

# ปัญหาการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ทางการแพทย์: ศึกษากรณีการรับตั้งครรภ์แทน<sup>1</sup>

สิทธิโชค วีระเกศ<sup>2</sup>

จากการศึกษาข้างต้นมาตรการการรับตั้งครรภ์แทนในปัจจุบัน ประเทศไทยได้มีการประกาศใช้กฎหมายหมายที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์แล้ว คือพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ประกอบกับมีกฎหมายลำดับรองขึ้นมาบังคับใช้ในรายละเอียดต่างๆที่มีความเกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทนคือ ประกาศคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558. โดยกำหนดเงื่อนไขในเรื่องการรับตั้งครรภ์แทนให้มีความรัดกุมมากยิ่งขึ้น แต่ในสังคมไทยในปัจจุบันมีผู้ที่อยู่ในภาวะมีบุตรยากมีจำนวนมากส่งผลให้อัตราการเกิดของเด็กน้อยลงตามไปด้วย ซึ่งอาจเกิดปัญหาทางด้านการพัฒนาประเทศต่อไปได้ การรับตั้งครรภ์แทนเป็นหนึ่งในเรื่องที่สำคัญของกฎหมายที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ที่เข้ามาช่วยบุคคลผู้มีบุตรยาก แต่ในปัจจุบันการรับตั้งครรภ์แทนไม่ค่อยนิยมกันมากนักและเป็นทางเลือกสุดท้ายของผู้มีบุตรยาก เนื่องจากรับตั้งครรภ์แทนมีอุปสรรคในเรื่องเงื่อนไขในการรับตั้งครรภ์แทนหลายประการซึ่งไม่สอดคล้องกับยุคสมัยในปัจจุบัน จากมาตรการทางกฎหมายในเรื่องรับตั้งครรภ์แทนของประเทศไทยนั้นอาจสรุปปัญหาที่เป็นอุปสรรคในการรับตั้งครรภ์แทนได้ดังนี้

1. ปัญหากรณีคู่สมรสไม่สามารถหาหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ในปัจจุบันแม้การรับตั้งครรภ์แทนไม่จำเป็นต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตเนื่องจากมีกฎหมายที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มาใช้บังคับ ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้คู่สามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิที่จะรับตั้งครรภ์แทนได้มากขึ้นแต่ก็ยังมีปัญหาในเรื่องการหาตัวหญิงที่จะมารับตั้งครรภ์แทนได้ได้ยาก เนื่องจากตัวหญิงที่จะรับตั้งครรภ์แทนมีเงื่อนไขและคุณสมบัติตามที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ประกอบกับประกาศคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง

---

<sup>1</sup> บทความนี้เรียบเรียงจากการศึกษาอิสระ เรื่อง ปัญหาการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ : ศึกษากรณีการรับตั้งครรภ์แทน โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ รองศาสตราจารย์พิมพ์ใจ รื่นเริง และคณะกรรมการสอบ คือ รองศาสตราจารย์จุฑามาศ นิสารัตน์ และรองศาสตราจารย์ ดร.ณัฐ สันตาสว่าง

<sup>2</sup> นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต(ส่วนกลาง) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

การแพทย์เรื่องหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาต ให้ผู้ที่ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน พ.ศ. 2558 ได้บัญญัติไว้โดยมีข้อในประการที่สำคัญเกี่ยวข้องดังต่อไปนี้

ประการแรก ต้องมีสัญชาติเดียวกันกับสามีหรือภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน

ประการที่สอง ต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 20 ปีบริบูรณ์และไม่เกิน 40 ปีบริบูรณ์และเคยมีบุตรมาแล้วโดยการคลอดธรรมชาติไม่เกิน 3 ครั้ง หรือในกรณีที่ผ่าคลอดไม่เกิน 1 ครั้ง

ประการที่สาม ต้องเป็นผู้ที่มีสุขภาพร่างกายและจิตใจแข็งแรงสมบูรณ์ดีโดยผ่านการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกายจิตใจและ สภาวะแวดล้อมตามประกาศแพทย์ศากำหนด

ประการที่สี่ เป็นผู้ที่ได้รับการยินยอมเป็นหนังสือจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินกันสามีภรรยา

ประการที่ห้า มีหนังสือแสดงความยินยอมให้มีการตั้งครรภ์แทน พร้อมเอกสารตามแบบคทพ.1

ประการที่หก หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะรับตั้งครรภ์แทนจนได้คลอดบุตรไม่เกิน 2 ครั้ง เป็นต้น

ดังนั้น การรับตั้งครรภ์แทนจึงมีอุปสรรคในเรื่องการหาตัวหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เนื่องจากเป็นเรื่องยากที่จะหาตัวหญิงที่มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ครบถ้วน ประกอบกับประเทศไทยห้ามมิให้มีการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ แต่ในต่างประเทศนั้น โดยเฉพาะการรับตั้งครรภ์แทนใน ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกาบางมลรัฐ ประเทศอินเดียที่มีหน่วยงานที่เกี่ยวข้องคอยควบคุมดูแลและจัดหาตัวหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนอย่างเป็นระบบ ส่งผลให้การรับตั้งครรภ์แทนมีมาตรฐานที่ดีและเป็นการเพิ่ม โอกาสให้กับผู้ที่ประสงค์จะรับตั้งครรภ์แทนได้มากขึ้น

ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า ควรให้หน่วยงานของรัฐเป็นตัวกลางในการช่วยเหลือและสนับสนุนการรับตั้งครรภ์แทน โดยดำเนินการให้ตัวหญิงที่ประสงค์จะรับตั้งครรภ์แทนเข้ามาให้กับคู่สามีภรรยาที่ต้องการมีบุตรเพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้มีการรับตั้งครรภ์แทนมากขึ้น ทั้งเป็นการลดปัญหาที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนและเป็นการคุ้มครองเด็กไม่ให้ถูกทอดทิ้งอีกด้วย

โดยเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 21 (3) จากเดิม “ได้กำหนดเงื่อนไขในการรับตั้งครรภ์แทน หญิงรับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิตของ

สามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนได้ ทั้งนี้ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการ” เป็นดังนี้

มาตรา 21 (3) “ได้กำหนดเงื่อนไขในการรับตั้งครรภ์แทน หญิงรับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนได้ ทั้งนี้ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการกรณีเช่นนี้ให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องควบคุมดูแลการรับตั้งครรภ์แทนให้และช่วยเหลือและสนับสนุนการรับตั้งครรภ์แทนของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน คู่สามีภริยาและตัวเด็ก”

2. ปัญหาผู้ที่รับตั้งครรภ์แทนไม่เคยมีบุตรมาก่อน ปัจจุบันมีเทคโนโลยีทางการแพทย์มีความเจริญก้าวหน้าเป็นอย่างมากประกอบกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ก็มีความเจริญก้าวหน้าด้วยเช่นกัน การรับตั้งครรภ์แทนเป็นหนึ่งในเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ แต่ก็มีปัญหาเกี่ยวกับเงื่อนไขของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 21 (4) ประกอบกับได้มีประกาศคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เรื่องหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาต ให้ผู้ที่ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน พ.ศ. 2558 ข้อ 5 ได้กำหนดไว้ในทำนองเดียวกันว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเคยมีบุตรมาก่อน เห็นได้ว่ากฎหมายดังกล่าวเป็นเรื่องจำกัดสิทธิเรื่องการรับตั้งครรภ์แทนซึ่งทำให้การรับตั้งครรภ์แทนมีอุปสรรค

ผู้ศึกษาเห็นว่า หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นไม่จำเป็นต้องมีบุตรมาก่อนแม้จะเป็นการตั้งครรภ์เป็นครั้งแรกก็ตาม เนื่องจากในยุคสมัยปัจจุบันมีเจริญก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยีทางการแพทย์เป็นอย่างมาก ส่งผลให้การตั้งครรภ์แทนนั้นมีความปลอดภัยมากยิ่งขึ้น ทั้งหญิงที่มีบุตรจากการตั้งครรภ์เป็นครั้งแรกในสังคมไทยในปัจจุบันก็ไม่ได้เป็นปัญหาอีกต่อไป เนื่องจากในปัจจุบันได้มีการหย่าร้างกันเป็นจำนวนมากโดยที่หญิงบางคนเคยมีการตั้งครรภ์และมีบุตรมาก่อนก็สามารถแต่งงานและมีครอบครัวใหม่ได้อย่างปกติ

เห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมจากเดิมพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 21 (4) จากเดิม “เงื่อนไขในการรับตั้งครรภ์แทนหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นหญิงที่เคยมีบุตรมาก่อนแล้วเท่านั้น ถ้าหญิงนั้นมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินฉันสามีภริยาจะต้องได้รับความยินยอมจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายดังกล่าวด้วย” โดยตัดคำว่า “มีบุตรมาก่อนแล้วเท่านั้น” เป็น “มีบุตรมาแล้วหรือไม่ก็ได้” เป็นดังนี้

มาตรา 21 “เงื่อนไขในการรับตั้งครรภ์แทน(4)หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นหญิงที่เคยมีบุตรมาก่อนหรือไม่ก็ได้ ถ้าหญิงนั้นมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินฉันสามีภริยาจะต้องได้รับความยินยอมจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายดังกล่าวด้วย” เพื่อให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่มีต้องมีบุตรมาก่อนที่มีการรับตั้งครรภ์แทน ซึ่งเป็นการแก้ไขอุปสรรคในการรับตั้งครรภ์แทน

3. ปัญหากำหนดเวลาการตั้งผู้ปกครองเด็กหากสามีภริยาถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด การตั้งผู้ปกครองถือเป็นเรื่องที่สำคัญต่อตัวเด็ก ซึ่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 30 “ในกรณีที่สามีและภริยาชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองเด็กนั้นจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยคุ้มครองเด็ก ผู้มีส่วนได้เสียหรือพนักงานอัยการมีอำนาจร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้ปกครองได้และในการตั้งผู้ปกครองดังกล่าวให้ศาลคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กนั้นเป็นสำคัญ”

เมื่อสามีภริยาได้ถึงแก่ความตายในระหว่างที่มีการรับตั้งครรภ์แทนมาตรา 30 ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองเด็กจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ ซึ่งอาจเกิดปัญหาเรื่องการดูแลเด็กของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนว่าดูแลดีเพียงพอหรือไม่ และเป็นการเพิ่มภาระให้แก่ตัวหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนโดยไม่กำหนดผู้ศึกษาเห็นว่าควรมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นมาใหม่โดยเร็ว แต่เนื่องมาตรา 30 ก็ไม่ได้บัญญัติเรื่องระยะเวลาในการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ไว้

เห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 30 จากเดิม “ในกรณีที่สามีและภริยาชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองเด็กนั้นจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยคุ้มครองเด็ก ผู้มีส่วนได้เสียหรือพนักงานอัยการมีอำนาจร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้ปกครองได้และในการตั้งผู้ปกครองดังกล่าวให้ศาลคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กนั้นเป็นสำคัญ”โดยเพิ่มเติมระยะเวลาการยื่นคำร้องไปดังนี้

มาตรา 30 “ในกรณีที่สามีและภริยาชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองเด็กนั้นจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยคุ้มครองเด็ก ผู้มีส่วนได้เสียหรือพนักงานอัยการมีอำนาจร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้ปกครองได้และในการตั้งผู้ปกครองดังกล่าวให้ศาลคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กนั้นเป็นสำคัญโดยต้องยื่นคำร้องขอภายในหกสิบวันนับแต่วันที่สามีและภริยาถึงแก่ความตาย”เพื่อให้มีผู้ปกครองมาดูแลเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนโดยรวดเร็ว ซึ่งทำให้ตัวเด็กได้รับการดูแลที่ดีประกอบไม่เป็นการสร้างภาระให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

จากข้อเสนอแนะดังกล่าวข้างต้นจะช่วยแก้ไขสภาพปัญหาทางกฎหมายดังกล่าวได้ดียิ่งขึ้นได้แก่ ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายกับชายและหญิงที่ไม่ได้สมรสกัน ปัญหาหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ใช่ญาติสืบสายโลหิต ปัญหาผู้ที่รับตั้งครรภ์แทนไม่เคยมีบุตรมาก่อน และปัญหาการตั้งผู้ปกครองเด็กที่เกิดโดยการรับตั้งครรภ์แทน ให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นเพื่อเป็นประโยชน์แก่บุคคลที่มีบุตรยากซึ่งต้องการมีบุตรได้โดยไม่ติดอุปสรรคใด และสอดคล้องกับเหตุการณ์ในยุคปัจจุบัน โดยภาครัฐที่เกี่ยวข้องต้องเห็นถึงปัญหาร่วมมือกันดำเนินการตามข้อเสนอแนะดังกล่าวข้างต้น เพื่อให้การรับตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรมและเพื่อประโยชน์ของประชาชนในประเทศไทยต่อไป

### เอกสารอ้างอิง

ยศศักดิ์ โกไศยกานนท์,ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายอุ้มบุญ. กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน,2558.

ดารافر ธีระวัฒน์, กฎหมายสัญญาสถานะใหม่ของสัญญาและปัญหาข้อกฎหมายที่ไม่เป็นธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติมกรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์

โรงพยาบาลบำรุงราษฎร์. ภาวะการมีบุตรยากที่เกิดจากฝ่ายชาย[Online], Available URL:

<https://www.bumrungrad.com/th/fertility-ivf-center-bangkok-thailand/conditions/male-infertility>, 2562 (มีนาคม,6).

POBPAD.อุ้มบุญทางเลือกของคนมีลูกยาก [Online], Available URL: <https://www.pobpad.com>, 2562 (มีนาคม,6).