



## ปัญหาข้อขัดข้องในการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก ที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ๒๕๕๘\*

นายพงษ์เดช วานิชกิตติกูล\*\*

นางชาริยา เต่นินินาท\*\*\*

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ แพทย์หญิง ชลธิชา สติระพจน์\*\*\*\*

### ทั่วโลก

ประสบปัญหาเรื่องการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ตัวอย่างเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มลรัฐแคลิฟอร์เนีย ที่มีปัญหาว่า สัญญาการตั้งครรภ์แทนมีผลบังคับในสหรัฐอเมริกาหรือไม่ สหรัฐอเมริกาได้มีกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน ๖ มลรัฐ ในประเทศไทยออกพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ๒๕๕๘ มาแล้วจึงไม่จำเป็นต้องพิจารณาเรื่องสัญญาการรับตั้งครรภ์แทน กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้ดูแลเฉพาะเด็กแต่ยังดูแลรวมไปถึงเซลล์ต้นกำเนิดและตัวอ่อน มีประเด็นสำคัญว่าเมื่อเด็กเกิดมาแล้วใครเป็นผู้รับผิดชอบ ในการนี้ ศาลอุทธรณ์คดีชำนัญพิเศษมีอำนาจพิจารณาเฉพาะคดีแพ่ง เช่น ความเป็นบิดามารดา แต่การให้ความคุ้มครองทางการแพทย์ที่มีโทษทางอาญาศาลอุทธรณ์คดีชำนัญพิเศษจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องต้องฟ้องต่อศาลอื่น

พิจารณาเทียบกับกฎหมายของประเทศเยอรมนีที่ห้ามไม่ให้ทำอัมบิวไม่ว่าจะมีค่าจ้างหรือไม่ก็ตาม มีประเด็นปัญหาว่า มีการทำสัญญาอัมบิวในต่างประเทศและนำบุตรกลับเข้ามาภายในประเทศแล้วร้องขอให้รับรองความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายจะมีผลอย่างไร ในเรื่องนี้มีประเด็นทางวิชาการตามหลักการสำคัญเรื่อง The Best interest ซึ่งต้องพิจารณาว่าอะไรเป็นประโยชน์สูงสุดของเด็ก

\* บทความนี้สรุปจากการประชุมเชิงปฏิบัติการโครงการเสริมสร้างมาตรฐานการอำนวยความสะดวกของศาลอุทธรณ์คดีชำนัญพิเศษแผนกคดีเยาวชนและครอบครัว เรื่อง ปัญหาข้อขัดข้องในการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ๒๕๕๘ จัดขึ้นระหว่างวันที่ ๒-๔ มีนาคม ๒๕๖๑ ณ โรงแรมวินทรี ซิตี้ รีสอร์ท จังหวัดเชียงใหม่

\*\* ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ น.บ. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,น.บ.ท.,LL.M. The American University

\*\*\* ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์คดีชำนัญพิเศษ,น.บ.ท. มหาวิทยาลัยรามคำแหง

\*\*\*\* แพทยศาสตรบัณฑิตปี ๒๕๔๑ จากคณะแพทยศาสตร์โรงพยาบาลรามาธิบดี มหาวิทยาลัยมหิดล วุฒิปริญญาตรี-นรีเวชวิทยา ๒๕๔๖ จากคณะแพทยศาสตร์โรงพยาบาลรามาธิบดี มหาวิทยาลัยมหิดล วุฒิปริญญาตรีการเจริญพันธุ์ ๒๕๕๐ จากคณะแพทยศาสตร์โรงพยาบาลรามาธิบดี มหาวิทยาลัยมหิดล เคยศึกษาวิจัยเกี่ยวกับเซลล์ต้นกำเนิดของรังไข่ ที่ Division of Research, Vincent OB/GYN service Massachusetts General Hospital, เมือง Boston, รัฐ Massachusetts ประเทศ สหรัฐอเมริกา ปัจจุบันเป็นอาจารย์ประจำ ประจำแผนกเวชศาสตร์การเจริญพันธุ์ สังกัด ภาควิชาสูติศาสตร์-นรีเวชวิทยา คณะแพทยศาสตร์โรงพยาบาลรามาธิบดี

### **การอุ้มบุญ**

การอุ้มบุญหรืออาจเรียกให้เข้าใจง่ายและเห็นภาพได้ชัดเจนว่าเป็นการยืมมดลูกของหญิงอื่นเพื่อตั้งครรภ์แทนใช้ในกรณีที่ผู้มีความประสงค์จะมีบุตรแต่ไม่สามารถตั้งครรภ์เองได้โดยมีภาวะที่ทำให้ตัวอ่อนไม่ฝังตัวในมดลูก ภาวะไร้มดลูก หรือมดลูกมีความผิดปกติใดๆที่ทำให้ไม่สามารถเป็นที่อาศัยของตัวอ่อนทารกได้

### **สาเหตุของการอุ้มบุญ**

๑. คู่สมรสมีบุตรยาก
๒. คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่สามารถมีบุตรได้
๓. คู่รักเพศเดียวกัน เช่นประเทศสหรัฐอเมริกาที่ยอมให้คู่รักเพศเดียวกันสามารถแต่งงานกันได้

### **ประเภทของการอุ้มบุญ**

ในทางการแพทย์มีการอุ้มบุญแท้ (Full or Traditional surrogacy) และการอุ้มบุญเทียม (Partial or Gestational surrogacy) แต่ในสังคมหรือทางกฎหมายมีการอุ้มบุญ ๒ แบบคือการอุ้มบุญโดยมีค่าตอบแทน (Commercial surrogacy) และการอุ้มบุญโดยไม่มีค่าตอบแทน (Non - Commercial surrogacy)

สำหรับประเทศไทย ยินยอมให้ทำอุ้มบุญได้เฉพาะกรณีการอุ้มบุญโดยไม่มีค่าตอบแทนเพื่อให้สอดคล้องกับศีลธรรมจรรยา และอาจมีประเด็นปัญหากรณีอุ้มบุญที่ขัดต่อกฎเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด

พระราชบัญญัตินี้มุ่งคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ดังนั้นหากมีข้อพิพาทศาลต้องคำนึงถึงตัวเด็กเป็นสำคัญ

### **เงื่อนไขการตั้งครรภ์แทน**

๑. ต้องเป็นสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ ประสงค์จะมีบุตร โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีที่สามีหรือภริยาไม่ได้มีสัญชาติไทยต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่า ๓ ปี

มีประเด็นปัญหาว่า ต้องจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายใด

กฎหมายเยาวชนและครอบครัวในปัจจุบันจึงพิจารณาเฉพาะกฎหมายไทยเพียงอย่างเดียวไม่ได้ ต้องศึกษากฎหมายเปรียบเทียบและพิจารณาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ. ศ. ๒๔๘๙ และหากต้องใช้กฎหมายต่างประเทศ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายถือว่ากฎหมายต่างประเทศเป็นปัญหาข้อเท็จจริง คู่ความมีหน้าที่ต้องนำเสนอ หากคู่ความไม่นำเสนอเป็นที่ยอมรับของศาล ศาลมีอำนาจใช้กฎหมายไทยในการพิจารณาคดี

๒. หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีสุขภาพหรือผู้สืบสันดานของคู่สมรส เพื่อรองรับเหตุผลเรื่องการลำดับญาติในทางสังคม

๓. หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของคู่สมรส

๔. ในกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิตให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนได้

๕. หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นหญิงที่เคยมีบุตรมาก่อนแล้วเท่านั้นและหากหญิงนั้นมีสามีต้องได้รับความยินยอมจากสามีด้วย เพื่อรองรับเหตุผลทางขนบธรรมเนียม วัฒนธรรมของไทยและเหตุผลทางการแพทย์เนื่องจากหญิงตั้งครรภ์มีความเสี่ยงที่จะเกิดโรคบางชนิดที่มีความรุนแรงถึงขั้น

เสียชีวิต และแพทย์สนับสนุนให้คลอดเองตามธรรมชาติมากกว่าใช้วิธีการผ่าตัด ดังนั้น หญิงที่เคยคลอดเองจะคล่องตัวและช่วยลดความเสี่ยงจากภาวะแทรกซ้อนระหว่างคลอด และที่สำคัญที่สุดคือหญิงที่เคยตั้งครรภ์ย่อมมีสภาพมดลูกที่พร้อมสำหรับการฝังตัวของตัวอ่อน

### **วิธีดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน**

๑. ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีและไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน

๒. ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีหรือไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนกับไข่หรืออสุจิของผู้อื่น ทั้งนี้ ห้ามไม่ให้ใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความผูกพันระหว่างหญิงรับตั้งครรภ์แทนและเด็กมากจนเกินไป

### **กฎหมายห้ามทำการค้า**

๑. ห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ในทางการค้า

๒. ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการเป็นคนกลางหรือนายหน้าโดยเรียกรับหรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดเพื่อเป็นการตอบแทนในการจัดการหรือชี้ช่องให้มีการรับตั้งครรภ์แทน

๓. ห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณาหรือไขข่าวให้แพร่หลายด้วยประการใดๆ เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนว่ามีหญิงที่ประสงค์จะเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนผู้อื่น หรือมีบุคคลที่ประสงค์จะให้หญิงอื่นเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่ว่าจะได้กระทำเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือไม่ก็ตาม

พระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดเขตอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัวไว้ในกรณีความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย และการตั้งผู้แทนโดยชอบธรรม หากเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติที่มีโทษทางอาญาจะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลอื่น

### **ความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายมีเงื่อนไขดังนี้**

๑. เป็นเด็กที่เกิดตามพระราชบัญญัตินี้คือ เด็กที่เกิดจากการผสมเทียมหรือเด็กที่เกิดจากการอุ้มบุญ

๒. ไม่ว่าภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นผู้ตั้งครรภ์หรือตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่น

๓. เด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรแม้ว่าสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด

๔. ห้ามปฏิเสธการรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนดังกล่าว (มาตรา ๓๓) เช่น กรณีคู่สมรสชาวญี่ปุ่นทะเลาะกันในระหว่างว่าจ้างหญิงชาวอินเดียให้ตั้งครรภ์แทนและมีแนวโน้มว่าจะไม่รับเด็กเป็นบุตรหากมีกรณีดังกล่าวเกิดขึ้นจะแก้ไขปัญหาอย่างไร

กฎหมายอุ้มบุญในอนาคตไม่ได้เป็นเพียงกฎหมายภายในของประเทศใดประเทศหนึ่ง ควรมีองค์กระระหว่างประเทศเข้ามาดูแล วางหลักเกณฑ์ทางการแพทย์ของทุกประเทศเพื่อไม่ให้เกิดปัญหาต่อเด็ก และจากกรณีนี้ประเทศไทยจึงแก้ปัญหาโดยการบัญญัติห้ามมิให้ปฏิเสธการรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

### **การตั้งผู้แทนโดยชอบธรรม**

ถ้าบิดามารดาที่แท้จริงถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองเด็กนั้นไปจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองใหม่ และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมาย

ว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก ผู้มีส่วนได้เสียหรือพนักงานอัยการจะต้องร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้ปกครอง โดยศาลต้องคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กนั้นเป็นสำคัญ (The Best interests of the child)

### **หน้าที่แจ้งการเกิดของเด็ก**

๑. สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย

๒. หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หากสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด ไม่อยู่ในประเทศไทยหรือไม่ปรากฏตัวภายหลังจากการคลอดเด็กนั้น

### **ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต**

๑. การอุ้มบุญโดยฝ่าฝืนกฎหมาย เช่น มีญาติสืบสายโลหิตที่เป็นผู้หญิงแต่ยังคงจ้างหญิงอื่นให้รับตั้งครรภ์แทนจะมีผลในทางกฎหมายอย่างไร

๒. ความผิดพลาดทางการแพทย์ระหว่างอุ้มบุญ เช่น เด็กมีความผิดปกติทางร่างกายหรือสมอง

๓. คู่สมรสชาวไทยไปจ้างอุ้มบุญในต่างประเทศ

### **ความเห็นทางการแพทย์**

ในทางการแพทย์การตั้งครรภ์ต้องประกอบด้วย ๓ ปัจจัย คือมดลูก เซลล์ไข่และเซลล์สุจิ เมื่อพระราชบัญญัติฉบับนี้มีผลบังคับใช้ มีผลต่อการรักษาทางการแพทย์ดังนี้

๑. การรักษาต้องมีเอกสารประกอบครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนด เช่น ใบทะเบียนสมรส เป็นต้น จึงมีการใช้วิธีการอุ้มบุญเถื่อนเพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาความยุ่งยากเกี่ยวกับเอกสาร

๒. การขอรับบริจาคเซลล์ไข่หรือเซลล์สุจิ

๓. การใช้มดลูกของแม่อุ้มบุญ เช่น กรณีหญิงไม่ต้องการตั้งครรภ์เองเนื่องจากกลัวสรีระเปลี่ยนแปลง คู่รักเพศเดียวกัน ถูกตัดมดลูก เป็นต้น

๔. ผลกระทบในทางปฏิบัติต่อกระบวนการอุ้มบุญในปัจจุบัน คือ ต้องประชุมความคิดเห็นก่อนทำอุ้มบุญหลายครั้ง คณะแพทย์ต้องติดตามผลการอุ้มบุญจนเด็กโต

จากปัจจัยในการตั้งครรภ์ คือมดลูก ไข่และอสุจิ โดยไข่และอสุจิทำหน้าที่เป็นสารพันธุกรรมที่สืบทอดจากบิดามารดาไปสู่บุตร และมดลูกถือเสมือนกล่องให้ทารกในครรภ์เจริญเติบโต ซึ่งในอนาคตประมาณ ๕๐ ปีข้างหน้าอาจมีนวัตกรรมใหม่เพื่อผลิตกล่องให้ทารกเจริญเติบโตนอกครรภ์ผู้หญิงได้เพื่อลดปัญหาการคลอดก่อนกำหนด และอีกประมาณ ๒๐ ปีข้างหน้าอาจมีการตัดต่อพันธุกรรมเพื่อนำยีนของบุคคลที่สามมาใช้บางส่วนเพื่อรักษาโรคหรือแก้ปัญหาด้านสุขภาพ แต่ในบางประเทศ มีกฎหมายห้ามมิให้มีการวิจัยทางการแพทย์ดังกล่าว

### **ข้อสังเกต**

๑. ในทางการแพทย์ได้ตั้งข้อสังเกตกรณีตั้งศูนย์จ้างอุ้มบุญและทำปฏิสนธิระหว่างเซลล์ไข่และเซลล์สุจิในพื้นที่เขตรอยต่อระหว่างประเทศซึ่งไม่อยู่ในเขตประเทศใดเพื่อหลีกเลี่ยงความยุ่งยากในการยื่นเอกสาร เช่น ในแม่น้ำโขง แล้วเดินทางกลับมาอุ้มท้องในประเทศไทย จะมีผลในทางกฎหมายอย่างไร

ในกรณีนี้หลักกฎหมายระหว่างประเทศ ถือว่าการกระทำดังกล่าวเกิดขึ้นเพื่อเลี่ยงกฎหมาย เป็นการกระทำผิดกฎหมายไทย และหากมีการเข้ารับการรักษาในประเทศไทย แพทย์จะเรียกเอกสารเพื่อตรวจสอบที่มาของการทำอุ้มบุญ

๒. กระบวนการอุ้มบุญมีการกระตุ้นเพื่อเก็บเซลล์ไข่และเซลล์สุจิจำนวนมากแล้วนำไปปฏิสนธิ นอกในร่างกายในห้องปฏิบัติการ หลังจากนั้นจะได้ตัวอ่อนที่ต้องดูแลในห้องปฏิบัติการประมาณ ๕ วัน

แล้วย้ายไปฝังตัวในโพรงมดลูก จากกระบวนการดังกล่าวจะเหลือตัวอ่อนที่ปฏิสนธิแล้วเป็นจำนวนมาก แพทย์ได้เก็บรักษาโดยการแช่แข็งไว้ในไนโตรเจนเหลว (Liquid nitrogen) ตั้งแต่ก่อนพระราชบัญญัตินี้มีผลบังคับใช้ จึงมีปัญหาเกี่ยวกับวิธีการปฏิบัติในการอุ้มบุญตามพระราชบัญญัติที่แตกต่างจากเดิม ทั้งๆ ที่เริ่มกระบวนการอุ้มบุญมาก่อนแล้ว

๓. ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการอุ้มบุญในทางปฏิบัติคู่สมรสจะเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้น เช่น ค่าฝากครรภ์ ค่ายา ค่ากระตุ้นไข่ในกรณีที่ได้รับบริจาคเซลล์ไข่ ซึ่งไม่ถือว่าเป็นค่าจ้างในการอุ้มบุญ

๔. มีการกำหนดระยะเวลาให้แม่อุ้มบุญดูแลเด็กหลังคลอดหรือไม่ไม่มีกฎหมายกำหนดอย่างชัดเจน แต่ในทางปฏิบัติพ่อแม่ที่แท้จริงและแม่อุ้มบุญย่อมมีความผูกพันจากการดูแลเด็กตลอดระยะเวลาที่เด็กอยู่ในครรภ์ ภายหลังการคลอดแม่อุ้มบุญมีน้ำนมสำหรับเด็ก จึงเป็นผู้ดูแลเด็กอยู่ในช่วงระยะเวลาหนึ่งแล้ว เว้นแต่กรณีจ้างอุ้มบุญจากต่างประเทศ

๕. มีการพิสูจน์ว่าเด็กที่เกิดมาเป็นบุตรของคู่สมรสหรือพ่อแม่ที่แท้จริงหรือไม่ ในทางปฏิบัติไม่มีการพิสูจน์ทุกกรณีและเคยมีความผิดพลาด จึงมีประเด็นว่า แพทย์ควรมีเอกสารให้ผู้ป่วยเซ็นยินยอมรับเด็กเป็นบุตรหรือไม่ หากเกิดความผิดพลาด (Human error) คู่สมรสมีสิทธิปฏิเสธความเป็นบิดามารดาหรือไม่ ใครจะเป็นผู้รับผิดชอบดูแลเด็ก กรณีนี้เป็นช่องว่างของกฎหมายไทยที่ต้องย้อนกลับมาให้แม่อุ้มบุญเป็นผู้รับผิดชอบเด็กหรือไม่ ควรมีองค์กรดูแลในเรื่องนี้หรือไม่

๖. ระยะเวลาในการเก็บรักษาตัวอ่อนในไนโตรเจนเหลวในปัจจุบันใช้วิธีติดต่อสอบถามคู่สมรสทุกปีและตกลงตามสัญญาว่าหากไม่ได้ติดต่อกลับมาเป็นระยะเวลา ๕ ปี หรือ ๑๐ ปี โรงพยาบาลมีสิทธิทำลายตัวอ่อนได้ แต่ในขณะนี้แม้ครบกำหนดเวลาแล้วก็ยังไม่ทำลายตัวอ่อน เนื่องจากเคยมีกรณีที่พ่อแม่ต้องการใช้ตัวอ่อนหลังจากครบกำหนดแล้วและอาจถูกฟ้องคดีได้

๗. ทำไมจึงห้ามเลือกเพศเด็ก (Sex selection) ที่จะเกิดจากเทคโนโลยีเจริญพันธุ์การเลือกเพศเด็ก (Sexselection) ทำให้เกิดความไม่สมดุล มีกรณีศึกษาจากประเทศจีน ตามนโยบาย “One Child Policy” ทำให้เกิดการฆ่าทิ้งกรณีที่ทารกคนแรกในครรภ์ไม่ใช่เพศชาย และหากตัวอ่อนทารกมีสิทธิตามกฎหมายจะมีประเด็นว่า ทำไมจึงไม่ยอมให้ตัวอ่อนนั้นเกิด จากเหตุผลดังกล่าว บางประเทศในทวีปยุโรปอนุญาตให้เก็บเฉพาะเซลล์ไข่เท่านั้น ห้ามไม่ให้มีการปฏิสนธิตัวอ่อนนอกร่างกาย เนื่องจากไม่มีสิทธิทำลายตัวอ่อน ทั้งนี้ ในทางปฏิบัติการทำเด็กหลอดแก้วมีจุดมุ่งหมายหลักสำหรับผู้มีปัญหาประกอบกับในปัจจุบันมีการตัดบางส่วนของเซลล์ตัวอ่อนไปตรวจสอบหาโรคทางพันธุกรรม เช่น ดาวน์ซินโดรม เพื่อป้องกันไม่ให้เป็นภาระลงทุนที่เสียเปล่า และอัตราการตั้งครรภ์ที่เกิดจากการทำเด็กหลอดแก้วมีประมาณ ๒๐ ถึง ๓๐ เปอร์เซ็นต์ ความสำเร็จขึ้นอยู่กับอายุแม่เป็นสำคัญ

๘. ทำไมต้องฝังตัวอ่อนในโพรงมดลูกภายใน ๕ วันโดยธรรมชาติตัวอ่อนต้องฝังตัวในโพรงมดลูกภายในวันที่ ๖-๗ หลังจากการปฏิสนธิ มิฉะนั้นตัวอ่อนจะเสียชีวิต และการย้ายตัวอ่อนไปฝังในโพรงมดลูกมี ๒ ระยะ คือ วันที่ ๓ และวันที่ ๕ หลังการปฏิสนธิ

การย้ายในวันที่ ๕ หากไม่มีการวินิจฉัยตัวอ่อนจะพิจารณารูปร่างของตัวอ่อนเพื่อหาความผิดปกติของเซลล์ และจะเลือกตัวอ่อนที่ดีที่สุดเพียงตัวเดียว เพื่อป้องกันปัญหาการตั้งครรภ์แฝด

การย้ายในวันที่ ๓ จะย้ายตัวอ่อนไปฝังตัวในมดลูก ๒ ตัว เพราะตัวอ่อนบางตัวอาจตายก่อนถึงวันที่ ๕ ทั้งนี้ การวินิจฉัยตัวอ่อนจะมีขึ้นในกรณีพ่อแม่มีโรคทางพันธุกรรม เช่น โรคธาลัสซีเมีย หรือแม่มีอายุเกิน ๓๕ ปี เพื่อลดโอกาสไม่ให้เกิดโรคดาวน์ซินโดรม

๙. กรณีศึกษาที่สามมีภริยาทะเลาะและแย่งบุตรกัน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๔๔๒/๒๕๕๘) ศาลไทยจะไม่เพิกถอนอำนาจปกครองหากไม่มีเหตุประพฤติชั่วร้ายเพราะถือว่าอำนาจปกครองกับการใช้อำนาจปกครองแยกออกจากกันได้ ให้ผู้มีสิทธิในการเลี้ยงดูเป็นผู้กำหนดถิ่นที่อยู่ตาม ป.พ.พ. มาตรา ๑๕๖๗

แต่มีปัญหาว่ากรณีฝ่าฝืนพระราชบัญญัติฯ พ่อแม่ที่แท้จริงอยู่ต่างประเทศและแม่อุ้มบุญไม่ได้เป็นผู้บริจาคไข่แต่อยากได้บุตร ไม่อาจนำพระราชบัญญัติฉบับนี้มาใช้บังคับ ต้องพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งไม่อาจแก้ไขปัญหาได้ทุกกรณี มีหลักเกณฑ์ใดในการพิจารณาโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็ก ตัวอย่างเช่น กรณีชายชาวญี่ปุ่นว่าจ้างอุ้มบุญเด็ก ๑๓ คน ที่อาจมีการเลี้ยงกฎหมายโดยการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติฉบับนี้และใช้ศาลเป็นเครื่องมือเพื่อนำเด็กออกนอกประเทศ

ต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี หากฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้ต้องรับโทษทางอาญา แต่ยังคงเป็นเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ ต้องแยกเรื่องผู้มีอำนาจปกครองเด็กกับการเลี้ยงกฎหมายออกจากกัน โดยพิจารณาว่าเด็กอยู่กับใครแล้วจะมีความสุขที่สุด ใครสามารถดูแลเด็กได้จริง เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่เด็ก

๑๐. การออกกฎหมายฉบับนี้เป็นไปเพื่อคุ้มครองเด็กที่เกิดขึ้นโดยถูกต้องตามหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติฉบับนี้ แต่ไม่ได้เปิดช่องเพื่อให้อำนาจศาลในกรณีที่มีการฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้เท่าที่ควร

### คดีที่น่าสนใจ

#### ๑. คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๔๔๒/๒๕๕๘

โจทก์ฟ้องหย่าจำเลยและขอเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองและอุปการะเลี้ยงดูเด็กชาย ม. จำเลยให้การว่า โจทก์ว่าจ้างจำเลยให้จดทะเบียนสมรส และใช้วิทยากรทางการแพทย์โดยการผสมเชื้ออสุจิเพื่อตั้งครรภ์เด็กชาย ม. ให้โจทก์ โดยไม่เคยได้ใช้ชีวิตตั้งสามีภริยาเลย เมื่อเด็กชาย ม. คลอด โจทก์ไม่ส่งเงินมาให้ ไม่ชำระค่าอุปการะเลี้ยงดูบุตรแต่กลับขู่ให้ส่งมอบบุตรให้ ขอให้ยกฟ้อง ศาลได้กำหนดประเด็นข้อพิพาทด้วยว่า การจดทะเบียนสมรสระหว่างโจทก์และจำเลยเป็นโมฆะหรือไม่โดยให้จำเลยมีภาระการพิสูจน์ในประเด็นดังกล่าว เมื่อข้อเท็จจริงรับฟังเป็นยุติว่า การจดทะเบียนสมรสระหว่างโจทก์กับจำเลยเป็นการจดทะเบียนที่ปราศจากความยินยอมที่จะอยู่กินฉันสามีภริยากันอย่างแท้จริง เนื่องจากโจทก์กับจำเลยจดทะเบียนสมรสกันเพราะโจทก์ตกลงว่าจ้างจำเลยให้ตั้งครรภ์บุตรให้แก่โจทก์ด้วยวิธีการผสมเทียม โดยต่างไม่ยินยอมเป็นสามีภริยากันอย่างแท้จริงและไม่ประสงค์ที่จะอยู่กินร่วมกันฉันสามีภริยา จึงเป็นการสมรสที่ผิดเงื่อนไขตาม ป.พ.พ. มาตรา ๑๔๕๘ ซึ่งมีผลให้การสมรสระหว่างโจทก์กับจำเลยเป็นโมฆะ ตาม ป.พ.พ. มาตรา ๑๔๙๖ วรรคหนึ่ง การที่จำเลยให้การต่อสู้คดีว่าการสมรสเป็นโมฆะ ถือได้ว่าเป็นกรณีที่จำเลยซึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสียร้องขอต่อศาลให้การสมรสเป็นโมฆะ ตาม ป.พ.พ. มาตรา ๑๔๙๖ วรรคสองแล้ว ปัญหาดังกล่าวเป็นข้อกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศาลมีอำนาจพิพากษาว่าการสมรสระหว่างโจทก์กับจำเลยเป็นโมฆะได้ กรณีไม่เป็นการพิพากษาเกินคำขอตาม ป.วิ.พ. มาตรา ๑๔๒

แม้การสมรสระหว่างโจทก์กับจำเลยเป็นโมฆะ แต่เมื่อบุตรผู้เยาว์คลอดระหว่างที่ศาลยังไม่มี การพิพากษาว่าการสมรสระหว่างโจทก์กับจำเลยเป็นโมฆะ ผู้เยาว์จึงเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของโจทก์ ตาม ป.พ.พ. มาตรา ๑๕๓๖ วรรคสอง

๒. คู่สมรสเพศเดียวกันสัญชาติเยอรมันจ้างหญิงสัญชาติอเมริกันที่อาศัยอยู่ในมลรัฐแคลิฟอร์เนียให้เป็นแม่ผู้บุญ ศาลแคลิฟอร์เนียมีคำพิพากษาให้ชายคู่สมรสเพศเดียวกันมีอำนาจปกครองโดยชอบธรรมเพียงผู้เดียว หลังจากนั้นได้ยื่นคำร้องต่อเจ้าหน้าที่เพื่อจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายในประเทศเยอรมนี แต่เจ้าหน้าที่ไม่รับจดทะเบียนอ้างว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี (Public policy) ศาลสูงสุดของประเทศเยอรมนีพิพากษาให้จดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายได้ เพราะจะพิจารณาเพียงว่าการกระทำที่เกิดขึ้นในต่างประเทศขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประเทศเยอรมนีเพียงอย่างเดียวไม่ได้ เด็กย่อมได้รับความคุ้มครองตามหลักสิทธิมนุษยชน

