

การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์(อุ้มบุญ)

ผู้เรียบเรียง นางวิลาสินี ลิทธิโสภณ

วิทยาการเชี่ยวชาญ

กลุ่มงานกฎหมาย ๓ สำนักกฎหมาย

ความเป็นมา

ในปัจจุบันเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มีความก้าวหน้าเป็นอย่างมาก มีการศึกษาค้นคว้าทดลองทางวิทยาศาสตร์เจริญรุดหน้าถึงขนาดสามารถสร้างตัวอ่อนที่มีลักษณะทางพันธุกรรมหรือสามารถสร้างเซลล์ต้นกำเนิดเพาะขยายเป็นเนื้อเยื่อส่วนต่างๆของมนุษย์เพื่อการรักษาทางการแพทย์ได้เมื่อวิทยาการทางการแพทย์เจริญก้าวหน้าอย่างรวดเร็ว ทำให้ปัญหาการมีบุตรยากที่เป็นปัญหานักออกสำหรับคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรลดน้อยลงเนื่องจากคู่สมรสใช้กรรมวิธีช่วยการเจริญพันธุ์หรือเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์การใช้เทคโนโลยีดังกล่าวช่วยให้คู่สมรสจำนวนหนึ่งมีบุตรได้ตามประสงค์ ขณะเดียวกันซึ่งหากไม่มีการควบคุมขอบเขตการใช้เทคโนโลยีดังกล่าวไว้ให้ถูกต้องเหมาะสม อาจส่งผลกระทบต่อมวลมนุษยชาติได้ ตลอดจนการที่สามารถช่วยเหลือให้มีการตั้งครุฑแทนเพื่อรักษาภาวะการมีบุตรยาก เป็นการใช้เนื้อตัวร่างกายมนุษย์ในกิจกรรมที่ฝ่าฝืนธรรมชาติ ซึ่งอาจถูกนำไปใช้ในทางที่ขัดต่อศีลธรรมโดยสิ้นเชิง เทคโนโลยีดังกล่าววิธีหนึ่งนั้นคือการรับตั้งครุฑแทนหรือที่เรียกว่า อุ้มบุญ (ภาคิ ราษแป็น, ๒๕๔๙. น.๓๕-๔๖.)

ร่างพระราชบัญญัติการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ในสมัยรัฐบาลก่อนได้เคยมีการเสนอร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว เข้ามาบรรจระเบียบวาระการประชุมสภาผู้แทนราษฎร แต่ไม่ได้รับการพิจารณา เนื่องจากเกิดการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองเสียก่อน ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้จึงตกไป ต่อมาได้มีเหตุการณ์ในทำนองเดียวกันนี้เกิดขึ้นอีก จึงได้มีการกล่าวถึงในกรณีการอุ้มบุญ และการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เหมาะสมยิ่งขึ้น

เหตุผลที่ต้องมีกฎหมายฉบับนี้ เนื่องจากโดยที่ความก้าวหน้าทางการแพทย์ในการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากสามารถช่วยให้ผู้ที่มีภาวะการมีบุตรยากมีบุตรได้โดยการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ อันมีผลทำให้บทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันในเรื่องความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไม่สอดคล้องกับความสัมพันธ์ในทางพันธุกรรม ดังนั้น เพื่อกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เหมาะสม ตลอดจนควบคุมการศึกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์การแพทย์เกี่ยวกับตัวอ่อนและเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มิให้มีการนำไปใช้ในทางที่ไม่ถูกต้อง จึงมีการเสนอร่างดังกล่าวเพื่อให้ฝ่ายกฎหมายพิจารณาในรายละเอียดแล้วเสนอต่อสภานิติบัญญัติต่อไป

ความหมายการอุ้มบุญ

ในความหมายของคนทั่วไป อุ้มบุญ คือการให้คนอื่นตั้งท้องแทนเท่านั้น แต่ความจริงแล้วมีความหมายลึกซึ้งไปอีก อุ้มบุญมี ๒ แบบ คือ อุ้มบุญแท้ (full surrogacy) กับอุ้มบุญเทียม (partial surrogacy) ดังนี้

“อุ้มบุญแท้” (Full surrogacy หรือ Traditional surrogacy) คือการใช้น้ำเชื้อจากฝ่ายชายของคู่ที่ต้องการมีบุตร ผสมกับไข่ของแม่ผู้อุ้มบุญ และฉีดฝังในมดลูกของคุณแม่ผู้อุ้มบุญ ซึ่งคุณแม่ผู้อุ้มบุญแท้คือผู้ที่ให้ทั้งไข่และมดลูก

“อุ้มบุญเทียม” (Partial surrogacy หรือ Gestational carrier) คือการใช้น้ำเชื้อและไข่จากคู่คุณพ่อคุณแม่ที่แท้จริง แล้วจึงฝากไข่ที่รับการผสมเรียบร้อยแล้วเข้าไปในตัวของคุณแม่ผู้อุ้มบุญ ผู้ที่ทำหน้าที่เป็นผู้ตั้งครรภ์แทนจนกว่าทารกจะคลอดออกมา ซึ่งปัจจุบันการอุ้มบุญเทียมเป็นทางเลือกได้รับความนิยมมากกว่าการอุ้มบุญแบบแรก (พ.ต.อ.นพ. เสรี อธิพงษ์, ข้อมูลออนไลน์)

การตั้งครรภ์แทน (Surrogacy)

การตั้งครรภ์แทน (Surrogacy) หมายถึง การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์มีข้อตกลงไว้กับสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายก่อนตั้งครรภ์ว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น

การให้ผู้อื่นตั้งครรภ์แทนแม้จะใช้อนุจิและไข่จากคู่สมรส แต่ก็ยังเป็นกิจกรรมที่ฝ่าฝืนธรรมชาติของมนุษย์ ก่อให้เกิดการแสวงหาประโยชน์จากเนื้อตัวร่างกายของหญิง และความชอบด้วยกฎหมายของการรับตั้งครรภ์แทน อำนาจการปกครองเด็ก ซึ่งกฎหมายแต่ละประเทศจะมีข้อบังคับไม่เหมือนกัน บางประเทศห้ามเด็ดขาดและถือเป็นความผิดทางอาญา บางประเทศห้ามเฉพาะในเชิงพาณิชย์ ในส่วนของประเทศไทยเกิดปัญหาเช่นเดียวกับหลายประเทศ ทั้งในส่วนจริยธรรมและข้อกฎหมาย โดยเฉพาะเรื่องข้อกฎหมาย เพราะประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายในเรื่องนี้โดยเฉพาะแต่จะใช้กฎหมายอื่นมาพิจารณาคือ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา๓๑๒ “ผู้ใดเพื่อจะเอาคนลงเป็นทาสหรือให้มีฐานะคล้ายทาส นำเข้าในหรือส่งออกนอกราชอาณาจักรพามาจากที่ใด ชื้อขาย จำหน่าย รับหรือหน่วงเหนี่ยวซึ่งบุคคลหนึ่งบุคคลใดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี และปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท” เมื่อไม่มีกฎหมายเฉพาะ ทำให้สถานการณ์ของการรับตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยก่อให้เกิดปัญหาหลายด้าน โดยเฉพาะเรื่องของสิทธิทางกฎหมายของเด็ก

กฎหมายการตั้งครรภ์แทน

การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ยังก่อให้เกิดการถกเถียงในเรื่องความเหมาะสมทางจริยธรรมในการใช้เทคโนโลยี และที่สำคัญคือทำให้กฎหมายและข้อบังคับที่เกี่ยวข้องต่าง ๆ ซึ่งบัญญัติไว้สำหรับกรณีการกำเนิดตามธรรมชาติไม่อาจนำมาปรับใช้ได้เพียงพอสอดคล้องกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นจากการใช้เทคโนโลยี อันเป็นเหตุให้จำเป็นต้องพัฒนาและปรับปรุงข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องในเรื่องนี้ให้สามารถรองรับปัญหาได้ โดยเฉพาะประเทศที่นำเทคโนโลยีเหล่านี้มาใช้ และกำลังอยู่ในระหว่างการศึกษาเพื่อดำเนินการซึ่งรวมถึงประเทศไทยด้วย เพราะมีการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เช่นเดียวกัน เช่น คู่สมรสประสงค์จะมีบุตรแต่ภริยามีปัญหาด้านสุขภาพไม่สามารถอุ้มครรภ์บุตรได้เอง อาจต้องอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (Reproductive Technology) ประกอบกับการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน (Surrogacy) ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันไม่ได้ให้ความคุ้มครองสิทธิของสามีภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนในฐานะบิดามารดา โดยมาตรา ๑๕๔๖ บัญญัติว่า “เด็กเกิดจากหญิงที่มีได้มีการสมรสกับชาย ให้ถือว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น เว้นแต่จะมีกฎหมายที่มีได้มีการสมรสกับชาย ให้ถือว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น เว้นแต่ จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” หากการสมรสสิ้นสุดลงตามมาตรา ๑๕๓๖ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “เด็กเกิด

แต่หญิงขณะเป็นภริยาชายหรือภายในสามร้อยสิบวันนับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลง ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามี หรือเคยเป็นสามีแล้วแต่กรณี” ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวประกอบกับถ้อยคำตามมาตรา ๑๕ ที่ว่า “สภาพบุคคลย่อมเริ่มตั้งแต่เมื่อคลอด” และ “ทารกในครรภ์มารดา” แสดงให้เห็นว่า “บุตร” ที่เกิดนั้นต้องเกิดจากครรภ์มารดาของผู้เป็นบุตรนั้น ๆ อันเป็นการให้ความคุ้มครองเด็กและรับรองหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในฐานะมารดาโดยการตั้งครรภ์และให้กำเนิดเด็กเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

ตามข้อกฎหมายข้างต้นความเป็นบิดามารดาและบุตรนั้น ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเป็นธรรมชาติซึ่งย่อมประกอบขึ้นด้วยกระบวนการปฏิสนธิและการให้กำเนิดที่เป็นไปตามกระบวนการตามธรรมชาติ บิดามารดาเป็นผู้ถ่ายทอดลักษณะทางพันธุกรรม และมารดาเป็นผู้ตั้งครรภ์และให้กำเนิด หากเป็นกรณีการรับตั้งครรภ์แทนจะกลายเป็นการชั่งน้ำหนักหรือการให้ความสำคัญระหว่างลักษณะทางพันธุกรรมที่ได้กคนนั้นได้รับจากเจ้าของเชื้อพันธุ์ และผู้รับตั้งครรภ์แทน ซึ่งรวมถึงการดูแลขณะตั้งครรภ์ และการให้วินิจฉัยว่าใครจะเป็นบิดามารดาที่แท้จริงโดยเฉพาะทางฝ่ายมารดาที่เป็นเจ้าของเชื้อพันธุ์และมารดาผู้ตั้งครรภ์แทน

กรณีดังกล่าว เคยมีข้อหาหรือจากกรมบัญชีกลางมายังคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับกรณีคู่สมรสซึ่งเป็นข้าราชการในสังกัดมหาวิทยาลัยว่าได้มีการแจ้งจำนวนบุตรพร้อมแสดงหลักฐานของทางราชการเพื่อขอรับสิทธิเบิกเงินสวัสดิการรักษายาบาลและการศึกษาของบุตร แต่เป็นบุตรที่เกิดจากการนำเชื้ออสุจิของสามีข้าราชการหญิงไปผสมกับไข่ของข้าราชการหญิงแล้วนำตัวอ่อนไปฝากในครรภ์ของหญิงอื่นเพื่อตั้งครรภ์แทน จะถือว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของข้าราชการอันจะมีสิทธิได้รับเงินสวัสดิการของทางราชการหรือไม่ ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาตามบันทึกเลขเสร็จที่ ๑๐๐/๒๕๔๓ ให้ความเห็นว่าทารกในครรภ์มารดาตามมาตรา ๑๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หมายถึงทารกที่เกิดนั้นจะต้องเกิดจากครรภ์มารดาของผู้เป็นบุตร ดังนั้น บุตรที่เกิดจากการใช้เทคนิคทางการแพทย์ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและคลอดทารกจึงเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารก ส่วนหญิงเจ้าของไข่แต่ไม่ได้ตั้งครรภ์และชายเจ้าของอสุจิ แต่มิได้เป็นสามีของหญิงผู้ตั้งครรภ์ จึงมิใช่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทำให้ทั้งสองไม่สามารถเบิกค่ารักษายาบาลและอาศัยสิทธิอื่น ๆ ในฐานะบิดามารดาของเด็กได้ แม้คู่สมรสที่อาศัยเทคโนโลยีนี้จะสามารถจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้ แต่ก็อาจก่อให้เกิดความไม่สบายใจและวิตกกังวลเนื่องจากบุตรที่เกิดจากพันธุกรรมและนับเป็นเลือดเนื้อเชื้อไขของพวกเขามีฐานะได้เพียงการเป็นบุตรบุญธรรมเท่านั้น นอกจากนี้หากพิจารณาแล้วยังอาจมีปัญหาอื่น ๆ ได้แก่ หญิงที่ตั้งครรภ์แทนอ้างสิทธิความเป็นมารดาและไม่ยอมส่งมอบเด็กให้แก่สามีภริยาที่ประสงค์จะมีบุตร เป็นต้น

เมื่อยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์บังคับใช้ กฎหมายที่เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยมีเพียง ๒ ฉบับ ซึ่งแพทย์สภาออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. ๒๕๒๕ มาตรา ๒๑ (๑) เพื่อให้การบริการของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เป็นไปอย่างมีมาตรฐาน คือ

๑. ประกาศแพทย์สภา ที่ ๑/๒๕๔๐ เรื่องมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ลงวันที่ ๒๒ ตุลาคม ๒๕๔๐

๒. ประกาศแพทย์สภา ที่ ๒๑/๒๕๔๕ เรื่องมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (ฉบับที่ ๒) ลงวันที่ ๒๐ มิถุนายน ๒๕๔๕

สาระสำคัญของประกาศทั้งสองฉบับ มีดังนี้

๑. การให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทำได้ ๒ วิธีคือ

๑.๑ การเคลื่อนย้ายเซลล์สืบพันธุ์เข้าไปในท่อนำไข่ (Gamete IntraFallopian Transfer-GIFT zygote intrafallopian transfer-ZIFT) ที่นิยมคือการทำกิฟท์ ซึ่งหมายถึงการตั้งครรภ์โดยการนำไข่ออกมาจากร่างกายของหญิง แล้วนำเชื้ออสุจิมาผสมรวมกันแล้วฉีดเข้าไปในท่อนำไข่หรือมดลูกของหญิง อีกวิธีหนึ่งคือการทำ ZIFT คือการตั้งครรภ์โดยการนำไข่ออกมานอกร่างกายของหญิง แล้วนำเชื้ออสุจิมาทำให้เกิดการปฏิสนธิจนเป็นตัวอ่อนแรกเริ่มแล้วฉีดเข้าไปในท่อนำไข่ (หมายถึงตัวอ่อนของมนุษย์ตั้งแต่ปฏิสนธิแล้วแต่ยังไม่มีแบ่งเซลล์)

๑.๒ การปฏิสนธินอกร่างกาย (การทำเด็กหลอดแก้ว หรือ In Vitro Fertilization-IVF) วิธีการคือการนำไข่และอสุจิมาผสมกันในหลอดแก้ว แล้วเคลื่อนย้ายตัวอ่อนเข้าไปฝังตัวในมดลูกของหญิงที่เป็นแม่ แม้ประกาศแพทยสภา ที่ ๑/๒๕๔๐ ระบุวิธีฉีดเชื้ออสุจิเข้าโพรงมดลูกหรือการผสมเทียม (Intrauterine Insemination) ไว้ด้วย แต่ตามประกาศแพทยสภาที่ ๒๑/๒๕๔๕ กำหนดให้การตั้งครรภ์แทนต้องใช้ตัวอ่อนที่มาจากเซลล์สืบพันธุ์ของคู่สมรสเท่านั้น ซึ่งการผสมเทียมมีการนำเซลล์สืบพันธุ์ออกจากร่างกายเพศชาย แต่ไม่มีการนำเซลล์ออกจากร่างกายเพศหญิง หากการใช้วิธีนี้เซลล์สืบพันธุ์จะเป็นของหญิงที่ตั้งครรภ์แทนไม่ใช่ของคู่สมรส การตั้งครรภ์แทนโดยวิธีนี้ต้องห้ามตามร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. มาตรา ๒๒ (๒) ซึ่งหากพระราชบัญญัตินี้ประกาศใช้เด็กที่เกิดโดยวิธีนี้อาจจะไม่สามารถควบคุมครอง (กมลภา เทพวงศ์. ๒๕๕๖. น.๕)

๒. กรณีคู่สมรสต้องการมีบุตรโดยให้หญิงอื่นซึ่งมิใช่ภริยาตั้งครรภ์แทน ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะให้บริการได้เฉพาะกรณีใช้ตัวอ่อนที่มาจากเซลล์สืบพันธุ์ของคู่สมรสเท่านั้น ภายใต้เงื่อนไขดังนี้

๒.๑ ไม่มีการจ่ายค่าตอบแทนแก่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนลักษณะที่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการรับจ้างตั้งครรภ์

๒.๒ หญิงที่ตั้งครรภ์แทน จะต้องเป็นญาติโดยสายเลือดของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

๓. การให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์จะต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะเป็นการทำสำเนาชีวิต (Human cloning) เพื่อการเจริญพันธุ์

การทำสำเนาชีวิต เป็นการนำเซลล์ของมนุษย์ไปเพาะเลี้ยงให้เป็นตัวอ่อนแล้วนำไปใส่โพรงมดลูก ไม่มีการปฏิสนธิระหว่างอสุจิกับไข่

๔. การตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมของตัวอ่อนก่อนย้ายเข้าสู่โพรงมดลูก (Preimplantation Genetic Diagnosis) ให้กระทำได้เฉพาะการตรวจเพื่อวินิจฉัยโรคตามความจำเป็นและสมควร ทั้งนี้ จะต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะที่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการเลือกเพศ

การตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมของตัวอ่อนก่อนย้ายเข้าโพรงมดลูก เป็นขั้นตอนเอาเซลล์ของตัวอ่อนไปตรวจหาความผิดปกติของพันธุกรรม โดยหากพบว่าตัวอ่อนมีความผิดปกติก็จะไม่นำเข้าสู่โพรงมดลูก ซึ่งขั้นตอนนี้สามารถทราบเพศของตัวอ่อนได้ด้วย ซึ่งหลักการในข้อนี้คือห้ามใช้ขั้นตอนนี้โดยเจาะจงเพื่อเป็นการเลือกเพศ

เรื่องมาตรฐานการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มีกำหนดชัดเจนว่าผู้ที่จะสามารถดำเนินการได้ต้องเป็นแพทย์ที่มีความเชี่ยวชาญด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ และได้รับใบรับรองจากสภานิติแพทย์แห่งประเทศไทย และผู้ที่รับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ต้องเป็นผู้ที่มีปัญหาเรื่องการมีบุตรยาก รวมไปถึงผู้ที่ยังไม่มีสามีแต่ต้องการมีบุตรก็ได้ด้วย ส่วนหญิงที่จะรับอุ้มบุญจะต้องไม่ใช่หญิงโสด และผ่านการคลอดบุตรมาแล้วเพื่อให้การคลอดบุตรง่ายและต้องไม่มีสายเลือดใกล้ชิดกับคู่สมรสโดยตรงจึงจะขอรับ

เทคโนโลยีดังกล่าวได้เพื่อตัดปัญหาความผูกพันกับทารก แต่มีปัญหาเพราะประกาศแพทยสภานี้ไม่มีบทลงโทษ จะเอาผิดได้แต่เฉพาะแพทย์ซึ่งต้องมีผู้ร้องเรียน ทำให้เหมือนเป็นหลักเกณฑ์ที่ปราศจากอำนาจ

สถานะทางกฎหมายของสัญญาตั้งครรภ์แทน

สัญญาตั้งครรภ์ถือว่าเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ปัญหานี้มีความเห็นของนักกฎหมายแบ่งออกเป็นสองฝ่าย คือ

ฝ่ายแรก เห็นว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งเท่ากับเป็นสัญญาซื้อขาย แลกเปลี่ยนเด็ก เป็นการเช่ามดลูกและเนื้อตัวร่างกายมนุษย์ เป็นการฝ่าฝืนความรู้สึกลึกซึ้งของสาธารณชนและมีปัญหาเกี่ยวกับทางจริยธรรม ปัญหาทางสังคม จึงตกเป็นโมฆะฟ้องร้องบังคับคดีกันไม่ได้

ฝ่ายที่สอง เห็นว่าปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนไว้โดยเฉพาะ และกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องการรับบุตรบุญธรรมที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ไม่มีบทบัญญัติห้ามการจ่ายเงินหรือรับเงินเพื่อการรับบุตรบุญธรรมเหมือนกับกฎหมายบางประเทศ สัญญาดังกล่าวจึงไม่ขัดต่อกฎหมายและไม่ใช่เป็นการซื้อขายเด็ก แลกเปลี่ยนเด็ก หรือนำเด็กมาเป็นทาส ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา ๓๑๒ เพราะวัตถุประสงค์ของสัญญาต้องการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมซึ่งเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งคู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนก็มีส่วนได้เสียในตัวเด็กโดยเป็นเจ้าของเชื้อสุจิหรือไข่ที่เจริญพันธุ์ทำให้เกิดทารก ดังกล่าวด้วย สัญญาดังกล่าวจึงเปรียบเทียบกับเป็นสัญญาที่หญิงซึ่งรับตั้งครรภ์แทนทำสัญญาให้ความยินยอมมอบเด็กให้แก่คู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนไว้ล่วงหน้าเพื่อการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม จึงเข้าลักษณะสัญญาไม่มีชื่ออย่างหนึ่ง

สำหรับขณะนี้เมื่อยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน (อัมบุญ) ไว้โดยเฉพาะ สัญญาที่ให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนจะมีผลใช้บังคับได้ผูกพันคู่สัญญาหรือไม่ ต้องพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

- การตั้งครรภ์แทนเป็นการที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนตกลงตั้งครรภ์แทนคู่สมรสที่ต้องการให้ตั้งครรภ์แทนและมอบเด็กที่คลอดให้คู่สมรสที่ขอให้มีการตั้งครรภ์แทน สัญญาตั้งครรภ์แทนจึงเป็นสัญญาที่คู่สัญญาสามารถปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาได้ แม้บางกรณีหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนอาจจะไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ เพราะเป็นโรคบางอย่าง แต่ก็เป็นการเฉพาะเรื่อง ซึ่งหากกล่าวโดยทั่วไปแล้วสัญญาดังกล่าวไม่ใช่สัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการพ้นวิสัย

- การตั้งครรภ์แทนไม่มีกฎหมายที่บัญญัติว่าบุคคลที่เกี่ยวข้องมีความผิดและมีโทษอาญาแก่เว้นการตั้งครรภ์แทนซึ่งมีลักษณะเป็นการซื้อขายเด็กอันอาจเป็นความผิดฐานค้ามนุษย์ดังกล่าวข้างต้น และตามประกาศแพทยสภา ที่ ๑/๒๕๔๐ และ ๒๑/๒๕๔๕ ก็กำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมสามารถให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนคู่สมรสได้ แต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขประกาศแพทยสภาข้างต้น ดังนั้น สัญญาตั้งครรภ์แทนจึงไม่ใช่สัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย

- สัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ปัจจุบันยังไม่พบตัวอย่างจากคำพิพากษาศาลฎีกา หากคู่สมรสฝ่ายหญิงไม่สามารถมีบุตรได้ด้วยตนเองไม่ว่าด้วยเหตุใด ให้หญิงอื่นที่เป็นญาติโดยสายเลือดของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตั้งครรภ์แทนโดยใช้ตัวอ่อนที่มาจากเซลล์สืบพันธุ์ของคู่สมรสนั้น และไม่มีการจ่ายค่าตอบแทนแก่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนในลักษณะที่อาจทำให้

เข้าใจได้ว่าเป็นการรับจ้างตั้งครรภ์ สัญญาตั้งครรภ์แทนลักษณะนี้และเงื่อนไขดังกล่าวไม่น่าจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

สถานภาพความเป็นบิดามารดาและอำนาจปกครองของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

เมื่อไม่มีกฎหมายที่บัญญัติสถานภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไว้โดยเฉพาะ การพิจารณาสถานภาพความเป็นบิดามารดาจึงต้องพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ ๕ ว่าด้วยครอบครัว

ก. สถานภาพความเป็นมารดา ถือว่าเด็กที่เกิดจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้มีอำนาจปกครองเด็ก

ข. สถานภาพความเป็นบิดา หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมาย ชายคนดังกล่าวจะถูกสันนิษฐานไว้ว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายและเป็นผู้มีอำนาจปกครองเด็กนั้นทั้งที่ชายดังกล่าวไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับเด็กเลย แต่ชายดังกล่าวนี้สามารถพิสูจน์ว่าตนไม่ได้เป็นบิดาของเด็กได้ ซึ่งการพิสูจน์ได้ก็จะกลายเป็นว่าเด็กจะไม่มีบิดาที่ชอบด้วยกฎหมาย

หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนก็จะไม่มีบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ชายที่ขอให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนแม้เป็นเจ้าของอสุจิก็น่าจะไม่สามารถเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กได้เพราะมิได้สมรสกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และความสัมพันธ์ระหว่างชายซึ่งขอให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ใช่ความสัมพันธ์ในลักษณะอยู่กินฉันสามีภรรยา จึงไม่เป็นบิดาเด็กตามความหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา ๑๕๔๗ จึงไม่อาจจดทะเบียนเด็กเป็นบุตรได้

ค. เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของคู่สมรสที่ขอให้มีการตั้งครรภ์แทน และให้คู่สมรสที่ขอให้มีการตั้งครรภ์แทนมีอำนาจปกครองเด็กทำได้วิธีเดียวคือการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม

ในส่วนของการควบคุมการศึกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์ เมื่อไข่และอสุจิผสมกันและเป็นตัวอ่อนแล้ว ตัวอ่อนจำนวนหนึ่งจะถูกนำไปใช้เพื่อการเจริญพันธุ์ และมีตัวอ่อนเหลืออยู่จำนวนหนึ่งซึ่งมีศักยภาพที่จะพัฒนาต่อเป็นมนุษย์ และนอกจากนี้ยังนำไปศึกษาวิจัยหรือใช้เพื่อการรักษา (โดยใช้เซลล์ต้นกำเนิด) แต่ปัจจุบันยังไม่ได้ได้รับความคุ้มครองที่เหมาะสมตามกฎหมาย คงมีแต่ข้อบังคับระดับองค์กรวิชาชีพ โดยแพทยสภาได้ออกประกาศแพทยสภาที่ ๑/๒๕๔๐ และฉบับที่ ๒๑/๒๕๔๕ (ฉบับที่ ๒) ซึ่งเป็นเพียงกรอบมาตรฐานทางวิชาชีพทางการแพทย์ โดยกำหนดห้ามทำสำเนามนุษย์เท่านั้น

ปัญหาเรื่องการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน (อัมบุญ) พบมานานแล้ว โดยเฉพาะเด็กที่เกิดมาน่ารักจนทำให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนอยากรับเลี้ยงเด็กไว้เองทำให้เกิดการแย่งเด็กกับคู่สมรสที่ขอให้มีการตั้งครรภ์แทน หรืออาจใช้เด็กต่อรองเพื่อเรียกร้องสิ่งต่าง ๆ มากขึ้นกว่าที่ตกลงกันไว้แต่ต้นเหมือนนำเด็กเป็นตัวประกัน ในทางกลับกันหากเด็กที่เกิดมามีความพิการจนไม่เป็นที่ต้องการของใคร ทำให้เกิดปัญหาทอดทิ้งเด็กได้

ดังนั้นเพื่อกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เหมาะสม ตลอดจนควบคุมการศึกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์การแพทย์เกี่ยวกับตัวอ่อนมิให้นำไปใช้ในทางไม่ถูกต้อง จึงจำเป็นต้องออกกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนโดยเป็นมาตรการทางอาญาเพื่อป้องกันการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน รัฐต้องสร้างกลไกให้ทั้งสองฝ่ายทราบถึงกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนเพื่อกำหนดหน้าที่ สิทธิ และความรับผิดชอบของทั้งสองฝ่ายด้วย การรับตั้งครรภ์แทนอาจก่อให้เกิดข้อถกเถียงระหว่างผู้สนับสนุนและผู้คัดค้าน การสร้าง

ความพอใจให้ทุกฝ่ายขึ้นอยู่กับกฎหมายฉบับนั้นเปิดโอกาสให้ทุกฝ่ายมีส่วนร่วมในการบัญญัติมากขึ้นเพียงใด ดังนั้น เมื่อคู่สมรสขอใช้กรรมวิธีช่วยการเจริญพันธุ์มากขึ้นปัญหาดังกล่าวข้างต้นจึงมีมากขึ้น หลายฝ่ายที่เกี่ยวข้องจึงได้ร่างกฎหมายเพื่อผลักดันตราเป็นพระราชบัญญัติใช้บังคับ คือร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ พ.ศ. ซึ่งหากมีผลใช้บังคับจริงจะเป็นประโยชน์ในแง่ความรู้สึกถึงความเป็นพ่อ เป็นแม่ ที่จะได้เห็นใบแจ้งเกิดของลูกระบุว่าพวกเขาเป็นพ่อและแม่ที่แท้จริงมิใช่เพียงพ่อแม่บุญธรรมเหมือนกฎหมายปัจจุบันระบุไว้ ทั้งคำว่าพ่อแม่บุญธรรมถือเป็นสิ่งกระทบจิตใจสร้างความสับสน และยังเป็นการซ้ำเติมกับพวกเขาซึ่งมีบุตรยากขึ้นไปอีก และความเป็นพ่อและแม่ที่แท้จริงยังทำให้ได้รับสิทธิประโยชน์ที่เขาควรได้รับ เช่น สิทธิการเบิกค่ารักษาพยาบาล เป็นต้น

ส่วนประเด็นในเรื่องของตัวอ่อนที่เหลือจากการทำเด็กหลอดแก้วหรือการปฏิสนธินอกรมดลูก เป็นสิทธิของพ่อแม่ที่เป็นเจ้าของอสุจิและไข่ร่วมกัน ซึ่งร่างกฎหมายฉบับนี้จะมีการควบคุมไม่ให้แพทย์ผู้ให้บริการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ หรือบุคคลอื่นนำไปใช้ประโยชน์นอกเหนือไปจากการตั้งครรภ์แทนที่ถูกต้องตามกฎหมาย ขณะที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องการใช้ตัวอ่อนที่เหลือในการศึกษาวิจัยต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการก่อน โดยตัวอ่อนที่ใช้ต้องมีอายุไม่เกิน ๑๔ วันนับตั้งแต่ที่มีการปฏิสนธิโดยไม่นับรวมเวลาแช่แข็งตัวอ่อน

ปัญหาทางจริยธรรมและศีลธรรม

ในทางปฏิบัติแล้วการรับตั้งครรภ์แทนให้แก่กันมีหลายรูปแบบ เช่น การที่แพทย์นำอสุจิของสามีผสมกับไข่ของภริยานอกรมดลูกจนเกิดเป็นตัวอ่อนแล้วนำตัวอ่อนไปฝากใส่ไว้ในครรภ์ของหญิงซึ่งตกลงรับตั้งครรภ์ให้ หรือการนำเชื้ออสุจิของสามีไปฉีดใส่หลอดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนโดยตรงหรือที่เรียกว่า “การผสมเทียม” วิธีดังกล่าวมักทำกันโดยไม่เปิดเผยเนื่องจากมีปัญหาทางกฎหมายว่า สัญญาารับตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีหรือไม่ เด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนควรมีสถานภาพทางกฎหมายอย่างไร ผู้ใดเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ปัญหาทางจริยธรรมว่าการรับตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ขัดศีลธรรมหรือไม่เป็นต้น (ภักดี ราชแป้น, ๒๕๔๙. น.๓๕-๔๖)

ศีลธรรม คือ ความรู้สึกนึกคิดของมนุษย์แต่ละคนว่าการกระทำอย่างไรเป็นการกระทำที่ชอบ การกระทำอย่างไรเป็นการกระทำที่ผิด ศีลธรรมเป็นสิ่งที่เกิดจากมโนสำนึกและมโนธรรมของมนุษย์แต่ละคน (มานิตย์ จุมปา, ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย, น. ๑๓)

คำว่า “ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” นี้ กฎหมายบัญญัติไว้อย่างกว้างๆ และไม่มีบทวิเคราะห์ศัพท์ไว้ เราจึงต้องศึกษาหาความหมายของคำนี้จากคำอธิบายของนักวิชาการทางนิติศาสตร์และแนวคำพิพากษาฎีกา ศาสตราจารย์ ดร.จิตติเรขชุบุตร ได้อธิบายไว้ สรุปได้ว่า หลักการเรื่องความสงบเรียบร้อยของประชาชน จำแนกเป็น ความสงบเรียบร้อยทางการเมือง ได้วางขึ้นเพื่อปกป้องรักษาความมั่นคงของรัฐ ปกป้องรักษาความมั่นคงของครอบครัว และปกป้องรักษาความมั่นคงของเอกชน นอกจากนี้ยังจำแนกเป็น ความสงบเรียบร้อยทางเศรษฐกิจ ได้วางขึ้นเพื่อปกป้องรักษาผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของสังคมและปกป้องรักษาผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของเอกชน หลักการเรื่องศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นหลักบังคับเกี่ยวกับธรรมเนียม ประเพณี ซึ่งอาจแตกต่างกันแล้วแต่ท้องถิ่นและในสมัยต่างๆกัน (จิตติเรขชุบุตร, ๒๕๑๒. น.๒๑-๓๑)

ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หมายถึง ประโยชน์ในด้านความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ซึ่งมีขอบเขตกว้างขวางมาก เพราะกิจการไม่ว่าในเรื่องใดก็ตามถ้าก่อให้เกิด “ความไม่เป็นธรรมในสังคม” ย่อมมีผลกระทบถึงความมั่นคงปลอดภัยของประเทศเสมอ ศีลธรรมอันดีของประชาชน หมายถึง ทศนะในด้าน

จริยธรรมของประชาชน ซึ่งอาจแตกต่างกันได้ในแต่ละประเทศแต่ละท้องถิ่น และอาจแปรเปลี่ยนไปได้ตามกาลสมัย (อุกฤษ มงคลนาวิน, ๒๕๑๘ . น.๑๑-๓๒)

สาระสำคัญร่างพระราชบัญญัติการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ในความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา ตามบันทึกเลขเสร็จที่ ๑๖๗/๒๕๕๓ มีทั้งหมดรวม ๔๙ มาตรา ประกอบด้วย

๑. กำหนดคำนิยามของคำว่า อสุจิ ไข่ เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ การผสมเทียม การตั้งครรภ์แทนตัวอ่อน ทารก ชาย และคณะกรรมการคุ้มครองเด็ก (มาตรา ๓)

๒. ให้มีคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เรียกโดยย่อว่า “กคพ.” มีปลัดกระทรวงสาธารณสุขเป็นประธานกรรมการ มีนายกแพทยสภาเป็นรองประธานกรรมการ มีอำนาจหน้าที่ที่สำคัญคือ กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ ขั้นตอน เงื่อนไข ในการขออนุญาตการใช้ตัวอ่อนและพิจารณาการดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน (มาตรา ๖ และมาตรา ๗)

๓. ผู้รับผิดชอบหรือผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ จะต้องประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งมีคุณสมบัติตามเกณฑ์ที่แพทยสภากำหนด และจะต้องรักษามาตรฐานในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เป็นไปตามข้อบังคับหรือประกาศที่แพทยสภากำหนด (มาตรา ๑๕ และมาตรา ๑๖)

๔. การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขดังนี้

(๑) สามีและภริยาที่ขอด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ต้องมีความพร้อมทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจที่จะเป็นบิดามารดาของเด็ก

(๒) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีใบพுகารหรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภริยาที่ขอด้วยกฎหมาย

(๓) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นหญิงที่เคยมีบุตรมาก่อนแล้วเท่านั้น ถ้าหญิงนั้นมีสามี จะต้องได้รับความยินยอมจากสามีด้วย และแพทยสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการอาจประกาศกำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมได้ตามที่เห็นสมควร

การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน ให้กระทำได้สองวิธี ดังต่อไปนี้

(๑) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิและไข่ของสามีและภริยาที่ขอด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน

(๒) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิหรือไข่ของสามีหรือภริยาที่ขอด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนกับอสุจิหรือไข่ของผู้อื่น ทั้งนี้ ห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และห้ามดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า

๕. ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการเป็นคนกลาง นายหน้า โดยเรียกรับหรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดในลักษณะที่เป็นการค้าหรือหากำไรเพื่อตอบแทนในการจัดการหรือซื้อช่องให้มีการรับตั้งครรภ์แทน (มาตรา ๒๕) ห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณาหรือโฆษณาให้แพร่หลายด้วยประการใด ๆ ว่ามีหญิงที่ประสงค์จะเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนผู้อื่น หรือมีบุคคลที่ประสงค์จะให้หญิงอื่นเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะได้กระทำเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือไม่ก็ตาม (มาตรา ๒๖)

๖. เด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาค โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ไม่ว่าจะกระทำโดยการให้ภริยาที่ขอด้วยกฎหมายของสามีซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์หรือให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ให้เด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ขอด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร แม้ว่าสามีหรือภริยาที่ขอด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด

ชายหรือหญิงที่บริจาคอสุจิหรือไข่ซึ่งนำมาใช้ปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์ หรือผู้บริจาคตัวอ่อน และเด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่บริจาคดังกล่าว ไม่มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก (มาตรา ๒๓)

๓. ในกรณีที่สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองเด็กนั้นจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ ทั้งนี้ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก ผู้มีส่วนได้เสีย หรือพนักงานอัยการมีอำนาจร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้ปกครองได้ และในการตั้งผู้ปกครองดังกล่าวให้ศาลคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กนั้นเป็นสำคัญ(มาตรา ๒๔)

๔. ห้ามมิให้ผู้ใดสร้าง เก็บรักษา ชาย นำเข้า ส่งออก หรือใช้ประโยชน์ ซึ่งตัวอ่อนที่มีสารพันธุกรรมของมนุษย์มากกว่าสองคนขึ้นไป หรือตัวอ่อนที่มีเซลล์หรือส่วนประกอบของเซลล์มนุษย์กับสิ่งมีชีวิตสายพันธุ์อื่นรวมกันอยู่ ห้ามมิให้ผู้ใดซื้อ เสนอซื้อ ชาย นำเข้า หรือส่งออก ซึ่งอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อน (มาตรา ๓๕)

๕. การรับฝาก การรับบริจาค การใช้ประโยชน์จากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่รับฝากหรือรับบริจาค เนื่องมาจากการดำเนินการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หรือการทำให้สันสภาพการเป็นตัวอ่อนที่รับฝากหรือรับบริจาค ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการประกาศกำหนด(มาตรา ๓๖)

การให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กับสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย หากเจ้าของอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่ฝากไว้กับผู้รับฝาก ตายลง ห้ามนำอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนดังกล่าวมาใช้ เว้นแต่มีการให้ความยินยอมเป็นหนังสือไว้ก่อนตาย และการใช้อสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนต้องใช้เพื่อบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีหรือภริยาดังกล่าวที่ยังมีชีวิตอยู่เท่านั้น การให้ความยินยอม ต้องให้แพทยสภากำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการประกาศกำหนด(มาตรา ๓๘)

๑๐. ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ให้ถือว่ากระทำการฝ่าฝืนจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบวิชาชีพเวชกรรม

๑๑. ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ใดให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยไม่มีคุณสมบัติตามที่แพทยสภากำหนด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ (มาตรา ๔๑)

สรุป

ร่างพระราชบัญญัติการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ให้หลักและเหตุผลว่า เพื่อให้มีกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ด้วยในปัจจุบันเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มีความก้าวหน้าเป็นอย่างมาก ที่มีการทดลองค้นคว้าทางวิทยาศาสตร์เจริญรุดหน้าถึงขนาดสามารถสร้างตัวอ่อนที่มีลักษณะทางพันธุกรรมแทบเหมือนเป็นคนเดียวกันกับบุคคลต้นแบบ หรือสามารถสร้างเซลล์ต้นกำเนิดเพาะขยายเป็นเนื้อเยื่อส่วนต่างๆ ของมนุษย์เพื่อการรักษาทางการแพทย์ได้ ซึ่งหากไม่มีการควบคุมขอบเขตการใช้เทคโนโลยีดังกล่าวให้ถูกต้องและเหมาะสม อาจเกิดการทดลองที่ส่งผลกระทบต่อมวลมนุษยชาติได้ ตลอดจนการที่สามารถช่วยเหลือให้มีการตั้งครรภ์แทนซึ่งส่งผลทำให้เกิดความลักลั่นระหว่างความสัมพันธ์ในความเป็นจริงของเด็กที่เกิดมา ไม่ว่าจะเป็นลักษณะทางพันธุกรรมของเด็ก ผู้อุปการะเลี้ยงดูแตกต่างไปจากผลในทางกฎหมายตามหลักทั่วไปที่ใช้บังคับอยู่ เช่น ความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดมา ดังนั้น เพื่อควบคุมมิให้ดำเนินการ

โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในทางที่ไม่ถูกต้องและเพื่อกำหนดความสัมพันธ์ของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้ชัดเจน

เมื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฯ ดังกล่าวแล้ว ถือว่าเป็นกฎหมายที่ทำทลายความคิดของปัจเจกบุคคลในเรื่อง สิทธิในร่างกาย สิทธิส่วนบุคคล ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นอย่างยิ่ง ซึ่งแต่ละฝ่ายต่างมีเหตุผลรองรับฝ่ายสนับสนุนการรับตั้งครรภ์แทนอวัยวะในความเป็นส่วนตัวในอันที่จะกีดกันไม่ให้รัฐเข้ามาเกี่ยวข้องกับการกระทำของตนเองที่ปราศจากอันตรายต่อผู้อื่น การรับตั้งครรภ์แทนก่อให้เกิดประโยชน์ร่วมกันของคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ป้องกันการลักพาหรือซื้อขายเด็ก ฝ่ายที่คัดค้านกลับเห็นว่า การตั้งครรภ์แทนเป็นกิจกรรมที่ฝ่าฝืนธรรมชาติของมนุษย์ก่อให้เกิดการแสวงหาประโยชน์จากเนื้อตัวร่างกายของตัวโดยมิชอบ ก่อให้เกิดอาชีพรับจ้างตั้งครรภ์ เป็นการกระทำที่ไม่ต่างกับการซื้อขายเด็ก มีผลกระทบต่อเด็กและสังคมโดยรวม จากเหตุผลของแต่ละฝ่ายนำไปสู่การถกเถียงในปัญหาทางกฎหมายหลายประการทั้งความชอบด้วยกฎหมายของการรับการตั้งครรภ์แทน สถานะของเด็ก อำนาจการปกครองเด็ก สภาพบังคับทางกฎหมายของสัญญารับตั้งครรภ์แทน สำหรับปัญหาทางกฎหมายดังกล่าวเมื่อมีกฎหมายออกมาประกาศใช้ ปัญหาดังกล่าวก็ยุติลงได้ระดับหนึ่งแต่ปัญหาที่ตัวบทกฎหมายใดก็ไม่สามารถแก้ไขได้นั้นคือ ปัญหาด้านศีลธรรม จริยธรรม ความรู้สึกนึกคิดที่แปลกแยกของประชาชนในสังคมปัญหาของสังคมที่จะตามมา โดยเฉพาะปัญหาของเด็กที่คลอดจากการรับตั้งครรภ์แทน หากมีการฟ้องร้องกันระหว่างคู่สมรสกับผู้รับตั้งครรภ์แทน ใครจะเป็นผู้ดูแลเด็ก กรณีเด็กคลอดก่อนกำหนด เด็กพิการหรือตั้งครรภ์ไปแล้วคู่สัญญาเปลี่ยนใจภายหลังจะอย่างไร เกิดแฝดหลายคนแต่คู่สมรสต้องการเพียงคนเดียว แฝดที่เหลือใครจะดูแล สถานะทางกฎหมายและทางสังคมเป็นอย่างไรปัญหาดังกล่าวข้างต้นนั้นเกิดจากความต้องการของผู้ใหญ่แต่ผลกระทบเกิดแก่เด็กโดยตรง การดำรงชีวิตของเด็กจะไปในทิศทางใดซึ่งเมื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฯ ดังกล่าวแล้ว กลับกล่าวถึงแนวทางคุ้มครองเด็กผู้ซึ่งได้รับผลกระทบโดยตรงค่อนข้างน้อย ดังนั้น การพิจารณากฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้ จึงอยู่ท่ามกลางความไฝฝืนของใครหลายคนเพื่อว่าจะได้มีชีวิตครอบครัวที่สมบูรณ์ ท่ามกลางความหมิ่นเหม่ต่อศีลธรรมสายสัมพันธ์ระหว่างมารดากับบุตร อาชีพรับจ้างตั้งครรภ์แทน ปัญหาทางสังคม ความรู้สึกและชะตาอนาคตของเด็ก การพิจารณาออกกฎหมายดังกล่าวจึงต้องพิจารณาอย่างรัดกุม รอบคอบ รอบด้าน มีข้อมูลครบถ้วน ชั่งน้ำหนักทางได้เสียในทุกๆด้าน (ภักดี ราชแป้น, ๒๕๔๙ น.๓๕-๔๖)

รัฐจำเป็นต้องออกกฎหมายที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทน โดยเป็นมาตรการทางอาญาเพื่อป้องกันการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและเพื่อคุ้มครองหากรัฐยังคงเลือกไม่ใช้มาตรการทางอาญาในการควบคุมการรับตั้งครรภ์แทน หรือเลือกใช้บังคับเฉพาะในเชิงพาณิชย์ รัฐควรมีมาตรการเสริมอย่างอื่นเพื่อควบคุมไม่ให้มีการแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบ เช่น กำหนดกระบวนการในการคัดเลือกบุคคลที่ต้องการมีบุตรด้วยการรับตั้งครรภ์แทน อาทิ อายุ ภูมิลำเนา สถานภาพ การสมรส ประวัติในการมีบุตรหรือเลี้ยงดูบุตร ความสัมพันธ์ทางสายโลหิตระหว่างหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนกับคู่สมรส เป็นต้น นอกจากนี้ รัฐต้องสร้างกลไกให้ ทั้งสองฝ่ายทราบถึงกฎหมายของการตั้งครรภ์แทนเพื่อกำหนดหน้าที่ สิทธิและความรับผิดชอบของทั้งสองฝ่ายด้วย การรับตั้งครรภ์แทนอาจก่อให้เกิดข้อถกเถียงระหว่างผู้สนับสนุนและผู้คัดค้าน การสร้างความพอใจให้กับทุกฝ่ายขึ้นอยู่กับกฎหมายฉบับนั้นเปิดโอกาสให้ทุกฝ่ายมีส่วนร่วมในการบัญญัติมากน้อยเพียงไร ดังนั้น เมื่อคู่สมรสมาขอใช้กรรมวิธีช่วยการเจริญพันธุ์มากขึ้นปัญหาดังกล่าวข้างต้นจึงมีมากขึ้น หลายฝ่ายที่เกี่ยวข้องจึงได้กร่างกฎหมายเพื่อผลักดันตราเป็นพระราชบัญญัติใช้บังคับต่อไป

บรรณานุกรม

กมลลา เทพวงศ์. ๒๕๕๖. การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์. งานวิจัยส่วนบุคคล การอบรมหลักสูตรผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้น รุ่นที่ ๑๑ สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม.

กฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์. (ออนไลน์) สืบค้น ๒๕ กันยายน ๒๕๕๗ จาก <http://sangmark.blogspot.com/>

จิตเศรษฐบุตร. ๒๕๑๒. คำอธิบายกฎหมายนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1. กรุงเทพฯ : แสงทองการพิมพ์.

พ.ต.อ. นพ. เสรี ธีรพงษ์. อัมบุญ (ออนไลน์) สืบค้น ๓ ตุลาคม ๒๕๕๗ จาก <http://www.drseri.com/content>

มานิตย์ จุมปา. ๒๕๕๒. ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ภักดี ราชแป้น. ๒๕๔๙. กฎหมายอัมบุญ. วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์. ฉบับที่ 25.

ร่างพระราชบัญญัติการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. สืบค้นจากร่างพระราชบัญญัติ รวม ๖๐ ฉบับ สำนักนายกรัฐมนตรี ที่ นร. ๐๕๐๓/๙๘๗๔ ลงวันที่ ๒๖ เมษายน ๒๕๕๔ .

วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ นพ. ๒๕๕๓. ๓๖๐ องค์การร่างกฎหมายอัมบุญ. ศูนย์สื่อสารวิทยาศาสตร์ไทย สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ สวทช. (ออนไลน์) สืบค้น ๒๔ กันยายน ๒๕๕๗ จาก <http://www.nstda.or.th/sci2pub/thaismc/september2010/FS075.pdf>

อุกฤษ มงคลนาวิน. ๒๕๑๘. ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน. บทบัญญัติ ๓๒ ตอนที่๑.(ออนไลน์) สืบค้น ๖ ตุลาคม ๒๕๕๗ จาก <https://www.gotoknow.org/posts/54217>