

ปัญหาทางกฎหมายตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัย เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558¹

ว่าที่ ร้อยตำรวจตรี กิตติศักดิ์ ปิ่นนาค²

นับตั้งแต่อดีตกาลมาการสืบพันธุ์ของมนุษย์มิใช่เพื่อการดำรงเผ่าพันธุ์เท่านั้น แต่ยังมีผลกระทบต่อสภาพจิตใจและความมั่นคงของครอบครัว อันประกอบไปด้วย พ่อ แม่ ลูก ซึ่งเป็นความปรารถนาของมนุษย์ในการมีทายาท ซึ่งบางคู่ไม่สามารถมีบุตรได้ อันเกิดจากความบกพร่องทางพันธุกรรมหรือผ่านวัยเจริญพันธุ์มาแล้ว แม้ว่าบางคู่จะอยู่ในวัยเจริญพันธุ์ก็ไม่สามารถมีบุตรได้เนื่องจากสาเหตุอื่น ๆ ดังนั้น มนุษย์จึงมีความพยายาม ในการเอาชนะสถานะที่ไม่สามารถมีบุตรได้โดยอาศัยเทคนิคทางการแพทย์ ที่ถูกเรียกว่า “เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์”

ภาวะการมีบุตรยาก ถือเป็นภาวะที่ส่งผลสำคัญต่อสังคมไทยเป็นอย่างมาก จากข้อมูลการสำรวจอนามัยการเจริญพันธุ์ พ.ศ. 2549 โดยสำนักงานสถิติแห่งชาติพบว่าสตรีวัยเจริญพันธุ์ (ช่วงอายุ 15 - 49 ปี) ทั่วประเทศ ประมาณร้อยละ 15 มีปัญหาภาวะการมีบุตรยาก เมื่อจำแนกตามเขตที่อยู่อาศัยพบว่าสตรีในเขตเมือง ร้อยละ 16 มีปัญหาภาวะการมีบุตรยากเปรียบเทียบกับเขตชนบทที่พบร้อยละ 15 แต่หากเปรียบเทียบเป็นรายภาค พบว่าสตรีในภาคใต้มีปัญหาภาวะการมีบุตรยากสูงที่สุดนอกจากนี้สถิติข้อมูลของโรงพยาบาลศิริราช ตั้งแต่ปี 2553 จนถึงปี 2557 พบว่ามีคู่สมรสกว่า 30,000 คน เข้ารับการรักษา ซึ่งหัวหน้าหน่วยผู้มีบุตรยากคาดการณ์ภายในระยะเวลาไม่เกิน 5 ปี จะมีผู้เข้ารับการรักษากว่า 100,000 คน สะท้อนให้เห็นถึงการเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่องของปัญหาการมีบุตรยาก ซึ่งสาเหตุของปัญหาส่วนหนึ่งเกิดจากอายุที่มากขึ้นของกลุ่มสมรส และเนื่องจากปัจจุบันสภาพของสังคมไทยนั้นแต่งงานกันช้าลง หรือหากแต่งงานแล้วจะมีบุตรนั้นในบางคู่ก็ยังไม่พร้อมจะมีบุตร หรือพอถึงเวลาก็อายุเกินไปเสียแล้ว ปัญหาภาวะมีบุตรยากที่เพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง ส่งผลโดยตรงต่ออัตราการเกิดที่ลดลงอย่างต่อเนื่อง ในขณะที่อัตราผู้สูงอายุก็เพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ เช่นกัน ส่งผลให้เกิดช่องว่างของวัยทำงาน ซึ่งเป็นทรัพยากรมนุษย์ในการขับเคลื่อนประเทศที่สำคัญที่สุด

เพื่อแก้ปัญหาดังกล่าวมนุษยจึงพยายามที่จะสร้างเครื่องมือทางการแพทย์ที่จะมาแก้ไขปัญหามาภาวะผู้มีบุตรยาก โดยการนำเทคโนโลยีเข้ามาช่วยที่เราจะรู้จักกันในชื่อว่า “เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์” ซึ่งถือว่า

¹บทความนี้เรียบเรียงจากการศึกษาอิสระ ปัญหาทางกฎหมายตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยมี รองศาสตราจารย์ ดร. ณฐ สันตาสว่าง เป็นอาจารย์ที่ปรึกษา รองศาสตราจารย์ ดร. มัลลิกา พินิจจันทร์ และ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. สลิล สิริพิฑูร เป็นคณะกรรมการสอบ

²นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต (ส่วนกลาง) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

เป็นเทคโนโลยีที่สามารถช่วยบุคคลผู้ที่มีภาวะการมีบุตรยากได้ดี โดยมีวิธีการรักษาผู้มีบุตรยากหลายวิธี ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับสาเหตุของการมีบุตรยากของกลุ่มสมรสแต่ละคู่ว่าต้นเหตุของการมีบุตรยากนั้นเกิดจากฝ่ายหญิง หรือฝ่ายชายหรืออาจเกิดจากทั้งสองฝ่าย ซึ่งจะมีวิธีการที่ต่างกันไป อาทิ การผสมเทียมโดยการฉีดอสุจิเข้าสู่โพรงมดลูกโดยตรง การทำกิฟท์ การทำอิกซี่ การปฏิสนธิภายนอกในร่างกายหรือเด็กหลอดแก้ว หรือการตั้งครรภ์แทน หรือที่เรียกกันอย่างติดปากว่า “การอุ้มบุญ” เป็นต้น แม้การใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์จะช่วยแก้ปัญหาภาวะการมีบุตรยากได้ แต่ก็อาจนำมาซึ่งปัญหาในด้านอื่นเช่นกัน โดยเฉพาะเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในช่วงปี พ.ศ. 2555 ถึง 2558 กรณีที่นักธุรกิจชาวญี่ปุ่นว่าจ้างหญิงไทยอุ้มบุญจำนวนหลายสิบคน ท่ามกลางความสงสัยของคนไทยว่าการกระทำลักษณะนี้อาจเป็นการนำไปสู่กระบวนการค้ามนุษย์ได้หรือไม่หรือประเด็นในเรื่องของน้องแถมที่มีชาวออสเตรเลียเล่าว่าจ้างหญิงไทยอุ้มบุญ แต่เมื่อน้องแถมมีคลอดออกมามีความผิดปกติ ชาวออสเตรเลียจึงไม่ยอมรับน้องแถมมีหรือที่เป็นชาวดังและอยู่ในขั้นตอนการสู้คดีจนถึงปัจจุบัน คือ กรณีคู่รักเพศเดียวกันชายรักชายชาวสหรัฐที่ต้องการมีบุตร จึงได้เดินทางมาใช้บริการเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ที่ประเทศไทย แต่เมื่อหญิงผู้รับจ้างตั้งครรภ์คลอดบุตรแล้วกลับไม่ส่งมอบเด็กให้คู่รักชาวสหรัฐอเมริกาทำให้เกิดเป็นข้อพิพาทขึ้น ซึ่งจากการศึกษาพบว่าในเวลาที่เกิดเหตุการณ์ตามข้อเท็จจริงข้างต้นนั้นประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทำให้ไม่มีการกำหนดคุณสมบัติที่ชัดเจนของผู้ที่จะใช้บริการทางด้านเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ โดยก่อนวันที่ 1 พฤษภาคม พ.ศ. 2558 ประเทศไทยมีเพียงประกาศแพทยสภา ที่ 1/2540 เรื่องมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ ลงวันที่ 22 ตุลาคม พ.ศ. 2540 และประกาศแพทยสภา ที่ 21/2545 เรื่องมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (ฉบับที่ 2) ลงวันที่ 20 มิถุนายน พ.ศ. 2545 ซึ่งขณะนั้นประกาศแพทยสภาทั้งสองฉบับจะเกี่ยวข้องเพียงการกำหนดมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เท่านั้น แต่ก็ยังไม่ครอบคลุมถึงสิทธิและหน้าที่ของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีนี้หรือความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตรที่เกิดจากการให้หญิงอื่นนั้นตั้งครรภ์แทนหรืออุ้มบุญแทน โดยเฉพาะในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร ตลอดจนการควบคุมการใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์ช่วยการเจริญพันธุ์ของเด็กให้เหมาะสมภายใต้กฎหมาย รวมทั้งการห้ามและการลงโทษบริการเทคโนโลยีทางการแพทย์ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นี้เพื่อผลประโยชน์ตอบแทนทางธุรกิจ

อย่างไรก็ตาม พบว่าในช่วงของนายกรัฐมนตรีอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ ได้มีการพยายามที่จะแก้ไขปัญหาดังกล่าวจึงมีการร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. โดยกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ทำการเสนอร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวผ่านความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีสู่การพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาเสร็จเรียบร้อยแล้วและส่งให้คณะกรรมการประสานงานด้านนิติบัญญัติพิจารณาก่อนนำเสนอสภาผู้แทนราษฎรพิจารณาต่อไป หากแต่ไม่มีการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรในช่วงเวลานั้น เนื่องจากมีการยุบสภาเสียก่อน

ต่อมาวันที่ 26 ธันวาคม พ.ศ. 2555 กระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ ได้เปิดฟังความคิดเห็นภาคประชาชนเกี่ยวกับเรื่องนี้ไปแล้วเสร็จในเดือนมกราคม พ.ศ. 2556 เพื่อนำมาร่วมพิจารณาประกอบร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กและวิธีพิจารณาคดีคุ้มครองเด็ก พ.ศ.ให้แล้วเสร็จภายในเดือนมกราคม พ.ศ. 2556 เพื่อเข้าสู่การพิจารณาของคณะรัฐมนตรีอีกครั้ง อย่างไรก็ตาม จากสถานการณ์ทางการเมือง ร่างกฎหมายคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้ผ่านความเห็นชอบจากที่ประชุมใหญ่คณะรักษาความสงบแห่งชาติ เมื่อวันที่ 13 สิงหาคม 2557

กระทั่งสำเร็จได้ตราออกเป็นพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 เมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม พ.ศ. 2558 ขึ้นมาเพื่อแก้ไขปัญหการอุ้มบุญในประเทศไทย ซึ่งพระราชบัญญัตินี้มีมาตราทั้งหมด 56 มาตรา และเหตุผลในการประกาศบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้คือ โดยที่ความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาการและเทคโนโลยีทางการแพทย์ในการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากสามารถช่วยให้ผู้ที่มิภาวะการมีบุตรยากมีบุตรได้โดยการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ อันมีผลทำให้พบปัญญติของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันในเรื่องความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไม่สอดคล้องกับความสัมพันธ์ในทางพันธุกรรม ดังนั้น เพื่อกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เหมาะสม ตลอดจนควบคุมการศึกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์การแพทย์เกี่ยวกับตัวอ่อนและเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มิให้มีการนำไปใช้ในทางที่ไม่ถูกต้อง จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

อย่างไรก็ตาม ยังคงพบปัญหาที่อาจเกิดจากการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ฉบับนี้อยู่หลายประการ ดังนี้

1. ปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนของกลุ่มชายและหญิงที่อยู่กินกันฉันสามีภริยาที่ไม่ได้มีการจดทะเบียนสมรส

ตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้มีการกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะเข้ารับบริการเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ จะต้องเป็นสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น จึงจะมีสิทธิเข้ารับการรักษาภาวะผู้มีบุตรยากได้ แต่หากพิจารณาถึงความเป็นจริงในสังคมปัจจุบัน พบว่าสังคมมีแนวโน้มเข้าสู่สังคมเชิงธุรกิจมากขึ้น คู่รักหลายคู่อยู่กินกันฉันสามีภริยา แต่ไม่ต้องการจะจดทะเบียนสมรสด้วยเหตุผลบางอย่างในทางธุรกิจ ซึ่งปรากฏเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ สำหรับคู่รักที่ไม่ต้องการจะจดทะเบียนสมรสในสังคมปัจจุบัน หากพิจารณาอย่างแท้จริงแล้วทะเบียนสมรสนั้นอาจเป็นเพียงข้อผูกพันในทางกฎหมาย เป็นการสมมติในทางกฎหมายเพียงเท่านั้น จึงไม่ควรนำทะเบียนสมรสมาเป็นเครื่องมือในการให้สิทธิหรือจำกัดสิทธิของคู่รักในการเข้าถึงเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ แม้จะไม่มีมีการจดทะเบียนสมรส แต่เขาก็สมควรที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียม และควรมีสิทธิในการ

เข้ารับการรักษาสภาวะการมีบุตรยากหรือไม่ ทั้งนี้เพราะภาวะการมีบุตรยากถือว่าเป็นความเจ็บป่วยอย่างหนึ่ง ในทางการแพทย์ อีกทั้งการคิดกัน มิให้ผู้ที่มิได้จดทะเบียนเข้ารับการรักษาสภาวะการมีบุตรยากนี้ อาจเป็นการ ทุจริตปัญหาต่ออัตราการเกิดในปัจจุบัน เพราะกลุ่มบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสมีปริมาณเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ ตามรูปแบบสังคมที่เปลี่ยนไป

ดังนั้นจากปัญหาดังกล่าวผู้ศึกษาจึงเสนอแนะว่า ควรมีการแก้ไขบทบัญญัติหลักเกณฑ์การให้ บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ อย่างน้อยควรให้สิทธิคู่รักประเภทชายหญิงที่อยู่กินกัน ฉันทามีภรรยา มีสิทธิที่จะเข้ารับการบำบัดรักษาโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยการ ตั้งครรภ์แทน ซึ่ง

ควรจะแก้ไข มาตรา 21 (1) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญ พันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ซึ่งปัจจุบันบัญญัติว่า

มาตรา 21 ภายใต้บังคับมาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน อย่างน้อยต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

(1) สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิง อื่นตั้งครรภ์แทน ต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีที่สามีหรือภริยาไม่ได้มีสัญชาติไทย ต้องจดทะเบียนสมรส มาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี

โดยควรแก้ไขเพิ่มเติมดังต่อไปนี้

มาตรา 21 ภายใต้บังคับ 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนอย่างน้อย ต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

(1) สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่น ตั้งครรภ์แทน ต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีที่สามีหรือภริยามีได้ มีสัญชาติไทย ต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้ว ไม่น้อยกว่าสามปี หรือ

คู่ชายและหญิงที่อยู่กินกันฉันทามีและภริยาซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้ หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ต้องมีสัญชาติไทย และได้มีการจดทะเบียนรับรองบุตรในภายหลังจากเด็กเกิดไม่เกิน เจ็ดวัน

2. ปัญหาเกี่ยวกับคุณภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยี ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่กำหนดเงื่อนไขและคุณสมบัติของผู้ที่จะ ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนไว้ โดยเฉพาะในส่วนของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนซึ่งกำหนดให้หญิงที่รับ ตั้งครรภ์แทนนั้น จะต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยา เว้นแต่ในกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิต ของสามีหรือภริยาที่ประสงค์จะให้ตั้งครรภ์แทน กฎหมายเปิดโอกาสให้หญิงอื่น ที่ไม่ใช่ญาติ สามารถเป็น

ผู้รับตั้งครรภ์แทนได้ แต่ต้องไม่ใช่บุพการีหรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภริยา ที่ประสงค์จะให้ตั้งครรภ์แทน และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ต้องเคยมีบุตรมาก่อนแล้วเท่านั้น ซึ่งถ้าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนผู้นั้น มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินฉันสามีภริยา การตั้งครรภ์แทนดังกล่าว จะต้องได้รับความยินยอมจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายดังกล่าวด้วย โดยบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้มีการกำหนดอายุขั้นต่ำ - ขั้นสูงของหญิงที่จะเข้ามารับตั้งครรภ์แทน และจำนวนครั้งที่หญิงคนหนึ่ง ๆ จะสามารถรับตั้งครรภ์แทนเอาไว้ด้วย ซึ่งกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทน ในต่างประเทศได้มีการกำหนดอายุของหญิงที่จะมารับตั้งครรภ์แทนเอาไว้เช่น ตาม Surrogacy Act 2010 ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนของประเทศออสเตรเลีย ได้กำหนดให้หญิงที่จะมารับตั้งครรภ์แทนนั้น จะต้องมียุขอย่างน้อย 25 ปี ในวันที่มีการดำเนินการตั้งครรภ์แทน

ดังนั้น ควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ในส่วนของมาตรา 21 ซึ่งบทบัญญัติไว้ว่า ภายใต้บังคับมาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนอย่างน้อยต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

(1) สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์ จะมีบุตร โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีที่สามีหรือภริยามีได้ มีสัญชาติไทย ต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้ว ไม่น้อยกว่าสามปี

(2) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีบุพการีหรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ตาม (1)

(3) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ตาม (1) ในกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนได้ ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนด โดยคำแนะนำของคณะกรรมการ

(4) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นหญิงที่เคยมีบุตรมาก่อนแล้วเท่านั้น ถ้าหญิงนั้นมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินฉันสามีภริยา จะต้องได้รับความยินยอมจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือชายดังกล่าวด้วย ซึ่งมาตราดังกล่าวกำหนดคุณลักษณะและเงื่อนไขผู้ที่จะดำเนินการรับตั้งครรภ์แทน โดยเพิ่มเติมข้อกำหนดของอายุที่เหมาะสมของหญิงที่จะมารับตั้งครรภ์แทน ที่จะสามารถรับตั้งครรภ์แทนได้ เพื่อลดความเสี่ยงในการที่เด็กผู้นั้นจะเกิดมาโดยมีความบกพร่องทางร่างกาย เนื่องจากอายุของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและจำนวนครั้งที่หญิงผู้นั้นเคยตั้งครรภ์ ถือว่าเป็นปัจจัยสำคัญ อันจะส่งผลกระทบต่อสุขภาพพลานามัยของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

โดยแก้ไขเพิ่มเติมเงื่อนไขของอายุที่เหมาะสมของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไว้เป็น (5) แห่งมาตรา 21 ดังต่อไปนี้ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะต้องมีอายุ 25 ปีขึ้นไปแต่ไม่เกิน 35 ปี ดังนี้

มาตรา 21 ภายใต้บังคับมาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนอย่างน้อยต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

(1) สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตร โดยให้หญิงอื่น ตั้งครรภ์แทน ต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีที่สามีหรือภริยามีได้ มีสัญชาติไทย ต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้ว ไม่น้อยกว่าสามปี

(2) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีอายุครรภ์หรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ตาม (1)

(3) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ตาม (1) ในกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนได้ ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนด โดยคำแนะนำของคณะกรรมการ

(4) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นหญิงที่เคยมีบุตรมาแล้วเท่านั้น ถ้าหญิงนั้นมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กันฉันสามีภริยา จะต้องได้รับความยินยอมจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือชายดังกล่าวด้วย

(5) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะต้องมีอายุยี่สิบปีขึ้นไป แต่ต้องไม่เกินสามสิบห้าปี

3. ปัญหาเกี่ยวกับค่าอุปการะเลี้ยงดูในการปกครองเด็กกรณีที่สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด

ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีที่ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 30 บัญญัติไว้ว่า กรณีที่สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด กฎหมายกำหนด ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองเด็กนั้นจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ โดยให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก ผู้มีส่วนได้เสียหรือพนักงานอัยการ มีอำนาจร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้ปกครองได้ และในการตั้งผู้ปกครองให้ศาลคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กนั้นเป็นสำคัญ ในการที่หญิงตั้งครรภ์แทนจะต้องเป็นผู้ปกครองเด็กจากกรณีที่บิดามารดาถึงแก่ความตาย จึงเกิดปัญหาในเรื่องความสามารถในการเป็นผู้ปกครองของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนว่า หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นจะมีความสามารถในการปกครองเด็กที่เกิดมาได้มากน้อยเพียงใด เนื่องจากการที่หญิงรับตั้งครรภ์แทนนั้นไม่ได้มีการคำนึงถึงมาก่อนในเรื่องดังกล่าว โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์บางรายอาจมีปัญหาทางด้านภาวะเศรษฐกิจ ซึ่งส่งผลต่อการเป็นผู้ปกครองเด็กที่ต้องรับภาระการเลี้ยงดูทั้งหมด จากการตายของบิดาและมารดา ในเรื่องของค่าอุปการะเลี้ยงดูที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้อุปการะเลี้ยงดูไปในการปกครองเด็กนั้น โดยไม่มีกฎหมายที่บัญญัติให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนสามารถเรียกร้องในค่าใช้จ่ายที่ตนต้องเสียไปเนื่องในการปกครองเด็กนั้น จึงเกิดปัญหาทางกฎหมาย

ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ มาตรา 30 ที่จะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติม ในเรื่องของมาตรการในการเรียกร้องค่าอุปการะเลี้ยงดูในการปกครองเด็กที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้เสียไปในการเลี้ยงดูก่อนที่จะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ โดยบัญญัติเพิ่มเติมมาตรา 30/1 บัญญัติว่า ในระหว่างที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองเด็กตามมาตรา 30 และในการปกครองเด็กหากมีค่าอุปการะเลี้ยงดูในการปกครองเด็กเกิดขึ้น ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นมีสิทธิเรียกค่าอุปการะเลี้ยงดูอันจำเป็นที่ตนได้เสียไปจากการเป็นผู้ปกครองเด็กได้จากผู้ปกครองคนใหม่ที่มีการตั้งขึ้นตามกฎหมาย

4. ปัญหาเกี่ยวกับความลับในการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก ที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

การคุ้มครองสิทธิของเด็กตามหมวดสี่แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ได้มีการบัญญัติคุ้มครองสิทธิของเด็กอยู่หลายบทบัญญัติมาตราด้วยกัน แต่ยังเกิดช่องว่างทางกฎหมายอยู่มากมายในเรื่องสิทธิของเด็กซึ่งโดยเฉพาะเรื่องของความลับ ที่จะให้เด็กสามารถล่วงรู้ได้ถึงความลับว่าเด็กนั้นเกิดมาโดยอาศัยเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้หรือไม่ และในอีกแง่มุมหนึ่งหากให้เด็กสามารถล่วงรู้ถึงความลับนั้นได้ จะส่งผลกระทบต่อใด ๆ แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนหรือไม่

หากปล่อยให้เด็กสามารถรู้ถึงความลับได้ว่า ตนเป็นเด็กที่เกิดมาโดยผิดธรรมชาติ คือ เกิดมาโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จะส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจของเด็กเป็นอย่างมาก อาจทำให้เด็กไม่สามารถที่จะยอมรับในความลับที่เป็นเรื่องดังกล่าวได้ ทำให้เด็กมีความคิดว่าตนไม่ใช่บุตรที่แท้จริงของบิดาและมารดาที่เป็นผู้ให้บริการ ทำให้เด็กไม่สามารถที่จะยอมรับการเป็นบิดามารดาได้อีกต่อไป และ หากปล่อยให้สังคมภายนอกรับรู้ถึงความลับดังกล่าวก็ถือว่าเป็นการขัดต่อหลักการเป็นส่วนตัวในปณิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชน อีกทั้งในเรื่องของการยอมรับจากสังคมซึ่งตามปณิญาสากล่าวด้วยสิทธิมนุษยชนที่กล่าวไว้ว่า ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการยอมรับทุกแห่งหนว่าเป็นบุคคลตามกฎหมาย ดังนั้นแล้วจะส่งผลกระทบต่อเด็กที่จะไม่สามารถอยู่ในสังคมนั้นได้อย่างมีความสุข เพราะอาจจะโดนสังคมกดดัน หรือตีตราว่าตนไม่ใช่เด็กที่เกิดมาโดยบิดามารดาที่แท้จริง จึงเป็นประเด็นปัญหาในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่ยังบกพร่อง ในเรื่องของการคุ้มครองเด็กในเรื่องที่เป็นความลับจากการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ที่จะต้องมีการบัญญัติเพื่อคุ้มครองสิทธิเด็กที่เกิดมา

ดังนั้น ขอเสนอแนะให้เพิ่มเติม พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ดังนี้

โดยการบัญญัติ ห้ามมิให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ สามิและภริยาผู้ให้บริการ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หรือบุคคลอื่นใด ดำเนินการใด ๆ ให้

เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ล่วงรู้ถึงความลับเนื่องจากการที่ตนคลอดมาโดยอาศัยเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

เอกสารอ้างอิง

กุลพล พลวัน. **สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก**. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547.

คณะกรรมการแผนกตำรา. **พระธรรมปิฎกอุกกา ฉบับแปลภาษาไทย ภาคที่ 1**. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยมหามกุฏราชวิทยาลัย, 2528.

ประยงค์ แสนบุราณ. **พระพุทธศาสนาเถรวาท**. ขอนแก่น: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยขอนแก่น, 2555.

พนัส สิมะเสถียร และคณะ. **สิทธิมนุษยชน : รัฐกับการสาธารณสุขในสังคมไทย**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538.

พิทักษ์ เล่าห์เกริกเกียรติ และ อิศรินทร์ ชนบุญวัฒน์. “สาเหตุและการตรวจวินิจฉัยภาวะมีบุตรยาก.” ใน **ตำรานรีเวชวิทยา**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ พี เอ ลีฟวิ่ง, 2554.