

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน¹

กรรณิการ์ พันธุ์รัตน์²

จากการที่ผู้ศึกษาได้ศึกษาปัญหาเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาประวัติความเป็นมา แนวความคิด ทฤษฎี หลักการ และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน ซึ่งทำให้ผู้ศึกษาได้รับรู้ และทราบถึงที่มา วิวัฒนาการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่ได้รับการพัฒนาไปตามแต่ละยุคสมัย ซึ่งเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้นได้เข้ามามีบทบาทสำคัญในการเข้ามาช่วยแก้ไขปัญหาให้แก่ผู้ซึ่งประสบปัญหาสภาวะการมีบุตรยากให้สามารถมีบุตรได้ตามที่ต้องการ ทำให้การใช้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้รับความนิยมมากขึ้น ซึ่งเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์สามารถกระทำได้หลายวิธี ไม่ว่าจะเป็นการย้ายฝากเซลล์สืบพันธุ์เข้าไปในท่อ นำไข่ (Gamete Intrafallopian Transfer : GIFT) หรือวิธีการปฏิสนธิในอกร่างกาย (Test Tube Baby) เด็กหลอดแก้ว รวมถึงการตั้งครรภ์แทน หรือที่เรียกกันว่า “การอุ้มบุญ” เป็นต้น ซึ่งแต่ละวิธีก็จะมีขั้นตอนและกระบวนการที่แตกต่างกันออกไป

วิธีการตั้งครรภ์แทน (Surrogacy) คือกระบวนการที่หญิงคนหนึ่งตกลงรับที่จะตั้งครรภ์ด้วยวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่งและตกลงที่จะส่งมอบเด็กที่เกิดมานั้นให้แก่ผู้ซึ่งขอให้มีการตั้งครรภ์แทนพร้อมสละสิทธิใด ๆ ในความเป็นมารดาของเด็กทันทีที่เด็กเกิดมา ” ซึ่งการอุ้มบุญทางการแพทย์แบ่งออกเป็น 2 ชนิด ดังนี้

ชนิดที่ 1 การอุ้มบุญแท้ (Full Surrogacy หรือ Traditional Surrogacy) คือการใช้น้ำเชื้อจากฝ่ายชายของคู่ที่ต้องการมีบุตรผสมกับไข่ของแม่ผู้อุ้มบุญ และฉีดฝังในมดลูกของคุณแม่ผู้อุ้มบุญ ซึ่งคุณแม่ผู้อุ้มบุญแท้คือผู้ที่ให้ทั้งไข่และมดลูก

ชนิดที่ 2 การอุ้มบุญเทียม (Partial Surrogacy หรือ Gestational Carrier) คือการนำเชื้อและไข่จากคู่คุณพ่อคุณแม่ที่แท้จริง แล้วจึงฝากไข่ที่รับการผสมเรียบร้อยแล้วเข้าไปในตัวของคุณแม่ผู้อุ้มบุญ ผู้จะทำหน้าที่เป็นผู้ตั้งครรภ์แทนจนกว่าทารกจะคลอดออกมา

แม้ว่าในปัจจุบันการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้แก่คู่สามีภรรยาซึ่งประสบปัญหาสภาวะการมีบุตรยากให้สามารถมีบุตรได้ เพื่อเป็นการเพิ่มเติมคำว่า “ครอบครัว” ให้มีความสมบูรณ์

¹บทความนี้เรียบเรียงจากการค้นคว้าอิสระเรื่อง ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ รองศาสตราจารย์ ดร.กัลยา ตันศิริ และคณะกรรมการสอบ คือ รองศาสตราจารย์ ดร.มัลลิกา พินิจจันทร์ และ รองศาสตราจารย์ ประเสริฐ ตันศิริ.

²นักศึกษาระดับปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต (ส่วนภูมิภาค) สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏรำไพพรรณี จังหวัดสงขลา คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

มากยิ่งขึ้น โดยขั้นตอนและวิธีดำเนินการจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขตามมาตรฐานการให้บริการด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่ได้กำหนดไว้ตามประกาศแพทยสภาที่เกี่ยวกับการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ รวมถึงมาตรการการลงโทษแก่ผู้ที่กระทำการฝ่าฝืนต่อพระราชบัญญัติตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

ซึ่งเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยให้คู่สมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายซึ่งประสบปัญหาการมีบุตรยากสามารถมีบุตรได้ตามความต้องการ แต่อย่างไรก็ตามแม้จะมีบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการให้บริการหรือการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ดังกล่าว ก็ยังคงเกิดข้อถกเถียงในเรื่องของการบังคับใช้กฎหมายซึ่งยังไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงในสังคมปัจจุบัน

จากการศึกษาทำให้ทราบว่า การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนในปัจจุบันนั้นยังไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงในสังคมได้เท่าใดนัก ซึ่งอาจมีส่วนที่ต้องแก้ไขปรับปรุงให้มีความสมบูรณ์และมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ซึ่งผู้ศึกษาพบว่ามีปัญหาอยู่หลายประการ ดังนี้

จากการศึกษาในประเด็นปัญหาแรก ปัญหาการจำกัดสิทธิของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศหรือกลุ่มคนโสด ซึ่งตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 21 (1) ที่ได้กำหนดเงื่อนไขในการดำเนินการตั้งครรภ์แทน ซึ่งบัญญัติว่า สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ที่สามารถได้รับสิทธิใช้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้ ซึ่งผู้ศึกษามองว่าเป็นการจำกัดสิทธิและถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมแก่บุคคลกลุ่มที่มีความหลากหลายทางเพศหรือกลุ่มคนโสดในการที่จะมีบุตรได้

ซึ่งกลุ่มบุคคลเหล่านี้ควรได้รับสิทธิอย่างเท่าเทียมกันตามหลักปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน หรือตามกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในเรื่องของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มนุษย์ทุกคนควรจะได้รับหรือเข้าถึงสิทธินั้นได้อย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน อีกทั้งผู้เขียนมองว่ากลุ่มบุคคลเหล่านี้ ก็มีความพร้อมที่จะอบรมเลี้ยงดูบุตรได้ดีไม่ต่างจากคู่ชายหญิง และการสร้างสถาบันครอบครัวให้สมบูรณ์ได้นั้น ก็ไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นแค่คู่ชายหญิงเสมอไป

ประเด็นปัญหาที่สอง ปัญหาเกี่ยวกับคุณสมบัติของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ซึ่งมาตรา 21(3) ได้บัญญัติเกี่ยวกับคุณสมบัติของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ว่าจะต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ตาม (1) ในกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย จึงจะสามารถให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนได้ และแม้ว่าจะมีประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้หญิงอื่นที่มีใช้ญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายรับ

ตั้งครรภ์แทน พ.ศ. 2558 ซึ่งได้บัญญัติไว้ในข้อ 4 ว่า ในกรณีที่สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ซึ่งประสงค์จะมีบุตร โดยการให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทน ไม่มีญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ให้หญิงอื่นที่มีใช้ญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายรับตั้งครรภ์แทนได้

บทบัญญัติในมาตราดังกล่าว จะไม่สามารถนำไปใช้ได้เลย หากปรากฏว่าสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายมีญาติสืบสายโลหิต แต่ญาติสืบสายโลหิตมีปัญหาในเรื่องของสุขภาพร่างกายที่ไม่สมบูรณ์ หรือมีข้อบกพร่องในทางพันธุกรรม หรือแม้กระทั่งญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ก็ประสบกับปัญหาสภาวะการมีบุตรยากทำให้ไม่สามารถตั้งครรภ์แทนได้เช่นเดียวกัน ซึ่งบทบัญญัตินี้เป็นการจำกัดสิทธิของผู้ที่ประสงค์จะมีบุตรแต่อยู่ในสภาวะการมีบุตรยาก ทำให้ไม่สามารถเข้าถึงสิทธิในการใช้บริการเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งเป็นสิทธิในการใช้บริการสาธารณสุข หรือสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวได้อย่างแท้จริง และยังถือว่าเป็นการจำกัดสิทธิของหญิงอื่นที่มีเจตนาประสงค์ที่อยากจะช่วยเหลือคู่สามีภริยาซึ่งประสงค์อยากจะมีบุตรอีกเช่นกัน จึงเป็นการขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชนตามหลักปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ซึ่งสิทธิดังกล่าวถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มนุษย์ทุกคนควรจะได้รับหรือเข้าถึงสิทธินั้น ได้อย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน และยังเป็นการขัดต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในเรื่องของสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย

ประเด็นปัญหาที่สาม ปัญหาเกี่ยวกับสัญญาการตั้งครรภ์แทน เนื่องจากสัญญาการตั้งครรภ์แทนและสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไปนั้นมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน เมื่อไม่มีกฎหมายมารองรับในเรื่องของสัญญาการตั้งครรภ์แทนเอาไว้โดยเฉพาะ จึงต้องนำหลักในเรื่องของสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้กับสัญญาการตั้งครรภ์แทน ทำให้ส่งผลกระทบต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องในการดำเนินการตั้งครรภ์แทนดังกล่าว และยังเกิดปัญหาตามมาเมื่อเกิดข้อพิพาทระหว่างกันเกิดขึ้น เช่น การพิจารณาในเรื่องของความเป็นบิดามารดาของเด็ก ความชอบด้วยกฎหมายหรือความสมบูรณ์ของสัญญา หรือการทอดทิ้งเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน เป็นต้น

ซึ่งหากสัญญามีผลเป็นโมฆะหรือโมฆียะ ย่อมส่งผลให้สัญญาดังกล่าวไม่สามารถนำมาฟ้องร้องบังคับคดีกันได้ ทำให้บุคคลที่เกี่ยวข้องในสัญญาได้รับความเสียหาย ซึ่งบุคคลที่ได้รับผลกระทบมากที่สุดย่อมเป็นเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน เพราะอาจทำให้เด็กที่เกิดมานั้น ไม่ได้รับการดูแลให้มีคุณภาพชีวิตที่ดีได้ หรือเด็กอาจถูกทอดทิ้ง หรืออาจถูกปล่อยปละละเลย และอาจนำไปสู่ปัญหาทางสังคมต่อไปในภายหน้าได้ ซึ่งมองว่าไม่สอดคล้องตอบทบทบัญญัติกฎหมายพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 อันมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองเด็กและคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ

จากการศึกษาค้นคว้าปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน ผู้ศึกษาพบว่า มีข้อเสนอแนะ คือ

1. ปัญหาการจำกัดสิทธิของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศหรือกลุ่มคนโสด ผู้ศึกษาพบว่า มีข้อเสนอแนะ คือ

ควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 21 (1) จากเดิมบัญญัติว่า “สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีที่สามีหรือภริยามีได้มีสัญชาติไทย ต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี”

เห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมโดยบัญญัติเป็นว่า “สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีที่สามีหรือภริยามีได้มีสัญชาติไทย ต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้ว ไม่น้อยกว่าสามปี หรือ บุคคลที่มีอายุ 25 ปีบริบูรณ์ขึ้นไป ซึ่งประสงค์ที่จะมีบุตรสามารถขอให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนได้ หรือในกรณีที่สามีภริยาซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ประสงค์จะมีบุตร ไม่ว่าจะได้จดทะเบียนสมรสกันหรือไม่ก็ตาม”

อีกทั้งเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 29 วรรคหนึ่งในส่วนความสัมพันธ์ของเด็กกับผู้ซึ่งประสงค์จะมีบุตร เป็นว่า “โดยให้เด็กนั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ซึ่งประสงค์จะมีบุตรโดยขอให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน แม้ว่าผู้ซึ่งประสงค์จะมีบุตรถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด”

2. ปัญหาเกี่ยวกับคุณสมบัติของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

ควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 21(3) จากเดิมบัญญัติว่า “หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ตาม (1) ในกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนได้ ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนด โดยคำแนะนำของคณะกรรมการ”

เห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมโดยบัญญัติเป็นว่า “หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายตาม (1) ในกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาหรือมีญาติสืบสายโลหิตแต่ญาติประสบปัญหาด้านสุขภาพจึงไม่สามารถตั้งครรภ์แทนได้ หรือญาติสืบสายโลหิตไม่ประสงค์ที่จะตั้งครรภ์แทน ให้หญิงอื่นสามารถตั้งครรภ์แทนได้ ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนด โดยคำแนะนำของคณะกรรมการ”

3. ปัญหาเกี่ยวกับสัญญาการตั้งครรภ์แทน

ควรเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 เกี่ยวกับการบังคับใช้สัญญาการตั้งครรภ์แทนกับสัญญาทางแพ่งทั่วไปเอาไว้เป็นการเฉพาะ โดยควรแยกแยะเป็นกรณีไป เพื่อง่ายต่อการพิจารณาหรือการฟ้องร้องบังคับคดี

ซึ่งเมื่อเกิดข้อพิพาทระหว่างกันขึ้น เนื่องจากสัญญาการตั้งครรภ์แทนและสัญญาทางแพ่งทั่วไปนั้น มีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน ซึ่งเมื่อนำมาใช้กับสัญญาการตั้งครรภ์แทนแล้ว จึงมักเกิดความยุ่งยากในการพิจารณาในเรื่องของความสัมพันธ์และสิทธิต่าง ๆ ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง เช่น ในกรณีที่สัญญาการตั้งครรภ์แทนตกเป็นโมฆะหรือโมฆียะ ย่อมทำให้เกิดปัญหาและส่งผลกระทบต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องในการตั้งครรภ์แทน โดยควรกำหนดให้ศาลเยาวชนและครอบครัวเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาซึ่งการพิจารณานั้น ศาลจะต้องคำนึงถึงความเหมาะสมและประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ เพื่อให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ อันมีวัตถุประสงค์ในการมุ่งคุ้มครองและประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ

เอกสารอ้างอิง

ยศศักดิ์ โกไศยกานนท์. **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายอุ้มบุญ**. กรุงเทพฯ : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2558.

บทความและวารสาร

เกียรติศักดิ์ ดวงจันทร์. “พุทธจริยศาสตร์กับการตั้งครรภ์แทน.” **วารสารมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์** 27 (กุมภาพันธ์ 2557): 185-197.

ชนโรจน์ หล่อชนะไพศาล. “อุ้มบุญหรืออุ้มบาป? ศีลธรรมสังคม ศีลธรรมกฎหมายกับการพาณิชย์ยุคโลกาภิวัตน์.” **รัฐสภาสาร**. (กรกฎาคม 2559): 123-161.

ธอร อนุวัตรนิติการ. “หลักเกณฑ์การกำหนดความรับผิดชอบทางอาญา : ศึกษากรณีการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กับหญิงที่ไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย.” **วารสารบัณฑิตศึกษา นิติศาสตร์**. 12 (กรกฎาคม – กันยายน 2562): 484.

นิรันดร์ ทรงนิรันดร์. “วิวัฒนาการทางการแพทย์เกี่ยวกับการเจริญพันธุ์อันมีผลต่อกฎหมาย.” **วารสารมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี**. (ธันวาคม 2560): 36-65.

ยศศักดิ์ โกไศยกานนท์. **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายอุ้มบุญ**. กรุงเทพฯ : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2558.

สุกฤษฎี ตั้งวรรณวิบูลย์. “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสัญญาตั้งครรภ์แทน.” **นิตยสารสำนักงานศาลยุติธรรมอุล-พาห**. (กันยายน-ธันวาคม 2561): 183-193.