

สิทธิของบุคคลและคู่สมรสในสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการอุ้มบุญ  
The rights of individuals and spouses in  
the United States concerning surrogacy

วิรัตน์ นาทิพเวทย์<sup>1</sup> และณฐมน ทองมี<sup>2</sup>  
Virat Natipvad<sup>1</sup> and Nathamon Tongmee<sup>2</sup>

Received: May 2, 2025 Revised: Nov 22, 2025 Accepted: Nov 24, 2025

---

<sup>1</sup> อาจารย์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยทักษิณ สงขลา 90000

<sup>2</sup> Lecturer, Faculty of Law, Thaksin University, Songkhla, 90000, Thailand

\* Viratnatipvad@gmail.com

<sup>1</sup> อาจารย์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยทักษิณ สงขลา 90000

<sup>2</sup> Lecturer, Faculty of Law, Thaksin University, Songkhla, 90000, Thailand

\*Nathamon6509@gmail.com

## บทคัดย่อ

บทความวิชาการนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาความหมายและประเภทของการอุ้มบุญ พัฒนาการของการอุ้มบุญในสหรัฐอเมริกา การอุ้มบุญภายใต้ขอบเขตสิทธิในการมีบุตร ขอบเขตแห่งสิทธิของมารดาผู้ให้กำเนิด และสิทธิพื้นฐานในการสมรสและการอุ้มบุญของกลุ่ม LGBTQ+ บทความนี้อาศัยวิธีการศึกษาเอกสาร ผลการศึกษาพบว่า (1) การอุ้มบุญเป็นกระบวนการที่ผู้หญิงคนหนึ่งตั้งครรภ์แทนบุคคลหรือคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร การอุ้มบุญมีสองประเภท การอุ้มบุญแบบดั้งเดิม และการอุ้มบุญแบบฝังตัวอ่อน (2) ผลการวินิจฉัยในคดี Baby M ทำให้หลายรัฐออกกฎหมายเพื่อควบคุมหรือห้ามการทำสัญญาอุ้มบุญ ต่อมาคดี Johnson v. Calvert ในปี ค.ศ. 1993 ทำให้มลรัฐแคลิฟอร์เนียกลายเป็นหนึ่งในมลรัฐที่รับรองความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาอุ้มบุญอย่างเป็นทางการ (3) คดี J.R. v. Utah สิทธิในการมีลูกและเลี้ยงดูบุตรของพ่อแม่แท้จริง (ผู้ให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน) เป็นสิทธิพื้นฐานที่รัฐไม่สามารถจำกัดได้โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร และไม่ต้องใช้การรับบุตรบุญธรรมเพื่อให้ได้สิทธิเป็นพ่อแม่ของเด็ก (4) กฎหมาย Uniform Parentage Act (UPA) รับรองสิทธิตามกฎหมายของพ่อแม่ (ผู้ให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน) สิทธิทางกฎหมายของครอบครัว LGBTQ+ อย่างเท่าเทียม (5) คำวินิจฉัยของศาลสูงสุดสหรัฐฯ ในคดี United States v. Windsor คดี Obergefell v. Hodges และคดี Pavan v. Smith, 582 พบว่า คู่รักเพศเดียวกันมีสิทธิที่จะทำการสมรส และมีชื่อสูติบัตรของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ประกอบกับรัฐต้องปฏิบัติต่อคู่รักเพศเดียวกันเหมือนกับคู่รักต่างเพศ

**คำสำคัญ :** การอุ้มบุญ, สิทธิในการมีบุตร, สิทธิของมารดาผู้ให้กำเนิด, สิทธิของกลุ่ม LGBTQ+

## Abstract

This academic article aims to examine the meaning and typologies of surrogacy, the development of surrogacy practices in the United States, the scope of the right to procreate, the legal boundaries concerning the rights of gestational mothers, and the fundamental rights to marriage and surrogacy for LGBTQ+ individuals. Employing a doctrinal research methodology, the study yields several key findings. First, surrogacy refers to a process in which a woman carries a pregnancy on behalf of an individual or a married couple who wish to have a child. Surrogacy is traditionally divided into two principal types: traditional surrogacy and gestational surrogacy. Second, the landmark decision in *In re Baby M* prompted numerous states to enact legislation either regulating or prohibiting surrogacy agreements. Subsequently, the decision in *Johnson v. Calvert* (1993) established California as one of the states that formally recognized the legal validity of gestational surrogacy contracts. Third, in *J.R. v. Utah*, the court affirmed that the right of genetic parents who utilize a surrogate to carry the pregnancy to conceive and raise their child constitutes a fundamental right. Accordingly, the state may not impose restrictions on such parental rights without a compelling justification. Moreover, the court held that genetic parents need not resort to adoption procedures to obtain legal parentage. Fourth, the Uniform Parentage Act (UPA) codifies the legal rights of intended parents in surrogacy arrangements and ensures equal legal parentage protections for LGBTQ+ families. Fifth, the U.S. Supreme Court's rulings in *United States v. Windsor*, *Obergefell v. Hodges*, and *Pavan v. Smith*, 582 U.S. confirm that same-sex couples possess the constitutional right to marry and to be listed as legal parents on the birth certificates of children born through assisted reproductive technologies. These decisions collectively require states to accord same-sex couples the same legal treatment afforded to different-sex couples in matters concerning marriage, family formation, and parental recognition.

**Keywords:** Surrogacy, Reproductive Rights, Rights of Gestational Mothers, LGBTQ+ Rights

## บทนำ

การตั้งครรภ์แทน (Surrogate motherhood) เป็นหนึ่งในเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (Assisted Reproductive Technologies - ARTs) ที่ได้รับการพัฒนาเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของบุคคลหรือคู่สมรสที่ไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ด้วยตนเอง การตั้งครรภ์แทนเป็นกระบวนการที่ผู้หญิงคนหนึ่งตกลงตั้งครรภ์และอุ้มท้องเด็ก โดยมีเป้าหมายในการส่งมอบทารกให้แก่ผู้ที่ต้องการเป็นบิดามารดาหลังจากคลอดแล้ว ทั้งนี้ ความต้องการใช้บริการการตั้งครรภ์แทนมีสาเหตุมาจากภาวะมีบุตรยากของผู้หญิง อย่างไรก็ตาม การเลือกใช้เทคโนโลยีนี้ไม่ได้จำกัดเฉพาะผู้ที่ประสบปัญหาทางการแพทย์เท่านั้น ปัจจัยทางสังคมและการเปลี่ยนแปลงทางวัฒนธรรมมีบทบาทสำคัญต่อการเพิ่มขึ้นของความนิยมในการตั้งครรภ์แทนและเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์อื่น ๆ [1]

การอุ้มบุญได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการครั้งแรกในปี พ.ศ. 2519 นับตั้งแต่นั้นมา จำนวนเด็กที่เกิดจากแม่อุ้มบุญในสหรัฐอเมริกาเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง โดยระหว่างปี พ.ศ. 2519 ถึง พ.ศ. 2531 มีเด็กประมาณ 600 คนที่เกิดจากกระบวนการนี้ และตั้งแต่ปลายทศวรรษ 1980 (ประมาณ พ.ศ. 2530-2532) เป็นต้นมา ตัวเลขดังกล่าวเพิ่มขึ้นเป็นหลักพัน อย่างไรก็ตาม การหาสถิติที่น่าเชื่อถือเกี่ยวกับจำนวนเด็กที่เกิดจากแม่อุ้มบุญในสหรัฐฯ ยังคงเป็นเรื่องยาก เนื่องจากไม่มีระบบการรายงานที่ครอบคลุม จากรายงานของศูนย์ควบคุมและป้องกันโรคแห่งสหรัฐฯ Centers for Disease Control and Prevention (CDC) ที่เผยแพร่ในปี พ.ศ. 2559 ระบุว่า ระหว่างปี พ.ศ. 2542 ถึง พ.ศ. 2556 มีทารกเกิดจากแม่อุ้มบุญที่ตั้งครรภ์ผ่านกระบวนการทางการแพทย์ (gestational surrogacy) จำนวน 18,400 คน โดยกว่าครึ่งหนึ่งของเด็กเหล่านี้เป็นฝาแฝดหรือแฝดสามขึ้นไป อย่างไรก็ตาม ผู้เชี่ยวชาญเชื่อว่าตัวเลขดังกล่าวต่ำกว่าความเป็นจริง เนื่องจากคลินิกหลายแห่งไม่ได้รายงานข้อมูลไปยังสมาคมเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์แห่งสหรัฐฯ Society for Assisted Reproductive Technology (SART) ซึ่งเป็นองค์กรหลักที่ดูแลคลินิกทำเด็กหลอดแก้ว In vitro fertilization (IVF) นอกจากนี้ ข้อตกลงที่ดำเนินการเป็นการส่วนตัวโดยไม่ผ่านคลินิกหรือหน่วยงานกลางก็ไม่ได้ได้รับการบันทึกเช่นกัน

เนื่องจากหลายประเทศมีกฎหมายห้ามการอุ้มบุญ ส่งผลให้คู่สมรสจากต่างประเทศจำนวนมากเลือกใช้บริการแม่อุ้มบุญในสหรัฐฯ ซึ่งกลายเป็นหนึ่งในจุดหมายปลายทางหลักของกระบวนการนี้ ปัจจุบันยังไม่มีข้อบังคับของรัฐบาลกลางที่ควบคุมการอุ้มบุญโดยตรง อย่างไรก็ตาม ภายใน พ.ศ. 2563 มีจำนวนไม่น้อยกว่า 47 มลรัฐที่อนุญาตให้มีการอุ้มบุญแบบใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์ ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงการยอมรับที่เพิ่มขึ้นของแนวทางนี้ในสังคมอเมริกัน [2]

บทความวิชาการนี้มุ่งศึกษาในประเด็น ความหมายและประเภทของการอุ้มบุญ พัฒนาการของการอุ้มบุญในสหรัฐอเมริกา การอุ้มบุญภายใต้ขอบเขตสิทธิในการมีบุตร ขอบเขตแห่งสิทธิของมารดาผู้ให้กำเนิดสิทธิ และพื้นฐานในการสมรสและการอุ้มบุญของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

### 1. ความหมายและประเภทของการอุ้มบุญ

การอุ้มบุญ (Surrogacy) คือ กระบวนการที่ผู้หญิงคนหนึ่งตั้งครรภ์แทนบุคคลหรือคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร แต่ไม่สามารถตั้งครรภ์เองได้ ในช่วงไม่กี่ปีที่ผ่านมา การอุ้มบุญยังคงเป็นประเด็นที่ก่อให้เกิดข้อถกเถียงอย่างกว้างขวาง ทั้งในแง่กฎหมาย จริยธรรม และสังคม ซึ่งนำไปสู่ข้อจำกัดทางกฎหมายที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศ ฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการอุ้มบุญ ได้แก่ หญิงที่เป็นผู้รับอุ้มบุญ บิดามารดาตามเจตนา (Intended Parents) ที่ต้องการจะมีบุตร และเด็กที่เกิดจากกระบวนการนี้ ทั้งนี้ หญิงอุ้มบุญอาจเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับผู้ปกครองตามกฎหมาย เช่น ญาติพี่น้อง หรือเพื่อนสนิท ในบางกรณีหญิงที่รับหน้าที่อุ้มบุญเป็นบุคคลที่ไม่เคยรู้จักกันมาก่อนและได้รับการติดต่อผ่านองค์กรจัดหาผู้รับอุ้มบุญหรือคลินิกด้านเวชศาสตร์การ

เจริญพันธุ์ [3] ในการทำสัญญาการตั้งครรภ์แทนมักระบุว่าแม่อุ้มบุญไม่มีสิทธิและความรับผิดชอบในฐานะผู้ปกครองของเด็ก นอกจากนี้ อาจมีการตกลงที่จะสนับสนุนทางการเงินและการชำระค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ให้กับแม่อุ้มบุญ แต่ไม่มีการจ่ายเงินโดยตรงเพื่อแลกกับตัวเด็ก [4]

ทั้งนี้ ความหมายของการอุ้มบุญ (Surrogacy) ในบริบทของประเทศไทยได้มีการบัญญัติในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 3 โดยใช้คำว่า “การตั้งครรภ์แทน” หมายความว่า การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงเป็นหนังสือไว้กับสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ก่อนตั้งครรภ์ว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น โดยฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน ได้แก่ สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรหญิงที่ตั้งครรภ์แทน และทารกที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

การอุ้มบุญสามารถจำแนกออกเป็นสองประเภทหลักตามลักษณะของการปฏิสนธิและความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมระหว่างผู้รับอุ้มบุญกับเด็กที่ถือกำเนิด [5]

ประเภทที่ 1 การอุ้มบุญแบบดั้งเดิม (Traditional Surrogacy) เป็นกระบวนการที่ผู้รับอุ้มบุญใช้ไข่ของตนเองในการตั้งครรภ์ โดยอสุจิที่ใช้ในการปฏิสนธิอาจมาจากบิดามารดาตามเจตนา (คู่สามีหรือภริยาที่ประสงค์จะมีบุตร) หรือจากผู้บริจาค วิธีนี้ทำให้หญิงที่เป็นผู้รับอุ้มบุญมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กโดยตรง และมักจะดำเนินการผ่านกระบวนการผสมเทียม ทั้งนี้ในช่วงต้นทศวรรษ 1980 (พ.ศ. 2523–2526) การตั้งครรภ์แทนทั้งหมดเป็นแบบ “การตั้งครรภ์แทนแบบดั้งเดิม” (Traditional surrogacy) ซึ่งเด็กจะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับพ่อที่เป็นสามีของคุณสมรสที่ต้องการมีลูกเท่านั้น โดยใช้ไข่ของหญิงอุ้มบุญและอสุจิของสามีซึ่งเป็นคู่สมรสที่ต้องการมีลูก

ประเภทที่ 2 การอุ้มบุญแบบฝังตัวอ่อน (Gestational Surrogacy) หรือที่เรียกว่าการอุ้มบุญแบบสมบูรณ์ เป็นรูปแบบที่ได้รับความนิยมมากขึ้น ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2537 เป็นต้นมา มากกว่า ร้อยละ 50 ของการตั้งครรภ์แทนเป็นแบบ “การตั้งครรภ์แทนแบบฝังตัวอ่อน” (Gestational Surrogacy) [6] โดยตัวอ่อนที่ใช้สำหรับการตั้งครรภ์ถูกสร้างขึ้นจากเซลล์สืบพันธุ์ของผู้ปกครองที่ตั้งใจไว้ หรือจากผู้บริจาคไข่และอสุจิผ่านกระบวนการปฏิสนธิในอกร่างกาย (IVF) แล้วฝังเข้าสู่มดลูกของผู้รับอุ้มบุญ วิธีนี้ทำให้หญิงที่เป็นผู้รับอุ้มบุญไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กในครรภ์ ซึ่งช่วยลดความซับซ้อนด้านกฎหมายและจริยธรรมที่อาจเกิดขึ้นเกี่ยวกับสิทธิในการเป็นผู้ปกครอง [7]

## 2. พัฒนาการของการอุ้มบุญในสหรัฐอเมริกา

การอุ้มบุญสมัยใหม่เริ่มขึ้นในสหรัฐอเมริกาในช่วงปลายทศวรรษ 1970 (พ.ศ. 2520–2522) โดย โนเอล คีน หนายความ จากมลรัฐมิชิแกน ได้ร่างสัญญาอุ้มบุญฉบับแรก พ.ศ. 2519 ในช่วงแรกของการอุ้มบุญ ความสัมพันธ์ส่วนใหญ่มักเกิดขึ้นภายในเครือญาติ เช่น พี่สาวอุ้มท้องแทนพี่น้องของตน หรือญาติอุ้มท้องแทนกัน การอุ้มบุญมีสองรูปแบบ ได้แก่ การอุ้มบุญแบบดั้งเดิม (Traditional Surrogacy) และ การอุ้มบุญแบบฝังตัวอ่อน (Gestational Surrogacy) นับตั้งแต่ปลายทศวรรษ 1970 มีเด็กมากกว่า 35,000 คน ที่เกิดจากกระบวนการอุ้มบุญในสหรัฐอเมริกา เมื่อการอุ้มบุญได้รับความนิยมมากขึ้น รัฐต่าง ๆ ได้ออกกฎหมายควบคุม รวมถึงกำหนดกฎระเบียบเกี่ยวกับสิทธิด้านการแพทย์ ค่าตอบแทนหญิงอุ้มบุญ การติดต่อระหว่างหญิงอุ้มบุญกับเด็ก และประเด็นทางกฎหมายอื่น ๆ ซึ่งกลายเป็นเรื่องที่ศาลและฝ่ายนิติบัญญัติต้องพิจารณา ขณะที่การยอมรับทางสังคมเกี่ยวกับการอุ้มบุญค่อย ๆ เกิดขึ้นอย่างช้า ๆ [8]

ประเด็นเรื่องแม่อุ้มบุญได้รับความสนใจอย่างกว้างขวางในสหรัฐฯ ในช่วงทศวรรษ 1980 (พ.ศ. 2523 - 2532) โดยเฉพาะจากกรณี “Baby M” ซึ่งเกิดขึ้นในปี 1984 กรณีนี้เกี่ยวข้องกับคู่สามีภรรยาชาวมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ วิลเลียม และเอลิซาเบธ สเตียร์น ที่ทำสัญญาจ้างให้แมรี เบธ ไวท์เฮด เป็นแม่อุ้มบุญ ภายใต้ข้อตกลงดังกล่าว ไวท์เฮดจะได้รับเงินจำนวน 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ เพื่อรับการผสมเทียมด้วยอสุจิของวิลเลียม สเตียร์น และตั้งครรถ์จนกระทั่งคลอดลูก อย่างไรก็ตาม หลังจากให้กำเนิดเด็ก ไวท์เฮดเปลี่ยนใจและตัดสินใจเก็บเด็กไว้เอง เธอปฏิเสธเงินค่าตอบแทนและพาลูกหลบหนีไปยังมลรัฐฟลอริดา ส่งผลให้ในเดือนกรกฎาคม ปี 1985 ตำรวจต้องเข้าจับกุมตัวเธอและนำเด็กกลับคืนสู่ครอบครัวสเตียร์น [9]

กรณีนี้นำไปสู่การพิจารณาคดีครั้งสำคัญในปี พ.ศ. 2531 เมื่อศาลสูงสุดแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ มีคำตัดสินในคดี *In re Baby M*. โดยชี้ว่าสัญญาการอุ้มบุญที่มีการแลกเปลี่ยนค่าตอบแทนนั้นไม่สามารถบังคับใช้ได้ตามกฎหมาย เนื่องจากขัดต่อหลักนโยบายสาธารณะของรัฐ อย่างไรก็ตาม ศาลยังคงให้ครอบครัวสเตียร์น เป็นผู้ปกครองตามกฎหมายของเด็ก ขณะเดียวกันก็คืนสิทธิความเป็นแม่บางส่วนแก่แมรี เบธ ไวท์เฮด รวมถึงให้มีสิทธิในการเข้าเยี่ยมลูก นอกจากนี้ ศาลยังได้มีคำสั่งให้ยกเลิกกระบวนการรับบุตรบุญธรรมของครอบครัวสเตียร์น คำตัดสินของคดี *Baby M* มีผลกระทบอย่างกว้างขวางต่อกฎหมายแม่อุ้มบุญในสหรัฐฯ โดยทำให้สัญญาอุ้มบุญเชิงพาณิชย์ (commercial surrogacy) เป็นโมฆะในมลรัฐนิวเจอร์ซีย์และอีกหลายมลรัฐ อย่างไรก็ตาม ศาลยังคงเปิดทางให้มีการอุ้มบุญโดยสมัครใจ (voluntary surrogacy arrangements) ที่ไม่มีการจ่ายค่าตอบแทน นับเป็นจุดเปลี่ยนสำคัญที่ส่งผลต่อแนวทางการกำกับดูแลแม่อุ้มบุญในสหรัฐฯ และนำไปสู่การออกกฎหมายเพิ่มเติมในมลรัฐต่าง ๆ ในเวลาต่อมา [10]

คดี *Baby M* ถือเป็นจุดเปลี่ยนสำคัญของการอุ้มบุญในสหรัฐฯ เนื่องจากคำตัดสินของศาลทำให้หลายรัฐต้องทบทวนและออกกฎหมายเพื่อควบคุมหรือห้ามการทำสัญญาอุ้มบุญ ภายในปี พ.ศ. 2552 มีถึง 12 มลรัฐที่ไม่ยอมรับสัญญาอุ้มบุญ และบางมลรัฐถึงกับกำหนดให้การทำสัญญาดังกล่าวเป็นความผิดทางอาญา โดยเฉพาะในกรณีที่มีการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่แม่อุ้มบุญเพื่อแลกกับการสละสิทธิ์ในตัวเด็ก ด้วยความพยายามที่จะกำหนดแนวทางที่เป็นระบบมากขึ้น ในอดีตสมาคมเนติบัณฑิตยสภาอเมริกัน (American Bar Association - ABA) ได้ร่างกฎหมายต้นแบบเกี่ยวกับแม่อุ้มบุญขึ้นพ.ศ. 2532 ซึ่งมีสองแนวทางหลัก แนวทางแรก อนุญาตให้มีการอุ้มบุญและทำให้สัญญาอุ้มบุญสามารถบังคับใช้ได้ตามกฎหมาย ส่วนแนวทางที่สอง ห้ามไม่ให้มีการบังคับใช้สัญญาอุ้มบุญที่มีการจ่ายค่าตอบแทน อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะเลือกแนวทางใด กฎหมายต้นแบบของสมาคมเนติบัณฑิตยสภาอเมริกัน (ABA) กำหนดให้สัญญาอุ้มบุญทำได้เฉพาะระหว่างแม่อุ้มบุญกับคู่สมรสที่แต่งงานกันและต้องมีความเชื่อมโยงทางพันธุกรรมกับเด็ก อีกทั้งยังต้องได้รับการอนุมัติจากศาลก่อนการปฏิสนธิและมีหลักฐานทางการแพทย์ยืนยันว่าฝ่ายภรรยาไม่สามารถตั้งครรถ์ได้ แม่อุ้มบุญมีสิทธิที่จะปฏิเสธสัญญาภายใน 180 วันหลังการปฏิสนธิ หากแม่อุ้มบุญเลือกที่จะปฏิเสธสัญญาก็สามารถเก็บเด็กไว้ได้ แต่หากเลยระยะเวลาดังกล่าวไป คู่สมรสที่ทำสัญญาจะได้รับสิทธิเป็นผู้ปกครองตามกฎหมายของเด็กโดยอัตโนมัติ กฎหมายต้นแบบของ ABA จึงมีบทบาทสำคัญในการกำหนดกรอบแนวคิดสำหรับกฎหมายแม่อุ้มบุญ แม้ว่าจะไม่มียุติบัญญัติโดยตรงก็ตาม [11]

คดี *Johnson v. Calvert* ในปี พ.ศ. 2536 เป็นอีกหนึ่งคดีสำคัญที่ส่งผลกระทบต่อกฎหมายแม่อุ้มบุญในรัฐแคลิฟอร์เนีย คดีนี้เกิดขึ้นเมื่อครอบครัวคาลเวิร์ตว่าจ้างแอนนา จอห์นสันเป็นแม่อุ้มบุญ โดยเด็กที่เกิดขึ้นมาจากเป็นไข่และสเปิร์มของคู่สามีภรรยาในครอบครัวคาลเวิร์ต อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากข้อพิพาทขึ้นเมื่อจอห์นสันเรียกร้องสิทธิความเป็นแม่เหนือเด็ก แม้ว่าเธอจะไม่มีเชื่อมโยงทางพันธุกรรมก็ตาม ศาลชั้นต้นตัดสินให้ครอบครัว คาลเวิร์ตเป็นผู้ปกครองแต่เพียงผู้เดียว และเมื่อมีการอุทธรณ์คดี ศาลสูงสุดแห่งมลรัฐ

แคลิฟอร์เนียมีคำพิพากษายืนตามคำตัดสินของศาลล่าง ทำให้มลรัฐแคลิฟอร์เนียกลายเป็นหนึ่งในมลรัฐที่รับรองความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาอุ้มบุญอย่างเป็นทางการ อย่างไรก็ตาม ในหลายมลรัฐ สัญญาอุ้มบุญยังคงเผชิญกับข้อจำกัดทางกฎหมายที่เข้มงวด ซึ่งส่วนใหญ่มาจากกฎหมายเกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรมที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อป้องกันการซื้อขายเด็ก กฎหมายเหล่านี้มักกำหนดว่ามารดาผู้ให้กำเนิดไม่สามารถให้ความยินยอมในการรับบุตรบุญธรรมก่อนที่เด็กจะเกิด และห้ามมิให้แม่ที่คลอดลูกได้รับเงินตอบแทนเพื่อแลกกับการสละสิทธิ์ในตัวเด็ก นอกจากนี้ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการผสมเทียมในบางรัฐยังระบุว่าผู้บริจาคสเปิร์มไม่ถือว่าเป็นบิดาตามกฎหมาย ซึ่งอาจทำให้เกิดความขัดแย้งเมื่อใช้กับกรณีอุ้มบุญ [12]

คดี *In Re Marriage of Buzzanca* ลูแอนน์ และ จอห์น บัซซานกา ได้ตกลงให้หญิงนิรนามคนหนึ่งตั้งครรภ์โดยใช้สperm และไข่ที่ได้รับบริจาคจากบุคคลที่สาม และทั้งคู่ตกลงที่จะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดขึ้นจากกระบวนการดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ก่อนที่เด็กจะเกิด จอห์น บัซซานกา ได้ยื่นคำร้องขอหย่าพร้อมทั้งอ้างว่าเขาไม่มีความรับผิดชอบในฐานะพ่อของเจย์ซี ซึ่งเป็นเด็กที่กำลังจะเกิดขึ้นเพื่อให้เป็นบุตรของภรรยาที่เขา กำลังจะหย่า ศาลชั้นต้นได้วินิจฉัยโดยอาศัยข้อตกลงของคู่กรณีว่า หญิงที่ให้กำเนิดเด็กไม่ใช่มารดาของเจย์ซี และเนื่องจากลูแอนน์และจอห์นไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก ศาลจึงมีคำวินิจฉัยว่าเด็ก “ไม่มีพ่อแม่โดยชอบด้วยกฎหมาย” อย่างไรก็ตาม ศาลอุทธรณ์ไม่เห็นพ้องกับคำวินิจฉัยดังกล่าว และในคำพิพากษาปี 1998 ได้ตัดสินว่า “เจตนาในการเป็นพ่อแม่ตามที่ระบุไว้ในสัญญาการตั้งครรภ์แทน” เป็นสิ่งที่กำหนดให้ลูแอนน์และจอห์นเป็นพ่อแม่โดยชอบด้วยกฎหมายของเจย์ซี และศาลได้ตัดสินให้จอห์น บัซซานกา มีหน้าที่รับผิดชอบในการอุปการะเลี้ยงดูเด็ก [13]

ความแตกต่างของกฎหมายในแต่ละมลรัฐทำให้การอุ้มบุญยังคงเป็นประเด็นที่มีความซับซ้อนและขัดแย้งกันอยู่ในสหรัฐอเมริกาโดยมีเพียง 12 รัฐที่อนุญาตให้ทำสัญญาอุ้มบุญได้ภายใต้เงื่อนไขบางประการ ขณะที่ 8 มลรัฐ เช่น อริโซนา อินเดียนา และมิชิแกน ถือว่าสัญญาอุ้มบุญเป็นโมฆะและขัดต่อหลักนโยบายสาธารณะ และในบางมลรัฐ เช่น เคนตักกี ยูทาห์ และวอชิงตัน การทำสัญญาอุ้มบุญถือเป็นอาชญากรรมและอาจได้รับโทษปรับหรือจำคุก [14]

### 3. การอุ้มบุญภายใต้ขอบเขตสิทธิในการมีบุตร (Right to Procreation)

คดี *Skinner v. Oklahoma* เป็นหนึ่งในคดีสำคัญของศาลสูงสหรัฐ เป็นคดีที่มีประเด็นทางกฎหมายว่ากฎหมายของมลรัฐโอคลาโฮมาขัดกับ รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 (Fourteenth Amendment to the United States Constitution) หรือไม่ ในมิติของสิทธิในเสรีภาพและสิทธิขั้นพื้นฐาน และหลักความเสมอภาค (Equal Protection Clause) ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลสูงสหรัฐพิพากษาให้กฎหมายดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยให้เหตุผลว่า กฎหมายของมลรัฐโอคลาโฮมาเป็น การละเมิดสิทธิในการมีบุตร (Right to Procreation) ซึ่งเป็นสิทธิพื้นฐานและเลือกปฏิบัติ (Discriminatory) เพราะกำหนดโทษจำคุกเฉพาะอาชญากรบางประเภทแต่ละวันบางกลุ่ม และการทำหมันเป็น “โทษที่มีความรุนแรงและไม่อาจกลับคืนสู่สภาพเดิมได้” (Irreversible Punishment) ทำให้เกิดหลักกฎหมายจากคดีนี้ คือ สิทธิในการมีบุตร (Right to Procreate) เป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน รัฐต้องไม่ออกกฎหมายที่จำกัดสิทธิดังกล่าวโดยไม่มีเหตุผลสำคัญเพียงพอ และ กฎหมายที่กำหนดโทษที่รุนแรงต้องเป็นไปตามหลักความเสมอภาคและเป็นธรรม [15] ทั้งนี้ แม้ว่าคดีนี้จะเป็คดีเดียวของศาลสูงที่สุดที่กล่าวถึงสิทธิในการมีบุตรโดยตรง แต่คำตัดสินในคดีอื่น ๆ หลายคดีก็ได้นำหลักการนี้ไปใช้เพื่อปกป้องสิทธิด้านเสรีภาพส่วนบุคคลและการตัดสินใจเกี่ยวกับการสืบพันธุ์ สิทธิในการมีบุตรได้รับการพิจารณาว่าเป็นเสรีภาพขั้นพื้นฐาน และการเลือกใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ รวมถึงการอุ้มบุญ อาจถือเป็นส่วนหนึ่งของสิทธินี้ [16]

ต่อมาเมื่อคดี *J.R. v. Utah*, 261 F. Supp. 2d 1268 (D. Utah, 2002) ซึ่งเป็นคดีที่มีข้อเท็จจริงว่า J.R. และ M.R. ไม่สามารถมีลูกด้วยตนเองได้ จึงได้ทำสัญญากับ W.K.J. ให้เป็นผู้อุ้มบุญ (gestational carrier) โดยใช้ไข่ของ J.R. และอสุจิของ M.R. เพื่อสร้างตัวอ่อน หลังจาก W.K.J. ให้กำเนิดบุตรแฝดในปี ค.ศ. 2000 ทางมลรัฐยูทาห์ปฏิเสธที่จะออกสูติบัตรที่ระบุว่า J.R. เป็นแม่ของเด็ก โดยยืนยันว่า W.K.J. เป็นแม่ตามกฎหมาย ตาม Utah Code Ann. § 76-7-204 โดยคดีนี้โจทก์อ้างว่า กฎหมายของมลรัฐยูทาห์ละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญในการมีบุตรและสร้างครอบครัว (fundamental right to procreate) ซึ่งได้รับการคุ้มครองภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 (Fourteenth Amendment - Due Process Clause) ศาลพิจารณาว่า สิทธิในการมีลูกและเลี้ยงดูบุตรของพ่อแม่แท้จริง (genetic/biological parents) เป็นสิทธิพื้นฐานที่รัฐไม่สามารถจำกัดได้โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร และกฎหมาย Utah Code Ann. § 76-7-204(3)(a) ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะละเมิดสิทธิของพ่อแม่แท้จริงในการมีบุตรและเลี้ยงดูบุตร สร้างข้อสันนิษฐานที่ไม่เป็นธรรม โดยกำหนดให้แม่อุ้มบุญเป็นแม่ตามกฎหมายเสมอ และขัดต่อหลัก Equal Protection Clause เพราะเป็นการเลือกปฏิบัติ [17] ดังนั้น จากคดีนี้ถือว่าเป็นคดีสำคัญที่ศาลตัดสินให้กฎหมายของมลรัฐยูทาห์ที่กำหนดให้แม่อุ้มบุญเป็นแม่ตามกฎหมาย ขัดต่อรัฐธรรมนูญ โดยยืนยันว่าพ่อแม่แท้จริงควรได้รับการรับรองตามกฎหมาย และไม่จำเป็นต้องใช้วิธีการรับบุตรบุญธรรมเพื่อให้ได้สิทธิ์เป็นพ่อแม่ของเด็ก

#### 4. ขอบเขตแห่งสิทธิของมารดาผู้ให้กำเนิด

หลักกฎหมายทั่วไปในภาษาละตินระบุว่า *mater semper certa est* หรือ “แม่เป็นที่แน่นอนเสมอ” เป็นหลักการที่ใช้ในการแก้ไขปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างเด็กกับมารดา โดยถือเป็นหลักการที่มีผลผูกพันในทางกฎหมาย (*praesumptio iuris et de iure*) หมายความว่า ไม่สามารถโต้แย้งหรือหักล้างได้ด้วยหลักฐานอื่น หลักการนี้มีรากฐานมาจากกฎหมายโรมันและได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายของหลายประเทศทั่วโลก เนื่องจากช่วยให้สามารถระบุสถานะของมารดาของเด็กได้อย่างแน่นอน โดยอาศัยข้อเท็จจริงทางชีววิทยา กล่าวคือ มารดา คือ บุคคลที่ให้กำเนิดเด็ก ดังนั้น การคลอดบุตรไม่เพียงแต่เป็นข้อเท็จจริงที่ใช้ระบุว่าบุคคลใดเป็นมารดาของเด็ก แต่ยังเป็นพื้นฐานของความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างมารดาและบุตร ซึ่งนำไปสู่สิทธิและหน้าที่ทางกฎหมายระหว่างกัน [18]

อย่างไรก็ตาม หลักการนี้ยังมีอีกแง่มุมที่เกี่ยวข้อง คือ *pater semper incertus est* หรือ “บิดาไม่แน่นอนเสมอ” ตัวอย่างเช่น ในกฎหมายของสาธารณรัฐเช็ก มีกฎหมายที่กำหนดให้การระบุบิดาต้องเป็นไปตามข้อสันนิษฐานทางกฎหมายสามประการ หนึ่งในนั้น คือ กฎ *pater est, quem nuptiae demonstrant* ซึ่งหลักการนี้ถูกนำมาใช้ในระบบกฎหมายของประเทศสโลวาเกีย ดังนั้น การคลอดบุตรไม่เพียงแต่เป็นข้อเท็จจริงที่ใช้ระบุว่าบุคคลใดเป็นมารดาของเด็ก แต่ยังเป็น พื้นฐานของความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างมารดาและบุตร ซึ่งนำไปสู่สิทธิและหน้าที่ทางกฎหมายระหว่างกันสิทธิและหน้าที่ระหว่างมารดาและบุตรเกิดขึ้นโดยอัตโนมัติจากการเกิดของเด็ก ความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างมารดาและบุตรจึงมีรากฐานอยู่บนสายสัมพันธ์ทางชีวภาพ โดยที่การกำหนดบิดาของเด็กก็มักจะต้องอาศัยการระบุตัวมารดาก่อน จากนั้นจึงนำไปสู่การพิจารณาว่าผู้ใดเป็นบิดาตามกฎหมาย [19]

ในสหรัฐฯ แนวทางทางกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของผู้ปกครองมีความยืดหยุ่นและแตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐ ซึ่งส่งผลให้การอุ้มบุญสามารถเกิดขึ้นได้ง่ายขึ้นและได้รับการยอมรับมากขึ้นในระบบกฎหมายของประเทศ มารดาผู้ให้กำเนิดไม่ได้ถูกพิจารณาว่าเป็นมารดาตามกฎหมายโดยอัตโนมัติในรัฐส่วนใหญ่ ส่งผลให้กระบวนการกำหนดสิทธิของผู้ปกครองมีความซับซ้อนน้อยลงเมื่อเทียบกับประเทศอื่น ๆ

แนวทางทางกฎหมายนี้มีรากฐานมาจาก พระราชบัญญัติว่าด้วยความเป็นบิดามารดาแบบสากล (Uniform Parentage Act - UPA) ซึ่งถูกเสนอโดย National Conference of Commissioners on Uniform State Laws ในปี พ.ศ. 2516 โดยมีเป้าหมายเพื่อกำหนดมาตรฐานสำหรับการรับรองสิทธิของผู้ปกครองให้เป็นแนวทางเดียวกันในทุก ๆ รัฐ ต่อมากฎหมายฉบับนี้ได้รับการปรับปรุงแก้ไขในช่วงปี พ.ศ. 2543-2545 และปัจจุบัน รัฐต่าง ๆ มากกว่า 40 แห่งได้นำแนวทางบางส่วนของ UPA ไปใช้ในการกำหนดสิทธิความเป็นบิดามารดา [20]

แนวคิดเรื่อง “พ่อแม่โดยชอบด้วยกฎหมาย” (Legal Parentage) เป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบุคคลที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นพ่อหรือแม่กับบุตร ซึ่งเป็นพื้นฐานของสิทธิและหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการดูแลและปกครองเด็กในทางกฎหมาย ความเป็นพ่อแม่ทางกฎหมายมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อสิทธิของเด็กและบุคคลที่ถือเป็นพ่อแม่ตามกฎหมาย ทั้งในด้านมรดก การดูแลและอุปการะเลี้ยงดู ตลอดจนการเข้าถึงสิทธิประโยชน์จากรัฐและเอกชน การกำหนดสถานะความเป็นพ่อแม่ทางกฎหมายไม่ใช่ประเด็นที่ซับซ้อนในกรณีของครอบครัวที่พ่อแม่มีความสัมพันธ์ทางสายเลือดกับเด็ก หรืออยู่ในสถานะสมรส อย่างไรก็ตาม ในกรณีของบุตรบุญธรรม เด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ หรือการอุ้มบุญ สถานะดังกล่าวอาจไม่ชัดเจนและต้องมีการพิจารณาทางกฎหมายเป็นพิเศษ ด้วยเหตุนี้ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดความเป็นพ่อแม่จึงมีบทบาทสำคัญในการคุ้มครองสิทธิของทั้งเด็กและพ่อแม่ทางกฎหมาย เพื่อให้เกิดความแน่นอนในสถานะทางกฎหมาย และรับประกันว่าเด็กจะได้รับการดูแลและอุปการะอย่างเหมาะสม [21]

กฎหมาย Uniform Parentage Act (UPA) ได้รับการพัฒนาโดย Uniform Law Commission (ULC) ครั้งแรกในปี พ.ศ. 2516 โดยมีเป้าหมายเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับสถานะของความเป็นพ่อแม่ในสหรัฐฯ กฎหมายฉบับนี้เกิดขึ้นภายหลังคำวินิจฉัยสำคัญของศาลสูงสุดสหรัฐฯ ซึ่งเน้นให้เด็กที่เกิดจากพ่อแม่ที่ไม่ได้สมรสกันมีสิทธิทางกฎหมายเท่าเทียมกับเด็กที่เกิดจากพ่อแม่ที่แต่งงานกัน นับเป็นก้าวสำคัญในการสร้างหลักประกันด้านสิทธิเด็กและการรับรองความสัมพันธ์ทางครอบครัวอย่างเป็นธรรม [22]

ตลอดช่วงหลายทศวรรษที่ผ่านมา กฎหมาย Uniform Parentage Act (UPA) ได้รับการแก้ไขและปรับปรุงหลายครั้ง เพื่อให้สอดคล้องกับพัฒนาการทางกฎหมาย วิทยาศาสตร์ และแนวคิดเกี่ยวกับโครงสร้างครอบครัวที่เปลี่ยนแปลงไป โดยเฉพาะในยุคปัจจุบันที่เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และแนวทางการสร้างครอบครัวมีความหลากหลายมากขึ้น ความจำเป็นในการปรับปรุงกฎหมายจึงยิ่งทวีความสำคัญ ในปี พ.ศ. 2560 กฎหมาย Uniform Parentage Act (UPA) ได้รับการปรับปรุงครั้งสำคัญเพื่อตอบสนองต่อความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ทางการแพทย์ โดยเฉพาะเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และการอุ้มบุญ ซึ่งส่งผลโดยตรงต่อการกำหนดสถานะความเป็นพ่อแม่ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีเหล่านี้ นอกจากนี้ การแก้ไขกฎหมายยังมีเป้าหมายเพื่อรับรองสิทธิทางกฎหมายของครอบครัว LGBTQ+ อย่างเท่าเทียม เพื่อให้ผู้ปกครองที่เป็นเพศเดียวกันได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเช่นเดียวกับครอบครัวทั่วไป [23]

## 5. สิทธิพื้นฐานในการสมรสและการอุ้มบุญของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ (Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender, Queer and others – LGBTQ+)

ในคดี Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644 (2015) โจทก์ซึ่งเป็นคู่รักเพศเดียวกันจากมลรัฐมิชิแกน เคนตักกี โอไฮโอ และเทนเนสซี ยื่นฟ้องว่ากฎหมายของมลรัฐเหล่านี้ละเมิดรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 (Fourteenth Amendment to the United States Constitution) เนื่องจากการถูกปฏิเสธสิทธิในการสมรสหรือการรับรองการสมรสที่จดทะเบียนในมลรัฐอื่นซึ่ง ศาลสูงสุดสหรัฐฯ ได้ตัดสินโดยอ้างอิงหลักกฎหมายสำคัญ คือ หลักบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมาย (Due

Process Clause) กล่าวคือ การแต่งงานเป็น “สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน” (fundamental liberty) ที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมาย (Due Process Clause) และหลักว่าด้วยการได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน (Equal Protection Clause) กล่าวคือ กฎหมายที่จำกัดการสมรสให้เป็นเพียงระหว่างชายและหญิง เป็นการเลือกปฏิบัติ (discrimination) และละเมิดหลักความเสมอภาคของกฎหมาย และการที่รัฐปฏิเสธไม่ให้คู่รักเพศเดียวกันสมรสหรือไม่รับรองการสมรสของพวกเขาก็เกิดขึ้นในรัฐอื่น เป็นการปฏิเสธสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญ ท้ายที่สุดศาลได้มีคำวินิจฉัยว่า การที่รัฐห้ามการสมรสระหว่างคู่รักเพศเดียวกันขัดต่อรัฐธรรมนูญ และรัฐต้องให้การรับรองการสมรสของคู่รักเพศเดียวกันที่แต่งงานในรัฐอื่น (Full Faith and Credit Clause)

ต่อมาคดี *Pavan v. Smith*, 582 U.S. (2017) เป็นกรณีที่มีลรัฐอาร์คันซอปฏิเสธที่จะให้ชื่อของคู่สมรสเพศเดียวกันปรากฏในสูติบัตรของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งเป็นสิ่งที่ได้รับอนุญาตในกรณีของคู่สมรสต่างเพศ ซึ่งศาลได้วินิจฉัยโดยอาศัยหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา และคำพิพากษาใน *Obergefell v. Hodges* ดังนั้น ศาลสูงสุดของสหรัฐฯ กลับคำตัดสินของศาลสูงสุดมลรัฐอาร์คันซอ และสั่งให้มลรัฐอาร์คันซอออกสูติบัตรที่รวมชื่อของคู่สมรสเพศเดียวกันบนพื้นฐานเดียวกับคู่สมรสต่างเพศ [24]

จากคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดสหรัฐฯ ในคดี *United States v. Windsor* คดี *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644 (2015) และคดี *Pavan v. Smith*, 582 U.S. (2017) แสดงให้เห็นว่าคู่รักเพศเดียวกันมีสิทธิที่จะทำการสมรส และมีชื่อในสูติบัตรของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ประกอบกับรัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคู่รักเพศเดียวกันแบบเดียวกับที่ปฏิบัติต่อคู่รักต่างเพศ

สิทธิในการสมรสของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในบริบทของประเทศไทยก่อนมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2567 นั้น กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศไม่มีสิทธิที่จะจดทะเบียนสมรสตามกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายของประเทศไทยบุคคลที่สามารถจดทะเบียนสมรสตามกฎหมายได้ต้องเป็นเพศชาย และเพศหญิงโดยกำเนิด และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1488 บัญญัติขึ้นตามธรรมชาติของมนุษย์ สืบสานการดำรงอยู่ของสังคมและขนบธรรมเนียมประเพณีที่ดำรงมาของสังคมยึดถือ อันเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของชายและหญิงตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน ไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุความแตกต่างในเรื่องเพศ มิได้ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น ทั้งยังช่วยส่งเสริมความมั่นคงของรัฐและเสริมสร้างความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 27 วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสาม (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2564) และถึงแม้ว่าจะมีการจดทะเบียนสมรสในต่างประเทศ ซึ่งเป็นการสมรสระหว่างเพศหญิงโดยกำเนิด ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2887/2563 ศาลได้มีคำพิพากษาเป็นบรรทัดฐานว่าการพิจารณาถึงความสมบูรณ์แห่งการสมรสระหว่างจำเลยและโจทก์ร่วมจึงต้องพิจารณาตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 หมวด 2 เรื่องเงื่อนไขแห่งการสมรสประกอบด้วย เมื่อมาตรา 1448 บัญญัติว่าการสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แสดงว่าการสมรสจะสมบูรณ์ต่อเมื่อคู่สมรสเป็นชายและหญิง เมื่อจำเลยและโจทก์ร่วมต่างก็เป็นหญิง การสมรสระหว่างจำเลยและโจทก์ร่วมจึงไม่ต้องด้วยเงื่อนไขของการสมรสตามกฎหมายไทย จำเลยและโจทก์ร่วมไม่มีสถานะเป็นสามีภริยาตามกฎหมาย

สิทธิที่จะมีบุตรของกลุ่มหลากหลายทางเพศตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 เพราะว่าคุณสมบัติที่สามารถให้หญิงตั้งครรภ์แทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ต้องเป็นสามี (เพศชาย) หรือภริยา (เพศหญิง) ที่จดทะเบียน

สมรสตามกฎหมายและมีคุณสมบัติตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 21 ประกอบ มาตรา 22 กำหนดไว้เท่านั้น

ต่อมาประเทศไทยมีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2567 ทำให้กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ สามารถจดทะเบียนสมรสได้โดยชอบด้วยกฎหมาย และมาตรา 67 วรรคหนึ่งที่บัญญัติให้ บรรดาบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อกำหนด ข้อบัญญัติ ประกาศ คำสั่ง หรือมติคณะรัฐมนตรีใดที่อ้างถึงสามี ภริยา หรือสามีภริยา ให้ถือว่าอ้างถึงคู่สมรสที่จดทะเบียนสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัตินี้ด้วยก็ตามและเมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 21 วรรคหนึ่ง (1) ภายใต้บังคับมาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์ แทนอย่างน้อยต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ดังต่อไปนี้ (1) สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน มีข้อที่ต้องพิจารณา คือ บทบัญญัติมาตรา 21 (1) เป็น บทบัญญัติที่ยึดโยงกับโครงสร้างเพศกำเนิดอย่างชัดเจน กล่าวคือ “สามี” หมายถึงบุคคลเพศชายโดยกำเนิด และ “ภริยา” หมายถึงบุคคลเพศหญิงโดยกำเนิด ซึ่งต้องเป็นผู้ที่ “ไม่อาจตั้งครรภ์ได้” จึงจะเข้าหลักเกณฑ์ของการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนได้ อย่างไรก็ดี ภายใต้บริบทของการสมรสของกลุ่มผู้มีความหลากหลายทางเพศ หากเป็นการสมรสระหว่างบุคคลที่เป็นเพศชายโดยกำเนิดทั้งคู่ หรือเป็นการสมรสระหว่างบุคคลที่เป็นเพศหญิง โดยกำเนิดทั้งคู่ ย่อมไม่สามารถเข้าเงื่อนไขตามมาตรานี้ได้ แม้บทบัญญัติมาตรา 67 จะบัญญัติให้ตีความคำว่า “สามี-ภริยา” ให้หมายถึง “คู่สมรส” แต่ไม่อาจทำให้เงื่อนไขเชิงชีววิทยาที่กำหนดไว้ในมาตรา 21 กลายเป็น กลางทางเพศโดยอัตโนมัติได้ ดังนั้น หากต้องการให้คู่สมรสที่มีความหลากหลายทางเพศสามารถเข้าถึงสิทธิการ อุ้มบุญได้อย่างเท่าเทียม การแก้ไขกฎหมายเพื่อไม่ให้เงื่อนไขดังกล่าวยึดโยงเพศกำเนิดจึงเป็นสิ่งจำเป็น

## บทสรุป

การตั้งครรภ์แทนหรือการอุ้มบุญ (Surrogate motherhood) เป็นเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ที่มี บทบาทสำคัญในการช่วยให้บุคคลหรือคู่สมรสที่ไม่สามารถตั้งครรภ์เองได้สามารถมีบุตรได้ การใช้บริการอุ้มบุญ ได้รับความนิยมนำขึ้นเนื่องจากปัจจัยทางการแพทย์และการเปลี่ยนแปลงทางสังคมและวัฒนธรรม อย่างไรก็ตาม การอุ้มบุญก่อให้เกิดประเด็นทางกฎหมายและจริยธรรมที่สำคัญ โดยเฉพาะในสหรัฐอเมริกา ซึ่งกฎหมายเกี่ยวกับการอุ้มบุญแตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐ

การอุ้มบุญสามารถแบ่งออกเป็นสองประเภทหลัก ได้แก่ การอุ้มบุญแบบดั้งเดิม (Traditional surrogacy) ซึ่งแม่อุ้มบุญใช้ไข่ของตนเองในการปฏิสนธิ และการอุ้มบุญแบบฝังตัวอ่อน (Gestational surrogacy) ซึ่งตัวอ่อนที่เกิด จากไข่และอสุจิของบุคคลอื่นถูกฝังเข้าไปในมดลูกของแม่อุ้มบุญโดยไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก แนวทางนี้ช่วยให้พ่อแม่ที่ตั้งใจมีลูกสามารถมีบุตรได้โดยไม่ต้องพึ่งพาความเกี่ยวข้องทางชีววิทยากับแม่อุ้มบุญ โดยตรง

สิทธิในการมีบุตรถือเป็นสิทธิพื้นฐานที่ได้รับการคุ้มครองในตามรัฐธรรมนูญ โดยมีคดีสำคัญ เช่น “Skinner v. Oklahoma” ที่ศาลสูงสุดสหรัฐฯ ตัดสินว่ารัฐไม่สามารถกำหนดมาตรการที่เป็นการจำกัดสิทธิ ในการสืบพันธุ์โดยไม่มีเหตุผลที่เหมาะสม นอกจากนี้ คดี “J.R. v. Utah” ยังยืนยันว่าพ่อแม่ที่มีความสัมพันธ์ ทางพันธุกรรมกับเด็กควรได้รับสิทธิในการเป็นผู้ปกครองตามกฎหมาย ข้อพิจารณาเหล่านี้แสดงให้เห็นว่าการอุ้มบุญมี ความเกี่ยวข้องกัสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนและต้องได้รับการพิจารณาภายใต้หลักนิติรัฐและสิทธิมนุษยชน

ในหลายประเทศใช้หลัก “mater semper certa est” หรือ “แม่เป็นที่แน่นอนเสมอ” ซึ่งหมายความว่าแม่ที่ให้การกำเนิดเด็กจะได้รับการยอมรับว่าเป็นแม่ตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ในสหรัฐอเมริกา กฎหมายเกี่ยวกับความเป็นพ่อแม่มีความยืดหยุ่นมากขึ้น โดยอาศัยกฎหมาย Uniform Parentage Act (UPA) ซึ่งกำหนดว่าพ่อแม่ตามกฎหมายอาจไม่จำเป็นต้องมีความสัมพันธ์ทางชีวภาพกับเด็ก หลักการนี้ช่วยให้การอุ้มบุญแบบฝังตัวอ่อนสามารถดำเนินไปได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย โดยไม่จำเป็นต้องให้แม่อุ้มบุญมีสถานะเป็นแม่ตามกฎหมายของเด็ก

ประเด็นสำคัญอีกประการหนึ่งของการอุ้มบุญในสหรัฐอเมริกา คือ สิทธิของกลุ่ม LGBTQ+ ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้ตัดสินในคดี Obergefell v. Hodges ให้การห้ามสมรสเพศเดียวกันเป็นโมฆะ โดยถือว่าสิทธิในการสมรสเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่คู่รักเพศเดียวกันได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญซึ่งระบุว่าการห้ามการสมรสของคู่รักเพศเดียวกันละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ คดี “Pavan v. Smith” ยังเป็นกรณีที่ศาลสูงสุดสหรัฐฯ ตัดสินว่าคู่สมรสเพศเดียวกันมีสิทธิในการมีชื่อในสูติบัตรของบุตร ซึ่งเป็นการต่อยอดสิทธิของครอบครัวที่มีความหลากหลายในการได้รับการคุ้มครองทางกฎหมาย สิ่งเหล่านี้สะท้อนให้เห็นถึงการยอมรับความหลากหลายของครอบครัวในกฎหมายสหรัฐฯ และการให้สิทธิอย่างเสมอภาคแก่คู่สมรสเพศเดียวกันในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ เช่น การอุ้มบุญ

### องค์ความรู้เพื่อนำมาพัฒนากฎหมายไทย

ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2567 ก่อให้เกิดสิทธิในการสมรสซึ่งเป็น “สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน” (fundamental liberty) โดยชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ไม่มีมติของการอุ้มบุญนั้นพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 ให้สิทธิในการตั้งครรภ์แทน (อุ้มบุญ) แก่สามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งในขณะนั้นหมายถึง คู่สมรสที่เป็นชายและหญิงเท่านั้น สิ่งที่ประเทศไทยต้องพิจารณา คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 จะมีผลใช้บังคับถึงกลุ่ม LGBTQ+ โดยอัตโนมัติได้หรือไม่ หรือต้องพิจารณากฎหมายและแก้ไขเสียใหม่ โดยวิเคราะห์ถึงมิติต่าง ๆ ให้รอบด้าน จากการศึกษาบทความวิชาการเรื่อง สิทธิของบุคคลหรือคู่สมรสในสหรัฐอเมริกาในการมีบุตรผ่านการตั้งครรภ์แทน (การอุ้มบุญ) สะท้อนให้เห็นว่าสหรัฐอเมริกาให้ความสำคัญกับ “สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน” (fundamental liberty) ที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการที่ถูกต้องตามกฎหมาย (Due Process Clause) และหลัก บทบัญญัติว่าด้วยการได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน (Equal Protection Clause) ก่อให้เกิดการคุ้มครองสิทธิกลุ่ม LGBTQ+ ในการอุ้มบุญได้ในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ทั้งนี้ประเทศไทยยังต้องพิจารณามิติต่าง ๆ ให้รอบด้าน เช่น สังคมพหุวัฒนธรรม การข้ามเพศ เป็นต้น

### เอกสารอ้างอิง

- [1, 6] RAGONÉ, H. (2003). Surrogacy. In J. J. Ponzetti (Ed.), International Encyclopedia of Marriage and Family (2 nd ed., Vol. 4 , pp. 1 6 0 3 - 1 6 0 6 ). Macmillan Reference USA. <https://link.gale.com /apps/doc/CX3 4 0 6 9 0 0 4 2 3 / G V R L ? u = t h t s u & s i d = b o o k m a r k - G V R L & x i d = 0 c 2 1 c c b 3>
- [2, 9, 11, 12, 10, 14] Surrogate Motherhood. (2022). In M. J. Tyrkus & C. A. Schwartz (Eds.), Gale Encyclopedia of American Law (4th ed., Vol. 9, pp. 494-501). Gale. <https://link.gale.com/apps/doc /CX8276204253/GVRL?u=thtsu&sid=bookmark- GVRL&id=98bcce8a>

- [3, 5, 7] Jadva, V. (2019). Surrogacy. In J. J. Ponzetti, Jr. (Ed.), *Macmillan Encyclopedia of Families, Marriages, and Intimate Relationships* (Vol. 2, pp. 857-860). Macmillan ReferenceUSA. <https://link.gale.com/apps/doc/CX7751500290/GVRL?u=ttsu&sid=bookmark-GVRL&id=7f1a82dd>
- [4] Mercer, J. (2002). *Surrogate Motherhood*. In N. J. Salkind (Ed.), *Child Development* (p. 399). Macmillan Reference USA. <https://link.gale.com/apps/doc/CX3401000270/GVRL?u=ttsu&sid=bookmark-GVRL&id=180e50b3>
- [8] Baker, L. (2005). *Title of the book or article. Journal Name, Volume (Issue)*, 315.
- [13] Nelson, J., & Lindemann, H. (2014). *VI. Contract Pregnancy*. In B. Jennings (Ed.), *Bioethics* (4<sup>th</sup> ed., Vol. 5, pp. 2750-2754). Macmillan Reference USA. <https://link.gale.com/apps/doc/CX3727400555/GVRL?u=ttsu&sid=bookmark-GVRL&id=f06194f3>
- [15] U.S. Supreme Court. (1942). *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U.S. 535. Retrieved from <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/316/535/>
- [16, 20] Snyder, S. H. (2016). *Reproductive surrogacy in the United States of America: Trajectories and trends*. In E. S. Sills (Ed.), *Handbook of gestational surrogacy* (pp. 276-286). Cambridge University Press.
- [17] *J.R. v. Utah*, 261 F. Supp. 2d 1268 (D. Utah 2002). Retrieved from <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/261/1268/2515536/>
- [18, 19] Pirošíková, M., Fialová, J., & Zdechovský, T. (2024). *Mater semper certa est – Should we register transsexual woman-to-man as a father? Remarks on the ECHR judgment O.H. and G.H. v. Germany*. *Review of European and Comparative Law*, 56(1), 7–24. <https://doi.org/10.31743/recl.15052>
- [21, 22, 23] American Academy of Matrimonial Lawyers. (2024). *A report on the Uniform Parentage Act (UPA 2017): Developments in state law regarding the rights of children*. *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 37(1), 1-22.
- [24] *Pavan v. Smith*, 582 U.S. (2017). Retrieved from <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/582/16-992/>