

บทที่ 5.

ปัญหาทางด้านกฎหมายและแนวทางแก้ปัญหасำหรับการผสมเทียมแบบ IVF (In Vitro Fertilization and Embryo Transfer)

ขอบเขตของการศึกษาการผสมเทียมแบบ IVF

ศึกษาในเรื่องดังต่อไปนี้

1. สถานะตัวอ่อน
2. แพทย์หรือสถานให้บริการ
3. การรับจ้างตั้งครรรภ์

1. ปัญหาทางด้านกฎหมายเกี่ยวกับสถานะของตัวอ่อน

วิทยาการด้านการผสมเทียมได้ก้าวมาถึงขั้นที่สามารถนำเอาไข่ และ เซลล์พันธุ์ผสมกันภายนอกร่างกายของมนุษย์ได้แล้ว ความสำเร็จดังกล่าวนี้นำไปสู่ปัญหาทางด้านกฎหมาย เนื่องจากยังไม่มีกฎหมายมากพอที่จะใช้แก้ปัญหาที่เกิดขึ้นได้ แพทย์ผู้ปฏิบัติตลอดจนผู้ที่เกี่ยวข้องอื่นๆ จึงไม่ทราบว่าการกระทำของพวกเขาจะถูกหรือผิดอย่างไรบ้างในสายตาของนักกฎหมาย และกฎหมายในอนาคต ถ้ามองทางด้านศีลธรรมในฐานะเป็นพื้นฐานของวิถีชีวิตของสังคม เพื่อให้เป็นหลักหนุ่ในเรืองการผสมในหลอดทดลองแล้ว ยังกล่าวได้ยากว่ายอมรับได้เพียงใด บางคนก็อาจจะยังมองไม่เห็นว่าการผสมจะเข้าไปบังคับได้อย่างไรกับปัญหาที่เกิดขึ้นเหล่านั้น ถึงอย่างไรก็ตามได้มีการนำเอาค่านิยมทางด้านศีลธรรมมาใช้ในการตัดสินปัญหาที่เกิดขึ้นเสมอๆ โดยเฉพาะสำหรับประเทศที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งศาลมีความคล่องตัวในการนำความเป็นธรรมและความยุติธรรมมาใช้ให้ได้ผลที่ดีที่สุดสำหรับทุกฝ่าย และมีการปรับตัวให้ทันกับสถานการณ์แปลกๆ ใหม่ๆ ที่เกิดขึ้นได้ไม่น้อย

ผู้ร่างกฎหมายต้องเผชิญกับความคิดใหม่ ๆ เสมอ เกี่ยวกับเรื่องสถานะของตัวอ่อน (Status of the Embryo) ซึ่งมีอยู่ด้วยกันหลายความเห็น บางคนเห็นว่าตัวอ่อนไม่ควรมีสถานะและสิทธิใดๆ บ้างก็เห็นว่าตัวอ่อนควรมีสถานะเหมือนกับมนุษย์ที่มีชีวิตทั่วไป มีอิสระต่างหากจากมารดา เพราะตัวอ่อนเป็นส่วนสำคัญของชีวิตมนุษย์ซึ่งความจริงก็คือชีวิตในระยะเริ่มแรกนั่นเอง จึงสมควรได้รับการคุ้มครองตามมาตรฐานที่พึงกระทำสำหรับชีวิตหนึ่งและอีกประการหนึ่ง คือ ควรมีมาตรการป้องกันมิให้มีการซื้อขายตัวอ่อนเหมือนสินค้าอย่างหนึ่ง¹

กฎหมายของบางประเทศถือว่าสภาพบุคคลเริ่มเมื่อปฏิสนธิ และของบางประเทศยอมรับสิทธิของทารกในครรภ์มารดา เช่น กฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California) ประเทศสหรัฐอเมริกา ถือว่าทารกในครรภ์เป็นเด็กธรรมดาคนหนึ่ง เกิดคดีที่น่าศึกษาอยู่คดีหนึ่ง เป็นคดีฆาตกรรม เหตุเกิดขึ้นเมื่อนางพามาเร เร สจีวิต แม่บ้านชาวเมืองซานดีเอโก (San Diego) มลรัฐแคลิฟอร์เนีย ได้ตั้งครรภ์และมีผู้เห็นพฤติกรรมของเธอตลอดระยะเวลาที่ตั้งครรภ์ เธอไม่ยอมปฏิบัติตามคำแนะนำของแพทย์ที่เธอไปฝากครรภ์ไว้ เธอดื่มเหล้าและเสพสิ่งเสพติด จนเป็นผลให้ทารกในครรภ์เสียชีวิต ดังนั้นเธอจึงถูกฟ้องในคดีฆาตกรรมทารกในครรภ์ของเธอเอง²

¹ Mr. T. Scott Baker, "The law and artificial pregnancy." in In Vitro Fertilisation and Donor Insemination ed. W. Thompson and others (London: Royal College of Obstetricians and Gynaecologists, 1985), p. 329.

² ชุมศักดิ์ พุกษาพงษ์, "สิทธิของทารกในครรภ์," สยามรัฐ (8 กุมภาพันธ์ 2530): 8-9.

ถ้าพิจารณาตามมาตรา 15 วรรคสอง แห่ง ปพพ.ฉบับปัจจุบัน บัญญัติว่า "ทารกในครรภ์มารดาก็สามารถจะมีสิทธิต่างๆได้ หากว่าภายหลังเกิดมารอดอยู่" กฎหมายมาตรานี้บังคับบอกให้ทราบว่าทารกจะมีสิทธิเหมือนกับคนทั่วไปต่อเมื่อเขาได้เกิดมาและมีชีวิตอยู่ กล่าวคือทารกในครรภ์มารดา ตามกฎหมายไม่ถือว่าเป็นสภาพบุคคลแยกต่างหากจากมารดา เนื่องจากการดำรงชีวิตของทารกส่วนใหญ่ยังอาศัยมารดา ดังนั้นกฎหมายจึงให้ความคุ้มครองต่อทารกในครรภ์ไม่เท่ากับผู้ที่สภาพบุคคลแล้ว ด้วยเหตุนี้การทำลายทารกในครรภ์มารดาจึงไม่ผิดฐานฆ่าคนตาย จะผิดก็เพียงฐานทำให้แท้งลูก³

ส่วนการผสมเชื้อพันธุ์กับไข่ในหลอดทดลอง เพื่อให้เกิดการปฏิสนธิภายในหลอดทดลองนั้น ได้มีการมองอย่างผิวเผินเห็นว่าการผสมในหลอดทดลอง แล้วคัดเลือกเอาตัวอ่อนเฉพาะที่แข็งแรงสมบูรณ์ที่สุดไปบำรุงเลี้ยงในมดลูก ส่วนตัวอ่อนอื่นๆ ที่แข็งแรงน้อยกว่าก็ทิ้งไปเหมือนเป็นการทำลายชีวิตที่กำลังจะเกิดขึ้น แต่ความเป็นจริงแล้วในทางปฏิบัติโอกาสที่ตัวอ่อนจะสลายโดยธรรมชาติก็มีอยู่แล้ว เป็นปกติ เพราะตามธรรมชาติแล้วเชื้อพันธุ์ตัวที่แข็งแรงที่สุดเท่านั้นที่จะมีโอกาสผสมกับไข่ การคัดเลือกตัวอ่อนที่สมบูรณ์ปกติไปบำรุงเลี้ยงก็เพื่อให้ได้เด็กที่เกิดมาเป็นคนที่ปกติสมบูรณ์ หากเห็นว่าตัวอ่อนไม่สมบูรณ์เด็กที่เกิดมาอาจจะพิการก็จะไม่นำตัวอ่อนนั้นมาฝังในโพรงมดลูก จึงจำเป็นต้องทำลายเพราะการที่เด็กเกิดมาพิการย่อมก่อให้เกิดผลเสียทั้งต่อตัวเด็กเอง และบิดามารดาที่ปรารถนาจะมีบุตรปกติแต่กลับต้องมีบุตรในลักษณะน่าสังเวช การสร้างกฎเกณฑ์จึงต้องมองทั้งในแง่ของความเป็นไปได้ และโอกาสที่จะเกิดขึ้นตามธรรมชาติด้วย

³ ยืนหยัด ใจสมุทร, "ข้อคิดเห็นบางประการเกี่ยวกับทารกในครรภ์มารดา," บทบัญญัติ 28((2), 2514): 300.

กรณีการผสมในหลอดทดลองนี้ ได้เคยเกิดเป็นคดีร้องขอให้ศาล พิพากษาว่าตัวอ่อนที่ได้รับการผสมแล้วนั้นควรจะปล่อยให้สลายตัวไปเองหรือควร จะนำไปบำรุงเลี้ยงในครรภ์ของหญิงอื่นต่อไป คดีนี้เกิดขึ้นที่ประเทศออสเตรเลีย สามีภริยาคู่หนึ่ง ได้ให้แพทย์ดำเนินการผสมเชื้อพันธุ์ของตน และไข่ของภริยาใน หลอดทดลอง ขณะที่ไข่กับเชื้อพันธุ์ผสมกันอยู่ในหลอดทดลอง ผู้เป็นเจ้าของ ทั้งสองก็ประสบอุบัติเหตุทางเครื่องบินถึงแก่ความตาย จึงมีปัญหากเกิดขึ้นว่า ตัวอ่อนของเขาทั้งสองควรจะต้องถูกทำลายไปด้วยหรือไม่ ศาลออสเตรเลีย ได้พิจารณาแล้วพิพากษาให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน เนื่องจากเจตนาารมณ์ของผู้ตาย ต้องการมีบุตรสืบสาโลहितศาลจึงสั่งให้เป็นไปตามที่ผู้ตายต้องการ⁴

ถ้ากรณีเช่นนี้เกิดขึ้นในประเทศไทยตามกฎหมายมาตรา 1546 แห่ง ปพพ.ฉบับปัจจุบัน กฎหมายให้ถือว่าเด็กที่เกิดมาเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของ หญิงผู้ที่คลอดเด็ก เด็กจะไม่ใช้ทายาทของผู้ตายโดยผลของกฎหมาย จุดนี้จึง เป็นจุดที่ควรได้รับการพิจารณาทางด้านกฎหมายว่า ตัวอ่อนควรมีสถานะ เช่นไร และมีสิทธิมากน้อยเพียงใดต่อผู้บริจาคเชื้อพันธุ์และเจ้าของไข่ ตลอดจน ผู้ตั้งครรภ์ในกรณีที่เป็นหญิงคนละคนกับเจ้าของไข่ ก่อนอื่นกฎหมายต้องยอมรับ เรื่องการผสมเทียม รวมทั้งผลที่เกิดขึ้นจากการผสมเทียมว่าแตกต่างจากการ เกิดตามแบบธรรมดาโดยทั่วไป แล้วจึงจะสามารถพิจารณาประเด็นอื่นๆ ใน รายละเอียดเกี่ยวกับสถานะสิทธิและหน้าที่ของบุคคลต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการ ผสมเทียม

เมื่อได้มีการให้กำเนิดเด็กจากหลอดทดลองได้สำเร็จนักวิทยาศาสตร์ ทางชีววิทยาและแพทย์ของประเทศต่างๆ ได้ดำเนินการค้นคว้าและพัฒนาเทคนิค วิธีการอย่างกว้างขวาง ในบางประเทศมีทั้งของโรงพยาบาลและสถานพยาบาล

⁴ดร.สันทัต ศะศิวิมล, "ปัญหาการผสมเทียม," วารสารนิติศาสตร์ 15((4) ธันวาคม, 2528): 199.

รัฐและเอกชนที่เปิดให้บริการรักษา และแก้ปัญหาด้วยการผสมเทียมในหลอดทดลอง เช่น สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น ในญี่ปุ่นมีโรงพยาบาลเอกชนชื่อโรงพยาบาลชูชิกิ เปิดดำเนินการ เมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม 2529 ศ.ดร.มาซาคุนิ ชูชิกิ เจ้าของโรงพยาบาลให้เหตุผลว่าโรงพยาบาลนี้มี วัตถุประสงค์สนับสนุนการให้กำเนิดทารกโดยวิธีใหม่ ศ.ดร.ชูชิกิ เคยเป็นผู้ช่วยในการทดลองให้กำเนิดเด็กจากหลอดทดลองเป็นรายแรกของมหาวิทยาลัยโตโฮกุ ซึ่งเป็นของรัฐบาล ต่อมาจึงได้ก่อตั้งโรงพยาบาลของตนเอง⁵

นอกจากการผสมในหลอดทดลองอย่างธรรมดาแล้ว ที่โรงพยาบาลไบลินเดอร์ส เมดิคัลเซ็นเตอร์ เมืองแอตแลนตา รัฐจอร์เจียได้ นายแพทย์คริสโตเฟอร์ เซน ได้ทำการผสมโดยเอาไข่แช่แข็งไว้เพื่อรอการผสมกับเชื้อพันธุ์ ก่อนจะผสมก็ทำให้ไข่อ่อนตัวเสียก่อน หลังจากการปฏิสนธิแล้วก็นำเอาตัวอ่อนนั้นไปใส่ไว้ในมดลูกเช่นเดิม ซึ่งนับว่าเป็นครั้งแรกที่วิธีการแช่แข็งไข่เช่นนี้ถูกนำมาใช้เป็นผลสำเร็จ⁶ และปรากฏว่าได้ฝาแฝดชายหญิงก่อนนี้เขาสามารถช่วยให้หญิงผู้หนึ่ง สามารถมีลูกแฝดในท้องเดียวกันถึงสามคน โดยใช้วิธีการผสมเทียมในหลอดทดลอง (In Vitro Fertilisation)

การผสมเทียมในหลอดทดลองนี้ หากคำนึงถึงสภาวะของตัวอ่อนก่อนที่จะถูกนำไปบารุงให้เจริญเติบโตต่อไปแล้ว มีบางความเห็นที่ว่าตัวอ่อนต้องเสี่ยงภัยต่างๆ นานาในขณะที่มีผู้ได้รับประโยชน์จากการเสี่ยงภัยนั้น จึงน่าจะมีการพิจารณาทบทวนว่าปฏิบัติการณ์ดังกล่าวเป็นการสมควรหรือไม่⁷ เรื่องนี้หากมอง

⁵ "ญี่ปุ่นมีรพ.ผลิตเด็กหลอดแก้ว," ไทยรัฐ (16 กรกฎาคม 2529)

: 13.

⁶ "ลูกแฝดผสมเทียม," มติชน (16 กรกฎาคม 2529): 14.

⁷ Waltetr Wadlington "Artificial Conception : The Challeng for Family Law," Virginia Law Review 69((3) April, 1983): 465.

เพียงด้านเดียวก็อาจเห็นว่าเป็นการไม่สมควร แต่ถ้ามองในมุมกลับการกระทำดังกล่าว นอกจากจะให้ผลทางด้านช่วยผู้ที่ไม่มีบุตรให้ได้บุตรสมความปรารถนาแล้ว ยังมีผลทางการแพทย์ด้านอื่นๆ อีก เช่น ผลทางด้านการวิจัยเกี่ยวกับโรคมะเร็งบางชนิด การเลือกเพศบุตรและการพิสูจน์วิวัฒนาการของมนุษย์^๘

ทุกสิ่งย่อมต้องมีการเสียสละประโยชน์ส่วนน้อย เพื่อรักษาประโยชน์ส่วนใหญ่ การทดลองต่างๆ ที่ผ่านมามักจะประสบความสำเร็จก่อนจึงจะบรรลุถึงผลสำเร็จได้ การทดลองโดยทั่วไปขั้นต้นมักจะเริ่มจากการทดลองในสัตว์ก่อน เมื่อได้ผลเป็นที่น่าพอใจจึงนำมาทดลองในมนุษย์ การนำมาทดลองกับมนุษย์จึงกลายเป็นเรื่องใหญ่ เนื่องจากสภาพของมนุษย์แตกต่างจากสัตว์โลกทั่วไป มนุษย์มีสิ่งแวดล้อมเข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น ศีลธรรม จารีตประเพณี หากการทดลองดังกล่าวให้ประโยชน์มากกว่าโทษ ก็ควรให้การสนับสนุน ในเรื่องการผสมเทียมนี้ได้มีการสนับสนุนกันอย่างจริงจังในหลายประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ สวีเดน ซึ่งต่างก็กำหนดเงื่อนไขและมาตรการต่างๆ ที่จะต้องปฏิบัติ^๙ เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง แม้แต่ตัวอ่อนที่มีสภาพไม่สมบูรณ์เต็มที่ ก็ควรจะได้รับ การคุ้มครองบ้างตามสมควร

^๘ศ.นพ.เอนก อารีพรรค, "การปฏิสนธิในหลอดแก้ว," จุฬาลงกรณ์
เวชสาร 24((16) พฤศจิกายน, 2523) : 609.

^๙Ethics Advisory Board, Department of Health, Education, and Welfare, Conclusions, "HEW Support of Research Involving Human In Vitro Fertilization and Embryo Transfer." (4 May 1979).

โดยสรุป ตัวอ่อนควรถูกได้รับการคุ้มครองในฐานะที่เป็นตัวอ่อนแยกต่างหากจากมารดา แต่เมื่อใดที่น้ำกลับเข้ามาสู่มดลูกของมารดา ตัวอ่อนนั้น จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายที่มีอยู่แล้ว ในฐานะทารกในครรภ์มารดา ที่มีสถานะเป็นตัวอ่อนคือ ไข่ที่ได้รับการผสมจนปฏิสนธิแล้ว ซึ่งควรจะมีกฎหมายเฉพาะออกมาคุ้มครองสถานะ ในต่างประเทศส่วนใหญ่เห็นว่าหากจะมีการวิจัยใดๆ ก็ตามจะต้องทำให้เสร็จก่อนระยะเวลา 14 วันภายหลังจากที่มีการปฏิสนธิแล้ว ทั้งนี้เพราะหลังจากช่วงนี้สมควรจะได้นำตัวอ่อนไปฝังในมดลูก เพื่อจะได้เจริญเติบโตเป็นทารกต่อไป¹⁰

¹⁰ Ibid.

2. ปัญหาทางด้านกฎหมายเกี่ยวกับแพทย์หรือองค์กรผู้ให้บริการ

แพทย์หรือองค์กรผู้ให้บริการเกี่ยวกับการผสมเทียมแบบ IVF จะต้องรับผิดชอบต่อผลของความสำเร็จทุกรายไปหรือไม่ การให้กำเนิดทารกด้วยวิธีนี้ ยังไม่สามารถที่จะรับประกันได้ว่าจะต้องให้ผลอย่างแน่นอนทุกราย เพราะโดยความจริงแล้วเป็นเพียงมีโอกาสที่จะมีบุตรเพิ่มขึ้นอีกวิธีหนึ่ง สำหรับผู้พลาดหวังที่จะมีบุตรโดยวิธีธรรมชาติเท่านั้น เมื่อมีทารกกำเนิดขึ้นมาด้วยวิธีการผสมเทียมแบบนี้ เมื่อปี พ.ศ. 2521 และได้เป็นข่าวเปิดเผยทั่วโลก จึงเป็นเหตุให้มีผู้ที่ได้ใช้วิธีเดียวกันนี้แต่ไม่ประสบผลสำเร็จได้ฟ้องแพทย์ และองค์กรผู้ให้บริการคดีดังกล่าวเกิดในรัฐนิวยอร์ก (New York) สหรัฐอเมริกา เมื่อ พ.ศ. 2521 ในคดีนี้ ดร.จอห์น เดลซิโอ (Dr. John Del Zio) อายุ 59 ปี และภริยาชื่อนางดอริส (Mrs. Doris) อายุ 34 ปี ฟ้องเรียกค่าเสียหายแก่กายและจิตใจเป็นเงินหนึ่งล้านห้าแสนดอลลาร์ จากศูนย์การแพทย์โคลัมเบีย-เพรสบีทีเรียนของแมนฮัตตัน (Manhattan's Columbi - Presbyterian Medical Center) และหัวหน้าของสูตินารีเวชศาสตร์ คือ ดร.เรมอนด์ แวนด์ ไวล์ (Dr. Raymond Vande Wiele) ลูกขุนจำนวน 6 ท่าน ซึ่งประกอบด้วยสุภาพสตรีสี่ท่าน สุภาพบุรุษสองท่าน ได้ฟังคำให้การในกรณีนี้ สาเหตุที่มีการผสมเทียมในหลอดทดลองครั้งนี้เพราะคู่สมรสไม่สามารถที่จะตั้งครรภ์ได้ เนื่องจากปัญหาเรื่องท่อหน้าไข่ ดังนั้นในปี พ.ศ. 2515 เธอจึงได้ตกลงให้แพทย์ชื่อ ดร.แลนดรัม ชัตเทิล (Dr. Landrum Shettles) นำเอาไข่ของเธอและเชื้อพันธุ์ของสามีเธอไปทำให้ปฏิสนธิในหลอดทดลอง แต่การปฏิบัติของ ดร.ชัตเทิล ไม่ประสบผลสำเร็จ เนื่องจากคณะกรรมการเกี่ยวกับการทดลองในมนุษย์เห็นว่าการปฏิบัติของเขาเป็นการเสี่ยงมากเกินไป จึงให้ยุติปฏิบัติการนั้น โดย ดร.แวนด์ ไวล์ เป็นผู้ออกคำสั่ง ทางครอบครัวเดลซิโออ้างว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นการทำลายโอกาสที่พวกเขาจะมีบุตร

คณะลูกขุน 6 ท่านดังกล่าวได้ฟังคำให้การในคดี ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่าการกระทำของ ดร.แวนด์ ไวล์ เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากเป็นเพียงชั้นทดลองเท่านั้น ยังไม่แน่ว่าจะบังเกิดผลอย่างไร เมื่อแพทย์



Plaintiff Doris Del Zio



Experimenter Landrum Shettles



Defendant Raymond Vande Wiele
Reverberations in the U.S.

รูปที่ 11. โจทก์และจำเลยในคดีทาลายตัวอ่อน¹¹

¹¹ "The First Test-Tube Baby," Time (31 July 1978)

เห็นว่าการกระทำเป็นการเสี่ยงจึงให้ยุติเสีย แพทย์ย่อมกระทำได้ การอ้างผลการทดลองของ Stepto และ Edwards เพื่อสนับสนุนคำฟ้องของโจทก์ไม่อาจฟังได้เพราะมีรายละเอียดที่แตกต่างกัน ดังนั้นโจทก์จึงเรียกค่าเสียหายจากจำเลยไม่ได้¹²

จากคำพิพากษาจะพบว่า ไม่ว่าจะการผสมเทียมจะอยู่ในรูปแบบใดก็ตามสิ่งที่เหมือนกันคือ แพทย์ไม่สามารถที่จะรับประกันได้ว่า ผู้ที่ได้รับการผสมเทียมแล้วจะต้องตั้งครรภ์และมีบุตรได้ตามปกติเสมอไป เพราะยังมีปัจจัยอย่างอื่นที่ทำให้ผู้รับการผสมเทียมไม่สามารถที่จะมีบุตรได้ เช่น อาจจะมีอุบัติเหตุขณะฝังตัวอ่อนไว้ในโพรงมดลูก หรือตัวอ่อนอาจเกิดติดเชื้อโรคทำให้เกิดการแท้ง การผสมเทียมทุกแบบยังคงอาศัยธรรมชาติ ในการเจริญเติบโตของเซลล์ที่มีชีวิต นักวิทยาศาสตร์ยังไม่สามารถที่จะสร้างเซลล์ได้เอง เป็นเพียงการช่วยธรรมชาติให้มีหนทางเพิ่มมากขึ้นจากที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติเท่านั้น

สืบเนื่องจากการผสมเทียมแบบ IVF ได้ก่อให้เกิดบริการรับฝากตัวอ่อนด้วยการแช่แข็ง (Frozen Embryo) เพื่อให้สามีภริยาที่ฝากตัวอ่อนไว้ นามานำมาใช้เมื่อต้องการ คณะกรรมการ Warnock แห่งประเทศอังกฤษได้ทำข้อเสนอไว้ว่า¹³ ผู้ที่มีสิทธิในตัวอ่อนคือสามีภริยาที่ฝาก หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตายหรือหย่ากัน หรือตายด้วยกันทั้งคู่ สิทธิในตัวอ่อนจะตกเป็นของบุคคลต่อไปนี้

¹² "The First Test-Tube Baby," Time (31 July 1978): 40.

¹³ Prof. M. C. Macnaughton, "The Warnock Committee proposals." in In Vitro Fertilisation and Donor Insemination, W. Thompson and others (Manchester: Royal College of Obstetricians and Gynaecologists, 1984), p. 345.

ในกรณีที่เสียชีวิตไปฝ่ายหนึ่ง ให้ผู้ที่มิชีวิตอยู่ก็มีสิทธิในตัวอ่อนนั้น หากหย่ากันก็ควรเป็นไปตามความตกลงของเขาทั้งสอง กรณีที่เสียชีวิตทั้งคู่ ก็ควรเป็นสิทธิของศาลที่พิจารณาตามความถึง เหมาะสม ของข้อเท็จจริงเป็นรายคดีไป

หากเกินกำหนดสิบปีแล้วยังไม่มีการนำตัวอ่อนไปบารุงเลี้ยงให้เจริญเติบโต ให้ถือว่าตัวอ่อนนั้นตกเป็นสิทธิแก่ผู้รับฝาก

ในทางตรงกันข้ามการที่สามีภริยามีสิทธิในตัวอ่อน ตัวอ่อนก็ควรจะได้สิทธิในการรับมรดกของสามีภริยาคนนั้นด้วย แต่ถ้าเป็นกรณีที่ผู้บริจาคไข่และเชื้อพันธุ์ไม่ใช่สามีภริยากันและบริจาคโดยไม่มีเจตนาที่จะมีบุตร หากแพทย์หรือองค์กรผู้ให้บริการนำไข่และเชื้อพันธุ์นั้นไปผสมจนได้ตัวอ่อน และมีการนำไปบารุงเลี้ยงในครรภ์ของบุคคลที่สาม ผู้บริจาคมิควรรับผิดชอบในเด็กที่เกิดมา

ทางด้านกฎหมายไทย การฝากตัวอ่อนหากนำเรื่องการฝากทรัพย์สินมาอนุโลมใช้จะเกิดปัญหาเมื่อผู้ฝากตายทั้งสองคนคือสามีและภริยา ตามมาตรา 665 วรรคสอง แห่ง บพพ.ฉบับปัจจุบัน บัญญัติว่า "...แต่หากผู้ฝากทรัพย์สินตาย ท่านให้คืนทรัพย์สินนั้น ให้แก่ทายาท" เกิดปัญหาว่าต้องคืนให้ทายาทคนใด ถ้าทายาทที่รับคืนนั้นมีหลายคนทุกคนมีสิทธิเท่าเทียมกัน เช่น ผู้ตายมีบุตรหลายคนซึ่งพิการ มีบิดามารดา ตัวอ่อนไม่ใช่สิ่งที่จะแบ่งปันเป็นส่วนๆได้ และอีกกรณีหนึ่ง เมื่อรับตัวอ่อนคืนไปแล้วจะต้องปฏิบัติต่อตัวอ่อนนั้นอย่างไรบ้าง นำไปทำลายเสียหรือต้องนำไปบารุงเลี้ยงในครรภ์ต่อไป และจะมีปัญหาเรื่องระยะเวลาของการฝาก เพราะกฎหมายไม่ได้กำหนดแน่นอนว่าจะต้องฝากกันนานเท่าใด ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ให้เป็นเรื่องของความตกลงระหว่างผู้ฝากกับผู้รับฝาก ตัวอ่อนมนุษย์นั้นถึงแม้จะยังไม่ถือว่าเป็นบุคคล แต่ก็ยังเป็นสิ่งมีชีวิตควรมีกฎหมายเกี่ยวกับการเก็บรักษาตัวอ่อนไว้โดยเฉพาะ เช่นควรมีข้อกำหนดเกี่ยวกับการคืนตัวอ่อนด้วย และมีการกำหนดสิทธิหน้าที่ของแพทย์หรือองค์กรผู้ให้บริการที่มีต่อตัวอ่อน

สิ่งที่น่าพิจารณาเกี่ยวกับเรื่อง การตกทอดของตัวอ่อนไปสู่บุคคลอื่นนั้น ไม่น่าที่จะมองในฐานะทรัพย์สิน แต่น่าจะมองว่าเป็นชีวิตมนุษย์แม้จะอยู่ในระยะ

เริ่มต้น หากชีวิตมนุษย์มิใช่ทรัพย์สิน ตัวอ่อนก็ไม่ควรเป็นทรัพย์สิน ฉะนั้น ตัวอ่อนจึงมิใช่ทรัพย์สินมรดกของผู้ตาย แต่เป็นมนุษย์ที่ผู้รับไว้พึงมีภาระหน้าที่ที่จะบำรุงรักษา และให้การอุปการะเลี้ยงดู หากนำไปบำรุงเลี้ยงให้เป็นทารกและเป็นบุคคลต่อไป แต่ถ้าทายาทของกองมรดกใดจะปฏิเสธไม่ยอมรับภาระอันนี้ก็ย่อมปฏิเสธได้ โดยหลักตามมาตรา 1601 แห่ง บพพ.ซึ่งบัญญัติว่า "ทายาทไม่จำต้องรับผิดชอบเกินกว่าทรัพย์สินมรดกที่ตกทอดแก่ตน"

หากเจ้ามรดกทำพินัยกรรมกำหนดกองทรัพย์สินไว้เป็นค่าอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมแบบ IVF ผู้รับบำรุงรักษาตัวอ่อนก็ชอบที่จะเป็นผู้บริหารกองทุนนั้นด้วย แต่ถ้าไม่บำรุงเลี้ยงตัวอ่อนนั้นก็ไม่น่าที่จะรับกองทุน แต่การปฏิเสธก็ไม่เป็นการผิดตามกฎหมายใดๆ

การผสมในหลอดทดลองนี้ ความเห็นของแพทย์ในต่างประเทศที่มีการผสมเทียมแบบนี้เห็นว่า ทั้งไข่และเชื้อพันธุที่จะนำมาผสมในหลอดทดลองควรจะเป็นของสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย เพื่อเป็นการตัดปัญหาที่จะเกิดขึ้นซึ่งไม่สามารถจะทำได้เพราะบางครั้งจะต้องอาศัยไข่ หรือเชื้อพันธุของบุคคลที่สาม หรือบางครั้งก็ต้องอาศัยหญิงอื่นตั้งครรภ์แทน เนื่องจากการผสมเทียมแบบนี้แบ่งออกได้หลายวิธีเช่น¹⁴

(1). ไข่ไข่ของภริยาและเชื้อพันธุของสามี เนื่องจากภริยาเป็นหมันและผสมตามธรรมชาติไม่ได้ เนื่องจากท่อรังไข่อุดตันจนแก้ไขไม่ได้ เมื่อผสมในหลอดทดลองแล้วจึงสามารถให้ภริยาเป็นผู้ตั้งครรภ์

(2). ไข่ไข่ของภริยาและเชื้อพันธุของผู้บริจาค เนื่องจากสามีเป็นหมันอย่างเด็ดขาดโดยเชื้อพันธุใช้การไม่ได้เลย ทำให้ผสมตามธรรมชาติไม่ได้แม้ว่าฝ่ายภริยาปกติ ผลภริยาเป็นผู้ตั้งครรภ์ได้เมื่อผสมเป็นตัวอ่อน

¹⁴ "Medicine: The New Origins of Life." Time

(10 September 1984): 45.

(3). ไข้ไข้อย่างหนึ่งอื่นกับเชื้อพันธุ์ของสามี เนื่องจากภริยาเป็นหมันถึงขนาดไข้ไข้อย่างหนึ่งอื่นไม่ได้ แต่เชื้อพันธุ์ของสามีเป็นปกติ กรณีนี้ภริยาเป็นผู้ตั้งครรรค์

(4). ไข้ไข้อย่างหนึ่งอื่นและเชื้อพันธุ์ของชายอื่นเนื่องจากสามีภริยาเป็นหมันอย่างเด็ดขาดทั้งสองฝ่ายแต่บรารกนาจะมีบุตร โดยภริยาเป็นผู้ตั้งครรรค์ วิธีนี้ให้ผลทางจิตใจมากกว่าการรับบุตรบุญธรรม เพราะได้ตั้งครรรค์เอง

(5). ไข้ไข้อย่างหนึ่งอื่นกับเชื้อพันธุ์ของสามีเนื่องจากภริยาเป็นหมันและตั้งครรรค์ไม่ได้ ให้หญิงอื่นเป็นผู้ตั้งครรรค์แทน วิธีนี้เด็กเป็นสาโลหิตของสามี

(6). ไข้ไข้อย่างหนึ่งอื่นและเชื้อพันธุ์ของชายอื่น เนื่องจากทั้งสามีภริยาเป็นหมันและภริยาตั้งครรรค์ไม่ได้ ให้หญิงอื่นตั้งครรรค์แทน วิธีนี้มีผลเท่ากับการรับบุตรบุญธรรม

(7). ไข้ไข้อย่างหนึ่งอื่นและเชื้อพันธุ์ของสามี เนื่องจากภริยาตั้งครรรค์ไม่ได้ แต่ทั้งคู่ไม่ได้เป็นหมัน ให้หญิงอื่นตั้งครรรค์แทน วิธีนี้บุตรเป็นสาโลหิตของสามีและภริยา

(8). ไข้ไข้อย่างหนึ่งอื่นกับเชื้อพันธุ์ของชายอื่นเนื่องจากสามีเป็นหมันและภริยาตั้งครรรค์ไม่ได้ ให้หญิงอื่นตั้งครรรค์แทน วิธีนี้เด็กเป็นสาโลหิตของภริยา จากวิธีการต่างๆ หลายวิธีนี้ก่อให้เกิดปัญหาเรื่องการรับจ้างตั้งครรรค์และการบริจาคไข่ ซึ่งในเรื่องของการรับจ้างตั้งครรรค์และปัญหาที่จะได้กล่าวในบทต่อไป

3. ปัญหาทางด้านกฎหมายเกี่ยวกับการรับจ้างตั้งครรภ์

การรับจ้างตั้งครรภ์ในกรณี IVF แตกต่างจากการตั้งครรภ์แบบ AID ในบางวิธี เพราะการตั้งครรภ์แบบ IVF นี้ผู้ตั้งครรภ์อาจจะไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในเรื่องการผสมระหว่างไข่กับเชื้อพันธุ์ เป็นแต่เพียงรับเอาตัวอ่อนมาบารุงเลี้ยงในครรภ์ของตนเท่านั้น ปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นได้ เช่น ทั้งสองฝ่ายต้องการเด็กฝ่ายรับจ้างตั้งครรภ์ไม่ยอมคืนเด็กให้แก่ผู้ว่าจ้าง กรณีนี้ต่างจากการรับจ้างตั้งครรภ์แบบ AID เพราะกรณีนี้ไม่ได้ใช้ไข่ของผู้รับจ้างตั้งครรภ์แต่เป็นเพียงรับตัวอ่อนที่ปฏิสนธิเรียบร้อยแล้วมาบารุงเลี้ยงในครรภ์ ตามความต้องการของเจ้าของตัวอ่อนโดยมีค่าตอบแทนในลักษณะที่เป็นสัญญาจ้าง ตามมาตรา 587 บัญญัติว่า "อันว่าจ้างทำของนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่าผู้รับจ้าง ตกลงรับจะทำการทำงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่เท่านั้น" และมาตรา 606 แห่ง ปพพ.ฉบับปัจจุบัน บัญญัติว่า "ถ้าสาระสำคัญของสัญญาอยู่ที่ความรู้ความสามารถของตัวผู้รับจ้างและผู้รับจ้างตายก็ดี หรือตกเป็นผู้ไม่สามารถทำการที่รับจ้างนั้นต่อไปได้ด้วยมิใช่เพราะความผิดของตนก็ดี ท่านว่าสัญญานั้นย่อมเป็นอันสิ้นไป ..." แต่ในทางตรงข้ามกันหากทั้งสองฝ่ายไม่ต้องการเด็กขึ้นมา ย่อมเกิดปัญหาว่าใครจะเป็นผู้รับผิดชอบต่อเด็กตามกฎหมาย¹⁵ หรือในกรณีที่ใช้เชื้อพันธุ์ของชายอื่นผสมกับไข่ของภริยาแล้วให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ซึ่งมีผู้ที่เกี่ยวข้องสี่คนคือ สามภริยา ผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ ผู้ตั้งครรภ์ บุคคลเหล่านี้ผูกพันซึ่งกันและกันอย่างไร และความผูกพันกับเด็กจะเป็นอย่างไรบ้างตามกฎหมายต่างประเทศมีผู้ให้ความเห็นว่า ทั้งผู้บริจาคไข่ ผู้บริจาคเชื้อพันธุ์ ผู้รับจ้างตั้งครรภ์ไม่ควรจะมีความสัมพันธ์ใดๆ กับเด็กและผู้ที่ว่าจ้างและเด็กที่เกิดในกรณี

¹⁵Mr.T.Scott Baker, " The law and artificial pregnancy." : 331.

นักกฎหมายควรจะบัญญัติให้เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีภริยาผู้ว่าจ้าง¹⁶

สำหรับความเห็นของนักกฎหมายไทยบางท่านได้ให้ความเห็นว่า ในกรณีที่สามีภริยาเป็นเจ้าของเชื้อพันธุ์และเจ้าของไข่ แต่ให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ผู้เป็นเจ้าของไข่และเจ้าของเชื้อพันธุ์ที่เป็นภริยาสามีที่ชอบด้วยกฎหมาย ควรมีสถานะในตัวของเด็กมากกว่าผู้ที่ตั้งครรภ์ เพราะผู้ตั้งครรภ์ไม่มีส่วนสัมพันธ์ทางสาโลหิตกับเด็กเปรียบเสมือนการรับจ้างเลี้ยงเด็กตามธรรมดาทั่วไป ผู้รับจ้างจึงไม่มีสิทธิใดๆในตัวของเด็ก¹⁷

แต่ตามกฎหมายมาตรา 1546 บัญญัติว่า "เด็กเกิดจากหญิงที่มีได้มีการสมรสกับชาย ให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น" การตีความคำว่า "เด็กเกิดจาก..." ถ้าตีความโดยคำนึงถึงเฉพาะการคลอดอย่างเดียว ก็จะพิจารณาเพียงว่าเด็กคลอดออกมาจากหญิงใดเด็กก็เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น ดังนั้นเด็กที่เกิดมาจึงเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงผู้รับจ้างตั้งครรภ์ หากเจ้าของไข่จะอ้างความเป็นมารดาตามธรรมชาติของเด็กก็อยู่นอกเหนือกฎหมายที่จะบังคับให้ได้ เพราะมองไปเสมือนการเอาบุตรของผู้อื่นมาเป็นบุตรของตนซึ่งจะมีได้ก็โดยการรับบุตรบุญธรรม แต่การเป็นบุตรบุญธรรมกับการเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายย่อมมีข้อที่แตกต่างกัน อย่างน้อยบุตรบุญธรรมก็ยังมีสิทธิหน้าที่อยู่กับบิดามารดาผู้ให้กำเนิด ผู้ว่าจ้างมีเจตนาให้เด็กที่เกิดมาเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของตนมิใช่เป็นเพียงบุตรบุญธรรม

แต่ถ้าจะตีความโดยยึดถือตามหลักสาโลหิตแล้ว หญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์กับเด็กก็ไม่มี ความเกี่ยวพันทางสาโลหิตต่อกัน กรณีนี้ต้องมีหลักฐานยืนยันได้ว่าผู้

¹⁶ Prof.M.C. Macnaughton, " The Warnock Committee proposals," : 346.

¹⁷ คณะพยาบาลศาสตร์ (มหาวิทยาลัยมหิดล), "บันทึกการอภิปรายจริยธรรมพยาบาล: ลูกใครในท้องเธอ," 26 กันยายน 2529.

จ้างเป็นเจ้าของไข่และมีการจ้างตั้งครรภ์ ซึ่งการจ้างตั้งครรภ์ยังไม่มีกฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ ด้วยเหตุนี้จึงต้องตีความว่าเด็กคลอดจากหญิงใดจึงเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น

จากความต้องการที่สวนทางกับความเป็นไปได้ตามกฎหมายจึงต้องคำนึงถึงและควรมีการแก้ไขกฎหมายตรงจุดนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับความต้องการของผู้ที่ทาสสมเทียมและฝ่ายอื่นๆ ที่จะต้องรับผิดชอบต่อเด็กหากยังใช้กฎหมายที่มีอยู่แล้วหญิงผู้ตั้งครรภ์ต้องรับผิดชอบต่อเด็กที่เกิดมา เนื่องด้วยตามมาตรา 1546 แห่งพพ.ฉบับปัจจุบัน กำหนดให้เด็กที่เกิดจากหญิงเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิง ตามสายตาของกฎหมายหญิงเจ้าของไข่ไม่มีความสัมพันธ์ใดๆกับเด็กเพราะไม่มีกฎหมายรับรอง หากคิดเอากฎหมายที่เกี่ยวกับการรับจ้างมาบังคับใช้ก็ไม่น่าจะใช้ได้ เนื่องจากเรื่องครอบครัวเป็นเรื่องที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากการทาสัญญาทั่วไป ย่อมไม่สามารถที่จะยกเลิกสิทธิหน้าที่ของแต่ละคนมีตามกฎหมายได้

ถ้าในทางกลับกันสามีภริยาที่ให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนนั้นไม่ต้องการเด็กมีการปฏิเสธความเป็นบิดามารดาก็ต้องมีการฟ้องร้องกัน โดยการอ้างสัญญาที่กระทำต่อกัน กฎหมายให้ฟ้องเรื่องรับเด็กเป็นบุตรได้ก็เฉพาะบิดาส่วนการฟ้องหญิงที่เด็กไม่ได้เกิดด้วยไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ สัญญาเป็นหลักฐานที่จะเสนอได้ต่อเมื่อมีสิทธิฟ้องแล้ว นี่จึงเป็นอีกจุดหนึ่งของกฎหมายที่ไม่สามารถจะนำมาใช้แก้ปัญหาอันเกิดจากการผสมเทียมแบบ IVF ได้