือได้ว่าไม่มีการปิดกั้น กีดขวาง การรับรู้ถึงสภาพการเกิด รวมไปถึงบุคคลทุกฝ่ายที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับตนเด็ก

ประเทศไทยมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ พ.ศ. 2558 อันเป็นกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องโดยตรงและมีการบังคับใช้มาแล้วเป็นเวลา 6 ปี ทั้งนี้ยังได้มีประกาศเพิ่มเติมเพื่อการปรับปรุงให้เกิดความสมบูรณ์ในการบังคับใช้ต่อไป โดยมีประกาศทั้งหมด 15 ฉบับประกอบกับการใช้พระราชบัญญัติฯ ประเทศไทยจัดว่าเป็นประเทศที่มีกฎหมายกำหนดห้ามการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ในทุกกรณี กำหนดให้สามารถทำการตั้งครรภ์แทนได้ในกรณีเพื่อมนุษยธรรม กล่าวคือเพื่อการรักษาอาการของผู้มีบุตรยากในกรณีของคู่สมรสที่มีการจดทะเบียนถูกต้องตามกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตร แต่ไม่สามารถมีบุตรได้เองตามธรรมชาติซึ่งจะเห็นได้ว่าเป็นกรณีของการห้ามการตั้งครรภ์ในเชิงพาณิชย์ในประเทศไทย ยังไม่สามารถควบคุมได้ ดังเช่นกรณีที่เกิดขึ้นในการจับกุมผู้ต้องหาซึ่งเป็นองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ร่วมกันดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า รวมไปถึงความผิดเกี่ยวกับการโฆษณาชักชวนรับจ้างเป็นแม่อุ้มบุญ ตาม พ.ร.บ. คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่ยังคงปรากฏอยู่ตามรายละเอียดในบทก่อนหน้า

เมื่อพิจารณาผลกระทบสิทธิเด็ก ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในการได้รับการปกครองของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ ประกอบกรณีการลักลอบให้เกิดการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ที่เกิดขึ้นในประเทศไทยนั้นพบว่า ความเป็นบิดา มารดาของเด็กที่เกิดมานั้นตามพระราชบัญญัติฯ ให้ถือเอาคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเป็นบิดา มารดา ผู้ปกครองตามกฎหมาย ห้ามปฏิเสธการเป็นบิดา มารดา ผู้ปกครองในทุกกรณี สิทธิและหน้าที่ในความเป็นบิดา มารดา และหน้าที่ในการปกครองบุตร ทั้งชายและหญิงนั้น ซึ่งจะต้องมีหน้าที่ในการเลี้ยงดูบุตรกันทั้งสองฝ่าย ดูแลเลี้ยงดูจนกว่าจะบรรลุนิติภาวะ ทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1564 ได้กำหนดไว้ว่าบิดา มารดา จำต้องอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาตามสมควรแก่บุตรในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์ บิดา มารดาจำเป็นต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตร ซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้วแต่เฉพาะ ทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองมิได้ โดยบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะนั้นต้องอยู่ในอำนาจปกครองของ บิดา มารดาโดยอำนาจปกครองของบิดาหรือมารดาอันเป็นได้ดังกรณีที่กำหนดไว้ในมาตรา 1566 กล่าวคือในกรณีมารดาหรือบิดาเสียชีวิตไปก่อนหรือไม่แน่นอนว่ามารดาหรือบิดามีชีวิตอยู่หรือไม่ มารดาหรือบิดาถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ มารดาหรือบิดาต้องเข้ารับการรักษาดูแลในโรงพยาบาลเพราะสติฟั่นเฟือน ศาลสั่งให้อำนาจปกครองอยู่กับบิดาหรือมารดา หรือบิดาและมารดาตกลงกันตามที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ตกลงกันได้โดยอำนาจในการปกครองนั้น ผู้ปกครองมีสิทธิที่จะกำหนดที่อยู่ของบุตร ทำโทษบุตรตามสมควรเพื่อว่ากล่าว สั่งสอน ให้บุตรทำการงานตามสมควรแก่

ความสามารถและฐานานุกรมทั้งยังสามารถเรียกบุตรคืนจากบุคคลอื่นซึ่งกักบุตรไว้โดยมิชอบด้วยกฎหมายตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 1568 สิทธิในการรับมรดกหากคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตาย ซึ่งหากคู่สมรสฝ่ายใดได้ตายลง อีกฝ่ายก็จะมีสิทธิได้มรดกอันเป็นไปตามมาตรา 1635 แห่งประมวลแพ่งและพาณิชย์ เช่นนี้ จะเห็นได้ว่า สิทธิ และหน้าที่ระหว่างบิดา มารดา และบุตรได้เกิดขึ้นทันทีที่เด็กได้ถือกำเนิดขึ้น

หลักประโยชน์สูงสุดต่อเด็กที่ปรากฏในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 โดยวางหลักการว่าด้วยประโยชน์สูงสุดต่อเด็กในมาตรา 3 ข้อ 123 ว่าให้การกระทำใด ๆ ที่เกี่ยวกับเด็กไม่ว่าจะกระทำโดยสถาบันของรัฐหรือเอกชน ศาล ฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติจะต้อง คำนึงถึงหลักประโยชน์สูงสุดต่อเด็กเป็นพื้นฐานเบื้องต้น (Primary Consideration) เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติ มาตรา 3 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กแล้วพบว่า เป็นการกำหนดหลักการทั่วไปในการพิจารณาถึงหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก เพื่อให้สามารถปรับใช้กับสถานการณ์บริบทหรือปัจจัยที่แตกต่างตามแต่กรณีของรัฐภาคีได้อย่างยืดหยุ่น โดยมีได้มีการกำหนดนิยามไว้เป็นการเฉพาะ โดยจะเป็นการกำหนดในลักษณะของมาตรฐานขั้นต่ำในการพิจารณาและการปฏิบัติต่อเด็กอันเป็นสิ่งที่รัฐภาคีจะต้องยอมรับและนำไปปฏิบัติตามอย่างเป็นรูปธรรมโดยรัฐภาคีแต่ละรัฐอาจกำหนดค่านิยมของหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กที่แน่นอนไว้ในรูปแบบของการบัญญัติเป็นกฎหมาย หรือรายงานของคณะกรรมการที่ดำเนินงานเกี่ยวข้องกับสิทธิเด็กในรัฐนั้น หรือแม้ไม่มี การกำหนดนิยามที่ชัดเจนแน่นอน แต่รัฐภาคีสามารถกำหนดเป็นปัจจัยที่ใช้ในการ พิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้ ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นถ้อยคำที่มีความยืดหยุ่นสามารถนำไปใช้ได้และ แปรผันไปตามเวลาและสถานที่ (Time and Space) ของประเทศภาคีสมาชิกแต่ละประเทศอย่างไรก็ตามมีนักวิชาการทั้งทางด้าน นิติศาสตร์รวมถึงนักวิชาการด้านจิตวิทยาสังคมและเด็กได้ให้ค่านิยม ความหมายของหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กไว้ตามที่แตกต่างกันออกไป

หลักความเสมอภาคถือว่าเป็นหลักพื้นฐานของศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ซึ่งมนุษย์ย่อมได้รับการรับรองและ ค้ำครองจากกฎหมายอย่างเท่าเทียมกันในฐานะที่เป็นมนุษย์โดยมิต้องคำนึงถึงคุณสมบัติอื่น ๆ อาทิ เชื้อชาติ ศาสนา ภาษา ถิ่นกำเนิด เป็นต้น และขณะเดียวกันก็ถือได้ว่าหลักความเสมอภาคนี้เป็นหลักที่ ควบคุมมิให้รัฐใช้อำนาจของตนตาม อำนาจโดยการใช้อำนาจของรัฐแก่กลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่งรัฐต้อง สามารถอธิบายได้ว่าเพราะเหตุใดรัฐจึงกระทำการ อันก่อให้เกิดผลกระทบหรือเป็นการให้ประโยชน์แก่บุคคล ใดบุคคลหนึ่งนั้นโดยเฉพาะ หากการให้เหตุผลไม่อาจรับฟังได้ แสดงว่าการใช้อำนาจของรัฐนั้นเป็นไปตาม อำนาจใจ ดังนั้นหลักความเสมอภาคจึงเป็นหลักสำคัญในการรับรองและค้ำครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และสามารถนำมาตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐไม่ว่าจะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่าย บริหาร และฝ่ายตุลาการได้ โดยมีที่มา แนวคิดทางกฎหมายของหลักความเสมอภาคในปัจจุบันได้รับการรับรองอย่างชัดเจนโดยถือว่า บุคคลย่อมมีความ เสมอภาคที่จะได้รับการรับรองและค้ำครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน (Fairness)

สิทธิเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ซึ่งประกอบไปด้วยสิทธิในชีวิตและการอยู่รอด (Rights to Survival) เป็นสิทธิในการมีชีวิตและอยู่รอดนับตั้งแต่คลอดและจะต้องมีชีวิตอยู่รอดอย่างปลอดภัย ซึ่งในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กได้รับรองให้เด็กทุกคนมีสิทธิติดตัว (Inherit Right) และจะต้องรับรองให้มีการส่งเสริมการพัฒนาเด็กรวมทั้งมีสิทธิที่จะรู้จักและได้รับการเลี้ยงดูจากพ่อและแม่ของเด็ก มิให้เด็กถูกแยกจากบิดามารดาโดยขัดกับความต้องการของพ่อและแม่ของเด็ก ยกเว้นในกรณีที่หน่วยงานที่มีอำนาจอาจใช้วิธีทางกฎหมายในการบังคับว่าการแยกจากพ่อและแม่ ของเด็กนั้นจำเป็นต้องทำเพื่อผลประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interests of the Child) นอกจากนี้รัฐจะต้องพยายาม เพื่อให้หลักประกันว่าบิดาและมารดา หรือผู้ปกครองจะต้องรับผิดชอบร่วมกันในการเลี้ยงดูและพัฒนาเด็ก รวมทั้งรัฐจะต้องจัดให้มีและพัฒนาสถาบันการอำนวยความสะดวกและการบริการ ต่าง ๆ สำหรับการดูแลเด็ก ตลอดจนในด้านสาธารณสุข รัฐจะต้องมีมาตรฐานด้านสาธารณสุข มีสถานบำบัดรักษาและฟื้นฟูส่งเสริมการดูแลสุขภาพขั้นพื้นฐานรวมถึงการจัดหาอาหารที่ถูกหลักโภชนาการ และน้ำดื่มที่สะอาดเพียงพอ เพื่อให้เด็กได้รับการดูแลอย่างเหมาะสมและได้รับประโยชน์สูงสุดและจะต้องดำเนินการต่าง ๆ เพื่อมุ่งลดการเสียชีวิตของทารกและเด็กพร้อมกับช่วยเหลือทางการแพทย์ในการดูแลสุขภาพแก่เด็กทุกคนด้วย นอกจากนี้ในกรณีเด็กพิการ รัฐจะต้องช่วยเหลือให้เด็กที่พิการทางร่างกาย หรือจิตใจได้มีชีวิตที่สมบูรณ์ และปกติสุขอย่างมีศักดิ์ศรีส่งเสริมการพึ่งพาตนเอง และเอื้ออำนวยให้เด็กได้มีส่วนร่วมในชุมชน

สิทธิในการได้รับการปกป้องคุ้มครอง (Rights to Protection) กล่าวคือ เด็กจะต้องได้รับความคุ้มครองในทุกรูปแบบที่จะเป็นอันตรายต่อเด็ก ไม่ว่าจะเป็นการคุ้มครองจากการถูกทำร้ายทั้งทางร่างกาย จิตใจและเพศ การถูกทอดทิ้งหรือการปฏิบัติโดยประมาทรวมทั้งการแสวงหาผลประโยชน์ต่าง ๆ จากเด็ก ซึ่งรวมถึงการ กระทำที่จะเป็นการทำร้ายแม้ว่าจะอยู่ในความดูแลของบิดาและมารดา ผู้ปกครอง ตามกฎหมายหรือบุคคลอื่นที่ดูแลเด็กอยู่ในขณะนั้นโดยอนุสัญญาได้ระบุไว้ว่ารัฐจะต้องคุ้มครองเด็กให้ปลอดภัยจากการใช้ประโยชน์ทางเพศและการ กระทำทางเพศที่มีขอบทุกรูปแบบ นอกจากนี้ รัฐจะต้องมีมาตรการทางกฎหมายและกลไกทางสังคมในการคุ้มครอง และป้องกันเด็กจากถูกใช้เป็นเครื่องมือเพื่อการค้าการผลิต และการเสพยาเสพติด

สิทธิในการพัฒนา (Rights to Development) กล่าวได้ว่า เด็กมีสิทธิที่จะพัฒนาตนเองตามความสามารถและศักยภาพเท่าของเด็กที่จะทำได้ ซึ่งรัฐจะต้องจัดบริการสาธารณสุขให้เด็กได้รับการศึกษาน พื้นฐานของโอกาสที่เท่าเทียมกันโดยจัดให้การศึกษาระดับประถมเป็นการศึกษาภาคบังคับที่เด็กทุกคนสามารถเรียนได้โดยไม่เสียค่าใช้จ่าย นอกจากนี้ยังต้องสนับสนุนการพัฒนาการศึกษาในระดับมัธยมในรูปแบบต่าง ๆ ทั้งสายสามัญและสายอาชีพให้มีความหลากหลาย และเปิดกว้าง พร้อมกับดำเนินมาตรการ เพื่อสนับสนุนการเข้าเรียนของเด็กและป้องกันการออกจากโรงเรียน ก่อนกำหนดด้วย อีกทั้งในระบบ การศึกษาจะต้องมีมาตรการในระเบียบวินัยที่เหมาะสมและสอดคล้องกับ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็ก

โดยการศึกษาจะต้องสนับสนุนให้เด็กได้รับการพัฒนาบุคลิกภาพ ความสามารถพิเศษ และความสามารถทางด้านร่างกายและจิตใจของเด็กอย่างเต็มศักยภาพ มีจิตสำนึกที่เคารพต่อสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน เพื่อให้เด็กมีความรับผิดชอบต่อสังคมด้วยการรักษาและเคารพเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรมภาษา และค่านิยมของท้องถิ่นและต่ออารยธรรมอื่น ๆ ที่แตกต่างไปจากของเด็กด้วย

สิทธิในการมีส่วนร่วม (Rights to Participate) ภายใต้หลักประชาธิปไตยมีหลักการสนับสนุนคุณค่าของมนุษย์เป็นสำคัญดังนั้นเด็กในฐานะที่มีศักดิ์ความเป็นมนุษย์จึงควรมีสิทธิเสรีภาพที่จะแสดงออกโดยสิทธินี้จะรวมถึงเสรีภาพที่จะแสวงหา ได้รับหรือถ่ายทอดข้อมูลข่าวสาร และความคิดทุกลักษณะโดยไม่ถูกจำกัดเขตแดน พร้อมกันนี้ก็สามารถกระทำได้โดยทั้งทางวาจาลายลักษณ์อักษร หรือแม้การพิมพ์ในรูปของศิลปะหรือผ่านสื่ออื่น ๆ ตามที่เด็กได้เลือกที่จะแสดงออกด้วยเหตุนี้รัฐจึงต้องเคารพ สิทธิของเด็กที่จะมีเสรีภาพทางความคิดและเคารพสิทธิและหน้าที่ของบิดาและมารดา และผู้ปกครองตามกฎหมาย เพื่อให้แนวทางการปฏิบัติในลักษณะที่สอดคล้องกับ ความสามารถที่จะพัฒนาเป็นไปตามวัยของเด็ก นอกจากนี้อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กยังคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเด็กในการชุมนุมอย่างสงบ ทั้งนี้จะต้องดำเนินเป็นไปโดยสอดคล้องกับกฎหมายและเท่าที่จำเป็นในสังคมประชาธิปไตยไม่ละเมิดสิทธิ และเสรีภาพของบุคคลอื่น ขณะเดียวกันการมีส่วนร่วมในการรับรู้ข้อมูล ข่าวสาร รัฐจะต้องส่งเสริมให้เด็กสามารถเข้าถึงข้อมูลข่าวสารจากแหล่งต่าง ๆ ทั้งในประเทศและระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อมูลข่าวสารที่มุ่งส่งเสริมคุณภาพชีวิตของเด็กทั้งทางสังคม จิตใจและศีลธรรม

รวมไปถึง Verona Principle อันเป็นหลักการที่ให้ความสำคัญในการปกป้อง สิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน โดยมีการเผยแพร่เมื่อ เดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2564 โดยมีเหตุจากการตั้งครรภ์แทนมักจะนำไปสู่การละเมิดสิทธิเด็ก อีกทั้งการตั้งครรภ์แทนข้ามพรมแดนได้ทำให้การบริหารจัดการ การควบคุมการตั้งครรภ์แทนในแต่ละประเทศกระทำได้ยากขึ้น โดยถูกร่างขึ้นจากนักวิชาการอิสระโดยมีเป้าหมายในพื้นที่ที่ประสบปัญหาอันเกิดมาจากการตั้งครรภ์แทน โดยมีการวางหลักการ ขั้นตอน แนวทาง เครื่องมือสำคัญที่มีเป้าหมายให้เป็นตัวช่วยในการวางกรอบแนวทางทางกฎหมายของแต่ละประเทศที่ประสบปัญหาโดยสมาชิกของคณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิเด็กให้การสนับสนุน Verona Principle เพราะเป็นผลงานที่สำคัญในการพัฒนาแนวทางเชิงบรรทัดฐานในการคุ้มครองสิทธิของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน<sup>173</sup> อันมีหลักการทั้งสิ้น 18 หลักการ ครอบคลุมทุกฝ่าย ทุกกระบวนการ ที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนและมีความสอดคล้องไปด้วยกันกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

แม้ประเทศอังกฤษเป็นประเทศแรก ๆ ที่มีกฎหมายว่าด้วยการตั้งครรภ์แทนตาม Surrogacy Arrangements Act 1985 แต่ในปี พ.ศ. 2563 ก็ยังคงมีกรณีที่บทบัญญัติที่ใช้บังคับกับกรณีพิพาทที่เกิดขึ้นใหม่ส่งผลกระทบต่อสิทธิเด็กอันขัดต่อประโยชน์สูงสุดของเด็ก ศาลจึงต้องใช้หลักกฎหมายและ

<sup>173</sup> ISS, *op. cit.*

กฎหมายฉบับอื่นปรับเข้ากับกรณีเพื่อตัดสินให้เป็นไปตามหลักประโยชน์สูงสุดของเด็ก ซึ่งต่อมา คดีนี้ได้ถูกนำไปเป็นหลักการในการพิจารณาปรับปรุงแก้ไขกฎหมายว่าด้วยการตั้งครุฑแทนซึ่งขณะนี้อยู่ในกระบวนการของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายของประเทศอังกฤษ ดังนั้น เมื่อประเทศไทยเพิ่งตรากฎหมายว่าด้วยการตั้งครุฑแทนเมื่อปี พ.ศ. 2558 ย่อมต้องมีช่องว่างสำหรับการพัฒนา แก้ไข ปรับปรุงเพื่อให้กฎหมายมีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น ให้สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กยิ่งขึ้น และสามารถเป็นหลักประกันการคุ้มครองสิทธิเด็กได้ดียิ่งขึ้น

ระหว่างการศึกษากฎหมายต่างประเทศในเรื่องการตั้งครุฑแทนพบว่า นอกจากหลักสิทธิเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กแล้ว ในระดับนานาชาติยังมีการพัฒนาหลักการเพื่อปกป้องสิทธิของเด็กที่เกิดจากการตั้งครุฑขึ้นโดยเฉพาะภายใต้ชื่อหลักการ Verona Principles อันสืบเนื่องมาจากการตระหนักถึงปัญหาที่มีลักษณะเฉพาะของเด็กที่เกิดจากการตั้งครุฑแทนภายใต้กฎหมายหรือกฎระเบียบที่ยังไม่รัดกุมเพียงพอ ทั้งนี้ เพื่อให้หลัก Verona Principles เป็นเครื่องมือที่เป็นแนวทางประกอบการบัญญัติกฎหมายสำหรับการคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครุฑแทน และถือได้ว่าเป็นหลักการสำหรับการคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครุฑแทนที่เป็นปัจจุบันและมีความครอบคลุมในมิติต่าง ๆ สมบูรณ์ที่สุดเท่าที่เคยมีการพัฒนาหลักการในด้านนี้ และเมื่อเปรียบเทียบพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 กับกฎหมายต่างประเทศและกับหลัก Verona Principles แล้วสรุปได้ว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ยังมีส่วนที่ต้องปรับปรุงแก้ไข ให้สามารถคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดจากการตั้งครุฑแทนได้เป็นไปตามหลักการว่าด้วยสิทธิเด็ก รองรับกรณีที่เกิดขึ้นกับการตั้งครุฑแทนเพื่อไม่ให้มีภาวะที่ไม่มีกฎหมายใช้บังคับ หรือใช้กฎหมายแล้วเกิดผลที่กระทบต่อสิทธิเด็ก

ขณะที่ผลการศึกษาพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 เปรียบเทียบกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและหลักการคุ้มครองสิทธิเด็กตามอนุสัญญาฯ พบว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ยังตราไว้ไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาบางข้อ กล่าวคือ ข้อที่ 6 เด็กทุกคนมีสิทธิที่จะมีชีวิตรัฐต้องดูแลให้เด็กรอดชีวิตและมีพัฒนาการที่ดีที่สุด ข้อที่ 8 รัฐมีหน้าที่ระบุอัตลักษณ์ให้กับเด็กไม่ว่าจะเป็นการบันทึกประวัติ อันได้แก่ชื่อ สัญชาติ และความสัมพันธ์เครือญาติ ไม่มีใครพรากสิทธิเหล่านี้ไปจากเด็กได้ และรัฐมีหน้าที่ทวงสิทธินี้คืนให้เด็กทุกคน เป็นการสะท้อนว่า กฎหมายไทยยังไม่สามารถเป็นหลักประกันความคุ้มครองสิทธิตามอนุสัญญาข้อดังกล่าวให้แก่เด็กที่เกิดจากการตั้งครุฑแทนได้ ซึ่งเป็นลักษณะร่วมของการตรากฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครุฑแทนในหลายประเทศ เพราะนอกจากการพิจารณาในมิติด้านเทคโนโลยีทางการแพทย์ จริยธรรม การป้องกันอาชญากรรมที่จะเกิดต่อเด็กแล้ว ยังต้องพิจารณาในมิติทางสังคมที่มีความแตกต่างหลากหลาย มีความซับซ้อนสูง จึงเป็นไปได้อย่างยิ่งที่การตราพระราชบัญญัติ

ในครั้งแรกหรือขึ้นเป็นฉบับแรกสำหรับเรื่องใหม่ในสังคมจะไม่สามารถบัญญัติให้ครอบคลุมใช้กับทุกกรณีที่จะเกิดมีขึ้นในอนาคตได้ การที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 จะไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กบางข้อ มิได้เป็นเจตนาของรัฐที่จะตรากฎหมายให้ขัดหรือไม่สอดคล้องกับพันธกรณี เพียงแต่เป็นความไม่สมบูรณ์ของกฎหมายใหม่เท่านั้น ลักษณะเดียวกับ Surrogacy Arrangements Act 1985 ของอังกฤษที่ใช้มากกว่า 35 ปีแล้ว แต่ก็ยังคงมีความไม่สมบูรณ์และยังต้องได้รับการปรับปรุงแก้ไขอยู่เป็นระยะ

ผลการศึกษาคัดค้านกับสมมติฐานการวิจัยที่ตั้งไว้ว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ยังไม่มีการบัญญัติให้ชัดเจนถึงการกำหนดหรือการให้ความคุ้มครองสิทธิในการได้รับการปกครองและสิทธิในการได้รับการเลี้ยงดู กรณีการตั้งครรภ์แทนด้วยไข่หรืออสุจิบริจาค กรณีบิดา มารดา คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่ปรากฏ และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่มีศักยภาพเพียงพอที่จะรับหน้าที่ในการเป็นผู้ปกครองได้ และกรณีคู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนตายหรือตกอยู่ในสภาพที่ไม่อาจเลี้ยงดูเด็กได้ สิทธิในการรับรู้รากเหง้า กรณีเด็กที่เกิดจากการบริจาคอสุจิหรือไข่แล้วเด็กไม่รู้ข้อมูลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมอันเป็นรากเหง้าของตนซึ่งจำเป็นจะต้องทำการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ให้ชัดเจนและครอบคลุมกับกรณีดังกล่าว

## 6.2 ข้อเสนอแนะ

ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะต่อปัญหาของบทบัญญัติและปัญหาการใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ตามผลการศึกษาเรียงตามประเด็น ดังนี้

### 6.2.1 ข้อเสนอแนะต่อปัญหาการไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม: ความไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กตามหลักสิทธิในการมีส่วนร่วม

ปัญหาเด็กไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกรณีเด็กเกิดจากการตั้งครรภ์แทนด้วยอสุจิหรือไข่ที่รับบริจาค ซึ่งไม่เป็นไปตามข้อ 8 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และหลักการที่ 11 ของหลัก Verona และไม่สอดคล้องกับหลักสิทธิในการมีส่วนร่วมของเด็ก อันเป็นการกระทบต่อสิทธิพื้นฐานในการรับรู้ข้อมูลเกี่ยวกับตัวตนของเด็กเอง ข้อมูลเกี่ยวกับรากเหง้าและข้อมูลทางกรรมพันธุ์นั้น ผู้เขียนเสนอให้กำหนดหน้าที่ของผู้ปกครองในการแจ้งเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนทราบถึงลักษณะการเกิดโดยการตั้งครรภ์แทนเมื่อเด็กเริ่มเข้าสู่ช่วงวัยเยาวชนตามนิยามที่กำหนดใน มาตรา 4 แห่ง

พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 กล่าวคือ ตั้งแต่อายุ 15 ปีขึ้นไป โดยการตราพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ฉบับเดิม ในส่วนของมาตรา 29 ด้วยการเพิ่มบทบัญญัติสิทธิของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภให้สามารถรับรู้ชื่อ สกุล ที่อยู่ ประวัติ การรักษาพยาบาลของผู้บริจาคอสุจิ หรือไข่ที่นำมาปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนให้กำเนิดเด็กนั้น

จากเดิมบัญญัติว่า

มาตรา ๒๙ เด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาคแล้วแต่กรณี โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะกระทำโดยการให้ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ หรือให้มีการตั้งครรภแทนโดยหญิงอื่น ให้เด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรแม้ว่าสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด

ชายหรือหญิงที่บริจาคอสุจิหรือไข่ซึ่งนำมาใช้ปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภหรือผู้บริจาคตัวอ่อนและเด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่บริจาดังกล่าว ไม่มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก

แก้ไขเป็น

มาตรา ๒๙ เด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาค แล้วแต่กรณี โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะกระทำโดยการให้ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ หรือให้มีการตั้งครรภแทนโดยหญิงอื่น ให้เด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร แม้สามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด

ชายหรือหญิงที่บริจาคอสุจิหรือไข่ซึ่งนำมาใช้ปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภหรือผู้บริจาคตัวอ่อนและเด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่บริจาดังกล่าว ไม่มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก

ภายใต้บังคับวรรคสองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มีสิทธิขอรับรัฐชื่อ สกุล ที่อยู่และประวัติการรักษาพยาบาลชายหรือหญิงที่บริจาคอสุจิหรือไข่ซึ่งนำมาใช้ปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนนั้นได้เมื่ออายุครบ ๑๕ ปีบริบูรณ์

ปรากฏตาม ร่าง พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. .... ภาคผนวก ก

### 6.2.2 ข้อเสนอแนะต่อปัญหาการกำหนดผู้ปกครองในกรณีใช้หญิงอื่นในการตั้งครรภ์แทน: ความไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กตามหลักการได้รับการปกป้องคุ้มครองและการได้รับการพัฒนา

ปัญหาการกำหนดให้หญิงอื่นผู้มิใช่เครือญาติในสายโลหิตที่ตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองเด็กในกรณีคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเสียชีวิตก่อนเด็กคลอด และปัญหาการไม่มีบทกำหนดผู้ปกครองเด็กกรณีคู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์ไม่ปรากฏตัว ซึ่งกรณีหลังนี้เกิดบ่อยครั้งขึ้นในหลายประเทศ ทั้งสองกรณีเป็นการไม่คำนึงถึงข้อ 5 รัฐต้องเปิดโอกาสให้ครอบครัวและชุมชนให้คำแนะนำแก่เด็กในเรื่องของสิทธิที่พวกเขาพึงได้รับ ตลอดจนการใช้สิทธิอย่างมีความรับผิดชอบเมื่อเด็กโตขึ้นก็จะคิดเป็นและปฏิบัติตามสิทธิได้ด้วยตัวเอง และข้อ 20 เด็กที่ไม่ได้รับการเลี้ยงดูจากพ่อแม่ มีสิทธิที่จะได้รับการดูแลอย่างเหมาะสมตามภูมิหลังทางด้านศาสนา ภาษา และวัฒนธรรมของเด็กแห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก และไม่เป็นที่ไปตามหลักการที่ 10 ของหลัก Verona ความรับผิดชอบของผู้ปกครองและความเป็นบิดา มารดา และไม่สอดคล้องกับหลักการได้รับการปกป้องคุ้มครองและการได้รับการพัฒนา โดยถือเป็นกรณีร้ายแรงเพราะกระทบต่อการเจริญเติบโตของเด็กโดยตรงในวัยแรกเกิดนับตั้งแต่คลอด ส่งผลต่อเด็กทั้งการพัฒนาทางร่างกาย พัฒนาของสมอง และพัฒนาทางจิตใจไปจนเติบโตเป็นผู้ใหญ่ สำหรับปัญหานี้ ผู้เขียนเสนอให้กำหนดวิธีการจัดการกรณีคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่ปรากฏตัวให้ดำเนินการเช่นเดียวกับกรณีคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนตาย โดยการตราพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ฉบับเดิมในส่วนของมาตรา 30

จากเดิมบัญญัติว่า

มาตรา ๓๐ ในกรณีที่สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองเด็กนั้นจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กผู้มีส่วนได้เสียหรือพนักงานอัยการมีอำนาจร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้ปกครองได้ และในการตั้งผู้ปกครองดังกล่าวให้ศาลคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กนั้นเป็นสำคัญ

แก้ไขเป็น

มาตรา ๓๐ ในกรณีที่สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด หรือไม่ปรากฏตัวภายหลังจากการคลอดเด็กนั้น หากมิได้กำหนดผู้รับหน้าที่ปกครองแทนเป็นไว้ในบันทึกข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๒๕ ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองเด็กนั้นจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก ผู้มีส่วนได้เสียหรือพนักงานอัยการมีอำนาจร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้ปกครองได้ และในการตั้งผู้ปกครองดังกล่าวให้ศาลคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กนั้นเป็นสำคัญ

นอกจากการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติฯ แล้ว ผู้เขียนเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมแบบข้อตกลงการรับตั้งครรภ์แทนแนบท้ายประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่เกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนและค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ การยุติการตั้งครรภ์แทนการคลอด และหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน หลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน (มาตรา 25) โดยเพิ่มแบบข้อตกลงในข้อ 4 เป็นข้อที่ 4.7 ให้คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนกำหนดบุคคลผู้ที่จะเป็นผู้ปกครองแทนสำหรับการคู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนตายก่อนเด็กคลอด หรือไม่ปรากฏตัวหลังเด็กคลอด



### 6.2.3 ข้อเสนอแนะต่อปัญหาการห้ามปฏิเสธเด็กในทุกกรณี: ความไม่สอดคล้องกับ พันธกรณีระหว่างประเทศตามอนุสัญญาว่าด้วยประโยชน์สูงสุดของเด็ก

ปัญหาการห้ามปฏิเสธเด็กในทุกกรณีที่พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 บัญญัติไว้ในมาตรา 33 ห้ามมิให้คู่สมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนปฏิเสธเด็กในทุกกรณี โดยทั่วไปอาจพิจารณาไปในทางที่เห็นว่ากำหนดขึ้นเพื่อมิให้มีการละทิ้ง ทอดทิ้งเด็ก เป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กแต่ข้อเท็จจริงตามกรณีที่เกิดขึ้นกลับกลายเป็นบทบัญญัติที่บังคับเด็ดขาดลักษณะนี้มีได้ก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเสมอไป แต่กลับเป็นการส่งผลร้ายต่อเด็ก เมื่อสมรสผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนไม่ประสงค์หรือไม่อยู่ในสภาพที่จะอุปการะเลี้ยงดูเด็กได้อีกต่อไปซึ่งเป็นการขัดต่อข้อ 3 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ว่าด้วยการตัดสินใจใด ๆ ควรคำนึงถึงผลกระทบต่อและประโยชน์สูงสุดของเด็ก ขณะที่ภาครัฐก็ควรให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิของเด็ก และให้เด็กได้รับการดูแลโดยบิดา มารดา ผู้ปกครอง ภาครัฐต้องประกันว่าผู้ที่มีหน้าที่ดูแลเด็ก ทำหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ และหลักการที่ 6 ของหลัก Verona ว่าด้วยประโยชน์สูงสุดอันจะเกิดต่อเด็ก ทั้งสองส่วนว่าด้วยเรื่องประโยชน์สูงสุดของเด็ก เช่นนี้ ผู้เขียนจึงเสนอให้กำหนดข้อยกเว้นการห้ามปฏิเสธเด็กและกำหนดวิธีการปฏิเสธเด็กด้วยการร้องขอต่อศาล โดยการตราพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ฉบับเดิม ในมาตรา 33 ด้วยการเพิ่มบทบัญญัติวรรคสอง โดยการปฏิเสธนั้นเป็นไปเพื่อให้เกิดความผาสุกและประโยชน์สูงสุดของเด็ก

จากเดิมบัญญัติว่า

มาตรา ๓๓ ห้ามมิให้สามีและภริยาที่ขอด้วยกฎหมาย หรือสามีหรือภริยาที่ขอด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรโดยการตั้งครรภ์แทนปฏิเสธการรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนดังกล่าว

แก้ไขเป็น

มาตรา ๓๓ ห้ามมิให้สามีและภริยาที่ขอด้วยกฎหมาย หรือสามีหรือภริยาที่ขอด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรโดยการตั้งครรภ์แทนปฏิเสธการรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนดังกล่าว เว้นเสียแต่การปฏิเสธการรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นจะเป็นไปโดยคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กนั้นเป็นสำคัญ โดยให้สามีและภริยาที่ขอด้วยกฎหมาย หรือสามีหรือภริยาที่ขอด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรโดยการตั้งครรภ์แทนต้องร้องขอต่อศาลถึงการปฏิเสธนั้น

ปรากฏตาม ร่าง พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัย  
เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. .... ภาคผนวก ก

## บรรณานุกรม

- กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ. **ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน**. ค้นวันที่ 14 สิงหาคม 2562 จาก <https://humanrights.mfa.go.th/upload/pdf/udhr-th-en.pdf>
- กรุงเทพธุรกิจ**. ปี 62 ไทยโกยรายได้รักษาผู้มีบุตรยากกว่า 4,500 ล้านบาท. (8 ธันวาคม 2563). ค้นวันที่ 2 กรกฎาคม 2564 จาก <https://www.bangkokbiznews.com/news/detail/911416>
- กลุ่มงานข้อมูลสารสนเทศและการสื่อสาร สำนักงานจังหวัดสุโขทัย. **ศิลาจารึก**. ค้นวันที่ 20 ตุลาคม 2552 จาก [http://www.sukhothai.go.th/history/hist\\_08.htm](http://www.sukhothai.go.th/history/hist_08.htm)
- จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และคณะ. **รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน**. รายงานการวิจัยเสนอต่อคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2548.
- จิต เศรษฐบุต. **หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้ พิมพ์ครั้งที่ 3**. กรุงเทพฯ: คณะกรรมการ สัมมนาและวิจัยห้องสมุด คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.
- จิตติ ดิงศภัทย์. **กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530.
- จิตตินันท์ เตชะคุปต์, ญัฐชญา พวงทอง และคนอื่น ๆ. **72305 การศึกษาชีวิตครอบครัวและชุมชน**. พิมพ์ครั้งที่ 2. นนทบุรี: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2560.
- เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์. **ทฤษฎีการเมืองและสังคม**. กรุงเทพฯ: บพิธการพิมพ์, 2538.
- ไทยพีบีเอส**. แพทยสภา เล็งเอาผิดแพทย์ร่วมขบวนการอุ้มบุญข้ามชาติ. (14 กุมภาพันธ์ 2563). ค้นวันที่ 30 มีนาคม 2564 จาก <https://news.thaipbs.or.th/content/288942>
- ไทยรัฐ**. ปรับร่าง พ.ร.บ. อุ้มบุญเพิ่มสิทธิรับรู้รากเหง้าเด็ก. (23 กุมภาพันธ์ 2562). ค้นวันที่ 5 พฤษภาคม 2564 จาก <https://www.thairath.co.th/news/society/1502805>
- ธัญญลักษณ์ เบ็ญจมนโน เตชะวุฒิพันธ์. การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์: ศึกษาเปรียบเทียบจากกฎหมายและคำพิพากษาของประเทศสหรัฐอเมริกา. **วารสารกฎหมายเปรียบเทียบศาลยุติธรรม** 4 (เมษายน 2555): 139-163.
- นครินทร์ เมฆไตรรัตน์. **รายงานการวิจัย เรื่อง การปรับเปลี่ยนกลไกเชิงสถาบันเพื่อการเสริมสร้างสมรรถนะในการทำงานด้านเด็กขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น**. รายงานการวิจัย เสนอกองทุนเพื่อเด็กแห่งสหประชาชาติ (UNICEF). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

- บท นามบุตร, ร่มปรางค์ สวมประจำ, ชัยธร หัตถกรรม, ณัฐภาพิมพ์ ภัทรานุรักษ์กุล, พงศ์ภัทร เพ็ชรรุ่งโรจน์, และสุพัตรา สติจันทรากุล. **รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง สิทธิในการตั้งครรภ์แทน** **ศึกษากรณีตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์** **ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558.** รายงานการวิจัย เสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2559.
- ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่องหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนและ ค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ การยุติการ ตั้งครรภ์ การคลอดและหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการ ตั้งครรภ์แทนหลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน. **ราชกิจจานุเบกษา.** 132 ตอนพิเศษ 350ง (30 ธันวาคม 2558).
- ประกาศแพทยสภาที่ 75(5)/2558 เรื่องหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยี ช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมในตัวอ่อน. **ราชกิจจานุเบกษา.** 132 ตอนพิเศษ, 280ง (4 พฤศจิกายน 2558).
- ประชุม โฉมฉาย. **วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน.** กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.
- ปรีชา ช่างขวัญยืน. **ปรัชญาแห่งอุดมการณ์ทางการเมือง.** พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538.
- พรรณทิพย์ ศิริวรรณบุศย์. **จิตวิทยาครอบครัว.** กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538.
- พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ พ.ศ. 2558. **ราชกิจจานุเบกษา.** 32, 38ก (1 พฤษภาคม 2558).
- ไพโรจน์ กัมพูสิริ. **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว.** พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.
- มาตาลักษณ์ เสรมธากุล. **รายงานวิจัย เรื่อง หลักการคุ้มครองสิทธิเด็กภายใต้แนวคิดเกี่ยวกับประโยชน์** **สูงสุดของเด็ก.** รายงานการวิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562.
- มารุต บุนนาค. สิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยในการต่อสู้คดีอาญา. **วารสารทนายความ** 12 (2515): 5.
- มูลนิธิสวดศรี-สฤษดิ์วงศ์. **อุ้มบุญ (9) หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง.** ค้นวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2564 จาก <https://thaissf.org/cd039/>
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. **สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ.** กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2538.
- วัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล. **รายงานการวิจัย เรื่อง กฎหมายคุ้มครองเด็กถูกระงับการกระทำทารุณกรรมจาก** **ผู้ปกครอง.** ม.ป.ท.: ม.ป.พ., 2545.

- วัลลภ ตังคณานูรักษ์. **ข้อเสนออัญัติตั้งคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาศึกษามาตรการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันทางการแพทย์ที่ตกค้างในประเทศไทย.**  
เอกสารประกอบการพิจารณาอัญัติ (อ.พ.). กรุงเทพฯ: สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา. 2558.
- วิชา มหาคุณ. **ศาลเยาวชนและครอบครัวตามแนวความคิดสากล.** พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง, 2543.
- วิชา มหาคุณ และวัชรินทร์ ปัจเจกวิญญูสกุล. **ผลกระทบของเด็กถูกระงับการทำทารุณกรรม มาตรการป้องกันแก้ไขศึกษาเฉพาะเด็กและเยาวชนที่เคยฟ้องคดี.** กรุงเทพฯ: สมาคมสวัสดิการเด็กในประเทศไทย, 2533.
- คีนสนีย์ นิชู. **Theories of Personality and Psychopathology.** ค้นวันที่ 9 พฤษภาคม 2562 จาก <http://www.med.swu.ac.th/psychiatry/images/new62/301-362/9/theory%2011-12-62.pdf>
- สถานเอกอัครราชทูต ณ กรุงลอนดอน. **การรับบุตรบุญธรรม.** ค้นวันที่ 12 ตุลาคม 2564 จาก <https://london.thaiembassy.org/th/page/การรับบุตรบุญธรรม>
- สมคิด เลิศไพฑูรย์. **หลักความเสมอภาค.** วารสารนิติศาสตร์ 30 (2 มิถุนายน 2543): 170.
- สมทบ สุวรรณสุทธิ. **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล.** กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2510.
- สมบัติ อารังธัญญวงศ์. **การเมือง: แนวความคิดและการพัฒนา.** พิมพ์ครั้งที่ 18. กรุงเทพฯ: สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2551.
- สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. **พันธกรณีระหว่างประเทศ.** ค้นวันที่ 1 ตุลาคม 2564 จาก <https://www.nhrc.or.th/Human-Rights-Knowledge/International-Human-RightsAffairs/International-Law-of-human-rights.aspx#cedaw>
- สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. **สิทธิมนุษยชนกับการพัฒนา ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิในการพัฒนา:แนวทางปฏิบัติและมาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เอกสารลำดับที่ 6.** กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2546.
- สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. **หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับมนุษยชนอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก.** กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2554.
- สำนักงานแถลงข่าวสหประชาชาติ. **กฎบัตรสหประชาชาติ.** ค้นวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2564 จาก [https://treaties.mfa.go.th/pdf/สนธิสัญญาที่น่าสนใจ/UN\\_Charter\\_Thai.pdf](https://treaties.mfa.go.th/pdf/สนธิสัญญาที่น่าสนใจ/UN_Charter_Thai.pdf)

- สำนักงานราชบัณฑิตยสภา. พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสภา พ.ศ. 2554. ค้นวันที่ 9 พฤษภาคม 2562 จาก [www.dictonary.orst.go.th](http://www.dictonary.orst.go.th)
- สิตลาทัย พงศ์ศรีวัฒน์. การคุ้มครองสิทธิเด็กเมื่อต้องเข้าสู่การดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 20) พ.ศ. 2542. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2549.
- เสถียร หอมขจร. ทฤษฎีการเมืองและจริยธรรม 2. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: ภาควิชาการปกครอง คณะรัฐศาสตร์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2540.
- หยุด แสงอุทัย. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523.
- องค์การยูนิเซฟ ประเทศไทย. อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กคืออะไร. ค้นวันที่ 15 มีนาคม 2565 จาก <https://www.unicef.org/thailand/th/what-is-crc>
- องค์การสหประชาชาติ คณะกรรมการด้านสิทธิมนุษยชน. อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและพิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก. กรุงเทพฯ: สำนักส่งเสริมและพิทักษ์เด็กกระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์, ม.ป.ป.
- อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก. ค้นวันที่ 1 ตุลาคม 2564 จาก <https://humanrights.mfa.go.th/upload/pdf/crct.pdf>
- อวิการ์ตัน นิยมไทย. การปฏิรูปกฎหมาย: การรับตั้งครม.แทน. จุลินิติ 7 (กันยายน-ตุลาคม 2553): 147-158. ค้นวันที่ 12 ธันวาคม 2564 จาก [https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/272/files/S%E0%B9%88ub\\_Jun/10reform/reform14.pdf](https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/272/files/S%E0%B9%88ub_Jun/10reform/reform14.pdf)
- André, Michèle; Milon, Alain and Richemont, Henri de, **Contribution a la Reflexion Sur la Matrmite Pour Autrui, AU Nom de la Commission Des Affaires Sociales ET de la Commission Des Lois Information Report n° 421, 25 June 2008, French Senate**, Retrieved May 2021, 11 from [www.senat.fr/rap/r07-421-4211.pdf](http://www.senat.fr/rap/r07-421/r07-4211.pdf)
- Boukrouna, Farida; Chardenoux, Simon and Claire Pailassou. **International Surrogacy Arrangements: A Need for Judicial Cooperation?** Retrieved January 20, 2016 from <http://www.ejtn.eu/>
- Brunet, Laurence; King, Derek; Davaki, Konstantina; McCandless, Julie; Marzo, Claire and Carruthers, Janeen. **Comparative Study on the Regime of Surrogacy in the EU Member States.** Belgium: European Parliament, 2012.

- Burns, Kenneth; Skivenes, Marit and Pösö, Tarja, eds. **Child Welfare Removals by The State: A Cross-Country Analysis of Decision-Making Systems**. New York: Oxford University Press, 2017.
- Caron, Pierre-Louis. France to Legally Recognize Surrogate Children as French Citizens. **Vice News**. Retrieved August 8, 2021 from <https://www.vice.com/en/article/xgda34/human-zoo-france-safari-african>
- Checkkaway, Barry. What is Youth Participation? **Children and Youth Services Review** 33 (February 2011): 340-345.
- Child Rights International Network. **Children's Rights: 101**. Retrieved October 20, 2019 from <https://home.crin.org/childrens-rights-101>
- Crockin, Susan L. Interview with Margaret Swain and Nidhi Desai, ART Attorneys, **COVID-19, Surrogacy, and Unplanned Childcare: Why the Commercial Surrogacy Industry Needs New Contractual Provisions After the Pandemic** (2020): para. 5. Retrieved January 20, 2020 from <https://www.law.georgetown.edu/gender-journal/covid-19-surrogacy-and-unplanned-childcare-why-the-commercial-surrogacy-industry-needs-new-contractual-provisions-after-the-pandemic/>
- De Cruz, Peter. **Comparative Healthcare Law**. London: Cavendish, 2001.
- Department of Health. **Review of the Human Fertilisation and Embryology Act: A Public Consultation**. Retrieved July 7, 2021 from <https://acmedsci.ac.uk/file-download/34948-AMSFinal.pdf>
- Ferdinand, Melin-Soucramanien. Les Adaptations Du Principe D'égalité À La Diversité des Territoires. **Revue Française De Droit Administratif** 5 (September 1997): 906.
- FRANCE 24, **French Parliament Votes to Extend IVF Rights to Lesbians and Single Women**, Retrieved July 7, 2021 from <https://www.france24.com/en/france-20210629french-parliament-set-to-extend-ivf-rights-to-lesbians-and-single-women>
- Freud, Sigmund. **An Outline of Psychoanalysis**. United Kingdom: Read Books ,1940.
- Furlong, Andy and Cartmel, Fred. **Young People and Social Change: Individualization and Risk in Late Modernity**. Sociology and Social Change. 2<sup>nd</sup> ed. Warde, Alan and Crossley, Nick. ed. Buckingham: Philadelphia, 2007.

- Harris, Anita; Wyn, Johanna and Youners, Salem. Beyond Apathetic or Activist Youth: ‘Ordinary’ Young People and Contemporary Forms of Participation. *Young* 18 (February 2010): 9-32.
- International Social Service (ISS). **Principles the for the Protection of the Rights of the Child Born Through Surrogacy (Verona Principles)**. Retrieved June 25, 2021 from [https://www.issssi.org/images/Surrogacy/VeronaPrinciples\\_25February2021.pdf](https://www.issssi.org/images/Surrogacy/VeronaPrinciples_25February2021.pdf)
- Kale, Sirin. Surrogacy: New Parents Stuck in the US Amid COVID-19 Shutdown. *The Guardian* (26 March 2020). Retrieved January 20, 2020 from <https://www.theguardian.com/world/2020/mar/26/surrogacy-new-parents-stuck-in-us-amid-covid-19-shutdown>
- Kennedy, Ian and Grubb, Andrew. **Medical Law: Text with Materials**. 5<sup>th</sup> ed. United Kingdom: Butterworths, 1994.
- Kosher, Hanita; Ben-Arieh, Asher and Hendelsman, Yael. **Children’s Right and Social Work Springer Briefs in Rights-Based Approaches to Social Work**. Cham: Springer International, 2017.
- Levesque, Roger J. R. and Bueren, Geraldine Van. The International Law on The Rights of the Child. *Fordham International Law Journal* 19 (1995): 832-839.
- Locke, John. **The Second Treatise of Civil Government and A Letter Concerning Toleration**. England: Blackwell's, 1948.
- Locke, John. **Treatise of Civil Government and A Letter Concerning Toleration**. New York: Irvington, 1979.
- Locke, John. **Two Treatises of Government**. England: Cambridge University Press, 1988.
- Locke, John and Cook, Thomas I. **Two Treatises of Government**. New York: Hafner, 1969.
- McDermot, Hannah. **Surrogacy Policy in The United States and Germany: Comparing the Historical, Economic and Social Context of Two Opposing Policies**. Master’s thesis, Science, Technology, and Society (STS), Vassar College, 2012.
- MGR Online**. แม่อุ้มบุญชาวไทยล้นวาจา จะไม่ปล่อยให้พ่อออสซีพา “น้องแกรมมี่” กลับออสเตรเลีย. (12 สิงหาคม 2557). ค้นวันที่ 14 สิงหาคม 2562 จาก <https://mgronline.com/around/detail/9570000091822>
- Micklethwait, David. **Noah Webster and the American Dictionary**. London: McFarland, 2005.

- Parry, Ryan and Blincow, Neil. EXCLUSIVE: Surrogate Mom Who Became Pregnant with Her Biological Son While Carrying the Child of Another Couple Sues Agency for 'Human Trafficking' After She Was Forced to Pay Thousands to Get Him Back. **MailOnline** (20 August 2018) Retrieved June 28, 2021 from <https://www.dailymail.co.uk/news/article-6071199/Surrogate-fight-win-son-sues-agency-child-abduction.html>
- Schneider, Volker. The Structure of Policy Networks: A Comparison of the 'Chemicals Control' and 'Telecommunications' Policy Domains in Germany. **European Journal of Political Research** 21 (February 1992): 109-129.
- Skivenes, Marit and Sørsdal, Line Marie. The Child's Best Interest Principle Across Child Protection Jurisdictions. In **Human Rights in Child Protection: Implications for Professional Practice and Policy**. Asgeir Falch-Eriksen/Elisabeth Backe-Hansen, eds. Switzerland: Palgrave Macmillan, 2018.
- Smith, George H. **The Roots of State Education Part 3: Aristotle and Civic Virtue**. Retrieved March 8, 2021 from <https://www.libertarianism.org/publications/essays/excursions/roots-state-education-part-3-aristotle-civic-virtue>
- Standley, Kate. **Family Law**. England: Palgrave MacMillan, 2004.
- The European Court of Human Right. **Totally Prohibiting the Establishment of a Relationship Between a Father and His Biological Children Born Following Surrogacy Arrangements Abroad Was in Breach of The Convention**. Retrieved August 14, 2021 from <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-4804617-5854908&filename=003-4804617-5854908.pdf>
- United Nations International Children's Emergency Fund. **Historical Overview of The Children's Rights Evolution, Children's Rights History**. Retrieved February 10, 2021 from <https://www.unicef.org/child-rights-convention/history-child-rights>
- United Nations. **Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961**. Retrieved February 10, 2021 from [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9\\_1\\_1961.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_1_1961.pdf)

- Vonk, M. J. Natherland: Maternity for Another: A Double Dutch Approach. In **Gestation pour autrui: Surrogate Motherhood (dir. F. Moneger), coll. Collques, Vol. 14, Proceedings of the 8<sup>th</sup> Congres of International Comparative Law, Held in Washington DC 2010.** Paris: Society of Comparative Legislation, 2011.
- Vromen, Ariadne. 'People Try to Put Us Down ...': Participatory Citizenship of 'Generation X'. **Australian Journal of Political Science** 43 (Mar 2003): 79-99.
- Welsh Assembly Government. **Children and Young People's Participation in Wales (Research Document No: 051/2010).** Retrieved February 12, 2021 from <https://gov.wales/sites/default/files/statistics-and-research/2019-07/100115-children-young-peoples-participation-en.pdf>.
- Whittington Health NHS Trust. **Application Questionnaire for Potential Sperm Donors.** Retrieved August 8, 2021 from <https://www.spermdonation.nhs.uk/apply-sperm-donor-nhs>

ภาคผนวก

ภาคผนวก ก

บันทึกหลักการและเหตุผล

ประกอบร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยใน  
การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ....

บันทึกหลักการและเหตุผล  
ประกอบร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก  
ที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์  
พ.ศ. ....

---

หลักการ

แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 เพื่อคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ดังต่อไปนี้

(๑) กำหนดเพิ่มเติมสิทธิในการรับรู้รากเหง้าของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๒๙)

(๒) กำหนดให้เพิ่มเติมกรณีคู่สมรสไม่ปรากฏตัวหลังการคลอด เป็นเหตุให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก ผู้มีส่วนได้เสีย หรือพนักงานอัยการมีอำนาจร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้ปกครองได้ (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๓๐)

(๓) กำหนดให้เพิ่มเติมหลักประโยชน์อันสูงสุดต่อเด็กเป็นสำคัญเป็นเงื่อนไขในการปฏิเสธการรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๓๓)

**เหตุผล**

โดยที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มีบทบัญญัติบางประการกระทบต่อการคุ้มครองสิทธิเด็ก ยังไม่ครอบคลุมถึง สิทธิในการรับรู้รากเหง้าของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ สิทธิเด็กจากการปกครองโดยหญิงอื่นที่รับตั้งครรภ์แทน และเหตุผลในการปฏิเสธเด็กโดยการนำหลักประโยชน์อันสูงสุดอันจะเกิดต่อเด็กเป็นสำคัญเข้ามาเป็นเงื่อนไขในการปฏิเสธเด็ก เพื่อคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นสำคัญ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

## ร่าง

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก  
ที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์  
พ.ศ. ....

โดยที่เป็นการสมควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัย  
เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

พระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติบางประการกระทบต่อสิทธิเด็ก

มาตรา ๑ พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดย  
อาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (ฉบับที่... ) พ.ศ. .... ”

มาตรา ๒ พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ ๑ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๕๘

มาตรา ๓ ให้เพิ่มข้อความต่อไปนี้เป็นวรรคสามของมาตรา ๒๙ แห่ง  
พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.  
2558

“ภายใต้บังคับวรรคสองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทาง  
การแพทย์มีสิทธิขอรับรู้ชื่อ สกุล ที่อยู่และประวัติการรักษาพยาบาลชายหรือหญิงที่บริจาคอสุจิหรือ  
ไข่ซึ่งนำมาใช้ปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนนั้นได้เมื่ออายุครบ ๑๕ ปีบริบูรณ์”

มาตรา ๔ ให้ยกเลิกความในมาตรา ๓๐ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิด  
โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา ๓๐ ในกรณีที่มีสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการ  
ตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด หรือไม่ปรากฏตัวภายหลังจากการคลอดเด็กนั้น หากมิได้  
กำหนดผู้รับหน้าที่ปกครองแทนเป็นไว้ในบันทึกข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนตามที่กำหนดไว้ในมาตรา  
25 ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองเด็กนั้นจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ให้หญิง  
ที่รับตั้งครรภ์แทน พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก ผู้มีส่วนได้เสียหรือ  
พนักงานอัยการมีอำนาจร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้ปกครองได้ และในการตั้งผู้ปกครองดังกล่าวให้ศาล  
คำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กนั้นเป็นสำคัญ”

มาตรา ๕ ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นเติมในตอนท้ายของมาตรา ๓๓ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

“เว้นเสียแต่การปฏิเสธการรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นจะเป็นไปโดยคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กนั้นเป็นสำคัญ โดยให้สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรโดยการตั้งครรภ์แทนต้องร้องขอต่อศาลถึงการปฏิเสธนั้น”

## ภาคผนวก ข

แบบข้อตกลงการรับตั้งครรภ์แทนแนบท้ายประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่เกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนและค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ การยุติการตั้งครรภ์แทนการคลอด และหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน หลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน (มาตรา ๒๕)

แบบข้อตกลงการรับตั้งครุฑแทนแบบท่ายประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข  
 ที่เกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครุฑแทนและค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครุฑแทนในขณะ  
 ตั้งครุฑ การยุติการตั้งครุฑแทนการคลอด และหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิด  
 จากการตั้งครุฑแทน หลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน (มาตรา ๒๕)

เขียนที่.....

วันที่..... เดือน..... พ.ศ.....

๑. ข้าพเจ้า สามีที่ชอบด้วยกฎหมาย

๑.๑ ชื่อ-สกุล.....

เลขประจำตัวประชาชน/หนังสือเดินทางเลขที่□□□□□□□□□□□□□□□□ อายุ.....ปี

สัญชาติ..... อยู่บ้านเลขที่.....อาคาร.....

ซอย/ตรอก..... ถนน.....ตำบล/แขวง.....

อำเภอ/เขต.....จังหวัด.....รหัสไปรษณีย์.....

โทรศัพท์.....โทรสาร.....E-mail:.....

๑.๒ ที่อยู่ติดต่อได้

อยู่บ้านเลขที่.....อาคาร.....

ซอย/ตรอก..... ถนน.....ตำบล/แขวง.....

อำเภอ/เขต.....จังหวัด.....รหัสไปรษณีย์.....

โทรศัพท์.....

๒. ข้าพเจ้า ภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย

๒.๑ ชื่อ-สกุล.....

เลขประจำตัวประชาชน/หนังสือเดินทางเลขที่□□□□□□□□□□□□□□□□ อายุ.....ปี

สัญชาติ..... อยู่บ้านเลขที่.....อาคาร.....

ซอย/ตรอก..... ถนน.....ตำบล/แขวง.....

อำเภอ/เขต.....จังหวัด.....รหัสไปรษณีย์.....

โทรศัพท์.....โทรสาร.....E-mail:.....

๒.๒ ที่อยู่ติดต่อได้

อยู่บ้านเลขที่.....อาคาร.....

ซอย/ตรอก..... ถนน.....ตำบล/แขวง.....

อำเภอ/เขต.....จังหวัด.....รหัสไปรษณีย์.....

โทรศัพท์.....





๔.๘ รายละเอียดเพิ่มเติมนอกเหนือจาก ข้อ ๔.๑ - ๔.๗ ซึ่งเป็นข้อตกลงที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย และความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี (ถ้ามี) โดยมีข้อตกลง ดังนี้

.....

.....

.....

แบบ คทพ. ๒

๕. ข้าพเจ้า นาย.....สามีที่ชอบด้วยกฎหมาย/ชายมรอาอยู่กินฉันสามี ภริยากับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เลขประจำตัวประชาชน/หนังสือเดินทางเลขที่□□□□□□□□□□□□□□□□ อายุ.....ปี ได้อ่านพร้อมทั้งรับทราบข้อความข้างต้น และยินยอมให้.....รับตั้งครรภ์แทนได้

ข้อตกลงนี้ทำขึ้น ๔ ฉบับ โดยข้าพเจ้า สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและผู้ปกครองแทนได้รับทราบและเข้าใจข้อความในข้อตกลงโดยละเอียดตลอดแล้ว จึงได้ลงลายมือชื่อเป็นหลักฐานต่อหน้าพยาน และเก็บไว้ฝ่ายละ ๑ ฉบับ

ลงชื่อ .....สามีที่ชอบด้วยกฎหมาย  
( )

ลงชื่อ.....ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย  
( )

ลงชื่อ.....หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน  
( )

ลงชื่อ.....สามีที่ชอบด้วยกฎหมาย  
( )/ชายที่อยู่กินฉันสามีภริยากับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

ลงชื่อ.....ผู้ปกครองแทน  
( )

ลงชื่อ.....พยาน  
( )

ลงชื่อ.....พยาน  
( )

**หมายเหตุ ๑.** ให้สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและผู้ปกครองแทน นำแบบข้อตกลงรับตั้งครรภ์แทนฉบับจริง ๑ ฉบับ แนบเป็นเอกสารประกอบการยื่นคำขออนุญาตดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน

๒. เมื่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะไปฝากครรภ์หรือไปคลอดบุตรยังสถานพยาบาลใดให้นำข้อตกลงนี้ไปแสดงต่อแพทย์ผู้รับฝากครรภ์ หรือผู้ที่จะทำคลอด ณ สถานพยาบาลแห่งนั้น เพื่อเป็นหลักฐานในการออกหนังสือรับรองการเกิด และการแจ้งเกิดของเด็กต่อไป (มาตรา ๓๑)

๓. ให้พยานนำสำเนาบัตรประจำตัวประชาชนแนบประกอบการลงนามในฐานะพยานด้วย

---

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ ชื่อสกุล

นางสาวพรรณธิพา สุขจิตร

ประวัติการศึกษา

บริหารธุรกิจบัณฑิต (การเงิน)

เกียรตินิยมอันดับสอง

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

ปีสำเร็จการศึกษา พ.ศ. 2545

รัฐประศาสนศาสตรมหาบัณฑิต

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ปีสำเร็จการศึกษา พ.ศ. 2553

นิติศาสตรบัณฑิต

มหาวิทยาลัยบูรพา

ปีสำเร็จการศึกษา 2556

ประกาศนียบัตรวิชาว่าความ

ได้รับใบอนุญาตให้เป็นทนายความ

เลขที่ 2381/2558 พ.ศ. 2558