

กฎหมายอุ้มบุญ : การคุ้มครองเด็กที่เกิดจาก การรับตั้งครรภ์แทน

นัดดาภา จิตต์แจ้ง*

บทคัดย่อ

การใช้เทคโนโลยีช่วยในการตั้งครรภ์สำหรับผู้มีบุตรยากนั้นสามารถทำได้หลายวิธีการ วิธีการหนึ่งซึ่งเป็นประเด็นปัญหาที่มีข้อโต้แย้งกันในขณะนี้ คือ การให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทน ซึ่งเดิมนั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้คุ้มครองสิทธิของบุคคลที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน บิดามารดาที่แท้จริง หรือตัวหญิงที่เป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน ใช้เพียงแต่หลักของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ลักษณะครอบครัว เท่านั้น ทำให้เกิดเป็นประเด็นปัญหา ไม่ว่าจะเป็นสิทธิของเด็กที่เกิดมา สิทธิของพ่อแม่ที่แท้จริง หรืออาจจะรวมไปถึง กรณีการผิดสัญญา หรือการเรียกร้องค่ารับจ้างตั้งครรภ์ ซึ่งทำให้เกิดเป็นการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อการพาณิชย์ไป

กฎหมายที่กำลังจะออกมาบังคับใช้นั้น เป็นการบัญญัติกฎหมายที่เฉพาะเจาะจง บังคับใช้ในเรื่องการคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีในการช่วยเจริญพันธุ์โดยเฉพาะ โดยได้มีร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ... ซึ่งมีข้อกำหนดถึงหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในการรับตั้งครรภ์แทน ทั้งเขตอำนาจศาลในกรณีเกิดข้อโต้แย้ง โดยกำหนดให้ศาลเยาวชนและครอบครัวเป็นผู้มีอำนาจตัดสินคดี หลักเกณฑ์ เงื่อนไขและวิธีการดำเนินการตั้งครรภ์แทน การกำหนดความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ความยินยอม รวมถึงการกำหนดค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ การคลอดและหลังคลอด และที่สำคัญคือ การกำหนดข้อห้ามทำการเป็นคนกลางหรือนายหน้าจัดให้มีการรับตั้งครรภ์แทน และโฆษณาหรือโฆษณาให้แพร่หลายว่ามีหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ซึ่งคือการห้ามให้รับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์นั่นเอง

* อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

เนื่องด้วย การรับตั้งครรภ์แทนนั้น มิได้มีผลเฉพาะในทางกฎหมายเท่านั้น แต่หากยังเป็นเรื่องที่มีความละเอียดอ่อน กระทบต่อความรู้สึกของทั้งตัวคู่สัญญา ตัวเด็กที่เกิดมาเอง และยังมีผลกระทบต่อสังคมเป็นวงกว้างด้วย เพราะฉะนั้น กฎหมายที่จะบัญญัติออกมาบรรณนั้น ต้องเป็นบทบัญญัติที่ต้องมีการตีความอย่างเคร่งครัด และต้องอุดช่องว่างมิให้เป็นการสร้างกฎหมายมาเพื่อเป็นช่องทางการหาประโยชน์เป็นไปในเชิงพาณิชย์ ต้องเป็นการออกกฎหมายมาเพื่อมุ่งคุ้มครองเด็กที่เกิดมาจริง ๆ เพื่อให้สมกับเจตนารมณ์ในการออกกฎหมาย

คำสำคัญ : การรับตั้งครรภ์แทน คู่ครองเด็ก เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์

บทนำ

ในปัจจุบัน การตั้งครรภ์สำหรับคู่สมรสผู้มีบุตรยาก อาจทำได้โดยใช้เทคโนโลยีต่างๆ เพื่อให้ตั้งครรภ์ เช่น การทำกิฟท์* (GIFT-Gamete intrafallopian transfer) ชิฟท์^๒ (ZIFT - Zygote intrafallopian transfer) หรือ อิกซี่^๓ (ICSI :Intracytoplasmic Sperm Injection) ซึ่งวิธีการอย่างหนึ่ง ซึ่งถึงแม้ยังไม่มีแพร่หลายในประเทศไทยมากนัก แต่มีคู่สมรสหลายคู่ที่ไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ด้วยวิธีการอื่นแล้ว จะใช้วิธีการให้บุคคลตั้งครรภ์แทน โดยใช้ไข่และอสุจิของคู่สมรสเอง

* เป็นการเก็บไข่ออกมาจากร่างกาย จากนั้นนำไข่ที่ได้และอสุจิ ซึ่งโดยปกติจะใช้เชื้ออสุจิประมาณ ๕๐,๐๐๐ - ๑๐๐,๐๐๐ ตัว ต่อไข่ ๑ ใบ ใส่กลับเข้าไปในท่อนำไข่ข้างใดข้างหนึ่งหรือทั้ง ๒ ข้าง วิธีการ คือ แพทย์ทำการกระตุ้นไข่ เพื่อชักนำให้ถุงไข่เจริญหลายใบ และทำการเก็บไข่ทางช่องคลอด หรือโดยการใช้กล้องส่องทางหน้าท้อง จะนำไข่ที่ได้ประมาณ ๓ - ๔ ใบมารวมกับอสุจิที่ผ่านการคัดแยกแล้ว จากนั้นใส่กลับเข้าไปทางปลายท่อนำไข่ทันที โดยผ่านทางช่องคลอด หรือกล้องส่องทางหน้าท้อง โดยหวังว่าไข่และเชื้ออสุจิจะสามารถปฏิสนธิในท่อนำไข่เป็นตัวอ่อน และเดินทางจากท่อนำไข่เข้าไปฝังตัวในโพรงมดลูกได้ (www.nawabutr.com)

^๒ มีการเจาะเก็บไข่และนำมาปฏิสนธิกับอสุจิ แล้วเลี้ยงตัวอ่อนอีก ๑ - ๒ วัน จากนั้นแพทย์จะนำตัวอ่อนใส่กลับในท่อนำไข่ผ่านทางหน้าท้อง (www.nawabutr.com)

^๓ การฉีดตัวอสุจิเพียงตัวเดียวเข้าไปในไข่ โดยไม่รอให้เกิดการปฏิสนธิกันเอง ทำให้ช่วยเพิ่มอัตราการปฏิสนธิ ส่วนขั้นตอนอื่นเหมือนกับการทำเด็กหลอดแก้ว การทำดังกล่าวต้องทำผ่านกล้องจุลทรรศน์ชนิดพิเศษที่มี กำลังขยาย ๒๐๐ - ๔๐๐ เท่า มีอุปกรณ์เฉพาะเรียกว่า Micromanipulator ชนิดสามมิติติดตั้งอยู่ ไข่จะถูกยึดให้อยู่กับที่ด้วยเข็มยึดทางซ้าย จากนั้นใช้เข็มทางด้านขวาที่ดูดอสุจิไว้ ๑ ตัว เจาะใส่เข้าไปในไข่ด้วยการเคลื่อนไหวที่ละเอียดอ่อนนุ่มนวลมากไข่ที่ผ่านการทำอีกซี่แล้วทั้งหมดจะถูกนำมาเลี้ยงไว้เช่นเดียวกับการทำเด็กหลอดแก้ว ถ้ามีการปฏิสนธิและได้ตัวอ่อน แพทย์ จะทำการเคลื่อนย้ายตัวอ่อนกลับเข้าสู่โพรงมดลูกต่อไป (www.nawabutr.com)

การอุ้มบุญ หรือการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน (Surrogate mother) ก่อนหน้านี้อาจจะยังไม่เป็นที่แพร่หลายในสังคมไทยนัก เนื่องด้วยสาเหตุสำคัญประการหนึ่งก็คือ ยังไม่มีกฎหมายรองรับที่จะให้ความคุ้มครองแก่เด็กที่เกิดมา แก่พ่อแม่เจ้าของไข่เจ้าของสเปิร์ม รวมทั้งตัวหญิงผู้ที่ตั้งครรภ์ด้วย โดยแต่เดิมนั้น การให้บุคคลอื่นตั้งครรภ์ให้แทนอยู่ในบังคับของกฎหมายลักษณะครอบครัวในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ โดยมีหลักการสำคัญอยู่ในมาตรา ๑๕๔๖ “เด็กเกิดจากหญิงที่มีได้มีการสมรสกับชาย ให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น” ตามหลัก Woman who gives birth to a child is the mother of the child เพราะฉะนั้นแล้ว ตามหลักกฎหมายนี้ กรณีการอุ้มบุญ เด็กที่เกิดออกมาจะเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน หรือที่เรียกว่าแม่อุ้มบุญแต่เพียงผู้เดียว ในกรณีที่แม่อุ้มบุญมิได้มีการสมรส และยิ่งจะเกิดความยุ่งยากไปอีก หากเป็นกรณีที่แม่อุ้มบุญนั้นมีคู่สมรสอยู่ด้วย เพราะจะทำให้ คู่สมรสนั้นกลายเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น ตามมาตรา ๑๕๓๖ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้ว ไม่ได้มีความเกี่ยวพันกันทางสายเลือดเลย เด็กที่เกิดมานั้นจึงไม่ใช่เป็นบุตรของเจ้าของไข่และสเปิร์มที่แท้จริง ต้องไปผ่านกระบวนการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม เพื่อให้เด็กนั้นกลายเป็นบุตรบุญธรรมของพ่อแม่ที่แท้จริง ซึ่งผิดหลักความเป็นจริงในเรื่องทางพันธุกรรม แต่ต่อมา กฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา ๑๕๔๖ ได้มีการแก้ไข ซึ่งมีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา ๔ แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ๑๙) พ.ศ. ๒๕๕๑ ให้ยกเลิกความเดิมและให้ใช้เป็น “เด็กเกิดจากหญิงที่มีได้มีการสมรสกับชาย ให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” ซึ่งมีเปิดช่องให้สามารถออกกฎหมายเพื่อยกเว้นหลักในเรื่องนี้ได้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้สอดคล้องกับเทคโนโลยีที่ก้าวหน้า และให้ตรงกับหลักความเป็นจริงทางพันธุกรรมมากที่สุด

การวางแนวทางเรื่องการใช้เทคโนโลยีในการช่วยเจริญพันธุ์

ก่อนหน้านี้ที่จะมีการแก้ไขกฎหมายเพื่อรับรองในเรื่องกฎหมายการรับตั้งครรภ์แทนนั้น ได้เคยมีประกาศเพื่อเป็นการวางแนวทางในเรื่องนี้มาแล้ว โดยในประกาศของแพทยสภาได้มีการให้ความหมายของคำว่า เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ไว้ใน ข้อ ๑ ของประกาศแพทยสภา ที่ ๑/๒๕๔๐ เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ไว้ว่า การให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์หมายความว่า กรรมวิธีใด ๆ ที่เป็นการช่วยการเจริญพันธุ์ที่แตกต่างไปจากกระบวนการตามธรรมชาติ โดยการนำเซลล์สืบพันธุ์ทั้งเพศหญิงและเพศชายออกจากร่างกายของผู้รับบริการ และ

(๑) การเคลื่อนย้ายเซลล์สืบพันธุ์เข้าไปในมดลูก และ/หรือหลอดมดลูก (Intrauterine Insemination, Gamete intrafallopian transfer) หรือ

(๒) การปฏิสนธิภายนอกร่างกาย (In vitro fertilization) ด้วยวิธีการต่าง ๆ และการเคลื่อนย้ายตัวอ่อนเข้าไปในหลอดมดลูก และ/หรือ โพรงมดลูก (Embryo Transfer)

และในประกาศแพทยสภาที่ ๒๑/๒๕๔๔^๔ เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (ฉบับที่ ๒) ซึ่งเป็นการเพิ่มเติมประกาศแพทยสภา ที่ ๑/๒๕๔๐ ฉบับเดิมนั้น ได้กำหนดมาตรฐานเรื่องการใช้เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์ โดยมีการกำหนดถึงหลักเกณฑ์ในเรื่องการรับตั้งครรภ์แทนไว้ใน ข้อ ๔/๒ โดยมีการวางหลักไว้ดังนี้

(๓) กรณีที่คู่สมรสต้องการมีบุตรโดยให้หญิงอื่นซึ่งมิใช่ภรรยาตั้งครรภ์แทน ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะให้บริการได้เฉพาะกรณี ใช้ตัวอ่อนที่มาจากเซลล์สืบพันธุ์ของคู่สมรสเท่านั้น

(๔) การให้บริการ ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข ดังนี้

- (ก) ไม่มีการจ่ายค่าตอบแทนแก่ผู้บริจาคเซลล์สืบพันธุ์ในลักษณะที่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการซื้อขาย
- (ข) ไม่มีการจ่ายค่าตอบแทนแก่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนในลักษณะที่ อาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการรับจ้างตั้งครรภ์
- (ค) หญิงที่ตั้งครรภ์แทน จะต้องเป็นญาติโดยสายเลือดของคู่สมรส ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

แต่อย่างไรก็ดี ประกาศของแพทยสภา เป็นเพียงการวางหลักปฏิบัติเฉพาะในหมู่วิชาชีพแพทย์เท่านั้น ซึ่งมีสภาพบังคับน้อย แต่อย่างไรก็ดีก็เป็นการวางหลัก แนวทาง และวิธีปฏิบัติ ซึ่งเป็นประโยชน์ต่อการบัญญัติพระราชบัญญัติในเวลาต่อมา

ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.

มาตรา ๓ ของร่างพระราชบัญญัติ ได้ให้ความหมายของ “การตั้งครรภ์แทน” ไว้ว่า คือการตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงไว้กับสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายก่อนตั้งครรภ์ว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น

^๔ ลงประกาศในราชกิจจานุเบกษาฉบับประกาศทั่วไปเล่ม ๑๑๙ ตอนที่ ๖๘ ง วันที่ ๒๒ สิงหาคม ๒๕๔๕

เมื่อวันที่ ๑๑ พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๕๓ คณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ซึ่งในขณะนี้อยู่ในระหว่างการศึกษาของสภา โดยหากร่างกฎหมายดังกล่าวได้ประกาศใช้แล้ว ประเทศไทยจะเป็นประเทศที่มีกฎหมายคุ้มครองการรับตั้งครรภ์แทน ซึ่งจะเปลี่ยนแปลงจากหลักกฎหมายเดิมไปอย่างมาก โดยมุ่งคุ้มครองตัวเด็กที่เกิดมา และกำหนดให้มีบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายตามหลักที่ควรจะเป็น โดยมีการกำหนดหลักการและเหตุไฉนดังนี้

“โดยที่เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ในปัจจุบันได้เจริญก้าวหน้าอย่างรวดเร็วและได้ช่วยคู่สมรส ฝ่ายหญิงซึ่งไม่สามารถตั้งครรภ์ให้สามารถมีบุตรได้ด้วยการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน แต่การดำเนินการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนอาจก่อให้เกิดการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หรือจากเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน ประกอบกับสภาพทางกฎหมายของเด็กที่รับตั้งครรภ์แทนยังขาดความชัดเจน ดังนั้น เพื่อควบคุมมิให้มีการแสวงหาประโยชน์จากการรับตั้งครรภ์แทนโดยมิชอบ และกำหนดสภาพทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนให้มีความชัดเจนและเหมาะสมจึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

ซึ่งสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ มีดังนี้คือ^๔

๑. กำหนดให้ศาลเยาวชนและครอบครัวมีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาเฉพาะคดีที่เกี่ยวกับ ความเป็นบิดามารดาของผู้ที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และกำหนดให้ประธานศาลฎีกามีอำนาจวินิจฉัยในกรณีที่มีปัญหาว่าคดีใดอยู่ในเขตอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัวหรือศาลยุติธรรมอื่น (ร่างมาตรา ๔)

๒. กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการผสมเทียมแยกต่างหากจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อื่น ๆ เนื่องจากการผสมเทียมมิได้ใช้เทคโนโลยีที่ซับซ้อนจึงอาจกำหนดมาตรฐานการให้บริการไว้เป็นการเฉพาะได้ อย่างไรก็ตาม อาจเกิดปัญหาเกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมกรณีการใช้สperms จากผู้บริจาค ดังนั้น จึงจำเป็นต้องกำหนดให้การผสมเทียมต้องกระทำต่อหญิงที่มีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายแล้วเท่านั้นและต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายกรณีการใช้สperms จากผู้บริจาค (ร่างมาตรา ๑๙ และร่างมาตรา ๒๐)

^๔ คณะกรรมการกฤษฎีกา มีนาคม ๒๕๕๓ เรื่องเสร็จที่ ๑๖๗/๒๕๕๓

๓. กำหนดวิธีการดำเนินการตั้งครรภ์แทนไว้สองกรณี ได้แก่ (๑) การใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิและไข่ของสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน และ (๒) การใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิหรือไข่ของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนกับอสุจิหรือไข่ของผู้อื่น เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่าการสร้างตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์แทนจะต้องใช้อสุจิหรือไข่ของสามีหรือภริยาที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งด้วย เพื่อให้สามีหรือภริยาที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนมีส่วนร่วมในทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนดังกล่าว ทั้งนี้ ห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเพื่อมิให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเกิดความผูกพันกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน และไม่ยินยอมส่งมอบเด็กให้กับสามีภริยาที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน (ร่างมาตรา ๒๒)

๔. กำหนดให้แพทยสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ การคลอดและหลังคลอด เพื่อเป็นการวางกรอบในการพิจารณากรณีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้าตามร่างมาตรา ๒๓ (ร่างมาตรา ๒๔)

๕. ตัดกรณีหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะต้องให้โอกาสเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นได้รับน้ำนมเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามเดือนออก เนื่องจากอาจนำไปกำหนดเป็นข้อตกลงในการตั้งครรภ์แทนได้ โดยในบางกรณีสามีภริยาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนอาจไม่ประสงค์ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีโอกาสใกล้ชิดกับเด็กซึ่งจะทำให้เกิดความผูกพันได้

๖. ตามที่กระทรวงยุติธรรมมีข้อสังเกตเกี่ยวกับการกำหนดความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนอาจขัดหรือแย้งกับมาตรา ๑๕๔๖ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นั้น เนื่องจากปัจจุบันมาตรา ๑๕๔๖ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ๑๙) พ.ศ. ๒๕๕๑ กำหนดให้ เด็กเกิดจากหญิงที่ไม่ได้มีการสมรสกับชาย ให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ดังนั้น ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. จึงอาจกำหนดความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไว้เป็นการเฉพาะได้ (ร่างมาตรา ๒๗ และร่างมาตรา ๒๘)

๗. กำหนดให้ผู้มีส่วนได้เสียมีอำนาจร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้ปกครองได้ กรณีที่สามีและภริยาที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด ซึ่งผู้มีส่วนได้เสียในที่นี้อาจหมายถึง ญาติพี่น้องของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนดังกล่าว เนื่องจากมีความใกล้ชิดกับเด็กมากกว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน (ร่างมาตรา ๒๘)

๘. กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการรับฝาก การรับบริจาค การใช้ประโยชน์จากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อน ที่รับฝากหรือรับบริจาค เนื่องมาจากการดำเนินการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หรือการทำลายตัวอ่อนที่รับฝากหรือรับบริจาค เนื่องจากปัจจุบันภาคเอกชนมีการประกอบธุรกิจเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เพิ่มมากขึ้น จึงจำเป็นต้องกำหนดกรอบในการรับฝาก รับบริจาค การใช้ประโยชน์ หรือการทำลายเพื่อให้สอดคล้องกับการรักษาจริยธรรมด้านการแพทย์ (ร่างมาตรา ๓๗)

๙. ห้ามใช้ประโยชน์จากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่ฝากไว้กับผู้รับฝากตามร่างมาตรา ๓๗ ในกรณีที่เจ้าของอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนดังกล่าวตายลง ยกเว้นกรณีที่เจ้าของอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนให้ความยินยอมเป็นหนังสือไว้ก่อนตายและต้องใช้ใช้อสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนเพื่อบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีหรือภริยาที่ยังมีชีวิตอยู่เท่านั้น เพื่อดำเนินการให้สอดคล้องกับความประสงค์ของผู้ตาย (ร่างมาตรา ๓๘)

๑๐. กำหนดโทษในทางจริยธรรม โดยมุ่งลงโทษผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมที่ไม่ปฏิบัติตามประกาศของแพทยสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เนื่องจากประกาศของแพทยสภาดังกล่าวมีเนื้อหาเกี่ยวกับแนวทางปฏิบัติในการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งอาจเปลี่ยนแปลงไปตามความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ได้ตลอดเวลา (ร่างมาตรา ๓๙ และร่างมาตรา ๔๐) รวมทั้งการฝ่าฝืนวิธีการตั้งครุฑแทนที่กำหนดไว้ตามร่างมาตรา ๒๒ ด้วย

๑๑. กำหนดบทเฉพาะกาลเพื่อรับรองให้ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบหรือให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามประกาศแพทยสภาว่าด้วยมาตรฐานการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์อยู่ก่อนวันที่ร่างพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้สามารถดำเนินการต่อไปได้จนกว่าจะมีประกาศแพทยสภา โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการเกี่ยวกับคุณสมบัติและมาตรฐานการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามร่างมาตรา ๑๕ ใช้บังคับ (ร่างมาตรา ๔๗)

๑๒. กำหนดบทเฉพาะกาลรับรองสิทธิของผู้ที่เกิดจากการตั้งครุฑแทนก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ โดยต้องยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ที่เกิดจากการตั้งครุฑแทนดังกล่าวเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ดำเนินการให้มีการตั้งครุฑแทนนับแต่วันที่มีผู้เกิด เพื่อให้ความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ที่เกิดจากการตั้งครุฑแทนสอดคล้องกับความสัมพันธ์ในทางพันธุกรรม (ร่างมาตรา ๔๙)

อย่างไรก็ตาม อาจจะต้องมีการเพิ่มเติมแก้ไขกฎหมายฉบับนี้อีก จะต้องรอให้มีการประกาศใช้เสียก่อน จึงจะเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับได้ และยังสามารถมีสภาพบังคับย้อนหลังได้ตามร่างมาตรา ๔๙ อีก

ด้วย ซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงหลัก Woman who gives birth to a child is the mother of the child โดยให้ถือเอาหลักทางพันธุกรรม มีใช้หลักการเกิดจากตัวหญิง ดังนั้น สาระสำคัญของกฎหมายนี้ก็คือ การคุ้มครองเด็กที่เกิดมา ให้ได้รับสิทธิเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของพ่อแม่ที่แท้จริงเจ้าของไข่และสเปิร์มทันทีนับตั้งแต่เวลาเกิด มีใช้เป็นผู้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ซึ่งนับว่ามีผลดีต่อตัวเด็กที่เกิดมาและเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ในตรงกับความเป็นจริงที่สุด

สัญญาการรับจ้างตั้งครรภ์แทน

ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ ถึงแม้จะมีบทบัญญัติรับรองให้สามารถมีการตกลงกันได้ในเรื่องของค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ การคลอดและหลังคลอด แต่ก็มีข้อกำหนดชัดเจนว่า ห้ามมิให้มีการรับจ้างตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์

ซึ่งหากมองในมุมของเรื่องสัญญาแล้ว สัญญาการรับจ้างตั้งครรภ์แทนนั้นสามารถเกิดขึ้นได้หรือไม่ นิติกรรมต่าง ๆ รวมทั้งสัญญาจ้างตั้งครรภ์แทนนั้น จะต้องอยู่ในบังคับของหัวใจหลักสำคัญของนิติกรรมตามมาตรา ๑๕๐ ที่ว่า “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพนันเสียหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ” แม้การรับตั้งครรภ์แทนนั้น ได้รับมีการบัญญัติคุ้มครองสิทธิกันในประเทศต่าง ๆ เช่น สหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา แต่ในหลายประเทศ เช่น ฝรั่งเศส เยอรมัน ออสเตรเลีย ยังไม่มีการบัญญัติรับรองไว้ อย่างไรก็ตาม การตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์นั้นจะเป็นความผิดและต้องรับโทษในทางอาญา

เพราะฉะนั้นแล้ว สัญญาจ้างตั้งครรภ์นั้น เป็นสัญญาที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งจะมีผลทำให้สัญญานั้นเป็นโมฆะตามมาตรา ๑๕๐ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่นั้น คงจะต้องพิจารณาว่า หากการรับจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำเพื่อแสวงหาผลประโยชน์เชิงหากำไร หรือเป็นการกระทำที่เรียกว่าเป็นการค้ำมนุษย์ หรือการรับจ้างตั้งครรภ์แทนเสมือนเพียงการให้เช่ามดลูกเพื่อให้เด็กอาศัย มองเด็กที่เกิดมาเป็นเพียงสินค้า ที่สามารถนำมาซื้อขายกันได้ สัญญาการรับจ้างตั้งครรภ์นั้นจะเป็นสัญญาที่ขัดต่อทั้งกฎหมายและศีลธรรมอันดีของประชาชน

แต่หากมองในมุมมองว่าการรับตั้งครรภ์นั้น หากมิได้เป็นไปในเชิงพาณิชย์ แต่หากเป็นไปเพราะความเอื้อเฟื้อต้องการช่วยเหลือผู้มีบุตรยาก น่าจะเป็นเรื่องของความตกลงยินยอมช่วยเหลือ มากกว่าที่จะทำในรูปแบบของสัญญาทางแพ่ง ที่ได้รับค่าจ้างตามสัญญาจ้างทำของ แม้จะมีการให้เรียกร้อยค่าใช้จ่ายในการบำรุงสุขภาพได้ แต่ก็ยังเป็นไปเพื่อให้ตัวหญิงที่ตั้งครรภ์นั้นได้รับการดูแลสุขภาพที่ดีขณะตั้งครรภ์

อันเป็นการมุ่งคุ้มครองตัวเด็ก เพราะหากตัวหญิงผู้รับตั้งครรภ์มีสุขภาพที่ดี เด็กในครรภ์ก็จะมีสุขภาพที่ดีด้วย และการใช้จ่ายในการบำรุงหลังคลอด ก็เป็นไปเพื่อครอบคลุมถึงค่าใช้จ่ายที่อาจจะเกิดขึ้นจากการตั้งครรภ์ เป็นไปเพื่อคุ้มครองสุขภาพของหญิงที่ตั้งครรภ์นั่นเอง แต่ก็คงจะต้องมีการตีความค่าใช้จ่ายในการบำรุงสุขภาพตัวนี้ ว่าสามารถเรียกได้ในกรณีใดบ้าง และเรียกได้เท่าไร มิฉะนั้นแล้ว ข้อตกลงเรื่องค่าใช้จ่ายนี้อาจจะเป็นช่องว่างให้กลายเป็นการเรียกร้องค่าจ้าง และนำตัวเด็กนั้นมาเป็นข้อต่อรองได้ เพราะฉะนั้นแล้ว ในเรื่องค่าใช้จ่ายนี้ จำเป็นต้องมีการตีความอย่างเคร่งครัด

ดังนั้นแล้ว สัญญาการรับจ้างตั้งครรภ์อาจจะมีขึ้นได้ ไม่ว่าจะเป็นไปเพื่อการช่วยเหลือ และการบังคับ ตามสัญญานั้น จึงจำเป็นจะต้องมีกฎหมายเฉพาะมาใช้บังคับ โดยจะตกลงให้แตกต่างไปจากกฎหมายไม่ได้ เนื่องจากเป็นเรื่องของความละเอียดอ่อนในเรื่องของสิทธิของเด็กที่เกิดขึ้นมา แต่หากเป็นไปเพื่อการพาณิชย์แล้ว จะต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย และสัญญานั้นก็สามารถใช้บังคับได้ตามกฎหมายแพ่ง ตามหลักของเรื่องสัญญา แต่ต้องนำหลักในเรื่องของกฎหมายเฉพาะมาใช้บังคับเช่นเดียวกัน

บทสรุป

กฎหมายคุ้มครองเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีทางการแพทย์ เป็นกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองเด็กที่เกิดมาเพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาด้านสังคม และระหว่างคู่สัญญาด้วยกันเอง เพื่อไม่ให้เกิดข้อขัดแย้งในเรื่องที่ละเอียดอ่อน ทั้งความรู้สึกของตัวพ่อแม่ที่แท้จริงและหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทน การรับตั้งครรภ์แทนเป็นมากกว่าสัญญาในทางแพ่งที่จะใช้หลักในเรื่องนิติกรรมสัญญามาใช้แต่เพียงอย่างเดียว ควรเป็นสัญญาเฉพาะที่ต้องควรมีกฎหมายเฉพาะมาบังคับ และกฎหมายที่บังคับใช้นั้นต้องเป็นกฎหมายปิดปากที่ไม่สามารถตกลงเป็นอย่างอื่นได้ เนื่องจากเป็นเรื่องความแน่นอนในการคุ้มครองเด็กที่เกิดขึ้นมา และควรเป็นกฎหมายที่ครอบคลุมได้ในทุกกรณีที่จะเกิดขึ้น ไม่ว่าจะเป็นความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาเจ้าของไข่และสเปิร์ม ความสัมพันธ์ระหว่างหญิงที่รับตั้งครรภ์ ไม่ให้เกิดข้อโต้แย้ง หรือช่องว่างใด ๆ ที่จะทำให้เกิดความสับสนในตัวเด็ก และยิ่งไปกว่านั้น การออกกฎหมายมานั้น ต้องเป็นการมุ่งคุ้มครองตัวเด็กที่เกิดขึ้นมาจริง ๆ มิใช่เป็นการเปิดช่องทางให้เป็นการดำเนินธุรกิจเชิงพาณิชย์ เช่น กรณีการรับจ้างตั้งครรภ์ เพราะมิเช่นนั้นแล้ว เจตนารมณ์ในการออกกฎหมายจะผิดเพี้ยนไป

บรรณานุกรม

จักรกฤษณ์ ควรพจน์ และคณะ. รายงานการวิจัย เรื่อง “การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน”
ประสพสุข บุญเดช. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่
ที่ ๑๗ กรุงเทพฯ:สำนักพิมพ์สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา
บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.ประกอบร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัย
เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. เรื่องเสร็จที่ ๑๖๗/๒๕๕๓
บันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการ
เจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. เรื่องเสร็จที่ ๑๖๗/๒๕๕๓
บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการ
เจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. เรื่องเสร็จที่ ๑๖๗/๒๕๕๓
ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.

