

# ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 : ศึกษากรณีรับตั้งครรภ์แทน<sup>1</sup>

สายธาร ยงหนู<sup>2</sup>

ปัจจุบันเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์พัฒนาไปอย่างต่อเนื่องจนสามารถช่วยให้ผู้ที่ไม่สามารถมีบุตรได้ด้วยตนเองไม่ว่าจะเป็นผู้มีความบกพร่องด้านพันธุกรรม มีร่างกายที่ไม่สมบูรณ์รวมไปถึงคู่รักในเพศเดียวกันก็สามารถมีบุตรเป็นของตนเองได้ ซึ่งในปัจจุบันประเทศไทยจะยังไม่รองรับคู่สมรสเพศเดียวกัน เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์นี้มีหลายวิธีให้เลือกไม่ว่าจะเป็นการตั้งครรภ์โดยวิธีการนำไข่และอสุจิของสามีภรรยาออกมาผสมกัน เมื่อเกิดการปฏิสนธิจึงฉีดเข้าไปในโพรงมดลูกของภรรยา หรือที่เรียกกันว่า “การทำเด็กหลอดแก้ว” เป็นต้น ซึ่งเป็นที่นิยมมากเมื่อหลายปีก่อน ต่อมาได้มีการพัฒนาเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์อย่างต่อเนื่องจนเกิดวิธีการรับตั้งครรภ์แทน หรือในประเทศไทยมักเรียกว่า “การอุ้มบุญ” ซึ่งเป็นวิวัฒนาการทางการแพทย์เพื่อช่วยเหลือผู้ที่ต้องการมีบุตรด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นี้ ทำให้ใครก็สามารถมีบุตรเป็นของตนเองได้แม้กระทั่งคู่รักเพศเดียวกัน

เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (Assisted Reproductive Technologies หรือ ART) เป็นวิวัฒนาการทางการแพทย์เพื่อช่วยเหลือแก่ผู้ที่ต้องการมีบุตร แต่ไม่สามารถมีบุตรเป็นของตนเองได้โดยธรรมชาติ โดยนพ.รศ. ภิรมย์กรวิวงศ์ อธิบดีกรมสนับสนุนบริการสุขภาพ (สบส.) กล่าวว่า "องค์การอนามัยโลก (WHO) กำหนดให้ผู้ที่มิภาวะมีบุตรยากเป็นโรคที่ต้องได้รับการรักษา"<sup>3</sup> เนื่องจากปัญหาการมีบุตรยากเป็นปัญหาที่สามารถเกิดขึ้นได้โดยทั่วไปกับคนทุกสัญชาติ การไม่มีบุตรเปรียบเสมือนไม่มีผู้สืบทอดวงศ์ตระกูล อีกทั้งหากคนในประเทศไม่สามารถมีบุตรได้เองเป็นจำนวนมากก็จะส่งผลกระทบต่อประชากรของประเทศนั้นๆ ที่จะมีการลดลงจนกระทบต่อการพัฒนาประเทศในอนาคต ดังนั้นด้วยวิวัฒนาการดังกล่าวการรับตั้งครรภ์แทนจึงเป็นทางเลือกหนึ่งที่น่าสนใจและกำลังได้รับความนิยมเป็นอย่างมาก เพราะใครก็สามารถมีบุตรเป็นของตนเองได้

---

<sup>1</sup> บทความนี้เรียบเรียงจากการศึกษาอิสระ เรื่อง ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 : ศึกษากรณีรับตั้งครรภ์แทน โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษาคือ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. สลิล สิริพิฑูร และคณะกรรมการสอบคือ รองศาสตราจารย์ ดร.ฐาตุร ศิริยุทธวัฒนา และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.นันทรัตน์ เคะมา

<sup>2</sup> นักศึกษาปริญญาโทหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต วิทยาเขตบางนา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

<sup>3</sup> เรื่องเล่าเช้านี้, WHO กำหนด “มีลูกยาก” เป็นโรคนพ.รศ. ภิรมย์กรวิวงศ์ ชี้ไทยต้องปรับกม.รองรับ “การอุ้มบุญ” ดึงเงินต่างชาติ

[Online]; available URL: <https://www.the1.co.th/the1today/articles/4101>

การรับตั้งครรภ์แทน หรือการอุ้มบุญ (Surrogacy) ในประเทศไทยโดยส่วนมากจะคุ้นชินกับคำว่า การอุ้มบุญมากกว่า การรับตั้งครรภ์แทนเป็นวิธีการช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยให้ผู้อื่นตั้งครรภ์แทน เปรียบเสมือนการฝากตั้งครรภ์ซึ่งเป็นที่นิยมมากในต่างประเทศ มีเพียงบางประเทศที่การรับตั้งครรภ์แทนนี้ ถูกกฎหมาย เช่น สหรัฐอเมริกาในบางมลรัฐ อังกฤษ อินเดีย ออสเตรเลีย และบางประเทศก็ถือเป็นเรื่องที่ผิดจริยธรรมไม่สามารถกระทำได้โดยหากฝ่าฝืนจะมีโทษทางอาญา เช่น สหรัฐอเมริกาในบางมลรัฐ ฝรั่งเศส เยอรมนี โปรตุเกส เป็นต้น<sup>4</sup> ปัจจุบันประเทศไทยได้มีกฎหมายรองรับให้สามารถตั้งครรภ์แทนโดยถูกกฎหมายโดยใช้ชื่อว่า “พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558” มีผลบังคับใช้เมื่อ 28 เมษายน 2558 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อบำบัดรักษาผู้ที่มีภาวะมีบุตรยาก และเพื่อเป็นการกำหนดสิทธิของบิดามารดา รวมถึงคุ้มครองสิทธิของหญิงรับตั้งครรภ์แทนให้เป็นไปอย่างเสมอภาคภายใต้การคุ้มครองของกฎหมาย

การรับตั้งครรภ์แทนของไทยตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ ได้กำหนดให้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หมายถึงวิธีการทางการแพทย์โดยการนำสุจิและไข่ออกจากร่างกายมนุษย์ เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์โดยไม่เป็นไปตามธรรมชาติ<sup>5</sup> ซึ่งจะเป็นไข่หรือสุจิของสามีภรรยา หรือของผู้บริจาคก็ได้ โดยห้ามใช้ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน<sup>6</sup> นำไปทำวิธีการทางการแพทย์เมื่อปฏิสนธิจึงฉีดเข้าโพรงมดลูกของหญิงรับตั้งครรภ์แทน การดำเนินการนี้มีเงื่อนไขว่าจะต้องเป็นสามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ต้องเป็นผู้ที่ประสบปัญหาภาวะมีบุตรยาก และต้องไม่เป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ทางการค้าเป็นสำคัญ<sup>7</sup>

จากการศึกษาพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ผู้เขียนเห็นว่ายังมีปัญหาข้อกฎหมายที่ยังบกพร่องอยู่ดังนี้

#### 1. ปัญหาการเลิกสัญญารับตั้งครรภ์แทน

ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ มาตรา 3 “การตั้งครรภ์แทน หมายความว่า การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงเป็นหนังสือไว้กับสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายก่อนตั้งครรภ์ว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น”

กล่าวคือ การรับตั้งครรภ์แทนจะต้องเป็นการตั้งครรภ์โดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยก่อนเริ่มวิธีการทางการแพทย์จะต้องทำข้อตกลงเป็นหนังสือ โดยมีคู่สัญญาระหว่างสามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน กับหญิงรับตั้งครรภ์แทน โดยหญิงรับตั้งครรภ์

<sup>4</sup> BBC NEWS, / Surrogate babies: Where can you have them, and is it legal/[Online], available URL: [https://www-bbc-com.translate.goog/news/world-28679020,/2014/\(August,6\)](https://www-bbc-com.translate.goog/news/world-28679020,/2014/(August,6))

<sup>5</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ มาตรา 3

<sup>6</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ มาตรา 22 (2)

<sup>7</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ มาตรา 21, 25

แทนตกลงยินยอมให้สามีภรรยาเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กในครรภ์ อีกทั้งมีการกำหนดในส่วน  
ของค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนไว้ในข้อตกลงนั้นด้วย

จากการศึกษาข้อกฎหมายดังกล่าว ข้อตกลงเป็นหนังสือรับตั้งครรภ์แทนนั้นสามารถตีความได้ว่า  
เป็นสัญญารับตั้งครรภ์รูปแบบหนึ่ง เป็นการทำสัญญาระหว่างหญิงรับตั้งครรภ์แทนและสามีภรรยา โดยมี  
วัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือสามีภรรยาให้สามารถมีบุตรเป็นของตนเองได้ แต่จากการศึกษาพบว่า กฎหมาย  
กำหนดแต่เพียงก่อนเริ่มดำเนินการจะต้องทำเป็นสัญญาโดยหญิงรับตั้งครรภ์แทนสละสิทธิ์การปกครองบุตร  
ในครรภ์ของตนให้แก่สามีภรรยาแต่ไม่ได้มีการกำหนดถึงวิธีการ หรือเงื่อนไขของการเลิกสัญญาไว้แต่  
อย่างใด การบอกเลิกสัญญารับตั้งครรภ์แทนหรือการยุติสัญญา เป็นเหตุที่สามารถเกิดขึ้นได้โดยทั่วไป เช่น  
เมื่อสามีภรรยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตายอีกฝ่ายไม่มีความประสงค์จะเลี้ยงบุตรคนเดียวจึงต้องการเลิกสัญญา หรือ  
สัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่มีผลบังคับทางกฎหมายอันเนื่องมาจากฝ่าฝืนตัวบทกฎหมายเช่น เป็นการ  
ดำเนินการเพื่อประโยชน์ทางการค้า เป็นต้น

การไม่กล่าวถึงของการเลิกสัญญารับตั้งครรภ์แทนไว้ในตัวบทกฎหมายส่งผลกระทบต่อคู่สัญญาว่า  
เมื่อมีการเลิกสัญญาในระหว่างตั้งครรภ์การที่ไม่มียกเว้นของกฎหมายกล่าวถึงการเลิกสัญญาไว้ผล  
ในทางกฎหมายจะเป็นเช่นไร ดังนั้นเมื่อไม่มีบทกฎหมายการเลิกสัญญารับตั้งครรภ์แทนไว้เป็นการเฉพาะจึง  
ต้องนำบทกฎหมายทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาบังคับใช้โดยอนุโลม ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า  
การนำบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการเลิกสัญญามาบังคับใช้นั้นไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของ  
พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ เนื่องจากพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยการให้กำเนิดเด็ก  
เป็นการสร้างบุคคลขึ้นมาการจะนำบทกฎหมายการเลิกสัญญาทางแพ่งซึ่งเป็นสิ่งไม่มีชีวิตจิตใจมาบังคับใช้  
นั้นเป็นการขัดกับวัตถุประสงค์หลักของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ ซึ่งจากการศึกษาพบว่า เหตุที่เดิม  
กฎหมายไม่ได้มีการกล่าวถึงการเลิกสัญญารับตั้งครรภ์แทนอาจเป็นเพราะกฎหมายในช่วงนั้นประมวล  
กฎหมายอาญายังไม่ได้มีการแก้ไขในเรื่องของการทำแท้ง จึงทำให้เป็นการยากต่อการตรากฎหมายแต่ใน  
ปัจจุบันกฎหมายอาญาได้มีการแก้ไขและมีผลบังคับใช้กฎหมายในหมวดของการทำแท้งไว้เมื่อวันที่ 7  
กุมภาพันธ์ 2564 (ฉบับที่ 28) ให้หญิงมีครรภ์สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้โดยแพทย์เมื่อมีอายุครรภ์ไม่เกิน 12  
สัปดาห์ หากมีอายุครรภ์เกิน 12 สัปดาห์แต่ไม่เกิน 20 สัปดาห์ จะต้องได้รับการปรึกษาจากแพทย์ก่อน ซึ่ง  
หากเกินกว่านั้นต้องห้ามการทำแท้ง

จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศในรัฐที่กษัตริย์มีการกำหนดเงื่อนไขของการเลิก  
สัญญาว่าให้สามารถเลิกสัญญาโดยการบอกเลิกสัญญาฝ่ายที่ต้องการเลิกจะต้องแจ้งเหตุแห่งการเลิกสัญญา  
ถึงคู่ความอีกฝ่าย พร้อมทั้งยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อพิจารณาถึงเหตุแห่งการเลิกสัญญา โดยศาลจะเป็นผู้พิจารณา  
ว่าสัญญาดังกล่าวสมควรเลิกกันหรือไม่และผลของการเลิกกันจะเป็นอย่างไร โดยไม่มีการกำหนดของเขต

ของความรับผิดชอบอย่างตายตัว<sup>8</sup> อีกทั้งในรัฐที่กษัตริย์ยังเปิดกว้างเรื่องการยุติการตั้งครรภ์ รวมถึงรัฐนิวแฮมป์เชอร์กฎหมายจะมีความคล้ายกับรัฐที่กษัตริย์

จากการศึกษาผู้เขียนเห็นว่าควรเพิ่มในวรรคสองของมาตรา 3 นิยามการตั้งครรภ์แทนว่า “เว้นแต่ปัญหาเกี่ยวกับสุขภาพของหญิงหรือเด็ก ห้ามไม่ให้สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายบอกเลิกสัญญาขณะที่หญิงรับตั้งครรภ์แทนมีอายุครรภ์ 12 สัปดาห์แต่ไม่เกิน 20 สัปดาห์” เนื่องจากเป็นการรับตั้งครรภ์แทน ซึ่งแตกต่างจากการตั้งครรภ์โดยปกติทั่วไป ในการพิจารณาถึงการทำสัญญารับตั้งครรภ์แทนต้องมีการไต่ตรองมาก่อนทำสัญญา และการเลิกสัญญานั้นสามารถทำได้โดยมีเหตุสำคัญจริงๆ การบอกเลิกสัญญาด้วยเหตุอื่น ผู้เขียนเห็นว่าไม่สมควรที่จะอนุญาตให้เลิกกันได้ เพราะจะทำให้เกิดผลเสียมากกว่า โดยการเลิกสัญญาภายใต้เงื่อนไขของอายุครรภ์นี้ก็เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายประมวลกฎหมายอาญา หมวดการทำแท้งที่ให้หญิงที่มีอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ สามารถตัดสินใจยุติการตั้งครรภ์ได้ด้วยตนเอง ตามหลักสิทธิสตรีในการที่หญิงมีความเท่าเทียมกันกับชาย

## 2. ปัญหาการตรวจและประเมินความพร้อมของผู้ขอรับบริการ

ก่อนเริ่มวิธีช่วยการเจริญพันธุ์ จะต้องทำตามหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการตามที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ กำหนดมาตรา 16 “ก่อนเริ่มให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ผู้ให้บริการจะต้องจัดให้มีการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกาย จิตใจ และสภาพแวดล้อมของผู้ขอรับบริการ หญิงรับตั้งครรภ์แทน ผู้บริจาคอสุจิ หรือไข่ที่จะนำมาใช้ดำเนินการ รวมทั้งต้องจัดให้มีการป้องกันโรคที่อาจมีผลกระทบต่อเด็กที่จะเกิดมาด้วย ทั้งนี้ การดำเนินการดังกล่าวให้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ”

เมื่อพิจารณาถึงประกาศแพทยสภาที่ 95 (1)/2558 เรื่องคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเห็นว่า ตามประกาศดังกล่าวกำหนดแต่เพียงคุณสมบัติของแพทย์ที่ดำเนินการว่า จะต้องเป็นแพทย์ที่สำเร็จการศึกษาจากทางด้านสูตินรีเวชโดยเฉพาะเท่านั้นที่ต้องร่วมกับผู้ให้บริการในการดำเนินวิธีช่วยการเจริญพันธุ์ โดยไม่มีการกล่าวถึงแพทย์เฉพาะทางเช่น นักจิตวิทยา หรือนักสังคมสงเคราะห์ ซึ่งแพทย์ที่มีวิชาชีพเฉพาะด้านมีความชำนาญมากกว่าสาขาอื่น รวมถึงตามมาตรา 16 ไม่มีการกล่าวถึงผู้ขอรับบริการจะต้องผ่านการตรวจสอบทางประวัติอาชกรรม เนื่องจากพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ มีวัตถุประสงค์ในการตรากฎหมายเพื่อช่วยเหลือผู้ที่ต้องการมีบุตรให้สามารถมีบุตรเป็นของตนเองได้ หรืออาจตีความได้ว่าเป็นการสร้างบุคคลขึ้น ดังนั้น ในการให้กำเนิดเด็กควรได้รับการตรวจสอบโดยละเอียด รวมถึงประวัติอาชกรรมโดยเฉพาะสามีภรรยา เพราะเด็กจะต้องอยู่ภายใต้การปกครองของบุคคลดังกล่าว

จากการศึกษาพบว่าวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ นี้เพื่อรักษาผู้มีบุตรยากให้สามารถมีบุตรได้ และกำหนดสิทธิหน้าที่ของบิดามารดา และคุ้มครองสิทธิของหญิงมีครรภ์ ซึ่งหมายความว่า

<sup>8</sup> Texas Family Code Sec. 160.754 Gestational Agreement Authorized

ว่าเป็นกฎหมายที่ให้กำเนิดเด็ก ดังนั้นเพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์หลักของพระราชบัญญัตินี้ ผู้เขียนเห็นควรเพิ่มผู้ที่มิวิชาชีพเฉพาะด้านเช่นนักจิตแพทย์ หรือนักสังคมสงเคราะห์ รวมถึงเพิ่มหลักเกณฑ์การตรวจประเมินความพร้อมว่าควรต้องผ่านการตรวจสอบประวัติอาชญากรรมโดยสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ในความผิดทางเพศและการใช้ความรุนแรงในครอบครัว เพราะความผิดทั้งสองฐานนั้นเป็นความผิดที่อาจส่งผลกระทบต่อเด็ก ซึ่งการที่กฎหมายไม่ได้มีการตรวจสอบผู้ปกครองในอนาคตของเด็กโดยละเอียดนั้น ย่อมส่งผลกระทบต่อเด็กที่จะมีชีวิตอยู่ในครอบครัวที่ไม่อบอุ่น ซึ่งจะขัดกับหลักอนุสัญญาสิทธิเด็กที่ว่าเด็กสมควรได้รับความเป็นอยู่ที่ดี ได้รับการพัฒนา รวมถึงได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐาน

จากการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศผู้เขียนเห็นว่า ในรัฐเท็กซัสและรัฐนิวแฮมป์เชียร์ จะมีความคล้ายกันเนื่องจากมีแม่แบบมาจากรัฐบาลกลางเหมือนกันแต่ในรัฐนิวแฮมป์เชียร์ จะมีการระบุถึงรายละเอียดของการตรวจและประเมินความพร้อมก่อนเข้ารับบริการที่ละเอียดมากกว่า โดยในรัฐนิวแฮมป์เชียร์ กำหนดให้ก่อนเข้ารับบริการจะต้องผ่านการตรวจและประเมิน โดยแพทย์ผู้ดำเนินการวิธีช่วยการเจริญพันธุ์แล้ว ก็ยังต้องผ่านผู้ที่มีความเชี่ยวชาญด้านการแพทย์จิตวิทยา โดยต้องมีการประชุมตัวต่อตัวกับผู้เชี่ยวชาญด้านสุขภาพจิตจากผู้ที่มีใบอนุญาตเพื่อประเมินทางจิตวิทยาก่อนเข้ารับและอาจเกิดขึ้นในระหว่างการตั้งครรภ์ หรือมีความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นได้ ซึ่งกฎหมายยังระบุอีกว่าจะต้องเป็นแพทย์ที่จบทางด้านนี้มาโดยเฉพาะโดยสำเร็จการศึกษาในระดับปริญญาโท หรือปริญญาเอกในสาขาจิตเวชศาสตร์ สังคมสงเคราะห์ การพยาบาลจิตเวช ซึ่งแตกต่างจากของไทยที่ระบุแต่เพียงว่าต้องผ่านการตรวจประเมินทางด้านจิตใจ สภาพแวดล้อม เมื่อพิจารณาถึงประกาศแพทย์สภาประกอบก็ไม่มีบทกฎหมายในส่วนใดที่กำหนดให้ต้องผ่านแพทย์ผู้ที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะ ในส่วนของการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านประวัติอาชญากรรมนั้น แม้ในรัฐเท็กซัสและรัฐนิวแฮมป์เชียร์ไม่ได้กำหนดว่าต้องผ่านการตรวจและประเมินด้านประวัติอาชญากรรมมาก่อน แต่จากการศึกษาพบว่า ผู้ที่มีประวัติอาชญากรรมให้ถือว่าขาดคุณสมบัติที่จะเข้าร่วมเป็นคู่สัญญารับตั้งครรภ์แทน ย่อมหมายความว่า ไม่สามารถดำเนินการใดๆ ได้เลยไม่ว่าจะอยู่ในฝ่ายใดตาม

ผู้เขียนเห็นควรเพิ่มในมาตรา 16 ว่า “.....ต้องได้รับการตรวจคัดกรองโรคทางพันธุกรรม ในรับรองการตรวจสอบประวัติอาชญากรรมในความผิดมีความรุนแรงในครอบครัว หรือความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งมีนักจิตแพทย์ นักสังคมสงเคราะห์ และผู้มีวิชาชีพเฉพาะด้านเข้าร่วมการตรวจและประเมินความพร้อมด้วย” เพื่อให้สอดคล้องกับหลักอนุสัญญาสิทธิเด็กและวัตถุประสงค์หลักของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ

3. ปัญหาสามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ให้ความยินยอมให้มีการยุติการตั้งครรภ์

การยุติการตั้งครรภ์ตามมาตรา 26 บัญญัติว่า “การยุติการตั้งครรภ์แทนต้องกระทำโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น เว้นแต่ในกรณีหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ยินยอมให้ถือว่า

ข้อตกลงการตั้งครุฑแทนตามมาตรา 25 เป็นอันยุติลง และหญิงที่รับตั้งครุฑแทนนั้นไม่ต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายตามข้อตกลงดังกล่าว”

กล่าวคือ การยุติการตั้งครุฑแทนสามารถทำได้โดยให้ความยินยอมเป็นหนังสือของคู่สัญญารับตั้งครุฑแทนทั้งสองฝ่ายคือฝ่ายสามัญฯ และหญิงรับตั้งครุฑแทน แต่เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ ประกอบประกาศแพทยสภาแล้วนั้น ไม่มีบทกฎหมายในส่วนใดกล่าวถึงการไม่ให้ความยินยอมให้มีการยุติการตั้งครุฑ จึงมีปัญหาทางกฎหมายว่า หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ให้ความยินยอมแล้วนั้น ผลในทางกฎหมายจะเป็นอย่างไร การที่สามัญฯ ไม่ยินยอมให้มีการยุติการตั้งครุฑ หากหญิงรับตั้งครุฑแทนไปยุติการตั้งครุฑโดยไม่ได้รับความยินยอมจะมีความผิดหรือโทษหรือไม่ ซึ่งตามหลักประมวลกฎหมายอาญาแก้ไขใหม่ ให้สิทธิหญิงทำแท้งได้หากมีอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ หมายความว่า หากหญิงรับตั้งครุฑแทนไปยุติการตั้งครุฑโดยไม่ได้รับความยินยอมจากสามัญฯ การยุติการตั้งครุฑนั้นถือว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และหญิงรับตั้งครุฑแทนจะต้องชดใช้ให้แก่สามัญฯ ในส่วนของค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับวิธีการตั้งครุฑแทนหรือไม่ ซึ่งการที่กฎหมายไม่กำหนดให้แน่ชัดว่าการไม่ให้ความยินยอมของสามัญฯ จะมีผลอย่างไร โดยกฎหมายกำหนดแต่เพียงว่าการยุติการตั้งครุฑแทนจะต้องได้รับความยินยอม ซึ่งจะขัดกับหลักกฎหมายอาญาในหมวดการทำแท้ง คือหญิงมีครรภ์ทำแท้งได้ด้วยตนเองหากมีอายุครรภ์ตามกำหนด แต่ในทางบทบัญญัติไม่มีการกล่าวถึง ก็ตีความได้ว่าหญิงรับตั้งครุฑยุติการตั้งครุฑโดยไม่ได้รับความยินยอมเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

การยุติการตั้งครุฑตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ นอกจากต้องได้รับความยินยอมจากสามัญฯ แล้ว หญิงรับตั้งครุฑแทนก็ต้องให้ความยินยอม โดยในมาตรา 16 กำหนดข้อยกเว้นว่า หากหญิงรับตั้งครุฑแทนไม่ยินยอมให้ถือว่าสัญญารับตั้งครุฑแทนยุติลงและไม่ต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการตั้งครุฑแทน ซึ่งจากการศึกษาพบว่า การที่หญิงรับตั้งครุฑแทนไม่ยินยอมให้มีการยุติการตั้งครุฑแทนนั้น ด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มีหลายวิธี ซึ่งการตั้งครุฑแทนจะใช้ไข่หรือสุจิของสามัญฯ หรือใช้ของผู้บริจาคก็ได้ โดยกฎหมายห้ามไม่ให้ใช้ของหญิงรับตั้งครุฑแทนเท่านั้น เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าเป็นการตั้งครุฑแทนโดยวิธีการใช้ไข่หรือสุจิของสามัญฯ หากหญิงรับตั้งครุฑแทนไม่ยินยอมให้ยุติการตั้งครุฑแทนย่อมมีผลต่อกฎหมายและพาณิชย์ในหมวดของการรับรองบุตร และทรัพย์สินมรดก คือบุตรที่เกิดโดยสุจิหรือไข่ของสามัญฯ ผู้ประสงค์ให้มีการตั้งครุฑแทน จะเป็นทายาทผู้มีสายโลหิตเดียวกันกับเจ้ามรดก ดังนั้น พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กเป็นกฎหมายเฉพาะสำหรับการตั้งครุฑแทน ซึ่งมีความแตกต่างจากการตั้งครุฑโดยธรรมชาติ ผู้เขียนจึงเห็นควรเพิ่มข้อจำกัดหรือสละสิทธิที่มีตามกฎหมายทั่วไปบางประการเพื่อความสงบสุขและเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย

จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศ การยุติการรับตั้งครุฑแทน ในรัฐเท็กซัสและรัฐนิวแฮมป์เชียร์ จะได้กำหนดให้หญิงสามารถตัดสินใจได้ว่าจะยุติการตั้งครุฑแทนหรือไม่ก็ตาม แต่การให้สิทธินั้นจะอยู่ภายใต้ดุลพินิจของศาล กล่าวคือแม้หญิงจะตัดสินใจเก็บเด็กไว้แต่หากศาลพิจารณาถึง

สภาพแวดล้อม ความพร้อมในการเลี้ยงดูเด็ก การอบรมให้การศึกษาแก่เด็กหากหญิงรับตั้งครรภ์แทนไม่มีความสามารถในการเลี้ยงดูเด็ก ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการกำหนดสิทธิและหน้าที่แก่สามีภรรยาและหญิงรับตั้งครรภ์แทน โดยให้สามีภรรยามีหน้าที่สนับสนุนค่าใช้จ่ายสำหรับการเลี้ยงดูบุตร โดยหญิงรับตั้งครรภ์แทนจะต้องสละสิทธิเรียกร้องใดๆ นอกเหนือนี้ ส่วนเด็กจะอยู่ในความดูแลของใครจะเป็นดุลพินิจของศาล ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับของไทย กฎหมายไทยเพียงแต่ให้ถือว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนสิ้นสุดลงแต่ไม่มีการสละสิทธิเรียกร้องใดๆ ในทางแพ่ง ซึ่งพันธกรรมของสามีภรรยาจะยังคงอยู่ในตัวเด็ก

เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กและสอดคล้องกับกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ผู้เขียนเห็นควรเพิ่มข้อความในมาตรา 26 วรรคสาม “กรณีที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ไม่ยินยอมให้มีการยุติการตั้งครรภ์ ต้องผ่านการตรวจและประเมินความพร้อมในการเลี้ยงดูบุตร การให้การศึกษา และห้ามมิให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเรียกร้องสิทธิใด ๆ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก จากผู้บริจาคไข่ อสุจิ หรือสามีและภรรยาที่ขอบด้วยกฎหมาย” เพื่อให้สอดคล้องกับหลักทฤษฎีสตรีนิยมที่ให้สิทธิแก่หญิงที่สามารถเลือกได้ว่าจะต้องการเก็บเด็กไว้หรือยุติการตั้งครรภ์ โดยหากเลือกที่จะเก็บเด็กไว้จะต้องคำนึงถึงอนุสัญญาสิทธิเด็ก หลักผลประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นหลัก

## บรรณานุกรม

### เอกสารภาษาไทย

#### บทความในวารสาร

นายอนุชา ดีสวัสดิ์, พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2564 (ความผิดฐานทำให้แท้งลูก), (กรุงเทพฯ:นิติกรรณานุกรม กลุ่มงานบริการวิชาการ 3 สำนักวิชาการ).

มณี อาภานันท์กุล, การประยุกต์ใช้ทฤษฎีสตรีนิยมเป็นกรอบแนวคิดสำหรับการพยาบาล

สุขภาพหญิง/ (พฤศจิกายน-ธันวาคม 2549).

สมชัย โกวิทเจริญกุล, กรรมการผู้จัดการศูนย์การแพทย์นวัตกร ให้สัมภาษณ์ในจุดประกาย “อุ้มบุญให้เกิดหนทางของผู้มีลูกยาก” กรุงเทพธุรกิจ, 2537 (9 ตุลาคม 2565).

อวิการ์ตน์ นิยมไทย, “การรับตั้งครรภ์แทน,”/การปฏิรูปกฎหมาย : Law Refrom/(2553).

เอื้ออารีย์ อิงจะนิล, รายงานสรุปและวิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดย

อาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (กรุงเทพมหานคร : สำนัก ส่งเสริมวิชาการ  
รัฐสภา สถาบันพระปกเกล้า).

### วิทยานิพนธ์

ธัญญลักษณ์ พลธานี, มาตรการคุ้มครองหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติ

คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.

2558, (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561).

บุญราศรี เกิดโชค, “ปัญหาผลของสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดย

อาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558,” (นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชา

นิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559).

วิภาพร เนติจิโรชิต, “มาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับการทำแท้ง,” (คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัย

ธุรกิจบัณฑิตย์, 2559).

### งานวิจัย

ธนัฐกรณ์ โภคินกรณ์พงศ์, ภาณินี กิจพ้อคำ, วรรณวิภา เมืองถ้ำ, “การตั้งครรภ์แทน

ตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญ

พันธุ์ทางการแพทย์,” (การประชุมงานวิจัยระดับบัณฑิตศึกษาแห่งชาติ ครั้งที่ 19

(9 มีนาคม 2561).

## เอกสารอื่นๆ

Yesmom.เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (ART) [ออนไลน์]. available URL:

<https://yesmomfertility.com/blog/th/> (25 ตุลาคม 2565).

แพทยสภา./แถลงข่าวแพทยสภา กรณีอุ้มบุญ/[Online],สำนักงานเลขาธิการแพทยสภา

URL:[https://tmc.or.th/index.php/News/News-and-Activities/821770716,/2565/\(19 กันยายน\).](https://tmc.or.th/index.php/News/News-and-Activities/821770716,/2565/(19%20กันยายน))

American Surrogacy,/ **What You Need to Know About Surrogacy Laws in the**

**U.S./[Online]**availableURL: <https://www.americansurrogacy.com/surrogacy/surrogacy-laws-in-the-united-states>

CAP (Center for American Progress),/ **Guide to State Surrogacy Laws** /[Online],available URL:

[https://www-americanprogress-org.translate.goog/2007\(DEC 17\)](https://www-americanprogress-org.translate.goog/2007(DEC%2017))

## กฎหมาย

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประมวลกฎหมายอาญา

ประกาศคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558

ประกาศแพทยสภา ที่ 95(1)/2558 เรื่อง คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

## เอกสารภาษาอังกฤษ

### กฎหมาย

The Uniform Parentage Act (UPA) 2002

Texas Family Code

New Hampshire Revised Statutes Title XII - Public Safety and Welfare Title 168-B – Surrogacy