



ปัญหาการปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เพื่อวินิจฉัย
ความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

ทรงसर ศรีจำรัส

งานนิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา

2565

ลิขสิทธิ์เป็นของมหาวิทยาลัยบูรพา

ปัญหาการปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เพื่อวินิจฉัย
ความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน



งานนิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

คณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา

2565

ลิขสิทธิ์เป็นของมหาวิทยาลัยบูรพา

PROBLEMS CONCERNING APPLICATION OF CONFLICT OF LAWS ACT, B.E. 2481
(1938) FOR THE DETERMINATION OF LEGAL PARENTHOOD OF CHILDREN BORN
VIA SURROGACY



AN INDEPENDENT STUDY SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF
THE REQUIREMENTS FOR MASTER DEGREE OF LAWS
FACULTY OF POLITICAL SCIENCE AND LAWS
BURAPHA UNIVERSITY

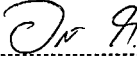
2022

COPYRIGHT OF BURAPHA UNIVERSITY

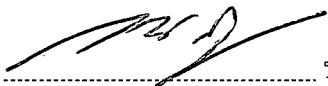
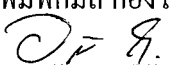
คณะกรรมการควบคุมงานนิพนธ์และคณะกรรมการสอบงานนิพนธ์ได้พิจารณางาน
นิพนธ์ของ ทรงสรร ศรีจรัส ฉบับนี้แล้ว เห็นสมควรรับเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร
นิติศาสตรมหาบัณฑิต ของมหาวิทยาลัยบูรพาได้

คณะกรรมการควบคุมงานนิพนธ์

อาจารย์ที่ปรึกษาหลัก


.....
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อรรัมภา ไวยมุขกซ์)

คณะกรรมการสอบงานนิพนธ์


..... ประธาน
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภัทธมน สาทรัญย์)
พิมพ์กมล กองโกด กรรมการ
(ดร.พิมพ์กมล กองโกด)

..... กรรมการ
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อรรัมภา ไวยมุขกซ์)


..... รักษาการคณบดีคณะรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ร้อยตำรวจเอก ดร. วิเชียร ต้นศิริทองกล)
วันที่.....เดือน.....พ.ศ.....

บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยบูรพา อนุมัติให้รับงานนิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของ
การศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต ของมหาวิทยาลัยบูรพา


..... คณบดีบัณฑิตวิทยาลัย
(รองศาสตราจารย์ ดร.นุจรี ไชยมงคล)
วันที่ 24 เดือน พฤษภาคม พ.ศ. 2565



63920237: สาขาวิชา: -; น.ม. (-)

คำสำคัญ: กฎหมายขัดกัน การตั้งครรภ์แทน กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล
 ทรงसर ศรีจรัส : ปัญหาการปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย
 พุทธศักราช 2481 เพื่อวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการ
 ตั้งครรภ์แทน. (PROBLEMS CONCERNING APPLICATION OF CONFLICT OF LAWS ACT,
 B.E. 2481 (1938) FOR THE DETERMINATION OF LEGAL PARENTHOOD OF CHILDREN
 BORN VIA SURROGACY) คณะกรรมการควบคุมงานนิพนธ์: อรรัมภา ไวยมุกข์ ปี พ.ศ. 2565.

การวิจัยเอกสารนี้มุ่งศึกษาสภาพปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นกรณีมีข้อพิพาทในศาล
 ไทยเกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในกรณี
 ข้อเท็จจริงมีองค์ประกอบต่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง จากการศึกษาพบว่า ในขณะที่กฎหมายสาร
 บัญญัติไทยในปัจจุบันบัญญัติอย่างชัดเจนให้ผู้สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วย
 กฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน แต่ในกรณีที่มีการปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการ
 ขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 อาจนำไปสู่การใช้กฎหมายสารบัญญัตินี้ต่างประเทศที่ไม่
 รับรองความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของบุคคลดังกล่าวถึงแม้จะเป็นการตั้งครรภ์แทนที่
 ชอบด้วยกฎหมายในประเทศไทย เพื่อบรรเทาผลดังกล่าว การศึกษานี้มีข้อเสนอแนะว่าควรนำกล
 ไกลต่าง ๆ ของหลักกฎหมายขัดกัน เช่น การย้อนส่งหรือหลักความสงบเรียบร้อย ฯ ในทางระหว่าง
 ประเทศมาปรับใช้เพื่อจำกัดผลของการใช้กฎหมายต่างประเทศนั้นในศาลไทย และควรแก้ไข
 เพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายให้มีบทบัญญัติเฉพาะสำหรับประเด็นการวินิจฉัย
 ความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

63920237: MAJOR: -; LL.M. (-)

KEYWORDS: Conflict of Laws; Surrogacy; Private International Law

SONGSAN SEEJAMRAJ : PROBLEMS CONCERNING APPLICATION OF
CONFLICT OF LAWS ACT, B.E. 2481 (1938) FOR THE DETERMINATION OF LEGAL
PARENTHOOD OF CHILDREN BORN VIA SURROGACY. ADVISORY COMMITTEE:
AWNURUMPA WAIYAMUK, 2022.

This documentary research examines the state of legal problems that may arise from disputes before Thai courts regarding the legal parenthood of a child born out of surrogacy in cases with foreign elements. The findings reveal that Thai substantive law clearly states that lawful husband and wife intending to have a child shall be the legal parents of the child born out of surrogacy, whereas the application of the Conflict-of-Laws Rules Act, B.E. 2481 may lead to the application of foreign substantive law denying legal parenthood of the intending parents even in cases where legal surrogacy according to Thai law are involved. To alleviate such effects, this study suggests the use of various mechanisms of Conflict-of-Laws Rules, such as renvoi, or international public order exception to limit the effects of the application of such foreign law in Thai courts. Moreover, the Conflict-of-Laws Rules should be amended to contain specific provisions for the issue of legal parenthood of children born out of surrogacy.

กิตติกรรมประกาศ

งานนิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงลงได้ด้วยความรู้และความอนุเคราะห์จากผู้ที่มิมีพระคุณหลายท่านที่ได้สนับสนุน ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณท่าน ดร.อรรัมภา ไวยมุข อาจารย์ที่ปรึกษา ที่ได้ตลอดเวลา อันมีค่าในการให้คำปรึกษาและแนะนำแนวทางที่ถูกต้อง ในการสืบค้นข้อมูล วิธีการในการเขียนงาน ตลอดจนแก้ไขข้อบกพร่องต่าง ๆ จนได้บทสรุปด้วยความละเอียดถี่ถ้วนและเอาใจใส่ตั้งแต่ต้นจนสำเร็จ ผู้วิจัยรู้สึกซาบซึ้งเป็นอย่างยิ่งจึงขอกราบ ขอบพระคุณเป็นอย่างสูงไว้ ณ โอกาสนี้

ขอกราบขอบพระคุณเจ้าของหนังสือทุกเล่มที่ผู้เขียนได้อ้างอิงลงในสารนิพนธ์ฉบับนี้

ขอขอบคุณเพื่อนนิสิตและเจ้าหน้าที่มหาวิทยาลัยบูรพา ที่ให้คำแนะนำตลอดจนติดต่อประสานงานแก่ผู้วิจัยในการจัดทำงานนิพนธ์ฉบับนี้

และท้ายนี้ ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณและขอขอบคุณ คุณพ่อเสกสรร ศรีจำรัส และ คุณแม่ อมรรัตน์ ศรีจำรัส ที่ให้กำลังใจและสนับสนุนผู้วิจัยเสมอมา

คุณค่าและประโยชน์ของงานนิพนธ์ฉบับนี้ ผู้วิจัยขอมอบเป็นกตัญญูคุณเวทิตาแด่บุพการีบูรพาจารย์ และผู้มีพระคุณทุกท่านทั้งในอดีตและปัจจุบัน ที่ทำให้ข้าพเจ้าเป็นผู้มีการศึกษาและประสบความสำเร็จมาจนตราบนานเท่านาน

ทรงสรร ศรีจำรัส

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ	ช
บทที่ 1 บทนำ.....	1
ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	2
สมมติฐานของการศึกษา.....	3
ขอบเขตของการศึกษา	3
วิธีดำเนินการของการศึกษา.....	3
ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	3
นิยามศัพท์เฉพาะ	4
บทที่ 2 แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง.....	5
เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และการตั้งครรภ์แทน	5
หลักเกณฑ์การเข้าถึงการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการตั้งครรภ์แทนในกฎหมายต่างประเทศ	10
หลักกฎหมายเกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาที่ขอด้วยกฎหมาย	16
แนวคิดที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายที่ใช้บังคับกับการจัดการกับนิติสัมพันธ์ที่มีองค์ประกอบ ต่างประเทศ.....	20
จุดเกาะเกี่ยวที่เกี่ยวกับบุคคล.....	31
บทที่ 3 กฎหมายที่เกี่ยวข้อง	33

การกำหนดบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามกฎหมายไทย	33
การกำหนดบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามกฎหมาย ต่างประเทศ.....	37
กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วย กฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน	41
บทที่ 4 วิเคราะห์ปัญหา	46
ปัญหาการตีความจุดเกาะเกี่ยวตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เพื่อวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์ แทน	46
ปัญหาจากการปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ซึ่ง นำไปสู่การใช้กฎหมายต่างประเทศที่กำหนดความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของ เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนแตกต่างจากกฎหมายไทย	47
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	51
บทสรุป	51
ข้อเสนอแนะ	53
บรรณานุกรม	54
ประวัติย่อของผู้วิจัย	57

บทที่ 1

บทนำ

ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

“เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์” (Assisted reproductive technology) ซึ่งถือว่าเป็นเทคโนโลยีที่สามารถช่วยบุคคลผู้ที่มีภาวะการมีบุตรยากได้ดี โดยมีวิธีการรักษาผู้มีบุตรยากหลายวิธี ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับสาเหตุของการมีบุตรยากของกลุ่มสมรสแต่ละคู่ว่าต้นเหตุของการมีบุตรยากนั้นเกิดจากฝ่ายหญิงหรือฝ่ายชายหรืออาจเกิดจากทั้งสองฝ่าย ซึ่งจะมีวิธีการที่ต่างกัน ไป อาทิ การผสมเทียมโดยการฉีดอสุจิเข้าสู่โพรงมดลูกโดยตรง การทำกิ๊ฟท์ การทำซิฟท์ การปฏิสนธิภายนอกร่างกายหรือเด็กหลอดแก้ว หรือการตั้งครรภ์แทน หรือที่เรียกกันอย่างติดปากว่า “การอุ้มบุญ” เป็นต้น (ธานี วรภัทร์ และคณะ, 2561) ซึ่งปัจจุบันความก้าวหน้าของวิทยาการทางการแพทย์มีการพัฒนามากขึ้น โดยเฉพาะเทคโนโลยีที่เข้ามามีบทบาทช่วยด้านการเจริญพันธุ์ นอกจากความก้าวหน้าของวิทยาการแล้ว อีกปัจจัยหนึ่งที่ทำให้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ของประเทศไทย ได้รับความเชื่อมั่นจากชาวไทยและชาวต่างประเทศ ก็คือการมีกฎหมาย “พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558” เมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม พ.ศ.2558 ขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาค่าใช้จ่ายในการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทย ซึ่งพระราชบัญญัตินี้มีทั้งหมด 56 มาตรา และเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่ความก้าวหน้าทางวิทยาการและเทคโนโลยีทางการแพทย์ในการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากสามารถช่วยให้ผู้ที่มีภาวะการมีบุตรยากมีบุตรได้โดยการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ อันมีผลทำให้บทบาทของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ในเรื่องความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ไม่สอดคล้องกับความสัมพันธ์ในทางพันธุกรรม ดังนั้น เพื่อกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เหมาะสม ตลอดจนควบคุมการศึกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์การแพทย์เกี่ยวกับตัวอ่อนและเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้มีการนำไปใช้ในทางที่ไม่ถูกต้อง จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้¹ หรือกล่าวได้ว่าพระราชบัญญัตินี้มีขึ้นเพื่อควบคุมกำกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้มีความถูกต้อง เป็นไปตามมาตรฐาน มีการกำหนดสิทธิ และคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยเทคโนโลยีฯ รวมทั้งส่งเสริมให้มีการวิจัยเพื่อพัฒนามาตรฐานการบริการให้ดียิ่งขึ้น

¹ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติ

นอกจากนี้ ความสำคัญอีกประการหนึ่งของพระราชบัญญัติดังกล่าว คือ การที่มาตรา 29 ได้กำหนดความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีใช้การตั้งครรภ์แทนไว้เป็นการเฉพาะ แตกต่างจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยกำหนดให้คู่สามีภริยาที่ประสงค์จะมีบุตร เป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน หากคู่สามีภริยาที่ประสงค์จะมีบุตร เป็นบุคคลสัญชาติไทยทั้งคู่ ก็จะไม่มีปัญหาทางกฎหมายในกรณีที่เกิดข้อพิพาท อย่างไรก็ตาม เนื่องจากพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้อนุญาตให้คู่สมรสที่เป็นชาวต่างชาติ ใช้วิธีการ “อุ้มบุญ” ได้ เพียงแต่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ต้องมีสัญชาติไทย และจดทะเบียนสมรสกับบุคคลสัญชาติไทยมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี ซึ่งกรณีมีข้อพิพาทเกิดขึ้นในศาลไทยในเรื่องความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน จะสามารถนำไปสู่การปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 และกฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศซึ่งอาจไม่รับรองการ “อุ้มบุญ” และปฏิเสธความเป็นบิดาหรือมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้ ซึ่งขัดกับเจตนารมณ์ของมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ที่ประสงค์บัญญัติให้สามีภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยไม่ได้แบ่งแยกว่าคู่สามีภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรนั้นจะเป็นบุคคลสัญชาติไทยทั้งคู่ด้วยหรือไม่ งานนิพนธ์นี้จึงมุ่งสำรวจสภาพปัญหาทางเทคนิคกฎหมายที่เกิดขึ้นในการวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีที่มีการ “อุ้มบุญ” มีองค์ประกอบต่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้องจากสัญชาติของคู่สมรสฝ่ายหนึ่ง และนำเสนอแนวทางการแก้ปัญหาด้วยเทคนิควิธีของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความเป็นบิดามารดาและบุตรที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ของต่างประเทศและประเทศไทย ในกรณีการตั้งครรภ์แทน
2. เพื่อศึกษาปัญหาและวิเคราะห์ปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความเป็นบิดามารดาและบุตรที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ด้วยวิธีการตั้งครรภ์แทน ในกรณีมีข้อพิพาทที่มีองค์ประกอบต่างประเทศในศาลไทย
3. เพื่อเสนอแนะผลที่ได้จากการศึกษาไปใช้เป็นข้อเสนอแนะในการปรับปรุงแก้ไข หรือแนวทางการปรับใช้กฎหมายว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายให้เหมาะสมกับความเป็นบิดามารดาและบุตรที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ด้วยวิธีการตั้งครรภ์แทน

สมมติฐานของการศึกษา

การปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกมาใช้บังคับเป็นเวลานานแล้ว และสามารถนำมาใช้กล่าวอ้างเพื่อวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับความเป็นบิดาหรือมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาการตีความจุดเกาะเกี่ยว และอาจนำไปสู่การปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศที่ไม่รับรองความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ซึ่งขัดกับเจตนารมณ์ของมาตรา 29 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ที่มุ่งคุ้มครองเด็กโดยการบัญญัติให้คู่สามีภรรยาที่ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

ขอบเขตของการศึกษา

งานนิพนธ์ฉบับนี้จำกัดขอบเขตของการศึกษาไว้ที่สภาพปัญหาทางกฎหมายที่เกิดจากกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นในศาลไทยเกี่ยวกับความเป็นบิดาหรือมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่คู่สามีภรรยาที่ประสงค์จะมีบุตรฝ่ายหนึ่งไม่ได้มีสัญชาติไทย ในกรอบของการจัดให้มีการตั้งครรภ์แทนที่เป็นไปตามที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 กำหนดในส่วนปัญหาการรับรองในต่างประเทศเกี่ยวกับความเป็นบิดาหรือมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทย อยู่นอกขอบเขตของการศึกษานี้

วิธีดำเนินการของการศึกษา

งานนิพนธ์ฉบับนี้เป็นการศึกษาโดยวิธีการศึกษาเอกสาร ค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจากตำราทางวิชาการ ตำรับกฎหมาย บทความจากวารสาร และ เอกสารต่าง ๆ ทั้งของต่างประเทศและประเทศไทยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ความเป็นบิดามารดาและบุตรที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ในกรณีการตั้งครรภ์แทน

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความเป็นบิดามารดาและบุตรที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ของต่างประเทศและประเทศไทย ในกรณีเด็กเกิดจากการตั้งครรภ์แทน
2. ทำให้ทราบถึงปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความเป็นบิดามารดาและบุตรที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ของประเทศไทย ในกรณีเด็กเกิดจากการตั้งครรภ์แทน ในกรณีข้อพิพาทที่มีองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในศาลไทย

3. ทำให้ได้แนวทางในการปรับปรุงกฎหมาย ให้เหมาะสมกับการวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ในกรณีที่เกิดจากการการตั้งครรภ์แทน

นิยามศัพท์เฉพาะ

การรับตั้งครรภ์แทน (Surrogacy) หมายถึง การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงเป็นหนังสือไว้กับสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ก่อนตั้งครรภ์ว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น (พระราชบัญญัติ กู้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558)

บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง

การศึกษานี้จะเสนอภาพรวมของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยการทำการศึกษาวិวัฒนาการของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และนำเสนอถึงปัญหาทางสิทธิของสามีภริยาและเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในประเทศไทยและต่างประเทศ โดยจะชี้ให้เห็นถึงสภาพปัญหาที่เกิดจากการบัพัณญัตติทางกฎหมายของแต่ละประเทศที่มีความแตกต่างกันเพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์ในบทต่อไป

เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และการตั้งครรภ์แทน

ภาวะมีบุตรยาก (Infertility) คือ โรคของระบบสืบพันธุ์ชนิดหนึ่งที่ทำให้เกิดความล้มเหลวที่จะบรรลุการตั้งครรภ์แบบไม่ป้องกัน หรือมีการคุมกำเนิด โดยมีระยะเวลา 12 เดือนเพื่อทำการทดสอบว่าภริยาของคู่สมรสเหล่านั้นเกิดภาวะมีบุตรยากจริง (World Health Organization, 2009, p. 1422)

ภาวะมีบุตรยากนี้เป็นความบกพร่องหรือการไร้ความสามารถที่จะมีบุตรได้อย่างปกติธรรมชาติ ซึ่งทางการแพทย์นั้นได้มีการจัดประเภทของภาวะมีบุตรยากออกเป็น 2 ประเภทคือ 1) ภาวะมีบุตรยากขั้นปฐมภูมิ (Primary infertility) คือ ภาวะที่เกิดกับผู้หญิงคนหนึ่งที่ไม่เคยผ่านการคลอดบุตร ซึ่งไม่สามารถจะตั้งครรภ์หรือไม่สามารถที่จะดำเนินการตั้งครรภ์ได้ และ 2) ภาวะมีบุตรยากขั้นทุติยภูมิ (Secondary fertility) คือ ภาวะที่เกิดขึ้นกับผู้หญิงที่ผ่านการตั้งครรภ์มาแล้วหนึ่งครั้ง แต่ครั้งต่อมาไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ (World Health Organization, 2016)

ภาวะมีบุตรยากเป็นภาวะที่เกิดขึ้นกับคู่สมรสจำนวนมากในประเทศไทย สาเหตุของภาวะมีบุตรยากในประเทศไทยไม่ได้มีความแตกต่างไปจากในต่างประเทศเท่าใดนัก ซึ่งการที่รักษาภาวะมีบุตรยากได้นั้นปัจจุบันได้มีการรักษาโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

โดยแนวทางการรักษาภาวะมีบุตรยากนั้น แบ่งได้เป็น 2 แนวทางใหญ่คือ แนวทางแรกซึ่งเป็นการรักษาแต่ดั้งเดิมคือการใช้การรักษาตามสาเหตุที่ตรวจพบ เช่น ถ้าพบว่ามีการไม่ตกไข่ ก็อาจจะให้ยากระตุ้นการตกไข่หรือในบางรายที่พบว่ามีการอุดตันของท่อนำไข่ หรือมีพังผืดในช่องเชิงกราน ก็อาจทำการผ่าตัดต่อรังไข่ใหม่หรือผ่าตัดและพังผืดออก เป็นต้น อย่างไรก็ตามการรักษาด้วยวิธีดังกล่าวพบว่ามีคู่สมรสจำนวนไม่น้อย ไม่อาจมีการตั้งครรภ์เกิดขึ้นภายหลังการรักษา เนื่องจากในกระบวนการการตั้งครรภ์ยังจำเป็นต้องอาศัยปัจจัยทางธรรมชาติอื่น ๆ อีกมากมาย รวมทั้งความผิดปกติบางอย่างก็ไม่สามารถแก้ไขได้ เช่น ภาวะเชื้ออสุจิผิดปกติในฝ่ายชาย ดังนั้น ในปัจจุบันจึงได้มีการพัฒนาแนวทางการรักษาที่สอง คือการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ เช่น การทำเด็กหลอดแก้ว หรือกิ๊ฟมาช่วยให้เกิดการตั้งครรภ์ เนื่องจากการรักษานี้ส่วนหนึ่งไม่ได้พึ่งพา

กระบวนการของการตั้งครรภ์ตามธรรมชาติ แต่เป็นการนำเอาเซลล์สืบพันธุ์ คือไข่ของเพศหญิงและเชื้อสุมของเพศชาย มาเลี้ยงภายนอกร่างกายให้ผสมเป็นตัวอ่อน ก่อนที่จะใส่กลับเข้าไปในโพรงมดลูก เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์ จึงไม่จำเป็นต้องแก้ไขความผิดปกติต่าง ๆ ที่เป็นสาเหตุ เช่นท่อรังไข่อุดตันหรือเชื้อสุมผิดปกติ เป็นต้น

สาเหตุการมีบุตรยากนั้นอาจเกิดจากทางฝ่ายหญิงมีความปกติ เช่น ภาวะการตกไข่ไม่พึงผิด เกิดขึ้นในช่องเชิงกรานหรือที่ปีกมดลูกรังไข่อุดตันมีเนื้องอกที่ตัวมดลูกเกิด ภาวะเยื่อโพรงมดลูกไปฝังตัวในช่องเชิงกรานหรือที่เรียกว่าภาวะ endometriosis ซึ่งมักจะพบบ่อยในหญิงที่มีบุตรยาก เป็นต้น ในบางคู่ สาเหตุอาจเกิดจากฝ่ายชายเองมีเชื้อสุมผิดปกติเช่นเชื้อน้อยหรืออ่อนแอหรือมีรูปร่างผิดปกติ หรือ แม้แต่เป็นหมัน ก็คือตรวจไม่พบตัวสุมในน้ำอสุจิสเปกได้ อย่างไรก็ตาม มีคู่สมรสจำนวนไม่น้อยที่สาเหตุการมีบุตรยากเกิดจากความผิดปกติของทั้ง 2 ฝ่ายรวมกัน ไม่ใช่จากคนใดคนหนึ่งเท่านั้น (สุกัทธิ จุลวิจิตรพงษ์, 2558) นอกจากนี้ ยังพบว่ามีคู่สมรสที่มีบุตรยากอีกจำนวนหนึ่งประมาณ 15-20% ที่แม้จะตรวจวินิจฉัยแล้วก็ไม่พบความผิดปกติอะไรกลุ่มนี้จัดเป็นกลุ่มที่มีบุตรยากโดยไม่ทราบสาเหตุ ซึ่งเป็นปัญหาจากความสามารถในการเจริญพันธุ์ตัวเอง และมักจำเป็นต้องให้การรักษาเพื่อช่วยให้เกิดการตั้งครรภ์ โดย ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ได้ให้คำนิยามเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หมายความว่า กรรมวิธีใด ๆ ทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ที่นำอสุจิและไข่ออกจากร่างกายมนุษย์ เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์โดยไม่เป็นไปตามธรรมชาติ

การรักษาภาวะมีบุตรยากในปัจจุบันนี้มีหลายวิธี โดยขึ้นกับปัจจัยต่าง ๆ เช่น สาเหตุของภาวะมีบุตรยาก ระยะเวลา อายุของคู่สมรส และปัจจัยแวดล้อมอื่น ๆ ขั้นตอนแรกคือการหาสาเหตุของภาวะมีบุตรยาก ซึ่งจำเป็นต้องตรวจทั้งฝ่ายชายและฝ่ายหญิง เนื่องจาก ภาวะมีบุตรยากอาจเกิดจากสาเหตุจากทั้งสองฝ่ายร่วมกันได้ ในกรณีที่ตรวจไม่พบความผิดปกติที่เป็นสาเหตุ ก็มีวิธีการรักษาเพื่อเพิ่มอัตราการตั้งครรภ์โดยรวมได้แม้จะไม่ทราบสาเหตุที่ชัดเจนก็ตาม โดยการรักษาภาวะมีบุตรยาก สามารถแบ่งได้เป็น 3 กลุ่มหลัก ๆ คือ 1. การรักษาโดยการผ่าตัด คือ การผ่าตัดท่อนำไข่ การผ่าตัดรักษาเยื่อโพรงมดลูกเจริญผิดที่และพังผืดในอุ้งเชิงกราน และการผ่าตัดแก้หมัน 2. การรักษาโดยใช้ยาโดยส่วนใหญ่ยาที่ใช้ คือ ยากระตุ้นการตกไข่ โดยยาจะออกฤทธิ์กระตุ้นการเจริญของเซลล์ไข่ เช่น โคลมิฟิน, ฮอร์โมนโกนาโดโทรปิน การรักษาโดยใช้ยาได้แก่ การกินยากระตุ้นไข่แล้วนับวันมีเพศสัมพันธ์ และการฉีดน้ำเชื้อเข้าโพรงมดลูก 3. การรักษาด้วยเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ การปฏิสนธินอกร่างกายหรือเด็กหลอดแก้ว (In vitro fertilization: IVF) เทคนิคช่วยการเจริญพันธุ์ที่มีการเก็บไข่ออกมามนอกร่างกายของฝ่ายหญิง นำมาผสมกับตัวอสุจิของฝ่ายชายเพื่อให้เกิดตัวอ่อนในห้องปฏิบัติการ จากนั้นอีก 2-3 วัน หรือการเลี้ยงตัวอ่อนนอก

ร่างกายจนถึงระยะฝังตัว (เรียกตัวอ่อนระยะ “บลาสโตซิส”) ซึ่งต้องใช้เวลาในการเพาะเลี้ยงนาน 5-6 วัน แล้วจึงนำตัวอ่อนใส่กลับเข้าไปในโพรงมดลูกของฝ่ายหญิง เพื่อให้ฝังตัวและเจริญต่อไปเป็นทารกในครรภ์ และ อีกระยะ (Intracytoplasmic Sperm Injection หรือ ICSI) คือ การฉีดตัวอสุจิเข้าผสมกับไข่ ในกรณีที่อสุจิไม่สามารถผสมกับไข่ได้เอง หรือปริมาณอสุจิน้อยเกินไปจากสาเหตุมีบุตรยากทางฝ่ายชาย

ซึ่งการรักษาภาวะผู้มีบุตรยากนั้น ปัจจุบันรักษาด้วยวิธีการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งมีหลากหลายวิธีให้เลือกรักษา ซึ่งผู้วิจัยจะขอกล่าวในหัวข้อต่อไปถึงประเภทของการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์

จากข้อมูลด้านประวัติศาสตร์ของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้น พบว่าระยะเวลาร้อยปีที่ผ่านมา เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้เจริญก้าวหน้าอย่างต่อเนื่อง มีการนำเอาเทคนิคใหม่ ๆ ใช้ในการรักษาภาวะมีบุตรยากเสมอมา เทคนิคในปัจจุบันมีหลากหลายวิธีการแล้วแต่คู่ชายหญิงที่มาพบแพทย์เพื่อทำการรักษานั้น จะเลือกใช้วิธีใดแบบใดที่เหมาะสมกับปัญหาด้านการมีบุตรยาก ประเภทของการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ มีดังต่อไปนี้

การผสมเทียม (Artificial insemination) เป็นการรักษาผู้มีบุตรยาก ซึ่งมีหลากหลายวิธี แต่วิธีที่ได้รับความนิยมมากที่สุดคือ วิธีฉีดเข้าโพรงมดลูก (Intrauterine Insemination: IUI) คือการฉีดเชื้ออสุจิเข้าไปในโพรงมดลูกโดยตรงโดยใช้ท่อพลาสติกเล็ก ๆ สอดผ่านปากมดลูกแล้วฉีดเชื้ออสุจิเข้าไปในช่วงที่มีหรือใกล้เคียงช่วงเวลาไข่ตก วิธีนี้จะมีการเตรียมน้ำอสุจิ โดยคัดเอาเฉพาะตัวอสุจิที่ยังมีชีวิตและเครื่องที่ได้ดีแล้วนำไปฉีดในโพรงมดลูก โดยที่ตัวอสุจิไม่ต้องว่ายผ่านปากมดลูก ทำให้มีตัวอสุจิเคลื่อนไหวเป็นจำนวนมาก เข้าไปในโพรงมดลูก และพร้อมที่จะผสมกับไข่ ดังนั้นการทำ IUI จึงมักทำกับคู่สมรสที่หาสาเหตุของภาวะมีบุตรยากไม่พบ ฝ่ายชายที่มีเชื้ออสุจิดำกว่าเกณฑ์มาตรฐาน หรือมีปัญหาเกี่ยวกับการหลั่งอสุจิในช่องคลอด หรือฝ่ายหญิงมีภาวะเย็บโพรงมดลูกเจริญผิดที่ (Endometriosis) มีปัญหาเรื่องการตกไข่ เป็นต้น ยกเว้นในกรณีมีการอุดตันของปีกมดลูกทั้งสองข้างหรือเชื้ออสุจิมีคุณภาพต่ำมาก “อัตราการจัดตั้งครรภ์ภายหลังการฉีดเชื้อผสมเทียมในโพรงมดลูก” โดยทั่วไปแล้วอัตราความสำเร็จของการกระตุ้นให้มีการตกไข่และการทำ IUI อยู่ระหว่าง 10 – 20 เปอร์เซ็นต์ ต่อรอบการรักษา ซึ่งมีข้อมูลจากการศึกษาในผู้ที่มีภาวะมีบุตรยากที่ไม่ทราบสาเหตุ พบว่าในการทำ IUI จะมีโอกาสตั้งครรภ์มากกว่าโอกาสครั้งครั้งแรกโดยรอบธรรมชาติ ประมาณ 2 เท่า แต่ถ้าทำการ IUI ร่วมกับกระตุ้นรังไข่ด้วยยาขับปรมาณจะมีโอกาสมากขึ้นประมาณ 3 เท่า หลังกระตุ้นรังไข่ด้วยยาชนิดใดจะมีโอกาสในการตั้งครรภ์มากขึ้น 4-6 เท่า เมื่อเทียบกับรอบธรรมชาติ โดยที่อัตราความสำเร็จของการฉีดเชื้อผสมเทียมในโพรงมดลูกจะขึ้นอยู่กับ

กับปัจจัยหลาย ๆ อย่าง คือ อายุของฝ่ายหญิง จำนวนไข่ที่สมบูรณ์ ความเข้มข้นของจำนวนอสุจิ และความหนาของเยื่อโพรงมดลูกในวันที่ฉีดอสุจิ แต่อย่างไรก็ตามแพทย์จะทำการควบคุมปัจจัยดังกล่าวให้เหมาะสมที่สุดเพื่อจะได้มีโอกาสในการตั้งครรภ์สูงสุด

การปฏิสนธิภายนอกร่างกาย หรือการทำเด็กหลอดแก้ว (In-Vitro Fertilization: IVF) การทำเด็กหลอดแก้วเป็นวิธีที่นิยมใช้กันมากในปัจจุบัน คือ แพทย์จะทำการเก็บไข่ผ่านทางช่องคลอดและนำมาผสมกับอสุจิในจานทดลองเพื่อให้เกิดการปฏิสนธิภายนอกร่างกายในห้องปฏิบัติการจนมีการเจริญเติบโตเป็นตัวอ่อน แล้วจึงทำการย้ายตัวอ่อนเข้าไปในโพรงมดลูกของฝ่ายหญิงวิธีนี้ไม่จำเป็นต้องใช้การเจาะผนังหน้าท้อง โดยผู้หญิงที่มีอายุต่ำกว่า 38 ปี หลังการรักษาพบว่าจะมีโอกาสสำเร็จทำให้ตั้งครรภ์ได้ประมาณ 30-50% ส่วนในคนที่มีอายุมากกว่า 38 ปีขึ้นไป จะมีโอกาสตั้งครรภ์ได้ต่ำกว่า 30% แต่การเลือกใช้วิธีการทำเด็กหลอดแก้วจะพิจารณาทำการในรายที่ฝ่ายชายมีเชื้ออสุจิคุณภาพไม่ดีหรือมีเชื้ออสุจิดำมาก คู่สมรสที่ล้มเหลวจากการผสมเทียม ฝ่ายหญิงที่มีความผิดปกติของท่อนำไข่ทั้งสองข้าง หรือมีพังผืดในอุ้งเชิงกราน แพทย์ผู้ทำการรักษาจะพิจารณาทำการฉีดอสุจิเข้าเส้นของฟองไข่โดยตรง (ICSI) ซึ่งจะช่วยให้เพิ่มโอกาสของการตั้งครรภ์ได้มากขึ้น (The American Pregnancy Association, 2017)

การทากีฟท์ (Gamete Intrafallopian Transfer: GIFT) ในขั้นตอนแรกแพทย์ทำการกระตุ้นไข่จนเมื่อถึงวันตกไข่แพทย์จะทำการเก็บอสุจินำมาผสมกับไข่แล้วใส่เข้าไปในหลอดเล็ก ๆ ใส่กลับเข้าไปในท่อนำไข่ของฝ่ายหญิงเพื่อช่วยเพิ่ม โอกาสในการปฏิสนธิที่บริเวณท่อนำไข่ ไข่ที่ผสมแล้วจะเจริญเติบโตเป็นตัวอ่อนและเดินทางเข้าไปฝังในโพรงมดลูก ดังนั้นฝ่ายหญิงจะต้องมีท่อนำไข่ที่ปกติอย่างน้อย 1 ข้าง หลังจากการทากีฟท์จะมีอัตราการตั้งครรภ์ได้ครั้งละประมาณ 20-30% ขึ้นอยู่กับความแข็งแรงของเชื้ออสุจิ ความผิดปกติภายในอุ้งเชิงกรานของฝ่ายหญิง และอายุของฝ่ายหญิงเป็นสำคัญ ถ้าอายุน้อยก็จะได้ผลการรักษาดีกว่าผู้ที่มีอายุมาก แต่ปัจจุบันการทากีฟท์มีความนิยมลดลง เนื่องจากมีขั้นตอนการทำที่ยุ่งยาก สามารถเกิดภาวะแทรกซ้อน เชลล์ เกิดการติดเชื้อได้มากกว่าการทำเด็กหลอดแก้ว และมีโอกาสตั้งครรภ์ได้น้อยกว่าการทำเด็กหลอดแก้ว (The American Pregnancy Association, 2016)

การทำซิฟท์ (Zygote Intrafallopian Transfer: ZIFT) วิธีนี้จะคล้าย ๆ กับการทากีฟท์ แต่จะต่างกันตรงที่เมื่อน้ำอสุจิมาผสมกับไข่แล้ว จะนำไปเพาะเลี้ยงในห้องปฏิบัติการจนเกิดการปฏิสนธิตัวอ่อนในระยะที่เรียกว่า Zygote ก่อน แล้วจึงค่อยใส่กลับเข้าไปในบริเวณท่อนำไข่ ซึ่งการทำแบบนี้จะต้องมีการเจาะผนังหน้าท้องเพื่อนำไข่และอสุจิเข้าไปในท่อนำไข่ด้วย จึงทำให้ไม่เป็นที่นิยมใช้กันนักในปัจจุบัน (The American Pregnancy Association, 2016)

การรับตั้งครรภ์แทน (Surrogacy Arrangement) ภาวะมีบุตรยากอย่างหนึ่งในปัจจุบันยังไม่สามารถบำบัดได้ก็คือการที่ฝ่ายหญิงไม่สามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเองได้ วิธีการอย่างเดียวที่สามารถทำให้คู่สมรสฝ่ายหญิงที่ไม่สามารถตั้งครรภ์มีบุตรได้ก็คือการให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทน ลักษณะโดยทั่วไปของการรับตั้งครรภ์คือการตั้งครรภ์แทนที่ทารกในครรภ์เกิดจากการปฏิสนธิของอสุจิและไข่ของคู่สมรสที่ต้องการบุตรแต่ฝ่ายภรรยาไม่สามารถตั้งครรภ์เองได้ การอุ้มบุญแบบนี้ยังผู้รับอุ้มบุญจะไม่มี ความเกี่ยวข้องกับพันธุกรรมกับทารกในครรภ์เลย

วงการแพทย์ได้พัฒนาเทคโนโลยีที่ช่วยบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น เทคโนโลยีนี้ซึ่งเรียกว่า “เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์” สามารถทำให้คู่สมรสจำนวนมากสามารถมีบุตรได้ตามความประสงค์ เทคนิคและกรรมวิธีใหม่ ๆ เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ได้ถูกพัฒนาขึ้นตลอดเวลา ถึงแม้ว่าเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ต่าง ๆ จะมีส่วนช่วยให้คู่สมรสจำนวนมากมีบุตรตามความประสงค์ แต่ก็มีคู่สมรสจำนวนหนึ่งที่ไม่สามารถมีบุตรได้โดยปราศจากความช่วยเหลือจากบุคคลที่สาม เพราะในบางกรณีหญิงไม่สามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเองได้ในกรณีเช่นนี้หากคู่สมรสต้องการมีบุตร ก็จำเป็นต้องหาหญิงอื่นมารับตั้งครรภ์แทน เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มีบทบาทอย่างยิ่งต่อกระบวนการในการรับการตั้งครรภ์แทนนี้ เนื่องจากเทคโนโลยีนี้สามารถช่วยให้ฝ่ายหญิงสามารถตั้งครรภ์ได้โดยไม่ต้องมีเพศสัมพันธ์กับฝ่ายชาย ดังนั้น หญิงที่รับการตั้งครรภ์แทนจึงสามารถตั้งครรภ์ได้โดยไม่ต้องมีเพศสัมพันธ์กับคู่สมรสฝ่ายชายที่ต้องการมีบุตร และเด็กที่เกิดมาก็จะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรนั้นฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายได้

กรรมวิธีในการบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากโดยการรับตั้งครรภ์แทนได้เจริญก้าวหน้าไปพร้อมกับความก้าวหน้าของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ โดยเฉพาะเทคนิคการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อและการปฏิสนธิในอกร่างกายซึ่งกรรมวิธีที่ทำให้การรับตั้งครรภ์แทนสามารถเป็นไปได้โดยฝ่ายชายที่ว่าจ้างนั้นไม่จำเป็นต้องมีเพศสัมพันธ์กับฝ่ายหญิงที่มีการรับตั้งครรภ์แทน การรับตั้งครรภ์แทนโดยนำเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์เข้ามาช่วยนั้นสามารถทำให้คู่สมรสที่ว่าจ้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายสามารถที่จะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมา

การรับตั้งครรภ์แทน (Surrogacy) เป็นกระบวนการให้กำเนิดเด็ก โดยหญิงคนหนึ่งรับที่จะตั้งครรภ์แทนผู้อื่นและตกลงที่จะส่งมอบเด็กให้อยู่ในความอุปการะของบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งที่ต้องการมีบุตร การรับตั้งครรภ์แทนในยุคปัจจุบันจำเป็นต้องอาศัยวิทยาการของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มาช่วยเสมอซึ่งโดยทั่วไปแล้วอาจทำได้โดยการนำไข่และเชื้ออสุจิของฝ่ายคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรนั้นมาผสมกันแล้วนำไข่ที่ผสมแล้วนั้นไปใส่ในร่างกายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเพื่อการเจริญพันธุ์ต่อไป การอุ้มบุญ ในความหมายของคนทั่วไป คือ การให้คนอื่นตั้งครรภ์แทนเท่านั้น แต่

ความจริงแล้วมีความหมายลึกซึ้งลงไปอีก ซึ่งอัมบุญมี 2 รูปแบบ คือ อัมบุญแท้ (Full Surrogacy) กับอัมบุญเทียม (Partial surrogacy) ดังนี้ อัมบุญแท้ (Full surrogacy หรือ Traditional surrogacy) คือ การใช้น้ำเชื้อจากฝ่ายชายของคู่ที่ต้องการมีบุตรผสมกับไข่แม่อัมบุญ และฉีดฝังในมดลูกของคุณแม่ผู้อัมบุญ ซึ่งคุณแม่ผู้อัมบุญแท้คือผู้ที่ให้ทั้งไข่และมดลูก ส่วนอัมบุญเทียม (Partial surrogacy หรือ Gestational carrier) โดยให้ความหมายว่าเป็นการใช้น้ำเชื้อและไข่จากคู่พ่อแม่ที่แท้จริง แล้วจึงฝากไข่ที่รับการผสมเรียบร้อยแล้วเข้าไปในตัวของคุณแม่อัมบุญ ผู้ที่จะทำหน้าที่เป็นผู้ตั้งครรภ์แทน จนกว่าทารกจะคลอดออกมา

หลักเกณฑ์การเข้าถึงการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการตั้งครรภ์แทนในกฎหมายต่างประเทศ

การให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการตั้งครรภ์แทน หรือ ที่เรียกว่าการ “อัมบุญ” นั้น เป็นประเด็นที่ยังไม่เป็นไปในทิศทางเดียวกันในแต่ละประเทศในโลก

สหพันธ์รัฐเยอรมนี มีกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองตัวอ่อน (Embryonenschutzgesetz vom 13. Dezember 1990: BGB. I S. 2746) ที่รู้จักกันในชื่อ “Embryonenschutzgesetz 1990” ห้ามมิให้แพทย์กระทำการผสมเทียมด้วยการฉีดเชื้อหรือย้ายฝากถ่ายตัวอ่อนให้แก่หญิงที่มีความประสงค์ที่จะส่งมอบเด็กให้แก่คู่สมรสที่อ้างตามสัญญาตั้งครรภ์แทน หากการฝ่าฝืนตอบทบัญญัตินี้จะมีโทษทางอาญาและมิได้มีการกำหนดถึงความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไว้แต่ประการใด ดังนั้นในปัจจุบันสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีนั้นไม่มีบทบัญญัติที่รองรับการใช้เทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ด้วยวิธีการตั้งครรภ์แทน จึงทำให้ไม่สามารถขอรับบริการจากแพทย์ผู้เชี่ยวชาญให้ใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ชนิดนี้ได้ ไม่ว่าจะเป็นสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือบุคคลใดก็ตาม สถานภาพของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ที่อาจดำเนินการในต่างประเทศก็ยังคงเป็นไปตามกฎหมายทั่วไปและกฎหมายใกล้เคียงมาบังคับใช้โดยอนุโลม เมื่อไม่มีกฎหมายรองรับเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนโดยตรงความเป็นบิดามารดาและอำนาจปกครองของเด็กก็ยังคงต้องใช้กฎหมายทั่วไปและกฎหมายใกล้เคียงมาใช้โดยอนุโลม

ศาลฎีกาที่ประชุมใหญ่ (Cour de Cassation, Assemblée plénière) ของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสโดยคำพิพากษาลงวันที่ 31 พฤษภาคม ค.ศ. 1991 ได้เคยตัดสินว่า การตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากฝ่าฝืนหลักการที่ห้ามมิให้มีการซื้อขายร่างกายของมนุษย์ (Principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain) และต่อมาได้มีการบัญญัติให้การให้กำเนิดเด็กด้วยวิธีการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายโดยชัดแจ้ง โดยกฎหมาย Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain ได้

แก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งของสาธารณรัฐฝรั่งเศส (Code civil) โดยเพิ่มมาตรา 16-7² เพื่อบัญญัติให้ข้อตกลงเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนตกเป็นโมฆะ ดังนั้นการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการตั้งครรภ์แทน จึงยังไม่ได้ได้รับการรับรองความชอบด้วยกฎหมายในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสจนถึงปัจจุบัน

เครือรัฐออสเตรเลีย ในปัจจุบัน รัฐวิกตอเรีย (Victoria) โดย Assisted Reproductive Treatment Act 2008 รัฐเซาท์ออสเตรเลีย (South Australia) โดย Surrogate Act 2019 รัฐแทสมาเนีย (Tasmania) โดย Surrogate Act 2012 รัฐนิวเซาท์เวลส์ (New South Wales) โดย Surrogacy Act 2010 รัฐเวสเทิร์นออสเตรเลีย (Western Australia) โดย Surrogacy Act 2008 รัฐควีนส์แลนด์ (Queensland) โดย Surrogacy Act 2010 การรับตั้งครรภ์แทนที่มีได้กระทำในเชิงพาณิชย์สามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่การกระทำในเชิงพาณิชย์ (commercial surrogacy) มีโทษทางอาญา ในลักษณะเดียวกันกับประเทศไทย

สาธารณรัฐอินเดีย นั้นเป็นอีกประเทศหนึ่งที่น่าสนใจและมีการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์อย่างกว้างขวาง ซึ่งจะเห็นได้จากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ได้อยู่เสมอตามข่าวสำนักต่าง ๆ สำหรับการตั้งครรภ์แทนประเทศอินเดียนั้นเคยทำได้อย่างเสรี อย่างไรก็ตาม นโยบายและกฎหมายการตั้งครรภ์แทนในประเทศอินเดียนั้นมีความเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก กล่าวคือกฎหมาย The Surrogacy (Regulation) Act, 2021 ลงวันที่ 25 ธันวาคม 2021 ได้ยกเลิกการตั้งครรภ์แทนที่เคยไปเป็นไปอย่างเสรีและอนุญาตให้ทำการเชิงพาณิชย์ได้ มาเป็นการจำกัด ควบคุม การตั้งครรภ์แทน อาทิ การจำกัดช่วงอายุ และคุณสมบัติของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และบุคคลที่ประสงค์จะมีบุตร การวางมาตรการในประเด็นของการบอกเลิก หรือการถอนการตั้งครรภ์แทน ความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน เป็นต้น

ประเทศอังกฤษ เป็นหนึ่งในประเทศที่มีการอนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนได้ แต่ต้องไม่ใช่การดำเนินการเชิงพาณิชย์ โดยกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทน คือ surrogacy arrangement act 1985 มีวัตถุประสงค์ในการควบคุมไม่ให้มีการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ถือว่าการจัดการให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยคนกลางตลอดจนการโฆษณาชักจูงให้มีการรับตั้งครรภ์แทนจะเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย และ Human Fertilisation and Embryology act 1990 มีวัตถุประสงค์หลักที่จะควบคุมการให้บริการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์และการศึกษาวิจัยตัวอ่อนมนุษย์

สหรัฐอเมริกา เป็นประเทศหนึ่งที่มีการรับรองสิทธิและเสรีภาพประชาชนไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน ซึ่งทำให้ทุกมลรัฐปีหน้าในการออกกฎหมายไปในทางที่เอื้อประโยชน์แก่การใช้สิทธิ

² “Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle.”

และเสรีภาพของประชาชน ขอบเขตและสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชนประเทศสหรัฐอเมริกา นั้นมีอยู่กว้างขวางมาก สิทธิอนามัยเจริญพันธุ์ (Reproductive Freedom) อาจนับว่าเป็นสิทธิและเสรีภาพอย่างหนึ่งที่ได้รับการรับรองภายใต้รัฐธรรมนูญการบัญญัติกฎหมายหรือการวินิจฉัยคดีในศาลเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนว่าจะเป็นไปได้ในทางส่งเสริมสนับสนุนบริการจำกัด และควบคุมการรับตั้งครรภ์แทนจึงมักมีปัญหาตามมาอยู่เสมอว่ากฎหมายหรือคำพิพากษาของศาล เช่นนั้นชอบด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือไม่

ในปัจจุบันกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ การรับตั้งครรภ์แทน ในแต่ละมลรัฐมีความแตกต่างกัน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับแนวโน้มนโยบายในการออกกฎหมายของมลรัฐหรือการตีความของศาลที่ตั้งอยู่ในมลรัฐนั้นเอง

ความเป็นมาและหลักเกณฑ์การเข้าถึงการ “อุ้มบุญ” ตามกฎหมายไทย

ในช่วงเวลาที่ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายกำหนดทิศทางและผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์จากช่องว่างกฎหมายข้างต้นจึงก่อให้เกิดปัญหาขึ้นมากมายโดยเฉพาะปัญหาความสัมพันธ์ในเรื่องความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ดังเช่นกรณีที่กรมบัญชีกลางได้หารือไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาว่า ข้าราชการจะสามารถเบิกค่ารักษาพยาบาลที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้หรือไม่ ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยตอบข้อหารือว่าผู้ตั้งครรภ์และคลอดทารกคือมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกในขณะที่ผู้มีได้เป็นผู้ตั้งครรภ์มีอาจอ้างเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของทารกนั้นได้ ในเวลาต่อมากรมบัญชีกลางได้มีหนังสือเวียนไปยังหน่วยงานราชการต่าง ๆ แจ้งว่ากรณีให้ผู้อื่นรับตั้งครรภ์เพื่อให้กำเนิดบุตรนั้น บุตรของผู้ที่มีได้คลอดออกมาเองแต่คลอดโดยผู้รับตั้งครรภ์แทน ไม่มีสิทธิเบิกค่ารักษาพยาบาลของข้าราชการได้ เพราะถือว่ามีได้เป็นบิดามารดาตามกฎหมาย (เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล, 2557, หน้า 7) เนื่องจากคณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่าการกฎหมายปัจจุบันที่บังคับใช้หรือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (มาตรา 15 ประกอบ มาตรา 1546 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) ได้บัญญัติให้เด็กที่เกิดมาต้องเป็นบุตรของหญิงที่ตั้งครรภ์คลอด

นอกจากนี้แล้วปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นจากการที่ประเทศไทยไม่มีกฎหมายเรื่องการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยตรงได้ส่งผลให้ชาวต่างชาติเข้ามาทำการแสวงหาผลประโยชน์ทางการค้า เช่นการที่คู่สมรสประสงค์จะมีบุตรแต่ตนอยู่ในภาวะการมีบุตรยากซึ่งให้นายหน้าทำการจัดหาหญิงเพื่อรับจ้างตั้งครรภ์ให้ โดยกระบวนการเหล่านี้มีลักษณะการดำเนินการ

จัดระบบในรูปแบบการประกอบธุรกิจแต่รัฐกลับไม่มีกฎหมายเข้าไปควบคุมเพื่อกำหนดสิทธิหน้าที่ตลอดจนรับผิดชอบทั้งทางแพ่งและทางอาญาของบุคคล

ขณะนั้นแม้ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยตรง แต่หากพิจารณาถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยจะพบว่ามียู่ด้วยกัน 2 ฉบับ ซึ่งออกด้วยแพทยสภา โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2525 มาตรา 21 (1) ว่าด้วยการบริหารกิจการแพทยสภาตามวัตถุประสงค์ที่ได้กำหนดไว้ในกรณีการให้บริการของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เป็นไปอย่างมีมาตรฐานประกาศทั้ง 2 ฉบับ ได้แก่

- 1.ประกาศแพทยสภา ที่ 1/2540 เรื่องมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ลงวันที่ 22 ตุลาคม 2540
- 2.ประกาศแพทยสภา ที่ 21/2545 เรื่องมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (ฉบับที่ 2) ลงวันที่ 20 มิถุนายน 2545

ปัญหาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นพบว่าแม้ประกาศแพทยสภาทั้งสองฉบับจะเกี่ยวข้องกับมาตรฐานในการให้บริการกับเทคโนโลยีการช่วยกันเจริญพันธุ์ แต่ก็ยังไม่ครอบคลุมถึงสิทธิของเด็กที่เกิดมาหรือความชัดเจนในเรื่องความสัมพันธ์ของสามีภริยาของบุตรที่เกิดจากการให้หญิงอื่นมารับตั้งครรภ์แทน โดยชี้แจงและอสุจิของสามีที่ประสงค์จะมีบุตร จึงเกิดกรณีการที่กรมบัญชีกลางได้หารือไปยังคณะกรรมการกฤษฎีกาว่าข้าราชการจะสามารถเบิกค่ารักษาพยาบาลบุตรที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้

ปัญหาต่าง ๆ เหล่านี้จึงเป็นที่มาสำคัญของการเสนอร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 เพื่อวางหลักการ มาตรฐานและบทบังคับทางกฎหมายในเรื่องที่เกี่ยวกับเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ให้มีความชัดเจนเนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่สามารถรองรับปัญหานี้ได้อย่างเหมาะสม และเพื่อให้เด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้รับการคุ้มครองในทางที่เป็นประโยชน์สูงสุด โดยกระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ ทำการเสนอร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวผ่านความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ผู้การพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาเสร็จเรียบร้อยแล้ว เรื่องเสร็จที่ 163/2553 และส่งให้คณะกรรมการประสานงานด้านนิติบัญญัติพิจารณาเพื่อนำเสนอสภาผู้แทนราษฎรพิจารณาต่อไปผ่านไปยังยังไม่มีมีการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรในช่วงเวลานานเนื่องจากมีการยุบสภาเสียก่อน

ต่อมาวันที่ 26 ธันวาคม 2555 กระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ ได้เปิดให้มีการรับฟังความคิดเห็นภาคประชาชนเกี่ยวกับเรื่องนี้ให้แล้วเสร็จในเดือนกรกฎาคม พ.ศ. 2556 เพื่อนำมา

รวมพิจารณาประกอบร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กและวิธีพิจารณาคู่ครองเด็ก ให้แล้วเสร็จภายในเดือนมกราคม พ.ศ. 2556 เพื่อเข้าสู่การพิจารณาของคณะรัฐมนตรีอีกครั้ง อย่างไรก็ตามก็ตีจากสถานการณ์บ้านเมือง ร่างกฎหมายคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้รับความเห็นชอบจากที่ประชุมใหญ่คณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) เมื่อวันที่ 13 สิงหาคม 2557 ในขณะนั้นร่างกฎหมายอยู่ในกระบวนการพิจารณานำเข้าสภานิติบัญญัติ และจะนำเสนอต่อคณะรัฐมนตรี (เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล, 2559, หน้า 10-11) ต่อมามีการประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษา วันที่ 1 พฤษภาคม 2558 มีหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติคือ “โดยที่ความก้าวหน้าทางวิทยาการและเทคโนโลยีทางการแพทย์ในการบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากสามารถช่วยให้ผู้ที่มิภาวะมีบุตรยากมีบุตรได้โดยการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อันมีผลทำให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ในเรื่องความเป็นไปตามบรรดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไม่สอดคล้องกับความสัมพันธภาพทางพันธุกรรม ดังนั้นเพื่อกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เหมาะสมตลอดจนควบคุมการศึกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์การแพทย์เกี่ยวกับตัวอ่อนและเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มิให้มีการนำไปใช้ในทางที่ไม่ถูกต้องจึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

การตั้งครรภ์แทนได้เป็นส่วนหนึ่งของพระราชบัญญัติเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ซึ่งระบุความสามารถที่พึงกระทำ ข้อกำหนด ข้อห้าม รวมถึงสิทธิต่าง ๆ ของผู้รับตั้งครรภ์แทน สามีภริยาผู้ที่ไม่สามารถมีลูกเองตามธรรมชาติได้ รวมถึง ข้อกำหนดของคลินิกที่รับตั้งครรภ์แทน โดยได้กำหนดว่าสามีภริยาที่เกิดภาวะการมีบุตรยาก แล้วจะรับบริการการตั้งครรภ์แทน จะต้องเป็นสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายคือมีทะเบียนสมรส และสามีและภริยาจะต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีคู่สมรสฝ่ายหนึ่งไม่ได้มีสัญชาติไทยต้องจดทะเบียนสมรสกับบุคคลสัญชาติไทยมาไม่น้อยกว่า 3 ปี โดยการตั้งครรภ์แทนจะทำได้เพียงสองวิธี คือ 1) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีและไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน และ 2) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีหรือไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะรับตั้งครรภ์แทนกับไข่หรืออสุจิของผู้อื่น โดยต้องห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

สามีภริยารายใดที่ต้องการจะใช้บริการการตั้งครรภ์แทนจะต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการให้ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนแก่สามีและภริยารายนั้นก่อนเสมอ โดยการตั้งครรภ์แทนจะต้องไม่เป็นไปในรูปแบบเชิงพาณิชย์ หรือเป็นประโยชน์ทางการค้า ทั้งนี้ค่าใช้จ่ายอื่นที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนที่ไม่ใช่ค่าจ้าง ให้สามีภริยาคู่นั้นเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายเองทั้งหมด รวมถึงค่าใช้จ่ายในการบำรุงครรภ์ และการทำประกันชีวิต ในกรณีของการยุติการตั้งครรภ์แทนนั้นจะต้องได้รับความ

ยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายคู่กันเสียก่อน โดยต้องแสดงเจตจำนง รวมถึงเหตุผลในการขอยุติการตั้งครรภ์แทนด้วย

ในเรื่องของการโฆษณาที่ยังระบุห้ามให้มีการเผยแพร่เชิงโฆษณาว่ามีบริการการตั้งครรภ์แทน รวมถึงการแสดงตนเป็นคนกลาง หรือนายหน้าในการหาหญิงเพื่อมาบริการตั้งครรภ์แทนด้วย

แนวคิดที่เกี่ยวข้องกับสถาบันครอบครัว

ในทางมานุษยวิทยา ครอบครัวเป็นสถาบันหนึ่งที่สำคัญของสังคมมนุษย์ ระบบครอบครัวและเครือญาติ (Family and kinship system) หมายถึง ระบบ เครือข่ายความสัมพันธ์ของกลุ่มบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกันโดยสายเลือด หรือการแต่งงาน และนับรวมถึงการนับญาติกับบุคคลอื่นที่มีใช้ญาติด้วย ซึ่งการจัดระบบครอบครัวและเครือญาติในการ กำหนดบทบาท หน้าที่ และแนวทางในการปฏิบัติต่อกันมีความแตกต่างกันไปในแต่ละสังคมตาม วัฒนธรรมที่ยึดถือ เพราะระบบครอบครัวและเครือญาติในรูปแบบต่าง ๆ เป็นการสร้างสรรค์ทางวัฒนธรรมที่สัมพันธ์กับบริบทแวดล้อม และความซับซ้อนของแต่ละสังคม (สิราพร จิตะฐาน, 2532, หน้า 223-225, อ้างถึงใน ต่อสกุล พุทธพัตร์ และสุวิชา เป้าอารีย์, 2546)

การสืบเชื้อสายหรือการสืบตระกูล นักมานุษยวิทยาจะศึกษาวิธีการจัดจำแนกบุคคลตามสายสัมพันธ์ทางเครือญาติ เช่น การสืบเชื้อสายตระกูลทางฝ่ายแม่หรือฝ่ายพ่อจะมีกฎที่แตกต่างกัน นอกจากนั้นยังศึกษาเรื่องความเป็นญาติพี่น้องโดยมีบรรพบุรุษร่วมกันมา ความสัมพันธ์ทางสายโลหิตของมนุษย์เป็นสิ่งที่รับรู้กันว่าถูกกำหนดในเชิงสังคม บุคคลที่อ้างว่าเป็นทายาทของบรรพบุรุษเดียวกันจะได้รับการยอมรับให้อยู่ในกลุ่ม ซึ่งอาจมิใช่เป็นการสืบทางสายเลือดเท่านั้น คนที่เป็นญาติกันยังเกิดจากเหตุผลอื่น ๆ การเป็นทายาทเป็นเรื่องทางสังคม และแตกต่างกันไปในแต่ละวัฒนธรรม ในสังคมตะวันตกความหมายของการเป็นญาติหรือทายาทไม่ใช่สิ่งสำคัญสำหรับการรวมตัวทางสังคม อย่างไรก็ตาม ในสังคมขนาดเล็ก ความเป็นญาติกันเป็นเรื่องสำคัญมาก (ศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร)

การสืบสายโลหิตเป็นสิ่งที่มีความสำคัญ และให้ประโยชน์แก่บุคคล โดยเฉพาะเรื่องการได้รับมรดกเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการได้รับความเอาใจใส่ดูแลทางสังคมด้วย การรวมกลุ่มของผู้ที่เป็นทายาทนั้นเป็นการรวมกลุ่มตามธรรมชาติเนื่องจากทุก ๆ คนมีสายโลหิตเดียวกัน นักมานุษยวิทยาได้เรียกผู้ที่เป็นญาติกันว่า สายตระกูล (Lineage) ซึ่งประกอบด้วยเครือญาติ และการเรียกชื่อญาติพี่น้องตามลำดับของสายตระกูล ส่วนคำว่า Clan หรือ กลุ่มตระกูล หมายถึงกลุ่มทายาทขนาดใหญ่ขึ้นไป ซึ่งมีบรรพบุรุษคนเดียวกัน (ศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร)

หลักกฎหมายเกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย

ก่อนที่จะเกิดสิทธิระหว่างชายและหญิงที่จะครองรักร่วมกันในฐานะสามีและภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายนั้น จะต้องจดทะเบียนสมรสอันเป็นสำคัญก่อนตามกฎหมาย ตามนัยของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยเงื่อนไขแห่งการสมรส ซึ่งมีข้อความดังต่อไปนี้ มาตรา 1448 ซึ่งบัญญัติว่า การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้ และมีความสำคัญอย่างยิ่ง ตามมาตรา 1457 ซึ่งบัญญัติว่า การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะมีได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น และมาตรา 1458 ซึ่งบัญญัติว่า การสมรสจะทำได้ ต่อเมื่อชายหญิงยินยอมเป็นสามีภริยากัน และต้องแสดงการยินยอมนั้นให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้า นายทะเบียนและให้นายทะเบียนบันทึกความยินยอมนั้นไว้ด้วย หากมีบุตรก็จะเกิดสิทธิและหน้าที่ในการปกครองบุตร คู่สมรสทั้งคู่จะต้องมีหน้าที่ในการเลี้ยงดูบุตรกันทั้งสองฝ่ายและดูแลเลี้ยงดูจนกว่าจะบรรลุนิติภาวะ

อำนาจปกครองบุตร เป็นสิทธิและหน้าที่ที่บิดามารดามีต่อบุตรตามกฎหมาย บิดามารดาผู้มีอำนาจปกครองมีสิทธิตัดสินใจเกี่ยวกับบุตร ในทางกลับกันบิดามารดามีหน้าที่ที่จะดูแล อบรมสั่งสอนบุตร “อำนาจปกครอง” ในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นนิยามกว้างกว่าคำว่า “การปกครองดูแล” เพราะ “การปกครองดูแล” ตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นจะหมายความถึงแต่เพียงบิดามารดาที่ได้ดูแลบุตรเท่านั้นแต่อาจจะไม่ได้มี “อำนาจปกครอง” บุตรด้วย โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้ระบุอำนาจปกครองของผู้ปกครองไว้ดังนี้

1. กำหนดที่อยู่ของบุตร
2. ทำโทษบุตรตามสมควรเพื่อว่ากล่าวสั่งสอน
3. ใ้บุตรทำการงานตามสมควรแก่ความสามารถและฐานะรูป
4. เรียกบุตรคืนจากบุคคลอื่นซึ่งกักบุตรไว้โดยมิชอบด้วยกฎหมาย

ทั้งนี้ ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังได้ระบุว่าอำนาจปกครองนั้นรวมถึงอำนาจในการจัดการทรัพย์สินของบุตรด้วย และให้จัดการทรัพย์สินนั้นด้วยความระมัดระวังเช่นวิญญูชนจะพึงกระทำ⁵

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ระบุข้อจำกัดอำนาจในการปกครองบุตรไว้ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการจัดการทรัพย์สินอันบุตรเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้น อาทิ การขาย การขายฝาก การ

³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1549

⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1567

⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1571

แลกเปลี่ยน การเช่าอสังหา การกู้ยืม เป็นต้น ซึ่งการกระทำดังกล่าวนี้จะต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อนเท่านั้น⁶

อย่างไรก็ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังได้ระบุให้บุตรที่อยู่ในการปกครองที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะต้องอยู่ใต้อำนาจการปกครองของบิดาและมารดาเท่านั้น หรือหากจะมีคำสั่งศาลเพื่อเป็นการอื่น

ในประเทศไทย “บุตรจำเป็นต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา”⁷ และ “บิดามารดาจำเป็นต้องอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาตามสมควรแก่บุตรในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์ บิดามารดาจำเป็นต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้วแต่เฉพาะผู้ทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองมิได้”⁸ ทั้งนี้บุคคลย่อมพ้นจากภาวะผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะเมื่อมีอายุยี่สิบปีบริบูรณ์⁹

ประโยชน์สุขของบุตรเป็นเรื่องหลักนั้นเป็นสิ่งสำคัญที่จะนำมาพิจารณาในการตัดสินใจเกี่ยวบุตร ผู้ปกครองที่ไม่สามารถตกลงได้เกี่ยวกับเรื่องการศึกษา การปกครองดูแลหรือศาสนา ศาลจะเป็นผู้ตัดสินว่าสิ่งไหนดีที่สุดสำหรับผู้เยาว์

แนวความคิดนี้ได้ใช้ในหลายประเทศ ซึ่งสามารถดูได้จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1520 ว่า “ให้ศาลคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของบุตรเป็นสำคัญ”¹⁰ ซึ่งประโยชน์สุขของบุตรอาจจะแตกต่างจากประโยชน์ของบิดามารดาก็ได้

การใช้อำนาจปกครองตามกฎหมายเป็นผลให้ผู้ปกครอง หรือบิดามารดานั้นมีหน้าที่ในการกำหนดสถานะพื้นฐานของบุตร อาทิ ที่อยู่ ศาสนา การทำโทษที่เหมาะสม และการทำงานตามสมควรแก่ฐานะที่บุตรกระทำได้อีกทั้งอำนาจปกครองยังกำหนดหน้าที่ของผู้ปกครองดูแลบุตรที่ตนเองให้กำเนิด ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการเลี้ยงดู การให้การศึกษา ซึ่งระบุไว้ทั้งในระบอบที่บุตรยังอยู่ในวัยที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ และวัยที่บรรลุนิติภาวะแล้ว ทำให้เห็นว่าผลของการใช้อำนาจปกครองนั้นเป็นอำนาจเด็ดขาดของผู้ปกครองที่ไม่อาจเถียงเถียง หรือทำเป็นไม่รู้ไม่รับรู้ได้ อย่างไรก็ตามนอกจากที่อำนาจปกครองได้ระบุสิทธิที่ผู้รับอำนาจปกครองพึงกระทำได้แล้วนั้น ยังได้ระบุสิทธิต่าง ๆ ของบุตรที่ที่รับปกครองไม่สามารถละเมิดได้ ทั้งนี้เพื่อประโยชน์สุขสูงสุดของตัวบุตรเอง

⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1574

⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1563

⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1564

⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 19

¹⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1520

ผลในทางมรดกของบุตรในฐานะทายาทโดยธรรม ผู้สืบสันดาน คือ ผู้สืบสันดานที่มีฐานะเป็นทายาทโดยธรรมซึ่งเป็นผู้มีสิทธิจะได้รับมรดกของเจ้ามรดก ผู้สืบสันดานที่มีสิทธิรับมรดกของเจ้ามรดกแบ่งได้เป็น 3 ประเภทคือ

1. บุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย
2. บุตรนอกกฎหมายที่บิดารับรอง
3. บุตรบุญธรรม

ผู้สืบสันดานประเภทแรก คือ บุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย ในทางกฎหมายถือว่าบุตรนั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของมารดาเสมอไม่ว่ามารดาจะมีคู่สมรสหรือไม่ ส่วนปัญหาที่มักเกิดขึ้นเสมอก็คือ หากเจ้ามรดกที่เป็นชายแล้วต้องพิจารณาว่าผู้สืบสันดานนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของเจ้ามรดกที่เป็นชายหรือไม่ ทั้งนี้พิจารณาจากข้อเท็จจริงว่าบิดามารดาได้จดทะเบียนสมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากจดทะเบียนสมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมายถือว่าผู้สืบสันดานเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของเจ้ามรดกที่เป็นชายมีสิทธิรับมรดก และถือว่าชายนั้นเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่หากไม่ได้จดทะเบียนสมรสผู้สืบสันดานก็เป็นบุตรไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือบุตรนอกกฎหมายของเจ้ามรดกที่เป็นชายไม่มีสิทธิรับมรดก และถือว่าชายนั้นไม่มีฐานะเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย (ช.ชรินทร์ เพ็ชฌัญญ์, ม.ป.ป.)

สรุปได้ว่า บุตรโดยชอบด้วยกฎหมายคือ บุตรที่เกิดจากบิดามารดาที่จดทะเบียนสมรสกัน ส่วนบุตรนอกกฎหมายคือ บุตรที่เกิดมาโดยที่บิดามารดาไม่ได้จดทะเบียนสมรสกัน แต่สำหรับบุตรนอกกฎหมายของบิดา กฎหมายมีบทบัญญัติที่จะให้บุตรประเภทนี้ได้เปลี่ยนแปลงสถานะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายได้ 3 แนวทางดังนี้

บิดามารดาได้จดทะเบียนสมรสกันภายหลังจากที่มีบุตรกันแล้ว บุตรนอกกฎหมายก็จะเปลี่ยนแปลงสถานะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย นับแต่วันที่บิดามารดาจดทะเบียนสมรสกัน

เมื่อบิดาไม่ประสงค์จะจดทะเบียนสมรสกับมารดาแต่ต้องการให้บุตรนอกกฎหมายเปลี่ยนแปลงสถานะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย ทำได้โดยบิดาไปจดทะเบียนรับรองว่าเป็นบุตร มีผลเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายนับแต่วันที่บิดาจดทะเบียนรับรองบุตร

บิดาไม่ยอมรับว่าเป็นบุตร บุตรสามารถฟ้องร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาว่าเป็นบุตรได้ บุตรนอกกฎหมายเปลี่ยนแปลงสถานะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายนับแต่วันมีคำพิพากษาถึงที่สุด (ช.ชรินทร์ เพ็ชฌัญญ์, ม.ป.ป.)

ผู้สืบสันดานประเภทที่สองคือ บุตรนอกกฎหมายที่บิดารับรอง บุตรนอกกฎหมายประเภทนี้เป็นบุตรโดยกำเนิดของบิดาเหมือนกับประเภทแรก เพียงแต่บิดามารดาไม่ได้สมรสกัน ซึ่งถือว่า

เป็นบุตรนอกกฎหมายของบิดา และถือว่ามิประเด็นปัญหาขึ้นสู่ศาลมากเหมือนกันคือ ข้อโต้แย้งว่า บุตรประเภทนี้มีสิทธิรับมรดกของบิดาที่ตายได้หรือไม่ในฐานะที่เป็นทายาทโดยธรรม กฎหมายก็บัญญัติว่ามีสิทธิได้รับแม้ว่าสถานะในขณะนั้นจะเป็นบุตรนอกกฎหมาย แต่มีเงื่อนไขว่าต้องเป็น บุตรนอกกฎหมายที่บิดารับรอง ที่ว่ารับรองนั้นไม่เหมือนกับกรณีที่บิดาไปจดทะเบียนรับรองบุตรที่ เป็นการรับรองโดยนิติบัญญัติทำให้เปลี่ยนแปลงสถานะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย กรณีนี้เป็นการ ที่บิดาได้มีการรับรองโดยพฤตินัยสถานะของบุตรก็ยังคงเป็นบุตรนอกกฎหมายอยู่เพียงแต่มีสิทธิที่จะ ได้รับมรดกของบิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น (ช.ชยินทร์ เพ็ชฌัญญุไพศิษฐ์, ม.ป.ป.)

สรุปได้ว่า บุตรนอกกฎหมายที่บิดารับรองถือว่าเป็นผู้สืบสันดานเหมือนบุตรที่ชอบด้วย กฎหมายมีสิทธิรับมรดก ซึ่งกรณีนี้กฎหมายให้สิทธิเฉพาะบุตรเท่านั้นที่จะมีสิทธิรับมรดกของบิดา ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ แต่ในทางกลับกันบิดาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นแม้จะมีการรับรองบุตร โดยพฤตินัยก็ตามไม่สิทธิรับมรดกของบุตรที่ตนรับรองได้เพราะต้องตีความกฎหมายโดยเคร่งครัด ที่กฎหมายบัญญัติไว้แต่จะให้ถือว่าเป็นผู้สืบสันดานเหมือนบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายมิได้บัญญัติให้ ถือว่าเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้แล้วก็คงเป็นการป้องกันมิให้มีการรับรองบุตร โดยวิธี นี้เพื่อหวังประโยชน์ในทางมรดกจากเด็กด้วย สำหรับการรับรองก็สามารถรับรองได้ตั้งแต่ขณะเด็ก อยู่ในครรภ์มารดาหรือหลังจากที่เด็กคลอดออกมาแล้ว โดยมีพฤติการณ์ที่บิดาได้แสดงออกต่อ บุคคลทั่ว ๆ ไปถึงการยอมรับ เช่น แสดงออกว่ามารดาของเด็กนั้นเป็นภริยา หรือ บิดาไปแจ้งเกิด หรือให้ใช้นามสกุล หรืออุปการะให้การเลี้ยงดูโดยแสดงออกว่าเป็นบิดา หรือในการศึกษา เป็นต้น (ช.ชยินทร์ เพ็ชฌัญญุไพศิษฐ์, ม.ป.ป.)

ผู้สืบสันดานประเภทที่สาม คือ บุตรบุญธรรม ไม่ใช่บุตรโดยกำเนิดของผู้รับบุตรบุญธรรม สำหรับผู้ที่รับบุตรบุญธรรมได้นั้นต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 25 ปี และต้องแก่กว่าผู้ที่จะเป็นบุตรบุญ ธรรมอย่างน้อย 15 ปี การรับบุตรบุญธรรมจะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้จดทะเบียนตามกฎหมายเท่านั้น ในกรณีที่มิใช่คู่สมรสจะรับบุตรบุญธรรมทั้งคู่ต้องจดทะเบียนรับเป็นบุตรบุญธรรมด้วยกันทั้งคู่ หาก ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจดทะเบียนรับเพียงฝ่ายเดียวแม้อีกฝ่ายจะยินยอมไม่ถือเป็นบุตรบุญธรรมของคู่ สมรสของผู้รับบุตรบุญธรรมด้วยแต่อย่างใด การรับบุตรบุญธรรมที่สมบูรณ์ทำให้บุตรบุญธรรมมี สถานะอย่างเดียวกับบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรมนั้น โดยที่บุตรบุญธรรมนั้นไม่ สูญเสียสิทธิและหน้าที่ในครอบครัวที่ได้กำเนิด ดังนั้น บุตรบุญธรรมมีสิทธิได้รับมรดก 2 ทาง คือ

1. รับมรดกของผู้รับบุตรบุญธรรม
2. รับมรดกของบิดามารดาที่แท้จริง

สรุปได้ว่า บุตรบุญธรรมมีสิทธิรับมรดกของผู้รับบุตรบุญธรรม เพราะกฎหมายถือว่าเป็นผู้สืบสันดานเหมือนกับบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายมีสถานะเป็นญาติลำดับที่ 1 เหมือนบุตรทั้งสองประเภทที่กล่าวมาแล้วในข้างต้น โดยจะต้องมีการจดทะเบียนรับบุตรบุญธรรมอย่างถูกต้องตามกฎหมายจึงจะเกิดสิทธิในการรับมรดก (ช.ชรินทร์ เพ็ชฌัญญู, ม.ป.ป.)

แนวคิดที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายที่ใช้บังคับกับการจัดการกับนิติสัมพันธ์ที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ

กรณีที่เกิดคดี หรือข้อพิพาททางแพ่ง โดยที่ข้อเท็จจริงมีลักษณะเกี่ยวพันกันหลายประเทศ ไม่ว่าจะเป็นเรื่อง สถานะ และความสามารถ นั้น ทรัพย์สิน ครอบครัว มรดก ฯลฯ มีแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายที่ใช้บังคับกับการจัดการกับนิติสัมพันธ์ลักษณะดังกล่าว อยู่สามประเภทหลัก ๆ ได้แก่ กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย กฎหมายพึงบังคับใช้ทันที และ กฎหมายสารบัญญัติพิเศษ สำหรับนิติสัมพันธ์ที่มีลักษณะระหว่างประเทศ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

1 กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเป็นวิธีการที่ใช้เป็นหลักในปัจจุบัน โดยเป็นหลักเกณฑ์เพื่อให้ได้ข้อสรุปว่าจะใช้กฎหมายของประเทศใดมาปรับกับคดี หลักเกณฑ์ดังกล่าวอาจมีบ่อเกิดจากกฎหมายภายในของรัฐหรือกฎหมายระหว่างประเทศก็ได้จากการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

สำหรับประเทศไทยแล้ว บ่อเกิดหลักของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่สำคัญของประเทศไทย ก็ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ซึ่งย่อมมีผลใช้บังคับโดยตรงหากประเทศไทยเป็นประเทศแห่งศาลที่ทำการพิจารณาคดี หรืออาจมีผลใช้บังคับโดยอ้อมในฐานะที่เป็นกฎหมายต่างประเทศในสายตาของศาลแห่งรัฐต่างชาติ ที่ทำการพิจารณาคดี อันเกี่ยวข้องกับการขัดกันแห่งกฎหมายซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับประเทศไทยอยู่ด้วยก็เป็นได้ (กิตติวัฒน์ จันทรแจ่มใส, 2564, หน้า 85) นอกจากนี้จากความมุ่งหมายในการลดหรือขจัดปัญหาการขัดกันแห่งกฎหมายอันเนื่องมาจากความต่างระหว่างระบบกฎหมายของแต่ละรัฐที่อาจเข้ามามีผลใช้บังคับกับนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนที่มีองค์ประกอบต่างประเทศได้นั้น บ่อเกิดของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย จึงปรากฏตัวขึ้นในรูปของกฎหมายระหว่างประเทศเช่นกัน เพื่อประโยชน์ในการมีกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายร่วมกันและสอดคล้องกันระหว่างนานาประเทศเท่าที่จะสามารถเป็นไปได้ ดังนี้ หากรัฐใดเข้าผูกพันต่อบ่อเกิดตามกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเป็นประการใด ๆ อย่างเช่นด้วยการเข้า

เป็นภาคีอนุสัญญาระหว่างประเทศฉบับหนึ่ง ๆ แล้ว อนุสัญญาระหว่างประเทศฉบับนั้น ก็จะเป็นที่มาของกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของรัฐนั้นด้วยนั่นเอง (กิตติวัฒน์ จันทรแจ่มใส, 2564, หน้า 85) โดยปรากฏตัวอย่างที่เป็นลายลักษณ์อักษรให้เห็นได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งอนุสัญญาระหว่างประเทศหลายฉบับซึ่งจัดทำขึ้น โดยที่ประชุมแห่งกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (The Hague Conference on Private International Law: HCCH) ซึ่งครอบคลุมกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในหลากหลายเรื่อง ไม่ว่าจะเป็นเรื่องบุคคล สัญญา ละเมิด ทรัพย์สิน ครอบครัว และมรดก

นอกจากบ่อเกิดตามกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว บ่อเกิดของกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายยังอาจมีที่มาจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศและหลักกฎหมายทั่วไประหว่างประเทศได้เช่นกัน กล่าวคือ ผ่านการยอมรับ ยึดถือ และนำไปปรับใช้ซึ่ง แนวคิด ทฤษฎี หลักการพื้นฐาน คำสอนและงานเขียนทางวิชาการตามประวัติและพัฒนาการที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ทั้งที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายในเรื่องนี้โดยตรง เช่น ทฤษฎีจุดที่ตั้งแห่งนิติสัมพันธ์และทฤษฎีสถานที่ที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรม หรือที่เชื่อมโยงมาจากหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง อย่างเช่น อำนาจอธิปไตย (Sovereignty) การใช้เขตอำนาจรัฐ (Jurisdiction) และหลักอักษยาศัยไมตรีระหว่างประเทศ (International comity) เป็นต้น ที่มาเหล่านี้จึงอาจเข้ามามีผลหรือมีอิทธิพลต่อกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของรัฐหนึ่ง ๆ ได้เช่นกัน (กิตติวัฒน์ จันทรแจ่มใส, 2564, หน้า 87)

สำหรับขั้นตอนโดยย่อสำหรับการพิจารณาปัญหาว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย โดยการใช้กฎหมายระหว่างประเทศโดยศาลของรัฐ จะเริ่มจากการให้ลักษณะกฎหมายให้ได้ความว่าประเด็นที่พิพาทนั้นจะเป็นเรื่องใด เข้าลักษณะกฎหมายใดของกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศของศาลที่กำลังพิจารณาคดี (Characterization หรือ Classification) โดยในส่วนของประเทศไทยของยอมหมายถึง พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 หากกฎหมายฉบับดังกล่าวไม่ได้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ก็ต้องดำเนินการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยใช้หลักเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลทั่วไป ตามมาตรา 3 ในกรณีที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายกำหนดไว้ว่าปัญหาดังกล่าวให้ใช้จุดเกาะเกี่ยวใด ก็จะสามารถทราบได้ว่า จะต้องใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับ และก็ต้องพิจารณาถึงหลักการย้อนส่ง และในกรณีที่ได้ข้อสรุปว่าประเด็นดังกล่าวจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศมาปรับกับคดี ศาลจะนำกฎหมายต่างประเทศนั้นมาปรับกับคดีได้ก็ต่อเมื่อ คู่ความฝ่ายที่อ้างกฎหมายต่างประเทศนำสืบพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศนั้นจนเป็นที่พอใจของศาลตามมาตรา 8 และผลของการปรับใช้

กฎหมายต่างประเทศนั้นไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศไทยตามมาตรา 5 มิฉะนั้นแล้วศาลอาจต้องใช้กฎหมายภายในของไทยบังคับแทน

กระบวนการแรกของการปรับใช้กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายคือการให้ลักษณะข้อกฎหมาย (Classification, Characterisation, Categorisation หรือ Qualification) หมายถึงกระบวนการในการวินิจฉัยเพื่อจัดลักษณะประเด็นที่พิพาท ให้เข้าข้อกฎหมาย ตามประเภทหรือหมวดหมู่ทางกฎหมาย (Legal categories) อาทิเช่น ลักษณะบุคคล ลักษณะหนี้ทางสัญญา ลักษณะหนี้ที่มีใช้ทางสัญญา อย่างเช่นละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควร ลักษณะทรัพย์ ลักษณะครอบครัว ลักษณะมรดก เป็นต้น เพื่อที่จะได้ทราบว่าจะต้องนำหลักเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายจากข้อกฎหมายใด หรือบทบัญญัติใดในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายพุทธศักราช 2481 มาใช้บังคับ

กรณีประเทศที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงแห่งคดีที่พิพาทนั้น ให้ลักษณะข้อกฎหมายแก่ประเด็นพิพาทเดียวกันไว้แตกต่างกัน เช่น ประเด็นพิพาทเรื่องอายุความ ศาลไทยให้ลักษณะข้อกฎหมายเป็นเรื่องสารบัญญัติ แต่ประเทศที่ข้อเท็จจริงมีความเกี่ยวข้องด้วยเช่น ประเทศอังกฤษอาจให้ลักษณะข้อกฎหมายเป็นเรื่องวิธีบัญญัติ ซึ่งจะนำไปสู่จุดเกาะเกี่ยวและกฎหมายที่ใช้บังคับแตกต่างกันในที่สุดทำให้เกิดปัญหาที่เรียกว่า การขัดกันแห่งการให้ลักษณะข้อกฎหมาย (Conflict of Characterization) โดยในทางทฤษฎีมีแนวทางในการพิจารณาว่าจะนำเอากฎหมายของประเทศใดมาใช้ในการให้ลักษณะข้อกฎหมายนั้นอยู่สองแนวทาง ได้แก่ การให้ลักษณะข้อเท็จจริงตามทฤษฎีกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี (Lex fori) และการให้ลักษณะข้อเท็จจริงตามทฤษฎีกฎหมายต่างประเทศ (Lex causae) ซึ่งแนวทางที่ได้รับความนิยมมากกว่าในปัจจุบันคือ ทฤษฎีกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี (Lex fori)

ทฤษฎีกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี (Lex fori) สนองว่าการให้ลักษณะข้อกฎหมายนั้น จะต้องพิจารณาไปตามระบบกฎหมายภายในของรัฐเจ้าของศาลที่พิจารณาคดี ทฤษฎีกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีเป็นทฤษฎีที่สามารถนำมาปรับใช้ได้โดยง่าย ด้วยเป็นทฤษฎีที่วางแนวทางในการพิจารณาบนพื้นฐานของระบบกฎหมายของรัฐเจ้าของศาล ที่ทำการพิจารณาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายตามนิติสัมพันธ์ของเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศนั้น เป็นแนวทางที่เปิดช่องให้ศาลนำเอาระบบกฎหมายของศาลเองมาปรับใช้ ซึ่งเป็นแนวทางที่ศาลที่พิจารณาคดีย่อมสามารถกระทำได้โดยสะดวกและอย่างมั่นใจ ด้วยระบบกฎหมายนี้เป็นระบบกฎหมายของศาลเองที่ศาลย่อมคุ้นเคยและชำนาญอยู่ในตัวเองแล้ว ในขั้นตอนนี้ศาลที่ทำการพิจารณาคดีจึงไม่ควรจำต้องประสบกับความ

ยากลำบากหรือความซับซ้อนในการพิจารณากฎหมายต่างประเทศอย่างไรก็ดี ทฤษฎีกฎหมายของศาลที่พิจารณาคดีดังกล่าวก็มีข้อกังขาได้เช่นกันว่า จะเป็นการให้น้ำหนักกับระบบกฎหมายของรัฐเจ้าของศาลที่ทำการพิจารณาคดีมากจนเกินไปหรือไม่ ทั้งที่ระบบกฎหมายของศาลเองก็อาจไม่มีความเกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์นั้นเลยก็เป็นได้ หรือภายหลังเมื่อศาลทำการพิจารณาและค้นหากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับแก่คดีตามระบบกฎหมายว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายของตนต่อไปได้แล้ว ก็อาจจะนำไปสู่การใช้บังคับกฎหมายของต่างประเทศที่มีความเกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์นั้นมากกว่าหรืออย่างแท้จริงกว่าระบบกฎหมายของศาลเองก็เป็นได้ นอกจากนี้ หากทำการให้ลักษณะข้อกฎหมายไปตามระบบกฎหมายของศาลที่ทำการพิจารณาคดีเช่นนี้แล้ว กรณีอาจเป็นไปได้อีกว่า ระบบกฎหมายของศาลอาจให้ปัญหาข้อกฎหมายที่แตกต่างไปจากกฎหมายของต่างประเทศที่จะนำมาใช้บังคับจริงในท้ายที่สุด หรือในทางกลับกันข้อเท็จจริงตามนิติสัมพันธ์อาจไม่สามารถปรับให้เข้ากันได้กับระบบกฎหมายของศาลอย่างเช่นที่พึงจะเป็นกับกฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องหรือที่จะนำมาใช้บังคับในท้ายที่สุดก็เป็นได้ สภาพการณ์เช่นนี้ ย่อมก่อให้เกิดความสับสนและยุ่งยากในขั้นตอนของการพิจารณากฎหมาย ทั้งตามระบบนิติวิธีของกฎหมายว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายและกฎหมายสารบัญญัติ (กิตติวัฒน์ จันทรใส, 2564, หน้า 131-132)

ส่วนเหตุผลสนับสนุนการใช้หลัก Lex fori ได้แก่ ก่อนหน้าที่จะมาถึงการใช้กฎหมายต่างประเทศนั้นผู้พิพากษาศาลไทยไม่มีกฎหมายอื่นใดเป็นเกณฑ์การให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง คงมีแต่เพียงกฎหมายไทยเท่านั้น ซึ่งก็หมายถึงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกอบกับหลักการที่ว่า ผู้พิพากษาศาลไทยไม่อาจจะยกย่องกฎหมายต่างประเทศได้ดีกว่ากฎหมายต่างประเทศอื่น ด้วยเหตุนี้จึงต้องนำกฎหมายที่ศาลไทยใช้อยู่แล้วมาเป็นเกณฑ์ในการให้ลักษณะกฎหมาย และหากพิจารณาด้วยหลักการแห่งการร่างกฎหมาย ผู้ร่างกฎหมายว่าด้วยการจัดกันของประเทศไทยได้อาศัยความคิดเห็นในทางกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเป็นเกณฑ์หลักในการจัดลักษณะหมวดหมู่เพราะฉะนั้นในกรณีที่กฎหมายว่าด้วยการจัดกันปราศจากบทวิเคราะห์หรือบทบัญญัติที่ชัดเจนเกี่ยวกับเกณฑ์ในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริงแล้ว ก็ต้องถือว่าผู้ร่างกฎหมายได้อาศัยความเข้าใจที่มีอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นเกณฑ์ ด้วยเหตุนี้โดยอาศัยหลักการและเหตุผลดังกล่าวข้างต้นศาลไทยจึงต้องนำเอาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาเป็นเกณฑ์ในการให้ลักษณะกฎหมายแก่ข้อเท็จจริง (ประกอบ ประพันธ์เนติวุฒิ, 2547, หน้า 73)

สำหรับขั้นตอนของแนวปฏิบัติการให้ลักษณะข้อกฎหมายตามหลัก Lex fori แยกเป็น 2 ประการ คือ 1) คู่กรณีต้องนำข้อเท็จจริงมาสู่การพิจารณาของศาล 2) ศาลไทยจะต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาเป็นหลักในการพิจารณาเพื่อจะได้ทราบว่าควรจะปรับข้อเท็จจริงนั้นเข้ากับลักษณะกฎหมายได้ ตัวอย่างเช่น เกิดคดีหรือข้อพิพาททางแพ่งมาสู่ศาลไทย ว่าผู้เยาว์ (มิได้มีสัญชาติไทย) ทำพินัยกรรมฉบับหนึ่งในประเทศไทยมีผลสมบูรณ์หรือไม่ ในเบื้องต้นศาลไทยก็ต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (หลักเกณฑ์กฎหมายภายในแห่งประเทศของศาลที่พิจารณาคดีมาเป็นเกณฑ์พิจารณา) ปรากฏว่าควรปรับเข้ากับลักษณะกฎหมายเรื่องความสามารถในการทำพินัยกรรม ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 25 บัญญัติว่า “ผู้เยาว์อาจทำพินัยกรรมได้เมื่ออายุสิบห้าปีบริบูรณ์” ลำดับต่อไปศาลไทยจะนำพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ภาค 6 มรดก มาตรา 39 ซึ่งบัญญัติว่า “ความสามารถของบุคคลที่จะทำพินัยกรรมให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติในขณะที่ทำพินัยกรรม” มาเป็นเกณฑ์ในการนำลักษณะกฎหมาย มาปรับกับข้อเท็จจริงแห่งคดีต่อไปจนถึงที่สุด (ประกอบ ประพันธ์นิติวุฒิ, 2547, หน้า 74)

เมื่อปรับจุดเกาะเกี่ยวแล้ว อาจต้องมีการพิจารณาเรื่อง การย้อนส่ง (Renvoi) ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ประเภทหลัก ๆ ได้แก่ 1) กรณีที่กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย แห่งกฎหมาย แห่งประเทศของศาลที่กำลังพิจารณาคดีบัญญัติให้ใช้กฎหมายของประเทศที่สองและปรากฏว่ากฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่สองนั้น บัญญัติให้ย้อนส่งกลับมาใช้กฎหมายของประเทศแรก เรียกว่า “การย้อนส่งกลับ”

(Remission , Renvoi au premier degré) ตัวอย่างเช่น เกิดคดีเกี่ยวกับปัญหาความสามารถของนาย อับดุล (สัญชาติจอร์แดน) มาสู่ศาลไทย (ศาลที่กำลังพิจารณาคดี) ศาลไทยก็นำมาตรา 10 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เป็นหลักในการพิจารณา ซึ่งบัญญัติให้ใช้กฎหมายของประเทศจอร์แดน (ประเทศที่สอง) แต่เมื่อได้ใช้กฎหมายประเทศจอร์แดนพิจารณาแล้ว ปรากฏว่ากฎหมายว่าด้วยการขัดกันของกฎหมายของประเทศจอร์แดน บัญญัติให้ย้อนส่งกลับมาใช้กฎหมายของประเทศที่ได้ อับดุลมีภูมิลำเนาอยู่ ข้อเท็จจริงปรากฏว่านายอับดุลมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศไทย กรณีเช่นนี้เรียกว่ากฎหมายว่าด้วยการขัดกันของกฎหมายของจอร์แดน ย้อนส่งกลับมาใช้กฎหมายประเทศไทย หรือประเทศแรกอีก ส่วนอีกกรณีคือ กฎหมายว่าด้วยการขัดกันของกฎหมาย แห่งประเทศของศาลที่กำลังพิจารณาคดีบัญญัติให้ใช้กฎหมายของประเทศที่สอง และปรากฏว่ากฎหมายว่าด้วยการขัดกันของกฎหมายของประเทศที่สองนั้น บัญญัติให้ใช้กฎหมายของประเทศที่สาม เรียกว่า “การย้อนส่งต่อไป” (Transmission, Renvoi au second degré) ตัวอย่าง ตามตัวอย่างข้างต้น หากข้อเท็จจริงกับปรากฏว่านายอับดุลมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศ

ฟิลิปปินส์ กรณีเช่นนี้เรียกว่า กฎหมายว่าด้วยการขัดกันของกฎหมายของประเทศที่สอง (ประเทศจอร์แดน) ย้อนส่งต่อไปให้ใช้กฎหมายของประเทศที่สาม (ประเทศฟิลิปปินส์) เพราะเป็นประเทศที่นายอับดุลมีภูมิลาเนาอยู่ (ประกอบ ประพันธ์เนติวุฒิ, 2547, หน้า 75)

สำหรับการย้อนส่งในระบบกฎหมายขัดกันไทย เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 4 จะเห็นได้ว่าการยอมรับหลักการย้อนส่ง กล่าวคือ เมื่อใดที่การปรับใช้กฎหมายขัดกันจะเกี่ยวตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 นำไปสู่การใช้บังคับกฎหมายต่างประเทศแล้ว กฎหมายต่างประเทศในชั้นตอนนี้คือนัยของคำว่า “กฎหมายต่างประเทศ” ในคำแรกของมาตรา 4 ซึ่งหากคำนี้หมายความว่ากฎหมายสารบัญญัติของต่างประเทศ กรณีก็จะไม่มีความจำเป็นที่จะต้องบัญญัติใช้คำว่า “กฎหมายต่างประเทศ” ในคำที่สองที่ตามมาแต่อย่างใด ด้วยสามารถนำกฎหมายสารบัญญัติของต่างประเทศมาปรับใช้กับคดีได้โดยตรงในทันทีตามอย่างทฤษฎีการปฏิเสธหลักการย้อนส่ง ที่ซึ่งย่อมไม่ก่อให้เกิดสถานการณ์การย้อนส่ง แต่ในทางตรงกันข้าม คำว่า “กฎหมายต่างประเทศ” ในคำที่สองของมาตรานี้ หมายความว่ากฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของต่างประเทศ ตามอย่างทฤษฎีการยอมรับหลักการย้อนส่งนั่นเอง ด้วยกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายเท่านั้นที่สามารถนำไปสู่สถานการณ์การย้อนส่ง กล่าวโดยเฉพาะคือ การย้อนส่งกลับ ตามที่มาตรา 4 บัญญัติไว้ได้ (กิตติวัฒน์ จันทรแจ่มใส, 2564, หน้า 258) ดังนั้น เมื่อระบบกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศไทย ยอมรับหลักการย้อนส่งโดยวางอยู่บนพื้นฐานของทฤษฎีการยอมรับหลักการย้อนส่งบางส่วน (Partial renvoi) หรือชั้นเดียว (Single renvoi) แล้ว จึงอธิบายเป็นหลักทั่วไปได้ว่า เมื่อกฎหมายขัดกันจะเกี่ยวตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 นำไปสู่การใช้กฎหมายต่างประเทศแล้ว กฎหมายต่างประเทศนั้นย่อมหมายถึงกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของต่างประเทศนั้นด้วย เว้นแต่จะปรากฏว่ามีข้อยกเว้นเป็นประการอื่น โดยการยอมรับและปรับใช้หลักการย้อนส่งยังสามารถก่อให้เกิดเป็นสถานการณ์ตามลักษณะในทางรูปแบบของการย้อนส่งได้ 2 กรณี คือ การย้อนส่งกลับ และการย้อนส่งต่อไป (กิตติวัฒน์ จันทรแจ่มใส, 2564, หน้า 256-257) สำหรับกรณีการย้อนส่งกลับ จากการยอมรับหลักการย้อนส่งและจากตัวบทกฎหมายของมาตรา 4 ซึ่งได้รับการบัญญัติขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาสถานการณ์ของการย้อนส่งกลับนั้น อธิบายความตามตัวบทได้ว่า ถ้าจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ และตามกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายต่างประเทศนั้น กฎหมายที่จะใช้บังคับได้แก่กฎหมายแห่งประเทศไทย เช่นนี้ก็ให้ใช้กฎหมายสารบัญญัติแห่งประเทศไทยบังคับ มิใช่กฎหมายแห่งกฎหมายไทยว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (กิตติวัฒน์ จันทรแจ่มใส, 2564) หากไม่มีบทบัญญัติในมาตรา 4 เช่นนี้แล้ว กรณีอาจก่อให้เกิดเป็นปัญหาการย้อนส่งที่เป็นวงจรที่ไม่มีที่สิ้นสุด (Endless circle) ขึ้นได้ กล่าวคือ เมื่อกฎหมายขัดกันจะเกี่ยวตาม

พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 นำไปสู่การใช้กฎหมายต่างประเทศแล้ว ศาลของประเทศไทยในฐานะศาลที่พิจารณาคดีก็ต้องพิจารณากฎหมายว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายของต่างประเทศนั้น แต่เมื่อกฎหมายว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายของต่างประเทศนั้นระบุกฎเกณฑ์จุดเกาะเกี่ยวอันมีผลทำให้ศาลของประเทศไทยจำต้องกลับมาพิจารณาระบบกฎหมายของประเทศไทยเองแล้ว โดยการปรับใช้กฎหมายการยอมรับหลักการย้อนส่งบางส่วนหรือชั้นเดียวอย่างแท้จริงนั้น ระบบกฎหมายของประเทศไทยในคราวนี้ย่อมหมายรวมถึงกฎหมายว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายของประเทศไทยด้วย ซึ่งนั่นย่อมหมายถึงการที่ศาลของประเทศไทยจะต้องปรับใช้กฎเกณฑ์จุดเกาะเกี่ยวตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 อีกรอบหนึ่งเป็นรอบที่สอง และผลในทางกฎหมายที่จะเกิดขึ้นตามมาก็ย่อมเป็นไปเช่นเดิมวนเวียนไร้ซึ่งทางออกอยู่อย่างนี้ ทำยที่สุดก็ยอมไม่อาจค้นหาและเลือกกฎหมายสารบัญญัติที่จะนำมาใช้บังคับกับคดีได้ มาตรา 4 จึงกำหนดวางกฎเกณฑ์เพื่อฝ่าวงจรที่ไม่มีที่สิ้นสุดนี้ออกไป โดยกำหนดให้ศาลของประเทศไทยนำ “กฎหมายภายในแห่งประเทศ[ไทย] มิใช่กฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย[ไทย] ว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย” หรือก็คือการให้นำกฎหมายสารบัญญัติของประเทศไทยมาใช้บังคับแก่คดีได้ โดยไม่จำต้องปรับใช้กฎเกณฑ์จุดเกาะเกี่ยวตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เป็นรอบที่สองหรืออย่างไม่มีที่สิ้นสุดอีกแต่อย่างใด (กิตติวัฒน์ จันทรแจ่มใส, 2564, หน้า 257) ตัวอย่างเช่น ศาลของประเทศไทยพิจารณาคดีเกี่ยวกับปัญหาความสามารถของนาย ก คนสัญชาติอังกฤษ ซึ่งตามมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ระบุให้พิจารณาไปตามกฎหมายสัญชาติของนาย ก. จึงต้องพิจารณากฎหมายของประเทศอังกฤษ กล่าวในขั้นตอนนี้คือ กฎหมายว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายของประเทศอังกฤษ เมื่อสมมติต่อไปว่า กฎหมายว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายของประเทศอังกฤษกำหนดให้ใช้ภูมิลำเนาเป็นจุดเกาะเกี่ยวในการพิจารณาปัญหาความสามารถของนาย ก. และข้อเท็จจริงปรากฏ ว่านาย ก. มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศไทย เช่นนี้จึงเป็นกรณีที่กฎหมายว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายของประเทศอังกฤษไม่ยอมรับการย้อนส่งตามจุดเกาะเกี่ยวที่กฎหมายว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายของประเทศไทยส่งไป แต่กลับชี้ให้ศาลของประเทศไทยกลับมาพิจารณาปัญหานี้ไปตามระบบกฎหมายของประเทศไทยเอง ซึ่งหากศาลของประเทศไทยจะต้องปรับใช้จุดเกาะเกี่ยวตามมาตรา 10 อีกครั้ง กรณีก็จะเกิดปัญหาการย้อนส่งกลับไปกลับมาไม่มีที่สิ้นสุด ไม่อาจหากฎหมายสารบัญญัติมาวินิจฉัยปัญหาความสามารถของนาย ก. ได้ ในกรณีเช่นนี้ ศาลของประเทศไทยจะต้องนำมาตรา 4 มาปรับใช้ ซึ่งโดยผลทางกฎหมายของมาตรา 4 ศาลของประเทศไทยก็จะสามารถนำกฎหมายสารบัญญัติของประเทศไทย กล่าวโดยเฉพาะในเรื่องนี้คือ ประมวลกฎหมาย

แพ่งและพาณิชย์มาใช้เพื่อวินิจฉัยปัญหาความสามารถของนาย ก. ได้ในท้ายที่สุด (กิตติวัฒน์ จันทรแจ่มใส, 2564, หน้า 258)

สำหรับกรณีการย้อนส่งต่อไป จากความมุ่งหมายของมาตรา 4 ที่มีขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหสถานการณ์การย้อนส่งกลับ มิให้เกิดการย้อนส่งกลับไปกลับมาอย่างไม่มีที่สิ้นสุดหรืออย่างไรอาจหากฎหมายสารบัญญัติมาใช้บังคับได้แล้ว กรณีจึงเกิดเป็นคำถามต่อระบบกฎหมายว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายของประเทศไทยว่า ยอมรับและปรับใช้หลักการย้อนส่งในสถานการณ์ของการย้อนส่งต่อไปหรือไม่ อย่างไร ด้วยในพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เอง ไม่ปรากฏว่ามีการบัญญัติเรื่องการย้อนส่งต่อไปไว้ไม่ว่าในมาตรา 4 หรือในมาตราอื่นใด (กิตติวัฒน์ จันทรแจ่มใส, 2564, หน้า 258) เมื่อพิจารณาจากรายงานการประชุมร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ควบคู่กับความเห็นในทางวิชาการของนักกฎหมายโดยทั่วไปแล้ว พบว่า ต่างมีความเห็นไปในทางสนับสนุนหรือไม่ก็ไม่ได้คัดค้านต่อการยอมรับและปรับใช้หลักการย้อนส่งในสถานการณ์ของการย้อนส่งต่อไป ซึ่งเมื่อพิจารณาตามตัวบทกฎหมายของมาตรา 4 โดยเฉพาะในส่วนแรกอันเป็นเหตุแห่งที่มาของการย้อนส่งกลับแล้ว ก็เห็นควรจะต้องตีความว่า “ต้องเป็นเช่นนั้น” ด้วยเป็นส่วนหนึ่งของบทกฎหมายที่แสดงให้เห็นนัยว่า ระบบกฎหมายว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายของประเทศไทยยอมรับหลักการย้อนส่งทั้งยังเป็นเหตุแห่งที่มาของการย้อนส่งที่สามารถปรับใช้ได้กับการย้อนส่งต่อไปก็ได้เช่นกัน กล่าวคือ “ถ้าจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับและตามกฎหมายต่างประเทศนั้นกฎหมายที่จะใช้บังคับได้แก่” กฎหมายต่างประเทศอื่นใดแล้ว ศาลของประเทศไทยก็ควรจะต้องพิจารณาไปตามกฎหมายต่างประเทศของประเทศอื่นใดหรือประเทศที่สามนั้นต่อไป ทั้งเมื่อไม่มีบทกฎหมายมากำหนดคกเว้นหรือปฏิเสธมิให้ยอมรับการย้อนส่งต่อไปแล้ว กรณีจะตีความไปในทางปฏิเสธการย้อนส่งต่อไป ก็คงจะเป็นเรื่องที่ผิดแผกไปจากนัยของถ้อยคำตามที่ปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 4 ดอนต้น นอกจากนี้ ยังได้ปรากฏความเห็นในทางวิชาการเพิ่มเติมอย่างเป็นการเฉพาะเจาะจงระหว่างการย้อนส่งกลับกับการย้อนส่งต่อไปว่า “การย้อนส่งกลับ เป็นการยกเว้นหลักเกณฑ์ที่ว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายให้ใช้กฎหมายว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายต่างประเทศโดยเคร่งครัดเช่นนี้แล้ว ก็เป็นสิ่งที่เห็นได้ชัดว่า จะต้องบัญญัติไว้โดยเฉพาะเจาะจง ส่วนการย้อนส่งต่อไปเป็นหลักเกณฑ์ธรรมดาจึงไม่ต้องบัญญัติไว้” เช่นนี้แล้ว ในการปรับใช้หลักการย้อนส่งในสถานการณ์ของการย้อนส่งต่อไปภายใต้ระบบกฎหมายว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายของประเทศไทย หากการอ้างอิงเพียงนัยของมาตรา 4 มิอาจให้คำตอบได้โดยถนัดนัก กรณีก็จำต้องอาศัยการอ้างอิงหลักทั่วไปในภาคทั่วไป อันได้แก่ ระบบนิติวิธีของกฎหมายว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องของการย้อนส่งต่อไปนั่นเอง (กิตติวัฒน์ จันทรแจ่มใส, 2564, หน้า 258-259) ตัวอย่างเช่น ศาลของประเทศไทยเมื่อพิจารณาคดีเกี่ยวกับ

ปัญหาความสามารถของ นาย ข. คนสัญชาติอังกฤษ ซึ่งตามมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ระบุให้พิจารณาไปตามกฎหมายสัญชาติของนาย ข. จึงต้องพิจารณากฎหมายของประเทศอังกฤษ กล่าวในขั้นตอนนี้คือ กฎหมายว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายของประเทศอังกฤษ หากสมมติต่อไปว่า กฎหมายว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายของประเทศอังกฤษ กำหนดให้ใช้ภูมิลำเนาเป็นจุดเกาะเกี่ยวในการพิจารณาปัญหาความสามารถของ นาย ข. และข้อเท็จจริง ปรากฏว่านาย ข. มีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศญี่ปุ่น เช่นนี้จึงเป็นกรณีที่กฎหมายว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายของประเทศอังกฤษไม่ยอมรับการย้อนส่งตามจุดเกาะเกี่ยวที่กฎหมายว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายของประเทศไทยส่งไปแต่กลับชี้ให้ศาลของประเทศไทยพิจารณาปัญหานี้ต่อไปตามระบบกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น อันก่อให้เกิดเป็นสถานการณ์ของการย้อนส่งต่อไป ดังนี้ ศาลของประเทศไทยก็จะต้องนำกฎหมายว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นมาปรับเพื่อค้นหาและเลือกกฎหมายสารบัญญัติของประเทศที่เหมาะสมที่จะนำมาใช้ในการวินิจฉัยปัญหาความสามารถของนาย ข. ในท้ายที่สุดต่อไป (กิตติวัฒน์ จันทรแจ่มใส, 2564, หน้า 259-260)

อย่างไรก็ตามเมื่อระบบกฎหมายว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายยอมรับนำเอาหลักการย้อนส่งมาปรับใช้แล้ว กรณีจึงกล่าวเป็นหลักทั่วไปได้ว่า หากไม่ปรากฏว่ามีข้อยกเว้นเป็นประการอื่น เมื่อกฎเกณฑ์จุดเกาะเกี่ยวตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 นำไปสู่การใช้กฎหมายต่างประเทศแล้ว กฎหมายต่างประเทศนั้นย่อมหมายถึงกฎหมายว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายของต่างประเทศนั้นด้วยเสมอไป ข้อยกเว้นของการไม่นำเอาหลักการย้อนส่งมาปรับใช้นั้น อาจปรากฏในพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เอง หรือในกฎหมายอื่นใดที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับปัญหาการจัดกันแห่งกฎหมาย ตัวอย่างสำคัญของกรณีการยกเว้นหลักการย้อนส่งภายในพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ก็คือการตีความจุดเกาะเกี่ยวเจตนาหรือข้อตกลงเลือกกฎหมายของคู่สัญญาตามบทบัญญัติในมาตรา 13 วรรคแรก ส่วนตัวอย่างในกฎหมายอื่นของประเทศไทยได้แก่ บทบัญญัติในมาตรา 34 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งได้บัญญัติยกเว้นหลักการย้อนส่งไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 34 ดังนี้ “ให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายที่คู่พิพาทกำหนดให้นำมาใช้บังคับกับข้อพิพาท ในกรณีที่มีการกำหนดถึงกฎหมายหรือระบบกฎหมายของประเทศใด หากข้อความมิได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้ง ให้หมายความถึงกฎหมายสารบัญญัติ มิใช่กฎหมายว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายของประเทศนั้น ” (กิตติวัฒน์ จันทรแจ่มใส, 2564, หน้า 260)

เมื่อปรากฏว่ากฎหมายที่จะนำมาปรับกับคดี เป็นกฎหมายต่างประเทศ ศาลไทยจะต้องพิจารณา ให้ความเสียก่อนว่าผลของการปรับกฎหมายภายในของต่างประเทศนั้นขัดต่อความสงบ เรียบร้อยของไทย ณ เวลาที่ศาลกำลังพิจารณาคดีหรือไม่ ตามหลักความสงบเรียบร้อยหรือ ศีลธรรมอันดีของประชาชน (Public policy exception) ซึ่งเป็นข้อจำกัดที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการ จัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 กำหนดไว้ในการใช้กฎหมายต่างประเทศ ตามมาตรา 5 ซึ่ง บัญญัติว่า “ถ้าจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับให้ใช้กฎหมายนั้นเพียงที่ไม่ขัดต่อความสงบ เรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศสยาม” ส่วนกรณีอย่างไรจึงจะถือว่า กฎหมายนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศาลไทยจะต้องพิจารณา เป็นเรื่องไป และต้องเป็นหลักความสงบเรียบร้อยฯ ในทางระหว่างประเทศ (International public policy) ซึ่งหมายถึงคุณค่าอันเป็นพื้นฐานของระบบกฎหมายของประเทศของศาลที่กำลังพิจารณาคดี มิใช่พิจารณาโดยอาศัยหลักความสงบเรียบร้อยฯ ในความหมายของกฎหมายภายใน (domestic public policy) (อรรถิภา ไวยมุข, 2560, หน้า 70)

2 หลักกฎหมายฝึงบังคับใช้ทันที (Internationally vandatory rules)

หลักกฎหมายฝึงบังคับใช้ทันทีเป็นหลักการหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ที่รู้จักกันในชื่อว่า “lois de police” หรือ “lois d’application immédiate” ซึ่งต่อมาได้รับการยอมรับ อย่างแพร่หลายเป็นสากล เนื่องจากเป็นกลไกที่ทำให้ศาลสามารถปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติ ภายในของประเทศบางฉบับของประเทศตนได้ทันทีกับข้อเท็จจริงที่มีองค์ประกอบต่างประเทศเข้า มาเกี่ยวข้อง โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการขั้นตอนของบทบัญญัติกฎหมายขัดกันก่อนเลย ดังนั้นจึง เป็นกลไกที่ปฏิเสธการใช้ “หลักกฎหมายขัดกัน” มิใช่การปฏิเสธ “การใช้กฎหมายต่างประเทศ” ดัง กรณี หลักความสงบเรียบร้อยฯ ที่ได้กล่าวมาแล้ว และการปรับใช้จะต้องพิจารณา ณ เวลาที่ ข้อเท็จจริงที่พิพาทเกิดขึ้น ไม่ใช่ตอนที่ศาลกำลังพิจารณาคดี (อรรถิภา ไวยมุข, 2560, หน้า 114) ตัวอย่างการให้คำนิยามของกฎหมายฝึงบังคับใช้ทันที ตาม มาตรา 9.1 Rome I Regulation (บทบัญญัติกฎหมายขัดกันแห่งสหภาพยุโรปเรื่องนี้จากสัญญา) ปี ค.ศ. 2008

“กฎหมายฝึงบังคับใช้ทันที ได้แก่ บทบัญญัติแห่งกฎหมายของรัฐซึ่งมีความสำคัญอย่างยิ่งยวด ในอันที่จะต้องบังคับใช้เพื่อคุ้มครองรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ทางการเมือง สังคมหรือเศรษฐกิจ จนทำ ให้กฎหมายดังกล่าวจะต้องถูกปรับใช้กับทุกสถานการณ์ที่ตกอยู่ภายใต้ขอบเขตการบังคับใช้ของ กฎหมายนั้น โดยมีต้องคำนึงกฎหมายที่จะต้องนำมาบังคับใช้กับสัญญาภายใต้ regulation นี้” (รัชนีกร ลาภนิชชา, 2555)

กฎหมายที่จะเป็น “กฎหมายพึงบังคับใช้ทันที” ต้องมีลักษณะเฉพาะ คือ เป็นกฎหมายที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาด เพื่อคุ้มครองรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์ทางการเมือง สังคมหรือเศรษฐกิจของรัฐหนึ่ง ๆ จะต้องถูกนำมาปรับใช้ โดยไม่ต้องคำนึงถึงองค์ประกอบต่างประเทศของนิติสัมพันธ์อันจะนำไปสู่การใช้กฎหมายขัดกัน (ซึ่งอาจนำไปสู่การใช้กฎหมายต่างประเทศเพื่อปรับกับคดี) (อรรถมภา ไวยมุกข์, 2560, หน้า 114)

กฎหมายพึงบังคับใช้ทันทีเป็นหนึ่งในกลไกที่มักถูกนำมาใช้เพื่อจำกัดเสรีภาพของคู่สัญญาในการแสดงเจตนาเพื่อทำข้อตกลงเลือกกฎหมายในสัญญาระหว่างประเทศ โดยที่แรกเริ่มเดิมทีนั้น หลักกฎหมายพึงบังคับใช้ทันทีได้ถูกนำมาใช้ในส่วนของการกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับนโยบายทางเศรษฐกิจและสังคมของรัฐเพื่อไม่ให้คู่สัญญาที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจข้ามชาติ สามารถใช้เสรีภาพที่กฎหมายขัดกันมอบให้ไปในทางเพื่อหลีกเลี่ยงสภาพบังคับของกฎหมายสารบัญญัติของรัฐที่มีความเกี่ยวข้องกับนิติกรรมสัญญา เช่น กฎหมายแข่งขันทางการค้า กฎหมายภาษีอากร เป็นต้น ในอดีตนั้น หลักกฎหมายพึงบังคับใช้ทันทีได้ถูกใช้เพื่อรักษาผลประโยชน์ส่วนรวมของรัฐที่มีความเกี่ยวข้องกับสัญญาเท่านั้น โดยกฎหมายที่ได้รับการวินิจฉัยโดยศาลว่าเป็นกฎหมายพึงบังคับใช้ทันทีมักมีลักษณะเป็นกฎหมายมหาชน (อรรถมภา ไวยมุกข์, 2560, หน้า 114) ในยุคต่อมาหลักกฎหมายพึงบังคับใช้ทันทีได้ถูกนำมาใช้ในการคุ้มครองผลประโยชน์ของเอกชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการทำให้มาตรการทางกฎหมายสารบัญญัติภายในของรัฐที่ถูกบัญญัติขึ้นเพื่อการคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่ามีสภาพบังคับกับสัญญาระหว่างประเทศเพื่อเป็นการให้หลักประกันว่าคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่าจะไม่เสียสิทธิที่พึงได้จากกฎหมายภายในของรัฐมักถูกนำมาใช้ในเรื่องสัญญาเนื่องจากหลักกฎหมายขัดกันเรื่องสัญญามักใช้เจตนาของคู่กรณีเป็นจุดเกาะเกี่ยว เพื่อคุ้มครองระบบเศรษฐกิจของประเทศนั้น ๆ เช่น กฎหมายการแข่งขันทางการค้า หรือเพื่อคุ้มครองคู่สัญญาที่อ่อนแอกว่าทางเศรษฐกิจหรืออำนาจต่อรอง เช่น กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค กฎหมายคุ้มครองแรงงาน ฯลฯ (อรรถมภา ไวยมุกข์, 2560, หน้า 114-115)

มีประเด็นให้ต้องพิจารณาว่า จะรู้ได้อย่างไรว่ากฎหมายใดเป็นกฎหมายพึงบังคับใช้ทันที กฎหมายสารบัญญัติส่วนใหญ่ไม่ได้กำหนดขอบเขตของสภาพบังคับไว้อย่างชัดเจนในตัวบท โดยศาลอาจวินิจฉัยได้ว่าบทบัญญัติอันหนึ่งอันใดเป็นกฎหมายพึงบังคับใช้ทันทีได้โดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายที่จะต้องถูกบังคับใช้ในประเทศไทยถึงแม้ว่านิติสัมพันธ์เกิดมีองค์ประกอบระหว่างประเทศ เพื่อที่จะสามารถบรรลุถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น ๆ ได้ โดยอาจกล่าวได้ว่าผู้ร่างกฎหมายได้กำหนดขอบเขตของสภาพบังคับไว้โดยปริยาย ศาลอาจพิจารณาได้ว่ากฎหมายคุ้มครองแรงงานหรือกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเป็นกฎหมายพึงบังคับใช้ทันที เช่น หากการจ้างงานเกิดขึ้นในประเทศไทยหรือเมื่อผู้บริโภคมีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย จึงจะอยู่ใน

ขอบเขตวัตถุประสงค์ของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของไทย เป็นต้น ดังนั้นหากผู้ร่างกฎหมายภายในที่มีลักษณะบังคับเด็ดขาดเหล่านี้มิได้กำหนดขอบเขตโดยคำนึงถึงกรณีที่ต้องเผชิญจริงมีองค์ประกอบต่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้องไว้ กรณีจะขึ้นอยู่กับการใช้ดุลยพินิจของศาลในการวินิจฉัยเจตนารมณ์ของกฎหมายเหล่านี้ (อรรถภา ไวยมุข, 2560)

3 กฎหมายสารบัญญัติพิเศษสำหรับนิติสัมพันธ์ที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ

(Special Substantive Rules)

กฎหมายสารบัญญัติพิเศษสำหรับนิติสัมพันธ์ที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ หมายถึง กฎหมายสารบัญญัติที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อบังคับใช้เฉพาะกับนิติสัมพันธ์ของเอกชนที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการใช้หลักกฎหมายขัดกันก่อนเลย โดยเหตุผลของการใช้วิธีการดังกล่าวเพื่อให้มีกฎหมายที่สอดคล้องกับความต้องการของภาคธุรกิจระหว่างประเทศ ลดการใช้กฎหมายขัดกัน (Conflict-of-laws rules) ซึ่งยุ่งยากซับซ้อน เพื่อเพิ่มความแน่นอน ความมั่นคงแห่งนิติฐานะของผู้ประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ อันจะส่งผลให้เกิดการลดต้นทุนการผลิต ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ. 2534 พระราชบัญญัติการขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบ พ.ศ. 2548 เป็นต้น (อรรถภา ไวยมุข, 2560)

จุดเกาะเกี่ยวที่เกี่ยวข้องกับบุคคล

ในการปรับใช้กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict-of-Laws) ผู้ใช้กฎหมายจะเลือกใช้ตามอำเภอใจมิได้ แต่ต้องปรับตามจุดเกาะเกี่ยว (Connecting point หรือ Connecting factor) ที่กฎหมายกำหนดเสมอ โดยจุดเกาะเกี่ยวจะทำหน้าที่กำหนดกฎหมายที่ศาลจะนำมาปรับใช้กับประเด็นพิพาทที่กำลังวินิจฉัยอยู่

จุดเกาะเกี่ยวในกฎหมายขัดกันอาจแบ่งออกเป็น 3 ประเภทใหญ่ ๆ ได้แก่ จุดเกาะเกี่ยวที่เกี่ยวข้องกับตัวบุคคล (Personal law) จุดเกาะเกี่ยวประเภทสถานที่ และเจตนาของเอกชน ตามหลัก Party autonomy

สำหรับจุดเกาะเกี่ยวที่เกี่ยวข้องกับบุคคล (Personal law) ซึ่งเกี่ยวข้องกับหัวข้องานนิพนธ์นี้ มีจุดเกาะเกี่ยวที่นิยมใช้อยู่สามประเภท ได้แก่ สัญชาติ ภูมิลำเนาและถิ่นที่อยู่ประจำ ในทางนิติศาสตร์ ภูมิลำเนาและสัญชาติเป็นข้อความคิดทางกฎหมาย (Legal concept)

สัญชาติ (Nationality) เกิดขึ้นในรัฐชาติ (Nation-state) เป็นสิ่งที่ผูกพันเชื่อมโยงสมาชิกในสังคมให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันให้ผู้นั้นรู้สึกเป็นหมู่เหล่า เป็นเครื่องบ่งบอกสถานะของความเป็นพลเมือง ความสำคัญของสัญชาติในฐานะที่เป็นจุดเกาะเกี่ยวที่มีความสำคัญมากขึ้นเรื่อย ๆ จนกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของหลายประเทศในภาคพื้นยุโรปได้ยอมรับสัญชาติเป็น

จุดเกาะเกี่ยวหลักในกฎหมายบุคคลและครอบครัว สัญชาติในฐานะที่เป็นจุดเกาะเกี่ยวมีข้อดีในแง่ที่มีความชัดเจนและแน่นอนกว่าภูมิลำเนาอีกทั้งการพิสูจน์สัญชาติยังทำได้ง่ายกว่าการพิสูจน์ภูมิลำเนาด้วย ส่วนข้อเสียคือ ขาดความยืดหยุ่นและ อาจเกิดความยุ่งยากมากยิ่งขึ้นเมื่อบุคคลนั้นมีมากกว่าหนึ่งสัญชาติหรือเป็นคนไร้สัญชาติ ทำให้ศาลประสบปัญหากับการค้นหาหรือปรับจุดเกาะเกี่ยวได้

ภูมิลำเนา (Domicile) มีข้อดีคือ มีความยืดหยุ่นกว่าสัญชาติ ส่วนข้อเสียของภูมิลำเนาก็คือ กฎหมายภูมิลำเนาของแต่ละประเทศจะมีความหมายแตกต่างกัน เป็นผลให้การปรับใช้จุดเกาะเกี่ยวที่ภูมิลำเนาของบุคคลเป็นไปด้วยความลำบาก ตัวอย่างเช่น กฎหมายภูมิลำเนาของอังกฤษที่เรียกว่า ภูมิลำเนาดั้งเดิม (Domicile of origin) ซึ่งหมายถึงภูมิลำเนาของบุตรขณะเกิดที่ถือตามภูมิลำเนาของบิดา หากไม่ปรากฏบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายให้ถือภูมิลำเนาของมารดาแทน

ถิ่นที่อยู่ประจำ (Habitual residence) เนื่องจากเกิดความไม่ลงรอยกันระหว่างจุดเกาะเกี่ยวที่เป็นสัญชาติ ซึ่งเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่กลุ่มประเทศยุโรปภาคพื้นทวีปนิยมใช้กัน กับจุดเกาะเกี่ยวภูมิลำเนา ซึ่งกลุ่มประเทศคอมมอนลอร์ได้รับรองมาเป็นเวลานาน และถึงแม้ประเทศภาคพื้นยุโรปจะยอมรับภูมิลำเนาเป็นจุดเกาะเกี่ยวอยู่บ้างแต่ความหมายของภูมิลำเนาแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ จึงมีการเสนอให้มีการใช้ “ถิ่นที่อยู่ประจำ” เป็นจุดเกาะเกี่ยวแทนสัญชาติและภูมิลำเนาโดยเฉพาะอย่างยิ่งในอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย เพื่อที่จะให้นานาประเทศทั้งระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอร์เข้ามาเป็นภาคีอนุสัญญาให้มากที่สุด เนื่องจากถิ่นที่อยู่เป็นเรื่องของข้อเท็จจริงทางกายภาพไม่ต้องอาศัยการตีความกฎหมายของประเทศใด โดยพิจารณาจากการปรากฏตัวเป็นสำคัญยิ่งกว่าเจตนาถือเอาสถานที่อยู่นั้นเป็นแหล่งสำคัญซึ่งพิสูจน์ได้ยาก

บทที่ 3

กฎหมายที่เกี่ยวข้อง

การกำหนดบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตาม กฎหมายไทย

ก่อนที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์.ศ. 2558 จะมีผลใช้บังคับ มีประเด็นทางกฎหมายของสัญญาตั้งครรภ์แทนมีความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยไว้ในประเด็นเรื่องความเป็นบิดามารดาและบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายสรุปได้ว่า สำหรับเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติเรื่องความเป็นบิดามารดาและบุตรกำหนดไว้เป็นการเฉพาะการพิจารณาสถานะความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายและความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีดังกล่าวจึงต้องพิจารณาตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1546 “เด็กเกิดจากหญิงที่มีได้มีการสมรสกับชายให้ถือเป็นบุตร โดยชอบของหญิงนั้น เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” และ มาตรา 15 “สภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารกและสิ้นสุดลงเมื่อตาย” ซึ่งในประเด็นนี้คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 3) ได้วินิจฉัยในเรื่องเสร็จที่ 100 / 2543 และเรื่องเสร็จที่ 209 / 2550 สรุปความได้ว่าการจะถือว่าผู้ใดเป็นบิดามารดาของทารกที่คลอดออกมานั้นต้องเป็นไปตามบทบัญญัติไว้ในมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่บัญญัติว่า “สภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก” ซึ่งต้องเป็นการคลอดตามสภาพความเป็นจริงคือสภาพในขณะที่ออกจากครรภ์มารดาและมาตรา 1546 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติว่า ในกรณีที่ชายหญิงไม่ได้สมรสกันเด็กที่เกิดจากหญิงให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น แต่ถ้าหญิงชายได้สมรสกัน เด็กที่เกิดจากหญิง ขณะที่เพ็นภริยาของชายนั้นมาตรา 1536 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรของหญิงและชายนั้น แต่ถ้าหากการสมรสสิ้นสุดลงเด็กที่เกิดจากหญิงภายใน 310 วันนับแต่วันที่มีการสมรสสิ้นสุดลงให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีด้วย ประกอบกับเด็กเกิดจากหญิงที่ไม่ได้สมรสกับชายให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงแต่ผู้เดียว ดังนั้น ผู้หญิงจะตั้งครรภ์โดยมิได้มีการร่วมประเวณีกับชาย เช่น กรณีเด็กหลุดแก้วที่เซลล์ไข่และเซลล์อสุจิของชายมาผสมกันในหลอดแก้ว และฉีดไข่ที่เกิดจากการปฏิสนธิแล้วเข้าไปในครรภ์หญิงหากหญิงคลอดบุตรที่เกิดจากการทำเด็กหลอดแก้วก็ต้องถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงเช่นเดียวกัน จะเห็นได้ว่าการตีความประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1546 ได้ให้หญิง

ที่ตั้งครรภ์และให้กำเนิดเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก เด็กจึงเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของแม่ผู้บุญส่วนสามีภริยาที่ซึ่งต้องการมีบุตรทำได้เพียงรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมเท่านั้น

ต่อมาเมื่อมีการออกพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดให้

“เด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาค แล้วแต่กรณี โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะกระทำโดยการให้ภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์ หรือให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่น ให้เด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร แม้ว่าสามีหรือภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด

ชายหรือหญิงที่บริจาคอสุจิหรือไข่ ซึ่งนำมาใช้ปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์หรือผู้บริจาคตัวอ่อนและเด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่บริจาดังกล่าว ไม่มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก”

จะเห็นได้ว่า เนื่องจากกฎหมายอุ้มบุญเป็นกฎหมายเฉพาะที่มีผลยกเว้นการใช้บังคับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1546 ส่งผลให้สถานะความเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากกระบวนการดังกล่าวเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมที่กำหนดให้เด็กที่เกิดจากหญิงที่มีได้สมรสกับชายให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้นอย่างไรก็ตามภายหลังพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ใช้บังคับในหมวด 4 แห่งพระราชบัญญัตินี้ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เรื่องความเป็นบิดาและมารดาของเด็กและการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไว้เพื่อยกเว้นสถานะความเป็นบิดามารดาและบุตรตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยกำหนดหลักเกณฑ์ให้เด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาคโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไม่ว่าจะกระทำโดยการให้ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์หรือให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่นให้เด็กนั้นเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรแม้ว่าสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด (มาตรา 29) ดังนั้นภายหลัง 90 วันนับแต่วันที่กฎหมายนี้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา (นับแต่วันที่ 30 สิงหาคม 2558) เด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยวิธีการรับตั้งครรภ์แทนย่อมมิใช่บุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนอีกต่อไปแต่มีสถานะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดาที่ประสงค์จะมีบุตรซึ่งในประเด็นนี้มีข้อสังเกตว่าเนื่องจากในมาตรา 1546 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในตอนท้ายที่บัญญัติว่า “เว้นแต่กฎหมายจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” นั้นอาจกล่าว

ได้ว่าเจตนารมณ์ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยประสงค์ให้มีมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายได้เพียงหนึ่งคนเท่านั้นจึงต้องถือว่าเป็นการตัดสิทธิ์ของมารดาผู้ให้กำเนิดตามความจริง (ผู้รับตั้งครรภ์แทน) แต่เมื่อมีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 เข้ามาทำให้ได้มีการเปลี่ยนแปลงหลักการข้างต้น โดยกำหนดให้เด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาคโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรไม่ว่าภริยาจะเป็นผู้ตั้งครรภ์เองถือเป็นการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่น ผลคือเด็กที่คลอดจากกรรมมารดาของแม่ผู้มบุญจะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีภริยาซึ่งต้องการมีบุตร ความเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายเริ่มตั้งแต่เป็นทารกอยู่ในครรภ์และแม้ว่าสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นจะตายก่อนเด็กเกิดก็ยังถือว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีภริยาที่ตายไป ส่วนผู้บริจาคไข่ อสุจิ หรือตัวอ่อน กับเด็กนั้นไม่มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันในฐานะบิดามารดาและบุตรตามกฎหมาย

สำหรับการลงรายการเกิดในสูติบัตรของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยเนื่องจากปัจจุบันได้มีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดเงื่อนไขความเป็นบิดาและมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนและกำหนดผู้มีหน้าที่แจ้งการเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไว้เป็นการเฉพาะและให้ผู้อำนวยการทะเบียนกลางประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการแจ้งเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน โดยอาศัยตามมาตรา 32 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 และมาตรา 8/2(1) แห่งพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 ผู้อำนวยการทะเบียนกลางออกประกาศไว้ดังต่อไปนี้

“ผู้มีหน้าที่แจ้งการเกิด” หมายถึง สามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนตามที่ปรากฏรายการบุคคลในเอกสารข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนหรือผู้ที่ได้รับมอบอำนาจจากบุคคลดังกล่าว หรือหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน (ผู้คลอดเด็ก) ตามที่ปรากฏรายการบุคคลเอกสารข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนในกรณีสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด หรือไม่อยู่ในประเทศไทย หรือไม่ปรากฏตัวเกินกว่า 15 วันนับแต่วันที่เด็กเกิด หรือเข้าบ้านของสถานพยาบาลที่ทำคลอดเด็กซึ่งเกิดจากการตั้งครรภ์แทน ในกรณีสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน (ผู้คลอดเด็ก) ตามที่ปรากฏรายการบุคคลเอกสารข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนในกรณีสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด หรือไม่อยู่

ในประเทศไทย หรือไม่ปรากฏตัวเกินกว่า 15 วันนับแต่วันที่เด็กเกิดไม่สามารถแจ้งการเกิดได้ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ข้อ 1

การแจ้งการเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้ผู้มีหน้าที่แจ้งการเกิดยื่นคำร้องขอแจ้งเกิดที่สำนักทะเบียนอำเภอหรือสำนักทะเบียนท้องถิ่นแห่งท้องที่ที่เด็กเกิด หรือท้องที่อื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวงซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534 และที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 พร้อมยื่นพยานหลักฐานบัตรประจำตัวของผู้แจ้ง, สำเนาบัตรประจำตัวหรือเอกสารแสดงตัวของสามีและภริยาซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน หรือหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน กรณีมอบอำนาจให้บุคคลอื่นแจ้งการ, สำเนาทะเบียนบ้านฉบับเจ้าบ้านที่จะเพิ่มชื่อเด็กเข้าในทะเบียนบ้าน, หลักฐานการจดทะเบียนสมรสของสามีและภริยาซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน โดยถ้าเป็นการจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายของต่างประเทศ จะต้องมียุติบัตรการจดทะเบียนบันทึกฐานะแห่งครอบครัว, หนังสือเดินทางของสามีหรือภริยาซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนกรณีสามีหรือภริยาเป็นคนต่างด้าวที่เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรไทยโดยได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง, เอกสารข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนระหว่างสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ซึ่งจัดทำขึ้นตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขกำหนด, หนังสือรับรองการเกิด (ท.ร.1/1), หนังสือมอบอำนาจ (ถ้ามี) เมื่อนายทะเบียนผู้รับแจ้งได้รับแจ้งการเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนแล้วให้เรียกตรวจหลักฐานจากผู้แจ้งสอบสวนสามีและภริยาซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนให้ปรากฏข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเหตุผลที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน ประวัติของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ความสัมพันธ์ระหว่างสามีหรือภริยาซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนการปกครองและการอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ความประสงค์จะให้บุคคลใดเป็นบิดาและมารดาของเด็กระหว่างสามีและภริยา ซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนความประสงค์จะให้บันทึกและเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนของเด็กที่เกิดในสุติบัตรและฐานข้อมูลทะเบียนราษฎร กรณีสามีหรือภริยาซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนเป็นคนต่างด้าวให้สอบสวนบุคคลที่เกี่ยวข้องให้ปรากฏข้อเท็จจริงเกี่ยวกับประวัติ ภูมิลำเนาเดิมที่อยู่ อาชีพ การเดินทางเข้าออกประเทศไทย สาเหตุที่แต่งงานกับคู่สมรสที่เป็นคนสัญชาติไทย ความต้องการนำเด็กที่เกิดไปต่างประเทศ เป็นต้น ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ข้อ 2 และ ข้อ 3

เมื่อตรวจสอบพยานหลักฐานถูกต้องแล้วให้ดำเนินการออกสุติบัตรให้แก่เด็กที่เกิดโดยลงรายการตามหนังสือรับรองการเกิด ท.ร.1/1 เว้นแต่รายการบิดาและมารดาให้เป็นไปตามข้อตกลง

ของสามีและภริยาซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและให้บันทึกสถานที่ เลขที่ และวันที่ที่ออกหนังสือรับรองการเกิด ท.ร.1/1 ไว้ในสูติบัตรและทะเบียนคนเกิดด้วย บันทึกจัดเก็บหนังสือรับรองการเกิด ท.ร.1/1 และเอกสารข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนรวมถึงเอกสารแสดงตนของสามีหรือภริยาซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนที่เป็นคนต่างด้าวไว้ในฐานข้อมูลการทะเบียนราษฎรด้วยระบบคอมพิวเตอร์ บันทึกความสัมพันธ์ระหว่างสามีและภริยาซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและสามี (ถ้ามี) ตามเอกสารข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนไว้ในทะเบียนประวัติราษฎรของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนรวมถึงเงื่อนไขในการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวตามความประสงค์ของผู้แจ้งการเกิด และมอบสูติบัตรให้แก่ผู้แจ้งการเกิดโดยให้ผู้รับลงชื่อรับมอบเอกสารดังกล่าวพร้อมวันเดือนปีที่รับไว้เป็นหลักฐาน

ข้อมูลเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนที่จะเก็บไว้ในฐานข้อมูลการทะเบียนราษฎรให้เก็บเป็นความลับห้ามมิให้เปิดเผยแก่บุคคลใด เว้นแต่จะได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากบิดาหรือมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายตามที่ระบุไว้ในสูติบัตร หรือเจ้าของข้อมูลกรณีบรรลุนิติภาวะแล้ว หรือการเปิดเผยตามมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534 ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ข้อ 4

กรณีบุคคลที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนก่อนวันที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ใช้บังคับ และมีคำสั่งของศาลที่สั่งให้ผู้นั้นเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน มีความประสงค์จะขอแก้ไขรายการบิดาและมารดาในสูติบัตร ทะเบียนคนเกิด และทะเบียนบ้านให้ดำเนินการตามระเบียบสำนักทะเบียนกลางว่าด้วยการจัดทำทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534 และให้นายทะเบียนอำเภอหรือนายทะเบียนท้องถิ่นของสำนักทะเบียนที่แก้ไขรายการดังกล่าวบันทึกข้อมูลเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนไว้ในทะเบียนประวัติ ราษฎรของบุคคลที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนด้วยตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ข้อ 11¹¹

การกำหนดบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามกฎหมายต่างประเทศ

สำหรับประเทศที่กฎหมายภายในให้การรับรองการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการตั้งครรภ์แทน จากการศึกษาพบว่ายังคงมีการบัญญัติเรื่องความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไว้แตกต่างกัน ดังต่อไปนี้

¹¹ ประกาศสำนักทะเบียนกลาง เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขการแจ้งการเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ข้อ 1-5

บางประเทศให้ศาลเข้ามามีบทบาทในการชี้ว่าผู้ใดจะมีสิทธิ์เป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก กล่าวคือ ยังคงกำหนดให้การวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นไปตามเดิม จนกว่าจะมีคำสั่งศาลเป็นอื่น ตัวอย่างเช่น South Australia's Surrogacy Act 2019¹² เป็นต้น

กฎหมายของสหพันธรัฐรัสเซีย Family Code of Russia Article 51-4 บัญญัติให้คู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายหากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนให้ความยินยอม¹³ โดยไม่จำเป็นต้องมีคำสั่งศาลหรือมีการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม

สาธารณรัฐแอฟริกาใต้เป็นหนึ่งในไม่กี่ประเทศที่มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามข้อตกลงที่มีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมายให้ถือว่าเป็นบุตรของบิดามารดาที่ประสงค์จะมีบุตร (Commissioning Parent or Parents) ตั้งแต่เวลาที่เด็กเกิดในลักษณะเดียวกันกับมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องส่งมอบตัวเด็กให้กับบิดามารดาที่ประสงค์จะมีบุตรโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้หลังเด็กเกิดดังนั้นหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน สามิ คู่ชีวิต ญาติของหญิงนั้นจะไม่มีสิทธิ์ในตัวเด็กนั้น และในทางตรงกันข้าม เด็กก็ไม่มีสิทธิ์เรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูหรือรับมรดกในฐานะทายาทจากบุคคลดังกล่าวแต่หากข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนดังกล่าวไม่มีผลใช้บังคับได้เนื่องจากไม่ได้เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดจะถือว่าเด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทนดังกล่าวเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของมารดาที่ให้กำเนิดซึ่งเป็นไปในลักษณะเดียวกันกับกฎหมายไทยในปัจจุบัน¹⁴ (พนิตสุภา สุตสงวน, 2565, หน้า 35)

¹² South Australia's Surrogacy Act 2019 Part 2-8 "The presumptions and other rules as to the parentage of a child under the Family Relationships Act 1975 continue to apply to a child born as a result of a surrogacy arrangement until such time as the Court makes an order or orders as to parentage of the child under Part 4."

¹³ The Family Code of Russian Federation. Article 51-4. "Married persons who have given their consent in written form to the artificial fertilization or to the implantation of the embryo, shall be written down in the Register of Births if a child is born as a result of the application of these methods, as this child's parents.

The married persons who have given their consent in written form to the implantation of an embryo in another woman for bearing it, may be written down as the child's parents only with the consent of the woman who has given birth to the child (of the surrogate mother)."

¹⁴ Children's Act 2005. Section 297. Effect of surrogate motherhood agreement on status of child.—

(1) The effect of a valid surrogate motherhood agreement is that—

นอกจากนี้กฎหมายของประเทศยูเครนบัญญัติไว้เช่นเดียวกับกฎหมายไทย โดย Article 123-2 of the Family Code ของประเทศยูเครนกำหนดอย่างชัดเจนให้เด็กที่เกิดจากการบวนการดังกล่าวเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดาที่ประสงค์จะมีบุตร มิใช่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน¹⁵

กฎหมายสาธารณรัฐอินเดีย บัญญัติรับรองว่า เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนมีสถานะเป็นบุตรทางชีวภาพของกลุ่มสมรสหรือหญิงที่ประสงค์จะมีบุตร¹⁶

สำหรับประเทศที่กฎหมายภายในไม่รับรอง “การอุ้มบุญ” ก็จะไม่มีการบัญญัติเรื่องความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีเด็กเกิดจากการตั้งครรภ์แทนไว้เป็นการเฉพาะ อย่างไรก็ตาม กระบวนการยุติธรรมของประเทศเหล่านี้ก็อาจต้องวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ และอาจรับรองความเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายได้ในกรณีที่บิดามีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน แต่ไม่รับรองความเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ประสงค์จะมีบุตรแต่ไม่ได้ตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรด้วยตนเอง ตัวอย่าง กรณีศึกษาจากคำพิพากษาศาลสหพันธรัฐของเยอรมนี (Bundesgerichtshof, BGH) ในปีค.ศ. 2019 (BGH, Mar. 20, 2019 Docket No. XII ZB 530/17) โดยข้อเท็จจริงของคดีมีดังนี้ โจทก์ทั้งสองเป็นคู่สมรสที่ถือสัญชาติเยอรมันและอาศัยอยู่ในประเทศเยอรมนีเมื่อปีค.ศ. 2015 ได้มีการนำเข้าของภรรยาที่ปฏิสนธิกับเชื้ออสุจิของสามีแล้วนำไปให้หญิงชาวยูเครนตั้งครรภ์แทนในประเทศยูเครน โดยได้ให้กำเนิดบุตรในเดือนธันวาคม 2015 ณ กรุงเคียฟ ประเทศยูเครน โดยชายผู้เป็นสามีได้ดำเนินการรับรองความเป็นบิดาของบุตร ณ สถานเอกอัครราชทูตเยอรมนี ณ กรุงเคียฟ โดยได้รับความยินยอมของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน และหญิงที่

(a) any child born of a surrogate mother in accordance with the agreement is for all purposes the child of the commissioning parent or parents from the moment of the birth of the child concerned;

(b) the surrogate mother is obliged to hand the child over to the commissioning parent or parents as soon as is reasonably possible after the birth;

(c) the surrogate mother or her husband, partner or relatives has no rights of parenthood or care of the child;

¹⁵ Family Code of Ukraine. Article 123.. Establishing Maternal and Paternal Affiliation in Case of Medically Assisted Procreation and Ovum Implantation

(...)

2. If an ovum conceived by the spouses is implanted to another woman, the spouses shall be the parents of the child.

¹⁶ The Surrogacy (Regulation) Act, 2021. 8. A child born out of surrogacy procedure, shall be deemed to be a biological child of the intending couple or intending woman and the said child shall be entitled to all the rights and privileges available to a natural child under any law for time being in force.

ตั้งครรภ์แทนได้รับรองต่อเจ้าหน้าที่รับรองเอกสาร (Notary public) ว่าเด็กเกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ด้วยวิธีการตั้งครรภ์แทนและโจทก์ทั้งสองเป็นบิดามารดาทางพันธุกรรม โดยทะเบียนราษฎรของยูเครนได้จัดแจ้งให้โจทก์ทั้งสองเป็นบิดามารดาของเด็กและออกสูติบัตรให้ เมื่อโจทก์ทั้งสองเดินทางกลับประเทศเยอรมนีพร้อมเด็กในเดือนมกราคม 2016 โจทก์ทั้งสองได้นำหลักฐานการเกิดในต่างประเทศตามสูติบัตรของยูเครนไปจดแจ้งกับนายทะเบียนราษฎรของประเทศเยอรมนี โดยในขณะนั้นทะเบียนราษฎรของเยอรมนียังไม่ได้รับทราบว่าเด็กคนดังกล่าวเกิดจากการตั้งครรภ์แทนจนกระทั่งสถานเอกอัครราชทูตเยอรมนี ณ กรุงกรีฟ ได้ส่งคำร้องขอจดทะเบียนการเกิดในต่างประเทศของเด็กดังกล่าวตามมาด้วยในภายหลัง ต่อมาหน่วยงานกำกับดูแลฝ่ายทะเบียนราษฎรจึงได้ยื่นคำร้องต่อศาลแขวง (Amtsgericht) เพื่อให้ศาลสั่งให้ฝ่ายทะเบียนราษฎรดำเนินการแก้ไขการจดทะเบียนโดยให้ระบุว่าหญิงที่ตั้งครรภ์เป็นมารดาของเด็ก ศาลสูงแห่งรัฐ (Oberlandesgericht) ไม่รับอุทธรณ์ของโจทก์เพื่อโต้แย้งการแก้ไขการจดทะเบียนดังกล่าว โจทก์ทั้งสองจึงยื่นอุทธรณ์ต่อศาลสหพันธ์รัฐ (Bundesgerichtshof, BGH)

ในคดีนี้ศาลสหพันธ์รัฐวินิจฉัยว่า กฎหมายสารบัญญัติของเยอรมัน ในมาตรา 1591 ประมวลกฎหมายแพ่ง¹⁷ (Bürgerlichen Gesetzbuches-BGB) กำหนดให้หญิงซึ่งเป็นผู้ให้กำเนิดบุตรเท่านั้นจึงจะถือเป็น มารดาชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้กฎหมายว่าด้วยการรับบุตรบุญธรรม (Adoptionsvermittlungsgesetz 1989) ยังบัญญัติให้ การปฏิสนธิภายในร่างกายหรือการทำเด็กหลอดแก้วให้แก่มารดาอุ้มบุญถือเป็นความผิดทางอาญาในประเทศเยอรมัน ดังนั้นการทำสัญญาอุ้มบุญไม่ถือว่ามีผลทางกฎหมายเนื่องจากสัญญาดังกล่าวขัดต่อกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองตัวอ่อนของมนุษย์และศาลวินิจฉัยว่าเป็นสัญญาที่ขัดต่อศีลธรรมอันดี

โดยในคดีนี้คำพิพากษาศาลสหพันธ์รัฐได้ตัดสินให้นำกฎหมายแพ่งสารบัญญัติเยอรมันมาบังคับใช้แก่คดีเพื่อระบุความเป็นบิดามารดาอันชอบด้วยกฎหมายของเด็ก จากการปรับใช้มาตรา 19 แห่งกฎหมายนำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche-EGBGB) ซึ่งปรากฏบทบัญญัติเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศเยอรมัน ซึ่งกำหนดให้วินิจฉัยความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรตามกฎหมายแห่งสถานที่ที่เด็กมีถิ่นที่อยู่ประจำ (habitual residence – gewöhnlicher Aufenthalt) หรือกฎหมายของประเทศที่บิดามารดาถือสัญชาติหรือกฎหมายที่บังคับใช้กับผลของการสมรสของบิดามารดา โดยศาลได้ตีความว่าบุคคลมีถิ่นที่อยู่อาศัยประจำในสถานที่ที่พวกเขามีการใช้ชีวิตอย่างแท้จริง ณ สถานที่แห่งนั้นการปรากฏตัวในสถานที่ดังกล่าวจะต้องแสดงให้เห็นถึงความเป็นอยู่อย่างถาวรในระดับที่เพียงพอและไม่ใช่เป็นการอยู่อย่างชั่วคราวหรืออย่างไม่ต่อเนื่อง สำหรับการกำหนดถิ่นที่อยู่

¹⁷ Section 1591: The mother of a child is the woman who gave birth to it.

อาศัยประจำของผู้เยาว์โดยเฉพาะกรณีของทารกจำเป็นต้องพิจารณาถึงการหลอมรวมกับสภาพแวดล้อมทางสังคมและครอบครัวของบิดามารดาเนื่องจากโดยทั่วไปเด็กย่อมอาศัยในสภาพแวดล้อมดังกล่าวด้วยเช่นกัน ถิ่นที่อยู่อาศัยประจำของเด็กและบิดามารดาจะแตกต่างกันในเฉพาะกรณีพิเศษเท่านั้น โดยในคดีดังกล่าว ศาลวินิจฉัยว่าเด็กมีถิ่นที่อยู่อาศัยประจำในประเทศเยอรมนีเนื่องจากคู่สัญญาทุกฝ่ายตกลงให้พาเด็กเดินทางไปประเทศเยอรมันพร้อมโจทก์ทั้งสองในทันทีภายหลังการเกิดและเพื่อใช้ชีวิตในประเทศอย่างถาวร นอกจากนี้กฎหมายยูเครน และเยอรมันต่างก็รับรองความเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายของสามี ดังนั้นเด็กจึงมีสัญชาติเยอรมันและอาศัยอยู่ในประเทศเยอรมนีอย่างถูกต้องตามกฎหมาย และเด็กไม่เคยมีถิ่นที่อยู่อาศัยประจำในประเทศยูเครน ดังนั้นจากการปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติเยอรมันซึ่งเป็นกฎหมายแห่งถิ่นที่เด็กมีถิ่นที่อยู่ประจำ หญิงที่ได้ตั้งครรภ์แทนและคลอดเด็กเท่านั้นจึงจะสามารถเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมายไม่ใช่โจทก์ที่เป็นภรรยาที่ประสงค์จะมีบุตร โดยโจทก์ที่เป็นภรรยาจะต้องทำการรับรองเด็กเป็นบุตรบุญธรรมเพื่อให้เป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย

โดยสรุปในปัจจุบัน ประเทศเยอรมนีก็ยังไม่มียกเว้นกฎหมายเกี่ยวกับการความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยตรงทำให้สถานภาพของเด็กที่เกิดมาจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ก็ยังคงเป็นไปตามกฎหมายทั่วไปและกฎหมายใกล้เคียงมาบังคับใช้โดยอนุโลม

จากกรณีศึกษา การวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีเด็กเกิดจากการตั้งครรภ์แทน พบว่ากฎหมายสารบัญญัติประเทศเยอรมันให้อธิบายหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเท่านั้นที่จะเป็นมารดาชอบด้วยกฎหมาย ถ้าหากจะให้หญิงที่ประสงค์จะมีบุตรแต่ไม่สามารถตั้งครรภ์เองได้เป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย หญิงนั้นจะต้องทำการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ในส่วนสามีเนื่องจากมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก กฎหมายสารบัญญัติเยอรมันสามารถรับรองความเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายได้ในกรณีดังกล่าว

กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

สำหรับการวินิจฉัย ความเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีข้อเท็จจริงมีองค์ประกอบต่างประเทศ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาตรา 29 วรรคแรกบัญญัติว่า “การเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติแห่งสามีของมารดาในขณะที่ผู้นั้นเกิด ถ้าหากในขณะที่กล่าวนั้น สามีได้ถึงแก่ความตายเสียแล้วก็ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของสามีในขณะที่ถึงแก่ความตาย”

ลักษณะข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องของบทบัญญัตินี้ ถึงแม้ตัวบทจะไม่ได้เขียนไว้ชัดเจนนัก แต่มีการตีความสอดคล้องกันว่า บทบัญญัตินี้ใช้บังคับกับเรื่อง ความเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยกำหนด “จุดเกาะเกี่ยว” ไว้ที่ “สัญชาติของสามีของมารดาในขณะที่บุตรเกิด”

สำหรับการวินิจฉัยว่าบุคคลใดมีสัญชาติใดนั้นย่อมเป็นไปตามกฎหมายของรัฐเจ้าของสัญชาตินั้น ในกรณีที่บุคคลมีสัญชาติมากกว่า 1 สัญชาติหรือเป็นบุคคลไร้สัญชาติ ในขณะที่ยังมีชีวิตอยู่ จะต้องนำมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาประกอบการปรับใช้มาตรา 29 เพื่อให้ทราบได้ว่าจะต้องใช้กฎหมายของประเทศใด สำหรับการวินิจฉัยว่าบุคคลใดมีสัญชาติไทยหรือไม่ก็ย่อมเป็นไปตามพระราชบัญญัติสัญชาติที่ผลใช้บังคับในขณะที่ยังมีชีวิตอยู่ โดยหากบุคคลมีมากกว่า 1 สัญชาติและหนึ่งในนั้นคือ สัญชาติไทยด้วย ก็จะต้องปรับใช้กฎหมายไทย ตามมาตรา 6 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481

โดยถ้อยคำว่า “สามีของมารดา” หมายความว่าสามีของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย มาตรานี้จึงใช้บังคับกับประเด็นความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายจากการสมรส ซึ่งหากเป็นกรณีความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบุตรที่เกิดนอกสมรสจะต้องใช้บทบัญญัติมาตรา 31 มาวินิจฉัย โดยเหตุนี้ปัญหาที่ว่าสามีของมารดาได้ทำการสมรสกับมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ อาจมีประเด็นข้อกล่าวอ้างให้ศาลต้องจำต้องพิจารณาก่อนที่จะวินิจฉัยว่าบุตรนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ศาลจะต้องวินิจฉัยตามมาตรา 19 และมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ตามหลักการวินิจฉัยปัญหาล่วงหน้าแบบ *lege fori*

ปัญหาเกี่ยวกับการเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายนั้นกฎหมายสารบัญญัติประเทศต่างๆ บัญญัติไว้ไม่เหมือนกันและหากศาลไทยพิจารณาพิพากษาคดีที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ โดยคู่ความกล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศแล้ว ก็จะต้องพิจารณาจากกฎหมาย “สัญชาติแห่งสามีของมารดาขณะบุตรเกิด” ว่าเป็นปัญหาเกี่ยวกับการเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งโดยปกติย่อมเป็นปัญหาต่อไป คือ ประเด็นพิพาทที่เข้าลักษณะข้อกฎหมายตามบัญญัตินี้ เช่น การสันนิษฐานว่าเป็นบิดาและระยะเวลาที่เด็กอาจเกิดจากบิดาผู้นั้นได้ ซึ่งคล้ายคลึงกันกับมาตรา 1519 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และปัญหาที่ว่าเด็กที่เกิดจากการสมรสอันเป็นโมฆะจะมีฐานะเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ประเด็นว่ามารดาของเด็กได้ทำการสมรสหลังจากได้หย่าขาดจากสามีเดิมและเด็กที่เกิดมานั้นอยู่ในฐานะที่อาจเป็นบุตรของสามีเดิมก็ได้ ถ้าหากสามีของมารดาทั้งสองคนมีสัญชาติอันเดียวกันความยุ่งยากจะหมดไปเพราะการสันนิษฐานว่าเป็นบิดาและระยะเวลาที่เด็กอาจเกิดจากบิดาได้ย่อมจะอยู่ได้บังคับแห่งกฎหมายเช่นเดียวกัน แต่ถ้าสามีของมารดามีสัญชาติแตกต่างกันและกฎหมายสัญชาติของสามีทั้งสองกำหนดข้อสันนิษฐานและระยะเวลาที่เด็กอาจเกิดจากบิดาไว้

เหมือนกัน ศาลไทยจะต้องถือเอากฎหมายสัญญาติของสามีในขณะที่เกิดเป็นสำคัญ ถ้าตามกฎหมายดังกล่าวแล้วเด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีของมารดาศาลไทยก็ต้องวินิจฉัยเป็นไปตามนั้น ซึ่งสอดคล้องกับ มาตรา 1537 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติว่า “ในกรณีที่หญิงทำการสมรสใหม่นั้นเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 1453 และ คลอดบุตรภายในสามร้อยสิบวัน นับแต่การสมรสสิ้นสุดลง ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเด็กที่เกิดแต่หญิงนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีคนใหม่ และห้ามมิให้นำข้อสันนิษฐานในมาตรา 1536 ที่ว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีเดิมมาใช้บังคับ ทั้งนี้ เว้นแต่มีคำพิพากษาของศาลแสดงว่าเด็กมิใช่บุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีใหม่นั้น” แต่ถ้าตามกฎหมายสัญญาติของสามีของมารดาในขณะบุตรเกิดเด็กนั้นมิใช่บุตรอันชอบด้วยกฎหมายของสามีของมารดาแล้วปัญหาที่ว่าจะใช้กฎหมายได้ บัญญัติว่าเด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีเดิมนั้นเป็นเรื่องที่กฎหมายไม่มีบัญญัติไว้ศาลไทยจึงต้องค้นหาหลักเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมายและโดยการเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ศาลไทยคงจะใช้กฎหมายสัญญาติของสามีเดิมวินิจฉัยว่าเด็กนั้น เป็นบุตรของสามีเดิมหรือไม่

ถ้าหากในขณะที่เกิดเด็กสามีที่ชอบด้วยกฎหมายของมารดาถึงแก่กรรม ก็ให้ใช้กฎหมายสัญญาติของสามีของมารดาในขณะถึงแก่ความตาย วินิจฉัยได้ว่าเด็กนั้นเป็นบุตรอันชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ทั้งนี้เพราะแม้บิดาจะถึงแก่ความตายไปแล้วเด็กก็ยังมีประโยชน์ได้เสียบางประการในการที่จะทราบว่าตนเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้ถึงแก่ความตายหรือไม่ เช่น ในการที่จะใช้นามสกุลของบิดา เป็นต้น

พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาตรา 29 วรรคท้ายวางหลักสอดคล้องกับวรรคแรกไว้ว่า ให้ใช้กฎหมายเช่นเดียวกันบังคับการฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตร ดังนั้นเงื่อนไขในการที่สามีของมารดาจะฟ้องคดีไม่รับเด็กเป็นบุตรมีอะไรบ้างต้องพิจารณาจากกฎหมายสัญญาติของสามีของมารดาในขณะที่เกิดเด็กด้วยเช่นกัน

สำหรับการกำหนดกฎหมายที่ใช้บังคับกับการวินิจฉัยความเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ไม่ได้ระบุไว้อย่างชัดเจนเนื่องจากในอดีต ในขณะที่มีการร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ความเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายไม่ได้เป็นประเด็นทางกฎหมายแพ่งของไทยแต่อย่างใด ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่ได้คำนึงถึงประเด็นนี้ในกฎหมายแพ่งว่าด้วยครอบครัวของไทยเนื่องจากหญิงใดคลอดบุตรก็จะถือเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายด้วยอยู่แล้ว นอกจากนี้กฎหมายได้ให้การรับรองความเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของ “หญิงที่ตั้งครรภ์” ซึ่งเป็นผู้ให้กำเนิดหรือเป็นผู้คลอดทารกออกมาเท่านั้น โดยไม่สนใจว่าทารกจะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม กล่าวคือ เกิดโดยใช้ไข่ของหญิงคนใด

นอกจากนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีความเห็นตามบันทึกเลขเสร็จที่ 100 / 2542 ว่า "ทารกในครรภ์มารดาตามมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หมายถึง ทารกที่เกิดขึ้นจะต้องเกิดจากครรภ์มารดาของผู้เป็นบุตร" ดังนั้น บุตรที่เกิดจากการใช้เทคนิคทางการแพทย์ช่วยในการ "อุ้มบุญ" หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและคลอดทารกจึงเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารก ส่วนหญิงเจ้าของไข่แต่ไม่ได้ตั้งครรภ์และชายเจ้าของอสุจิ แต่มิได้เป็นสามีของหญิงที่ตั้งครรภ์ จึงมิใช่บิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของทารกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

อย่างไรก็ตาม หากมีประเด็นให้ต้องพิจารณาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เรื่องดังกล่าว ก็จะต้องจัดลักษณะเข้า มาตรา 30 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า "ในกรณีที่เกิดจากหญิงที่ไม่ได้ทำการสมรสกับชายสิทธิและหน้าที่ระหว่างมารดากับบุตรให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของมารดา" จะเห็นได้ว่าบทบัญญัตินี้ได้บัญญัติถึงกรณีที่เด็กเกิดจากหญิงที่ไม่ได้มีการสมรสกับชาย ซึ่งหมายความว่า บิดาในทางข้อเท็จจริงมิได้ทำการสมรสกับมารดา โดยบัญญัติว่าสิทธิและหน้าที่ระหว่างมารดากับบุตรให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของมารดา โดยมีการตีความโดยให้หมายความรวมถึงการให้นำกฎหมายสัญชาติของมารดามาวินิจฉัยด้วยว่าเด็กนั้นเป็นบุตรของมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ มีข้อสังเกตว่ามาตรา 30 นี้บัญญัติสิทธิและหน้าที่ระหว่างมารดากับบุตรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น หากบัญญัติถึงสิทธิและหน้าที่ระหว่างบิดากับบุตรอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ในกฎหมายครอบครัวของบางประเทศ จึงเป็นเรื่องช่องว่างแห่งกฎหมายซึ่งหากมีประเด็นพิพาท ก็อาจต้องอุดช่องว่างนี้ตามกฎหมายเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลตาม มาตรา 3 พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481

จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวของไทยก็มิได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าบุคคลใดจะเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย เพียงแต่มีมาตรา 30 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 บัญญัติ สิทธิและหน้าที่ระหว่างมารดากับบุตรในกรณีที่หญิงมิได้สมรสกับชาย ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของมารดา จึงพอตีความได้ว่า กฎหมายไทยถือว่าเด็กที่เกิดจากหญิงที่ตั้งครรภ์เป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ตั้งครรภ์เสมอ อย่างไรก็ตามในกรณีการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการตั้งครรภ์แทนในขอบเขตของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กได้แก่ ภริยาซึ่งประสงค์จะมีบุตร ซึ่งได้จดทะเบียนสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายกับสามีที่ประสงค์จะมีบุตร ในการวินิจฉัยสิทธิหน้าที่ระหว่างภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน จึงไม่เข้ามาตรา 30 วรรคสอง แต่ต้องเป็นไปตามมาตรา 30 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติว่า

“สิทธิและหน้าที่ระหว่างบิดามารดากับบุตรชอบด้วยกฎหมาย ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญญาติของบิดา” แต่สำหรับการวินิจฉัยความเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ระหว่าง ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตรจากการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ซึ่งเป็น “หญิงที่สมรสกับชาย” กับบุตรที่เกิดมานั้น ไม่มีบทบัญญัติใดในพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 กำหนดจุดเกาะเกี่ยวที่จะต้องนำมาปรับใช้ไว้อย่างชัดเจน จึงเป็นกรณีที่จะต้องปรับมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมายในกรณีดังกล่าว

ในท้ายที่สุด จากขั้นตอนการปรับใช้หลักกฎหมายจัดกันกับคดีที่มีองค์ประกอบต่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้อง หากนำกฎหมายต่างประเทศมาใช้บังคับแล้วผลของการปรับใช้กฎหมายดังกล่าว ขัดต่อความสงบเรียบร้อยในทางระหว่างประเทศ (international public policy) ของไทย ศาลก็สามารถใช้มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย แล้วปรับใช้กฎหมายไทยแทนเพื่อวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหา

ปัญหาการตีความจุดเกาะเกี่ยวตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เพื่อวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

สำหรับการวินิจฉัยความเป็นบิดาหรือมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน การปรับใช้บทบัญญัติตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มีปัญหาการตีความเนื่องจาก พระราชบัญญัตินี้กล่าวถึงมารดาขึ้นมาเป็นเวลานานแล้ว และผู้ร่างกฎหมายในขณะนั้นย่อมไม่ได้คาดการณ์ถึงกรณีการให้กำเนิดบุตรด้วยวิธีการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนและปัญหาทางกฎหมายที่อาจจะเกิดขึ้น

สำหรับการวินิจฉัยความเป็นบิดา หากปรับจุดเกาะเกี่ยว “สัญชาติสามีของมารดาขณะบุตรเกิด” ตามมาตรา 29 แห่ง พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 อาจมีความยุ่งยากในการตีความว่า ชายคนใดคือ “สามีของมารดา” เนื่องจาก ในการ “อุ้มบุญ” มีหญิงที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการนี้อย่างน้อย 2 คน คือ ภริยาที่ประสงค์จะมีบุตร และ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ถึงแม้การตีความพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวจะตีความโดยอ้างอิงตามระบบกฎหมายของประเทศของศาลที่กำลังพิจารณาคดี (*lege fori*) ซึ่งได้แก่ กฎหมายไทยแล้ว แต่ก็ยังคงประสบปัญหาเนื่องจาก หากใช้นิยาม “มารดา” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายที่ต้องการให้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 สอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็จะหมายถึงหญิงที่คลอดบุตร กล่าวคือหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน แต่หากตีความโดยอาศัยนิยามตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ผู้ที่เป็น “มารดา” ที่ชอบด้วยกฎหมายก็จะต้องหมายถึง ภริยาที่ประสงค์จะมีบุตร การตีความว่า หญิงใดคือ “มารดา” ของเด็ก จึงมีผลต่อการวินิจฉัยความเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายด้วย เนื่องจากหากตีความโดยอ้างอิงความหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ “สามีของมารดา” ก็จะหมายถึง สามีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน แต่หากตีความโดยอ้างอิงมาตรา 29 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 “สามีของมารดา” ก็จะหมายถึง สามีที่ประสงค์จะมีบุตร ผู้วิจัยมีความเห็นว่า การตีความในกรณีนี้ควรจะต้องอ้างอิงการตีความโดยค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมาย

ตามทฤษฎีภาวะวิสัย (Objective theory) โดยอ้างอิงตามนิยามความเป็นบิดามารดาที่ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายไทยทั้งระบบ โดยไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะนิยามตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น จึงมีความเห็นว่า ควรจะให้ความหมาย คำว่า “มารดา” หมายถึง หญิงที่ประสภจะมีบุตรและสามีของมารดา จึงหมายถึง สามีของหญิงที่ประสภจะมีบุตรนั้น สำหรับการวินิจฉัยความเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นเรื่องที่ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจน จึงเป็นกรณีที่ต้องนำ “กฎเกณฑ์ทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล” มาใช้ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ซึ่งนำไปสู่ความไม่แน่นอนในการปรับใช้กฎหมายเนื่องจากในกรณีดังกล่าวนี้กฎเกณฑ์ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในประเทศต่าง ๆ ในโลกก็ไม่ได้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน

ปัญหาจากการปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ซึ่งนำไปสู่การใช้กฎหมายต่างประเทศที่กำหนดความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนแตกต่างจากกฎหมายไทย

จากการที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 29 กำหนดชัดเจนให้สามีที่ประสภจะมีบุตรเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนซึ่งหากสามีและภริยามีสัญชาติไทยอาศัยอยู่ในประเทศไทยทั้งคู่ก็จะไม่มีปัญหาใดๆ

ในกรณีที่มีการจัดให้มีการให้กำเนิดบุตรด้วยการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทย โดยที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติต่างประเทศ ปัจจุบันนายทะเบียนไทยก็จะออกหลักฐานการเกิด ได้แก่ สูติบัตรตามกฎหมายไทย คือ บิดามารดาที่ประสภจะมีบุตรคือบิดามารดาตามกฎหมาย โดยในการลงตรงรายการทะเบียนราษฎร สามารถลงตามความประสงค์ได้แม้ในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งเป็นชาวต่างชาตินายทะเบียนจะพิจารณาตามกฎหมายไทยคือประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น โดยไม่นำพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาประกอบการพิจารณา โดยเทียบคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1950 / 2529 ซึ่งศาลเคยวินิจฉัยว่า “การที่ผู้ร้องทั้งสองซึ่งเป็นบุคคลสัญชาติญวนร้องขอต่อศาลให้สั่งนายอำเภอในฐานะนายทะเบียนครอบครัวจดทะเบียนสมรสให้แก่ผู้ร้องทั้งสองนั้น แม้ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาตรา 10 และมาตรา 19 จะบัญญัติว่าความสามารถของบุคคลและเงื่อนไขแห่งการสมรสให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบุคคลนั้นนั้นก็ตาม แต่ตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวผู้ร้องก็ทำได้มีหน้าที่พิสูจน์ถึงความสามารถและเงื่อนไขดังกล่าวแต่เพียงฝ่ายเดียวไม่และเมื่อไม่มีฝ่ายใดนำสืบว่าตามกฎหมายสัญชาติของผู้ร้องในเรื่องนี้มีอยู่อย่างใดจึงต้องบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและ

พาณิชย์ เมื่อปรากฏว่าผู้ร้องทั้งสองมีเงื่อนไขที่จะทำการสมรสได้ครบถ้วนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว นายอำเภอก็ไม่ชอบที่จะปฏิเสธ ไม่ยอมจดทะเบียนสมรสให้ผู้ร้องทั้งสอง”

ดังนั้นในกรณีที่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องไม่มีข้อพิพาทระหว่างกันก็ไม่มีปัญหาการดำเนินการไม่สอดคล้องกับมาตรา 29 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 แต่ถึงแม้ว่าจะไม่มีปัญหาเรื่องความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายในมุมมองของระบบกฎหมายไทยก็ตาม แต่อาจมีปัญหการรับรองความเป็นบุตรในต่างประเทศซึ่งเป็นประเทศสัญชาติของบิดาหรือมารดาตามกฎหมายอาจนำไปสู่ปัญหาว่าเด็กที่เกิดมานั้น และได้รับรองความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของกลุ่มสมรสที่ประสงค์จะมีบุตรในมุมมองของระบบกฎหมายไทยแล้ว แต่อาจไม่ได้รับการรับรองให้เป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายในมุมมองของระบบกฎหมายต่างประเทศได้ โดยเฉพาะมารดาที่ไม่ได้เป็นผู้ตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรด้วยตนเอง ส่วนบิดาก็อาจจะมีปัญหาโดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่สามีที่ประสงค์จะมีบุตรเป็นชาวต่างชาติ ไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก กล่าวคือ ไข่อสุจิของผู้บริจาคผสมกับไข่ของภริยาชาวไทยและให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ซึ่งในประเด็นดังกล่าวอยู่นอกขอบเขตของงานวิจัยนี้

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่มีข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลไทย ช่องทางหนึ่งที่สามารถยกขึ้นต่อสู้เพื่อไม่ให้ปรับใช้มาตรา 29 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้คือ การใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ซึ่งอาจนำไปสู่การใช้กฎหมายต่างประเทศเพื่อวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน เช่น หากใช้กฎหมายสัญชาติของบิดาและบิดามีสัญชาติของประเทศที่มีได้รับรองความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายให้แก่เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน เด็กก็จะไม่ใช่บุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย

ในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งไม่ได้มีสัญชาติไทย การปรับใช้จุดเกาะเกี่ยวและกลไกต่าง ๆ ในหลักกฎหมายขัดกันและพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 อาจนำไปสู่การปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศ จากการศึกษากฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการวินิจฉัยความเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในทั้งในประเทศที่รับรองให้มีการ “อุ้มบุญ” ได้ และในประเทศยังกำหนดให้การ “อุ้มบุญ” เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ยังมีความแตกต่างกันค่อนข้างมาก โดยในหลายประเทศไม่ได้รับรองความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้กับคู่สมรสหรือบุคคลที่ประสงค์จะมีบุตรโดยอัตโนมัติ ดังนั้นการปรับใช้กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในศาลไทยยังสามารถนำไปสู่การใช้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศ ซึ่งไม่รับรองความเป็นบิดาหรือมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้ได้

เนื่องจากกฎหมายของประเทศส่วนใหญ่ในปัจจุบันยังกำหนดให้ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนคือ มารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นภริยาของกลุ่มสมรสที่ประสงค์จะมีบุตรซึ่งเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายในระบบกฎหมายไทยแต่อาจไม่ได้เป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายในมุมมองของระบบกฎหมายต่างประเทศที่ภริยามีสัญชาติ เนื่องจากประเทศส่วนใหญ่ยังไม่รับรองให้ครอบครัวที่ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนโดยอัตโนมัติ ดังนั้นอาจมีความเป็นไปได้สูงว่าอาจจะเกิดสถานการณ์ที่เรียกว่าบุคคลสองสถานะ (Limping situation)

สำหรับความเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีที่จัดให้มีการให้กำเนิดบุตรโดยใช้เซลล์สุจิของสามีที่ประสงค์จะมีบุตรก็อาจไม่ก่อให้เกิดปัญหาเพราะเด็กย่อมมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับบิดาผู้ประสงค์จะมีบุตร และกฎหมายของหลายประเทศในปัจจุบันถึงแม้ไม่รับรองการ “อุ้มบุญ” ในประเทศของตนเอง ก็ยังพร้อมรับรองความเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กในกรณีดังกล่าว อย่างไรก็ตามมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาที่อาจก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมาย คือ ในกรณีที่เชื้อสุจิของผู้บริจาคในการดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนซึ่งกฎหมายกำหนดให้อาจใช้เชื้อสุจิของผู้บริจาคได้ กรณีดังกล่าวย่อมส่งผลให้เด็กไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับสามีที่ประสงค์จะมีบุตร ดังนั้นเมื่อสามีที่ประสงค์จะมีบุตรไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กและภริยาของตนเองก็ไม่ได้เป็นผู้ตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรด้วยตนเองด้วย จึงเป็นกรณีที่บุคคลที่ประสงค์จะมีบุตรไม่สามารถมีสถานะเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายของประเทศส่วนใหญ่ได้

การบรรเทาปัญหาดังกล่าวเบื้องต้นหากมีคดีพิพาทในศาลไทย คือ การใช้กลไกต่าง ๆ ตามนิติวิธีของหลักกฎหมายขัดกัน เช่น การย้อนส่งตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ซึ่งอาจนำไปสู่การใช้กฎหมายสารบัญญัติไทยในกรณีการย้อนส่งกลับหรือกฎหมายต่างประเทศอีกประเทศหนึ่งในกรณีการย้อนส่งต่อไป ซึ่งรับรองความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือศาลอาจใช้หลักความสงบเรียบร้อยฯ ตามมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติดังกล่าวมาจำกัดผลของการใช้กฎหมายต่างประเทศนั้นในศาลไทยได้และปรับใช้มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 แทนกฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศนั้น อย่างไรก็ตามการปรับหลักการดังกล่าวมีความไม่แน่นอนสูง เนื่องจากขึ้นอยู่กับการใช้ดุลพินิจของศาลเป็นกรณี ๆ ไป

แก้ไขปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศไทย โดยกำหนดบทบัญญัติเฉพาะสำหรับการวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายกรณีเด็กเกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยผู้วิจัยมีความเห็นว่าควรกำหนดจุดเกาะเกี่ยวหลักไว้ที่ ภูมิลำเนาของกลุ่มสมรสที่ประสงค์จะมีบุตร ซึ่งจะทำให้กลุ่มสมรสที่อาศัยอยู่ในประเทศไทย และใช้กระบวนการตั้งครรภ์แทนในประเทศ

ไทยไม่สามารถอ้างกฎหมายต่างประเทศเพื่อหลีกเลี่ยงบทบัญญัติมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยการกำหนดจุดเกาะเกี่ยวควรให้รองรับกรณีที่อยู่ในอนาคตคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรอาจมิใช่ระหว่างชายและหญิงเพียงอย่างเดียว และบัญญัติให้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศที่หลักกฎหมายขัดกันของไทยชี้ให้ใช้ ไม่สามารถมีผลใช้บังคับได้ หากมีผลเป็นการปฏิเสธความเป็นบิดาหรือมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของบุคคลที่ประสงค์จะมีบุตรของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน โดยกระบวนการตั้งครรภ์แทนที่เกิดขึ้นในประเทศไทยโดยชอบด้วยกฎหมายตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558



บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

บทสรุป

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ในมาตรา 29 ได้มีการกำหนดความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีใช้การตั้งครรภ์แทนเพื่อให้กำเนิดบุตร โดยกำหนดให้คู่สามีภรรยาที่ประสงค์จะมีบุตร เป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน หากคู่สามีภรรยาที่ประสงค์จะมีบุตร เป็นบุคคลสัญชาติไทยทั้งคู่ ก็จะไม่มีปัญหาทางกฎหมายในกรณีที่เกิดข้อพิพาท อย่างไรก็ตาม เนื่องจากพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้อนุญาตให้คู่สมรสที่เป็นชาวต่างชาติ ใช้วิธีการ “อุ้มบุญ” ได้ เพียงแต่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ต้องมีสัญชาติไทย และจดทะเบียนสมรสกับบุคคลสัญชาติไทยมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี ซึ่งกรณีมีข้อพิพาทเกิดขึ้นในศาลไทยในเรื่องความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน จะสามารถนำไปสู่การปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 และกฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศซึ่งอาจไม่รับรองการ “อุ้มบุญ” และปฏิเสธความเป็นบิดาหรือมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ซึ่งขัดกับเจตนารมณ์ของมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ที่ประสงค์บัญญัติให้สามีภรรยาที่ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน โดยไม่ได้แบ่งแยกว่าคู่สามีภรรยาที่ประสงค์จะมีบุตรนั้นจะเป็นบุคคลสัญชาติไทยทั้งคู่ด้วยหรือไม่ งานนิพนธ์นี้จึงมุ่งสำรวจสภาพปัญหาทางเทคนิคกฎหมายที่เกิดขึ้นในการวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีที่ใช้การ “อุ้มบุญ” มุ่งเป้าประกอบต่างประเทศเข้ามาเกี่ยวข้องกับสัญชาติของคู่สมรสฝ่ายหนึ่ง และนำเสนอแนวทางการแก้ปัญหาด้วยเทคนิควิธีของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล โดยงานนิพนธ์ฉบับนี้จำกัดขอบเขตของการศึกษาไว้ที่สภาพปัญหาทางกฎหมายที่เกิดจากกรณีที่อาจมีข้อพิพาทเกิดขึ้นในศาลไทยเกี่ยวกับความเป็นบิดาหรือมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่คู่สามีภรรยาที่ประสงค์จะมีบุตรฝ่ายหนึ่งไม่ได้มีสัญชาติไทย ในกรอบของการจัดให้มีการตั้งครรภ์แทนที่เป็นไปตามที่ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 กำหนด ในส่วนปัญหาการรับรองในต่างประเทศ เกี่ยวกับ ความเป็นบิดาหรือมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยอยู่นอกขอบเขตของการศึกษานี้

จากการศึกษาการวินิจฉัยความเป็นบิดาหรือมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยใช้บทบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 พบว่าเกิดปัญหาการตีความจุดเกาะเกี่ยวเนื่องจากผู้ร่างกฎหมายในขณะนั้นจึงไม่ได้คาดการณ์ถึงการให้กำเนิดบุตรด้วยการให้หญิงอื่นที่ไม่ใช่ภรรยาตั้งครรภ์แทน หากปรับจุดเกาะเกี่ยว อาจมีความยุ่งยากในการตีความว่า ชายคนใดคือ สามีของมารดา เพราะในการอุ้มบุญจะมีหญิงที่เกี่ยวข้องอย่างน้อย 2 คนคือ ภรรยาที่ประสงค์จะมีบุตร และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หากใช้นิยาม “มารดา” สอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หมายถึงหญิงที่คลอดบุตร แต่หากตีความโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 “มารดา” หมายถึงหญิงที่ประสงค์จะมีบุตร ทำให้การตีความว่าหญิงใดคือมารดาของเด็ก

เนื่องจากปัจจุบันกฎหมายไทยในปัจจุบันชัดเจนให้คู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย ของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน หากสามีและภริยามีสัญชาติไทยและอาศัยอยู่ในประเทศไทยทั้งคู่ก็จะไม่มีปัญหา สำหรับกรณีให้กำเนิดบุตรด้วยการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทย โดยที่คู่สมรสฝ่ายหนึ่งมีสัญชาติต่างประเทศ ในปัจจุบันนายทะเบียนไทยจะออกหลักฐานการเกิดให้ คือ สูติบัตร ตามกฎหมายไทย โดยบุคคลที่ประสงค์จะมีบุตรคือบิดามารดาที่ถูกต้องตามกฎหมาย ถึงแม้คู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตร จะมีฝ่ายหนึ่งไม่ได้เป็นบุคคลสัญชาติไทยก็ตาม นายทะเบียนจะพิจารณาตามกฎหมายไทยโดยไม่นำพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาประกอบการพิจารณา ดังนั้นหากคู่กรณีที่เกี่ยวข้องไม่มีข้อพิพาทระหว่างกันก็ไม่มีปัญหาการดำเนินการไม่สอดคล้อง มาตรา 29 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ในประเทศไทย แต่ในกรณีที่มีข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลไทย การใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 อาจนำไปสู่การใช้กฎหมายต่างประเทศเพื่อวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน จากการสำรวจกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการวินิจฉัยความเป็นบิดาชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ทั้งประเทศที่มีการรับรองให้มีการ “อุ้มบุญ” ได้ และประเทศที่ยังกำหนดให้การ “อุ้มบุญ” เป็นการทำผิดกฎหมาย พบว่าเนื่องจากหลายประเทศส่วนใหญ่ยังไม่รับรองของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ทำให้ตามกฎหมายของประเทศดังกล่าวคู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรนั้นไม่ใช่บิดาหรือมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายของประเทศนั้น โดยเฉพาะในกรณีที่บุคคลที่ประสงค์จะมีบุตรไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก ซึ่งไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกบมตรา 29 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

เพื่อบรรเทาปัญหาดังกล่าว หากมีคดีพิพาทในศาลไทย สามารถนำกลไกต่าง ๆ ตามนิติวิธีตามหลักกฎหมายขัดกัน เช่น การย้อนส่งตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ซึ่งอาจนำไปสู่การใช้กฎหมายสารบัญญัติไทย หรือศาลอาจจะใช้หลักความสงบเรียบร้อยฯ ตามมาตรา 5 เพื่อจำกัดผลของการใช้กฎหมายต่างประเทศนั้นในศาลไทย และปรับใช้มาตรา 29 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 แทน แต่การปรับใช้หลักการดังกล่าวมีความไม่แน่นอนสูงเนื่องจากขึ้นอยู่กับการใช้ดุลพินิจของศาลแต่ละกรณี

ข้อเสนอแนะ

1. สำหรับการปรับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 ในกรณีที่เกิดคดีพิพาทในประเทศไทยเพื่อวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ในสถานะของกฎหมายปัจจุบัน ไม่ว่าจะการตีความบทบัญญัติจะนำไปสู่การปรับใช้กฎหมายสารบัญญัติของประเทศใด ในกรณีจากการปรับใช้พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวแล้วกำหนดให้ใช้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศที่ไม่รับรองความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของกลุ่มสมรสโดยชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตร ควรใช้กลไกตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 มาจำกัดผลของการใช้กฎหมายต่างประเทศนั้นในศาลไทยได้ และให้ปรับใช้มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 แทน

2. สำหรับแนวทางการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศไทยในอนาคต ควรมีบทบัญญัติเฉพาะสำหรับการวินิจฉัยความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายกรณีเด็กเกิดจากการตั้งครรภ์แทน โดยผู้วิจัยมีความเห็นว่าควรกำหนดจุดเกาะเกี่ยวหลักไว้ที่ ภูมิลำเนา ร่วมของกลุ่มสมรสที่ประสงค์จะมีบุตร และบัญญัติให้กฎหมายสารบัญญัติต่างประเทศที่หลักกฎหมายขัดกันของไทยชี้ให้ใช้ ไม่สามารถมีผลใช้บังคับได้ หากมีผลเป็นการปฏิเสธความเป็นบิดาหรือมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของบุคคลที่ประสงค์จะมีบุตรของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยกระบวนการตั้งครรภ์แทนที่เกิดขึ้นในประเทศไทยโดยชอบด้วยกฎหมายตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

บรรณานุกรม



บรรณานุกรม

- ธานี วรภัทร์ และคณะ. (2561). ศึกษาและวิเคราะห์การบังคับใช้กฎหมายเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์.
- กองสารนิเทศและประชาสัมพันธ์ สำนักงานศาลยุติธรรม. (2555). “ศาลเยาวชนฯกลาง อ่านคำสั่งคดี “อุ้มบุญ”. กรุงเทพฯ: ศาลยุติธรรม.
- กิตติวัฒน์ จันทรแจ่มใส. (2564). คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เล่ม 1 ในการขัดกันแห่งกฎหมาย. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ช.ชยินทร์ เพ็ชฌุฬพิสัย. (ม.ป.ป.). ผู้สืบสันดาน. เข้าถึงได้จาก http://law.hcu.ac.th/academic_detail.php?id=12&title=%E0%B8%9C%E0%B8%B9%E0%B9%89%E0%B8%AA%E0%B8%B7%E0%B8%9A%E0%B8%AA%E0%B8%B1%E0%B8%99%E0%B8%94%E0%B8%B2%E0%B8%99
- ต่อสกุล พุทธพักตร์ และสุวิชา เป้าอารีย์. (2564). ระบบอุปถัมภ์ในคดีเห็นแก่เครือข่ายกับการดำเนินงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น: กรณีศึกษาองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแห่งหนึ่งในอำเภอเมืองนครราชสีมา จังหวัดนครราชสีมา. วารสารการเมืองการปกครอง, ฉบับที่ 24.
- ประกอบ ประพันธ์เนติวุฒิ. (2547). กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและคดีอาญา. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- พนิตสุภา สุดสงวน, อรรัมภา ไวยมุข, ภัทรมน สาดรักษ์ และเอกพล ทรงประโคน. (2565). สิทธิการลาเพื่อเลี้ยงดูบุตรกรณี เด็กเกิดจากการตั้งครรภ์แทน. วารสารรัฐศาสตร์รอบรู้และสหวิทยาการ. 5(1), 23-40
- รัชนิกร ลาภณิษฐา (2555). กฎหมายพึงบังคับใช้ทันที. วารสารนิติศาสตร์ ธรรมศาสตร์
- ศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร (2564). คำศัพท์ทางมานุษยวิทยา. เข้าถึงได้จาก <https://www.sac.or.th/databases/anthropology-concepts/glossary/32>
- สุภักดี จุลจิตรพงษ์. (2553). ความหวังใหม่ของผู้มีบุตรยาก ตอนที่ 1. เข้าถึงได้จาก sirirajonline:https://www.si.mahidol.ac.th/siriraj_online/thai_version/Health_detail.asp?id=173
- อรรัมภา ไวยมุข. (2560). ปัญหาการคุ้มครองคู่สัญญาที่อ่อนแอกว่าในหลักกฎหมายขัดกันไทย. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร, 63-77

อรรัมภา ไวยมุกข์. (2560). เอกสารประกอบการสอน รายวิชา กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, มหาวิทยาลัยบูรพา
 เอื้ออริ อึ้งจะนิล. (2557). รายงานสรุปและวิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยี. กรุงเทพฯ: สำนักส่งเสริมวิชาการรัฐสภา สถาบันพระปกเกล้า.

ภาษาอังกฤษ

Angie Godwin. (1999, January). So, you're having another woman's baby: economics and exploitation in gestational surrogacy. 32(1), 271-304. Retrieved from www.thefreelibrary.com/so+you're+having+another+woman's+baby%3A+economics+and+exploitation+in...a054469386 1

Denise Ee. (2015). *Who are the legal parents of children conceived through assisted reproduction?*. [Blog Post]. Retrieved from <https://singaporerelegaladvice.com/law/article/legal-parents-reproduction>.

Library Of Congress. (2019). *Germany: Federal Court of Justice Rules on Legal Motherhood of Surrogate* (ภัทรพงษ์ อิศริยะพฤกษ์, ผู้แปล). กรุงเทพฯ: สำนักภาษาต่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ

The American Pregnancy Association. (2017, February 15). *In vitro Fertilization: IVF*. [Blog Post]. Retrieved from <http://americanpregnancy.org/infertility/in-vitro-fertilization/>.

(2016, September 2). *Gamete Intrafallopian Transfer: GIFT*. [Blog Post]. Retrieved from <http://americanpregnancy.org/infertility/gamete-intrafallopain-transfer/>.

(2016, September 2). *Zygote Intrafallopian Transfer: ZIFT*. [Blog Post]. Retrieved from Americanpregnancy.org/infertility/zygote-intrafallopian-transfer/. 2 September 2016

เว็บมาสเตอร์. (2558). 'IUI' ความหวังแห่งชีวิตใหม่ ที่ปลอดภัยและได้ผลดี. เข้าถึงได้จาก

<http://www.healththailand.com/>:

<http://www.healththailand.com/article/73/IUI%E2%80%99>

[%](http://www.healththailand.com/article/73/IUI%E2%80%99%E0%B8%84%E0%B8%A7%E0%B8%B2%E0%B8%A1%E0%B8%AB%E0%B8%A7%E0%B8%B1%E0%B8%87%E0%B9%81%E0%B8%AB%E0%B9%88%E0%B8%87%E0%B8%8A%E0%B8%B5%E0%B8%A7%E0%B8%B4%E0%B8%95%E0%B9%83%E0%B8%AB%E0%B8%A1%E0%B9%88-%E0%B8%97%E)

[%](http://www.healththailand.com/article/73/IUI%E2%80%99%E0%B8%84%E0%B8%A7%E0%B8%B2%E0%B8%A1%E0%B8%AB%E0%B8%A7%E0%B8%B1%E0%B8%87%E0%B9%81%E0%B8%AB%E0%B9%88%E0%B8%87%E0%B8%8A%E0%B8%B5%E0%B8%A7%E0%B8%B4%E0%B8%95%E0%B9%83%E0%B8%AB%E0%B8%A1%E0%B9%88-%E0%B8%97%E)

[%](http://www.healththailand.com/article/73/IUI%E2%80%99%E0%B8%84%E0%B8%A7%E0%B8%B2%E0%B8%A1%E0%B8%AB%E0%B8%A7%E0%B8%B1%E0%B8%87%E0%B9%81%E0%B8%AB%E0%B9%88%E0%B8%87%E0%B8%8A%E0%B8%B5%E0%B8%A7%E0%B8%B4%E0%B8%95%E0%B9%83%E0%B8%AB%E0%B8%A1%E0%B9%88-%E0%B8%97%E)

[%](http://www.healththailand.com/article/73/IUI%E2%80%99%E0%B8%84%E0%B8%A7%E0%B8%B2%E0%B8%A1%E0%B8%AB%E0%B8%A7%E0%B8%B1%E0%B8%87%E0%B9%81%E0%B8%AB%E0%B9%88%E0%B8%87%E0%B8%8A%E0%B8%B5%E0%B8%A7%E0%B8%B4%E0%B8%95%E0%B9%83%E0%B8%AB%E0%B8%A1%E0%B9%88-%E0%B8%97%E)

World Health Organization. (2009). *The international Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (Who) Revised Glossary on ART Terminology*.

(2016). *Infertility definitions and terminology*. [Blog Post] Retrieved from www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/definitions/en/.

