

บทที่ 1

บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าเทคโนโลยีความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ในแขนงต่างๆนั้นได้มีการค้นคว้าวิจัยเพื่อให้ทันต่อการเปลี่ยนแปลงและเพื่อการขยายเขตแดนแห่งความรู้ในทางวิชาการอันจะเป็นประโยชน์ต่อมวลมนุษยชาติต่อไปในภายหน้า วงการแพทย์ได้พัฒนาเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น รวมถึงรวมถึงเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (Assisted Reproductive Technology) ในปัจจุบันก็ได้เจริญก้าวหน้าไปอย่างรวดเร็ว ทำให้ช่วยคู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรได้ด้วยวิธีทางธรรมชาติ สามารถมีบุตรได้ด้วยกรรมวิธีทางวิทยาศาสตร์ เทคนิคและกรรมวิธีใหม่ๆเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ได้ถูกพัฒนาขึ้นตลอดเวลา ซึ่งมีให้เลือกมากมายหลากหลายวิธีและหนึ่งในนั้นก็คือการให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทน หรือ การอุ้มบุญ นั่นเอง

แต่ทั้งนี้การดำเนินการให้มีการรับตั้งครรภ์แทนอาจก่อให้เกิดการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากหญิงที่ทำกรรับตั้งครรภ์แทนหรือจากตัวเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนเองได้ ซึ่งในบางประเทศมีกฎหมายอนุญาตให้ทำการรับตั้งครรภ์แทนนั้นสามารถกระทำได้ โดยถูกต้องตามกฎหมาย แต่ก็มีบางประเทศที่ถือว่าการรับตั้งครรภ์แทนเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย และบางประเทศก็ยังไม่มีการชี้ชัดว่าการรับตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ถูกต้องหรือผิดกฎหมาย

ในประเทศไทยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ได้เจริญรุดหน้าไม่น้อยไปกว่าในต่างประเทศ แพทย์ได้นำเทคโนโลยีนี้มาช่วยให้คู่สมรสที่อยู่ในภาวะมีบุตรยากได้มีบุตรตามความประสงค์เป็นจำนวนมาก การรับตั้งครรภ์แทนจึงเกิดขึ้นพร้อมไปกับความเจริญก้าวหน้าในทางวิทยาการสาขานี้

แต่กรณีประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนโดยเฉพาะในการรับตั้งครรภ์แทนนั้น ประเทศไทยประสบปัญหาทั้งทางกฎหมายและทางจริยธรรมโดยส่วนใหญ่มีความคล้ายคลึงกันกับปัญหาที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ เช่น การรับจ้างตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ การซื้อขายเด็กทารก และปัญหาเกี่ยวกับสิทธิของหญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์แทน สิทธิความเป็นส่วนตัวของหญิงผู้รับจ้างตั้งครรภ์แทน เป็นต้น

ยิ่งไปกว่านั้น ประเทศไทยยังไม่มีมาตรการทางกฎหมายใดๆมารองรับต่อปัญหาที่เกิดขึ้นได้ ทำให้กฎหมายที่มีอยู่จึงไม่สอดคล้องกับความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยี และเมื่อนำกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้กับการรับตั้งครรภ์แทนอาจมีข้อบกพร่องและไม่สามารถขจัดปัญหาที่เกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ ในขณะที่เดียวกันอาจทำให้ผู้หญิงกลายเป็นเครื่องมือเพื่อการสืบพันธุ์ ประเด็นดังกล่าวนอกจากเป็นสิทธิทางการอนามัยเจริญพันธุ์แล้วยังถือเป็น "สิทธิทางเพศ (Sexual Right) และสิทธิอนามัยเจริญพันธุ์ (Reproductive Right)" ซึ่งหมายถึงสิทธิในร่างกาย สิทธิความเป็นบุคคลและสิทธิที่จะตัดสินใจอย่างเป็นอิสระได้ด้วยตนเอง อันเป็นหลักการที่ความหมายมหาศาลภายใต้สังคมที่ถือความสำเร็จของครอบครัวคือ การมีทายาท

ปัจจุบันในทางกฎหมายยังคงถือว่าเด็กที่คลอดจากหญิงคนใดย่อมเป็นบุตรของหญิงคนนั้น คือ ถ้ามีการอุ้มบุญเกิดขึ้นเด็กที่คลอดจากหญิงที่เป็นผู้ตั้งครรภ์ย่อมเป็นแม่ของเด็ก ส่วนคู่สมรสที่ยอมให้มีการตั้งครรภ์แทนทำได้เพียงรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมเท่านั้น นอกเสียจากจะมีการตกลงกันระหว่างคุณแม่อุ้มบุญและคุณแม่ที่แท้จริงซึ่งส่วนใหญ่แล้วคุณแม่อุ้มบุญจะเป็นคนสนิทหรือญาติที่สามารถไว้วางใจได้มากกว่า

แต่กระนั้นก็อาจจะมีการแอบแฝงเพื่อมุ่งหวังผลกำไรที่จะได้จากการตั้งครรภ์ก็เป็นได้ เช่นเมื่อคลอดมาแล้วหญิงที่ตั้งครรภ์แทนบอกว่าจะต้องเอาเงินจำนวนเท่านั้นเท่านั้นมาแลกเพื่อที่จะยอมยกเด็กให้แก่คู่สมรสภรรยาไป โดยใช้เด็กเป็นเครื่องมือ หรือตัวประกันแสวงหาประโยชน์ทางธุรกิจ ซึ่งไม่อาจมีใครคาดเดาได้เลย

ทำให้เกิดประเด็นทางสังคมว่า การอุ้มบุญเป็นความท้าทายทางศีลธรรมในสังคมที่อาจนำไปสู่ปัญหาใหญ่เพราะแทนที่จะเป็นทางออกให้กับคู่สมรสที่มีบุตรยาก แต่หลายเรื่องยังคงมีปัญหาคลุมเครืออยู่ไม่น้อย โดยเฉพาะสิทธิในตัวเด็ก ทั้งในเรื่องของการครอบครองมรดก สิทธิการเลี้ยงดู ซึ่งหากเด็กเกิดมามีโรคติดตัวตั้งแต่กำเนิด หรือพิการ เด็กอาจไม่ได้รับการเหลียวแลหรือปกป้องอย่างดีตามสิทธิที่เด็กควรจะได้รับเลยก็ได้ถ้าเป็นเช่นนั้นอนาคตของเด็กจะเป็นเช่นไรเป็นเรื่องที่น่าเป็นห่วงมาก

การดำรงไว้ซึ่งการรักษาเผ่าพันธุ์ของตน ซึ่งเป็นสิ่งที่มนุษย์ทุกยุคทุกสมัยให้ความสำคัญเป็นอย่างยิ่งรองลงมาจากสัญชาตญาณในการรักษาชีวิตของตนเองให้อยู่รอด เดิมปัญหาการมีบุตรยากเป็นปัญหาสำหรับคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรเพื่อสืบทอดและดำรงไว้ซึ่งเผ่าพันธุ์ของตนเองแต่ไม่สามารถมีได้ตามธรรมชาติ มนุษย์จึงพยายามทุกวิถีทางเพื่อให้ตนสามารถดำรงเผ่าพันธุ์ที่สืบเชื้อสายมาจากตนเองไว้ให้ได้

1.1 คำนิยามของคำว่า "การรับตั้งครรภ์แทน"

การตั้งครรภ์แทนนับได้ว่าเป็นวิทยาการทางเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์อีกรูปแบบหนึ่ง เป็นคำที่เกิดจากการผสม ของคำว่า "การตั้งครรภ์" ร่วมกับ คำว่า "แทน" ซึ่งคำว่า การตั้งครรภ์ คือ การที่อสุจิ (sperm) ผสม (conceive) กับ ไข่ (egg) ในสภาวะและเวลาที่เหมาะสม ส่วนคำว่า "แทน" นี้ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ได้ให้คำนิยามไว้ว่า "แทน คืออาการที่บุคคลหนึ่งทำหน้าที่ในฐานะของอีกบุคคลหนึ่ง เช่น รักษาการแทน ทำแทน ไปแทน" ดังนั้นการตั้งครรภ์แทน จึงมีความหมายว่า การที่บุคคลหนึ่งตั้งครรภ์ในฐานะมารดาแทนอีกบุคคลหนึ่ง โดยที่คนไทยจะรู้จักกันในนามของ "การอุ้มบุญ"²

BLACK'S LAW DICTIONARY ได้ให้คำนิยามของคำว่า การอุ้มบุญ (Surrogate mother) ไว้ว่า "Surrogate mother คือ หญิงที่ได้รับการผสมเทียมโดยเชื้ออสุจิของสามีของหญิงอื่น และตั้งครรภ์เด็กจนครบระยะเวลาตั้งครรภ์ หลังจากคลอดเด็ก หญิงนั้นจะโอนสิทธิ์ในการเป็นพ่อแม่ให้แก่พ่อเจ้าของเชื้ออสุจิและภรรยาของเจ้าของเชื้ออสุจิ"³

แต่ในปัจจุบันนั้นความหมายของการอุ้มบุญ (Surrogate mother) ตามที่ BLACK'S LAW DICTIONARY ได้ให้คำนิยามไว้นั้นค่อนข้างล้าสมัยไปแล้วเนื่องด้วยปัจจุบันวิทยาการในการเก็บรักษาเชื้ออสุจิของมนุษย์พัฒนาขึ้นมาตั้งแต่ ๔๐-๕๐ ปีที่แล้ว แต่ธนาคารเก็บน้ำเชื้อเพิ่งมีขึ้นเมื่อช่วงปี ค.ศ. ๑๙๗๐ ในสหรัฐอเมริกา จนถึงปัจจุบันกิจการนี้ขยายตัวอย่างรวดเร็ว ธนาคารอสุจิ เป็นการให้บริการเก็บตัวอย่างน้ำอสุจิ เพื่อการให้ต่อไปในอนาคต เช่น การผสมเทียม ความผิดปกติทางด้านร่างกาย หรือเพื่อใช้เป็นตัวอย่างงานวิจัย เป็นต้น ธนาคารอสุจิแห่งแรกของโลกเปิดที่เมือง ไอโอวาซิตีในรัฐไอโอวา สหรัฐอเมริกา และ โตเกียว ประเทศญี่ปุ่น⁴

การเป็นผู้บริจาคเชื้ออสุจิอาจดูเหมือนง่าย แต่ในความเป็นจริงต้องผ่านการทดสอบคุณสมบัติ หลายขั้นตอน

ขั้นแรกคือ นับจำนวนตัวอสุจิว่ามีมากพอหรือไม่

¹พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2542, (กรุงเทพฯ:นานมีบุ๊คส์พับลิเคชันส์, 2546), หน้า 545.

²กานต์ กาญจนะไพบุลย์, ปัญหาทางกฎหมายของสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทน, (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์ มหาวิทยาลัย, 2550).

³ BLACK'S LAW DICTIONARY, 6th ed., p.1445.

⁴"ธนาคารอสุจิ," [http://th.wikipedia.org/wiki], 2 เมษายน 2556.

ขั้นตอนต่อไปคือ ทดสอบการเคลื่อนไหวของตัวอสุจิ หากผู้ที่ต้องการบริจาคเชื้ออสุจิสอบผ่านสองขั้นตอนนี้ข้างต้น

สิ่งที่ต้องทำต่อไปคือตอบแบบสอบถามเกี่ยวกับประวัติทางการแพทย์ และพันธุกรรม ผ่านการทดสอบร่างกาย และถูกสัมภาษณ์เกี่ยวกับอาชีพ งานอดิเรก ศาสนา เชื้อชาติ ความสูง กลุ่มเลือด และอื่นๆ เพื่อร่างประวัติชีวิตอย่างละเอียด

สาเหตุที่ต้องรู้ละเอียดโดยเฉพาะในเรื่องของพันธุกรรม เนื่องจาก เวลาเลือกน้ำเชื้อให้แก่หญิงที่ต้องการตั้งครรภ์โดยวิธีผสมเทียม ทางธนาคารต้องการเลือกผู้บริจาคที่มีลักษณะ คล้ายคลึงกับสามีของหญิงคนนั้นมากที่สุดเท่าที่จะทำได้ เพื่อป้องกันปัญหาทางกฎหมาย และอารมณ์

ผู้บริจาคและธนาคารน้ำเชื้อ จะร่างสัญญา รับประกันว่าชื่อของทั้งผู้บริจาค และผู้รับบริจาคจะถูกเก็บเป็นความลับ ชายเจ้าของน้ำเชื้อจะไม่มีวันรู้เลยว่าหญิงที่ตั้งครรภ์ด้วยเชื้อของตนเป็นใคร อยู่ที่ไหน หรือมีลูกจากเขาก็คนในขณะที่ เดียวกันแม่เด็กก็ไม่อาจรู้ว่าใครคือผู้บริจาคน้ำเชื้อ

เมื่อคุณสมบัติเป็นที่ยอมรับของธนาคาร ผู้บริจาคจะต้องมาบริจาคน้ำเชื้อบ่อยๆ และต้องงดเว้น กิจกรรมทางเพศสามวันในช่วงบริจาคน้ำเชื้อ เนื่องจากจำนวนตัวอสุจิจะลดลงหลังการหลั่งแต่ละครั้ง

เมื่อบริจาคอสุจิแล้วธนาคารจะนำตัวอย่างไปวิเคราะห์บนจานเพาะเชื้อ เพื่อตรวจดูว่ามีการปนเปื้อนหรือ กามโรค หรือไม่ หากทุกอย่างสมบูรณ์แบบ ผู้บริจาคจะได้คำตอบแพรวพราว ๒๐ ดอลลาร์สหรัฐ ต่อการบริจาคแต่ละครั้ง⁵

พจนานุกรมชั้นสูงฉบับใช้เรียนของออกฟอร์ด (Oxford Advanced Learner's Dictionary) ได้ให้คำนิยามของคำว่าผู้หญิงที่รับอ้อมท้องแทน(Surrogacy)ไว้ว่า "Surrogacy คือ การให้กำเนิดทารกเพื่อหญิงอีกคนหนึ่งที่ไม่สามารถมีทารกได้ด้วยตัวของหญิง ผู้นั้นเอง"⁶

พจนานุกรมชั้นสูงฉบับใช้เรียนของออกฟอร์ด (Oxford Advanced Learner's Dictionary) ได้ให้คำนิยามของคำว่าการอ้อมบุญ(Surrogate mother)ไว้ว่า "Surrogate mother คือ หญิงที่ให้กำเนิดทารกเพื่อหญิงอีกคนหนึ่งที่ไม่สามารถมีทารกได้ด้วยตัวของหญิงผู้นั้นเอง"⁷

⁵"หลักเกณฑ์ธนาคารอสุจิ," [<http://www.sarakadee.com/2011/10/06/sperm-bank/>], 2 เมษายน 2556.

⁶ Oxford Advanced Learner's Dictionary. 6th ed., p.1363.

⁷ Ibid.

นายแพทย์สมชัย โกวิทเจริญกุล ได้ให้คำนิยามของ การตั้งครรภ์แทนไว้ว่า "การอุ้มบุญ หรือการตั้งครรภ์แทน หมายถึง การนำลูกหรือตัวอ่อนไปฝากไว้ในมดลูกของหญิงอีกคนหนึ่งโดยนำไข่กับอสุจิของพ่อและแม่ผสมกันเก็บไว้ในหลอดทดลอง หรือจวนเพาะเลี้ยงฟักในตูบในอุณหภูมิพอเหมาะเหมือนอยู่ในร่างกายมนุษย์ คือมีสภาพอากาศแวดล้อมเลียนแบบในท้องแม่ หลังจากนั้น 48 ชั่วโมงจึงคัดเลือกตัวอ่อนที่สมบูรณ์ที่สุด 2-3 ตัว ส่งกลับไปยังผู้หญิงอีกคนหนึ่งให้เป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน"⁸

พระราชบัญญัติการจัดการการรับตั้งครรภ์แทน ค.ศ. 1985 บทที่ 49 (Surrogacy Arrangement Act 1985) ของประเทศอังกฤษได้ให้คำนิยามไว้ว่ามารดาที่รับตั้งครรภ์แทน (surrogate mother) หมายถึง หญิงที่ตั้งครรภ์เนื่องมาจากการจัดการที่ถูกทำขึ้นก่อนที่หญิงนั้นจะเริ่มตั้งครรภ์ และทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในการส่งมอบเด็กที่อยู่ในครรภ์ และมอบอำนาจปกครอง (parental rights) (เพียงเท่าที่บังคับได้) ให้บุคคลอีกคนหนึ่งหรือโดยบุคคลอื่น⁹

ร่างพระราชบัญญัติ การรับตั้งครรภ์แทน พ.ศ... ได้ให้คำนิยามไว้ว่า "การรับตั้งครรภ์แทน" หมายความว่า การที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนตกลงรับตั้งครรภ์ โดยกรรมวิธีช่วยการเจริญพันธุ์กับคู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์ และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนตกลงว่า จะยกเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์นั้นให้เป็นบุตรแก่คู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์¹⁰

ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ... ได้ให้คำนิยามไว้ว่า "การตั้งครรภ์แทน" หมายความว่า การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงไว้กับสามีและภรรยาที่ขอด้วยกฎหมายก่อนตั้งครรภ์ว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภรรยาที่ขอด้วยกฎหมายนั้น¹¹

จากการที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับเรื่องการรับตั้งครรภ์แทนมาในบางส่วนแล้วนั้น ทำให้ผู้เขียนสามารถที่จะให้คำจำกัดความของคำว่า "การรับตั้งครรภ์แทน" หมายความว่า "กระบวนการที่หญิงคนหนึ่งตกลงรับที่จะกระทำการตั้งครรภ์แทน ให้กับคู่สมรสอีก

⁸สมชัย โกวิทเจริญกุล, "บทสัมภาษณ์ในจุดประกาย," กรุงเทพธุรกิจ, (1 กุมภาพันธ์ 2537), หน้า 7.

⁹ "Surrogacy Arrangements," Act, 1985, CHAPTER 49.

¹⁰ร่างพระราชบัญญัติ "การรับตั้งครรภ์แทน" พ.ศ..., มาตรา 1.

¹¹ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ..., มาตรา 1.

ฝ่ายหนึ่งที่ไม่สามารถมีบุตรได้ ด้วยวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่งภายใต้การดูแลของ แพทย์ผู้เชี่ยวชาญ และในขณะเดียวกันก็ตกลงว่าจะส่งมอบเด็กที่เกิดมานั้นให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่าย หนึ่ง พร้อมกับสละสิทธิใดๆในความเป็นมารดาของเด็กที่เกิดมานั้นทันทีที่เด็กได้ถือกำเนิดมา”

1.2 ประเภทของการตั้งครรภ์แทน

ปัจจุบัน เทคโนโลยีช่วยในการเจริญพันธุ์นั้นมีความก้าวหน้าไปมากทำให้ สามารถสนองความต้องการของคู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรได้อื่นเนื่องจากสาเหตุเพราะอาจจะ มีความบกพร่องได้หลายสาเหตุ ความเจริญก้าวหน้าทางการแพทย์มีวิวัฒนาการช่วยเหลือผู้ที่ ต้องการมีบุตรได้หลายวิธี หนึ่งในทางเลือกนั้นที่เหมาะสมคือ การรับตั้งครรภ์แทน หรือ เรียกกันว่า อุ้มบุญ มาใช้ให้ได้ผลตามประสงค์

1.2.1 การตั้งครรภ์แทนโดยการฉีดเชื้อ (Artificial Insemination Surrogacy)

การตั้งครรภ์แทนโดยการฉีดเชื้อเป็นกรณีที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นตั้งครรภ์โดย มีการนำเชื้ออสุจิของฝ่ายชายผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนมาฉีดเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงนั้น การ รับตั้งครรภ์แทนในลักษณะเช่นนี้ได้กระทำมาก่อนการรับตั้งครรภ์แทนประเภทอื่น โดยมีการพัฒนา หลังจากเทคโนโลยีการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อเจริญขึ้นไม่นานนัก ในบางครั้งจึงเรียกการรับ ตั้งครรภ์ประเภทนี้ว่า “การรับตั้งครรภ์แบบดั้งเดิม” (Traditional Surrogacy) การรับตั้งครรภ์แทน ด้วยวิธีการนี้จะทำให้เด็กที่เกิดมามีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับฝ่ายชายผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน และกับฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเพราะหญิงนั้นเป็นเจ้าของไข่ที่ใช้ในการผสมเทียม แต่เด็กนั้นจะ ไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสฝ่ายหญิงที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนเลย การรับตั้งครรภ์แทน เช่นนี้ในบางครั้งจึงถูกเรียกว่า “การรับตั้งครรภ์แทนแบบไม่สมบูรณ์”(Partial Surrogacy) เพราะ เด็กที่เกิดมานั้นจะมีความสัมพันธ์บางส่วนกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและมีความสัมพันธ์บางส่วน กับคู่สมรสฝ่ายชายที่ต้องการมีบุตรนั้น¹²

¹²จักรกฤษณ์ ควรพจน์, การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน. (รายงานการ วิจัย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา), หน้า 24-25.

1.2.2 การตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธินอกร่างกาย (In Vitro Fertilization Surrogacy)

เมื่อมีการนำเทคนิคการปฏิสนธินอกร่างกายมาใช้กับการรับตั้งครรภ์แทน การรับตั้งครรภ์แทนเช่นนี้ก็จะถูกเรียกว่า การรับตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธินอกร่างกาย การรับตั้งครรภ์แทนประเภทนี้จะมีการนำเอาไข่ของคู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนฝ่ายหญิงมาผสมกับเชื้ออสุจิของคู่สมรสที่ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนฝ่ายชายนอกร่างกายของฝ่ายหญิง หลังจากนั้นเมื่อเกิดการปฏิสนธิแล้ว ก็จะทำไข่ที่ได้รับการผสมนั้นใส่เข้าไปยังมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเพื่อให้ตัวอ่อนฝังตัวที่ผนังมดลูกแล้วเจริญเติบโตต่อไป

ด้วยวิธีการดังกล่าวเด็กที่เกิดมาจะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสทั้งสองฝ่ายเพราะฝ่ายชายเป็นเจ้าของเชื้ออสุจิ และฝ่ายหญิงเป็นเจ้าของไข่ ส่วนหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นแม้เด็กจะได้รับสารอาหารจากหญิงนั้นผ่านทางสายรก แต่ก็จะไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนเลย กรณีเช่นนี้จึงมีผู้เปรียบเทียบว่าเป็นเสมือนการเช่ามดลูก (Womb Leasing) เท่านั้น การรับตั้งครรภ์แทนประเภทนี้ในบางครั้งจึงถูกเรียกว่า "การรับตั้งครรภ์แทนโดยการตั้งครรภ์" (Gestational Surrogacy) หรือ "การรับตั้งครรภ์แทนโดยสมบูรณ์" (Full Surrogacy) เนื่องจากคู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนทั้งสองฝ่ายจะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน¹³

1.2.3 การตั้งครรภ์แทนโดยใช้ตัวอ่อนที่ได้รับการบริจาค (Donated Embryo Surrogacy)

ในกรณีที่คู่สมรสทั้งสองฝ่ายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถมีบุตรได้โดยสิ้นเชิง กล่าวคือ ทั้งสองฝ่ายไม่สามารถนำเซลล์สืบพันธุ์ของแต่ละฝ่ายมาซึ่งคือ เชื้ออสุจิของฝ่ายชายและไข่ของฝ่ายหญิงใช้ในการปฏิสนธิได้เลย คู่สมรสนั้นอาจขอให้ให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนโดยการขอรับบริจาคตัวอ่อนจากบุคคลอื่น แล้วนำตัวอ่อนที่ได้รับการบริจาคมานั้นย้ายฝากเข้าไปยังมดลูกของฝ่ายหญิงที่ตกลงรับตั้งครรภ์แทน

เมื่อเด็กคลอดออกมา หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็จะส่งมอบทารกนั้นให้แก่คู่สมรสที่ว่าจ้าง การรับตั้งครรภ์แทนในลักษณะนี้ จะทำให้ทั้งคู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมาเลย

การรับตั้งครรภ์แทนประเภทนี้ถือว่าเป็นการรับตั้งครรภ์แทนโดยการตั้งครรภ์ (Gestational Surrogacy) ประเภทหนึ่ง เพราะหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็จะไม่มีความสัมพันธ์ทาง

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 25.

พันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมาเช่นกัน การรับตั้งครรรภ์แทนเช่นนี้เกิดขึ้นไม่บ่อยครั้งนักเนื่องจากต้องเสียค่าใช้จ่ายสูง เพราะต้องเสียค่าใช้จ่ายหลายขั้นตอน คือ ค่าใช้จ่ายในการดำเนินการเพื่อให้ได้เชื้ออสุจิและไข่ ค่าใช้จ่ายในการนำเชื้ออสุจิและไข่นั้นมาผสม และค่าใช้จ่ายในการนำไข่ที่ได้รับการผสมแล้วใส่เข้าไปที่มดลูกของหญิงที่รับตั้งครรรภ์แทน ตลอดจนค่าใช้จ่ายที่ต้องเสียจากการว่าจ้างให้ตั้งครรรภ์แทนนั้น แต่เมื่อเด็กนั้นคลอดมา ก็จะไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทน โดยส่วนใหญ่แล้วคู่สมรสในภาวะเช่นนี้มักจะเลือกวิธีการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมมากกว่าเพราะเสียค่าใช้จ่ายน้อยและได้ผลที่เท่าเทียมกัน¹⁴

การรับตั้งครรรภ์แทนในยุคปัจจุบัน จำเป็นต้องอาศัยวิทยาการของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มาช่วยเสมอ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วอาจทำได้โดยการนำไข่ และเชื้ออสุจิของคู่สมรสที่ต้องการมีบุตรมาผสมกัน แล้วนำไข่ที่ผสมแล้วนั้นไปใส่ในร่างกายของหญิงที่รับตั้งครรรภ์แทน เพื่อการเจริญพันธุ์ต่อไป

การรับตั้งครรรภ์แทนได้ก่อให้เกิดปัญหาทั้งในทางจริยธรรม และกฎหมาย เช่นเดียวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เพื่อบำบัดภาวะมีบุตรยาก แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นมีความสลับซับซ้อนมากกว่า เพราะมีบุคคลที่เกี่ยวข้องหลายฝ่าย ซึ่งแต่ละฝ่ายก็ล้วนสามารถอ้างสิทธิทางกฎหมาย หรือทางศีลธรรมเป็นเหตุผลสนับสนุนการกระทำของฝ่ายตนได้

ในทางจริยธรรม อาจมีผู้สนับสนุนการรับตั้งครรรภ์แทน โดยอ้างว่าการรับตั้งครรรภ์แทนมีความเกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ทุกคน ไม่ว่าจะเป็นของคู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรได้ด้วยวิธีการตามธรรมชาติ และของหญิงที่อาสารับตั้งครรรภ์แทน รัฐจึงไม่อาจแทรกแซง หรือจำกัดไม่ให้มีการรับตั้งครรรภ์แทน โดยได้นำเรื่องสิทธิ และเสรีภาพของบุคคลขึ้นมาสนับสนุนให้มีการรับตั้งครรรภ์แทนได้ คือ สิทธิในการสืบพันธุ์ อุดมภาพของบุคคล และสิทธิในความเป็นส่วนตัว

วิธีการตั้งครรรภ์แทนเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับประเด็นทางสังคมและประเด็นทางกฎหมายค่อนข้างมาก ยังอาจจะพาดพิงไปถึงการนำไปสู่ประเด็นทางอาชญากรรมหรือขบวนการค้ามนุษย์ได้ด้วย การออกกฎหมายเพื่อรองรับต่อกรณีดังกล่าวจึงมีความสำคัญและให้สอดคล้องกับจริยธรรม ศีลธรรม และกฎหมายบ้านเมืองที่มีอยู่ในปัจจุบัน เช่น การที่ประมวลกฎหมายแพ่งได้วางหลักไว้ว่า บุคคลที่คลอดจากหญิงคนใดก็จะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงคนนั้น

¹⁴ เรื่องเดียวกัน.

ทำให้หลายๆคนมองว่า การอุ้มบุญ เป็นความท้าทายทางศีลธรรมในสังคมที่อาจนำไปสู่ปัญหาใหญ่ เพราะแทนที่จะเป็นทางออกให้กับคู่สมรสที่มีบุตรยาก แต่หลายๆเรื่องยังคงมีปัญหาคลุมเครืออยู่ไม่น้อยและไม่มีใครรู้ว่าการอุ้มบุญจะกลายเป็นค่านิยมของคู่สมรสที่มีบุตรยากหรือไม่ภายใต้สังคมที่ถือความสำเร็จของครอบครัวคือ การมีทายาท

1.3 ความเป็นมาในการดำเนินการยกร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.¹⁵

ร่างพระราชบัญญัติ

คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ....

1. สำนักงานส่งเสริมสวัสดิภาพและพิทักษ์เด็ก เยาวชน ผู้ด้อยโอกาส และผู้สูงอายุ โดยคณะอนุกรรมการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับเด็กตามมาตรฐานรัฐธรรมนูญและอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ซึ่งมีนางสายสุรี จุติกุล เป็นประธาน มีความสนใจพิจารณาเพื่อยกร่างกฎหมายเกี่ยวกับกรณีเด็กที่เกิดด้วยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ ไม่ว่าจะเป็นกรณีเด็กที่เกิดจากการอุ้มบุญ แต่กฎหมายไทยถือว่าเด็กที่เป็นบุตรของหญิงที่คลอดแล้วต้องไปผ่านกระบวนการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมซึ่งผิดหลักความเป็นจริงในเรื่องทางพันธุกรรม รวมถึงการทำ Cloning

ในประเด็นเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ในแง่ทางวิทยาศาสตร์ จริยธรรมและกฎหมายที่เป็นอยู่ในวงการแพทย์ปัจจุบัน จึงเห็นควรให้พิจารณาศึกษาและยกร่างกฎหมายว่าด้วยการตั้งครรภโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยเริ่มต้นศึกษาตั้งแต่การประชุมคณะอนุกรรมการฯ ครั้งที่ 5/2547 (เมื่อวันที่ 1 มีนาคม 2547) ด้วยการเชิญอาจารย์ที่ปรึกษาด้านสูตินรีเวช โรงพยาบาลจุฬาลงกรณ์ (ศ.กิตติคุณ นพ.ประมวล วีรุตมเสน) ศ.เกียรติคุณ นพ.วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ และ อาจารย์ คณะนิติศาสตร์ รศ.(ในขณะนั้น) แสงบุญเฉลิมวิภาส มาเป็นให้ความรู้ทางการแพทย์เกี่ยวกับเรื่องเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อยู่หลายครั้ง เพื่อปรับความรู้ให้คณะอนุกรรมการฯ มีความรู้และเข้าใจที่ถูกต้องและจะ

¹⁵"ความเป็นมาในการดำเนินการยกร่างกฎหมาย,"[www.opp.go.th/new1-30-6-53.doc], 11 กุมภาพันธ์ 2556.

ได้ยกร่างกฎหมายได้ถูกต้องตามเจตนารมณ์ที่แท้จริง โดยกำหนดให้มีกรอบของเนื้อหาของกฎหมายครอบคลุม เป็น 3 มิติ

1) ทางอาญา : การกระทำอย่างไรที่หากฝ่าฝืนกระทำแล้วถือว่าเป็นความผิดตามอาญา อาทิ

- ห้ามทำ Cloning (ลำเนาชีวิต) ในมนุษย์ แต่ไม่ห้ามกรณีที่เป็นการทำ Cloning ในสัตว์คัดสรรพันธุ์เพื่อการเกษตร รวมถึงกรณีการทำ Stem cells คัดเลือกเซลล์เพื่อประโยชน์ในทางการแพทย์

- ห้ามการทำการปฏิสนธิเทียมเพื่อการค้า
- ห้ามทำการผสมข้ามสายพันธุ์
- ห้ามทำการปฏิสนธิเทียมโดยเจ้าของสายพันธุ์ไม่ยินยอม
- ห้ามผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายกระทำการใดๆ อันเป็นการรบกวนโดย

มิชอบ

- ห้ามมิให้มีการซื้อขายไข่ / อสุจิ

2) ทางแพ่ง

- ครอบครัว / มรดก : กำหนดว่าเด็กควรเป็นบุตรของใครในทางกฎหมาย เป็นบทสันนิษฐานเด็ดขาดซึ่งกฎหมายปิดปากมิให้ปฏิเสธความเป็นบุตร รวมถึงประเด็นเกี่ยวกับการรับมรดก

- สัญญา : เป็นหลักฐาน กำหนดแบบ ข้อตกลงที่นอกเหนือที่กฎหมายกำหนดเป็นโมฆะ เพราะขัดกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

- ละเมิด : การกระทำที่ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องต้องถือปฏิบัติ และการกระทำเช่นไรเพียงใดที่ถือเป็นการละเมิดต่อสิทธิ ร่างกาย ฯลฯ

3) ทางปกครอง : กำหนดหน่วยงานที่จะรับผิดชอบกำกับดูแลระบบบริหารจัดการ กำหนดหลักเกณฑ์และอำนาจหน้าที่

- ควรมีการขึ้นทะเบียนทั้งผู้ให้บริการ และผู้ที่จะรับบริการ ตลอดจนการติดตามผลต่อเนื่องเป็นระยะว่าเมื่อเด็กเกิดจนโต แล้วมีปัญหาหรือไม่ อย่างไร

- ต้องมีการขออนุญาตก่อนกระทำหรือไม่ ใครเป็นผู้มีอำนาจอนุญาตใครเป็นผู้ทำได้เงื่อนไขในการทำ (จำเป็น / สมควร)

- กระบวนการคัดสรรพันธุ์จะอนุญาตให้ทำได้หรือไม่ อย่างไร เพียงใด

- กระบวนการในการปกปิดข้อมูล และการห้ามมิให้ทำการ
โฆษณาประชาสัมพันธ์อวดอ้าง

- ควรมีการกำหนดให้ต้องมีการให้คำปรึกษาก่อนดำเนินการ /
ให้บริการ

- กำหนดหลักเกณฑ์ และอำนาจหน้าที่ เช่น สิทธิของเด็กที่จะได้
รับรู้ข้อมูลว่าใครเป็นพ่อแม่ เมื่อใด / ภายใต้อาณัติของใครหรือไม่ อย่างไร , ถ้าเจ้าของไข้หรือเจ้าของ
ตัวอสุจิตายแล้ว จะยังคงสามารถกระทำมิได้หรือไม่

2. คณะอนุกรรมการฯ ได้ประชุมศึกษาทั้งหมด 36 ครั้ง จนยกร่างแล้วเสร็จ (เมื่อ
การประชุม ครั้งที่ 11/2549 วันที่ 27 มิถุนายน 2549) โดยได้จัดเสวนาวิชาการรับฟังความคิดเห็น
และข้อเสนอแนะ ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ด้วยกัน 2 ครั้ง

- ครั้งที่ 1 เมื่อวันที่ 22 ธันวาคม 2547 และ

- ครั้งที่ 2 เมื่อวันที่ 22 กุมภาพันธ์ 2549

ซึ่งในการเสวนาประชาพิจารณ์แต่ละครั้ง คณะอนุกรรมการฯ ได้นำเอาความ
คิดเห็นและข้อเสนอแนะจากที่ประชุมมาพิจารณาปรับแก้ร่างฉบับนี้ให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น

3. สำนักงานส่งเสริมสวัสดิภาพและพิทักษ์เด็ก เยาวชน ผู้ด้อยโอกาส และ
ผู้สูงอายุ โดยกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ ได้ส่งร่างดังกล่าวไปสำนัก
เลขาธิการคณะรัฐมนตรี (สลค.) ซึ่งการประชุมคณะรัฐมนตรี (ครม.) ได้มีมติอนุมัติหลักการของ
ร่างตามที่กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ เสนอ เมื่อวันที่ 30 ตุลาคม 2550
และให้ส่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (สกค.) ตรวจสอบพิจารณาก่อนเสนอสภานิติบัญญัติ
แห่งชาติพิจารณาต่อไป โดยให้ความเห็นของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องและข้อสังเกตของ ครม. ไป
พิจารณาด้วย

4. คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 10) นัดพิจารณาไปทั้งหมด 32 ครั้ง (เริ่ม
ตั้งแต่ 26 พฤษภาคม 2551) จนเสร็จสิ้นการพิจารณาแล้ว (ประมาณ 15 ธันวาคม 2551) มี
ทั้งหมด 49 มาตรา แบ่งออกเป็น 6 หมวด 1 บทเฉพาะกาล โดย สำนักงานคณะกรรมการ
กฤษฎีกา ได้ส่งร่างมาให้ กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ ยืนยันเมื่อวันที่ 7
กันยายน 2552 โดยกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ ได้ยืนยันไปแล้วเมื่อ 23
กันยายน 2552 ซึ่งต่อมาเป็นเรื่องเสร็จที่ 167/2553

5. สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ได้มีหนังสือ ที่ นร0503/5003 ลงวันที่ 24 มีนาคม 2553 ขอให้กระทรวงการพัฒนาศักยภาพและความมั่นคงของมนุษย์ (พม.) พิจารณาแจ้งยืนยันความเห็นเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ซึ่ง กระทรวงการพัฒนาศักยภาพและความมั่นคงของมนุษย์ ได้ยืนยันไปแล้วเมื่อวันที่ 8 เมษายน 2553

6. คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาแล้ว ตามที่กระทรวงการพัฒนาศักยภาพและความมั่นคงของมนุษย์เสนอ เมื่อวันที่ 11 พฤษภาคม 2553 และให้ส่งคณะกรรมการประสานงานด้านนิติบัญญัติพิจารณาก่อนนำเสนอสภาผู้แทนราษฎรพิจารณาต่อไป

1.4 สารสำคัญของร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.¹⁶

1. กำหนดให้ศาลเยาวชนและครอบครัวมีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาเฉพาะคดีที่เกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาของผู้ที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และกำหนดให้ประธานศาลฎีกามีอำนาจวินิจฉัยในกรณีที่มีปัญหาว่าคดีได้อยู่ในเขตอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัวหรือศาลยุติธรรมอื่น (ร่างมาตรา 4)

2. กำหนดให้มีคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ กำหนดอำนาจหน้าที่ในการกำหนดนโยบายและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ วาระการดำรงตำแหน่ง องค์ประชุม ตลอดจนให้อำนาจคณะกรรมการแต่งตั้งคณะอนุกรรมการได้ (ร่างมาตรา 6 ถึงร่างมาตรา 13)

3. กำหนดหลักการในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (ร่างมาตรา 15 - ร่างมาตรา 18)

4. กำหนดให้การผสมเทียมต้องกระทำต่อหญิงที่มีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายแล้วเท่านั้นและจะต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายกรณีการใช้ข้อสุจิจากผู้บริจาค (ร่างมาตรา 19 และร่างมาตรา 20)

¹⁶"บันทึกที่ประชุมคณะรัฐมนตรี นายอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ (นายกรัฐมนตรี) วันที่ 11 พฤษภาคม 2553," [<http://www.ryt9.com/s/cab/898581>], 11 มกราคม 2556.

5. กำหนดเงื่อนไขและวิธีการดำเนินการตั้งครรภ์แทนไว้สองกรณี ได้แก่ (1) การใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิและไข่ของสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการ

6. ตั้งครรภ์แทน และ (2) การใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิหรือไข่ของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนกับอสุจิหรือไข่ของผู้อื่น รวมถึงห้ามมิให้มีการรับจ้างตั้งครรภ์แทน ห้ามทำการเป็นคนกลาง/นายหน้าจัดให้มีการรับตั้งครรภ์แทน และโฆษณาหรือโฆษณาให้แพร่หลายว่ามีหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน (ร่างมาตรา 21 ถึงร่างมาตรา 25)

7. กำหนดให้แพทยสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการประกาศ กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และ เงื่อนไขเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ การคลอดและหลังคลอด (ร่างมาตรา 24)

8. กำหนดความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไว้เป็นการเฉพาะ และให้ผู้มีส่วนได้เสียมีอำนาจร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้ปกครองได้ กรณีที่สามีและภริยาที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด (ร่างมาตรา 27 และร่างมาตรา 28)

9. กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการรับฝาก การรับบริจาค การใช้ประโยชน์จากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่รับฝากหรือรับบริจาค เนื่องมาจากการดำเนินการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หรือการทำลายตัวอ่อนที่รับฝากหรือรับบริจาค (ร่างมาตรา 37)

10. กำหนดห้ามใช้ประโยชน์จากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่ฝากไว้ในกรณีที่เป็นเจ้าของอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนดังกล่าวตายลง ยกเว้นกรณีที่เจ้าของอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนให้ความยินยอมเป็นหนังสือไว้ก่อนตายและต้องใช้อสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนเพื่อบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีหรือภริยาที่ยังมีชีวิตอยู่เท่านั้น (ร่างมาตรา 38)

11. กำหนดโทษในทางจริยธรรม โดยมุ่งลงโทษผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมที่ไม่ปฏิบัติตามประกาศของแพทยสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (ร่างมาตรา 39 และร่างมาตรา 40)

12. กำหนดบทเฉพาะกาลเพื่อรับรองให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบหรือให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามประกาศแพทยสภาว่าด้วยมาตรฐานการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์อยู่ก่อนวันที่ร่างพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้สามารถดำเนินการต่อไปได้จนกว่าจะมีประกาศแพทยสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการเกี่ยวกับคุณสมบัติและมาตรฐานการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ใช้บังคับ (ร่างมาตรา 47)

13. กำหนดบทเฉพาะกาลรับรองสิทธิของผู้ที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ โดยต้องยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนดังกล่าวเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์ แทนนับแต่วันที่ผู้ันเกิด (ร่างมาตรา 49)

ส่วนปัญหาทางกฎหมายในประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายข้อบัญญัติทางอาญาใด ที่บังคับหรือลงโทษห้ามมิให้รับการตั้งครรภ์แทนแม้ว่าการกระทำนั้นจะเป็นไปในเชิงการค้าก็ตาม มีเพียงพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ พ.ศ... จึงนับได้ว่าเป็นช่องว่างที่สามารถฉวยโอกาสหาผลประโยชน์จากการรับตั้งครรภ์แทนได้โดยง่าย

สำหรับร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยี ช่วยการเจริญพันธุ์ พ.ศ.... เป็นร่างกฎหมายใหม่ ที่ กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ โดย สำนักงานส่งเสริมสวัสดิภาพและพิทักษ์เด็ก เยาวชน ผู้ด้อยโอกาส และผู้สูงอายุ ได้กว้างขึ้นเพื่อ คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยกำหนดให้เด็กที่เกิด จากการรับตั้งครรภ์แทน (อุ้มบุญ) เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของพ่อแม่แท้จริงที่ขอให้มีการ ตั้งครรภ์แทน แทนการมาขอรับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรมในภายหลัง ตามที่เป็นอยู่ในกฎหมายแพ่ง ปัจจุบัน และพ่อแม่ที่ขอให้มีการตั้งครรภ์แทนจะต้องรับผิดชอบต่อหนิงที่รับตั้งครรภ์แทน รวมถึง เด็กที่จะเกิดมาจากการอุ้มบุญ เช่น การเสียชีวิต พิการ หรือทุพพลภาพ

แม้ว่ากฎหมายฉบับนี้ จะผ่านการพิจารณาจากองค์กรภาครัฐและเอกชนถึง 2 ครั้ง จำนวน 163 องค์กร แล้วก็ตาม แต่ยังมีบางประเด็นที่ควรเพิ่มเติม คือการเปิดรับฟังความคิดเห็นจากภาคประชาชนควรครอบคลุมทั่วประเทศ

ขณะนี้ สำนักงานส่งเสริมสวัสดิภาพและพิทักษ์เด็ก เยาวชน ผู้ด้อยโอกาส และ ผู้สูงอายุ ได้จัดทำแบบสอบถามเพื่อรับฟังความคิดเห็นจากภาคประชาชนในส่วนภูมิภาคและ รวบรวมข้อมูลและประมวลผลเพิ่มเติมเพื่อใช้ประกอบการเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาให้ความ เห็นชอบ ด้านการประกันภัยคุ้มครองหนิงที่รับตั้งครรภ์แทน และเด็กที่เกิดจากการอุ้มบุญ อยู่ ระหว่างการหารือกับสำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย (คปภ.) และสำนักงานประกันภัย (เอกชน) ถึงความเป็นไปได้ที่จะกำหนดให้มีกรรมธรรมคุ้มครอง หนิงที่รับตั้งครรภ์แทน กรณีที่อาจทุพพลภาพหรือเสียชีวิตเนื่องจากการตั้งครรภ์ รวมถึงการ คุ้มครองเด็ก หากเกิดกรณีเสียชีวิต พิการ หรือทุพพลภาพ หรือเป็นโรคที่รักษายาก เช่น โรคหัวใจ โต เป็นต้น

ด้านการพิจารณาอนุญาตให้อุ้มบุญ ควรมีแพทย์พิจารณาตัดสินใจมากกว่าหนึ่งคน ในรูปของคณะกรรมการ โดยอย่างน้อยจะต้องเป็นแพทย์ระดับอาวุโส 1 คน และผู้มีความเชี่ยวชาญทางด้านสูตินรีแพทย์ อีก 1 คน ด้วย

นอกจากนี้ ในร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว ยังห้ามทำการรับจ้างตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้าและเพื่อควบคุมไม่ให้อาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในทางไม่ถูกต้อง เช่น ห้ามทำการซื้อ ขาย นำเข้า หรือส่งออกซึ่งอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อน รวมทั้งห้ามหญิงซึ่งไม่มีสามี ทำการผสมเทียมโดยใช้อสุจิบริจาคเพื่อให้ตนมีลูก ตลอดจนห้ามการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในการเลือกเพศเด็ก และห้ามทำการโคลนนิ่งมนุษย์

เนื่องจากหากไม่มีการควบคุมขอบเขตการใช้เทคโนโลยีดังกล่าวให้ถูกต้องและเหมาะสมแล้ว อาจเกิดการทดลองที่ส่งผลกระทบต่อมวลมนุษยชาติได้

เพราะเจตนารมณ์ของร่างกฎหมายฉบับนี้ เป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กและผู้ที่เกี่ยวข้องปัญหาในการมีบุตรยาก และการที่จะมีการบัญญัติกฎหมายให้ถือว่าการรับจ้างตั้งครรภ์นั้นเป็นการกระทำที่มีความผิดตามกฎหมายอาญานั้น จะต้องมีการศึกษาและไตร่ตรองอย่างละเอียดด้วย เนื่องจากโทษทางอาญานั้นมีผลกระทบต่อกระเทือนต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และทรัพย์สินของประชาชน ด้วยเหตุนี้กฎหมายอาญาจึงต้องมีลักษณะพิเศษ หรือมีเอกลักษณ์ของตนเองซึ่งแตกต่างจากกฎหมายอื่น

มาตรา 2 วรรคแรก บัญญัติว่า "บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย"

หลักในมาตรา 2 นี้ มาตรา 32 ของ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 บัญญัติรับรองไว้เช่นเดียวกันว่า "บุคคลจะไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายซึ่งใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้"

การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองหลักการนี้ไว้มีผลในทางกฎหมายคือ รัฐไม่อาจออกกฎหมายใดๆมาลบล้างหลักของมาตรา 2 ในประมวลกฎหมายอาญาได้ เพราะเท่ากับเป็นการลบล้างหลักของรัฐธรรมนูญนั่นเอง หากจะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงก็ต้องแก้ไขรัฐธรรมนูญ ยกเลิกมาตรา 32 เสียก่อน ซึ่งคงทำไม่ได้ง่ายนัก เพราะการแก้ไขรัฐธรรมนูญมีกฎเกณฑ์มากกว่าการแก้ไขกฎหมายธรรมดา

หลักในมาตรา 2 และมาตรา 32 ของรัฐธรรมนูญนี้เป็นหลักสากลอันเป็นที่ยอมรับกันมานานอารยประเทศ หลักนี้เรียกในภาษาลาตินว่า "Nullumcrimennullapoena sine lege" แปลเป็นภาษาอังกฤษว่า "No crime nor punishment without law" "ไม่มีความผิดไม่มีโทษหากไม่มีกฎหมาย" นอกจากนี้ยังเรียกกันในภาษาอังกฤษว่า "Principle of Legality"¹⁷

2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา

2.1 เพื่อศึกษาวิเคราะห์ถึงลักษณะและสภาพปัญหาทางกฎหมายอาญาในกรณีการรับจ้างตั้งครรภ์แทน

2.2 เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ถึงแนวกฎหมายอาญาและแนวทางปฏิบัติที่เหมาะสมในการที่จะมีการบังคับใช้กับกรณีการรับจ้างตั้งครรภ์แทนตลอดจนศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องการรับจ้างตั้งครรภ์แทนในต่างประเทศกับประเทศไทยโดยเฉพาะในเรื่องความรับผิดในทางอาญา

2.3 เพื่อศึกษาวิเคราะห์ถึงแนวทางในการร่างกฎหมายและแนวทางปฏิบัติที่เหมาะสมกับกรณีการรับจ้างตั้งครรภ์แทนที่เป็นความรับผิดในทางอาญาในประเทศไทย

3. ขอบเขตของการศึกษา

การศึกษาวิจัยนี้มุ่งศึกษาในหลักเกณฑ์ แนวทางปฏิบัติและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกรณีการรับจ้างตั้งครรภ์แทน วิจัยถึงสถานะทางกฎหมายของการรับจ้างตั้งครรภ์แทนที่เป็นความรับผิดในทางกฎหมายอาญาเป็นหลักทั้งในประเทศไทยและในต่างประเทศ

4. สมมติฐานของการศึกษา

ในประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายข้อบัญญัติทางอาญาใดที่บังคับหรือลงโทษห้ามมิให้มีการรับจ้างตั้งครรภ์แทน แม้ว่าการกระทำนั้นจะเป็นไปในเชิงการค้าก็ตามจึงนับได้ว่ามีช่องว่าง

¹⁷เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1, (พิมพ์ ครั้งที่ 7, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2544), หน้า 9.

ที่สามารถฉวยโอกาสหาผลประโยชน์จากการรับตั้งครุฑแทนได้โดยง่าย จึงจำเป็นต้องมีการบัญญัติกฎหมายที่มีโทษทางอาญาสำหรับความผิดฐานรับจ้างตั้งครุฑแทน

5. วิธีการศึกษา

เป็นการวิจัยข้อมูลโดยวิธีการศึกษาค้นคว้าจากเอกสาร (Documentary Research) กล่าวคือ เป็นการศึกษาวิจัยโดยการศึกษาค้นคว้าและวิเคราะห์จาก หนังสือ บทความ วารสาร จุลสาร คำพิพากษาของศาล กฎหมายในประเทศ กฎหมายต่างประเทศ เอกสารเผยแพร่ของหน่วยงานราชการ หรือหน่วยงานเอกชน การสอบถามหน่วยงานที่เกี่ยวข้องต่างๆ ความคิดเห็นทางกฎหมาย วิทยานิพนธ์ และข้อมูลส่วนใหญ่เป็นข้อมูลที่ได้ผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

6. ประโยชน์ที่ได้รับจากการศึกษา

6.1 ทำให้ทราบถึงลักษณะและสภาพปัญหาทางกฎหมายอาญาในกรณีการรับจ้างตั้งครุฑแทน

6.2 ทำให้ทราบถึงแนวกฎหมายอาญาและแนวทางปฏิบัติที่เหมาะสมในการที่จะมีการบังคับใช้กับกรณีการรับจ้างตั้งครุฑแทนตลอดจนกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องการรับจ้างตั้งครุฑแทนในต่างประเทศกับประเทศไทยโดยเฉพาะในเรื่องความรับผิดในทางอาญา

6.3 ทำให้ทราบถึงแนวทางในการร่างกฎหมายและแนวทางปฏิบัติที่เหมาะสมกับกรณีการรับจ้างตั้งครุฑแทนที่เป็นความรับผิดในทางอาญาในประเทศไทย ตลอดจนช่องว่างหรือข้อบกพร่องของกฎหมายที่เกี่ยวข้องอยู่ในปัจจุบัน