



ประเด็นทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์:
ศึกษากรณีการตั้งครรภ์แทน



วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตาม
หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์

บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรังสิต
ปีการศึกษา 2563



**LEGAL ISSUES CONCERNING ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY:
A CASE STUDY ON SURROGACY ARRANGEMENTS**

**BY
ANAN TAPIROMKUL**

**A DISSERTATION SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT
OF THE REQUIREMENTS FOR
THE DEGREE OF DOCTOR OF LAWS
FACULTY OF LAW**

**GRADUATE SCHOOL, RANGSIT UNIVERSITY
ACADEMIC YEAR 2020**

คดียุติพันธุ์เรื่อง

ประเด็นทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ :

ศึกษากรณีการตั้งครรภ์แทน

โดย

อนันต์ แดงรัมย์กุล

ได้รับการพิจารณาให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

ปริญญานิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต

มหาวิทยาลัยรังสิต

ปีการศึกษา 2563

ศ. ดร.สมปอง สุจริตกุล
ประธานกรรมการสอบ

ศ. (พิเศษ) จริญญา ภัคดีชนากุล
กรรมการ

ดร.ญาดา กาศขยปนนท์
กรรมการ

ดร.ชเนศ สุจารีกุล
กรรมการ

ศ. (พิเศษ) วิชา มหาคุณ
กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษา

ศ.ดร.ประสิทธิ์ เอกบุตร
กรรมการและอาจารย์ที่ปรึกษาร่วม

บัณฑิตวิทยาลัยรับรองแล้ว

(ผศ.ร.ต.หญิง ดร.วรรณิ์ สุขสาตร)

คณบดีบัณฑิตวิทยาลัย

7 ตุลาคม 2563

Dissertation Title

**LEGAL ISSUES CONCERNING ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY:
A CASE STUDY ON SURROGACY ARRANGEMENTS**

by

ANAN TAPIROMKUL

was submitted in partial fulfillment of the requirements

for the degree of Doctor of Laws

Rangsit University

Academic Year 2020

Prof. Sompong Sucharitkul

D.Phil. and D.C.L.

Examination Committee Chairperson

Prof. Jaran Pukditanakul

Member

Dr. Yada Kasayapanant, L.L.D.

Member

Dr. Thanes Sucharikul, S.J.D.

Member

Prof. Vicha Mahakun

Member and Advisor

Prof. Dr. Prasit Aekaputra

Docteur en Droit

(Régime Unique 1984)

Member and Co-Advisor

Approved by Graduate School

(Asst.Prof.Plт.Off. Vanee Sooksatra, D.Eng.)

Dean of Graduate School

October 7, 2020

กิตติกรรมประกาศ

คุษฎีนิพนธ์ฉบับนี้เป็นผลงานทางวิชาการที่จัดทำขึ้นด้วยความมุ่งหมายที่จะเสริมสร้างรูปแบบของกฎหมายในการคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์สำหรับครอบครัวยุคใหม่ที่มีบุตรไม่ได้หรือมีบุตรยากเพื่อให้ได้รับสิทธิเท่าเทียมกับเด็กที่เกิดโดยวิธีธรรมชาติอย่างสมบูรณ์และด้วยหวังว่าจะเป็นประโยชน์ในการมาปรับใช้ให้เด็กเหล่านี้ได้รับการปกป้องคุ้มครองสิทธิเสมอเด็กทั่วไปอย่างแท้จริง

กราบขอบพระคุณสำหรับผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องทุกท่านที่ทำให้ผลงานนี้สำเร็จไปได้ด้วยดีจากความเมตตาและความกรุณาของท่านอาจารย์ ท่านผู้ทรงความรู้ทางการแพทย์และทางกฎหมายที่ได้เสียสละเวลาที่มีค่าในการให้คำแนะนำและชี้แนวทางในการทำงานอันเป็นประโยชน์อย่างสูงยิ่ง ขอกราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ ดร. สมปอง สุจริตกุล ที่ได้กรุณาเป็นประธานในการตรวจและสอบคุษฎีนิพนธ์นี้ กราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ (พิเศษ) วิชา มหาคุณ ที่ให้ความเมตตาเป็นท่านอาจารย์ที่ปรึกษาพร้อมทั้งกรุณาเป็นกรรมการในการตรวจและสอบคุษฎีนิพนธ์นี้ด้วย ท่านศาสตราจารย์ ดร. ประสิทธิ์ เอกบุตร ท่านได้กรุณาเป็นกรรมการและที่ปรึกษาร่วมและมีเมตตาให้คำแนะนำอันสำคัญเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในการทำผลงานทางวิชาการที่มีมาตรฐานและมีคุณค่าในเชิงวิชาการจึงขอกราบขอบพระคุณท่านเป็นอย่างสูง

กราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ ดร.สุรพล ศรีวิทยา ที่ให้ข้อคิดสำหรับการเสนอหัวข้อการทำคุษฎีนิพนธ์นี้ กราบขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ (พิเศษ) จรรย์ ภักดิธนากุล ที่ได้เมตตาในการให้คำปรึกษาและให้ข้อมูลทางวิชาการในเรื่องที่ทำอันเป็นประโยชน์อย่างสูงพร้อมทั้งให้ความกรุณาในการเป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิภายนอกในการตรวจและสอบคุษฎีนิพนธ์นี้ด้วย

ท่านศาสตราจารย์กิตติคุณ นายแพทย์ ประมวล วีรุตมเสน ประจำภาคสูติศาสตร์-นรีเวชวิทยา คณะแพทยศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ผู้สร้างผลงานเด็กหลอดแก้วแรกของประเทศไทย ท่านได้ให้ความกรุณาเสียสละเวลาอันมีค่าในการให้สัมภาษณ์เกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กับกฎหมายไทยซึ่งเป็นประโยชน์ในงานคุษฎีนิพนธ์นี้จึงขอกราบขอบพระคุณอย่างสูง

นอกจากท่านศาสตราจารย์และผู้ทรงคุณวุฒิที่กล่าวมาแล้ว ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ ดร.ธเนศ สุจารีกุล ท่านอาจารย์ ดร.ญาดา กาศยปนนท์ ที่กรุณาเป็นกรรมการผู้ทรงคุณในการตรวจและสอบคุษฎีนิพนธ์นี้ด้วย

กราบขอบพระคุณ คุณแม่และคนในครอบครัว มิตรสหายทุกคนที่ให้การสนับสนุนเป็นกำลังใจมาโดยตลอด

หากคุณฉันทิพนธ์ฉบับนี้มีส่วนที่ก่อให้เกิดประโยชน์ในเชิงวิชาการเป็นประโยชน์ต่อบ้านเมืองอย่างไรหรือมีคุณงามความดีอันใด ผู้เขียนขอยกความชอบดังกล่าวให้แก่ บุพการี ท่านครูบาอาจารย์ ตลอดจนผู้มีพระคุณทุกท่านที่ได้กล่าวนามมาข้างต้น แต่หากผลงานนี้มีข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว และกราบขออภัยอย่างสูงไว้ ณ โอกาสนี้ด้วย

อนันต์ แทกิริมย์กุล

ผู้วิจัย



5709724 : อนันต์ แดกริมย์กุล
 ชื่อคุณนิพนธ์ : ประเด็นทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์
 ทางการแพทย์ : ศึกษากรณีการตั้งครรภ์แทน
 หลักสูตร : นิติศาสตรบัณฑิต
 อาจารย์ที่ปรึกษา : ศ.(พิเศษ) วิชา มหาคุณ
 อาจารย์ที่ปรึกษาร่วม : ศ. ดร.ประสิทธิ์เอกบุตร

บทคัดย่อ

คุณนิพนธ์ฉบับนี้มีจุดประสงค์ในการศึกษาถึงบางประเด็นทางกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับสิทธิของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ด้วยเหตุนี้หลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กต้องถูกปกป้องโดยกฎหมายและผู้ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดต้องกระทำตามหน้าที่ของตนบนพื้นฐานของหลักสุจริต (Good Faith Principle)

วิธีการศึกษาโดยทำการค้นคว้าวิจัยเชิงเอกสารหรือการแพทย์ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศจากเอกสารบทความวิชาการและหนังสือทางกฎหมายของไทยและต่างประเทศจากวิทยานิพนธ์ จากระบบฐานข้อมูลในเว็บไซต์บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต

สรุปผลการวิจัยคือสิทธิของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนด้วยกลไกทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ควรเท่าเทียมกับสิทธิของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์ตามธรรมชาติดังนั้นการตั้งครรภ์แทนจึงหมายความว่า การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงเป็นหนังสือไว้กับสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตามก่อนตั้งครรภ์นั้นให้เด็กที่เกิดด้วยวิธีการดังกล่าวเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยานั้นและห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือเพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ ส่วนสามีและภริยาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนและหญิงที่รับตั้งครรภ์ที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้ควรกำหนดบทกเว้นความผิดไว้เพื่อหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็ก

(คุณนิพนธ์มีจำนวนทั้งสิ้น 343 หน้า)

คำสำคัญ : ประเด็นทางกฎหมาย, เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์, การตั้งครรภ์แทน, สิทธิของเด็ก

ลายมือชื่อนักศึกษา..... ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา
 ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษาร่วม

5709724 : Anan Tapiromkul
 Dissertation Title : Legal Issues Concerning Assisted Reproductive Technology :
 A Case Study on Surrogacy Arrangements.
 Program : Doctor of Laws
 Advisor : Prof. Vicha Mahakun
 Co-advisor : Prof. Dr. Prasit Aekaputra, Docteur en Droit. (Régime Unique 1984)

Abstract

This research aimed to investigate legal issues related to the right of children born through assisted reproductive technology according to the Protection for Children Born through Assisted Reproductive Technology Act B.E. 2558 (2015). By means of this act, children are legally protected, and concerned people are required to perform their duties on the principle of good faith. The research applied document analysis. Data were collected from Thai and international medical textbooks, Thai and international legal documents, articles, and textbooks, dissertations, and information available on online databases. The result revealed that children born through assisted reproductive technology should be legally protected, having equal rights comparable to those born through natural conception. Assisted reproductive technology need surrogacy where a woman agrees to be a surrogate mother with or without written consent of the intended couple. The research recommended that a child born through an assisted reproductive technology be treated as a natural child of that couple not the woman pregnant for them. Pregnancy through assisted reproductive technology must not be aimed at benefiting the couple and the pregnant party. Punishment should be prescribed in the act for the protection of children's rights.

(Total 343 pages)

Keywords: Legal Issues, Assisted Reproductive Technology, Surrogacy, Children's Rights

Student's Signature Dissertation Advisor's Signature.....
 Dissertation Co-advisor's Signature

สารบัญ

	หน้า
กิตติกรรมประกาศ	ก
บทคัดย่อภาษาไทย	ค
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	ง
สารบัญ	จ
บทที่ 1	
บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย	7
1.3 สมมติฐานของการวิจัย	7
1.4 ขอบเขตของการวิจัย	8
1.5 วิธีดำเนินการวิจัย	9
1.6 กรอบแนวคิดในการวิจัย	10
1.7 นิยามศัพท์เฉพาะในการวิจัย	10
1.8 ประโยชน์ที่จะได้รับจากการวิจัย	11
บทที่ 2	
แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยี ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์	13
2.1 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการกำเนิดเด็กที่ไม่เป็นไปตามธรรมชาติ	13
2.1.1 แนวคิดทฤษฎีที่ให้ความสำคัญแก่หลักศาสนาและมาตรฐานทางศีลธรรม	13
2.1.2 แนวคิดทฤษฎีที่ให้ความสำคัญแก่ผู้ให้ “เลือดและเนื้อ” แก่เด็ก	21
2.1.3 แนวคิดทฤษฎีที่ให้ความสำคัญแก่ผู้ที่เป็นต้นกำเนิด คือเป็นผู้ให้ “เชื้อและไข่”	23
2.1.4 แนวคิดทฤษฎีที่ให้ความสำคัญแก่ผู้ที่มีหัวใจปรารถนาที่จะได้เด็กเป็นบุตร ของตน	24
2.2 แนวคิดทฤษฎีการถือประโยชน์สูงสุดของเด็กกับการใช้และตีความกฎหมาย คุ้มครอง เด็กที่เกิด โดยผิดธรรมชาติ	25

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
2.2.1 ที่มาและความสำคัญของประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interests of the Child Principle)	25
2.2.2 ประโยชน์ของการถือประโยชน์สูงสุดของเด็กกับการใช้และตีความกฎหมายคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยผิดธรรมชาติ	26
2.2.3 ประเด็นปัญหาของการถือประโยชน์สูงสุดของเด็กกับการใช้และตีความกฎหมายคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยผิดธรรมชาติ	26
2.2.4 แนวคำพิพากษาที่ถือประโยชน์สูงสุดของเด็กกับการใช้และตีความกฎหมายคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยผิดธรรมชาติ	27
2.3 แนวคิดทฤษฎีที่ให้ความสำคัญแก่ความก้าวหน้าและพัฒนาเกี่ยวกับเรื่องเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์	29
2.3.1 ความเป็นมาของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์	29
2.3.2 รูปแบบของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์	32
2.3.3 ความหมายและรูปแบบของการตั้งครรภ์แทน	35
2.4 ความเป็นมาและความสำคัญของหลักกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน	41
2.4.1 สำหรับประเทศในระบบ Common law	42
2.4.2 สำหรับประเทศในระบบ Civil law	53
บทที่ 3 หลักกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน	63
3.1 หลักกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน	63
3.1.1 หลักกฎหมายการตั้งครรภ์แทนในประเทศระบบ Common law	63
3.1.2 หลักกฎหมายการตั้งครรภ์แทนสำหรับประเทศระบบ Civil Law	75
3.2 แนวคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ	82
3.2.1 แนวคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในระบบ Common Law	82
3.2.2 แนวคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ Civil Law	87

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บทที่ 4	89
บทวิเคราะห์ประเด็นทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ : ศึกษากรณีการตั้งครรภ์แทน	89
4.1 การวิเคราะห์พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558	101
4.1.1 การวิเคราะห์หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยการตั้งครรภ์แทน	101
4.1.2 การวิเคราะห์หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตรที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน	111
4.1.3 การวิเคราะห์หลักเกณฑ์ควบคุมและการกำกับดูแลเรื่องการตั้งครรภ์แทน	115
4.2 การวิเคราะห์กรณีศึกษาการตั้งครรภ์ในประเทศไทย	124
4.2.1 การวิเคราะห์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์	124
4.2.2 วิเคราะห์กรณีศึกษาตามหลักการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (The Best Interests of the Child Principle)	138
4.3 การวิเคราะห์กรณีศึกษาการตั้งครรภ์สำหรับต่างประเทศ	140
4.3.1 การวิเคราะห์กรณีศึกษาการตั้งครรภ์สำหรับประเทศระบบ Common Law	140
4.3.2 การวิเคราะห์กรณีศึกษาการตั้งครรภ์สำหรับประเทศระบบ Civil Law	144
บทที่ 5	150
บทวิเคราะห์เชิงกฎหมายเปรียบเทียบการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยและต่างประเทศ	150
5.1 การเปรียบเทียบการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยกับประเทศในระบบกฎหมาย Common Law	151
5.1.1 การเปรียบเทียบเรื่องการห้ามการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อวัตถุประสงค์ในเชิงพาณิชย์	151
5.1.2 การเปรียบเทียบการกำหนดสถานภาพของเด็กที่เกิดขึ้นจากการตั้งครรภ์แทน	156

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
5.1.3 การเปรียบเทียบเรื่องการกำหนดอำนาจปกครองเด็กที่เกิดในกรณี มีข้อพิพาทจากการตั้งครรรภ์แทน	159
5.2 การเปรียบเทียบการตั้งครรรภ์แทนในประเทศไทยกับประเทศระบบกฎหมาย Civil Law	160
5.2.1 การเปรียบเทียบเรื่องการห้ามการรับตั้งครรรภ์แทนเพื่อวัตถุประสงค์ ในเชิงพาณิชย์	160
5.2.2 การเปรียบเทียบเรื่องการกำหนดสถานภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรภ์แทน	162
5.2.3 การเปรียบเทียบเรื่องการกำหนดอำนาจปกครองเด็กที่เกิดในกรณี มีข้อพิพาทจากการตั้งครรรภ์แทน	163
บทที่ 6 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	165
6.1 บทสรุป	165
6.1.1 บทสรุปการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เกี่ยวกับการ การตั้งครรรภ์แทน	165
6.1.2 บทสรุปการใช้หลักการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กที่เกิดโดยอาศัย เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (The Best Interests of the Child Principle)	168
6.2 ข้อเสนอแนะ	169
6.2.1 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการตั้งครรรภ์แทนเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์	169
6.2.2 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับกำหนดสถานทางกฎหมาย (Legal Status) ของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรภ์แทน	173
6.2.3 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการกำหนดอำนาจปกครองเด็กที่เกิดในกรณี มีข้อพิพาทจากการตั้งครรรภ์แทน	177
บรรณานุกรม	178

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
ภาคผนวก	189
ภาคผนวก ก	190
1) ประกาศแพทยสภา ที่ 1/2540 เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์	
2) ประกาศแพทยสภา ที่ 21/2545 เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (ฉบับที่ 2)	
ภาคผนวก ข	195
พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2258	
ภาคผนวก ค	211
ประกาศต่างๆ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558	
ภาคผนวก ง	246
ประกาศสำนักทะเบียนกลาง เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการแจ้งเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์	
ภาคผนวก จ	248
กฎหมายประเทศอังกฤษ	
ภาคผนวก ฉ	307
กฎหมายฝรั่งเศส	
ประวัติผู้วิจัย	343

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีในด้านต่าง ๆ มีมากมายหลายอย่าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งทางด้านวัตถุสิ่งของและบริการซึ่งเป็นการอำนวยความสะดวกสบายในการดำเนินชีวิตของมนุษย์ ในขณะที่เดียวกันมนุษย์เป็นสิ่งมีชีวิตที่มีกลไกการทำงานของร่างกายและจิตใจที่สลับซับซ้อนมาก อย่างไรก็ตามกระบวนการทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ที่อาศัยการศึกษาค้นคว้าทดลองและวิจัยสามารถนำไปสู่เทคโนโลยีทางการแพทย์มากมายเช่น เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์¹ (Assisted Reproductive Technology) ใช้ชื่อย่อว่า ART ซึ่งเทคโนโลยีดังกล่าวนี้มีตัวอย่างได้แก่การปฏิสนธิภายนอกร่างกายด้วยวิธี IVF (In Vitro Fertilization) หรือที่เรียกว่าเด็กหลอดแก้ว (Test Tube Baby) การผสมเทียม (Artificial Insemination) ด้วยวิธี ICSI (Intracytoplasmic Sperm Injection) คือการฉีดเซลล์สเปิร์มเพศชาย (Spermatozoa) ตัวเดียวเข้าไปในไข่โดยไม่รอให้เกิดการปฏิสนธิกันเอง นอกจากการรักษาเพื่อเพิ่มอัตราการตั้งครรภ์ดังกล่าวแล้ว การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ได้แก่ PGD (Preimplantation Genetic Diagnosis) , PGS (Preimplantation Genetic Screening) เป็นการพัฒนาการตรวจวินิจฉัยตัวอ่อนเพื่อหาความผิดปกติต่างๆที่มีสาเหตุจากพันธุกรรมก่อนการย้ายตัวอ่อนกลับสู่โพรงมดลูกฝ่ายหญิงเพื่อป้องกันการเกิดความผิดปกติทางพันธุกรรมในบุตรที่เกิดจากคู่สมรสที่เป็นพาหะของโรคทางพันธุกรรมได้

ด้วยเหตุที่คำว่าลูกคือสุดยอดปรารถนาของคู่สามีภรรยาเพราะลูกคือโซ่ทองคล้องใจ เป็นสิ่งมีค่าที่สุดและจะมาเติมเต็มชีวิตครอบครัวให้สมบูรณ์ ซึ่งในบางครอบครัวที่ไม่สามารถมีลูกได้จริงๆ ก็ต้องรับเด็กอื่นมาเป็นบุตรบุญธรรม² อย่างไรก็ตามสังคมไทยในปัจจุบันมีการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์

¹ มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 หมายความว่า กรรมวิธีใดๆ ทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ที่นำสุจิและไข่ออกจากร่างกายมนุษย์ เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์โดยไม่เป็นไปตามธรรมชาติรวมทั้งการผสมเทียม.

² จาก จากอุ้มบุญผู้อุ้มบาป ชาติกานันต์เกิดสายเลือด, โดย อารีย์ โอบอ้อมรัก, 2557, ชลบุรี: สำนักพิมพ์ยอดมามา (พิมพ์ครั้งที่ 1). ลิขสิทธิ์ 2557 โดย อารีย์ โอบอ้อมรัก.

แทนคู่สามีภรรยาที่มีบุตรยากซึ่งสาเหตุอาจเกิดจากความผิดปกติที่พบบ่อยในมดลูก ได้แก่ การมีติ่งเนื้อในโพรงมดลูก (Endometrial Polyp) หญิงที่มีโรคประจำตัวและป่วยมาก หญิงที่ถูกตัดมดลูกออก หรือคู่ชายเพศเดียวกันที่อยากมีบุตรด้วยวิธีการผสมเทียมที่เรียกว่าการตั้งครรภ์แทน (Surrogacy) เกิดเป็นเด็กอุ้มบุญหรือเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ซึ่งเป็นจำนวนมากน้อยเพียงใดในแต่ละปีไม่เป็นที่เปิดเผยเพราะเป็นข้อมูลของทางสถานพยาบาลของรัฐหรือเอกชนถือซึ่งเป็นข้อมูลทางการแพทย์ของบุคคลที่ไม่อาจเปิดเผยให้บุคคลทั่วไปทราบได้ บทบัญญัติในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยแต่เดิมไม่สามารถปรับใช้กับปัญหาเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้อย่างแท้จริงว่าเด็กเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของใครแน่และใครกันแน่ที่มีอำนาจการปกครองเด็ก บิดาของเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมโดยใช้น้ำเชื้ออสุจิของผู้บริจาคจะปฏิเสธไม่รับเป็นบุตรได้หรือไม่ซึ่งชายผู้เป็นสามีน่าจะฟ้องไม่รับเป็นบุตรของตนได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1539 บัญญัติว่า ในกรณีที่สันนิษฐานว่าเด็กเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของ ชายผู้เป็นหรือเคยเป็นสามีตาม มาตรา 1536 มาตรา 1537 หรือ มาตรา 1538 ชายผู้เป็นหรือเคยเป็นสามีจะไม่รับเด็กเป็นบุตรของตนก็ได้ โดยฟ้อง เด็กกับมารดาเด็กร่วมกันเป็นจำเลยและพิสูจน์ได้ว่าตนไม่ได้อยู่ร่วมกับมารดา เด็กในระยะเวลาตั้งครรภ์ คือระหว่างหนึ่งร้อยแปดสิบวันถึงสามร้อยสิบวัน ก่อนเด็กเกิด หรือตนไม่สามารถเป็นบิดาของเด็กได้เพราะเหตุอย่างอื่น ดังนั้นจึงถือว่าตนไม่สามารถเป็นบิดาของเด็กได้เพราะเหตุอย่างอื่น และเด็กก็น่าจะฟ้องคดีปฏิเสธความเป็นบุตรของชายได้เช่นเดียวกันถ้ามีเหตุตามมาตรา 1545ซึ่งบัญญัติว่า เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงต่อเด็กว่าตนมิได้เป็นบุตรสืบสายโลหิตของชายผู้เป็นสามีของมารดาตน เด็กจะร้องขอต่ออัยการให้ฟ้องคดีปฏิเสธความเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายนั้นก็ได้

การฟ้องคดีตามวรรคหนึ่ง ถ้าเด็กได้รู้ข้อเท็จจริงก่อนบรรลุนิติภาวะว่าตนมิได้เป็นบุตรของชายผู้เป็นสามีของมารดา ห้ามอัยการฟ้องคดีเมื่อพ้นหนึ่งปีนับแต่วันที่เด็กบรรลุนิติภาวะ แต่ถ้าเด็กรู้ข้อเท็จจริงดังกล่าวหลังจากบรรลุนิติภาวะแล้ว ห้ามอัยการฟ้องคดีเมื่อพ้นหนึ่งปีนับแต่วันที่เด็กรู้เหตุนั้น

ไม่ว่ากรณีใดๆ ห้ามมิให้ฟ้องคดีปฏิเสธความเป็นบุตรเมื่อพ้นสิบปีนับแต่วันที่เด็กบรรลุนิติภาวะ ด้วยเหตุนี้ในทางปฏิบัติเรื่องการผสมเทียมจึงมักจะต้องได้รับความยินยอมของสามีเสมอและแพทย์จะไม่ยอมเปิดเผยว่าเอาน้ำเชื้ออสุจิของใครมาผสมให้ เพราะชื่อของผู้บริจาคถือเป็นความลับอย่างยิ่งด้วยเกรงว่าจะเกิดปัญหายุ่งยากในภายหลัง กรณีที่หญิงรับจ้างตั้งครรภ์แทน ไม่ส่งมอบบุตร

³ จาก *หลักกฎหมายครอบครัว*, โดย ประสพสุข บุญเดช, 2529, กรุงเทพฯ.ลิขสิทธิ์ 2560 โดย ประสพสุข บุญเดช.

ให้ฝ่ายผู้ให้ตั้งครรภ์แทนหรือในทางตรงกันข้ามฝ่ายผู้ให้ตั้งครรภ์แทนปฏิเสธไม่ยอมรับบุตรเนื่องด้วยมีความพิการหรือผิดปกตอย่างใดอย่างหนึ่งก่อนคลอดโดยทราบได้จากการตรวจทางการแพทย์ เช่นการตรวจด้วย Ultrasound หรือพบได้หลังคลอดแล้วจะได้หรือไม่ เป็นต้น

สำหรับหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนนั้นจะต้องกลายเป็นวัตถุที่รับบริการตามแต่ใจผู้ว่าจ้าง ส่วนเด็กก็มีลักษณะคล้ายสินค้าที่ซื้อขายหรือแลกเปลี่ยนด้วยตัวเงินได้ ความผูกพันทางสายเลือดและสายสัมพันธ์ระหว่างมารดาผู้ให้กำเนิดและเด็กที่เกิดมาจะหมดไป พื้นฐานอันแข็งแกร่งของระบบครอบครัวที่เกิดจากบิดามารดาและบุตรจะถูกทำลาย ก่อให้เกิดความสับสนแก่เด็กที่เกิดมาว่าชาติตระกูลของตนมีความเป็นมาอย่างไร ถ้าเด็กพิการด้วยแล้วก็จะทำให้เด็กไม่เป็นที่พึงปรารถนาของทั้งครอบครัวที่ว่าจ้างให้ตั้งครรภ์แทนและครอบครัวที่รับจ้างให้ตั้งครรภ์แทน ถือว่าเป็นปัญหาในทางจริยธรรมของการตั้งครรภ์แทน⁴ จึงจำเป็นต้องใช้กลไกทางกฎหมายในการคุ้มครองเด็กโดยไม่กระทบต่อจริยธรรมอันดีงามของสังคม

นอกจากนี้การตั้งครรภ์แทน (Surrogacy Arrangement) ยังเป็นปรากฏการณ์ทางสังคมยุคใหม่ที่ไม่เคยมีมาก่อนในอดีตที่เทคโนโลยีทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ยังไม่เจริญเท่าปัจจุบันนี้ซึ่งมีผู้ไม่เห็นด้วยกับการตั้งครรภ์แทนว่าเป็นกิจกรรมที่ฝ่าฝืนธรรมชาติของมนุษย์มีความหมิ่นเหม่ต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ส่วนปัญหาสายสัมพันธ์ระหว่างมารดากับเด็กที่เกิดมา เมื่อเติบโตขึ้นอาจจะเกิดความสับสนว่าใครเป็นแม่ที่แท้จริงกันแน่ สัญญาับตั้งครรภ์แทนจะมีสภาพบังคับได้อย่างไรตลอดจนปัญหาเกี่ยวกับอาชีพนายหน้าและอาชีพรับจ้างตั้งครรภ์แทนนำไปสู่ปัญหาการค้ำมนุษย์ได้ในที่สุด ขณะเดียวกันผู้ที่เห็นด้วยกับการตั้งครรภ์แทนเคารพในความคิดของปัจเจกชนในเรื่องของสิทธิในเนื้อตัว ร่างกาย และชีวิต สิทธิส่วนบุคคลในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไม่ให้รัฐเข้ามาข้องเกี่ยวกับการกระทำของตนเองที่ไม่ได้ไปกระทบสิทธิของผู้อื่น

จากการที่สถานะทางกฎหมายของไทยแต่ก่อนมา ยังไม่มีกฎหมายบัญญัติถึงปัญหาเรื่องนี้ว่าจะให้เป็นไปอย่างไร จึงมีการใช้หลักพื้นฐานของกฎหมายที่ว่า “เมื่อไม่มีกฎหมายห้าม ประชาชนย่อมทำได้” ขณะเดียวกันเจ้าหน้าที่ผู้ปกครองบ้านเมืองไม่สามารถกระทำได้เพราะเนื่องจากใช้หลักพื้นฐานของกฎหมายเช่นกันที่ว่า “ถ้าไม่มีกฎหมายให้อำนาจ เจ้าหน้าที่จะเข้าไปกำจัดคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ได้” ปัญหาต่างๆที่เกิดจากหรือสืบเนื่องจากพฤติกรรมของ

⁴ จาก จริยธรรมและกฎหมายกับการกำเนิดมนุษย์โดยเทคโนโลยีแผนใหม่, โดยวิชา มหาคุณ, 2536. ตุลาคม, ปีที่ 40 (3),กระทรวงยุติธรรม เจ้าของลิขสิทธิ์.

ผู้ใหญ่ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้จึงตกอยู่ในสภาพไร้ทิศทาง ไร้หลักการ และไร้ผู้รับผิดชอบ เป็นผลเสียหายร้ายแรงต่อเด็กที่ถูกสร้างขึ้นมาผิดธรรมชาติ ผิดปกติธรรมดา และก่อปัญหาแก่สังคมส่วนรวม⁵

เนื่องจากวงการทางกฎหมายยอมรับความสำเร็จของการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ จึงมีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 ขึ้น โดยเจตนารมณ์ของกฎหมายนี้เพื่อกำหนดให้เด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของบิดาและมารดาที่แท้จริงซึ่งขอให้มีการตั้งครรภ์แทนมีการกำหนดสิทธิหน้าที่ และความรับผิดชอบของทั้งสองฝ่ายเพื่อมิให้มีข้อโต้แย้งหากไม่มีกฎหมายเฉพาะนี้บิดาและมารดาที่แท้จริงจะเป็นเพียงบิดามารดาบุญธรรมเท่านั้น ทั้งมีการกำหนดมิให้รับจ้างตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า และควบคุมการศึกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์การแพทย์เกี่ยวกับตัวอ่อนและเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มิให้มีการนำไปใช้ในทางที่ไม่ถูกต้องและมีบทลงโทษทางอาญาหากมีการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติดังกล่าวนี้จะเป็นส่วนหนึ่งของกลไกทางกฎหมายอันสำคัญในการควบคุมเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ต่อไป

เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน กฎหมายไทยนั้นตามคำวินิจฉัยของศาลฎีกาให้ถือว่าเด็กที่เกิดมาเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ทำให้ความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดโดยการตั้งครรภ์แทน ไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับหญิงตั้งครรภ์แทนแต่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับบิดามารดาผู้ให้ตั้งครรภ์จึงควรมีมาตรการทางกฎหมายเพื่อความเหมาะสมในการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์แพทย์

นอกจากนี้ควรมีมาตรการในการควบคุมการศึกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์การแพทย์เกี่ยวกับตัวอ่อนที่เหลือและไม่ได้ใช้จากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เพื่อนำไปใช้ให้เหมาะสม

ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเป็นปัจจัยหนึ่งในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมทั้งฝ่ายผู้ให้ตั้งครรภ์แทนและผู้รับตั้งครรภ์แทนโดยไม่กระทบถึงปัจจัยดังกล่าว

⁵ จาก “อุ้มบุญหรือเอื้อบปาล,” โดย จริญญา กัทธิธนากุล, 2558, *วารสารธรรม*, 67(5), น. 18-23. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา เจ้าของลิขสิทธิ์.

ปัจจุบันได้มีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ เป็นผู้เสนอร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวและได้ผ่านความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีสมัยนายอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ เป็นนายกรัฐมนตรี โดยร่างพระราชบัญญัตินี้เข้าสู่การพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกาและคณะกรรมการกฤษฎีกาได้พิจารณาเสร็จเรียบร้อยแล้ว เรื่องเสร็จที่ 163/2553 แต่ยังไม่มีการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรเพราะเหตุยบสภาไปเสียก่อนต่อมาวันที่ 26 ธันวาคม 2555 กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ เปิดฟังความคิดเห็นภาคประชาชนทั่วไปเกี่ยวกับเรื่องนี้ให้แล้วเสร็จภายในเดือนมกราคม 2556 เพื่อนำมาพิจารณาประกอบร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ... เข้าสู่การพิจารณาของคณะรัฐมนตรีอีกครั้ง แต่เกิดการปฏิวัติเสียก่อน ร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวอยู่ในสภานิติบัญญัติแห่งชาติแล้ว จนกระทั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติ(คสช.)ได้ประกาศใช้เป็นพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองมารดาและเด็กไว้ตามมาตรา 48 และมาตรา 54 บัญญัติไว้ดังนี้ มาตรา 48 สิทธิของมารดาในช่วงระหว่างก่อนและหลังการคลอดบุตรย่อมได้รับความคุ้มครอง และช่วยเหลือตามที่กฎหมายบัญญัติ บุคคลซึ่งมีอายุเกินหกสิบปีและไม่มีรายได้เพียงพอแก่การยังชีพ และบุคคลผู้ยากไร้ย่อมมีสิทธิได้รับความช่วยเหลือที่เหมาะสมจากรัฐตามที่กฎหมายบัญญัติและมาตรา 54 บัญญัติว่า รัฐต้องดำเนินการให้เด็กทุกคนได้รับการศึกษาเป็นเวลาสิบสองปี ตั้งแต่ก่อนวัยเรียนจนจบการศึกษาภาคบังคับอย่างมีคุณภาพโดยไม่เก็บค่าใช้จ่าย รัฐต้องดำเนินการให้เด็กเล็กได้รับการดูแลและพัฒนา ก่อนเข้ารับการศึกษา ตามวรรคหนึ่ง เพื่อพัฒนาร่างกาย จิตใจ วินัย อารมณ์ สังคม และสติปัญญาให้สมกับวัย โดยส่งเสริม และสนับสนุนให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและภาคเอกชนเข้ามีส่วนร่วมในการดำเนินการด้วย รัฐต้องดำเนินการให้ประชาชนได้รับการศึกษาตามความต้องการในระบบต่างๆ รวมทั้งส่งเสริมให้มีการเรียนรู้ตลอดชีวิต และจัดให้มีการร่วมมือกันระหว่างรัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และภาคเอกชนในการจัดการศึกษาทุกระดับ โดยรัฐมีหน้าที่ดำเนินการ กำกับ ส่งเสริม และสนับสนุนให้การจัดการศึกษาดังกล่าวมีคุณภาพและได้มาตรฐานสากล ทั้งนี้ ตามกฎหมายว่าด้วยการศึกษาแห่งชาติซึ่งอย่างน้อยต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการจัดทำแผนการศึกษาแห่งชาติ และการดำเนินการและตรวจสอบการดำเนินการให้เป็นไปตามแผนการศึกษาแห่งชาติด้วยการศึกษาทั้งปวงต้องมุ่งพัฒนาผู้เรียนให้เป็นคนดี มีวินัย ภูมิใจในชาติ สามารถเชี่ยวชาญได้ตามความถนัดของตน และมีความรับผิดชอบต่อครอบครัว ชุมชน สังคม และประเทศชาติ ในการ

ดำเนินการให้เด็กเล็กได้รับการดูแลและพัฒนาตามวรรคสอง หรือให้ประชาชนได้รับการศึกษาตามวรรคสาม รัฐต้องดำเนินการให้ผู้ขาดแคลนทุนทรัพย์ได้รับ การสนับสนุนค่าใช้จ่ายในการศึกษาตามความถนัดของตน ให้จัดตั้งกองทุนเพื่อใช้ในการช่วยเหลือผู้ขาดแคลนทุนทรัพย์เพื่อลดความเหลื่อมล้ำในการศึกษา และเพื่อเสริมสร้างและพัฒนาคุณภาพและประสิทธิภาพครู โดยให้รัฐจัดสรรงบประมาณให้แก่กองทุน หรือใช้มาตรการหรือกลไกทางภาษีรวมทั้งการให้ผู้บริหารทรัพยากรย์สินเข้ากองทุน ได้รับประโยชน์ในการลดหย่อนภาษีด้วย ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวอย่างน้อยต้องกำหนดให้การบริหารจัดการกองทุนเป็นอิสระและกำหนดให้มีการใช้จ่ายเงินกองทุนเพื่อบรรลุดุวัตถุประสงค์ดังกล่าว การจัดวางกฎระเบียบที่ดีไว้เพื่อให้เป็นไปตามหลักนิติธรรม ตามรัฐธรรมนูญจึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีกลไกทางกฎหมายที่มีประสิทธิภาพมากพอที่จะคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้ทัดเทียมกับเด็กที่เกิดตามปกติธรรมดา

สำหรับมาตรการในการประกันภัยคุ้มครองหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนขณะนี้อยู่ระหว่างการหารือกับคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย (คปภ.) และสำนักงานประกันเอกชนถึงความเป็นไปได้ที่จะกำหนดให้มีกรมธรรม์คุ้มครองหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนกรณีที่อาจทุพพลภาพหรือเสียชีวิตเนื่องจากการตั้งครรภ์รวมถึงการคุ้มครองเด็กหากเกิดกรณีเสียชีวิต พิการ หรือทุพพลภาพ หรือเป็นโรคที่รักษายาก เช่น โรคไต โรคเกี่ยวกับระบบหลอดเลือด เป็นต้น

อย่างไรก็ตามมาตรการทางกฎหมายต่าง ๆ เป็นกลไกอันสำคัญเพื่อให้เกิดดุลยภาพในการควบคุมเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตลอดจนคุ้มครองเด็กที่เกิดรวมทั้งฝ่ายผู้ให้ตั้งครรภ์แทน ผู้รับตั้งครรภ์แทน วิชาการและวิชาชีพด้านการเจริญพันธุ์อันได้แก่แพทย์เฉพาะทางตลอดจนผู้บริจาคเชื้อ (Sperm) หรือไข่ (Ovum) สำหรับใช้สร้างตัวอ่อน (Embryo) ก่อนจะนำไปฝังในหญิงผู้รับตั้งครรภ์ โดยจะต้องสอดคล้องกับกลไกทางสังคมเพื่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ก่อให้เกิดการยอมรับความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีและเกิดประโยชน์กับบุคคลทุกฝ่าย ตลอดจนสังคมโดยรวม

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1.2.1 เพื่อได้แนวคิดในการสร้างรูปแบบกฎหมาย (Model Law) ที่เหมาะสมในการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กในการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

1.2.2 เพื่อวิเคราะห์ประเด็นทางกฎหมายอันสำคัญในการควบคุมเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตลอดจนคุ้มครองเด็กที่เกิดรวมทั้งฝ่ายผู้ให้ตั้งครรภ์แทนและผู้รับตั้งครรภ์แทน อันประกอบด้วยมาตรการทางกฎหมายต่าง ๆ ซึ่งจะต้องสอดคล้องกับกลไกทางสังคมอันจะก่อให้เกิดการยอมรับความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยี เกิดประโยชน์กับบุคคลทุกฝ่าย และเกิดความสงบสุขของสังคมโดยรวม

1.2.3 เพื่อศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการศึกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์การแพทย์เกี่ยวกับตัวอ่อนที่เหลือและไม่ได้ใช้จากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เพื่อซึ่งจะนำไปใช้ให้ถูกต้องและเหมาะสม

1.2.4 เพื่อศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมทั้งฝ่ายผู้ให้ตั้งครรภ์แทนและผู้รับตั้งครรภ์แทน โดยไม่กระทบถึงความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

1.2.5 เพื่อศึกษาถึงมาตรการในการประกันภัยคุ้มครองหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ให้เหมาะสม

1.2.6 เพื่อเสนอแนะแนวทางสร้างกลไกและพัฒนามาตรการทางกฎหมายในการควบคุมเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตลอดจนคุ้มครองเด็กที่เกิดรวมทั้งฝ่ายผู้ให้ตั้งครรภ์แทนและผู้รับตั้งครรภ์แทนที่มีประสิทธิภาพและสัมฤทธิ์ผล

1.3 สมมติฐานของการวิจัย

ความเป็นบุตรโดยชอบ ด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากสามีและภริยาโดยความสัมพันธ์ตามธรรมชาติย่อมถูกกำหนดด้วยสารพันธุกรรมนำไปสู่ความเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยานั้น แต่ด้วยการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในการบำบัดรักษาการมีบุตรยากโดยการตั้งครรภ์แทนซึ่งจะมีหญิงอื่นที่รับตั้งครรภ์เป็นผู้อุ้มท้องจนคลอดทารกออกมา จึงมีการอ้างสิทธิความเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์ แต่ข้อเท็จจริงเด็กได้รับ

สารพันธุกรรมจากฝ่ายสามีและภริยาผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนดั่งนั้นเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จึงควรเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาซึ่งประสงค์จะมีบุตร ซึ่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้บัญญัติไว้แล้วแต่ต้องเป็นสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้นที่จะขอให้มีการตั้งครรภ์แทนและมีอำนาจปกครองของเด็กได้ทั้งนี้โดยการใช้หลักการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interests of the Child Principle) เป็นหลักการพื้นฐานทางกฎหมายเพื่อการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จึงจำเป็นต้องบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตลอดจนจำเป็นต้องมีมาตรการทางกฎหมายในระดับต่างๆ ทั้งนี้เพื่อเป็นการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยการตั้งครรภ์แทนอย่างแท้จริงและเป็นการป้องกันและปราบปรามการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในเชิงพาณิชย์ อันอาจนำไปสู่ขบวนการค้ามนุษย์ได้

1.4 ขอบเขตของการวิจัย

คุณภีนิพนธ์ฉบับนี้ได้กำหนดขอบเขตของการศึกษาวิจัยโดยแบ่งเป็นประเทศที่มีการกระทำเกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ต่อไปนี้

1.4.1 ประเทศที่มีกฎหมายรองรับและสามารถทำเพื่อการพาณิชย์ได้

1) รัสเซีย 2) ยูเครน 3) เบลารุส 4) จอร์เจีย 5) อาร์เมเนีย 6) ไชปรัส 7) อินเดีย 8) แอฟริกาใต้ 9) สหรัฐอเมริกา (อาร์คันซอ, แคลิฟอร์เนีย, ฟลอริดา, อิลลลินอยส์, เท็กซัส, แมซซาชูเซตส์, เวอร์มอนต์) โดยศึกษาจากประเทศสหรัฐอเมริกาและอินเดียเป็นตัวอย่าง

1.4.2 ประเทศที่มีกฎหมายรองรับ แต่ไม่อนุญาตให้ทำเพื่อการพาณิชย์

1) ออสเตรเลีย 2) สหราชอาณาจักร 3) เนเธอร์แลนด์ 4) เดนมาร์ก 5) ฮังการี 6) อิสราเอล 7) สหรัฐอเมริกา (นิวยอร์ก, นิวเจอร์ซีย์, นิวเม็กซิโก, เนบราสก้า, เวอร์จิเนีย, วอชิงตัน, ออริกอน) 8) แคนาดา (ยกเว้น ควิเบก) 9) ไทย โดยศึกษาจากประเทศสหราชอาณาจักรและออสเตรเลียเป็นตัวอย่าง

1.4.3 ประเทศที่กฎหมายห้ามโดยเด็ดขาด (ผิดกฎหมาย)

1) ฝรั่งเศส 2) เยอรมัน 3) เบลเยียม 4) สเปน 5) อิตาลี 6) สวิตเซอร์แลนด์ 7) ออสเตรีย 8) นอร์เวย์ 9) สวีเดน 10) ไอร์แลนด์ 11) เอสโตเนีย 12) โมลโดวา 13) ตุรกี 14) ซาอุดีอาระเบีย 15) ปากีสถาน 16) จีน 17) ญี่ปุ่น 18) สหรัฐอเมริกา (อาร์โซนา, มิชิแกน, อินเดียนา, นอร์ทดาโคตา) 19) แคนาดา (เฉพาะที่ ควิเบก) โดยศึกษาจากประเทศฝรั่งเศสและเยอรมันเป็นตัวอย่าง

1.4.4 ประเทศที่ยังไม่มีกฎหมายใดมารองรับ

เช่น นิวซีแลนด์, สิงคโปร์, เกาหลีใต้, มองโกเลีย, เปรู, ชิลี, เป็นต้น

1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

คุณูปนิพนธ์ฉบับนี้มีวิธีดำเนินการวิจัยโดยเน้นให้เห็นถึงปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับหลักการพื้นฐานทางกฎหมายเพื่อการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ การให้บริการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เพื่อบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากคุณสมบัติผู้ที่ต้องการให้ตั้งครรภ์แทน และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเพื่อนำมาปรับใช้ให้เหมาะสม การควบคุมการศึกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับตัวอ่อนจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เพื่อนำไปใช้ในทางที่ถูกต้องด้วยการหาแม่แบบกฎหมาย(Model Law) ที่เหมาะสมในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการป้องกัน การควบคุม ตลอดจนการเยียวยาปัญหาที่เกิดขึ้นจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ด้วยกลไกทางกฎหมายในการจัดการกับเทคโนโลยีดังกล่าวจากการพิจารณาจากระเบียบ ข้อบังคับ กฎหมาย และพระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ

วิธีวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ด้วยการค้นคว้าจากหนังสือและบทความทางวิชาการต่าง ๆ ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ความเห็นของนักกฎหมายจากบทความต่าง ๆ รายงานวิจัย วิทยานิพนธ์ของไทยและต่างประเทศ ข้อมูลจาก websites ในการค้นหาผ่านทาง Internet ในเรื่องที่เป็นความรู้ทางเทคโนโลยีการแพทย์ช่วยการเจริญพันธุ์รวมถึงกฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับประมวลกฎหมายทางแพ่ง ทางอาญาของไทย และพระราชบัญญัติ

ทางการแพทย์ต่างๆ ตลอดจนพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

นอกจากนี้ยังมีการวิจัยกรณีศึกษา (Case Study Research) จากคำวินิจฉัยของศาลในคดีของประเทศไทยเปรียบเทียบกับคำวินิจฉัยของศาลในต่างประเทศด้วย ตลอดจนมีการสัมภาษณ์และสอบถามความเห็นเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยด้วย

1.6 กรอบแนวคิดในการวิจัย

ประเด็นทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เพื่อเป็นการคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการช่วยเหลือผู้มีบุตรยากด้วยการตั้งครรภ์แทน โดยการใช้หลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กและไม่เป็นไปเพื่อประโยชน์เชิงการค้าซึ่งจะมีบทบาทอันสำคัญในการกำหนดความชอบธรรมให้กับทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นฝ่ายผู้ให้ตั้งครรภ์แทน ผู้รับตั้งครรภ์แทน ตลอดจนผู้ให้บริการตั้งครรภ์แทนซึ่งได้แก่แพทย์ผู้เชี่ยวชาญซึ่งจะต้องมีองค์ประกอบและภาคเอกชนเป็นตัวขับเคลื่อนมาตรการทางกฎหมายอันเหมาะสมต่างๆ ซึ่งได้จากการวิจัยนี้เพื่อนำไปปรับใช้ให้เหมาะสมกับบริบทของสังคมไทยยุคปัจจุบันและในอนาคต

1.7 นิยามศัพท์เฉพาะในการวิจัย

“เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (Assisted Reproductive Technology)” หมายความว่า กรรมวิธีใด ๆ ทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ที่นำอสุจิและไข่ออกจากร่างกายมนุษย์เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์โดยไม่เป็นไปตามธรรมชาติ รวมทั้งการผสมเทียม

“การผสมเทียม (Artificial Insemination)” หมายความว่า การนำอสุจิเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง เพื่อให้หญิงนั้นตั้งครรภ์ โดยไม่มีการร่วมประเวณี

“การตั้งครรภ์แทน (Surrogacy Arrangement)” หมายความว่า การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงไว้กับสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายก่อนตั้งครรภ์ว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น

“การตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ (Commercial Surrogacy)” หมายความว่า การรับจ้างตั้งครรภ์แทนหรืออุ้มบุญโดยมีค่าตอบแทนเพื่อประโยชน์ทางการค้าให้กับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

“การทำสำเนาชีวิตเพื่อการเจริญพันธุ์ (Human Cloning)” หมายความว่า กระบวนการผลิตประชากรที่มีลักษณะทางพันธุกรรมเหมือนกันซึ่งเกิดขึ้นในธรรมชาติเมื่อสิ่งมีชีวิตสืบพันธุ์โดยไม่อาศัยเพศ เป็นนำการเซลล์ของมนุษย์ไปเพาะเลี้ยงให้เป็นตัวอ่อนแล้วนำไปใส่ในโพรงมดลูกโดยไม่มีการปฏิสนธิระหว่างอสุจิกับไข่

“ข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน” หมายความว่า ข้อตกลงในการตั้งครรภ์แทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ระหว่างสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงเป็นหนังสือไว้กับสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายก่อนตั้งครรภ์ว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น

“ค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพ” หมายความว่า ค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ การยุติการตั้งครรภ์แทน การคลอด และหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน หลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน

“การให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์” หมายความว่า การให้การตรวจ วินิจฉัย และการรักษาผู้มีบุตรยากด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาประกาศกำหนด โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ”

1.8 ประโยชน์ที่จะได้รับจากการวิจัย

1.8.1 ได้องค์ความรู้เกี่ยวกับพัฒนาการด้านการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (Assisted Reproductive Technology) ใช้ชื่อย่อว่า ART ที่เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน (Surrogacy Arrangement)

1.8.2 ได้แนวความคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับการจัดการตั้งครรภ์แทนทั้งที่เห็นด้วยและไม่เห็นด้วย ทั้งในประเทศและต่างประเทศเพื่อนำไปสู่รูปแบบกฎหมาย (Model Law) ที่เหมาะสมสำหรับสังคมไทยต่อไป

1.8.3 ได้ทราบถึงประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่นำมาปรับใช้กับการตั้งครรภ์แทนทั้งในประเทศและต่างประเทศเพื่อเป็นแนวคิดในการการสร้างรูปแบบกฎหมาย (Model Law) ที่เหมาะสมในการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ให้เหมาะสมเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กในการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

1.8.4 ได้ทราบถึงประเด็นทางกฎหมายเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งรัฐจะเป็นองค์กรสำคัญในการขับเคลื่อนกลไกนี้ให้เกิดประสิทธิภาพและประสิทธิผลในการใช้กลไกดังกล่าวนี้โดยกำหนดสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของทั้งฝ่ายที่เห็นด้วยและไม่เห็นด้วยกับการตั้งครรภ์แทน

1.8.5 ได้ข้อเสนอแนะแนวทางสร้างรูปแบบทางกฎหมาย (Model Law) เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งจะนำไปใช้ประโยชน์ในการแก้ปัญหาคกรรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ซึ่งปรากฏเป็นข้อเท็จจริงในสังคมไทยยุคปัจจุบันและในอนาคต

บทที่ 2

แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ทางการแพทย์

มีแนวคิดทฤษฎีในเรื่องการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ดังต่อไปนี้

2.1 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการกำเนิดเด็กที่ไม่เป็นไปตามธรรมชาติ ได้แก่

2.1.1 แนวคิดทฤษฎีที่ให้ความสำคัญแก่หลักศาสนาและมาตรฐานทางศีลธรรม

มีแนวความคิดที่เกี่ยวกับหลักศีลธรรม ความเชื่อและคำสอนทางศาสนาในเรื่องเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ดังนี้

2.1.1.1 ศาสนาคริสต์

ตามคำสอนของศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก⁶ เกี่ยวกับการปฏิสนธิโดยใช้เทคโนโลยีต่างๆนอกกรรมมารดา มีคำสอนเกี่ยวกับการเคารพชีวิตมนุษย์ในการถือกำเนิดและศักดิ์ศรีแห่งการกำเนิดของทารก คำสอนดังกล่าวแยกได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

1) การปฏิสนธิของทารกนอกกรรมมารดาโดยบุคคลอื่น (Heterologous Artificial Insemination) ได้แก่การปฏิสนธิในหลอดทดลอง (Test Tube Baby) โดยบุคคลที่สามเข้ามาเกี่ยวข้อง เช่น ได้รับบริจาคเชื้ออสุจิหรือไข่จากบุคคลที่สาม นอกจากนั้นยังรวมถึงการให้คนอื่นตั้งครรภ์ด้วยคำสอนที่ว่า การให้กำเนิดบุตรจะต้องจำกัดอยู่ในเฉพาะคู่สมรสเท่านั้น ดังนั้นการปฏิสนธิในหลอดทดลองโดยมีบุคคลที่

⁶ The Congregation for the Doctrine of the Faith, Instruction on Respect for Human Life in Its Origin and on the Dignity of Procreation Replies to Certain Questions of the Day .Is “Surrogate” motherhood morally licit? No, for the same reasons which lead one to reject heterologous artificial fertilization: for it is contrary to the unity of marriage and to the dignity of the procreation of the human person. Surrogate motherhood represents an objective failure to meet the obligations of maternal love, of conjugal fidelity and of responsible motherhood; it offends the dignity and the right of the child to be conceived, carried in the womb, brought up by his own parents; it sets up, to the detriment of families, a division between the physical, psychological and moral elements which those families.

สามเข้ามาเกี่ยวข้อง ดังนั้นการรับบริจาคเชื้ออสุจิหรือไข่จากบุคคลภายนอกและการใช้บุคคลอื่นตั้งครรภ์ จึงเป็นสิ่งที่ยอมรับไม่ได้ทางศาสนาโดยเฉพาะศีลธรรมทางด้านเพศเพราะเปรียบเสมือนการผิดประเวณี ดังนั้นบุตรที่จะเกิดมาจึงมีสิทธิ์ที่จะได้รับการปฏิสนธิในครรภ์มารดาและอาศัยอยู่ในครรภ์มารดาตามธรรมชาติเท่านั้น ตลอดจนได้รับการเลี้ยงดูในครอบครัว ด้วยความสัมพันธ์ที่มั่นคงระหว่างบิดามารดาและบุตรได้ ดังนั้นการปฏิสนธิในหลอดทดลองโดยมีบุคคลที่สามเข้ามาเกี่ยวข้องจึงเป็นสิ่งที่ผิดกฎศีลธรรม

นอกจากนี้ การใช้บุคคลอื่นตั้งครรภ์แทนเป็นสิ่งที่ขัดแย้งกับความหมายของการสมรสที่เป็นหนึ่งเดียวและขัดแย้งกับศักดิ์ศรีของการให้กำเนิดของบุตรจากครรภ์มารดาเท่านั้น เป็นการไม่ซื่อสัตย์ต่อหน้าที่แห่งความรักของมารดาและของกลุ่มแต่งงาน เป็นการทำลายสถาบันครอบครัว

2) การปฏิสนธิของทารกนอกครรภ์มารดาโดยไม่มีบุคคลอื่นเข้ามาเกี่ยวข้อง Homologous Artificial Insemination คำสอนของศาสนจักรคาทอลิกเกี่ยวกับการปฏิสนธิในหลอดทดลองโดยไม่มีบุคคลอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องสามารถสรุปได้ดังนี้

2.1) พระเจ้ามีพระประสงค์ให้ความหมายของเพศสัมพันธ์ของกลุ่มแต่งงานที่ไม่สามารถแยกออกจากกันได้มีจุดมุ่งหมายเพื่อความสัมพันธ์ที่มีอยู่ในกลุ่มแต่งงาน (unitive) เท่านั้น

2.2) การให้กำเนิดบุตรจำเป็นต้องเป็นผลที่มาจากความรักของบิดามารดาตามธรรมชาติเท่านั้น

2.3) ไม่สามารถเชื่อมโยงการปฏิสนธิทารกในหลอดทดลองว่าเป็นส่วนหนึ่งของชีวิตแห่งการแต่งงานได้

2.4) การยินยอมให้วิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีด้านการแพทย์มีอิทธิพลเหนือชีวิตและกำหนดชะตากรรมของมนุษย์ ซึ่งการมีอิทธิพลครอบงำดังกล่าวเป็นการขัดแย้งกับศักดิ์ศรีและความเสมอภาคของมนุษย์ที่ควรมีระหว่างบิดามารดาและบุตร เป็นสิ่งที่ยอมรับไม่ได้ในด้านศีลธรรม

เทคโนโลยีที่ช่วยในการตั้งครรภ์ที่พระศาสนจักรยอมรับได้มีเฉพาะกรณีเดียวเท่านั้นคือการกระทำในธรรมชาติของการกระทำเองเป็นการกระทำที่ช่วยอำนวยความสะดวกให้เกิดการ

ปฏิสนธิในครรภ์มารดา ซึ่งไม่ใช่เป็นการกระทำที่เป็นการทดแทนการปฏิสนธิเสียเองแต่เป็นการกระทำที่ช่วยให้เกิดการปฏิสนธิในครรภ์มารดาสะดวกขึ้น⁷

2.1.1.2 ศาสนาอิสลาม

หลักศาสนาอิสลามว่าด้วยวิถีชีวิตของชาวอิสลามิกชื่อว่า Sharee เป็นพระวจนะของพระเป็นเจ้ามีขึ้นเพื่อคุ้มครองกำเนิดทั้ง 5 สิ่ง ได้แก่ self (รวมถึงชีวิต, สุขภาพและการให้กำเนิดชีวิต), วิทยา, ศาสนา, เกียรติ(รวมถึงการสมรส) และความเป็นเจ้าของ ดังนั้นจากคัมภีร์โอรานจึงอาจกล่าวได้ว่า การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ทุกกรณีจะต้องทำโดยใช้อสุจิหรือไข่ของกลุ่มสามีภริยาเท่านั้น⁸ ดังนั้นการตั้งครรภ์แทนจึงพิจารณาจาก 3 กรณีดังนี้

กรณีที่ 1 การปฏิสนธิของทารกนอกครรภ์มารดาโดยไม่มีบุคคลอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องกับ Homologous artificial insemination ทำได้โดยไม่ขัดหลักศาสนาอิสลามเมื่อไม่เกี่ยวข้องกับการใช้อสุจิหรือไข่ของผู้อื่น และหญิงนั้นจะต้องสมรสแล้ว

กรณีที่ 2 การตั้งครรภ์โดยใช้อสุจิบริจาคจึงขัดหลักศาสนาอิสลามถือว่าคู่สมรสมีผู้ การใช้อสุจิของชายอื่นเป็นสิ่งที่มิอาจยอมรับได้

กรณีที่ 3 เป็นการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่น ต้องห้ามเช่นกันเพราะมารดาของเด็กจะต้องเป็นผู้ให้กำเนิดเด็กเท่านั้น

เพราะฉะนั้นจึงอาจสรุปได้ว่าตามหลักศาสนาคริสต์และอิสลามมีความเห็นเช่นเดียวกันคือ การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ขัดกับหลักศีลธรรมเนื่องจากการทำอันตรายหรือทำลายชีวิตที่เกิดขึ้นแม้ยังไม่พัฒนาถึงขั้นเป็นมนุษย์ก็ตาม อีกทั้งการปฏิสนธิที่มีได้เกิดขึ้นจากเซลล์สืบพันธุ์ของกลุ่มสมรสก็มีใช้สิ่งที่เหมาะสมและต้องห้ามด้วย เพราะฉะนั้นการประยุกต์ใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์จึงอาจกระทำได้โดยไม่ขัดกับหลักศาสนาสำคัญของโลกในกรณีที่จำเป็นเท่านั้น โดยเฉพาะในกรณีที่ใช้เซลล์สืบพันธุ์ของกลุ่มสมรส โดยไม่มีผู้อื่นมาเกี่ยวข้องนั่นเอง

⁷ จาก ประเด็นและข้อเสนอแนะทางกฎหมายและจริยธรรมเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และการคัดเลือกทางพันธุกรรม, โดย แสง บุญเฉลิมวิภาสและคาราพร ธีระวัฒน์, 2548, โครงการชีวจริยธรรมกับภาควิชาวิทยาศาสตร์การแพทย์สมัยใหม่ เจ้าของลิขสิทธิ์.

⁸ จาก The Islamic Viewpoint on New Assisted Reproductive Technologies, โดย Hossam E.Fadel, *Fordham Urban Law Journal* (November 2002), para. 152.

2.1.1.3 ศาสนาพุทธ

มีผู้ศึกษาหลักธรรมทางพุทธศาสนาและปรับใช้กับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ดังนี้

กรณีที่ 1 หลักพุทธศาสนายอมรับการปฏิสนธินอกร่างกาย (IVF) เพราะเป็นวิธีช่วยให้เกิดบุตรเท่านั้น แต่ไม่สนับสนุนการสร้างตัวอ่อนจำนวนมากที่ต้องกำจัดตัวอ่อนหรือใช้ในการทดลองทางวิทยาศาสตร์เพราะเป็นการละเมิดศีลข้อแรกคือการห้ามฆ่าสัตว์

กรณีที่ 2 การใช้สุจิหรือไข่ของผู้หนึ่งนำมาใช้กับคู่สามีภรรยา แม้อาจไม่ถึงว่าได้ละเมิดศีลข้อ 3 การประพฤตินอกใจหรือการเป็นชู้ก็ตาม แต่ไม่เหมาะสมเพราะทำให้เกิดวิญญูณาตของผู้อื่นกระทบต่อความสัมพันธ์ส่วนตัวและความมั่นคงของคู่สามีภรรยา

การตั้งครุฑแทนจำต้องคำนึงถึงหลักพุทธศาสนา เนื่องจากเป็นความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีทางการแพทย์ด้านการเจริญพันธุ์ที่มีประเด็นเรื่องการกำเนิดชีวิตว่ามารดาที่มีสิทธิ์ในเด็กที่เกิดมาคือใคร โดยทางพุทธศาสนาเห็นว่า การกำเนิดชีวิตต้องมีองค์ประกอบสามประการคือ ชายและหญิงต้องมีความสัมพันธ์ทางเพศกัน หญิงที่มีความสัมพันธ์ทางเพศต้องมีไข่สุกพอเหมาะและต้องมีปฏิสนธิวิญญูณ จะนั้นหญิงที่ให้เซลล์สืบพันธุ์จึงเป็นมารดาที่แท้จริง การดำรงรักษาเผ่าพันธุ์ของตนเองด้วยการอยู่ร่วมกันเป็นกลุ่มก็จะมีจริยธรรมในการสืบเผ่าพันธุ์ของตนเองเพื่อให้เผ่าพันธุ์ของตนเองดำรงอยู่ตลอดไป

สำหรับทางด้านพุทธจริยศาสตร์ (Buddhist Ethics) กล่าวว่ามารดา (พีชนิยาม/ Biological Laws) ให้ความหมายจากมังคลัตถทีปนี⁹ ดังนี้ (1) โทหัพพี หมายถึง ผู้แพ้ท้อง (2) สหตามาตา หมายถึง ผู้ใจดี (3) ชนินีหรือชนยนต์ มาตาหรือชเนตติหรือชนกา หมายถึง ผู้ให้บุตรกำเนิด (4) โทเสนตี หมายถึง ผู้ให้บุตรยินดี (5) โปเสนตี หมายถึง ผู้เลี้ยงดู (6) โคเปนตีหมายถึง ผู้คุ้มครอง (7) วิหญญูตี หมายถึง ผู้ห่วงใย (8) โคปีกา หมายถึง ผู้แสวงหาทรัพย์สมบัติ (9) ลิกขาปีกา หมายถึง ผู้ให้บุตรศึกษา

⁹ จาก พจนานุกรมพุทธศาสตร์ ฉบับประมวลธรรม, โดย พระธรรมปิฎก (ป.อ. ปยุตฺโต), 2551, กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย.

จากความหมายของมารดาในพุทธจริยศาสตร์จากมังคลัตถปิณดีดังกล่าวข้างต้นนั้นจะเห็นว่ามีความหมายหลายลักษณะด้วยกัน แต่เมื่อแบ่งเป็นกลุ่มลักษณะแล้ว แบ่งได้สามกลุ่มลักษณะดังนี้

- 1) กลุ่มลักษณะของมารดาผู้ให้กำเนิดชีวิต
- 2) กลุ่มลักษณะของมารดาที่เป็นอาการ
- 3) กลุ่มลักษณะของมารดาที่เป็นคุณสมบัติ

กลุ่มลักษณะของมารดาผู้ให้กำเนิดชีวิต หมายถึงคำศัพท์ดังนี้ ชนินีหรือชนยนตีมาตา หรือชนนตตีหรือชนกา คือ ผู้ให้บุตรกำเนิด ตรงกับความหมายของมารดาในพุทธจริยศาสตร์จากมังคลัตถปิณดีข้อที่สาม ซึ่งหมายถึงผู้ให้กำเนิดชีวิต หรือผู้ที่ให้การเริ่มต้นของการกำเนิดชีวิตหรือจุดเริ่มต้นของชีวิต ซึ่งการกำเนิดชีวิตมนุษย์ต้องอาศัยเซลล์ไข่ของเพศหญิงกับน้ำเชื้ออสุจิของเพศชายมาผสมกันจนเกิดการปฏิสนธิวิญญาน (Rebirth Consciousness) จึงกล่าวได้ว่าการกำเนิดชีวิตของมนุษย์ขึ้นมามีต้องอาศัยน้ำเชื้ออสุจิของเพศชายกับเซลล์ไข่ของเพศหญิงมาผสมกัน

การดำรงไว้ซึ่งเผ่าพันธุ์ของตนเองเป็นสิ่งสำคัญมากของมนุษย์ การขาดผู้สืบทอดเผ่าพันธุ์อาจเกิดมาจากหลายสาเหตุหรือหลายปัจจัย ซึ่งในหลายสาเหตุนั้นเกิดจากการเจริญพันธุ์ที่มาจากความบกพร่องทางชีวภาพของผู้ใดผู้หนึ่งในคู่สามีภรรยาหรืออาจเกิดจากทั้งสองฝ่ายก็ได้ สาเหตุของการไม่มีบุตร มีสาเหตุมาจากสามีร้อยละ 30-35 นอกจากนั้นก็มีสาเหตุมาจากความบกพร่องทางชีวภาพของภรรยา ซึ่งความบกพร่องทางชีวภาพของภรรยา¹⁰ นั้นเกิดมาจากความผิดปกติของโพรงมดลูกมากที่สุด เพราะโพรงมดลูกมีพยาธิสภาพเกิดขึ้นร้อยละ 50 ของความบกพร่องทางชีวภาพ ความผิดปกติของโพรงมดลูกของภรรยานำไปสู่การตั้งครรภ์ที่มีความยุ่งยากมากขึ้นหรือบางครั้งไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ จึงต้องอาศัยหญิงอื่นมารับการตั้งครรภ์แทน ปัจจุบันวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีทางการแพทย์มีความเจริญก้าวหน้ามากที่สามารถตอบสนองความต้องการของบุคคลหรือคู่สามีภรรยาที่มีปัญหาการมีบุตรยากได้ด้วยการนำเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ (Reproductive Technology) เข้ามาช่วยจึงเป็นเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (Assisted Reproductive Technology) ซึ่งมีเทคนิคและวิธีการกระทำที่แตกต่างกันไปตามกรณีปัญหาของคู่สามีภรรยาที่มีบุตรยากดังกรณีตัวอย่าง สามีภรรยาคนหนึ่งภรรยาชื่อ นางคริสปิโน คาลเริต ไม่สามารถที่จะมีบุตรได้เพราะว่านางได้ตัดมดลูกทิ้งแล้ว แต่ทั้งสองปรารถนาอยากจะมีบุตร จึงได้ไปปรึกษากับสูตินรีแพทย์ สูตินรีแพทย์ได้แนะนำว่าถ้าปรารถนาอยากจะมีบุตร ต้องทำเทคโนโลยีทางการแพทย์ในหลอดทดลองแล้วย้ายตัวอ่อน (In Vitro Fertilization Embryo Transfer =

¹⁰ จาก *ภาวะการมีบุตรยาก*, โดย เสบียง ศรีวรรณบุรณและคณะ, 2526, เสบียง ศรีวรรณบุรณและคณะ เจ้าของลิขสิทธิ์.

IVF, ET) โดยการนำตัวอสุจิของสามีและเซลล์ไข่ของภริยามาผสมภายนอกแล้วนำเข้าไปใส่โพรงมดลูกของหญิงอื่นที่มารับการตั้งครรภ์แทน หลังจากนั้นคู่สามีภริยาได้ตกลงว่าจ้างนางสาวแอนนา ซึ่งเป็นพยาบาลเพื่อมารับการตั้งครรภ์แทนครั้นเมื่อนางสาวแอนนาตั้งครรภ์ได้เจ็ดเดือน จึงปรารถนาอยากจะเป็นมารดาของเด็กที่นางได้ตั้งครรภ์ นางจึงได้ยื่นคำร้องต่อศาลให้ศาลพิพากษาว่านางเป็นมารดาของเด็กที่อยู่ในครรภ์¹¹ เป็นต้น

จากความบกพร่องทางชีวภาพของคู่สามีภริยาที่มีบุตรยาก ที่ภริยาไม่สามารถตั้งครรภ์ได้นำไปสู่การทดลอง การวิจัยและการพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีทางการเจริญพันธุ์มาตามลำดับจนกระทั่งสามารถนำตัวอสุจิของสามีและเซลล์ไข่ของภริยามาผสมภายนอกแล้วนำเข้าไปใส่โพรงมดลูกของหญิงอื่นที่มารับการตั้งครรภ์แทน จึงนำไปสู่ประเด็นปัญหาว่าใครคือมารดาที่แท้จริงระหว่างหญิงที่ให้เซลล์ไข่กับหญิงอื่นที่มารับการตั้งครรภ์แทน ซึ่งในการตอบประเด็นปัญหานี้จะใช้กรอบแนวความคิดทางพุทธจริยศาสตร์ (Buddhist Ethics) จริยศาสตร์เป็นหลักธรรมคำสอนทางพุทธศาสนาที่วางอยู่บนรากฐานของสังขธรรมซึ่งสังขธรรมมีอยู่มากมาย แต่พุทธศาสนาจัดไว้ห้าหมวดจากอรรถกถา มหาปทานสูตร¹² ดังนี้ (1) อุคูนियัม (Physical Laws) เป็นการอธิบายถึงความ เป็นระเบียบเกี่ยวกับสิ่งที่ไม่มีชีวิต สิ่งที่เป็นธรรมชาติ ปракฏการณของสิ่งที่เป็นธรรมชาติ เป็นต้น (2) พินนิยาม (Biological Laws) เป็นการอธิบายถึงความ เป็นระเบียบเกี่ยวกับสิ่งมีชีวิต การเจริญพันธุ์ และพันธุกรรม เป็นต้น (3) จิตนิยาม (Psychological Laws) เป็นการอธิบายถึงความ เป็นระเบียบเกี่ยวกับจิต กลไกการทำงานของจิต การเกิดดับของจิต การรับอารมณ์ของจิตและองค์ประกอบของจิต เป็นต้น (4) กรรมนิยาม (Kamic Laws) เป็นการอธิบายถึงความ เป็นระเบียบเกี่ยวกับกรรมและการให้ผลของกรรม และ (5) ธรรมนิยาม (General Laws) เป็นการอธิบายถึงความ เป็นระเบียบเกี่ยวกับสิ่งอื่นที่นอกเหนือหรือไม่เกี่ยวข้องกับสี่ข้อข้างต้น

สำหรับเรื่องการกำเนิดชีวิตมนุษย์ต้องอาศัยเซลล์ไข่ของเพศหญิงกับน้ำเชื้ออสุจิของเพศชายมาผสมกันจนเกิดการปฏิสนธิวิญญาน (Rebirth Consciousness) จึงกล่าวได้ว่าการกำเนิดชีวิตของมนุษย์ขึ้นมาต้องอาศัยน้ำเชื้ออสุจิของเพศชายกับเซลล์ไข่ของเพศหญิงมาผสมกัน¹³

¹¹ จาก การรับจ้างตั้งครรภ์กับกฎหมาย, โดย วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, 2549,วารสารคลินิก, 6 (12), น.27-29.

¹² จาก กรรมกับโรคพันธุกรรมในทัศนะพระพุทธศาสนา, โดย พระธรรมปิฎก (ป.อ.ปยุตโต), 2541, กรุงเทพมหานคร, สืบค้นจาก <http://www.chulabook.com>

¹³ จาก พุทธจริยศาสตร์กับการตั้งครรภ์แทน (Buddhist Ethics and Surrogacy), โดย เกียรติศักดิ์ ดวงจันทร์, 2557, วารสารมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ (Journal of Humanities and Social Sciences) , 6 (1),น. 185-198.

ตามหลักพุทธศาสนารวมแบ่งเป็นสองประเภทคือ ธรรมที่เป็นสังฆธรรมกับธรรมที่เป็นจริยศาสตร์ พุทธศาสนาให้ความหมายของผู้ให้กำเนิดชีวิต หรือผู้ที่ให้การเริ่มต้นของการกำเนิดชีวิต หรือจุดเริ่มต้นของการกำเนิดชีวิต คือ ชนินิ หรือชนนุติ มาตา หรือชนนุติ หรือชนกา อันเป็นจริยศาสตร์ที่เป็นธรรมทางพุทธศาสนาที่วางอยู่บนรากฐานของสังฆธรรม

การตั้งครรภ์แทน คือ การนำตัวอสุจิของผู้ชาย (สามี) และเซลล์ไข่ของผู้หญิง (ภรรยา) มาผสมภายนอกแล้วนำเข้าไปใส่โพรงมดลูกของหญิงอื่นที่มารับการตั้งครรภ์แทนเพื่อเป็นการช่วยเหลือคู่สามีภรรยาที่มีบุตรยากที่จะมีผู้สืบทอดเผ่าพันธุ์ของตนเองจากรุ่นหนึ่งไปยังอีกรุ่นหนึ่งต่อไป การที่เผ่าพันธุ์ใดที่ไม่มีผู้สืบทอด เผ่าพันธุ์นั้นก็สูญสิ้นไปในที่สุด

ประเด็นเรื่องพุทธจริยศาสตร์กับการตั้งครรภ์แทน (Buddhist Ethics and Surrogacy)¹⁴ นั้น เมื่อมีการที่นำตัวอสุจิของสามีและเซลล์ไข่ของภริยามาผสมภายนอก แล้วนำเข้าไปใส่โพรงมดลูกของหญิงอื่นที่มารับการตั้งครรภ์แทน (In Vitro Fertilization and Embryo Transfer = IVF, ET) จึงนำไปสู่ประเด็นปัญหาจริยธรรมว่าใครคือ มารดาที่แท้จริงระหว่างหญิงที่ให้เซลล์ไข่กับหญิงอื่นที่มารับการตั้งครรภ์แทน ตามกรอบแนวความคิดพุทธจริยศาสตร์เชื่อว่า ผู้ที่ให้เซลล์ไข่คือมารดาที่แท้จริง เหตุผลที่สนับสนุนประการแรกจากความหมายของมารดา ชนินิหรือชนนุติ มาตาหรือชนนุติหรือชนกา ที่หมายถึงผู้ให้บุตรกำเนิดหรือผู้ให้กำเนิดบุตรหรือผู้ที่ให้การเริ่มต้นของการกำเนิดชีวิต หรือจุดเริ่มต้นของชีวิตซึ่งการกำเนิดชีวิตมนุษย์ต้องอาศัยเซลล์ไข่ของเพศหญิงกับน้ำเชื้ออสุจิของเพศชายมาผสมกันจนเกิดการปฏิสนธิวิญญาณ (Rebirth Consciousness) จึงกล่าวได้ว่าการกำเนิดชีวิตมนุษย์ขึ้นมาต้องอาศัยน้ำเชื้ออสุจิของเพศชายกับเซลล์ไข่ของเพศหญิงผสมกัน

เหตุผลที่สนับสนุนประการที่สอง เนื่องจากข้อความในมัชฌิมนิกาย มุลปณณาสก¹⁵ กล่าวว่า การที่ชีวิตมนุษย์คนใดคนหนึ่งกำเนิดขึ้นมาได้นั้นต้องอาศัยปัจจัยสามประการมาประจวบเหมาะกัน ชีวิตมนุษย์จึงถือกำเนิดขึ้นมาได้คือ (1) ชายหญิงมีความสัมพันธ์ทางเพศถึงจุดหลั่งน้ำอสุจิหรือการนำตัวอสุจิของเพศชายมาผสมกับเซลล์ไข่ของเพศหญิงด้วยวิธีการเทคโนโลยีทางการแพทย์ (2) ผู้หญิงที่มีความสัมพันธ์ทางเพศอยู่ในช่วงระยะเวลาที่มีเซลล์ไข่สุกพอเหมาะ และ (3) ตัวอสุจิของเพศชายกับเซลล์ไข่ของเพศหญิงผสมกันจนเกิดการปฏิสนธิวิญญาณ เมื่อปัจจัยทั้งสามประการนี้บรรจบพร้อมกันเมื่อใด เมื่อนั้นถือว่าเป็นจุดเริ่มต้นของการมีชีวิตได้เริ่มขึ้นแล้ว พุทธจริยศาสตร์เรียกกระบวนการ

¹⁴ เสบียง ศิริวรรณบุรณ์และคณะ, อ้างแล้ว, น. 17

¹⁵ จาก พระไตรปิฎก เล่มที่ 12 ,น. 443-444.

การของการกำเนิดชีวิตและการสืบต่อของชีวิตมนุษย์ที่มีกฎเกณฑ์ มีความเป็นระเบียบแบบแผนของธรรมชาติของสิ่งมีชีวิตที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวเนื่องซึ่งกันและกันระหว่างสิ่งมีชีวิต ในแง่ของสิ่งหนึ่งเป็นเหตุและสิ่งหนึ่งเป็นผล จากที่กล่าวข้างต้น การนำตัวสุจิของเพศชายและเซลล์ไข่ของเพศหญิงมาผสมกันเป็นเหตุ ส่วนการปฏิสนธิวิญญาณที่เกิดจากการผสมกันระหว่างตัวสุจิของเพศชายกับเซลล์ไข่ของเพศหญิง แล้วเจริญเติบโตอย่างมีทิศทางเป็นผล พุทธจริยศาสตร์เรียกว่าเป็นพีชนิยาม (Biological Laws) หลังจากนั้นตัวอ่อนจะไปฝังตัวในโพรงมดลูกของหญิงอื่นที่มารับการตั้งครรภ์แทน หรือเทคโนโลยีทางการแพทย์ด้านการเจริญพันธุ์โดยการนำตัวอ่อนไปพักอาศัยในสิ่งที่มีลักษณะรูปร่างคล้ายโพรงมดลูกที่มีอุณหภูมิและสิ่งอื่นๆ เหมือนกับโพรงมดลูกทุกประการเพื่อให้ตัวอ่อนพัฒนาเจริญเติบโตเป็นมนุษย์ต่อไป พุทธจริยศาสตร์เรียกกระบวนการที่เป็นปัจจัยเสริมหรือปัจจัยสนับสนุนที่มีกฎเกณฑ์ที่มีความเป็นระเบียบแบบแผนของสิ่งไม่มีชีวิตหรือสิ่งที่เกี่ยวข้องกับวัตถุที่มีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันระหว่างสิ่งที่เป็นวัตถุ ในแง่ของสิ่งหนึ่งเป็นเหตุและอีกสิ่งหนึ่งเป็นผล ดังนั้นการที่ตัวอ่อนเข้าไปฝังตัวในโพรงมดลูกของหญิงอื่นที่มารับการตั้งครรภ์แทน ที่มีอุณหภูมิพอเหมาะกับตัวอ่อน เพื่อให้ตัวอ่อนนั้นมีชีวิตอยู่เป็นเหตุ ส่วนการพัฒนาการของตัวอ่อนในการเจริญเติบโตมีศักยภาพเป็นมนุษย์มีอวัยวะครบถ้วนสมบูรณ์เป็นผล พุทธจริยศาสตร์เรียกว่า เป็นอุคูนียาม (Physical Laws)

ดังนั้น ปัจจัยที่สำคัญในการกำเนิดชีวิตอยู่ที่เซลล์ไข่ของเพศหญิงกับตัวสุจิของเพศชาย อันเป็นตัวกำหนดให้ชีวิตกำเนิด พุทธจริยศาสตร์เรียกว่า พีชนิยาม ส่วนปัจจัยเสริมหรือปัจจัยที่สนับสนุนในการให้ความอบอุ่นหรือการให้มีอุณหภูมิที่พอเหมาะเพื่อให้ชีวิตนั้นพัฒนาเจริญเติบโตต่อไป เห็นได้ว่าหญิงผู้ให้เซลล์ไข่โดยให้หญิงอื่นมารับการตั้งครรภ์แทน หลังจากนั้นบุตรเติบโตเป็นหนุ่มไปฆ่าหญิงผู้ให้เซลล์ไข่จัดเป็นอนันตริยกรรมเช่นกัน เพราะบุตรได้อาศัยเซลล์ไข่ของหญิงนั้นกำเนิดชีวิต หญิงนั้นจึงเป็นมารดา แต่ถ้าเด็กหนุ่มคนนั้นไปฆ่าผู้อื่นหรือหญิงอื่นที่มารับการรับจ้างตั้งครรภ์แทนแล้วคลอดตนออกมา การฆ่านั้นก็เพียงปาณาติบาตเท่านั้น

เหตุผลที่สนับสนุนต่อมาเป็นการสอดคล้องกับวิทยาศาสตร์การแพทย์ในปัจจุบันที่ได้พิสูจน์แล้วว่า การผสมกันของตัวสุจิผู้ชายกับเซลล์ไข่ผู้หญิงจนปฏิสนธิกลายเป็นตัวอ่อน (Embryo) จะมีสิ่งหนึ่งที่ถ่ายทอดไปยังตัวอ่อนหรือบุตรของชายหญิงคู่ นั้น เราเรียกสิ่งนั้นว่า สารพันธุกรรม (Deoxyribonucleic Acid=DNA) ซึ่งมีลักษณะเป็นเส้นยาวๆ ประกอบด้วยโค้ดที่มีลักษณะคล้ายโค้ดคอมพิวเตอร์ที่กำกับลักษณะเผ่าพันธุ์ของตนทางชีวภาพ ตัวอย่างเช่น ลักษณะสีของนัยน์ตา สีผิว เป็นต้น ลักษณะเหล่านี้จะถูกถ่ายทอดไปยังบุตรของตน ดังกรณีตัวอย่าง ในประเทศอังกฤษ เมื่อปี พ.ศ. 2534 ชาวอังกฤษเชื้อสายอินเดียได้ขอร้องต่อศาลให้บุตรสาวแท้ๆ ของคนที่ทางราชการอังกฤษปฏิเสธก่อนหน้า

นั้นไม่ให้อพยพติดตามคนไป เหตุผลเพราะทางราชการไม่เชื่อว่า เด็กหญิงสาวผู้นั้นเป็นบุตรสาวของตนจริง จึงได้มีการพิสูจน์ความเป็นบิดาด้วยวิธีการพิสูจน์สารพันธุกรรม เมื่อพิสูจน์แล้วผลปรากฏว่าตนเป็นบิดาของบุตรสาวจริง ศาลจึงอนุญาตให้บุตรสาวอพยพติดตามตนได้¹⁶ ในลักษณะตรงกันข้ามการพิสูจน์ว่าใครคือมารดาที่แท้จริงก็พิสูจน์สารพันธุกรรมในทำนองเดียวกันจากการอ้างเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงกล่าวได้ว่าหญิงที่เป็นมารดาที่แท้จริงของทารกที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น คือหญิงที่ให้เซลล์ไข่ เพราะการที่ชีวิตมนุษย์ชีวิตใด ชีวิตหนึ่งเกิดขึ้นมาในโลกนี้ต้องอาศัยตัวอสุจิของเพศชายกับเซลล์ไข่ของเพศหญิงมาผสมกันจนเกิดการปฏิสนธิวิญญูณ ถ้าปราศจากเซลล์ไข่ของเพศหญิงมีแต่ตัวอสุจิของเพศชายไม่สามารถที่ให้กำเนิดชีวิตมนุษย์ได้ ถ้าปราศจากตัวอสุจิของเพศชายมีแต่เซลล์ไข่ของเพศหญิงก็ไม่สามารถให้กำเนิดชีวิตมนุษย์เช่นกัน ดังนั้นการกำเนิดชีวิตมนุษย์จึงต้องอาศัยทั้งน้ำเชื้ออสุจิของเพศชายกับเซลล์ไข่ของเพศหญิงมาผสมกัน

กล่าวโดยสรุปความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีทางการเจริญพันธุ์ โดยการนำน้ำเชื้ออสุจิและไข่ของกลุ่มสามีภริยามาผสมในหลอดทดลองแล้วย้ายตัวอ่อน ให้กับหญิงอื่นที่มารับการตั้งครรภ์แทน นั้นเด็กที่เกิดมาพุทธจริยศาสตร์ถือว่าหญิงที่ให้เซลล์ไข่คือมารดาที่แท้จริง เพราะหญิงให้เซลล์ไข่เป็นผู้ให้กำเนิดชีวิตอันเป็นกระบวนการหลักพีชนิยามที่ว่ากำเนตชีวิตใด ชีวิตหนึ่งต้องอาศัยปัจจัยสามประการคือชายหญิงมีความสัมพันธ์ทางเพศถึงจุดหลั่งน้ำอสุจิหญิงที่มีความสัมพันธ์ทางเพศนั้นอยู่ในช่วงระยะเวลาที่มีเซลล์ไข่สุกพอเหมาะและมีปฏิสนธิวิญญูณ ซึ่งสอดคล้องกับวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีทางการแพทย์สมัยปัจจุบันที่ได้พิสูจน์แล้ว โดยการตรวจพิสูจน์ลายพิมพ์ทางพันธุกรรม (Deoxyribonucleic Acid Fingerprint = DNA-Fingerprint) ซึ่งลายพิมพ์ทางพันธุกรรมนี้จะถ่ายทอดจากผู้ให้น้ำเชื้ออสุจิและเซลล์ไข่ไปสู่บุตร ส่วนตัวอ่อนที่เข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงอื่นที่มารับการตั้งครรภ์แทนให้ตัวเองเจริญเติบโตแล้วคลอดออกมา หญิงอื่นที่มารับการตั้งครรภ์แทนจึงเป็นแค่เพียงที่พักอาศัยของตัวอ่อนนั่นเอง

2.1.2 แนวคิดทฤษฎีที่ให้ความสำคัญแก่ผู้ให้ “เลือดและเนื้อ” แก่เด็ก¹⁷

แนวความคิดที่ให้ความสำคัญกับหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนซึ่งเป็นผู้ให้ “เลือดและเนื้อ” แก่เด็ก และเป็นผู้คลอดเด็กออกมา เนื่องจากจะต้องเป็นผู้ที่อุ้มท้องถึง 9 เดือน ถือเป็นภาระที่จะต้องทำให้ดีที่สุดเพราะเปรียบเสมือนผู้ให้ “เลือดและเนื้อ” แก่เด็กเพื่อให้เด็กที่คลอดออกมามีร่างกายและจิตใจที่

¹⁶ จาก *รู้จักตัวอสุจิในบุญโลก*, โดย วรากรณ์ สามโกเศศ, 2532, น. 28-29.

¹⁷ จริญ ภักดิธนากุล, อ้างแล้ว, น. 4.

แข็งแรงสมบูรณ์ แนวความคิดนี้เป็นไปตามหลักทางชีวภาพ (Biological Relation Approach) หมายความว่าถึงการกำหนดความเป็นมารดาตามข้อสันนิษฐานทางกฎหมายกล่าวคือหญิงผู้ตั้งครรภ์ตามกลไกธรรมชาติผู้ให้กำเนิดเป็นมารดาของบุตรนั้น แม้ว่าหญิงนั้นจะเป็นผู้ตั้งครรภ์แทนก็ตามจึงถือได้ว่าเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย เป็นหลักการพื้นฐานที่บัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะครอบครัวของประเทศไทยแม้ว่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1546¹⁸ ถือเป็นหลักได้ว่า บุตรเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของมารดาเสมอไม่ว่ากรณีใดๆก็ตาม¹⁹ เนื่องจากความเป็นมารดาและบุตรเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่อาจปฏิเสธได้และสามารถนำสืบได้ง่ายกว่าความเป็นบิดาและบุตร เด็กย่อมเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงเสมอไม่ว่าหญิงมารดาจะได้สมรสกับชายใดหรือไม่ก็ตาม²⁰ และในต่างประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น มีหลักกฎหมายพื้นฐานที่ว่า หญิงที่ตั้งครรภ์และคลอดบุตรออกมามีฐานะเป็นมารดาของบุตร ตามหลัก “mater est quam questatio demonstate” (The mother is demonstrated by gestation)²¹ ด้วยเหตุผลที่ว่าหญิงตั้งครรภ์ย่อมมีความผูกพันกับเด็กในท้องอย่างลึกซึ้ง กฎหมายจึงให้ถือว่าเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตรที่เกิดมาเสมอ โดยเป็นหลักกฎหมายที่ใช้มาเป็นเวลาช้านานแล้วก่อนที่จะมีเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และเนื่องจากหลักการนี้มีเหตุผลที่เพียงพอจึงยังคงใช้อยู่จนถึงปัจจุบันนี้สำหรับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law

สำหรับในประเทศอังกฤษหลักการที่ว่ามารดาผู้ให้กำเนิดทารกย่อมมีความสัมพันธ์ทั้งทางสายเลือดและทางพันธุกรรมกับเด็กที่เด็กมาเป็นหลักการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการจดทะเบียนการเกิดและการตายตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการจดทะเบียนการเกิดและการตาย (Births and Deaths Registration Act 1953 and Registration of Births and Marriage Act 1965) โดยมีหลักว่า การตั้งครรภ์ย่อมเป็นเครื่องบ่งชี้ความเป็นมารดาของบุตรและหญิงที่ให้กำเนิดบุตรมีหน้าที่จะต้องแจ้งจดทะเบียนการเกิดของเด็กนั้นว่าเป็นบุตรของตน²²

¹⁸ มาตรา 1546 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 บัญญัติว่า เด็กเกิดจากหญิงที่ได้สมรสกับชาย ให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

¹⁹ จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว (หน้า 526), โดย ประสพสุข บุญเดช, 2550, กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา

²⁰ จาก คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว บิดามารดาและบุตร, โดย รัตนา เอกบุตร, 2550, กรุงเทพมหานคร: บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด.

²¹ จาก “การปฏิสนธิเทียมยุคโลกาภิวัตน์,” โดย ประสพสุข บุญเดช, 2558, บทบัณฑิต, 51(1), หน้า 197.

²² From “Births and Deaths Registration Act 1953, Part I Registration of Births, 1 Particulars of births to be Registered,” 1953. Retrieved from <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/1-2/20>.

แนวความคิดโดยใช้หลักความสัมพันธ์ทางชีวภาพทำให้สถานภาพของเด็กมีความชัดเจนจนสามารถพิสูจน์ความเป็นมารดาของเด็ก โดยง่ายจากการที่ได้เห็นประจักษ์จากการคลอดบุตรของหญิงนั้นและเด็กที่เกิดมาจะมีสถานภาพทางกฎหมายเป็นบุตร โดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงผู้ให้กำเนิดเด็กนั้นโดยทันที หลักการนี้ถือได้ว่าเป็นการคำนึงถึงสิทธิในความเป็นมารดาของหญิงที่ตั้งครรภ์ซึ่งอุ้มครรภ์เป็นเวลานานโดยสามารถมีสิทธิในการเลี้ยงดูเด็ก หลักการนี้ยังเป็นมาตรการหนึ่งในการป้องกันการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากการรับจ้างตั้งครรภ์แทนนำไปสู่การซื้อขายเด็กหรือการค้ามนุษย์ได้เนื่องจากเด็กที่เกิดมาเป็นบุตรของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเสมือนนั่นเอง

อย่างไรก็ตามแนวความคิดนี้ถือเป็นการไม่คำนึงถึงความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมของสามีภริยาที่ต้องการมีบุตร ถ้าต้องการอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากเชื้ออสุจิและไข่ของฝ่ายคนที่ต้องไปดำเนินการในการขอจดทะเบียนรับเป็นบุตรบุญธรรมโดยมีขั้นตอนในการดำเนินการที่ค่อนข้างจะยุ่งยากมากและต้องใช้เวลาอันยาวนานด้วย นอกจากนี้ยังอาจจะกระทบต่อความรู้สึกในการสูญเสียความเป็นบิดามารดาที่แท้จริงไปรวมทั้งอาจส่งผลกระทบต่อเด็กในอนาคตเมื่อทราบความจริงเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนสำหรับการเป็นบุตรบุญธรรมยังส่งผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยและตามกฎหมายอื่นๆด้วย ดังเช่นสิทธิในสวัสดิการต่างๆเช่นการเบิกค่ารักษาพยาบาลหรือค่าเล่าเรียนให้บุตรที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตลอดจนสิทธิในการรับมรดกด้วย

2.1.3 แนวคิดทฤษฎีที่ให้ความสำคัญแก่ผู้ที่เป็นต้นกำเนิด คือเป็นผู้ให้ “เชื้อและไข่”

เป็นองค์ประกอบแรกของการเกิดชีวิตเด็กขึ้น อันได้แก่สเปิร์มและอสุจิของผู้ให้เชื้อ(Sperm) และไข่ (Ovum) ที่เป็นผู้ให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนแต่เป็นผู้ถ่ายทอดสารพันธุกรรมแก่เด็ก เป็นหลักความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม (Genetic-based Approach) ตามความเป็นจริงตามสายเลือด กล่าวคือคู่สามีภริยาที่เป็นเจ้าของเชื้ออสุจิหรือไข่ที่แท้จริงเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าหญิงนั้นจะเป็นผู้ตั้งครรภ์เองหรือจะให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนก็ตาม เป็นเพราะเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนได้มาจากคู่สามีภริยาที่ต้องการจะมีบุตรจึงควรกำหนดให้เป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตรนั้น อย่างไรก็ตามสำหรับบางกรณีที่มีการอนุญาตให้ใช้ตัวอ่อนจากผู้บริจาคก็ยังคงเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตรนั้นแต่เป็นไปตามหลักหัวใจปรารถนาหรือหลักเจตจำนงของสามีภริยานั้นนั่นจึงจะได้กล่าวต่อไป

แนวความคิดนี้เป็นหลักการที่ก่อให้เกิดผลดีต่อคู่สามีภรรยาที่ต้องการมีบุตรเนื่องจากเมื่อทำสัญญาตั้งครรภ์แทนแล้วเด็กที่เกิดมาย่อมเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีภรรยาผู้นั้น หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจำต้องส่งมอบเด็กนั้นให้แก่คู่สามีภรรยาที่ต้องการมีบุตรอย่างแน่นอน โดยไม่ได้คำนึงถึงสิทธิของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเท่าที่ควรและจำต้องส่งมอบส่งมอบเด็กในทุกกรณีแม้จะมีความผูกพันกับเด็กมากเพียงใดก็ตามจึงเป็นการขัดกับหลักข้อสันนิษฐานทางกฎหมายตามแนวความคิดทฤษฎีความสัมพันธ์ทางชีวภาพดังกล่าวมาแล้วข้างต้น (Biological Relation Approach) เมื่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนทราบมาแต่ต้นว่าจำต้องตัดความผูกพันกับเด็กในครรภ์และส่งมอบให้กับสามีภรรยาที่ให้ตั้งครรภ์แทนจึงอาจจะไม่ดูแลรักษาเด็กในครรภ์อย่างดีที่สุดส่งผลต่อสุขภาพอนามัยของเด็ก กรณีที่เด็กเกิดมามีสภาพร่างกายที่ไม่สมบูรณ์หรือมีความบกพร่องทางสมอง คู่สามีภรรยาอาจไม่ต้องการรับอุปการะเลี้ยงดูเด็กนั้นหรือได้เสียชีวิตก่อนเด็กจะเกิดมาก็จะเป็นปัญหาทางกฎหมายต่อไป

2.1.4 แนวคิดทฤษฎีที่ให้ความสำคัญแก่ผู้ที่มีหัวใจปรารถนาที่จะได้เด็กเป็นบุตรของตน

เป็นหลักการยึดเจตจำนงเป็นสำคัญ (Intent-Based Parenthood) ซึ่งเกิดจากสามีและภรรยาที่มีบุตรยากและให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน โดยคำนึงถึงข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนในการกำหนดความเป็นบิดามารดา เป็นหลักการในการคุ้มครองความต้องการของสามีภรรยาฝ่ายที่ต้องการมีบุตรเนื่องจากฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนย่อมมีข้อสันนิษฐานทางกฎหมายเป็นการคุ้มครองอยู่แล้ว จะเห็นได้ว่าหลักการนี้มีความสัมพันธ์กับหลักความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมเพราะเมื่อมีความคุ้มครองเกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาของสามีภรรยาที่ต้องการมีบุตรตามหลักความสัมพันธ์แล้วก็ย่อมได้รับความคุ้มครองตามหลักเจตจำนงเช่นกัน และเนื่องจากความต้องการจะมีบุตรที่แท้จริงจึงได้จัดให้มีการตั้งครรภ์แทนตามสัญญาระหว่างฝ่ายคู่สามีภรรยาที่ต้องการมีบุตรกับฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในเรื่องข้อตกลงต่างๆ เช่น การส่งมอบเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนแก่คู่สามีภรรยาที่ต้องการมีบุตร การตกลงเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการจัดให้มีการตั้งครรภ์แทนตลอดจนข้อตกลงตามเงื่อนไขต่างๆ ข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนเหล่านี้จำเป็นต้องให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นเกี่ยวกับข้อตกลงหรือสัญญาที่ได้ทำกันไว้ในเรื่องอำนาจปกครองบุตรหรือเรื่องการบังคับตามสัญญาหรือข้อตกลง เป็นต้น

กฎหมายที่น่าหลักการนี้มาบัญญัติใช้จะเป็นผลดีกับคู่สามีภรรยาที่ต้องการมีบุตรเพราะหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจำต้องส่งมอบเด็กที่คลอดให้มาอยู่ในความปกครองดูแลของฝ่ายที่มีเจตจำนงมาตั้งแต่ต้นตามข้อตกลงที่เป็นหนังสือที่ทำไว้ อย่างไรก็ตามสัญญาหรือข้อตกลงดังกล่าวเสมือนเป็นการบังคับให้ต้องส่งมอบเด็กให้แก่คู่สามีภรรยาที่ต้องการมีบุตรโดยมิได้คำนึงถึงความผูกพันระหว่าง

หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนซึ่งเป็นผู้อุ้มท้องอยู่ถึงเก้าเดือนกับเด็กในครรภ์ที่มีมากเพียงใด และยังเป็นหลักที่ขัดต่อข้อสันนิษฐานทางกฎหมายดังกล่าวข้างต้น นอกจากนี้ยังจำเป็นต้องผูกพันตามสัญญาที่ตกลงกันไว้โดยไม่ได้คำนึงถึงสภาพจิตใจของทั้งสองฝ่าย

2.2 แนวคิดทฤษฎีการถือประโยชน์สูงสุดของเด็กกับการใช้และตีความกฎหมายคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยผิดธรรมชาติ

เป็นหลักใหญ่โดยการยึดคำสั่งศาล (Parental Order) จากการวินิจฉัยทุกประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้น

2.2.1 ที่มาและความสำคัญของประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interests of the Child Principle)

เนื่องจากเป็นหลักการที่จำเป็นต้องอาศัยคำพิพากษาในการชี้ขาดตัดสินว่าความเป็นบิดามารดาของเด็กตามกฎหมายว่าเป็นอย่างไรและอำนาจในการปกครองเด็กนั้นควรจะอยู่ที่ผู้ใดนั้น สำหรับประเด็นเรื่องความเป็นบิดามารดาจำเป็นต้องมีกฎหมายรองรับศาลจึงจะสั่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ ส่วนประเด็นเรื่องอำนาจปกครองเด็ก ศาลจะมีหลักในการพิจารณาให้เป็นไปตามสัญญา (Contractual Model) เพราะถือหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาตามกฎหมายลักษณะสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมายและมีลักษณะที่สามารถบังคับได้ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญาตั้งครรภ์แทน นอกจากนี้ศาลยังอาจมีคำสั่งให้อำนาจปกครองอยู่กับผู้ใดโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interests of the Child Principle) เป็นสำคัญโดยไม่ต้องคำนึงถึงสัญญาตั้งครรภ์แทนที่ได้ตกลงกันไว้ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับเหตุผลในแต่ละเรื่องเป็นกรณีๆ ไป

กรณีที่มีข้อตกลงตามสัญญาไว้รับตั้งครรภ์แทนระบุให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องส่งมอบเด็กให้แก่สามีภรรยาที่ต้องการมีบุตรและให้อยู่ในอำนาจปกครองด้วย ศาลจะวินิจฉัยตามสัญญานั้น ทำให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่สามารถเปลี่ยนใจที่จะไม่ยอมส่งมอบเด็กได้เพราะศาลจะบังคับไปตามสัญญานั้นเมื่อมีการฟ้องร้องคดีเกิดขึ้นเป็นการให้ความมั่นใจว่าเด็กจะมาอยู่ในความปกครองของตนอย่างแน่นอน ดังนั้นด้วยคำพิพากษาของศาลหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องส่งมอบเด็กและเพิกถอนอำนาจปกครองของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนดังนั้นสามีภรรยาที่ต้องการมีบุตรจึงขอให้แต่งตั้งตนเป็นผู้มีอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนด้วย ในทางตรงกันข้ามถ้าสามีภรรยาที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนไม่ทำตามสัญญา กล่าวคือไม่ยอมรับมอบเด็กนั้นซึ่งอาจเป็นเพราะเด็กเกิดมามีร่างกาย

บกพร่องหรือสมองไม่สมบูรณ์ทำให้ไม่ต้องการเด็กหรืออาจเป็นเพราะสามีภริยาได้หย่ากันก่อนที่เด็กจะเกิดทำให้ไม่มีสามีภริยาฝ่ายใดต้องการเด็กนั้น หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนก็สามารถฟ้องร้องต่อศาลให้บังคับฝ่ายสามีภริยาที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนรับเด็กไว้อุปการะและให้มีอำนาจปกครองได้โดยศาลจะวินิจฉัยโดยพิจารณาจากประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ

2.2.2 ประโยชน์ของการถือประโยชน์สูงสุดของเด็กกับการใช้และตีความกฎหมายคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยผิดธรรมชาติ

การยึดหลักคำสั่งศาลโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กทำให้เกิดความชัดเจนว่าใครจะมีอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน โดยศาลสามารถใช้ดุลยพินิจว่าเด็กควรจะอยู่ในอำนาจปกครองของผู้ใดที่เหมาะสมที่สุดและสำหรับกรณีที่ทั้งสองฝ่ายปฏิเสธที่จะรับเด็กไว้ในอำนาจปกครอง ศาลก็ยังสามารถวินิจฉัยให้บุคคลที่สามเช่นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายคุ้มครองเด็กมีอำนาจปกครองเด็กนั้น ได้นับได้ว่าเป็นกลไกของรัฐในการคุ้มครองเด็กได้อย่างสมบูรณ์มากกว่าที่จะตัดสินใจให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นรับเด็กไว้อุปการะเลี้ยงดูโดยที่ไม่ต้องการเด็กแล้ว

2.2.3 ประเด็นปัญหาของการถือประโยชน์สูงสุดของเด็กกับการใช้และตีความกฎหมายคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยผิดธรรมชาติ

เมื่อพิจารณาเรื่องความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญาตั้งครรภ์แทนในการแสดงเจตนาหรือตามข้อตกลงที่ได้ทำไว้ทั้งสองฝ่ายแล้วนำหลักการถือประโยชน์สูงสุดของเด็กมาใช้และตีความกฎหมายเพื่อคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยผิดธรรมชาติทำให้สัญญาตั้งครรภ์แทนไม่ใช่สาระสำคัญในการที่ศาลจะนำไปวินิจฉัยแล้วความศักดิ์สิทธิ์ของสัญญาในการแสดงเจตนาย่อมนลดความหมายลงเป็นการขัดต่อหลักกฎหมายเรื่องสัญญานั้นเอง

2.2.4 แนวคำพิพากษาที่ถือประโยชน์สูงสุดของเด็กกับการใช้และตีความกฎหมายคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยผิดธรรมชาติ

คดี In re Baby M²³ อเมริกา

เมื่อปี 1987 ในมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ (New Jersey) มีคดี In re Baby M ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาและอำนาจปกครองของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนเป็นคดีแรก ข้อเท็จจริงในคดีนี้คู่สามีภริยาต้องการมีบุตรจึงอาศัยเทคโนโลยีทางการแพทย์ช่วยผสมอสุจิของสามีกับไข่ของหญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์ซึ่งเป็นหญิงมีสามี แล้วให้หญิงนั้นตั้งครรภ์แทนภริยาของตน โดยทำสัญญาจ้างตั้งครรภ์กันไว้ แต่ต่อมาหญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์แทนอ้างสิทธิความเป็นมารดาของเด็กซึ่งมีเชื้อสายของตน ดังนั้นสามีผู้เป็นเจ้าของน้ำเชื้อสุมิและภริยาในฐานะผู้ว่าจ้างฟ้องหญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นจำเลย ขอให้ศาลมีคำสั่งบังคับตามสัญญาจ้างตั้งครรภ์แทน (Surrogate-parenting Agreement) ที่บุคคลทั้งสองทำไว้กับจำเลย รวมทั้งขอให้จำเลยคืนเด็กให้แก่โจทก์ทั้งสอง ขอให้สิทธิความเป็นบิดามารดาของจำเลยสิ้นสุดลง ห้ามจำเลยเข้าแทรกแซงระบบกวนการใช้อำนาจปกครองเด็กของโจทก์ทั้งสอง และอนุญาตให้ภริยาผู้เป็นโจทก์จดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้ ศาลชั้นต้นของมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ (Superior Court of New Jersey, Chancery Division, Family Part, Bergen County) เห็นว่าสัญญาจ้างตั้งครรภ์แทนมีผลใช้บังคับได้ สิทธิของคู่สัญญาในการทำสัญญาดังกล่าวได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา จำเลยซึ่งเป็นหญิงผู้รับจ้างตั้งครรภ์แทนผิดสัญญาที่ไม่ยอมส่งมอบเด็กให้แก่โจทก์ทั้งสองและไม่ยอมปฏิเสธหรือสละสิทธิความเป็นบิดามารดาของเด็ก (Parental rights) ศาลจึงพิพากษาให้โจทก์ทั้งสองชนะคดี อำนาจปกครองเด็กตกเป็นของโจทก์ทั้งสอง สิทธิความเป็นบิดามารดาของจำเลยสิ้นสุดลง ต่อมาจำเลยยื่นคัดค้านคำสั่งของศาลชั้นต้นดังกล่าวต่อศาลสูงมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ (Supreme Court of New Jersey) เพื่อขอให้ศาลวินิจฉัยว่าสัญญาจ้างตั้งครรภ์นั้นไม่มีผลใช้บังคับ ศาลสูงมีคำพิพากษาในปี 1988 ว่าการรับบุตรบุญธรรมของเอกชนซึ่งมีการจ่ายเงินให้นั้นเป็นสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและขัดต่อนโยบายสาธารณะของรัฐ ดังนั้นสัญญาจ้างตั้งครรภ์แทนระหว่างโจทก์ทั้งสองและจำเลยจึงไม่อาจมีผลใช้บังคับได้ การทำให้สิทธิความเป็นบิดามารดาของโจทก์สิ้นสุดลงด้วยข้อสัญญาและคำสั่งของศาลล่างไม่สอดคล้องกับหลักการของกฎหมาย บุคคลใดไม่สามารถละทิ้งความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายได้ด้วยข้อสัญญา การรับเด็กเป็นบุตรบุญ

²³ From "In Re Baby M", 525 A.2d 1128, 217 N.J. Super, 1977, Retrieved from, <http://www.courtlistener.com> > opinion > in-re-baby-m/

ธรรมชาติของโจทก์ผู้เป็นภริยาไม่มีผลบังคับได้ อย่างไรก็ตามศาลอนุญาโตให้โจทก์ผู้เป็นสามีเจ้าของน้ำเชื้อมีอำนาจปกครองดูแลเด็ก ทั้งนี้โดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interests of the Child Principle) ดังนั้นเมื่อเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ของไทย มีบทบัญญัติห้ามไว้อย่างชัดเจนมิให้มีการใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในการสร้างตัวอ่อน ตามมาตรา 22 (2) กรณีคดี In re Baby M นี้ จึงไม่อาจเกิดขึ้นตามกฎหมายไทย

คดี Re Evelyn ออสเตรเลีย²⁴

คดี Re Evelyn เป็นเรื่องของครอบครัวของนาง A เป็นเพื่อนกับครอบครัวนาง B เนื่องจากนาง B ไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ นาง A ซึ่งมีบุตรอยู่ 3 คน จึงได้อาสาเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนครอบครัวนาง B โดยไม่มีค่าตอบแทนแต่อย่างใด มีการใช้เชื้ออสุจิของสามีนาง B โดยที่สามีของนาง A ให้ความยินยอม เมื่อนาง A คลอดบุตรให้ชื่อว่าเด็กหญิง Evelyn ครอบครัวของนาง A ได้ส่งมอบเด็กให้ครอบครัว B ตามข้อตกลงที่ได้ให้ไว้ ต่อมาภายหลังนาง A ต้องการเด็กหญิง Evelyn มาเลี้ยงดูแต่เพียงฝ่ายเดียว จึงได้นำเด็กกลับมาเลี้ยงโดยไม่ยอมส่งมอบเด็กให้นาง B อีกต่อไป นาง B และสามี ยื่นคำร้องต่อศาลครอบครัวแห่งรัฐเซาท์ออสเตรเลียให้มีคำสั่งให้เด็กหญิง Evelyn อยู่ในอำนาจปกครองของครอบครัวของนาง B ที่ให้ตั้งครรภ์แทน ศาลโดยผู้พิพากษาเจอร์แดน (Justice Jordan) ได้กล่าวว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนเป็นโมฆะและไม่มีผลบังคับตามกฎหมายโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณารายละเอียดของสัญญาดังกล่าว การจะวินิจฉัยอำนาจปกครองควรเป็นของบุคคลใดนั้น ในเบื้องต้นศาลเห็นว่าครอบครัวทั้งสองฝ่ายต่างมีความสามารถในการเลี้ยงดูเด็กได้เป็นอย่างดีและเห็นว่าเป็นการสมควรที่จะพิจารณาจากเจตนาและความคาดหวังของบุคคลทั้งสองที่มีส่วนร่วมกันในการให้กำเนิดเด็กนั้นตลอดจนพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับการกำเนิดเด็กหญิง Evelyn แต่ถึงเหล่านี้ย่อมไม่อยู่เหนือประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้น ศาลได้นำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กมาปรับใช้โดยการคำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างเด็กหญิง Evelyn กับครอบครัวนาง B แม้ว่าจะเป็นไปได้ด้วยดีแต่เด็กอาจจะต้องเผชิญกับปัญหาที่เกี่ยวกับสถานภาพของตนเองในอนาคต ดังนั้นผู้ที่ให้กำเนิดเด็กย่อมจะอยู่ในฐานะที่จะทำความเข้าใจกับเด็กได้ดีที่สุด ศาลจึงตัดสินให้ให้อำนาจปกครองเป็นของนาง A และสามี แต่ให้สิทธิแก่ครอบครัว B ที่ให้ตั้งครรภ์แทนในการที่จะติดต่อกับเด็กได้ และมีคำสั่งให้ทั้งสองฝ่ายร่วมกันรับผิดชอบในสวัสดิภาพของเด็กด้วย

²⁴ From "Reflections on Australia's First Litigated surrogacy Case", 1999, *Medical Law Review*, 38(7), by Otlowski.

ต่อมาได้มีการนำคดีนี้ขึ้นสู่การพิจารณาของคณะใหญ่ของศาลครอบครัว (Full Court of the Family Court) โดยศาลนี้ก็ไม่ได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำพิพากษาให้เป็นอย่างอื่นและให้ความเห็นว่าการพิจารณาในการกำหนดอำนาจปกครองของเด็กจะพิจารณาว่ากรณีใดที่จะเป็นประโยชน์สูงสุดสำหรับเด็ก ศาลก็จะพิจารณาพิพากษาคดีไปตามนั้น

2.3 แนวคิดทฤษฎีที่ให้ความสำคัญแก่ความก้าวหน้าและพัฒนาเกี่ยวกับเรื่องเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

2.3.1 ความเป็นมาของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

การที่มนุษย์พยายามคิดค้นหาวิธีช่วยการเจริญพันธุ์เพื่อให้เผ่าพันธุ์ของตนดำรงอยู่ต่อไปได้นั้น เริ่มจากในปีพ.ศ. 1864 มีรายงานว่าชาวอาหรับสามารถนำเอาน้ำเชื้ออสุจิของม้าเพศผู้ฉีดเข้าไปในช่องคลอดของม้าเพศเมียตระกูลอาหรับ (Arabian Horse)²⁵ ทำให้ม้าเพศเมียตั้งครรภ์ได้เป็นผลสำเร็จ ต่อมาปี พ.ศ. 2285 แจค โคบี(Jacobi)²⁶ ได้นำเอาน้ำเชื้ออสุจิของปลาเพศผู้ฉีดเข้าไปผสมกับเซลล์ไข่ของปลาเพศเมียผลปรากฏว่าประสบความสำเร็จเช่นกัน จึงกล่าวได้ว่าความเจริญทางด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ได้เริ่มขึ้น แต่ยังคงอาศัยหลักการธรรมชาติทางชีววิทยาอยู่ ในปี พ.ศ. 2328 สเปนลาซานี(Spallazani) ได้ทำการทดลองผสมเทียมให้กับสุนัขเป็นผลสำเร็จ จนทำให้ประชาชนสนใจในเรื่องนี้มากขึ้น เพราะเห็นว่าเป็นเรื่องที่สามารถเกิดขึ้นได้จริงมิใช่เรื่องที่เพ้อฝันอีกต่อไป

จากนั้นปี พ.ศ. 2342 ฮันเตอร์ (Hunter)²⁷ ศัลยแพทย์ชาวอังกฤษได้ทำการทดลองโดยการเอาน้ำเชื้ออสุจิของสามี ที่มีอวัยวะเพศพิการเกิดจากหลอดปัสสาวะเปิดผิดที่ (Hypospadias) หยดลงในฟองน้ำเล็กๆ แล้วนำไปใส่ไว้ในช่องคลอดของภริยาของเขาปรากฏว่าภริยาตั้งครรภ์ การนำน้ำเชื้ออสุจิกับเซลล์ไข่ผสมกันดังกล่าวได้มีการศึกษาค้นคว้ากันมาเรื่อยๆ จนกระทั่ง แพนโคสต์ (Pancoast) แพทย์แห่งมหาวิทยาลัยเจฟเฟอร์สันฟีลาเดลเฟีย สหรัฐอเมริกาได้ทำการทดลองโดยนำน้ำเชื้ออสุจิของนักศึกษาแพทย์คนหนึ่งฉีดเข้าไปในช่องคลอดของหญิงที่สามีเป็นหมัน ปรากฏว่าหญิงผู้

²⁵ From "Assisted Conception and Surrogacy-Unfinished Business," by Hey, K, 1993, 26 *J Marshal L. Rev.*775, fn. 39. Copyright by Hey, K.

²⁶ From "พุทธจริยศาสตร์กับการตั้งครรภ์แทน (Buddhist Ethics and Surrogacy),"โดย เกียรติศักดิ์ ดวงจันทร์, 2557, *วารสารมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ (Journal of Humanities and Social Sciences)*, 6 (1), น.185-198.

²⁷ From "Surrogate Motherhood Contracts in Louisiana: To Ban or to Regulate?" , 1988,49 *La. Rev.* 143, fn. 5.by Keller, B.

นั้นตั้งครรภ์ และแพทย์ชาวอังกฤษท่านหนึ่งได้ทำการทดลองนำน้ำเชื้ออสุจิและเซลล์ไข่ที่สมบูรณ์ของสามีภริยาคนหนึ่งที่ไม่สามารถตั้งครรภ์โดยวิธีทางตามธรรมชาติได้ ฉีดเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงอื่นที่มารับการตั้งครรภ์แทนปรากฏว่าหญิงนั้นตั้งครรภ์ ต่อมาในปี พ.ศ. 2478 สเปนอร์เวย์ (Spurway.) ได้ทำการทดลองเติมสารแมกนีเซียมคลอไรด์ลงไปลงในน้ำเชื้ออสุจิของมนุษย์ที่ไม่ได้ผสมกับเซลล์ไข่ปรากฏว่ามีการแบ่งตัวอ่อน จนกระทั่งปี พ.ศ. 2485 บริกส์และคิง (Briggs and King.) ได้ทำการทดลองนำเชื้ออสุจิที่นำเอานิวเคลียสออกแล้วใส่เซลล์อื่นเข้าไปแทนที่และในขณะเดียวกันได้ทำการทดลองเซลล์ไข่ที่นำเอานิวเคลียสออกแล้วใส่เซลล์อื่นเข้าไปแทนที่ ปรากฏว่าทั้งน้ำเชื้ออสุจิและเซลล์ไข่ที่ใส่เซลล์ใหม่เข้าไปแทนนิวเคลียสนั้น มีการแบ่งเซลล์เป็นตัวอ่อนและเจริญเติบโตหลังจากนั้นทั้งสองท่านได้ทำการทดลองเซลล์ส่วนที่ไม่ใช่เป็นระบบเจริญพันธุ์ (Somatic Cell) ของลูกอ๊อดใส่เข้าไปที่นิวเคลียสของเซลล์ไข่ที่นำเอานิวเคลียสออกแล้วปรากฏว่าเซลล์ไข่เหล่านั้นเจริญเติบโตเช่นกัน จากความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีทางการแพทย์สาขาการเจริญพันธุ์มีการพัฒนาขึ้นมาเรื่อยๆ จนกระทั่งปี พ.ศ. 2487 ร็อกและเมนคิน²⁸ (Rock and Menkin.) ได้ทำการทดลองนำน้ำเชื้ออสุจิของเพศชายผสมกับเซลล์ไข่ของเพศหญิงในหลอดทดลองแล้วย้ายตัวอ่อน (In Vitro Fertilization and Embryo Transfer) ได้สำเร็จ แต่ไม่เป็นที่แพร่หลายมากนักจะรู้จักกันในเฉพาะผู้ที่มีความสนใจหรือในวงการแพทย์เท่านั้น และปี พ.ศ. 2519 สเตปโต (Stephoe.) แพทย์ผู้เชี่ยวชาญทางด้านสูติรีเวชและเอดเวิร์ด (Edwards.)²⁹ แพทย์ผู้เชี่ยวชาญทางด้านวิทยาศาสตร์สาขาชีววิทยา ได้ทำการทดลองโดยการนำน้ำเชื้ออสุจิและเซลล์ไข่ของสามีภริยาคนหนึ่งมาผสมในหลอดทดลองแล้วย้ายตัวอ่อน (In Vitro Fertilization and Embryo Transfer) หลังจากนั้นภริยาของเขาได้ตั้งครรภ์และคลอดในเวลาต่อมาเป็นผลสำเร็จและได้ตั้งชื่อทารกคนแรกที่เกิดจากวิธีนี้ว่า บราวน์ (Brown.) ในเวลาต่อมาแพทย์ทั้งสองท่านได้ร่วมกันเปิดคลินิกชื่อ เบิร์น ฮอลล์ (Bourn Hall Clinic)³⁰ เพื่อเป็นสถานที่ให้บริการและให้คำปรึกษาสำหรับคู่สามีภริยาที่ไม่สามารถมีบุตรได้ตามธรรมชาติ และในกรณีที่คู่สามีภริยามีความพร้อมที่จะมีบุตรทางคลินิกก็จะให้บริการ โดยใช้เทคโนโลยีทางการเจริญพันธุ์ให้

สำหรับประเทศไทยมีการศึกษาค้นคว้าและนำเทคโนโลยีทางการเจริญพันธุ์เข้ามาใช้เป็นครั้งแรกเมื่อใดนั้นไม่ปรากฏเป็นที่แน่ชัด แต่ได้มีการกล่าวถึงเทคโนโลยีทางการเจริญพันธุ์แบบการผสมเทียมกันอย่างเปิดเผยเมื่อในปี พ.ศ. 2512 จากรายงานการศึกษาของเสปียง ศรีวรรณบุรณ์ ที่ได้ทำการศึกษาผู้ขอรับบริการทำเทคโนโลยีทางการเจริญพันธุ์แบบการผสมเทียมที่โรงพยาบาลศิริ

²⁸ อ้างแล้ว น.29

²⁹ อ้างแล้ว น.29

³⁰ อ้างแล้ว น.29

ราช ในช่วงปี พ.ศ. 2512 ถึง พ.ศ. 2521 ใช้น้ำเชื้ออสุจิของผู้บริจาคทั้งหมด 45 ราย พบว่า หญิงผู้เข้ารับบริการดังกล่าวมีการตั้งครรภ์ 29 รายคิดเป็นร้อยละ 64.4 ซึ่งมีจำนวนเกินกว่าครึ่งของผู้เข้ารับบริการ

ต่อมาในปี พ.ศ. 2530 คณะแพทยศาสตร์ โรงพยาบาลจุฬาลงกรณ์ ได้ทำการศึกษาค้นคว้าโดยการนำน้ำเชื้ออสุจิของเพศชายและเซลล์ไข่ของเพศหญิงผสมในหลอดทดลองแล้วย้ายตัวอ่อน (In Vitro Fertilization and Embryo Transfer = IVF, ET) ได้เป็นผลสำเร็จ ซึ่งเป็นการทดลองในสามีภริยาคนหนึ่งที่มีสามีอายุ 32 ปี ภริยาอายุ 33 ปี แต่งงานกันมานาน 7 ปี แต่ไม่สามารถมีบุตรได้จากการตรวจสามีพบว่า น้ำเชื้ออสุจิมีตัวอสุจิประมาณ 37.4 ถึง 88 ล้านตัวต่อมิลลิลิตรเคลื่อนไหวตัวร้อยละ 80 ถึง 90 มีรูปร่างสมบูรณ์ ร้อยละ 92 เมื่อตรวจภริยาพบว่า เลือดและปัสสาวะปกติ ปริมาณน้ำตาลในเลือดภาวะต่อมธัยรอยด์และระดับโปรแลคตินในเลือดปกติ หลังจากทีคณะแพทย์ได้ทำการตรวจในขั้นตอนต่างๆแล้วและลงความเห็นว่าเป็นไปไม่ได้ที่จะตั้งครรภ์ แพทย์จึงได้นำน้ำเชื้ออสุจิของสามีและเซลล์ไข่ของภริยาออกมาผสมในหลอดทดลองแล้วย้ายตัวอ่อนเข้าสู่โพรงมดลูก หลังจากนั้นสิบเก้าวันภริยาไม่มีประจำเดือน อุณหภูมิร่างกายสูงตลอดเวลา แพทย์ได้ทำการตรวจ Human Chorionic Gonadotrophin (HCG) ในเลือดได้ 1300 ยูนิต จึงวินิจฉัยว่าตั้งครรภ์และประมาณเดือนสิงหาคม 2530 แพทย์ได้ตรวจครรภ์พบว่าอายุครรภ์ครบตามกำหนดแล้วจึงได้ผ่าตัดเด็กออกทางหน้าท้องเป็นทารกเพศชายมีสุขภาพสมบูรณ์แข็งแรงและปกติดีทุกอย่างเหมือนกับทารกที่ตั้งครรภ์โดยธรรมชาติ

สรุปความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีทางการแพทย์ด้านการเจริญพันธุ์ ได้มีการค้นคว้าวิจัยมาโดยตลอดและเป็นไปอย่างต่อเนื่อง โดยเฉพาะในประเทศไทยสูตินรีแพทย์สามารถนำน้ำเชื้ออสุจิของสามีมาผสมกับเซลล์ไข่ของภริยาหรือนำน้ำเชื้ออสุจิจากผู้บริจาคฉีดเข้าในช่องคลอดของภริยา หรือนำน้ำเชื้ออสุจิของเพศสามีกับเซลล์ไข่ของภริยามาผสมในหลอดทดลองแล้วย้ายตัวอ่อน เข้าสู่โพรงมดลูกของภริยา หรือหญิงอื่นที่มารับการตั้งครรภ์แทนจนกระทั่งครบกำหนดวันคลอด ทารกนั้นมีสภาพทั้งร่างกายและจิตใจเหมือนทารกปกติโดยทั่วไปซึ่งแต่ละเทคนิคหรือวิธีสูตินรีแพทย์จะเป็นผู้พิจารณาจากสภาพของกลุ่มสามีภริยาที่มารับบริการทางการแพทย์ด้านการเจริญพันธุ์ ส่วนกรณีการนำน้ำเชื้ออสุจิและเซลล์ไข่ของกลุ่มสามีภริยามาผสมในหลอดทดลองแล้วย้ายตัวอ่อน ให้กับหญิงอื่นที่มารับการตั้งครรภ์แทน สูตินรีแพทย์จะต้องมีตรวจพยาธิสภาพจากหญิงอื่นที่มารับการตั้งครรภ์แทนด้วย และที่สำคัญที่สุดจะต้องอยู่ในดุลยพินิจของสูตินรีแพทย์ผู้เชี่ยวชาญในการกระทำเมื่อวิทยาการทางการแพทย์เจริญก้าวหน้าอย่างรวดเร็ว เดิมปัญหาการมีบุตรยากเป็นปัญหายิ่งใหญ่ของคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร เพื่อให้ได้ครอบครัวที่สมบูรณ์ทางออกของกลุ่มสมรสบางคู่ต้องใช้กรรมวิธีช่วยการเจริญพันธุ์หรือเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ การใช้เทคโนโลยีดังกล่าวช่วยให้คู่สมรสจำนวนหนึ่งมีบุตรได้ตามความ

ประสงค์โดยการใช้เนื้อตัวร่างกายมนุษย์ในกิจกรรมที่ฝ่าฝืนธรรมชาติ ซึ่งอาจถูกนำไปใช้ในทางที่ขัดต่อศีลธรรมได้ เทคโนโลยีดังกล่าววิธีหนึ่งนั้นคือการรับตั้งครรภ์แทน หรือการตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั่นเอง

2.3.2 รูปแบบของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

เนื่องจากปัจจุบันมีการนำวิทยาการและเทคโนโลยีทางการแพทย์มาใช้เพื่อช่วยในการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากตัวอย่างเช่นการย้ายฝากเซลล์สืบพันธุ์ (Gamete) เข้าไปในท่อ นำไข่ (Gamete Intrafallopian Transfer : GIFT) การย้ายฝากตัวอ่อนระยะไซโกต (Zygote) เข้าไปในท่อ นำไข่ (Zygote Intrafallopian Transfer : ZIFT) หรือการฉีดเชื้ออสุจิเพียงตัวเดียวเข้าไปในไข่เพื่อเกิดการปฏิสนธิ (Intracytoplasmic Sperm Injection : ICSI) เป็นต้น อย่างไรก็ตามสามารถจำแนก ลักษณะของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็น 2 ประเภทดังต่อไปนี้

2.3.2.1 การผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อ (Artificial Insemination)

เป็นการนำเชื้ออสุจิ (Sperm) ฉีดใส่ช่องคลอด (Vagina) ไม่ว่าจะเป็นบริเวณปากมดลูก โพรงมดลูก ท่อนำรังไข่หรือมดลูก (Uterus) ในช่วงที่มีการตกไข่ เพื่อให้เกิดการปฏิสนธิจากตัวอสุจิกับไข่ในร่างกายของหญิง (In Vivo Fertilization) ทำให้หญิงนั้นสามารถตั้งครรภ์ได้โดยไม่ต้องมีเพศสัมพันธ์กับฝ่ายชายตามวิธีธรรมชาติ กรรมวิธีดังกล่าวได้แก่การนำเชื้ออสุจิที่ทำการล้างเอาเชื้อแบคทีเรียและสารต่างๆออก จากนั้นทำการคัดเลือกเฉพาะอสุจิที่แข็งแรงจำนวนที่พอเหมาะฉีดผ่านท่อกลวงที่สอดเข้าไปในช่องคลอด (Cannula) หรือโดยการใช้กระบอกฉีด (Syringe) และจะต้องกระทำในช่วงเวลาที่เหมาะสมที่ฝ่ายหญิงมีโอกาสตั้งครรภ์มากที่สุดคือระยะเวลาที่ไข่ใกล้สุก ทำให้เกิดการปฏิสนธิขึ้น

เนื่องจากการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อเป็นวิธีที่ทำได้ไม่ยุ่งยากนัก สิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายน้อย และใช้ความรู้ความชำนาญทางการแพทย์น้อยกว่าวิธีอื่น นอกจากนี้ยังทำให้เด็กที่เกิดมามีความเสี่ยงในการเกิดโรคทางพันธุกรรมน้อยลงหากกระทำภายใต้การควบคุมดูแลของแพทย์เป็นอย่างดีก็จะทำให้มีโอกาสในการประสบความสำเร็จในการผสมเทียมมากขึ้น จึงเป็นวิธีการแรกๆในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์สำหรับบำบัดรักษาภาวะผู้มีบุตรยาก การผสมเทียมโดยการฉีดเชื้ออาจจำแนกได้เป็น 3 ประเภท ดังต่อไปนี้

ก. การผสมเทียมโดยการใส่เชื้ออสุจิการชายผู้เป็นสามี (Artificial Insemination by the Husband)

เป็นวิธีการรักษาภาวะมีบุตรยากในกรณีที่สามีสามารถผลิตน้ำอสุจิได้อย่างสมบูรณ์ แต่ไม่สามารถมีเพศสัมพันธ์ได้เนื่องจากมีความผิดปกติทางกายวิภาคหรือเป็นภาวะกามด้านตาย จะเป็นโดยกำเนิดหรือเกิดขึ้นภายหลังก็ตาม ทำให้ตัวอสุจิไม่สามารถผ่านเข้าไปผสมกับไข่ได้โดยสะดวก หรือกรณีที่ฝ่ายชายไม่สามารถหลั่งน้ำอสุจิระหว่างการมีเพศสัมพันธ์ได้ หรืออาจเป็นกรณีที่ในน้ำอสุจิมีจำนวนตัวอสุจิน้อยกว่าปกติ (Oligozoospermia) แต่มีรูปร่างและการเคลื่อนไหวที่ปกติ นอกจากนี้กรณีที่ฝ่ายหญิงมีความผิดปกติจากการมีเยื่อปากมดลูก (Mucus Hostility) เป็นเหตุให้เชื้ออสุจิไม่สามารถผ่านเข้าไปผสมกับไข่ได้จึงจำเป็นต้องฉีดเชื้ออสุจิของสามีเข้าไปในมดลูกเพื่อให้เกิดการปฏิสนธิกับไข่ของภรรยา

การผสมเทียมโดยการใส่เชื้อจากสามีมักไม่มีปัญหาทางด้านจริยธรรมและทางด้านกฎหมายมากนักเพราะเป็นการนำเชื้ออสุจิของสามีมาใช้ในการผสมเทียมโดยไม่มีบุคคลที่สามมาเกี่ยวข้อง นอกจากนี้จะมีฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับวิธีการนี้เนื่องจากเป็นวิธีที่ผิดธรรมชาติและยังเป็นการกำเนิดชีวิตที่แยกจากความสัมพันธ์ทางเพศ³¹ ต้องมีการกระตุ้นความรู้สึกทางเพศของฝ่ายชายเพื่อให้หลั่งน้ำอสุจิ (Masturbation) ถือว่าเป็นสิ่งที่ผิดในตัวเอง จึงเห็นว่าไม่ควรมีการอนุญาตให้ใช้วิธีการผสมเทียมแบบนี้

ข. การผสมเทียมโดยใช้น้ำเชื้อจากผู้บริจาค (Artificial Insemination by the Donor)

การผสมเทียม โดยการใช้เชื้อจากผู้บริจาคถือเป็นการผสมเทียมที่ใช้เทคนิคเดียวกับวิธีแรก แต่มีการนำเชื้อของผู้บริจาคมาใช้ในการผสมเทียมแทนน้ำเชื้อจากสามีของหญิงนั้นเนื่องจากสามีเป็นหมันหรือเป็นป้องกันการเกิดโรคทางพันธุกรรมที่อาจถ่ายทอดจากสามีไปสู่เด็กที่จะเกิดมาได้ จะเห็นได้ว่าการผสมเทียมด้วยวิธีนี้จะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับฝ่ายหญิงที่ตั้งครรภ์เท่านั้น โดยฝ่ายสามีจะไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กเลย นอกจากนี้ยังอาจก่อปัญหาทางจริยธรรมและทางกฎหมายมากกว่าการผสมเทียมโดยใช้เชื้อจากสามี เนื่องจากมีบุคคลที่สามเข้ามาเกี่ยวข้องในการสร้างครอบครัวถือเป็นการทำลายสถาบันครอบครัวเปรียบเสมือนว่าการผสมเทียมด้วยวิธีนี้เป็น การกระทำความผิดฐานมีชู้ (Adultery)³² สำหรับในต่างประเทศเช่นศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา³³

³¹ From "Medical Technology and New Frontiers of Family Law," by Kirby, M, S.McLean (Ed.) *Legal Issues in Human Reproductin*, Dartmount, Aldershort, 1990, p.5.

³² จาก " การปฏิสนธิเทียมยุคโลกาภิวัตน์," โดย ประสพสุข บุญเดช, 2558, *วารสารกฎหมาย*, 16(1) (ตุลาคม 2558), น. 17-18. ประสพสุข บุญเดช เจ้าของลิขสิทธิ์.

³³ From "Doombos v. Doombos", 12 III. App. 2d 473, 139 N.E. 2d 844 (1956).

และในประเทศแคนาดา³⁴ ในอดีตเคยถือว่าการผสมเทียมด้วยวิธีนี้เป็นการมีผู้และเด็กที่เกิดมานั้น เป็นเด็กที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย³⁵ อย่างไรก็ตามแนวคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในปัจจุบันมีการเปลี่ยนแปลงไป³⁶ ให้ถือว่าการมีผู้จะต้องเกิดจากการมีเพศสัมพันธ์ไม่ใช่เป็นการปฏิสนธิระหว่างเชื้อ อสุจิกับไข่

ค. การผสมเทียมโดยใช้น้ำเชื้อจากการผสมระหว่างสามีกับผู้บริจาค (Combined or Confused Artificial Insemination by the Donor)

วิธีการนี้จะนำมาใช้ในกรณีที่น้ำเชื้อของสามีมีปริมาณของตัวอสุจิน้อยทำให้โอกาสในการ ตั้งครรภ์แทน ทำให้แพทย์อาจใช้การผสมน้ำเชื้ออสุจิของสามีกับผู้บริจาคเป็นการเพิ่มโอกาสในการ ปฏิสนธิกับไข่ได้มากกว่าการใช้เชื้ออสุจิของสามีเพียงฝ่ายเดียว นอกจากนี้ยังทำให้ฝ่ายสามีจะรู้สึก ว่าเชื้ออสุจิที่ปฏิสนธิกับไข่เป็นของตน³⁷ โดยแพทย์คัดเลือคน้ำเชื้อจากผู้บริจาคที่มีลักษณะภายนอกที่ ใกล้เคียงกับสามีของหญิงที่จะได้รับการผสมเทียมนั้น

ง. การผสมเทียมโดยใช้เชื้อของสามี แต่ใช้ไข่ของผู้บริจาค (Artificial Insemination by Sperm of the Husband and the Donated Egg)

เนื่องจากฝ่ายหญิงมีปัญหาเกี่ยวกับความผิดปกติของการตกไข่หรืออาจเกิดจากจำนวนไข่ที่มี น้อยเกินไปแต่ยังคงมีความสามารถในการที่จะตั้งครรภ์ได้เองจึงจำเป็นต้องการรับบริจาคไข่ของผู้อื่น นำมาผสมกับเชื้ออสุจิของสามีและนำวิธีการปฏิสนธินอกร่างกายมาใช้ (In Vitro Fertilization) เมื่อได้ ตัวอ่อนแล้วจึงนำกลับมาใส่ในช่องคลอดของฝ่ายหญิงที่ตั้งครรภ์เอง แม้ว่าจะมีปัญหาทางกฎหมายอยู่ บ้างไม่มากนักเพราะฝ่ายหญิงเป็นผู้ตั้งครรภ์และให้กำเนิดเด็กเอง

จ. การผสมเทียมโดยใช้เชื้อและไข่ของผู้บริจาค (Artificial Insemination by Donated Sperm and Donated Egg)

เนื่องจากทั้งฝ่ายสามีและภรรยามีปัญหาเกี่ยวกับระบบสืบพันธุ์แต่ฝ่ายภรรยามีความสามารถที่ จะตั้งครรภ์ได้เองโดยการใช้วิธีปฏิสนธินอกร่างกายจากการรับบริจาคทั้งเชื้ออสุจิและไข่จากผู้บริจาค แล้วนำตัวอ่อนกลับมาใส่ในช่องคลอดของภรรยาที่ตั้งครรภ์เอง การผสมเทียมลักษณะนี้มีปัญหาทาง กฎหมายมากเพราะเป็นเด็กที่เกิดมาไม่ได้มีเชื้อ ไข่ของสามีภรรยาคู่กัน โดยตรงเลย

³⁴ From "Orford v. Orford", 58 D.L.R. 251 (1921).

³⁵ From "Surrogate Motherhood: Questions of Law and Values," by Kopytoff, B, 1988, 22 *U.S.F.L. Rev.* 205, 216.

³⁶ ศาลอังกฤษในคดี McLennan V. McLennan 1958 S.C. 105.

³⁷ From "Artificial Conception: The Challenge For Family Law," 1983, 69 *Va. L. Rev.* 465, 469, by Wadlington, W.

2.3.2.2 การปฏิสนธินอกร่างกาย (In vitro Fertilization : IVF)

การผสมเทียมด้วยการฉีดน้ำเชื้อเป็นการบำบัดรักษาภาวะผู้มีบุตรยากซึ่งฝ่ายหญิงไม่จำเป็นต้องมีเพศสัมพันธ์กับฝ่ายชาย แต่การปฏิสนธินอกร่างกายเป็นกระบวนการปฏิสนธิการที่สามารถเกิดขึ้นภายนอกอวัยวะฝ่ายหญิงได้หรือที่เรียกว่าเด็กหลอดแก้ว (Test Tube Baby) โดยนำมาใช้สำหรับภาวะผู้มีบุตรยาก เช่นมีการอุดตันของท่อนำไข่ทั้งสองข้างทำให้ไข่ไม่สามารถผ่านจากรังไข่มายังมดลูกได้ โดยแพทย์จะคำนวณเวลาก่อนที่ไข่จะตกตามธรรมชาติจากระอบประจำเดือนของหญิงนั้นจึงได้นำไข่ที่สุกเต็มที่แล้วจากรังไข่มาผสมกับเชื้ออสุจิของชายที่ได้ล้างเอาเมือกออกในจานแก้วที่มีสารเลี้ยงตัวอ่อนอยู่และต้องควบคุมอุณหภูมิ ความชื้น ปริมาณก๊าซต่างๆในบรรยากาศที่เหมาะสม ต่อแพทย์จึงนำไข่ที่ได้รับการผสมแล้วนั้นกลับเข้าไปยังมดลูกเพื่อให้ไปฝังตัวที่ผนังมดลูกและเจริญเติบโตต่อไป

2.3.3 ความหมายและรูปแบบของการตั้งครรภ์แทน

2.3.3.1 ความหมายของการตั้งครรภ์แทน

จากนิยามความหมายของการตั้งครรภ์แทนตามมาตรา 3พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 คำว่า “การตั้งครรภ์แทน” หมายถึง การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์มีข้อตกลงไว้กับสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายก่อนตั้งครรภ์ว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย

2.3.3.2 รูปแบบของการตั้งครรภ์แทน

1) รูปแบบของการตั้งครรภ์แทนจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่นำมาใช้ในการตั้งครรภ์แทน

1.1) รูปแบบการตั้งครรภ์แทนโดยการฉีดเชื้อ (Artificial Insemination Surrogacy)

เป็นรูปแบบของการตั้งครรภ์แทนที่ได้กระทำมาก่อนประเภทอื่น โดยการนำเชื้อของฝ่ายชายที่ขอให้รับตั้งครรภ์แทนฉีดเข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เรียกการตั้งครรภ์แทนประเภทนี้ว่า การตั้งครรภ์แทนแบบแรกเริ่ม (Traditional Surrogacy) การตั้งครรภ์แทนรูปแบบนี้ เด็กที่

เกิดจะ ไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับฝ่ายภริยาที่ขอให้รับตั้งครรภ์แทน แต่จะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับฝ่ายชายที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเพราะเป็นเจ้าของไข่ที่ได้รับการผสมด้วยวิธีนี้

เนื่องจากการตั้งครรภ์แทนรูปแบบนี้ เด็กที่เกิดมาจะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมเพียงบางส่วนกับคู่สามีภริยาที่ขอให้ตั้งครรภ์แทน จึงอาจเรียกว่า การตั้งครรภ์แทนแบบไม่สมบูรณ์ (Partial Surrogacy)

1.2) รูปแบบการตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธิอกร่างกาย (In vitro Fertilization Surrogacy)

เป็นรูปแบบของการตั้งครรภ์แทนที่มีการนำเชื้ออสุจิและไข่ของคู่สามีและภริยาที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนมาทำการปฏิสนธิอกร่างกายแล้วจึงนำไข่ที่ได้รับการผสมแล้วไปใส่ในมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเพื่อให้เกิดการฝังตัวอยู่ในผนังมดลูกแล้วเจริญเติบโตเป็นทารกต่อไป

เนื่องจากการตั้งครรภ์แทนแบบนี้ นี้ เด็กที่เกิดมาจะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สามีภริยาทั้งสองฝ่ายที่ขอให้ตั้งครรภ์แทน จึงอาจเรียกว่า การตั้งครรภ์แทนแบบสมบูรณ์ (Full Surrogacy)³⁸ หรืออาจเรียกว่าเป็นการรับตั้งครรภ์แทนโดยการตั้งครรภ์ (Gestational Surrogacy) ส่วนฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะ ไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมา แต่ก็ถือว่ามี ความสัมพันธ์ทางสายเลือดกันระหว่างการตั้งครรภ์นั้น จึงมีการเปรียบเทียบว่าเป็นเสมือนการเช่ามดลูก (Womb Leasing) นั่นเอง

1.3) รูปแบบการตั้งครรภ์แทนโดยการใช้ตัวอ่อนที่ได้รับการบริจาค (Donated Embryo Surrogacy)

เป็นรูปแบบของการตั้งครรภ์แทนที่คู่สามีและภริยาทั้งสองฝ่ายไม่สามารถมีบุตรเนื่องจากไม่อาจนำเซลล์สืบพันธุ์ของแต่ละฝ่ายมาใช้ในการปฏิสนธิได้เลย จึงขอให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนโดยใช้ตัวอ่อนของบุคคลอื่นจากการขอรับบริจาคแล้วนำตัวอ่อนนั้นย้ายไปฝากยังมดลูกของหญิงนั้น ต่อมาเมื่อคลอดทารกจึงส่งมอบให้คู่สามีภริยาที่ขอให้ตั้งครรภ์แทน ดังนั้นทั้งคู่สามีภริยาที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนและหญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนจึง ไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมาเลย รูปแบบของการตั้งครรภ์แทนแบบนี้ ไม่ค่อยเกิดขึ้นเพราะมีหลายขั้นตอนทำให้ค่าใช้จ่ายสูง ได้แก่ค่าใช้จ่ายในการนำเชื้ออสุจิและไข่ทำการปฏิสนธิเกิดเป็นตัวอ่อนแล้วนำไปฝังตัวในมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์

³⁸ From *Health Care Law: Text and Materials*, McHale, J, Fox, M, and Murphy, J, Sweet & Maxwell, 1997, p.635.

แทนเป็นต้น และยังไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมาด้วย ทำให้ส่วนใหญ่คู่สามีภรรยา ลักษณะนี้มักจะใช้วิธีการขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมมากกว่าที่จะเลือกใช้รูปแบบการตั้งครรภ์นี้

การตั้งครรภ์แทนโดยใช้ตัวอ่อนที่ได้รับการบริจาคจะมีปัญหาทางจริยธรรมมากเพราะไม่ต่างไปจากการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมเนื่องจากไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับฝ่ายใดเลย และจำเป็นต้องมีบุคคลที่เกี่ยวข้องอยู่หลายฝ่าย ได้แก่

(1) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน (Surrogate Mother) ถือว่าเป็นมารดาทางชีวภาพ (Biological Mother) หรือมารดาผู้ตั้งครรภ์ (Gestational Mother) เพราะเป็นผู้ให้กำเนิดเด็กจึงมีความสัมพันธ์ทางสายเลือดหรือทางกายภาพ แต่ไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กนั้น

(2) สามีของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน กรณีที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีสามี กฎหมายบางประเทศให้ถือว่าเด็กที่เกิดจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนโดยสามีให้ความยินยอมเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีนั้น

(3) ภรรยาของกลุ่มสมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนซึ่งตั้งใจจะให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน และมีความประสงค์จะเป็นมารดาของเด็กนั้นจึงอาจเรียกว่า มารดาตามความประสงค์ (Intended Mother) หรือมารดาในทางสังคม (Social Mother) โดยไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมหรือทางสายเลือดกับเด็กนั้นเลย

(4) สามีของกลุ่มสมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทน (Intended Father) ซึ่งตั้งใจจะให้หญิงอื่นตั้งครรภ์และมีความประสงค์จะเป็นบิดาของเด็กนั้นจึงอาจเรียกว่า บิดาตามความประสงค์ (Intended Mother) หรือบิดาในทางสังคม (Social Mother) โดยไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมหรือทางสายเลือดกับเด็กนั้นเลย (Social Father) เช่นกัน

(5) หญิงที่บริจาคไข่ซึ่งมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมาจึงเป็นมาดาทางพันธุกรรมของเด็กนั้น (Genetic Mother) แต่ไม่มีความประสงค์จะเลี้ยงดูและเป็นมารดาของเด็กนั้น

(6) ชายที่บริจาคอสุจิซึ่งมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมาจึงเป็นมาดาทางพันธุกรรมของเด็กนั้น (Genetic Father) แต่ไม่มีความประสงค์จะเลี้ยงดูและเป็นบิดาของเด็กนั้นเลย

2) รูปแบบของการตั้งครรภ์แทนจากวัตถุประสงค์ของการตั้งครรภ์แทน

2.1) รูปแบบของการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า (Commercial Surrogacy)

เป็นรูปแบบของการตั้งครรภ์แทนที่มีการจ่ายค่าตอบแทนให้กับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เนื่องจากการที่หญิงคนหนึ่งตกลงใจที่จะรับตั้งครรภ์แทนให้กับผู้อื่นไม่ใช่เรื่องปกติทั่วไป ความตกลง

เช่นนี้จะเกิดขึ้นได้นั้นมักจะมีการจ่ายค่าตอบแทนให้กับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน โดยที่ฝ่ายคู่สามีภรรยาที่ว่าจะจ้างมักจะเป็นฝ่ายที่ออกค่าใช้จ่ายทั้งหมดสำหรับการตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะเป็นการบริการทางการแพทย์ ค่าอาหารเสื้อผ้าสำหรับการเลี้ยงดูเด็ก ค่าใช้จ่ายในการเดินทางต่างๆ ตลอดจนค่าประกันสุขภาพและค่าขาดประโยชน์จากการทำงานตามปกติ เป็นต้น นอกเหนือจากค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งให้กับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนด้วย อย่างไรก็ตามการที่จะหาหญิงที่มารับตั้งครรภ์แทนเป็นเรื่องยากแม้จะมีแรงจูงใจเป็นค่าตอบแทนที่สูงก็ตามเพราะว่าต้องคัดเลือกหญิงนั้นอย่างเข้มงวดเช่นต้องมีความประพฤติที่ดี มีสุขภาพสมบูรณ์แข็งแรง ไม่มีโรคประจำตัว ไม่ติดสุราหรือเสพยาเสพติด ไม่สำส่อนทางเพศ และต้องเชื่อมั่นว่าจะส่งมอบเด็กให้หลังคลอดแล้ว ดังนั้นในต่างประเทศจึงมีการจัดตั้งคนกลางในการแสวงหาหญิงที่เหมาะสมสำหรับการรับตั้งครรภ์แทนซึ่งมีทั้งที่ดำเนินการโดยไม่แสวงหากำไรและทั้งเพื่อประโยชน์ทางการค้าเพราะมีค่าใช้จ่ายต่างๆในการดำเนินการเช่น ค่าบริการทางการแพทย์หรือค่าทนายความ เป็นต้น

2.2) รูปแบบของการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น (Altruistic Surrogacy)

เป็นรูปแบบของการตั้งครรภ์แทนที่เป็นไปเพื่อช่วยเหลือให้พี่น้องหรือเพื่อนสนิทมีบุตรได้ โดยไม่มีผลประโยชน์เชิงการค้าเข้ามาเกี่ยวข้อง หรือเป็นการรับตั้งครรภ์แทนที่เป็นสัญญาระหว่างสองฝ่ายที่ไม่มีความสัมพันธ์หรือคุ้นเคยกันมาก่อน โดยไม่มีผลประโยชน์เชิงการค้าเข้ามาเกี่ยวข้อง ดังนั้นจึงไม่มีการจ่ายค่าตอบแทนให้กับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน แต่อาจมีการจ่ายเงินสำหรับค่าใช้จ่ายที่จำเป็นอันเนื่องมาจากการตั้งครรภ์แทนได้ เช่น ค่ายาสำหรับบำรุงครรภ์ ค่าตรวจเลือด รวมทั้งค่าบริการทางการแพทย์ต่างๆ เป็นต้น

เนื่องจากบางประเทศมีกฎหมายห้ามเฉพาะการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า (Commercial Surrogacy) แต่อนุญาตให้การตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น (Altruistic Surrogacy) ได้ เช่นประเทศอังกฤษ อย่างไรก็ตามผู้ที่ไม่เห็นด้วยกับการตั้งครรภ์แทนเพราะขัดต่อศีลธรรมจะคัดค้านการตั้งครรภ์แทนไม่ว่าจะเป็นไปเพื่อประโยชน์ทางการค้า หรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น

ตามคำนิยามศัพท์ที่ได้ให้ไว้เบื้องต้นนั้น การใช้เทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ยังก่อให้เกิดการถกเถียงในเรื่องความเหมาะสมทางจริยธรรมในการใช้เทคโนโลยี และที่สำคัญคือทำให้กฎหมายและข้อบังคับที่เกี่ยวข้องต่างๆ ซึ่งบัญญัติไว้สำหรับกรณีการกำเนิดตามธรรมชาติไม่อาจนำมาปรับใช้ได้

อย่างเพียงพอเหมาะสมกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นจากการใช้เทคโนโลยีอันเป็นเหตุให้จำเป็นต้องพัฒนา และปรับปรุงข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องในเรื่องนี้ให้สามารถรองรับปัญหาได้ โดยเฉพาะประเทศที่นำ เทคโนโลยีเหล่านี้มาใช้และกำลังอยู่ในระหว่างการศึกษาเพื่อดำเนินการซึ่งรวมถึงประเทศไทยด้วย เพราะมีการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เช่นเดียวกัน เช่น คู่สมรสประสงค์จะมีบุตรแต่ภริยามี ปัญหาด้านสุขภาพไม่สามารถอุ้มครรภ์บุตรได้เอง อาจต้องอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง การแพทย์ (Reproductive Technology) ประกอบกับการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน (Surrogacy) ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันไม่ได้ให้ความคุ้มครองสิทธิ ของสามีภริยาที่ประสงค์จะมีบุตร โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนฐานะบิดามารดาตามมาตรา 1546 บัญญัติ ีว่า “เด็กเกิดจากหญิงที่มีได้มีการสมรสกับชาย ให้ถือว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น เว้น แต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” หากการสมรสสิ้นสุดลงตามมาตรา 1536 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “เด็กเกิดแต่หญิงขณะเป็นภริยาชายหรือภายในสามร้อยสิบวันนับแต่วันที่การสมรสสิ้นสุดลง ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามีหรือเคยเป็นสามีแล้วแต่กรณี”ซึ่งเมื่อ พิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวประกอบกับถ้อยคำตามมาตรา 15 ที่ว่า “สภาพบุคคลย่อมเริ่มตั้งแต่เมื่อคลอด”

และ “ทารกในครรภ์มารดา” แสดงให้เห็นว่า “บุตร” ที่เกิดขึ้นต้องเกิดจากครรภ์มารดาของผู้ เป็นบุตรนั้นๆ อันเป็นการให้ความคุ้มครองเด็กและรับรองหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในฐานะมารดาโดย การตั้งครรภ์และให้กำเนิดเด็กเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย

ตามข้อกำหนดข้างต้นความเป็นบิดามารดาและบุตรนั้น ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเป็น ธรรมชาติ ซึ่งย่อมประกอบขึ้นด้วยกระบวนการปฏิสนธิและการให้กำเนิดที่เป็นไปตามกระบวนการ ตามธรรมชาติ บิดามารดาเป็นผู้ถ่ายทอดลักษณะทางพันธุกรรม และมารดาเป็นผู้ตั้งครรภ์และให้ กำเนิด

หากเป็นกรณีการรับตั้งครรภ์แทนจะกลายเป็นการชั่งน้ำหนักหรือการให้ความสำคัญระหว่าง ลักษณะทางพันธุกรรมที่เด็กคนนั้นได้รับจากเจ้าของเชื้อพันธุ์ และผู้รับตั้งครรภ์แทน ซึ่งรวมถึงการดูแลขณะตั้งครรภ์ และการให้วินิจฉัยว่าใครจะเป็นบิดามารดาที่แท้จริงโดยเฉพาะทางฝ่าย มารดาที่เป็นเจ้าของเชื้อพันธุ์และมารดาผู้ตั้งครรภ์แทนเคยมีข้อหาหรือจากกรณีบัญชีกลางมายัง คณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับกรณีคู่สมรสซึ่งเป็นข้าราชการในสังกัดมหาวิทยาลัยว่าได้มีการแจ้ง จำนวนบุตรพร้อมแสดงหลักฐานของทางราชการเพื่อขอรับสิทธิเบิกเงินสวัสดิการการรักษาพยาบาล และการศึกษาของบุตร แต่เป็นบุตรที่เกิดจากการนำเชื้ออสุจิของสามีข้าราชการหญิงไปผสมกับไข่ของ

ข้าราชการหญิงแล้วนำตัวอ่อนไปฝากในครรภ์ของหญิงอื่นเพื่อตั้งครรภ์แทน จะถือว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของข้าราชการอันจะมีสิทธิได้รับเงินสวัสดิการของทางราชการหรือไม่ ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาตามบันทึกเลขเสร็จที่ 100/2543 ให้เห็นว่าทารกในครรภ์มารดาตามมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์³⁹ หมายถึงทารกที่เกิดนั้นจะต้องเกิดจากครรภ์มารดาของผู้เป็นบุตรคั้งนั้น บุตรที่เกิดจากการใช้เทคนิคทางการแพทย์ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและคลอดทารกจึงเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารก ส่วนหญิงเจ้าของไข่แต่มิได้ตั้งครรภ์และชายเจ้าของอสุจิแต่มิได้เป็นสามีของหญิงผู้ตั้งครรภ์ จึงมิใช่บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทำให้ทั้งสองไม่สามารถเบิกค่ารักษาพยาบาลและอาศัยสิทธิอื่นๆ ในฐานะบิดามารดาของเด็กได้แม้คู่สมรสที่อาศัยเทคโนโลยีนี้จะสามารถจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้ แต่ก็อาจก่อให้เกิดความไม่สบายใจและวิตกกังวล

เนื่องจากบุตรที่เกิดจากพันธุกรรมและนับเป็นเลือดเนื้อเชื้อไขของพวกเขามีฐานะได้เพียงการเป็นบุตรบุญธรรมเท่านั้นนอกจากปัญหาข้อกฎหมายแล้วยังอาจมีปัญห่อื่น ๆ ได้แก่ หญิงที่ตั้งครรภ์แทนอ้างสิทธิความเป็นมารดาและไม่ยอมส่งมอบเด็กให้แก่สามีภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรเป็นต้น

อย่างไรก็ตามวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีทางการแพทย์สมัยปัจจุบันที่ได้พิสูจน์แล้วโดยการตรวจพิสูจน์ลายพิมพ์ทางพันธุกรรม (Deoxyribonucleic Acid Fingerprint = DNA Fingerprint) ซึ่งลายพิมพ์ทางพันธุกรรมนี้จะถ่ายทอดจากผู้ที่มีน้ำเชื้ออสุจิและเซลล์ไข่ไปสู่บุตร ส่วนตัวอ่อนที่เข้าไปในโพรงมดลูกของหญิงอื่นที่มารับการตั้งครรภ์แทนให้ตัวเองเจริญเติบโตแล้วคลอดออกมา หญิงอื่นที่มารับการตั้งครรภ์แทนจึงเป็นแค่เพียงที่พักอาศัยของตัวอ่อนเท่านั้นไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับพันธุกรรมกับผู้ประสงค์จะให้ตั้งครรภ์แทน

³⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 บัญญัติว่า “ สภานุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารกและสิ้นสุดลงเมื่อตาย ทารกในครรภ์มารดาที่สามารถมีสิทธิต่าง ๆ ได้ หากว่าภายหลังคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก”

2.4 ความเป็นมาและความสำคัญของหลักกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวกับการตั้งครรรภ์แทน

เนื่องจากในหลายประเทศมีการบัญญัติกฎหมายที่รองรับและสามารถทำการตั้งครรรภ์แทนเพื่อการพาณิชย์ได้ บางประเทศก็มีกฎหมายรองรับแต่ไม่อนุญาตให้ทำเพื่อการพาณิชย์และมีอีกหลายประเทศที่กฎหมายห้ามตั้งครรรภ์แทนโดยเด็ดขาด นอกจากนี้ยังมีอีกหลายประเทศที่ไม่มีกฎหมายใดมารองรับตั้งครรรภ์แทนเลย ซึ่งในประเทศต่าง ๆ เหล่านี้มีทั้งประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) และประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) มีตัวอย่างแต่ละประเทศดังต่อไปนี้

ตัวอย่างประเทศที่มีกฎหมายรองรับและสามารถทำเพื่อการพาณิชย์ได้ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา (อาร์คันซอ, แคลิฟอร์เนีย, ฟลอริดา, อิลลินอยส์, เท็กซัส, แมซซาชูเซตส์, เวอร์มอนต์), รัสเซีย, ยูเครน, เบลารุส, จอร์เจีย, อาร์เมเนีย, ไชปรัส, แอฟริกาใต้ เป็นต้น

ตัวอย่างประเทศที่มีกฎหมายรองรับ แต่ไม่อนุญาตให้ทำเพื่อการพาณิชย์ เช่น สหราชอาณาจักร, สหรัฐอเมริกา (นิวยอร์ก, นิวเจอร์ซี, นิวเม็กซิโก, เนบราสก้า, เวอร์จิเนีย, วอชิงตัน, ออริกอน), ออสเตรียเลีย, รวมทั้งประเทศไทยในปัจจุบันด้วย

ตัวอย่างประเทศที่กฎหมายห้ามโดยเด็ดขาด (ผิดกฎหมาย) ได้แก่ ฝรั่งเศส, เยอรมนี, สหรัฐอเมริกา (อาร์โซนา, มิชิแกน, อินเดียนา, นอร์ทดาโคตา), แคนาดา (เฉพาะ ควิเบก) สเปน, อิตาลี, สวิตเซอร์แลนด์, ออสเตรีย, นอร์เวย์, สวีเดน, ไอซ์แลนด์, เอสโตเนีย, โมลโดวา, ตุรกี, ซาอุดีอาระเบีย, ปากีสถาน, จีน, ญี่ปุ่น เป็นต้น

ตัวอย่างประเทศที่ยังไม่มีกฎหมายใดมารองรับ ได้แก่ นิวซีแลนด์ สิงคโปร์ เกาหลีใต้ มองโกเลีย เปรู ชิลี เป็นต้น

โดยจะขอกล่าวถึงตัวอย่างประเทศที่มีหลักกฎหมายสำคัญที่ใช้บังคับสำหรับกรณีการตั้งครรรภ์แทนในระบบ Common law ได้แก่ ประเทศสหราชอาณาจักร (อังกฤษ) สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย และในระบบ Civil law ได้แก่ ฝรั่งเศส เยอรมัน และอินเดีย เป็นต้น

2.4.1 สำหรับประเทศในระบบ Common law

2.4.1.1 ประเทศสหราชอาณาจักร (อังกฤษ)

1) ความเป็นมาและหลักกฎหมายใน Surrogacy Arrangement Act 1985

1.1) ความเป็นมาและเนื้อหาของกฎหมาย Surrogacy Arrangement Act 1985

ประเทศสหราชอาณาจักรหรืออังกฤษเป็นประเทศที่มีเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เนื่องมาจากความสำเร็จของการให้กำเนิดมนุษย์ด้วยการปฏิสนธิออกร่างกาย (In Vitro Fertilization) ที่ชื่อว่า Louise Brown ในปี ค.ศ. 1978 ที่ เมือง Oldham, UK⁴⁰ และได้ออกกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้ในปี ค.ศ. 1982 ถือเป็นประเทศที่มีความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มากที่สุดแห่งหนึ่งในโลก และยังเป็นประเทศที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีความขึ้นสู่ศาลเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนจำนวนหลายคดี จึงนำไปสู่การตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และการตั้งครรภ์แทน จากการที่กระทรวงสุขภาพและการประกันสังคม (Department of Health and Social Security) ได้จัดตั้งคณะกรรมการเรียกว่า The Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology หรือ The Warnock Committee⁴¹ เพราะมี Dame Mary Warnock ซึ่งเป็นศาสตราจารย์ด้านปรัชญาจากมหาวิทยาลัยออกฟอร์ดเป็นประธาน โดยทำการศึกษาวิเคราะห์ถึงผลกระทบทางจริยธรรมของการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และศึกษาถึงกรณีการตั้งครรภ์แทนด้วย⁴²

1.2) สาระสำคัญของหลักกฎหมายใน Surrogacy Arrangement Act 1985⁴³

เป็นกฎหมายสำหรับการควบคุมไม่ให้มีการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์โดยถือว่าการจัดการเป็นคนกลางเพื่อให้มีการตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้นและการโฆษณาชักจูงให้มีการตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

⁴⁰ From “The Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology (1984), by Mary Warnock and the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology,” by LaTourelle, Jonathon J. 2014. Copyright by LaTourelle, Jonathon J.

⁴¹ From “A Question of Life: The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology,” by Warnock, Basil Blackwell, 1985, p. xii. Copyright by the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology.

⁴² From “New Reproductive Techniques: A Legal Perspective,” by Cusine and Darmouth, 1990. pp 171-172. . Copyright by Cusine and Darmouth.

⁴³ From “ Surrogacy Arrangements Act 1985,” CHAPTER 49, An Act to regulate certain activities in connection with arrangements made with a view to women carrying children as surrogate mothers., 16th July 1985, www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/pdfs/ukpga_19850049_en.pdf

2) ความเป็นมาและหลักกฎหมายใน Human Fertilization and Embryology Act 1990

2.1) ความเป็นมาและกฎหมายของกฎหมายใน Human Fertilization and Embryology Act 1990

คณะกรรมการ The Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology หรือ The Warnock Committee ดังกล่าวได้ทำการสรุปความเห็นดังนี้คือการที่คู่สมรสไม่สามารถมีบุตรด้วยวิธีธรรมชาติ ถือเป็นความเจ็บป่วยประการหนึ่งที่เหมาะสมควรได้รับการรักษาภายใต้การบริการสาธารณสุขของรัฐ และได้มีการเสนอให้รัฐออกกฎหมายเพื่อให้การเข้าถึงการรักษาเช่นนี้เป็นไปด้วยความสะดวกมากยิ่งขึ้น แต่สำหรับส่วนกรณีการตั้งครรภ์แทน คณะกรรมการชุดนี้กลับสรุปความคิดเห็นว่า การให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนเป็นสิ่งที่ไม่สมควรกระทำ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตั้งครรภ์แทนที่เป็นไปเพื่อประโยชน์เชิงพาณิชย์ หรือเป็นไปเพื่อความสะดวกสบายสำหรับหญิงซึ่งสามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเองตามวิธีการธรรมชาติ ถือเป็นกระทำที่ขัดต่อศีลธรรมอย่างยิ่ง การตั้งครรภ์แทนเป็นสิ่งที่ผิดและไม่สมควรได้รับการส่งเสริมสนับสนุนจากรัฐ รัฐควรเข้าไปมีบทบาทในการควบคุมดูแลการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์เพื่อมิให้มีการแสวงหาประโยชน์จากการตั้งครรภ์แทน นอกจากนี้การนำมาตราทางอาญามาใช้ยังเป็นมาตรการทางบังคับที่นำมาใช้สำหรับการแสวงหาประโยชน์เชิงพาณิชย์ต่อหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนได้อย่างมีประสิทธิภาพจึงมีการเสนอให้มีการบัญญัติกฎหมายกำหนดห้ามมิให้มีการก่อตั้งองค์กรหรือสมาคมใดๆ ที่มีวัตถุประสงค์ในการคัดเลือกบุคคลเพื่อให้เป็นหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทน หรือมีวัตถุประสงค์ในการอำนวยความสะดวกให้แก่คู่สมรสที่ต้องการหาบุคคลมาเป็นหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทน โดยถือว่าการก่อตั้งหรือดำเนินการโดยคนกลางในลักษณะเช่นนี้ไม่ว่าจะเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือไม่ก็ตาม เป็นความผิดทางอาญา แม้ว่าการจัดการให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยคนกลางไม่มีผลประโยชน์มาเกี่ยวข้องในเชิงพาณิชย์แต่อาจเป็นประโยชน์ในบางประการได้ คณะกรรมการชุดนี้ก็ปฏิเสธที่จะยอมรับให้การกระทำเช่นนั้นเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเกรงว่าจะเป็นการส่งเสริมให้มีการตั้งครรภ์แทนมากยิ่งขึ้น นอกจากนี้ยังมีข้อเสนอให้การกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์หรือทนายความซึ่งให้ความช่วยเหลือแก่คู่สมรสในลักษณะเดียวกันเป็นการกระทำผิดกฎหมายด้วย แต่ในส่วนการกระทำของคู่สมรสชายหญิงที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนนั้น ไม่ควรกำหนดให้เป็นความผิดทางอาญา เพราะเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไม่ควรถูกถือว่าเป็นผลผลิตของการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย สำหรับความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาตั้งครรภ์แทนก็ได้มีการเสนอให้บัญญัติกฎหมายชัดเจนว่าสัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่ขัดกฎหมายและไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้ ซึ่งรายงานความเห็นของคณะกรรมการฉบับนี้มีอิทธิพลต่อการร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และการตั้งครรภ์แทนในเวลาต่อมาเป็นอย่างมาก โดยประเทศอังกฤษได้มีการตรา

กฎหมายเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และการตั้งครรภ์แทนขึ้นมาใช้บังคับ เพื่อแก้ปัญหาข้อพิพาทต่างๆ ที่เกิดขึ้น

2.2) สาระสำคัญของหลักกฎหมายใน Human Fertilization and Embryo Act 1990⁴⁴ เป็นกฎหมายสำหรับควบคุมการให้บริการทางการแพทย์ที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และการศึกษาวิจัยในตัวอ่อนมนุษย์เป็นไปด้วยมาตรฐานและโดยถูกต้อง

2.4.1.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

1) กฎหมายในระดับรัฐบาลกลาง (Federal Law)

1.1) ความเป็นมาและภูมิทัศน์ของกฎหมายการตั้งครรภ์แทนในระดับรัฐบาลกลาง

เนื่องจากรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาได้รับรองการมีสิทธิและเสรีภาพในการสืบพันธุ์ (Procreative rights and liberty) พร้อมด้วยความเจริญก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ส่วนการดำเนินการขององค์กรเอกชนซึ่งเป็นกลางในการจัดให้มีการตั้งครรภ์แทนอย่างเป็นระบบทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีการตั้งครรภ์แทนเป็นจำนวนมากจึงเป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดกรณีพิพาทขึ้นระหว่างคู่สัญญาในสัญญาตั้งครรภ์แทน สัญญาการรักษาโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และสัญญาจัดให้มีการตั้งครรภ์แทนเป็นจำนวนมากจึงมีการเสนอร่างกฎหมายในระดับรัฐบาลกลาง (Federal Law) ขึ้นเพื่อเป็นการควบคุมการตั้งครรภ์แทนในระดับประเทศให้อยู่ในกฎเกณฑ์เดียวกัน ดังนั้นในปี ค.ศ.1989 ได้มีร่างกฎหมาย Surrogacy Arrangement Act 1989 และ Anti-Surrogate Mother Act of 1989 อย่างไรก็ตามร่างกฎหมายทั้งสองฉบับก็ไม่ผ่านการพิจารณาของสภา⁴⁵ ในปัจจุบันจึงยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การตั้งครรภ์แทนออกมาใช้บังคับโดยตรง มีแต่กฎหมายในระดับมลรัฐ ซึ่งบางรัฐก็จะบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนมาใช้บังคับเป็นการ โดยเฉพาะและได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันออกไป ตัวอย่างเช่น มลรัฐเวอร์จิเนีย

⁴⁴ From “Human Fertilization and Embryology Act 1990,” CHAPTER 37, An Act to make provision in connection with human embryos and any subsequent development of such embryos; to prohibit certain practices in connection with embryos and gametes; to establish a Human Fertilization and Embryology Authority; to make provision about the persons who in certain circumstances are to be treated in law as the parents of a child; and to amend the Surrogacy Arrangements Act 1985. 1st November 1990. Retrieved from <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37>

⁴⁵ From “Beyond Baby M: International Perspectives on Gestational Surrogacy and the Demise of the Unitary Biological Mother,” by Krim, 1996, pp. 213-214.

นิวแฮมเชียร์ เนวาดา เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามในบางมลรัฐก็ยังไม่มีความหมายกับกรณีของการตั้งครรภ์แทน จึงต้องอาศัยการตีความหลักกฎหมายทั่วไปกับกรณีของการตั้งครรภ์แทน และกำหนดให้เป็นบรรทัดฐานโดยคำพิพากษาของศาล เช่น มลรัฐแคลิฟอร์เนีย โอไฮโอ นิวเจอร์ซีย์ เป็นต้น

นอกจากนี้การแสดงสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนก็ยังไม่ได้รับบัญญัติไว้ในกฎหมายระดับรัฐบาลกลาง ดังนั้นในปี ค.ศ.1973 ที่ประชุมคณะกรรมการแห่งชาติว่าด้วยกฎหมายที่เป็นอันหนึ่งเดียวกันของรัฐ(National Conference of Commissioners on Uniform State Law) อันประกอบด้วยตัวแทนนักกฎหมายจากทุกมลรัฐในประเทศอเมริกาได้เสนอรูปแบบของกฎหมายที่เรียกว่า กฎหมายว่าด้วยความเป็นบิดามารดาที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (The Uniform Parentage Act U.P.A) ในการเป็นแม่แบบของกฎหมาย(law model) ให้แก่มลรัฐต่างๆ ในการออกกฎหมายเกี่ยวกับสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน

1.2) สาระสำคัญของกฎหมาย The Uniform Parentage Act : U.P.A

ตามหลักการของกฎหมาย U.P.A. ได้บัญญัติให้ความเป็นมารดาตามธรรมชาติของเด็กย่อมพิสูจน์ได้จากการที่หญิงนั้นได้ให้กำเนิดเด็กนั้นหรือตามที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับนี้ ดังนั้นการที่จะพิสูจน์ความเป็นมารดาของเด็กที่เกิดโดยวิธีธรรมชาติตามกฎหมายนี้มีสองอย่างกล่าวคือการพิสูจน์โดยการที่หญิงนั้นเป็นผู้ให้กำเนิดบุตร กับการพิสูจน์ด้วยวิธีอื่นแต่ไม่ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่าจะพิสูจน์ด้วยวิธีการกระทำอย่างไร อาจเป็นเพราะคณะกรรมการดังกล่าวเห็นว่าข้อพิพาทเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างมารดากับบุตรนั้นเกิดขึ้นไม่บ่อยนัก ดังนั้นผู้พิพากษาควรที่จะสามารถใช้ดุลยพินิจอย่างเต็มที่ในการเลือกนำบัญญัติตามกฎหมายฉบับนี้มาปรับใช้ให้เหมาะสมและสอดคล้องกับข้อเท็จจริงในแต่ละคดีให้ได้มากที่สุดจึงเป็นการให้สิทธิแก่บุคคลที่มีส่วนได้เสียในการนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างมารดากับบุตรตามกฎหมาย U.P.A. นี้⁴⁶

สำหรับประเด็นเรื่องสถานะความเป็นบิดาของเด็กตามกฎหมาย U.P.A. นั้น ตามกฎหมายนี้เห็นได้ว่าสามีของหญิงที่ให้กำเนิดบุตรจะได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นบิดาของบุตร การโต้แย้งข้อสันนิษฐานตามกฎหมายนี้จะกระทำได้อต่อเมื่อมีพยานหลักฐานที่ชัดเจนและน่าเชื่อถือเท่านั้น

⁴⁶ From Gestational Surrogacy: Unsetting State Parentage Law and Surrogacy Policy,” by Hofheimer, A, 1992, 19 N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change 571,585.

ความเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามกฎหมาย The Uniform Parentage Act : U.P.A

เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้มีได้กำหนดสถานะความเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไว้โดยตรง อย่างไรก็ตามมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมด้วย กล่าวคือ หากการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อได้กระทำต่อหญิงมีสามีภายใต้การควบคุมดูแลของแพทย์ และสามีของหญิงนั้นได้ให้ความยินยอมแล้ว จะถือว่าสามีของหญิงนั้นเป็นบิดาของเด็ก ส่วนผู้ที่บริจาคน้ำเชื้อให้แก่แพทย์กฎหมายบัญญัติไม่ให้ถือว่าเป็นบิดาของเด็กนอกจากว่าหญิงนั้นเป็นภรรยาของชายดังกล่าว

สำหรับกรณีที่มีการนำไข่บริจาคมาใช้ในการปฏิสนธิในร่างกายหรือมีการตั้งครรภ์แทน กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง ดังนั้นในปีค.ศ 1988 คณะกรรมการแห่งชาติว่าด้วยกฎหมายที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของรัฐ ได้ประกาศรับรองรูปแบบของกฎหมายว่าด้วยสถานะของเด็กที่เกิดจากการช่วยปฏิสนธิเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน (Uniform Status of Children of Assisted Conception Act : U.S.CA.C.A.) โดยจะเป็น Law model ของกฎหมายที่กำหนดสถานะของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ส่วนสถานะของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน กฎหมายนี้ไม่ได้สร้างกฎเกณฑ์ไว้เป็นการเฉพาะต่อมาในปีค.ศ 2000 คณะกรรมการแห่งชาติว่าด้วยกฎหมายที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของรัฐได้ทำการนำหลักการในกฎหมาย U.S.CA.C.A.เกี่ยวกับสถานะภาพของเด็กทั้งหมดตามบัญญัติไว้ใน U.P.A. จึงนับได้ว่ากฎหมายU.P.A. ได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายแม่แบบในระดับรัฐบาลกลางเพียงฉบับเดียวเท่านั้นที่กำหนดสถานะภาพของเด็กทั้งที่เกิดจากกระบวนการตามธรรมชาติและการผสมเทียม ส่วนกรณีการตั้งครรภ์แทนมีหลักการว่าหากสัญญาับตั้งครรภ์แทนได้รับการพิจารณาจากศาลว่าเป็นสัญญาที่ชอบด้วยหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมาย กลุ่มสมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนนั้นถือว่าเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น⁴⁷

การจัดทำร่างกฎหมายของมลรัฐต่างๆในประเทศอเมริกาโดยบางมลรัฐได้รับเอาหลักการของกฎหมายนี้มาบัญญัติไว้ทั้งหมดโดยไม่ได้มีการแก้ไขเลย ขณะเดียวกันบางมลรัฐก็ได้นำสาระสำคัญของกฎหมายมาบัญญัติไว้โดยมีการแก้ไขเพียงเล็กน้อยเท่านั้น

⁴⁷ From “ Uniform Parentage Act 2000 ,Section 803 ,If the requirements of subsection(b) are satisfied, a court may issue and order validating the gestational agreement and declaring that the intended parents will be the parents of a child born during the term of agreement.”

2) กฎหมายระดับมลรัฐ (State Law)

ประเทศสหรัฐอเมริกาใช้ระบบกฎหมาย Common Law ดังนั้นกฎหมายในระดับมลรัฐส่วนใหญ่จึงกำหนดสถานภาพความเป็นบิดามารดาโดยมารดาที่ให้กำเนิดบุตรเท่านั้นที่ถือว่าเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายแม้ว่าเด็กนั้นจะถือกำเนิดด้วยกระบวนการตามหรือด้วยเทคโนโลยีทางการแพทย์ก็ตาม ส่วนความเป็นบิดากำหนดจากสถานภาพการสมรสโดยถูกต้องตามกฎหมายจะถือว่าชายนั้นเป็นบิดาของเด็กที่เกิดมาวันแต่จะพิสูจน์ได้เป็นอย่างอื่นตามหลักกฎหมาย Common Law

อย่างไรก็ตาม บางมลรัฐได้มีการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่เจริญก้าวหน้าอย่างมากเพื่อให้เหมาะสมยิ่งขึ้น แต่ก็ยังมีบางมลรัฐที่ใช้หลักการของ Common Law อย่างเคร่งครัด

2.1) กฎหมายแห่งมลรัฐเวอร์จิเนีย

ตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1993 กฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนแห่งมลรัฐเวอร์จิเนียมีผลใช้บังคับ โดยสัญญาตั้งครรภ์แทนตามกฎหมายนี้มีผลบังคับ 2 อย่างคือ สัญญาที่ได้รับอนุญาตจากศาลก่อน (Court-Approved Surrogacy Contract) สัญญาจำต้องได้รับการปรับปรุงแก้ไขตามคำสั่งศาล (Court-Reformed Surrogacy Contract)

กรณีสัญญาที่ได้รับอนุญาตจากศาลก่อน (Court-Approved Surrogacy Contract) นั้นจะต้องมีข้อเท็จจริงดังต่อไปนี้

- (1) คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดต้องมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลนั้น
- (2) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายและสามีต้องเป็นคู่สัญญาด้วย
- (3) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเคยผ่านการมีบุตรมาก่อน
- (4) คู่สมรสฝ่ายหญิงที่ว่าจ้างต้องไม่สามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเองได้ หรือสามารถตั้งครรภ์ได้แต่การตั้งครรภ์นั้นอาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพของตัวเองหรือต่อเด็กที่จะเกิดมา
- (5) คู่สมรสที่ว่าจ้างคนใดคนหนึ่งต้องมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่จะเกิดมาคือคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องเป็นผู้บริจาคเชื้ออสุจิหรือไข่ที่ใช้ในการปฏิสนธิ
- (6) คู่สมรสที่ว่าจ้างต้องเป็นฝ่ายออกค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์นั้นทั้งหมด

เมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขดังกล่าวข้างต้น ศาลจะเป็นผู้แต่งตั้งเจ้าหน้าที่ศาลเพื่อช่วยพิจารณาความเหมาะสมของคู่สัญญาทุกฝ่ายที่จะเข้าทำสัญญาและความเหมาะสมของคู่สมรสที่ว่าจ้างในการเป็นบิดามารดาของเด็กนั้นด้วยโดยใช้หลักเกณฑ์เดียวกับการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ดังนั้นเมื่อศาลเห็นชอบกับสัญญารับตั้งครรรภ์แทน คู่สมรสที่ว่าจ้างจึงเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเมื่อหญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนให้กำเนิดทารกนั้น ส่วนหญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนยังมีสิทธิ์ที่จะยกเลิกสัญญาได้ภายในกำหนด 180 วันนับแต่วันที่ตั้งครรรภ์ และถือว่าหญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนนั้นเป็นมารดาของเด็กนั้นโดยไม่ต้องรับผิดชำระค่าเสียหายอย่างใดอย่างหนึ่งให้แก่คู่สมรสที่ว่าจ้างให้ตั้งครรรภ์แทน

กรณีที่สัญญาตั้งครรรภ์แทนไม่ได้รับความเห็นชอบจากศาลก่อนนั้น หญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนและสามีของหญิงนั้นถือได้ว่าเป็นมารดาและบิดาของเด็กนั้นตามหลักกฎหมาย Common Law อย่างไรก็ตามกฎหมายแห่งรัฐเวอร์จิเนียยังเปิดโอกาสให้มีการเปลี่ยนแปลงสถานภาพความเป็นบิดามารดาของเด็กได้ในกรณีที่หญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนยื่นคำร้องต่อศาลแสดงเจตนาที่จะสละสิทธิความเป็นมารดาของเด็กแต่ต้องยื่นคำร้องภายหลัง 25 วันนับแต่วันที่คลอดบุตร โดยที่คู่สมรสที่ว่าจ้างก็จะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นทันทีที่ศาลมีคำสั่งอนุญาต

2.2) กฎหมายแห่งมลรัฐนิวแฮมป์เชอร์

กฎหมายแห่งมลรัฐนิวแฮมป์เชอร์กำหนดให้สัญญาตั้งครรรภ์แทนต้องได้รับความเห็นชอบจากศาลก่อน คล้ายกับกฎหมายแห่งมลรัฐเวอร์จิเนียดังกล่าวมาแล้วข้างต้น กรณีที่สัญญาที่ทำขึ้น โดยไม่ได้รับอนุญาตจากศาลจะไม่สามารถนำมาขอรับความเห็นชอบได้ ดังนั้นหญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนเมื่อได้ให้กำเนิดเด็กแล้ว คู่สมรสที่ว่าจ้างจึงเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นทันทีตามกฎหมายนี้ อย่างไรก็ตามยังคงให้สิทธิให้รับตั้งครรรภ์แทนในการที่จะยกเลิกสัญญาได้โดยต้องกระทำก่อน 72 ชั่วโมงนับแต่การคลอดบุตรนั้น และอาจขยายระยะเวลาได้จนถึง 7 วัน นับแต่เด็กกำเนิดมา กรณีดังกล่าวหญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนก็จะเป็นมารดาของเด็กนั้นได้⁴⁸

2.3) กฎหมายแห่งมลรัฐฟลอริดา

กฎหมายแห่งมลรัฐฟลอริดามีบัญญัติขึ้นเพื่อเป็นการควบคุมการรับตั้งครรรภ์แทน โดยการอนุญาตให้คู่สมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้นที่สามารถเข้าทำสัญญาจ้างให้มีการตั้งครรรภ์แทนมีการกำหนดอายุของคู่สมรสที่ว่าจ้างและหญิงที่รับจ้างต้องมีอายุ 18 ปีขึ้นไปและห้ามมิให้มีการจ่ายค่าตอบแทนอื่นใดนอกเหนือจากค่าใช้จ่ายที่เกิดจากการตั้งครรรภ์แทนและค่าใช้จ่ายในชีวิตประจำวัน

⁴⁸ From "N.H. Rev. State. Ann. S 168-B: 25(IV) (Supp. 1991).

ที่เหมาะสมเท่านั้น อย่างไรก็ตามกฎหมายนี้ไม่ได้มีการกำหนดเงื่อนไขว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อน ดังนั้นคู่สัญญาจึงสามารถทำสัญญาตั้งครรภ์แทนกันเองโดยลำพังเท่าที่ไม่ขัดต่อเงื่อนไขในกฎหมายที่กำหนดไว้ คู่สมรสที่ว่าจ้างให้ตั้งครรภ์แทนจะการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายเมื่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนให้กำเนิดทารกและมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้ภายในวันนับแต่การคลอดบุตร⁴⁹

2.4.1.3 ประเทศออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลียยังไม่มีกฎหมายระดับรัฐบาลกลางที่จะควบคุมดูแลการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เนื่องจากประเทศออสเตรเลียเป็นประเทศหนึ่งที่มีความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นอย่างมาก นับแต่ปี ค.ศ.1973 มีการใช้เทคนิคการปฏิสนธินอกร่างกายเพื่อให้หญิงคนหนึ่งตั้งครรภ์ได้สำเร็จเป็นครั้งแรกโดยแพทย์ในประเทศออสเตรเลีย แม้ว่าหญิงคนดังกล่าวจะแท้งครรภ์ในเวลาต่อมาก็ตามในปี ค.ศ. 1980 ก็ประสบความสำเร็จจากการใช้กรรมวิธีการปฏิสนธินอกร่างกายช่วยให้หญิงคนหนึ่งมีบุตรได้ หลังจากนั้นในปี ค.ศ.1984 ประเทศออสเตรเลียนับเป็นประเทศแรกที่ประสบความสำเร็จจากการนำตัวอ่อนที่แช่แข็งมาใช้ในการปฏิสนธินอกร่างกาย⁵⁰ และในการทำให้ทารกถือกำเนิดจากไข่ที่ได้รับการบริจาคได้⁵¹ ต่อมาในปีเดียวกันนี้ได้เกิดกรณีที่สร้างความสนใจต่อสาธารณชนเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน กล่าวคือกรณีของสองพี่น้องตระกูล Kirkman ซึ่งมีนางแมคจีเป็นพี่สาวและมีนางลินดาเป็นน้องสาว นางแมคจีไม่สามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเองได้ ส่วนสามีของเธอก็มีบุตรยากเช่นกัน นางลินดาจึงตกลงรับจ้างตั้งครรภ์แทนพี่สาวของเธอโดยใช้ไข่ของนางแมคจีผสมกับอสุจิของผู้บริจาค เมื่อคลอดเด็กนางลินดาก็ส่งมอบเด็กให้แก่ครอบครัวของพี่สาวเธอ ต่อมาครอบครัวของแมคจีจึงได้ยื่นคำร้องขอต่อศาลรัฐวิกตอเรีย เพื่อขอรับเด็กดังกล่าวเป็นบุตรบุญธรรมและศาลก็ได้มีคำสั่งอนุญาตตามคำขอนั้น จากเหตุการณ์นี้ได้มีการถกเถียงกันอย่างกว้างขวางเกี่ยวกับปัญหาด้านจริยธรรมของการตั้งครรภ์แทน ทำให้รัฐบาลต้องจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นมาศึกษาปัญหานี้ เพื่อการออกกฎหมายควบคุมการ

⁴⁹ From “Legal Moral and International Perspective on Surrogate Motherhood: The Call for a Uniform Regulatory Scheme in the United States,” By Behm, 1999, *L. DePaul J. Health Care L*, 2(1), 557,583.

⁵⁰ From “Making Laws on Making Babies,” by Singer, P, 1985, *Hastings Center Rep*, 15(1), p. 4, 5.

⁵¹ From *Your Body your baby: Women's Legal Right From Conception to Birth*, by Libesman, T, and Sripathy, V, Redfern Legal Center Publishing, 1996, p. 48.

ตั้งครรภ์แทนในหลาย ๆ รัฐ ซึ่งเป็นไปตามรัฐธรรมนูญของออสเตรเลีย⁵² ที่ให้การออกกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของประชาชนเป็นหน้าที่ของรัฐแต่ละรัฐ ดังนั้นประเทศออสเตรเลียจึงไม่มีกฎหมายระดับกลางที่ออกมาควบคุมการตั้งครรภ์แทนโดยเฉพาะ ดังนั้นในปัจจุบันรัฐที่มีกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนได้แก่ รัฐวิกตอเรีย⁵³ รัฐเซาท์ออสเตรเลีย⁵⁴ รัฐควีนส์แลนด์⁵⁵ รัฐทาสมาเนีย⁵⁶ รัฐออสเตรเลียเหนือ แคปิตอล เทอริทอรี⁵⁷ ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วกฎหมายมักจะเข้าไปในทางที่ควบคุมการตั้งครรภ์แทนอย่างเข้มงวด ส่วนในรัฐ Northern Territory , New South Wales รัฐ Western Australia ไม่มีกฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนไว้ ดังนั้นในแต่ละรัฐของออสเตรเลียจึงมีกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนที่แตกต่างกันไป

1) สถานะของสัญญาับตั้งครรภ์แทน

รัฐควีนส์แลนด์ถือได้ว่าเป็นรัฐที่มีกฎหมายการรับตั้งครรภ์แทนและการดำเนินการจัดการให้มีการตั้งครรภ์แทนที่เข้มงวดที่สุดในบรรดารัฐที่มีกฎหมายบัญญัติเรื่องการรับตั้งครรภ์แทนไว้ เพราะไม่ว่าจะเป็นไปเพื่อประโยชน์เชิงการค้าหรือไม่ถือเป็นความผิดทางอาญาทั้งสิ้น⁵⁸

รัฐวิกตอเรีย รัฐทาสมาเนีย รัฐออสเตรเลียเหนือ แคปิตอล เทอริทอรี ห้ามเฉพาะการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงการค้าเท่านั้น และยังถือว่าสัญญาับตั้งครรภ์แทนเป็นโมฆะ ไม่สามารถบังคับได้ตามกฎหมายไม่ว่าจะเป็นไปเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือไม่ก็ตาม⁵⁹ ยกเว้นรัฐออสเตรเลียเหนือ

⁵² From “The Australian Constitution Act 1901,” Section 51 of the Constitution contains a long list of areas in which the Commonwealth can make laws. https://www.aph.gov.au/About_Parliament/Senate/...practice_n.../Constitution.aspx

⁵³ From “The Infertility Treatment Act 1995 (Vic),” as amendment by The Infertility Treatment Act 2007 (Vic). www.legislation.vic.gov.au/Domino/Web_Notes/LDMS/PubStatbook.../07-015a.pdf

⁵⁴ From “Family Relationships Act 1975 - South Australian Legislation”, <https://www.legislation.sa.gov.au/.../FAMILY%20RELATIONSHIPS%20ACT%201975>

⁵⁵ Surrogate Parenthood Act 1988 (No. 65 of 1988), 6 October 1988. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/12289594>.

⁵⁶ From “Surrogacy Contracts Act 1993 (No. 4 of 1993) – AustLII”, classic.austlii.edu.au/au/legis/tas/num_act/sca19934o1993289SurrogacyContractAct1993.

⁵⁷ From “Substitute Parent Agreements Act 1994,” Legislation Register www.legislation.act.gov.au/a/1994-69/19941107-4403/pdf/1994-69.pdf.

⁵⁸ From “Surrogate Parenthood Act 1988 Section 3 (1). www.legislature.mi.gov/documents/mcl/pdf/mcl-act-199-of-19...

⁵⁹ From “Surrogate Parenthood Act 1988(Queensland) Sec4 (1), A prescribed contract made after the commencement of this Act is void., Infertility Treatment Act 1995(Vic) Sect. 61, A surrogate agreement is void whether made before or after the commencement of this section., Surrogacy contract Act 1993 (Tas) Sect.7, A surrogacy contract is void and unenforceable wherever the contract is made and whatever law may be the proper law of the contract.”

แคปปิตอล เทอริทอรี มีบทบัญญัติอนุญาตให้มีการรับตั้งครรภ์แทนได้เฉพาะประโยชน์ของบุคคลอื่นได้ (Altruistic Surrogacy) ซึ่งไม่ใช่เป็นไปเพื่อประโยชน์ทางการค้า แต่อย่างไรก็ตามก็ได้บัญญัติให้สัญญารับตั้งครรภ์แทนเช่นนี้ไม่สามารถบังคับได้ตามกฎหมาย⁶⁰

2) ความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

สำหรับประเทศออสเตรเลียนั้น ทูกรัฐยังคงใช้หลักการตามกฎหมาย Common Law ที่ถือหลักว่าหญิงที่ให้กำเนิดบุตรแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้นที่เป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ตามมาตรา 10(d)(1) ของกฎหมาย Family Relationships Act 1975 (SA) บัญญัติว่า สามีของหญิงที่ให้กำเนิดเด็กเนื่องมาจากการปฏิสนธิเทียมไม่ว่าโดยการฉีดเชื้อหรือจากการปฏิสนธินอกร่างกายให้ถือว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น

ในรัฐออสเตรเลีย แคปปิตอล เทอริทอรี ห้ามเฉพาะการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงการค้าเท่านั้น มีบทบัญญัติอนุญาตให้มีการรับตั้งครรภ์แทนได้เฉพาะประโยชน์ของบุคคลอื่นได้ (Altruistic Surrogacy) แต่ไม่มีบทบัญญัติให้คู่สามีภรรยาที่ว่างให้มีการตั้งครรภ์แทนเป็นบิดามารดาของเด็กตามกฎหมายแม้ว่าจะได้มีการเสนอร่างกฎหมาย Artificial Conception (Amendment) Bill ในปี ค.ศ. 1997 เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้คู่สามีภรรยาที่ว่างให้ตั้งครรภ์แทนเป็นบิดามารดาตามกฎหมายแต่ร่างกฎหมายนี้ไม่ผ่านรัฐสภา⁶¹ กรณีที่คู่สามีภรรยาที่ว่างประสงค์จะเป็นบิดามารดาของเด็กสามารถกระทำได้โดยการรับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรม⁶²

3) อำนาจปกครองของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

เนื่องจากกฎหมายของประเทศออสเตรเลียส่วนใหญ่ห้ามมิให้มีการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงการค้ารวมทั้งไม่ส่งเสริมให้มีการรับตั้งครรภ์แทนทั้งที่ไม่มีผลประโยชน์อื่นใดมาเกี่ยวข้องก็ตาม ในเรื่องสัญญารับตั้งครรภ์แทนนั้นส่วนใหญ่ไม่มีผลบังคับได้ตามกฎหมายดังนั้นคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจึงไม่สามารถนำคดีสู่ศาลเพื่อฟ้องร้องให้บังคับคดีได้ แต่อย่างไรก็ตามเมื่อมีคดีเกิดขึ้น ศาลก็จะนำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กมาใช้เพื่อพิจารณาในการกำหนดอำนาจปกครองของเด็กนั้นดังตัวอย่างคดี

⁶⁰ From "For Love or Money: The Legal Regulation of Surrogacy Motherhood," by A. Stuhmcke, 1996, 3(1), *Murdoch University Electric Journal of Law*, Copyright by A. Stuhmcke.

⁶¹ From "Regulation of Assisted Reproductive Technology : The State of Play in Australia" by Szoke, H, 2007.

⁶² Parentage Act 2004 แห่งรัฐ Australian capital Territory เป็นกฎหมายที่กำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็ก แต่กฎหมายนี้ไม่มีการเปลี่ยนแปลงสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

Re Evelyn⁶³ เป็นเรื่องของครอบครัวของนาง A เป็นเพื่อนกับครอบครัวนาง B เนื่องจากนาง B ไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ นาง A ซึ่งมีบุตรอยู่ 3 คน จึงได้อาสาเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนครอบครัวนาง B โดยไม่มีค่าตอบแทนแต่อย่างใด มีการใช้เชื้ออสุจิของสามีนาง B โดยที่สามีของนาง A ให้ความยินยอม เมื่อนาง A คลอดบุตรให้ชื่อว่าเด็กหญิง Evelyn ครอบครัวของนาง A ได้ส่งมอบเด็กให้ครอบครัว B ตามข้อตกลงที่ได้ให้ไว้ ต่อมาภายหลังนาง A ต้องการเด็กหญิง Evelyn มาเลี้ยงดูแต่เพียงฝ่ายเดียว จึงได้นำเด็กกลับมาเลี้ยงโดยไม่ยอมส่งมอบเด็กให้นาง B อีกต่อไป นาง B และสามียื่นคำร้องต่อศาลครอบครัวแห่งรัฐเซาท์ออสเตรเลียให้มีคำสั่งให้เด็กหญิง Evelyn อยู่ในอำนาจปกครองของครอบครัวของนาง B ที่ให้ตั้งครรภ์แทน ศาลโดยผู้พิพากษาจอร์แดน (Justice Jordan) ได้กล่าวว่าสัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นโมฆะและไม่มีผลบังคับตามกฎหมายโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณารายละเอียดของสัญญาดังกล่าว การจะวินิจฉัยว่าอำนาจปกครองควรเป็นของบุคคลใดนั้น ในเบื้องต้นศาลเห็นว่าครอบครัวทั้งสองฝ่ายต่างมีความสามารถในการเลี้ยงดูเด็กได้เป็นอย่างดีและเห็นว่าเป็นการสมควรที่จะพิจารณาจากเจตนาและความคาดหวังของบุคคลทั้งสองที่มีส่วนร่วมกันในการให้กำเนิดเด็กนั้นตลอดจนพฤติการณ์แวดล้อมทั้งหมดที่เกี่ยวกับการกำเนิดเด็กหญิง Evelyn แต่สิ่งเหล่านี้ย่อมไม่อยู่เหนือประโยชน์สูงสุดของเด็กนั้น ศาลได้นำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กมาปรับใช้โดยการคำนึงถึงความสัมพันธ์ระหว่างเด็กหญิง Evelyn กับครอบครัวนาง B แม้ว่าจะเป็นไปด้วยดี แต่เด็กอาจจะต้องเผชิญกับปัญหาที่เกี่ยวกับสถานภาพของตนเองในอนาคต ดังนั้นผู้ที่ให้กำเนิดเด็กย่อมจะอยู่ในฐานะที่จะทำความเข้าใจกับเด็กได้ดีที่สุด ศาลจึงตัดสินใจให้อำนาจปกครองเป็นของนาง A และสามี แต่ก็ให้สิทธิแก่ครอบครัว B ที่ให้ตั้งครรภ์แทนในการที่จะติดต่อกับเด็กได้ และมีคำสั่งให้ทั้งสองฝ่ายร่วมกันรับผิดชอบในสวัสดิภาพของเด็กด้วย

ต่อมาได้มีการนำคดีนี้ขึ้นสู่การพิจารณาของคณะใหญ่ของศาลครอบครัว⁶⁴ (Full Court of the Family Court) โดยศาลนี้ก็ไม่ได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำพิพากษาให้เป็นอย่างอื่นและให้ความเห็นว่าการพิจารณาในการกำหนดอำนาจปกครองของเด็กจะพิจารณาว่ากรณีใดที่จะเป็นประโยชน์สูงสุดสำหรับเด็ก ศาลก็จะพิจารณาพิพากษาคดีไปตามนั้น

⁶³ From "Reflections on Australia's First Litigated Surrogacy Case, 1999, 7 Medical Law review 38, by Otlowski, M, Re Evelyn.

⁶⁴ From "Re Evelyn(1998) F.L.C.92-807.

การนำหลักกฎหมายมาตรา 65E ที่ได้บัญญัติว่าในการพิจารณาอำนาจปกครองเด็กนั้น ศาลจำเป็นต้องพิจารณาประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ⁶⁵ นั้นเป็นการนำหลักประโยชน์สูงสุดมาใช้เพื่อกำหนดอำนาจปกครองของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนด้วย จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์นี้สอดคล้องกับแนวคำพิพากษาของศาลในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา

2.4.2 สำหรับประเทศในระบบ Civil law

สำหรับประเทศในระบบ Civil law จะใช้ประมวลกฎหมายต่างๆมาปรับใช้กับการตั้งครรภ์แทน ดังจะได้อธิบายต่อไปนี้

2.4.2.1 ประเทศฝรั่งเศส

1) กฎหมายสาธารณสุข (Public Health Act 1987)

1.1) หลักการและกฎเกณฑ์ของกฎหมาย

ประเทศฝรั่งเศสมีการพัฒนาการของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อย่างต่อเนื่องโดยในอดีตนั้นองค์กรของเอกชน เป็นผู้นำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เพื่อช่วยเหลือคู่สมรสที่มีบุตรยากนั้น ซึ่งรัฐจะไม่เข้ามาควบคุมดูแลแต่มีมาตรฐานทางจริยธรรมของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ ต่อมารัฐก็เริ่มเข้ามามีบทบาทมากยิ่งขึ้น มีการจัดตั้งเครือข่ายธนาคารอสุจิในระดับชาติขึ้น โดยกระทรวงสุขภาพ (Department of Health) เรียกว่า Centre d'Etude et de Conservation des Oeufs et du sperme หรือ CECOS มีวัตถุประสงค์ในการเป็นเครือข่ายในการรวบรวมเชื้ออสุจิในระดับชาติ

ปี ค.ศ.1978 มีการออกกฎหมายสาธารณสุข (Public Health Act 1987) ซึ่งกำหนดให้การบำบัดรักษาภาวะผู้มีบุตรยากถือเป็นการให้บริการสาธารณสุขขั้นพื้นฐานที่รัฐจะต้องเข้ามาจัดการให้สำหรับคู่สมรสที่มีบุตรยากจึงสามารถได้รับบริการการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อจากรัฐได้โดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย⁶⁶

⁶⁵ From “ S. 65E of Family Law Act 1975 Amended by Family Law Reform Act(Cth.) , In deciding whether to make a particular parental order in relation to a child , a court must regard the best interests of the child as the paramount consideration.”

⁶⁶ From “France: Law Reform and Human Reproduction, in S.McLean (Ed.) Law Reform and Human Reproduction, Dartmouth, Aldershot, by Byk, C, 1992, pp. 131-169.

ต่อมารัฐบาลฝรั่งเศสได้แต่งตั้งคณะกรรมการที่มีชื่อว่า National Ethical Committee for Life Sciences and Health เพื่อทำการวิเคราะห์ปัญหาด้านจริยธรรมเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ต่อรัฐบาล เนื่องจากมีการนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาใช้สำหรับการรับตั้งครรภ์แทน และมีกรณีที่หญิงหม้ายคนหนึ่งได้แสดงความจำนงต่อ CECOS โดยขอให้นำเข้าเชื้ออสุจิของสามีเธอที่เสียชีวิตแล้วมาใช้ในการผสมเทียม

1.2) สาระสำคัญของกฎหมาย

สำหรับประเด็นเรื่องการตั้งครรภ์แทนนั้น คณะกรรมการมีความเห็นว่าการตั้งครรภ์แทนเปรียบเสมือนการซื้อขายเด็ก เป็นการกระทำที่ขัดกฎหมาย สัญญาตั้งครรภ์แทนก็เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมายการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ดังนั้น แพทย์หรือคนกลางที่ช่วยจัดให้มีการตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้น จะต้องมีความผิดอาญาฐานยุ่งให้หญิงละทิ้งเด็กนั้น รัฐบาลฝรั่งเศสจึงได้ตัดสินใจดำเนินคดีกับองค์กรเอกชนที่จัดหาหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนให้แก่คู่สมรสผู้มีบุตรยากโดยถือว่าการดำเนินการตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากฝ่าฝืนหลักการที่ห้ามมิให้มีการซื้อขายร่างกายมนุษย์และขัดต่อกฎหมายว่าด้วยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม สำหรับกรณีที่องค์กรเอกชนจัดให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยไม่มีประโยชน์ทางการค้าและคนกลางเข้ามาเกี่ยวข้องไม่เป็นการกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมาย

2) หลักกฎหมายแพ่ง (The Civil Code)

2.1) หลักการและกฎเกณฑ์ของกฎหมาย

ประมวลกฎหมายฝรั่งเศสมีการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎหมายเลขที่ 94-653, 29 กรกฎาคม 1994⁶⁷ มีการวางหลักกฎหมายไว้โดยชัดเจนสำหรับการรับรองความสำคัญของร่างกายและส่วนประกอบของร่างกายมนุษย์ที่จะล่วงละเมิดไม่ได้ตามมาตรา 16 ถึงมาตรา 16-9 ในบรรพ 1 ดังนี้⁶⁸

2.2) สาระสำคัญของกฎหมาย

มาตรา 16 กฎหมายรับรองความสำคัญสูงสุดของบุคคล ห้ามละเมิดต่อศักดิ์ศรีของบุคคล และกฎหมายรับประกันการให้ความเคารพต่อมนุษย์ตั้งแต่เริ่มมีชีวิต

⁶⁷ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสให้หลักการของกฎหมายเลขที่ 94-653 ที่จะประกาศใช้ในวันที่ 29 กรกฎาคม 1994 ไม่ขัดต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ยืนยันหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ อ้างจาก Recueil Dalloz Sivey 1995, p. 237-238. และหมายเหตุคำวินิจฉัยของ Bertrad Mathieu, pp. 238-241.

⁶⁸ From “Code Civil 2004, Lite Group Lexis Nexis, Editions du Juris-Clarsseur, Paris” แปลโดย ร.ศ. ดาราพร ธีระวัฒน์

มาตรา 16-1 บุคคลแต่ละคนมีสิทธิได้รับความเคารพต่อร่างกายของตน ร่างกายของมนุษย์ไม่อาจถูกล่วงละเมิดได้

ร่างกายของมนุษย์ ส่วนประกอบต่างๆของมนุษย์ และผลผลิตของร่างกายไม่สามารถเป็นวัตถุแห่งสิทธิในทางทรัพย์สินได้

มาตรา 16-2 ศาลมีอำนาจกำหนดมาตรการที่พึงประสงค์ที่เหมาะสมเพื่อห้ามหรือให้หยุดการกระทำการล่วงละเมิดที่ผิดกฎหมายต่อร่างกายมนุษย์หรือการกระทำที่ผิดกฎหมายต่อส่วนประกอบต่างๆหรือต่อผลผลิตของร่างกายมนุษย์ได้

มาตรา 16-3 ไม่มีใครได้ทำอะไรต่อร่างกายมนุษย์ได้ นอกจากการรักษาทางการแพทย์ที่จำเป็นแก่บุคคลนั้นเท่านั้น

มาตรา 16-4 ห้ามผู้ใดกระทำการที่กระทบต่อลักษณะทางพันธุกรรมมนุษย์ การกระทำใดๆที่มุ่งจัดตั้งให้มีการคัดเลือกทางพันธุกรรมของมนุษย์เป็นสิ่งต้องห้าม

โดยไม่เป็นการเสื่อมเสียต่อการค้นคว้าวิจัยที่มุ่งป้องกันหรือบำบัดโรคที่ถ่ายทอดทางพันธุกรรม การเปลี่ยนแปลงต่อลักษณะทางพันธุกรรมที่มีเป้าหมายที่จะแก้ไขการสืบสายโลหิตของบุคคลจะกระทำมิได้

มาตรา 16-5 ข้อตกลงใดที่มีผลเป็นการให้คุณค่าทางทรัพย์สินแก่ร่างกายมนุษย์แก่ส่วนประกอบต่างๆหรือผลผลิตของร่างกายแล้ว ข้อตกลงนั้นเป็นโมฆะ

มาตรา 16-6 การจ่ายค่าตอบแทนใดๆให้กับบุคคลที่อนุญาตให้ทำการทดลองในร่างกายของตน การนำส่วนประกอบต่างๆของร่างกายออกมา หรือให้เก็บผลผลิตของตนไม่อาจกระทำได้

มาตรา 16-7 ข้อตกลงใดๆว่าด้วยการให้กำเนิด หรือการตั้งครรภ์สำหรับบุคคลอื่นเป็นโมฆะ

มาตรา 16-8 ข้อมูลใดๆที่เป็นการบ่งชี้ตัวบุคคลผู้บริจาคส่วนประกอบหรือผลผลิตของร่างกาย และข้อมูลที่เป็นการบ่งชี้ตัวบุคคลผู้รับบริจาคไม่อาจถูกนำไปเผยแพร่ได้ ผู้บริจาคไม่สามารถล่วงรู้ถึงตัวบุคคลของผู้รับบริจาค และผู้รับบริจาคก็ไม่สามารถล่วงรู้ถึงตัวบุคคลของผู้บริจาคเช่นกัน

ในกรณีการรักษาที่จำเป็น เฉพาะแพทย์ผู้บริจาคและผู้รับบริจาคเท่านั้นที่สามารถเข้าถึงข้อมูลที่บ่งชี้ตัวบุคคลดังกล่าวได้

มาตรา 16-9 บทบัญญัติในหมวดนี้เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าประเทศฝรั่งเศสมีข้อห้ามอย่างชัดเจนเรื่องการซื้อขายตัวอ่อนแม้จะไม่ห้ามการบริจาคเซลล์สืบพันธุ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาตรา 16-1 บัญญัติให้บุคคลแต่ละคนมีสิทธิได้รับความเคารพต่อร่างกายของตน ร่างกายของมนุษย์ไม่อาจถูกดั่งละเมิดได้ ร่างกายของมนุษย์ ส่วนประกอบต่างๆของมนุษย์ และผลผลิตของร่างกายไม่สามารถเป็นวัตถุแห่งสิทธิในทางทรัพย์สินได้และตามมาตรา 16-7 บัญญัติไว้ให้ข้อตกลงใดๆหรือการตั้งครรภ์แทนตกเป็นโมฆะเพราะถือเป็นการละเมิดต่อความสำคัญต่อร่างกายมนุษย์โดยการพิพากษาของศาลฝรั่งเศสมิให้การรับตั้งครรภ์แทนมีผลใดๆตามกฎหมาย⁶⁹

สำหรับการจัดการตัวอ่อนที่เหลือจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กฎหมายฝรั่งเศสเกี่ยวกับ Law of Bioethics of 1994⁷⁰ ก่อนที่กฎหมายนี้จะใช้บังคับ มีการอนุญาตให้ทำลายตัวอ่อนที่จัดเก็บตัวอ่อนไว้ยาวนานเกินกว่า 5 ปี โดยมีเงื่อนไขคือตัวอ่อนนั้นจะต้องไม่ถูกนำไปใช้เพื่อคู่สมรสอื่นอีกต่อไป หลังจากปี 1994 ก็ไม่สามารถนำไปทำลายได้ตามกฎหมายนี้ ต่อมาในปี 1997 มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายโดยวางข้อจำกัดเรื่องการศึกษาวิจัยตัวอ่อนที่เข้มงวดต้องไม่เป็นอันตรายต่อตัวอ่อนที่ทำการทดลองดังนั้น ในทางปฏิบัติตัวอ่อนที่เหลือจึงยังคงถูกเก็บรักษาอยู่ตลอดไป อย่างไรก็ตามกฎหมายไม่ได้ครอบคลุมถึงกรณีที่ได้จากการรับบริจาค⁷¹

ในเรื่องประเด็นสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นไปตามหลักกฎหมายแพ่งโดยถือหลักที่ว่า หญิงที่ให้กำเนิดบุตรเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น⁷²

⁶⁹ From “Droit civil, tomez, la famille”, edition Themis, PUF, 1993, by Jean Carbonnier N 256.

⁷⁰ From “Law no 94-653 of 29 July 1994 concerning respect for human body. JO Repub. Fr. 30 Juillet 1994, 11056-59, and Law no 94-654 of 29 July 1994 concerning donors and use of products and elements of the human body, medically assisted reproduction, and prenatal diagnosis. JO Repub. Fr. 30 Juillet 1994, 11056-68,

⁷¹ From “Developments In The Storage Of Embryos in France And The Limit Of The Laws Of Bioethics”, Medicine and Law, 2002, by Gregoire Moutel, Edna Gregg, Jean Paul Meninggaud, Christian Herve.

⁷² From “Article 341 of the Civil Code.

และชายผู้เป็นสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้นก็จะเป็นบิดาตามกฎหมายของเด็กนั้น อย่างไรก็ตามอย่างไรก็ตามสามารถที่จะพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานนี้ได้⁷³

ดังนั้น หากมีการตั้งครรภ์แทนด้วยการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้ออสุจิของชายที่ว่าจ้างเข้าไปในมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หญิงนั้นก็จะเป็นมารดาของเด็ก และชายที่ว่าจ้างให้ตั้งครรภ์แทนนั้นก็ได้รับการจัดแจ้งว่าเป็นบิดาของเด็กนั้น ส่วนคู่สมรสของชายนั้นก็จะต้องรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมต่อไป โดยต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อน

2.4.2.2 ประเทศเยอรมนี

1) กฎหมายรับบุตรบุญธรรม (Adoptionsvermittlungsgesetz 1989)

1.1) หลักการและกฎเกณฑ์ของกฎหมาย

เนื่องจากประเทศเยอรมนีนั้นถือว่าเป็นประเทศที่มีกฎหมายควบคุมเกี่ยวกับการผสมเทียมและศึกษาวิจัยตัวอย่างเข้มงวดที่สุดประเทศหนึ่งในโลก จึงมีการห้ามมิให้นำเอาไข่ของหญิงอื่นมาฝังตัวในผนังมดลูกของหญิงที่เข้ารับการรักษาภาวะมีบุตรยาก และถ้าหากมีการฝ่าฝืนก็จะเป็นความผิดทางอาญา⁷⁴ นอกจากนี้การศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์ของประเทศเยอรมนียังพบว่าในช่วงสงครามโลกฮิตเลอร์ซึ่งเป็นผู้นำประเทศในสมัยนั้นมีแนวคิดที่จะสร้างเด็กที่มีความฉลาดขึ้นมาเป็นสายพันธุ์ใหม่ของชาวเยอรมัน ทำให้มีผู้หญิงเป็นจำนวนมากเสนอตัวเข้ามารับตั้งครรภ์แทน โดยการใช้เชื้อพันธุ์ของชายที่มีความฉลาดเพื่อให้เกิดเด็กที่มีสายพันธุ์ที่ดีเลิศ โดยแลกเปลี่ยนกับค่าตอบแทน จึงทำให้พิจารณาได้ว่าการดำเนินการให้หญิงคนหนึ่งตั้งครรภ์แทนหญิงอื่นนั้นมีลักษณะเช่นเดียวกับการค้ามนุษย์ ด้วยเหตุผลดังกล่าวประเทศเยอรมนีจึงมีแนวคิดในการกำหนดห้ามการตั้งครรภ์ลักษณะที่ไม่ได้เป็นไปตามธรรมชาติไว้อย่างเคร่งครัด

เนื่องจากประเทศเยอรมันไม่มีบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนโดยตรง ดังนั้นความเป็นบิดามารดาของเด็กและอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนจึงยังไม่มีกฎหมายเฉพาะในการคุ้มครองเด็กจึงใช้หลักกฎหมายทั่วไปและกฎหมายใกล้เคียงมาใช้บังคับโดยอนุโลม

⁷³ From “Article 314 of the Civil Code

⁷⁴ From “So You’re Having Another Woman’s Baby: Economics and Exploitation in Gestation Surrogacy, 1999, 32

ต่อมารัฐบาลเยอรมันจึงได้ออกกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนระหว่างปี ค.ศ.1989 ถึง 1990 เป็นกฎหมายที่ว่าด้วยคนกลางในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม(Adoptionsvermittlungsgesetz 1989)

1.2) สาระสำคัญของกฎหมายการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม

เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนฉบับแรกเกี่ยวกับคนกลางในการรับบุตรบุญธรรม โดยการห้ามมิให้มีการจัดหาหญิงที่ต้องการรับตั้งครรภ์แทนคู่สมรสที่จะมาว่าจ้างหรือการหาคู่สมรสที่ต้องการจะว่าจ้างให้แก่หญิงที่จะรับตั้งครรภ์แทนรวมทั้งการห้ามมิให้มีการโฆษณาเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนด้วย⁷⁵ จึงเป็นหลักกฎหมายที่ต้องการควบคุมการว่าจ้างตามสัญญาตั้งครรภ์แทนอย่างเข้มงวด โดยไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน โดยตรงเมื่อไม่มีกฎหมายมาใช้บังคับจึงจำเป็นต้องใช้หลักกฎหมายทั่วไปและกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิงมาใช้บังคับโดยอนุโลมในการกำหนดสถานภาพของเด็กและอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

2) กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองตัวอ่อน (Embryonenschutzgesetz 1990)

2.1) หลักการและกฎเกณฑ์ของกฎหมาย

เป็นหลักกฎหมายที่ต้องการควบคุมการควบคุมแพทย์ไม่ให้ใช้เทคนิคการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้ออสุจิหรือย้ายฝากตัวอ่อนให้แก่หญิงที่มีความประสงค์ที่จะส่งมอบที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้คู่สมรสที่ว่าจ้าง

2.2) สาระสำคัญของกฎหมาย

เนื่องจากเป็นกฎหมายที่ห้ามมิให้แพทย์ใช้เทคนิคการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้ออสุจิหรือย้ายฝากตัวอ่อนให้แก่หญิงที่มีความประสงค์ที่จะส่งมอบเด็กให้แก่คู่สมรสที่ว่าจ้างตามสัญญาตั้งครรภ์แทน การฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้จึงถือเป็นการกระทำความผิดทางอาญาซึ่งมีโทษทั้งการจำคุกและปรับตามกฎหมาย ดังนั้นการรับตั้งครรภ์แทนจึงเป็นสิ่งต้องห้ามตามกฎหมายฉบับนี้ อย่างไรก็ตามก็ยังมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อรองรับความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไว้แต่ประการใด

⁷⁵ From, "Surrogate Motherhood-The Legal Situation in Germany" by Kepper, V, and Bokelmann, 1989. Retrieved from <http://www.surrogacy.com/legals/article/geemany.htm>

2.4.2.3 ประเทศสาธารณรัฐอินเดีย

สำหรับประเทศอินเดียนั้นเรื่องสัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่ได้ถูกกำหนดไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์แต่อินเดียมีกฎหมายว่าด้วยเรื่องสัญญาได้แก่ The Indian Contract Act, 1872. ซึ่งเป็นหลักในการพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญา รวมถึงสัญญาจ้างให้ตั้งครรภ์ด้วย ในเวลาต่ออินเดียมีกฎหมายเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ได้แก่

1) Assisted Reproduction Technologies (Regulation) Bill 2010 (Draft Bill)⁷⁶

ประเทศอินเดียได้มีร่างกฎหมายว่าด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ หรือ ART Bill (Assisted Reproductive Technologies Bill) โดยเป็นญัตติเข้าสู่ที่ประชุมสภาซึ่งมีประเด็นสำคัญคือหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่สามารถเป็นผู้บริจาคไข่ให้ในเวลาเดียวกัน มีอายุ 21 ปีขึ้นไป การว่าจ้างต้องทำเป็นหนังสือสัญญา ชาวต่างชาติที่เข้ามาใช้บริการให้ตั้งครรภ์แทนจะต้องลงทะเบียนชื่อและความจำนงกับสถานทูตของตน ห้ามผู้หญิงตั้งครรภ์แทนผู้อื่นมากกว่า 3 ครั้ง คลินิกหรือแพทย์ที่ดำเนินการให้คนไข้ใช้การตั้งครรภ์แทนทั้งที่สามารถตั้งครรภ์ได้ตามปกติ จะถูกยึดหรือระงับใบอนุญาตทางวิชาชีพ กฎหมายดังกล่าวอนุญาตให้ตั้งครรภ์แทนได้โดยสมัครใจไม่หวังผลกำไรเท่านั้น และให้เฉพาะคู่สามีภรรยาชาวอินเดียที่สมรสกันมาอย่างน้อย 5 ปี และแพทย์วินิจฉัยแล้วว่าไม่สามารถมีบุตรได้ หญิงตั้งครรภ์แทนจะต้องเป็นญาติใกล้ชิดกันและตั้งครรภ์แทนได้เพียงครั้งเดียวเท่านั้น คู่ชายรักชาย คู่รักที่อยู่กินกันโดยไม่จดทะเบียนสมรส กฎหมายไม่อนุญาตให้ตั้งครรภ์แทน คนที่อยากมีบุตรมักจะเดินทางมาหาหญิงรับจ้างตั้งครรภ์แทนที่อินเดีย เป็นเพราะค่าใช้จ่ายในการตั้งครรภ์แทนในอินเดียไม่สูงนัก ต่อมารัฐบาลอินเดียเริ่มเข้มงวด สั่งให้คลินิกวางแผนครอบครัวหยุดให้บริการตั้งครรภ์แทนแก่คู่สมรสจากต่างประเทศ และได้ประกาศห้ามหญิงอินเดียรับจ้างตั้งครรภ์แทนให้แก่คู่สมรสต่างชาติ ทั้งยังสั่งห้ามคลินิกบริการตั้งครรภ์แทน รับลูกค้าที่เป็นชาวต่างชาติด้วย ซึ่งแต่เดิมนิเดียเป็นประเทศที่ยอมให้มีการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ได้ ดังนั้นอินเดียจึงกลายเป็นศูนย์กลางธุรกิจการตั้งครรภ์แทนขนาดใหญ่ที่คู่สมรสต่างชาติผู้ต้องการมีบุตรนิยมใช้บริการเนื่องจากราคาไม่สูงแล้วยังสามารถหาหญิงรับจ้างตั้งครรภ์แทนได้ง่าย นอกจากนี้อินเดียยังมีเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่ดีด้วย

⁷⁶ From "Despair over ban in India's surrogacy hub," 2015. Retrieved from <http://www.bbc.co.uk/news/world-asia-india-34876458>

ปัจจุบันหญิงรับจ้างตั้งครรภ์แทนชาวอินเดียส่วนใหญ่อาศัยอยู่ในเมืองอานันท์ โดยผู้หญิงเหล่านี้รับจ้างตั้งครรภ์ให้ชาวต่างชาติ ซึ่งรัฐบาลอินเดียต้องการระงับการดำเนินธุรกิจการตั้งครรภ์แทน เพราะเชื่อว่าเป็นธุรกิจที่หาประโยชน์จากกลุ่มผู้หญิงยากจนที่ไร้การศึกษา การที่รัฐบาลอินเดียประกาศห้ามการรับจ้างตั้งครรภ์แทนให้ชาวต่างชาตินั้นส่งผลกระทบต่อลูกค้าของคลินิกบริการตั้งครรภ์แทนลดลงอย่างมาก

เมื่อร่างกฎหมายว่าด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์เสร็จสมบูรณ์แล้วแต่ยังไม่ผ่านการรับรองจากรัฐสภาและยังไม่ชัดเจนว่าคู่สมรสชาวอินเดียจะได้รับอนุญาตให้ใช้บริการตั้งครรภ์แทนได้หรือไม่ รัฐบาลได้ตัดสินใจเรื่องการห้ามชาวต่างชาติใช้บริการนี้ ผู้เชี่ยวชาญระบุว่า ผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในการร่างกฎหมายดังกล่าว ซึ่งประกอบไปด้วย หน่วยงานรัฐต่างๆ, แพทย์ และกลุ่มพิทักษ์สิทธิสตรีต่างรู้สึกว่าการตั้งครรภ์แทนควรจำกัดให้เฉพาะคู่สมรสชาวอินเดียและควรเป็นหนทางสุดท้ายที่ช่วยให้มีบุตรเท่านั้น ร่างกฎหมายใหม่ห้ามตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์โดยร่างกฎหมายดังกล่าวได้รับความเห็นชอบจากรัฐบาล ซึ่งจะกำหนดให้ผู้ที่ไม่ได้ถือพาสปอร์ตของประเทศอินเดีย พ่อแม่เลี้ยงเดี่ยว, ผู้ที่อยากมีบุตรแต่ไม่ได้สมรส และรักเพศเดียวกันไม่มีสิทธิ์ในการทำการตั้งครรภ์แทน หรือว่าจ้างให้หญิงรับจ้างตั้งครรภ์แทน ส่วนคู่แต่งงานมากกว่า 5 ปีขึ้นไป และมีบุตรยาก รวมทั้งบุคคลที่สามารถจะได้นั้น ต้องมีความสัมพันธ์ทางเครือญาติเท่านั้น

2) The Surrogacy (Regulation) Bill, 2016⁷⁷

ปัจจุบันประเทศอินเดียได้ออกกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนที่เป็นเชิงพาณิชย์ในปี พ.ศ. 2559 คือ Surrogacy (Regulation) Bill, 2016, ออกโดยสภา Union Health Minister J P Nadda, เป็นหลักกฎหมายที่ห้ามการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ ห้ามหญิงรับจ้างตั้งครรภ์แทน สำหรับคนโสดและชาวต่างชาติก็ห้ามเช่นกัน เฉพาะญาติทางสายเลือดที่มีอายุ 25 ถึง 35 ปีเท่านั้นจึงเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนได้ และจะต้องแต่งงานแล้วมีบุตรหนึ่งคน ห้ามการขายไข่แต่จะอนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนก็แต่เฉพาะการรักษาผู้มีปัญหาเรื่องการมีบุตรยากเท่านั้น ห้ามให้ผลประโยชน์เป็นเงินแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

⁷⁷ Surrogacy is an arrangement whereby an intending couple commissions a surrogate mother to carry their child.

หลังจากออกกฎหมายนี้ มีแพทย์ 95 เปอร์เซนต์หยุดการให้บริการตั้งครรภ์แทนแก่คนโสด ที่อยากมีบุตรนอกจากนี้สภาวิจัยการแพทย์อินเดีย ยังได้ออกระเบียบไว้เป็นวางแนวทางสำหรับการตั้งครรภ์แทนเป็นหลักปฏิบัติด้วย

ประวัติความเป็นมาจากกรณีการรับจ้างตั้งครรภ์แทนในอินเดียได้มีประเด็นทางข้อกฎหมาย และจริยธรรม ใน 2 กรณีดังนี้⁷⁸

กรณีของเนียร์มาลา เทวี เป็นผู้หญิงชาวปัญจาบที่รับจ้างตั้งครรภ์แทนให้กับนายจ้างเพื่อหาเงินมารักษาสามีที่พิการ แต่มีเสียงวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก แต่อย่างไรก็ตามมีผลทำให้สังคมยอมรับการจ้างตั้งครรภ์แทนได้ จนปี พ.ศ. 2545 กฎหมายอินเดียอนุญาตให้ผู้หญิงทั้งที่แต่งงานแล้วและหญิงที่ยังไม่แต่งงาน สามารถตั้งครรภ์แทนผู้อื่นได้โดยการรับจ้างตั้งครรภ์แทนหรือไม่ก็ตามและกรณีที่หญิงอินเดียที่ตั้งท้องแทนลูกสาวตนเอง ซึ่งไปตั้งรกรากอยู่ที่อังกฤษและให้กำเนิดหลานแฝด ในปี พ.ศ. 2547

จากกรณีทั้งสองดังกล่าวข้างต้น ประกอบกับการท่องเที่ยวทางการแพทย์มีมากขึ้นในอินเดีย ตลอดช่วง 4-5 ปีที่ผ่านมา ทำให้คู่แต่งงานชาวต่างชาติที่มีบุตรยากหรือไม่สามารถมีบุตรได้เดินทางมารับการรักษาการมีบุตรยากในอินเดียโดยเดินทางมาจาก อังกฤษ ยุโรป อเมริกา ออสเตรเลีย ญี่ปุ่น เกาหลี รวมถึงชาวอินเดียเองด้วยซึ่งแต่เดิมนั้นบริการส่วนใหญ่เป็นการทำปฏิสนธิในหลอดแก้ว (In Vitro Fertilization หรือ IVF) ทั้งแบบที่ใช้ไข่และสเปิร์มของพ่อแม่ และแบบที่ใช้ไข่หรือสเปิร์มจากผู้บริจาค โดยฝ่ายหญิงจะเป็นผู้ตั้งครรภ์เอง จนเมื่อล้มเหลวหลายครั้งเข้าหรือกรณีที่ฝ่ายหญิงมีปัญหาที่มดลูก แพทย์จึงจะแนะนำให้ใช้การตั้งครรภ์แทน แต่ปัจจุบันแพทย์จำนวนไม่น้อย จะแนะนำให้เลือกการตั้งครรภ์แทนตั้งแต่ต้น

เนื่องจากความเชี่ยวชาญของแพทย์ที่ประเทศอินเดียในเรื่องเกี่ยวกับวิทยาการด้านการเจริญพันธุ์ และปัจจัยสำคัญที่ทำให้การตั้งครรภ์แทนมีมากขึ้น เป็นเพราะค่าใช้จ่ายที่ถูกลงกว่า และมีบริการจัดหาผู้รับตั้งครรภ์แทนที่สะดวก โอกาสวางไข่ผสมแล้วในครรภ์ของหญิงผู้รับได้ถึง 5 ใบ ซึ่งเปอร์เซนต์ความสำเร็จย่อม สูงกว่า 2 ใบที่เป็นมาตรฐานในอังกฤษและยุโรปซึ่งแต่เดิมนิเดีย ยังไม่มีกฎหมายเฉพาะสำหรับคุ้มครองการตั้งครรภ์แทน

⁷⁸ จาก “ธุรกิจอุ้มบุญกับกฎหมายใหม่ของอินเดีย”, 2551. สืบค้นจาก

เมื่อเปรียบเทียบเรื่องค่าใช้จ่ายในการตั้งครุภัณฑ์แทนในสหรัฐอเมริกา อังกฤษ และ ออสเตรเลีย อยู่ระหว่าง 55,000-65,000 เหรียญสหรัฐ หรือประมาณ 2.5 ล้านบาท ขณะที่ค่าใช้จ่ายใน อินเดียอาจอยู่ระหว่าง 5 แสน ถึง 1 ล้านบาท จะเห็นได้ว่าที่ประเทศอินเดียมีค่าใช้จ่ายที่ถูกกว่ามาก

สำหรับผู้หญิงอินเดียที่รับจ้างตั้งครุภัณฑ์นั้น จะต้องมิบุตรของตนเองก่อนแล้ว เพื่อป้องกัน ปัญหาความผูกพันทางใจต่อเด็กในครุภัณฑ์ และมีประสบการณ์ในการดูแลตนเอง ค่าตอบแทนที่ได้รับ มักอยู่ระหว่าง 1.5-6 แสนรูปี ผู้หญิงที่มารับจ้างตั้งครุภัณฑ์ส่วนใหญ่มีแรงจูงใจทางการเงินเป็น สำคัญ โดยหวังจะเก็บเงินไว้ปลูกบ้านใหม่ ให้สามีทำทุนเปิดธุรกิจ เป็นทุนการศึกษาให้ลูก เป็นค่า สิ้นสุดสำหรับแต่งงานลูกสาวเป็นต้น



บทที่ 3

หลักกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวกับการตั้งครรรภ์แทน

3.1 หลักกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวกับการตั้งครรรภ์แทน

พิจารณาจากหลักเกณฑ์ตามระบบกฎหมายดังต่อไปนี้

3.1.1 หลักกฎหมายการตั้งครรรภ์แทนในประเทศระบบ Common law

หลักกฎหมายมีประเด็นสำคัญดังนี้

3.1.1.1 การห้ามการรับตั้งครรรภ์แทนเพื่อวัตถุประสงค์ในเชิงพาณิชย์

สำหรับประเทศอังกฤษ

ตาม Surrogacy Arrangement Act 1985 กล่าวโดยสรุปหลักกฎหมายได้คือ การตั้งครรรภ์แทนจะเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย⁷⁹ ก็ต่อเมื่อมีการติดต่อ จัดหา หรือเข้าร่วมในการเจรจาต่อรองสัญญาตั้งครรรภ์แทนในทางการค้าตลอดจนการรวบรวมข้อมูลข่าวสารเพื่อใช้ในการตั้งครรรภ์แทน หรือเพื่อหาคู่สมรสที่ต้องการว่าจ้างให้มีการตั้งครรรภ์แทน และไม่ว่าจะเป็นเป็นการกระทำในเชิงพาณิชย์หรือไม่ ก็เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย และมีโทษทางอาญาเช่นกัน และยังกำหนดความผิดแก่บุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องกับการโฆษณาด้วย เช่น เจ้าของ บรรณาธิการ ผู้พิมพ์โฆษณาหนังสือพิมพ์หรือสิ่งพิมพ์อื่นที่มีการโฆษณานั้น รวมถึงผู้แจกจ่ายหรือกระจายข้อความโฆษณานั้นทางสื่ออื่นๆ อีกด้วย⁸⁰ นอกจากนี้ ถ้าหากเป็นกรณีของการจ่ายเงินหรือผลประโยชน์แก่หญิงผู้รับตั้งครรรภ์แทน แม้จะมีลักษณะในเชิงพาณิชย์ ชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรรภ์แทนและหญิงผู้รับตั้งครรรภ์แทนจะไม่มีผิดตามกฎหมาย เพื่อมิให้เกิดที่เกิมาต้องมิมลทินจากการกระทำที่ผิดกฎหมาย จากกฎหมายฉบับดังกล่าวจะเห็นได้ว่า กฎหมายห้ามเฉพาะคนกลางที่แสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เท่านั้น แต่มิได้ห้ามคนกลางที่ดำเนินการให้คำปรึกษาหรือจัดหาหญิงเพื่อรับตั้งครรรภ์แทน โดยมีได้มุ่งทางการค้าหรือหากำไร

⁷⁹ From “The Surrogacy Arrangement Act 1985.

⁸⁰ From “The Surrogacy Arrangement Act 1985.

ส่วนใน Human Fertilization and Embryology Act 1990 กำหนดเงื่อนไขในกรณีที่ชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนจะยื่นคำร้องขอต่อศาล ให้มีคำสั่งว่าเด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตนได้ จะต้องปรากฏว่าไม่มีการชำระค่าตอบแทนที่นอกจากค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นตามสมควรในการตั้งครรภ์ เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากศาล

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกายังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนในระดับรัฐบาลกลาง (Federal Law) ดังนั้น จึงเป็นเรื่องที่แต่ละรัฐจะต้องพิจารณาหลักเกณฑ์กฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนไว้เป็นอย่างไรบ้างซึ่งมลรัฐส่วนใหญ่ไม่มีกฎหมายห้าม โฆษณาเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน และไม่ห้ามการจัดให้มีการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ แต่ในบางมลรัฐกำหนดโทษทางอาญาไว้สำหรับการกระทำหรือการเข้าทำสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ ไม่ว่าจะเป็นชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทน ผู้จัดให้มีการรับตั้งครรภ์แทน หรือแพทย์ก็ตาม เช่น มลรัฐมิชิแกน ยูทาห์ วอชิงตัน นิวเจอร์ซีย์ แคนซัส และคิสทริก ออฟโคลัมเบีย ซึ่งอัตราโทษของแต่ละมลรัฐก็จะมีควมหนักเบาแตกต่างกันออกไปตัวอย่างเช่นมลรัฐมิชิแกนเป็นมลรัฐที่มีกฎหมายห้ามการรับตั้งครรภ์แทนที่เข้มงวดที่สุดโดยห้ามมิให้บุคคลทุกฝ่ายไม่ว่าจะเป็นบุคคลที่ประสงค์จะเป็นคู่สัญญาในสัญญาตั้งครรภ์แทน หรือ คนกลางเข้าทำสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์เชิงพาณิชย์ นอกจากนี้ในบางมลรัฐยังกำหนดห้ามมิให้มีการจ่ายค่าตอบแทนที่นอกเหนือไปจากค่ารักษาพยาบาลทางการแพทย์ที่จำเป็นเท่านั้น เช่น มลรัฐนิวแฮมป์เชอร์ เวอร์จิเนีย ฟลอริดา อิลลินอยส์ และเนวาดา โดยมลรัฐเหล่านี้ได้บัญญัติรับรองว่าสัญญาตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมายและสามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้ ในมลรัฐเนวาดา กำหนดให้การให้หรือเสนอให้เงินหรือผลประโยชน์อื่นใดนอกเหนือจากค่ารักษาทางการแพทย์ และค่าใช้จ่ายที่จำเป็นในการดำรงชีวิตให้แก่หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

สำหรับประเทศออสเตรเลีย

สำหรับประเทศออสเตรเลีย ในรัฐควีนสแลนด์ ถือว่าการตั้งครรภ์แทนและการดำเนินการจัดให้มีการตั้งครรภ์แทนเป็นความผิดอาญา ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นไปเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์หรือไม่ และกฎหมายจะลงโทษทั้งกรณีที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นในรัฐนี้ และกรณีที่ผู้กระทำผิดอาศัยอยู่ในรัฐนี้ด้วย ส่วนในรัฐวิกตอเรีย รัฐทาสมาเนีย และรัฐออสเตรเลียตะวันตก เทอริทอรี

รี กำหนดห้ามเฉพาะการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์เท่านั้น นอกจากนี้ในรัฐออสเตรเลีย แคนบีตอล เทอริทอรี ยังมีบทบัญญัติโดยชัดแจ้งอนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนที่ไม่ได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ แต่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่นได้ (Altruistic Surrogacy)⁸¹ ทำนองเดียวกันกับในรัฐเซาท์ออสเตรเลีย ที่การตั้งครรภ์แทนไม่มีโทษทางอาญา ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า กฎหมายของประเทศออสเตรเลีย โดยส่วนใหญ่จะกำหนดห้ามการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ และไม่ส่งเสริมให้มีการตั้งครรภ์แทน แม้จะไม่มีผลประโยชน์เข้ามาเกี่ยวข้องก็ตาม

3.1.1.2 การกำหนดสถานภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

สำหรับประเทศอังกฤษ

ตามกฎหมายประเทศอังกฤษ สถานภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนับเป็นเรื่องที่สำคัญมาก เพราะสิทธิต่างๆภายในครอบครัวตามที่กฎหมายกำหนดไม่ว่าจะเป็นสิทธิที่จะได้รับการอุปการะเลี้ยงดูหรือสิทธิที่จะได้รับมรดกจะต้องเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น จะเห็นได้ว่า บุตรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมอยู่ในสถานภาพที่ด้อยกว่าบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย เดิมทีกฎหมายระบบ Common Law พิจารณาสถานภาพทางกฎหมายของเด็กจากสถานภาพทางสมรสระหว่างสามีและภริยาเป็นสำคัญ⁸² เด็กที่เกิดมาจะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ดังนั้นถ้าพิจารณาจากหลักการนี้ เด็กที่เกิดจากการสมรสที่เป็นโมฆะหรือการสมรสที่เป็นโมฆิยะแล้วมีการบอกล้างก็จะเป็นเด็กที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้ต่อมาบิดามารดาจะได้สมรสกัน โดยถูกต้องก็ตาม

ต่อมาหลักการข้างต้นดังกล่าวได้มีการเปลี่ยนแปลงโดยถือว่าเด็กที่เกิดจากการสมรสที่เป็นโมฆะหรือโมฆิยะจะเป็นเด็กที่ชอบด้วยกฎหมาย ถ้าต่อมาบิดามารดาจะได้สมรสกัน⁸³ ในที่สุดสถานภาพของเด็กที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ถูกยกเลิกไปทำให้สิทธิของเด็กที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีเพิ่ม

⁸¹ From “For Love or Money: The Legal Regulation of Surrogate Motherhood”, by Anita Stuhmcke, Volume 3, Number 1 (May 1996), Copyright by School of Law, University of Western Sydney.

⁸² From “Legal regulation of human reproduction in Great Britain,” In S. A. M. McLean (Ed.), Law reform and human reproduction (Medico-legal series). London, Powered by Pure, Scopus & Elsevier Fingerprint Engine™ © 2019 Elsevier B.V.,” by Norrie, k, United Kingdom.

⁸³ From “New Reproductive Techniques: A legal Perspective,” by Cusine and Darmouth.

มากขึ้น สิทธิของเด็กทุกคนจึงเท่าเทียมกัน ไม่ว่าจะเกิดจากครอบครัวที่บิดามารดาสมรสกัน โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน โดยมีหญิงอื่นเป็นผู้ตั้งครรภ์และคลอด ทำให้สถานภาพทางกฎหมายมีความคลุมเครือไม่ชัดเจนตามหลักกฎหมายระบบ Common Law ดังกล่าวข้างต้น ต่อมาจึงได้มีการแก้ไขกฎหมายหลายฉบับเพื่อกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดด้วยกระบวนการนี้ให้ชัดเจนยิ่งขึ้นดังต่อไปนี้

สำหรับความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นแต่เดิมที่เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ยังไม่เจริญก้าวหน้า มารดาผู้ให้กำเนิดทารกกับทารกที่เกิดมาย่อมมีความสัมพันธ์กันทั้งทางสายเลือดและทางพันธุกรรม โดยหลักกฎหมายระบบ Common Law เพียงกว้างๆว่า การตั้งครรภ์ย่อมเป็นการบังชี้อถึงความเป็นมารดาของบุตร เช่นตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการจดทะเบียนการเกิดและการตาย (Births and Deaths Registration Act 1953 and Registration of Births and Marriage Act 1965) โดยมีหลักว่าหญิงที่ให้กำเนิดบุตรมีหน้าที่จะต้องแจ้งจดทะเบียนการเกิดของเด็กนั้นว่าเป็นบุตรของตน⁸⁴

แม้ว่าจะมีความเจริญก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยีทางการแพทย์มากขึ้น หลักการทางกฎหมายดังกล่าวของประเทศอังกฤษยังคงเหมือนเดิม มิได้เปลี่ยนแปลงไปและได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมาย Human Fertilisation and Embryology Act 1990 , มาตรา 27 (1)⁸⁵ บัญญัติไว้ว่า หญิงซึ่งกำลังตั้งครรภ์หรือได้ตั้งครรภ์เด็กแล้วจากการนำตัวอ่อนหรือเชื้ออสุจิและไข่ไปใส่ไว้ในร่างกายย่อมถือว่าเป็นบุคคลเดียวเท่านั้นที่เป็นแม่ของเด็กนั้น

บทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้เป็นมีแนวความคิดที่ว่าหญิงที่ตั้งครรภ์ซึ่งเป็นผู้ที่สร้างกายเป็นเวลาถึง 9 เดือนในการตั้งครรภ์ย่อมมีสิทธิทางกฎหมายที่เหนือกว่าหญิงอื่นไม่ว่าจะเป็นหญิงผู้ซึ่งประสงค์จะเลี้ยงเด็กนั้นหรือซึ่งมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กนั้นก็ตาม จะเห็นได้ว่ากรณีการตั้งครรภ์แทน หากเกิดโดยการฉีดเชื้ออสุจิและไข่เข้าไปในร่างกายหรือมีการปฏิสนธิในอกร่างกายแล้วย้ายตัวอ่อนเข้าไปในร่างกาย ความเป็นมารดาของเด็กย่อมถือตามหลักกฎหมาย Human

⁸⁴ From "Part I Registration of Births.1 Particulars of births to be registered. Retrieved from <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/1-2/20>.

⁸⁵ From "Section 27 Meaning of "mother". Retrieved from <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/contents>

Fertilisation and Embryology Act 1990 แต่ถ้การรับตั้งครรภ์แทนเกิดจากการปฏิสนธิด้วยวิธีอื่นต้องนำหลักกฎหมายระบบ Common law มาปรับใช้

สรุปได้ว่ากฎหมายประเทศอังกฤษมีหลักเกณฑ์การพิจารณาความเป็นมารดาของบุตรจากการให้กำเนิดบุตรเท่านั้นแต่โดยผลของกฎหมายจะต้องพิจารณาเป็นกรณีไปดังได้กล่าวมาแล้ว ส่วนกรณีการตั้งครรภ์แทนนั้น มารดาผู้ให้กำเนิดบุตรซึ่งก็คือหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนย่อมถือว่าเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่ถือว่าหญิงที่ให้ตั้งครรภ์แทนจะเป็นมารดาตามกฎหมาย ทั้งที่มีการนำไข่ของหญิงนั้นมาใช้ในเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์หรือไม่ก็ตาม

สำหรับความเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ นับว่าเป็นประเด็นที่มีความสลับซับซ้อนและมีความอ่อนไหวมาก กฎหมายฉบับแรกของอังกฤษที่กำหนดความเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการฉีดเชื้อของผู้บริจาคได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยการปฏิรูปกฎหมายครอบครัว ตามมาตรา 27 (Family Law Reform Act 1987) มีหลักการที่ว่าถ้าสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ได้รับการผสมเทียมให้ความยินยอมในการฉีดเชื้อจากผู้บริจาค ชายนั้นย่อมเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตรที่เกิดมา โดยชายที่บริจาคเชื้ออสุจิย่อมไม่มีสิทธิหรือหน้าที่ใดๆ ต่อบุตรนั้น

เนื่องจากตามมาตรา 27 ของกฎหมายดังกล่าวข้างต้นใช้บังคับกับเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อของผู้บริจาคและใช้กับกรณีที่คู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ดังนั้นการที่กฎหมาย Human Fertilization and Embryology Act 1990 Section 28⁸⁶ ได้กำหนดหลักเกณฑ์เรื่องสถานะทางกฎหมายของความเป็นบิดามารดาของบุตรที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้ชัดเจนขึ้นและได้ยอมรับสถานะทางกฎหมายของบุตรที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์แม้บิดามารดาไม่ได้สมรสกันตามกฎหมายก็ตาม

ความเป็นบิดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 28 แห่งกฎหมาย Human Fertilization and Embryology Act 1990 หลักการนี้ครอบคลุมถึงกรณีการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายและโดยหญิงที่รับตั้งครรภ์ที่ไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายด้วย

⁸⁶ From “ Section 28 Meaning of “father” (1) This section applies in the case of a child who is being or has been carried by a woman as the result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs or her artificial insemination.”

กรณีที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย สามีของหญิงนั้นย่อมถือเป็นบิดาของบุตรที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน นอกจากจะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้ให้ความยินยอมในการตั้งครรภ์แทน⁸⁷ ก็จะไม่ถือว่าชายนั้นเป็นบิดาของบุตร โดยถือว่าเด็กนั้นเป็นบุตรที่ไม่มีบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย (Legally fatherless child)

ส่วนกรณีที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย พิจารณาจากการจัดการให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นเกิดขึ้นในสถานบริการที่ถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ ถ้าได้รับอนุญาตตามกฎหมาย ชายที่ว่าจ้างให้ตั้งครรภ์แทนจะมีเพียงสถานะผู้บริจาคเชื้ออสุจิเท่านั้น ไม่ถือว่าเป็นบิดาของเด็กตามกฎหมาย หากการจัดการให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้นไม่ได้เกิดในสถานบริการที่ไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย เช่น การที่หญิงฉีดเชื้ออสุจิของชายที่ว่าจ้างเข้าไปในโพรงมดลูกด้วยตนเอง หรือโดยการที่หญิงนั้นมีเพศสัมพันธ์กับชายที่ว่าจ้าง ชายที่เป็นเจ้าของอสุจินั้นย่อมเป็นบิดาของเด็กตามกฎหมาย ระบบ Common law เนื่องจากกฎหมาย Human Fertilization and Embryology Act ไม่ได้มีหลักเกณฑ์เปลี่ยนแปลงสถานะทางกฎหมายในกรณีเช่นนี้

การที่ได้นำหลักเกณฑ์นี้มาปรับใช้กับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนด้วยนั้นย่อมก่อให้เกิดผลดีเพราะเป็นการกำหนดหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กนั้นไว้โดยชัดเจน ดังนั้นถ้าเด็กที่เกิดมาด้วยความพิการทางร่างกายหรือสมองแล้วสามีภรรยาที่ให้ตั้งครรภ์แทนไม่ต้องการเด็กนั้นอีกต่อไป เด็กนั้นก็จะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและของสามีตามกฎหมายของหญิงนั้นถ้าได้ให้ความยินยอมไว้ ซึ่งไม่อาจจะปฏิเสธหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กนั้น

นอกจากนี้กฎหมายฉบับนี้ยังได้กำหนดเงื่อนไขในกรณีที่ชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนจะยื่นคำร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งว่าเด็กเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตนได้เด็กนั้นต้องมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับชายหรือหญิงที่ประสงค์จะให้ตั้งครรภ์แทนอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดหรือทั้งสองฝ่ายนั่นเอง

ส่วนความเป็นบิดามารดาตามคำสั่งศาล (Parental Order) นั้น ตามกฎหมาย Human Fertilization and Embryology Act หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ให้กำเนิดบุตรย่อมถือเป็นมารดาของบุตรที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น คู่สมรสฝ่ายชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนจะเป็นบิดามารดาตามกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้ต่อเมื่อได้มีการจดทะเบียนรับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรม

⁸⁷ โปรดดูภาคผนวก จ. “ Section 28 (2)

โดยอาศัยหลักเกณฑ์และวิธีการตามพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ค.ศ. 1976 ซึ่งมีขั้นตอนที่ยุ่งยากและใช้เวลานาน ในปัจจุบันกฎหมายจึงบัญญัติหลักการเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว โดยกำหนดให้คู่สมรสฝ่ายชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนมีสิทธิยื่นคำร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่งว่าเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตร โดยชอบด้วยกฎหมายของตนได้ (Parental Order) ภายใต้งบเงื่อนไขดังต่อไปนี้⁸⁸

- (1) เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นต้องมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสฝ่ายชายหรือหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือทั้งสองฝ่าย
- (2) คู่สมรสฝ่ายชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนต้องจดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมายและมีอายุไม่น้อยกว่า 18 ปี
- (3) หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนละสามีต้องให้ความยินยอม แต่ความยินยอมเช่นว่านี้จะเกิดขึ้นก่อนระยะเวลาหกสัปดาห์หลังจากการคลอดบุตร
- (4) ต้องไม่ปรากฏว่ามีการชำระค่าตอบแทนที่นอกเหนือไปจากค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นตามสมควรในการตั้งครรภ์ เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากศาล
- (5) เด็กนั้นต้องอาศัยอยู่กับคู่สมรสฝ่ายชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน ทั้งในขณะที่ยื่นคำร้องและขณะที่ศาลมีคำสั่งและคู่สมรสของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งทั้งสองฝ่ายต้องอาศัยอยู่ในสหราชอาณาจักร
- (6) ต้องยื่นคำร้องต่อศาลภายในหกเดือนนับแต่วันที่เด็กคลอด

แม้ว่าข้อเท็จจริงจะเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดทุกประการแล้ว แต่การที่ศาลจะมีคำสั่งให้คู่สมรสฝ่ายชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนตามคำสั่งศาลหรือไม่ ก็ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลซึ่งกฎหมายฉบับนี้ได้บัญญัติให้มีการออกระเบียบเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็ก ซึ่งกฎระเบียบที่ออกตามความในมาตรานี้ได้กำหนดให้ศาลมีอำนาจตั้งผู้แทนเฉพาะคดี (Guardians ad litem) ขึ้นเพื่อพิจารณาว่าคำร้องขอเป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายหรือไม่ และเมื่อพิจารณาตามหลักการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กนั้นแล้ว มีเหตุผลใดหรือไม่ที่ศาลไม่ควรออกคำสั่งอนุญาตตามคำขอ นั้น อีกทั้งถึงแม้ว่าศาลจะมีคำสั่งให้คู่สมรสฝ่ายชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการ

⁸⁸ From "Section 30 repealed (6.4.2010) by Human Fertilization and Embryology Act 2008 (c. 22), ss. 57(3), 68(2), Sch. 8 Pt. 1 (with s. 57(4)); S.I. 2010/987, art. 2(e) (with S.I. 2010/986, art. 3); and s. 30 in so far as it is still in force amended (N.I.) (31.10.2016) by Justice Act (Northern Ireland) 2015 (c. 9 (N.I.)) s. 106(2), Sch. 1 para. 98 (with Sch. 8 para. 1); S.R. 2016/387, art. 2(k) (with art. 3)

ตั้งครรภ์แทนนั้น แต่ในสูติบัตรของเด็กก็ยังคงต้องปรากฏชื่อของมารดาผู้ให้กำเนิดเด็กนั้นอยู่ หลักกฎหมายดังกล่าวไม่ได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์เดิมแต่อย่างใด และเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นยังมีสิทธิที่จะทราบสถานะของตนเองได้ เมื่อตนมีอายุครบ 18 ปีบริบูรณ์ อย่างไรก็ตาม ถ้าหากไม่เข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดหรือศาลไม่ได้มีคำสั่งอนุญาต ชายหญิงผู้ให้ตั้งครรภ์แทนก็ต้องไปใช้วิธีการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ตามพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. 1978 ซึ่งมีหลายขั้นตอนและใช้เวลานานกว่า

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา

ความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในประเทศอเมริกาเป็นปัญหาสำคัญที่จะนำไปสู่การพิจารณาของศาลมากที่สุดเรื่องหนึ่ง แต่เดิมหลักกฎหมายของทุกมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาใช้หลักเดียวกับประเทศอื่นในระบบ Common Laws กล่าวคือ หญิงผู้ให้กำเนิดบุตรเท่านั้นจึงถือเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของบุตรนั้นและถ้าหญิงนั้นมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายผู้เป็นสามีย่อมถือว่าเป็นบิดาของเด็กที่กำเนิดมา⁸⁹

ประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐฟลอริดา รับรองเฉพาะการตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธิออกร่างกาย (Gestational Surrogacy) เท่านั้น โดยรับรองการตั้งครรภ์แทนในทุกรูปแบบ เพียงแต่รูปแบบที่ชายหรือหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งมีความเกี่ยวข้องกับพันธุกรรมกับเด็ก ให้ถือว่าชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนเป็นบิดามารดาตามธรรมชาติของเด็ก และชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนสามารถยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้มีคำสั่งรับรองความเป็นบิดามารดาของตนได้ แต่ถ้าหากเป็นรูปแบบที่เด็กไม่มีความเกี่ยวข้องกับพันธุกรรมกับชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนเลย มีผลให้หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนสามารถถอนความยินยอมหรือบอกเลิกสัญญาได้ และกฎหมายกำหนดข้อสัญญามาตรฐานให้หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนตกลงจะกลับมาเป็นมารดา ส่วนรัฐอาคันซอร์ ได้กำหนดรับรองการตั้งครรภ์แทนในทุกรูปแบบโดยมีเงื่อนไขเพียงประการเดียว คือ ถ้าหากชายและหญิงจะเข้าเป็นคู่สัญญาฝ่ายผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนร่วมกัน ชายและหญิงนั้นจะต้องเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย เด็กที่เกิดมาจะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีและภรรยาจากการสมรส

⁸⁹ From "Determination of Legal Parentage in Egg Donation Egg Transplantation, and Gestation Surrogacy Arrangements, 1992, 26 Fam. L. Q. 275, 277.

ในมลรัฐเวอร์จิเนียกำหนดรับรองการตั้งครรภ์แทนกรณีที่คู่สมรสฝ่ายชายหรือหญิง ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องเป็นผู้บริจาคเชื้ออสุจิหรือไข่ที่จะนำมาใช้ปฏิสนธิ เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์แทน ส่วนในมลรัฐอิลลินอยส์ ได้กำหนดรับรองเฉพาะการตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธินอกร่างกาย ในรูปแบบซึ่งชายหรือหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนอย่างน้อยฝ่ายหนึ่งมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก ส่วนการตั้งครรภ์แทนโดยการฉีดเชื้อต้องไปปรับใช้กับกฎหมายรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม

สำหรับในมลรัฐเนวาดา ได้กำหนดรับรองการตั้งครรภ์แทนไว้เพียงรูปแบบเดียวเท่านั้นคือกรณีที่ใช้เชื้อพันธุของทั้งชายและหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน

สำหรับมลรัฐอิลลินอยส์ของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น กำหนดให้สัญญาตั้งครรภ์แทนต้องทำเป็นหนังสือ โดยลงลายมือชื่อของกลุ่มสัญญาครบถ้วน ก่อนที่ขั้นตอนทางการแพทย์จะเริ่มขึ้น โดยคู่สัญญามีอิสระในการตกลงกันในข้อสัญญาต่างๆ ได้ ส่วนในมลรัฐฟลอริดา กำหนดให้สัญญาตั้งครรภ์แทนโดยการปฏิสนธินอกร่างกายสามารถบังคับได้ต่อเมื่อในสัญญาตั้งครรภ์แทนมีข้อกำหนดดังต่อไปนี้คือ

- 1) ชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนตกลงให้หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียว ในการให้ความยินยอมในการรับบริการทางแพทย์ และการดำเนินการเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน
 - 2) หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนตกลงจะไปตรวจร่างกายและรับการผสมเทียมและจะปฏิบัติตามคำสั่งแพทย์
 - 3) หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนตกลงจะสละสิทธิความเป็นมารดาตั้งแต่คลอดเด็ก และ
 - 4) ชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนตกลงจะรับอำนาจปกครอง ความเป็นบิดามารดา และความรับผิดชอบเด็กทันทีที่เด็กคลอด โดยไม่คำนึงถึงความผิดปกติของเด็ก แต่ถ้าเป็นกรณีที่เด็กไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับชายหรือหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนเลย หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนตกลงที่จะกลับมามีสิทธิในความเป็นมารดาและจะรับผิดชอบเด็กที่เกิดมานั้น
- ทำนองเดียวกันกับในมลรัฐเนวาดา ที่กำหนดให้ชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน เมื่อสัญญาตั้งครรภ์แทน ได้กำหนดสิทธิของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย รวมทั้งความเป็นบิดามารดาของเด็ก อำนาจปกครองของเด็กกรณีที่สถานการณ์เปลี่ยนไป และภาระหน้าที่ของคู่สัญญา

3.1.1.3 การกำหนดอำนาจปกครองเด็กที่เกิดในกรณีมีข้อพิพาทจากการตั้งครรภ์แทน

สำหรับประเทศสหราชอาณาจักร (อังกฤษ)

ปัญหาเรื่องอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนมักเป็นปัญหาที่เกิดจากการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนซึ่งมักจะเกิดขึ้นเมื่อมีการคลอดบุตรแล้ว เช่นหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ยอมส่งมอบเด็กให้กับคู่สามีภริยาที่ว่าจ้างหรือกรณีที่ไม่ยอมให้ความยินยอมที่จะให้คู่สามีภริยานั้นจะรับเป็นบุตรบุญธรรมได้

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา

คดีที่เกี่ยวข้องกับการแย่งชิงอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนประเทศสหรัฐอเมริกา ได้แก่คดี *In re Baby M*⁹⁰ กล่าวคือเมื่อปี 1987 ในมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ (New Jersey) เป็นคดีเกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาและอำนาจปกครองของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนเป็นคดีแรก ข้อเท็จจริงในคดีนี้คู่สามีภริยาต้องการมีบุตร จึงอาศัยเทคโนโลยีทางการแพทย์ช่วยผสมอสุจิของสามีกับไข่ของหญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์ซึ่งเป็นหญิงมีสามีแล้วให้หญิงนั้นตั้งครรภ์แทนภริยาของตน โดยทำสัญญารับจ้างตั้งครรภ์กันไว้ แต่ต่อมาหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนอ้างสิทธิความเป็นมารดาของเด็กซึ่งมีเชื้อสายของตน ดังนั้นสามีผู้เป็นเจ้าของน้ำเชื้ออสุจิและภริยาในฐานะผู้ว่าจ้างฟ้องหญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นจำเลย ขอให้ศาลมีคำสั่งบังคับตามสัญญารับจ้างตั้งครรภ์แทน (Surrogate-parenting Agreement) ที่บุคคลทั้งสองทำไว้กับจำเลย รวมทั้งขอให้จำเลยคืนเด็กให้แก่โจทก์ทั้งสอง ขอให้สิทธิความเป็นบิดามารดาของจำเลยสิ้นสุดลง ห้ามจำเลยเข้าแทรกแซงรบกวนการใช้อำนาจปกครองเด็กของโจทก์ทั้งสอง และอนุญาตให้ภริยาผู้เป็นโจทก์จดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้ ศาลชั้นต้นของมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ (Superior Court of New Jersey, Chancery Division, Family Part, Bergen County) เห็นว่าสัญญารับจ้างตั้งครรภ์แทนมีผลใช้บังคับได้ สิทธิของคู่สัญญาในการทำสัญญาดังกล่าวได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา จำเลยซึ่งเป็นหญิงผู้รับจ้างตั้งครรภ์แทนผิดสัญญาที่ไม่ยอมส่งมอบเด็กให้แก่โจทก์ทั้งสองและไม่ยอมปฏิเสธหรือสละสิทธิความเป็นบิดามารดาของเด็ก (Parental rights) ศาลจึงพิพากษาให้โจทก์ทั้งสอง

⁹⁰ From "In Re Baby M", 525 A.2d 1128, 217 N.J. Super. 313 – CourtListener.com,

Mar 31, 1987 - In Re Baby" M", 525 A.2d 1128 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1987). ... Decided March 31, 1987. ... Mercein, 8 Paige Ch. 55 (Ch.N.Y. 1883). Retrieved from <https://www.courtlistener.com/opinion/2185670/in-re-baby-m>.

ชนะคดี อำนาจปกครองเด็กตกเป็นของโจทก์ทั้งสอง สิทธิความเป็นบิดามารดาของจำเลยสิ้นสุดลง ต่อมาจำเลยยื่นคัดค้านคำสั่งของศาลชั้นต้นดังกล่าวต่อศาลสูงมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ (Supreme Court of New Jersey) เพื่อขอให้ศาลวินิจฉัยว่าสัญญาจ้างตั้งครรภ์นั้นไม่มีผลใช้บังคับ ศาลสูงมีคำพิพากษาในปี 1988 ว่าการรับบุตรบุญธรรมของเอกชนซึ่งมีการจ่ายเงินให้นั้นเป็นสัญญาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและขัดต่อ นโยบายสาธารณะของรัฐ ดังนั้นสัญญาจ้างตั้งครรภ์แทนระหว่างโจทก์ทั้งสองและจำเลยจึงไม่อาจมีผลใช้บังคับได้ การทำให้สิทธิความเป็นบิดามารดาของโจทก์สิ้นสุดลงด้วยข้อสัญญาและคำสั่งของศาล ล่วงไม่สอดคล้องกับหลักการของกฎหมาย บุคคลใดไม่สามารถละทิ้งความเป็นบิดามารดาโดยชอบ ด้วยกฎหมายได้ด้วยข้อสัญญา การรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมของโจทก์ผู้เป็นภรรยาไม่มีผลบังคับได้ อย่างไรก็ดีตามศาลอนุญาโตให้โจทก์ผู้เป็นสามีเจ้าของน้ำเชื้อมีอำนาจอปกครองดูแลเด็ก ทั้งนี้โดยคำนึงถึง ประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The best interest of the child)

ในการพิจารณาคดีของศาลเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนในกรณีที่เกิดปัญหาการวินิจฉัยเรื่อง การแย่งชิงอำนาจอปกครองบุตร (Custody Battle) ศาลจะวินิจฉัยจากหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญซึ่งเป็นหลักการที่ใช้ในกฎหมายครอบครัวตามปกติ สำหรับบางมลรัฐของอเมริกา เช่น มิชิแกนและวอชิงตัน มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจอปกครองบุตร ที่เกิดจากสัญญาการรับตั้งครรภ์แทน โดยศาลก็จะนำหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กมาใช้ในการ วินิจฉัยปัญหาดังกล่าว แม้กระทั่งบางรัฐที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งศาลก็ยังคงมีการนำ หลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กไปใช้โดยอนุโลมเช่นกัน⁹¹

สำหรับประเทศออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลียนับได้ว่าการรับตั้งครรภ์แทนเป็นเวลานานพอสมควร แต่การ ฟ้องร้องคดีในศาลเพื่อแย่งชิงอำนาจอปกครองบุตรที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นครั้งแรกในปีค.ศ. 1997 เป็นคดี *Re Everyn*⁹² เป็นคดีเกี่ยวกับการโต้แย้งสิทธิ์ในอำนาจอปกครองเด็กหญิง Everyn ระหว่างครอบครัวที่ให้ตั้งครรภ์แทนและครอบครัวที่รับตั้งครรภ์แทน โดยครอบครัวที่ให้ตั้งครรภ์ แทนได้ยื่นฟ้องต่อศาลครอบครัวแห่งรัฐ South Australia ขอให้ศาลมีคำสั่ง ให้เด็กหญิง Everyn อยู่ในอำนาจอปกครองของครอบครัวตน ศาลโดยผู้พิพากษาจอร์แดน (Justice Jordan) กล่าวว่าสัญญา

⁹¹ From "Regulating Reproductive Technologies," by Andrews, L and Elster, N., 2000, *J. Legal Med.* 21(35), p.42.

⁹² From "Reflections on Australia's First Litigated surrogacy Case," by Otlowski, M, 1999, *Medical Law Review*, 38(7), pp.97-105.

รับตั้งครรรค์แทนเป็นโมฆะไม่มีผลใช้บังคับตามกฎหมายโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงเนื้อหาของสัญญา นั้น ส่วนปัญหาว่าฝ่ายใดสมควรมีอำนาจปกครองเด็ก ศาลพิจารณาในเบื้องต้นแล้วเห็นว่าครอบครัวทั้งสองฝ่ายต่างมีความสามารถในการเลี้ยงดูเด็กได้เป็นอย่างดี และศาลได้ให้ความเห็นว่าการพิจารณาจากเจตนาและความคาดหวังของครอบครัวทั้งสองที่มีส่วนร่วมกันให้เด็กกำเนิดมารวมทั้งพฤติกรรมแวดล้อมทั้งหมดที่เกี่ยวกับการกำเนิดของเด็กหญิง Evelyn สิ่งเหล่านี้ย่อมไม่อาจอยู่เหนือประโยชน์สูงสุดของเด็กได้

การที่ศาลได้นำหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กมาใช้ในการวินิจฉัยคดีดังกล่าว ทำให้ได้ข้อสรุปว่า ความสัมพันธ์ระหว่างเด็กหญิง Evelyn กับครอบครัวที่ให้ตั้งครรรค์แทนแม้จะเป็นไปด้วยดี แต่อย่างไรก็ตาม ในอนาคตเด็กหญิง Evelyn อาจจะต้องประสบกับปัญหาเกี่ยวกับสถานภาพของตน ดังนั้นบุคคลผู้ให้กำเนิดยอมอยู่ในฐานะที่จะทำความเข้าใจกับเธอได้ดีที่สุด ศาลจึงตัดสินใจอำนาจปกครองเป็นของครอบครัวที่รับตั้งครรรค์แทน แต่ให้สิทธิ์แก่ครอบครัวที่ให้ตั้งครรรค์แทนในการติดต่อกับเด็กได้ นอกจากนี้ยังมีคำสั่งให้ทั้งสองฝ่ายรับผิดชอบร่วมกันในสวัสดิภาพของเด็กในระยะยาวด้วย

ต่อมาคดีนี้ได้มีการนำเข้าสู่การพิจารณาของคณะใหญ่ของศาลครอบครัว⁹³ (Full Court of the Family Court) แต่ศาลก็ยังคงพิพากษาเช่นเดียวกับครอบครัวแห่งรัฐ South Australia โดยมีความเห็นว่า จะไม่มีการตั้งสมมติฐานไว้ก่อนว่าเด็กไม่ว่าจะเกิดจากการตั้งครรรค์แทนหรือไม่ก็ตาม ต้องอยู่ในอำนาจปกครองของฝ่ายมารดาที่ให้กำเนิดเท่านั้น แต่จะพิจารณากำหนดอำนาจปกครองของเด็กว่ากรณีใดเป็นประโยชน์สูงสุดแก่เด็กมากที่สุดเป็นสำคัญ

จะเห็นได้ว่าการนำหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กมาใช้ในการวินิจฉัยคดีเพื่อกำหนดอำนาจปกครองเด็ก เป็นหลักการที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายมาตรา 65E⁹⁴ เป็นบทบัญญัติในการพิจารณากำหนดอำนาจปกครองเด็กนั้น โดยศาลจำต้องพิจารณาจากประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ หลักเกณฑ์นี้ยังไปสอดคล้องกับแนวคำพิพากษาของศาลในประเทศอังกฤษและอเมริกาด้วย

⁹³ From “ Re Evelyn (1998) ”, 145 FLR 90; (1998) 23 Fam LR 53; (1998) FLC 92 ...

www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/.../Fam-C-1998-Re-Evelyn.pdf

(1998) 145 FLR 90; (1998) 23 Fam LR 53; (1998) FLC 92-807.

⁹⁴ From “ Inquiry by the Standing Committee on Family Law and Community,” 2003, Retrieved from

<https://www.aph.gov.au/binaries/house/committee/fca/childcustody/.../sub1257.pdf>

3.1.2 หลักกฎหมายการตั้งครรภ์แทนสำหรับประเทศระบบ Civil Law

3.1.2.1 การห้ามการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อวัตถุประสงค์ในเชิงพาณิชย์

สำหรับประเทศฝรั่งเศส

ในปี ค.ศ. 1987 รัฐบาลฝรั่งเศสได้ตัดสินใจดำเนินคดีกับองค์กรเอกชนที่ทำการเป็นผู้จัดให้มีการตั้งครรภ์แทน และศาลฎีกาฝรั่งเศส (the Supreme Court of Appeals หรือ Cour de cassation) ได้ตัดสินว่า การดำเนินการตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากฝ่าฝืนหลักการที่ห้ามมิให้มีการซื้อขายร่างกายมนุษย์และขัดต่อกฎหมายว่าด้วยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม และวินิจฉัยให้สัญญาตั้งครรภ์แทนตกเป็นโมฆะ เพราะขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน⁹⁵ และต่อมาในปี ค.ศ. 1994 ฝรั่งเศสได้มีการปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่ง โดยการวางหลักกฎหมายให้ชัดเจนขึ้นในการรับรองความสำคัญของร่างกายและส่วนประกอบต่างๆ ของมนุษย์ที่ล่วงละเมิดไม่ได้ โดย ม. 16-7 บัญญัติให้ข้อตกลงใด ๆ ในการให้กำเนิดหรือการตั้งครรภ์สำหรับผู้อื่นตกเป็นโมฆะ เพราะถือหลักกว่าเป็นการละเมิดหลักการเคารพต่อความสำคัญของร่างกายมนุษย์ โดยศาลฝรั่งเศสเคยมีคำพิพากษาตัดสินให้การตั้งครรภ์แทนไม่มีผลใด ๆ ตามกฎหมาย⁹⁶ นอกจากนี้ยังกำหนดให้บทบัญญัติดังกล่าวเป็นกฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Order)⁹⁷ ซึ่งคู่สัญญาไม่อาจตกลงให้แตกต่างกันได้ ดังนั้นมีนักกฎหมายฝรั่งเศสไม่ยอมรับให้ข้อตกลงหรือสัญญาตั้งครรภ์แทนมีผลบังคับได้ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้⁹⁸

1). เหตุผลของ “หลักการไม่ล่วงละเมิดต่อร่างกายของมนุษย์” (le principe de l'indisponibilité du corps humain) และ “หลักการไม่ล่วงละเมิดต่อสถานะทางการเป็นบุคคล” (le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes) การอธิบายว่าสัญญาตั้งครรภ์แทนไม่มีผลบังคับ เพราะการตั้งครรภ์แทนแสดงถึงความเป็นมารดาอันเป็นกรณีที่มีความสำคัญยิ่ง การไปตกลงเพื่อรับตัวอ่อนของผู้อื่นมาตั้งครรภ์ให้เพื่อคลอเคลียเป็นทารกนั้น เป็นข้อตกลงที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการก่อให้เกิดและเพื่อโอนระหว่างกันซึ่งสิ่งที่มี

⁹⁵ From “Procureur Gener v. Mme Guichard, cour de cassation”, Plenary Assemble, 31 May 1991.

⁹⁶ From “La famille, Droit civil, tomez,” by Jean CARBONNIER, Droit civil, tomez, edition Themis, Puf. 1993, No. 256.

⁹⁷ From “Code Civil 2004 Article 16-9 (from Law No.94-653 of July 29 1994, on Respect for the Human Body. (French)”. Litec, Groupe Lexis Nexis, Edition du Juris-Classeur, Paris แปลโดย ดารารพร ธีระวัฒน์.

⁹⁸ จาก “ประเด็นและข้อเสนอแนะทางกฎหมายและจริยธรรมเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และการคัดเลือกพันธุกรรม,” โดยแสวง บุญเฉลิมวิภาส และดารารพร ธีระวัฒน์, โครงการชีวจริยธรรมกับการวิจัยวิทยาศาสตร์, มูลนิธิสาธารณสุขแห่งชาติศูนย์พันธุวิศวกรรมเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติ, 2548, หน้า 119-120.

ชีวิตที่เรียกว่า “มนุษย์” เปรียบเสมือนเป็นวัตถุประสงค์เพื่อการก่อให้เกิดและเพื่อโอนทรัพย์สินของ
 ดังนั้น จึงเป็นข้อตกลงที่นำร่างกายมนุษย์ไปใช้ ซึ่งเป็นการขัดต่อหลักความสำคัญของความเป็นมนุษย์
 แม้จะมีการยอมรับให้นำส่วนของร่างกายบางส่วนไปใช้ได้ เช่น น้ํานม เลือด อสุจิ ไข่ หรืออวัยวะอื่น
 ๆ การนำส่วนของร่างกายเหล่านั้น ไปใช้ก็ต้องมีกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่ากระทำได้อย่างไรได้
 บังคับของกฎหมายหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งว่าทำได้เพราะมีกฎหมายอนุญาตให้ทำได้เท่านั้น การนำ
 ความสามารถในการตั้งครรภ์มาทำความตกลงกันเป็นกรณีที่กระทบต่อความเป็นมนุษย์ที่ไม่มีกฎหมาย
 กำหนดให้กระทำได้ และการตกลงเพื่อสละสิทธิในทารกที่เกิดมา เพื่อโอนให้ผู้อื่นนั้นเท่ากับเป็นการ
 เปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตร อันเป็นการกระทำที่สร้างความเสื่อมเสียและก่อ
 อันตรายต่อสถาบันครอบครัว และเป็นการกระทบต่อสถานะความเป็นบุคคลอีกด้วย

2) ข้อตกลงหรือสัญญาตั้งครรภ์แทนดังกล่าว เมื่อพิจารณาว่าเป็นการแสดงเจตนาของบุคคล
 ที่เกี่ยวข้องจะเป็นการแสดงเจตนาที่ไม่มีผลบังคับเป็นนิติกรรมที่จะก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ที่บังคับกัน
 ตามกฎหมายได้ เพราะเป็นการแสดงเจตนาที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยและ
 ศีลธรรมอันดีของประชาชน ส่วนประเด็นที่ว่าอะไรคือความสงบเรียบร้อยของประชาชนนั้น
 ศาสตราจารย์ Planiol นักนิติศาสตร์ชาวฝรั่งเศสอธิบายว่า “เป็นข้อห้าม ซึ่งสังคมบังคับแก่เอกชน เป็น
 การแสดงให้เห็นว่าสังคมอยู่เหนือเอกชน ทั้งนี้เพื่อสังคมจะได้ดำรงอยู่ได้ และที่ต้องการให้สังคมดำรง
 อยู่ได้นั้น ก็เพื่อจะได้คุ้มครองปกป้องรักษาเอกชนซึ่งอยู่ในสังคมนั้นเอง”⁹⁹

3) ทารกมิใช่เป็นทรัพย์สิน การก่อให้เกิดทารกมิใช่เป็นการกระทำที่เกี่ยวกับทรัพย์สิน
 เพราะร่างกายของมนุษย์ อวัยวะ ตลอดจนผลผลิตของร่างกาย ไม่ถือว่าเป็นทรัพย์สินที่จะ
 ล่วงละเมิดได้¹⁰⁰

สำหรับประเทศเยอรมนี

เมื่อปี ค.ศ. 1985 ศาลเยอรมันได้มีคำพิพากษาว่า การดำเนินการตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำ
 ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น สัญญาตั้งครรภ์แทน จึงตกเป็น
 โหมะ ซึ่งสอดคล้องกับรายงาน (Brenda report) ของคณะกรรมการที่รัฐบาลจัดตั้งขึ้นมา เพื่อศึกษา
 ปัญหาเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ต่อมาในปี ค.ศ. 1989 รัฐบาลเยอรมันได้
 ออกกฎหมายสองฉบับที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน กฎหมายฉบับแรกคือ กฎหมายที่ว่าด้วยคน

⁹⁹ From “Traité élémentaire de droit civil,” by Cabonneir, Tome I, No.291, อ้างโดย จี๊ด เศรษฐบุตร, 2512, หลัก
 กฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 3, กรุงเทพมหานคร.

¹⁰⁰ From “Le principe d’ordre public de l’indisponibilité, du corp humain,” by Alian Sériaux, 1996, p.150.

กลางในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม (Adoptionsvermittlungsgesetz 1989) ซึ่งห้ามมิให้มีการจัดหาหญิงที่ประสงค์จะรับตั้งครรภ์แทนให้แก่คู่สมรสฝ่ายชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน หรือการจัดหาคู่สมรสฝ่ายชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนให้แก่หญิงที่ประสงค์จะรับตั้งครรภ์แทน รวมทั้งกำหนดห้ามการโฆษณาเกี่ยวกับการกระทำความดังกล่าวด้วยส่วนกฎหมายอีกฉบับหนึ่งคือ กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองตัวอ่อน (Embryonenschutz Gesetz 1990) ที่กำหนดห้ามแพทย์ใช้เทคนิคการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อหรือย้ายฝากตัวอ่อน ให้แก่หญิงที่มีความประสงค์จะส่งมอบเด็กให้แก่คู่สมรสฝ่ายชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน ถ้าหากมีการฝ่าฝืนจะเป็นความผิดทางอาญาที่มีโทษจำคุกและปรับ¹⁰¹

จึงทำให้สรุปได้ว่าประเทศเยอรมนีกำหนดให้การตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามกฎหมาย

สำหรับประเทศสาธารณรัฐอินเดีย

ปัจจุบันประเทศอินเดียได้ออกกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนที่เป็นเชิงพาณิชย์ในปี พ.ศ. 2559¹⁰² ชื่อว่า Surrogacy (Regulation) Bill, 2016, ออกโดยสภา Union Health Minister JP Nadda, เป็นกฎหมายที่ห้ามการตั้งครรภ์แทนเชิงการค้า ห้ามหญิงรับจ้างตั้งครรภ์แทน ห้ามคนโสดและชาวต่างชาติจัดการตั้งครรภ์แทน ญาติทางสายเลือดที่มีอายุ 25 ถึง 35 ปีเท่านั้นจึงเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนได้ และควรจะต้องแต่งงานแล้วมีบุตรหนึ่งคน กฎหมายนี้ยังห้ามการขายไข่ด้วยดังนั้น กฎหมายนี้จะอนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนก็แต่เฉพาะการรักษาผู้มีปัญหาเรื่องการมีบุตรยากเท่านั้น ห้ามให้ผลประโยชน์เป็นเงินแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

หลังจากออกกฎหมายนี้ มีแพทย์ 95 เปรอร์เซ็นต์ หยุดการให้บริการตั้งครรภ์แทนแก่คนโสด ที่อยากมีบุตรนอกจากนี้สภาวิจัยการแพทย์อินเดีย ยังได้ออกระเบียบไว้เป็นวงแนวทางสำหรับการตั้งครรภ์แทนเป็นหลักปฏิบัติด้วย

¹⁰¹ From “ Surrogate Motherhood-The Legal Situation in Germany”, by Keppler and Bokelmann, 1989,

Retrieved from <http://www.surrogacy.com/legals/article/germany.htm>

¹⁰² From “Critically analyse the status of Surrogacy in India and the key features of the surrogacy Regulation Bill, ” ,2016, Retrieved from <http://indianexpress.com/article/research/karan-johar-surrogate-children-yash-roohi-what-are-the-surrogacy-in-laws-in-india-here-is-everything-you-need-to-know-4555077/>

การห้ามไม่ให้หญิงสาวชาวอินเดียรับจ้างตั้งครรภ์ในเชิงพาณิชย์โดยเด็ดขาด ได้มีการหารือเกี่ยวกับข้อบังคับและกฎหมายภายในประเทศ และได้ผ่านความเห็นชอบจากทางสภาเป็นที่เรียบร้อยแล้ว นอกจากนี้กฎหมายมีกฎระเบียบของคู่รักต่างประเทศ ที่ต้องมองหาหญิงรับตั้งครรภ์แทน จะต้องเป็นหญิงชายที่แต่งงานแล้ว และโบทะเบียนสมรสที่ผ่านการจดทะเบียนมาแล้ว อย่างน้อย 2 ปี ค่าใช้จ่ายในการว่าจ้างหญิงสาวชาวอินเดีย เพื่อตั้งครรภ์บุตรแทนหรือแม่อุ้มบุญโดยทั่วไป มีราคา ค่าจ้างตั้งแต่ 640,000 บาท ไปจนถึง 1,064,000 บาท ที่แบ่งให้หญิงตั้งครรภ์ 8,000 ดอลลาร์สหรัฐ หรือ ประมาณ 284,000 บาท

ประเทศอินเดียจึงกลายเป็นตลาดใหญ่ที่เป็นที่ต้องการสูงของคนอยากมีลูก หญิงรับตั้งครรภ์แทนจะได้รับค่าจ้างในการตั้งครรภ์แทนให้กับคู่สามีภรรยาอื่นๆ ด้วยราคา 500,000 จนถึง 1 ล้านบาท โดยอาศัยวิธีการของเด็กหลอดแก้ว ที่นำไข่และสเปิร์มจากคู่สามีภรรยาหรือที่ได้รับบริจาคมาผสมพันธุ์กันและนำเข้าฝังในมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนประเทศอินเดียจึงจำเป็นหาแนวทางเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพหญิงรับตั้งครรภ์แทนและเด็กไปพร้อมกันด้วย

3.1.2.2 การกำหนดสถานภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

สำหรับประเทศฝรั่งเศส

จากหลักกฎหมายฝรั่งเศสที่กำหนดให้การดำเนินการตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเป็นการฝ่าฝืนหลักการที่ห้ามมิให้มีการซื้อขายร่างกายมนุษย์และขัดต่อกฎหมายว่าด้วยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม และวินิจฉัยให้สัญญาตั้งครรภ์แทนตกเป็นโมฆะ เพราะขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน และต่อมาในปี ค.ศ. 1994 ฝรั่งเศสได้มีการปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่ง โดยการวางหลักกฎหมายให้ชัดเจนขึ้นในการรับรองความสำคัญของร่างกายและส่วนประกอบต่างๆ ของมนุษย์ที่จะล่วงละเมิดไม่ได้ โดย ม. 16-7 บัญญัติให้ข้อตกลงใดๆ ในการให้กำเนิดหรือการตั้งครรภ์แทนสำหรับผู้อื่นตกเป็นโมฆะ เพราะถือหลักว่าเป็นการละเมิดหลักการเคารพต่อความสำคัญของร่างกายมนุษย์ โดยศาลฝรั่งเศสเคยมีคำพิพากษาตัดสินให้การตั้งครรภ์แทนไม่มีผลใดๆ ตามกฎหมาย นอกจากนี้ยังกำหนดให้บทบัญญัติดังกล่าวเป็นกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Order) ซึ่งคู่สัญญาไม่อาจตกลงให้แตกต่างกันไป

ดังนั้นกฎหมายฝรั่งเศสบัญญัติหลักกฎหมายที่ว่าหญิงที่ให้กำเนิดเด็กย่อมเป็นมารดาตามกฎหมายของเด็กนั้น¹⁰³ ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 310 - 1, 311¹⁰⁴

สำหรับประเทศเยอรมัน

กฎหมายทั้งสองฉบับของเยอรมันได้แก่ กฎหมายที่ว่าด้วยคนกลางในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม (Adoptionsvermittlungsgesetz 1989) ซึ่งห้ามมิให้มีการจัดหาหญิงที่ประสงค์จะรับตั้งครรภ์แทนให้แก่คู่สมรสฝ่ายชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน หรือการจัดหาคู่สมรสฝ่ายชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนให้แก่หญิงที่ประสงค์จะรับตั้งครรภ์แทน รวมทั้งกำหนดห้ามการโฆษณาเกี่ยวกับการกระทำดังกล่าวด้วย และกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองตัวอ่อน (Embryonenschutz gesetz 1990) ที่กำหนดห้ามแพทย์ใช้เทคนิคการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อหรือย้ายฝากตัวอ่อน ให้แก่หญิงที่มีความประสงค์จะส่งมอบเด็กให้แก่คู่สมรสฝ่ายชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน ถ้าหากมีการฝ่าฝืนจะเป็นความผิดทางอาญาที่มีโทษจำคุกและปรับ กฎหมายทั้งสองฉบับนี้ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนโดยตรง เมื่อไม่มีกฎหมายมาใช้บังคับจึงจำเป็นต้องใช้หลักกฎหมายทั่วไปและกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิงมาใช้บังคับโดยอนุโลมในการกำหนดสถานภาพของเด็กและอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

สำหรับประเทศอินเดีย

ตามมาตรา Section 35 (1) ให้สันนิษฐานว่าเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรตามกฎหมายของกลุ่มชายหญิงที่สมรสกันตามกฎหมายและได้รับความยินยอมจากทั้งคู่โดยให้มีสิทธิเช่นเดียวกับบุตร โดยชอบด้วยกฎหมายที่เกิดจากการร่วมประเวณี โดย Section 34(10) และ 35(7) กำหนดว่าใบสูติบัตรของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะระบุชื่อของผู้ว่าจ้างเป็นครอบครัวของเด็ก

¹⁰³ เป็นหลักการเช่นเดียวกับคณะกรรมการแห่งยุโรป(European Commission)ได้เห็นชอบต่อรายงานข้อเสนอแนะเรื่อง “ Principles set out in the report of the Ad Hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences : CAHBI,1989 ตามหลักการ Principle 14 ข้อ 1. The woman who give birth to the child is considered in law as the mother.

¹⁰⁴ โปรดดูภาคผนวก จ.กฎหมายประเทศฝรั่งเศส

ข้อสังเกตของ Section 35(1) ของประเทศอินเดียนี้บัญญัติผลแตกต่างจากมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ 2558 โดยใช้คำว่าให้ถือว่า ซึ่งไม่ใช่บทสันนิษฐานอย่างในประเทศอินเดีย

การที่กฎหมายอินเดียมีการกำหนดข้อความที่ว่า โดยให้มีสิทธิเช่นเดียวกับบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายที่เกิดจากการร่วมประเวณี ซึ่งแตกต่างจากมาตรา 29 ของไทย กล่าวคือ มาตรา 29 กำหนดเพียงว่าให้ถือว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของกลุ่มสามีภริยา โดยไม่มีข้อความเช่นเดียวกับกฎหมายอินเดีย จึงอาจทำให้เกิดการตีความได้ว่า แล้วเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นจะมีสิทธิเช่นเดียวกับเด็กที่เกิดโดยการร่วมประเวณีและคลอดตามปกติหรือไม่ หากเทียบเคียงกับเรื่องบุตรบุญธรรมซึ่งกฎหมายกำหนดไว้ให้มีสิทธิเช่นเดียวกับบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามเมื่อโยงไปถึงเรื่องการรับมรดกแทนที่ที่กำหนดให้ผู้ที่มีสิทธิรับมรดกแทนที่ได้นั้นจะต้องเป็นผู้สืบสันดานโดยตรงเท่านั้น ซึ่งนักกฎหมายส่วนใหญ่ตีความคำว่า ผู้สืบสันดานโดยตรง จะต้องเป็นบุตรที่เกิดจากเลือดเนื้อเชื้อไขของเขาโดยตรง ดังนั้นจึงมีประเด็นว่า แล้วเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ตามมาตรา 29 กำหนดเพียงว่าให้ถือว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย นั้นจะทำให้เด็กมีสิทธิถึงขนาดเป็นผู้สืบสันดานโดยตรงของกลุ่มสามีภริยาผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนหรือไม่ อาจจะต้องบัญญัติลงไปให้ชัดเจนเช่นเดียวกับอินเดียหรือไม่ยังเป็นประเด็นที่น่าสนใจ

3.1.2.3 การกำหนดอำนาจปกครองเด็กที่เกิดในกรณีมีข้อพิพาทจากการตั้งครรภ์แทน

สำหรับประเทศฝรั่งเศส

ในปี ค.ศ. 1987 รัฐบาลฝรั่งเศสได้ตัดสินใจดำเนินคดีกับองค์กรเอกชนที่ทำการเป็นผู้จัดให้มีการตั้งครรภ์แทน และศาลฎีกาฝรั่งเศส (the Supreme Court of Appeals หรือ Cour de cassation) ได้ตัดสินว่า การดำเนินการตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากฝ่าฝืนหลักการที่ห้ามมิให้มีการซื้อขายร่างกายมนุษย์และขัดต่อกฎหมายว่าด้วยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม และวินิจฉัยให้สัญญาตั้งครรภ์แทนตกเป็นโมฆะ เพราะขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน และต่อมาในปี ค.ศ. 1994 ฝรั่งเศสได้มีการปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่ง โดยการวางหลักกฎหมายให้ชัดเจนขึ้นในการรับรองความสำคัญของร่างกายและส่วนประกอบต่างๆ ของมนุษย์ที่จะล่วงละเมิดไม่ได้ โดย ม. 16-7 บัญญัติให้ข้อตกลงใด ๆ ในการให้กำเนิดหรือการตั้งครรภ์สำหรับผู้อื่นตกเป็นโมฆะ เพราะถือหลักว่าเป็นการละเมิดหลักการเคารพต่อความสำคัญของร่างกายมนุษย์ โดยศาล

ฝรั่งเศสเคยมีคำพิพากษาคัดสินให้การตั้งครรภ์แทน ไม่มีผลใดๆ ตามกฎหมาย นอกจากนี้ยังกำหนดให้ บทบัญญัติดังกล่าวเป็นกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับความสะดวกเรียบร้อยของประชาชน (public order) ซึ่ง คู่สัญญาไม่อาจตกลงให้แตกต่างกันได้

สำหรับประเทศเยอรมัน

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่ากฎหมายทั้งสองฉบับของเยอรมัน ได้แก่ กฎหมายที่ว่าด้วยคนกลาง ในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม (Adoptionsvermittlungsgesetz 1989) ซึ่งห้ามมิให้มีการจัดหาหญิงที่ ประสงค์จะรับตั้งครรภ์แทนให้แก่คู่สมรสฝ่ายชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน หรือการจัดหาคู่สมรส ฝ่ายชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนให้แก่หญิงที่ประสงค์จะรับตั้งครรภ์แทน รวมทั้งกำหนดห้ามการ โฆษณาเกี่ยวกับการกระทำดังกล่าวด้วย และกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองตัวอ่อน (Embryonenschutz Gesetz 1990) ที่กำหนดห้ามแพทย์ใช้เทคนิคการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อหรือย้ายฝากตัวอ่อน ให้แก่ หญิงที่มีความประสงค์จะส่งมอบเด็กให้แก่คู่สมรสฝ่ายชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน ถ้าหากมีการฝ่าฝืนจะเป็นความผิดทางอาญาที่มีโทษจำคุกและปรับ

เมื่อกฎหมายทั้งสองฉบับนี้ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนโดยตรง เมื่อไม่มีกฎหมายมาใช้บังคับจึงจำเป็นต้องใช้หลักกฎหมายทั่วไปและกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมาใช้ บังคับโดยอนุโลมในการกำหนดสถานภาพของเด็กและอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ดังได้กล่าวแล้วนั่นเอง

สำหรับประเทศสาธารณรัฐอินเดีย

การให้ความดูแลสวัสดิภาพของเด็กก่อนถูกส่งมอบผู้ว่าจ้างนั้น กฎหมายอินเดียกำหนดไว้ใน Section 34(19) และ Section 34(11) สำหรับผู้ว่าจ้างต่างชาติที่ไม่ได้มีถิ่นที่อยู่ในอินเดีย จะต้อง แต่งตั้งผู้ปกครองท้องถิ่นไว้เป็นผู้ที่คอยดูแลเด็กในระหว่างหรือหลังการตั้งครรภ์จนกระทั่งเด็กถูก ส่งให้แก่ผู้ว่าจ้างและผู้ว่าจ้างมีหน้าที่จะต้องรับมอบเด็กโดยไม่คำนึงถึงความผิดปกติของเด็ก

เมื่อเปรียบเทียบกับของไทย คืออินเดียมีการตั้งบุคคลขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่คอยดูแลสวัสดิ ภาพของเด็ก เพราะเมื่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนคลอดมาแล้วย่อมหมดหน้าที่สำหรับหญิงนั้น โดย ผู้ปกครองท้องถิ่นมีหน้าที่ดูแลเด็กและมีสิทธิจะส่งเด็กไปให้ adoption agency ถ้าหากว่าผู้ว่าจ้างไม่

สามารถรับเด็กได้ภายใน 1 เดือน นับแต่เด็กเกิด ในระหว่างนี้ ผู้ปกครองท้องถิ่นต้องรับผิดชอบในความเป็นอยู่ที่ดีของเด็ก ซึ่งเมื่อพิจารณาตามกฎหมายไทยไม่มีการบัญญัติเรื่องนี้ไว้จึงควรบัญญัติไว้ตามเจตนารมณ์เพื่อการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

3.2 แนวคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ

3.2.1 แนวคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในระบบ Common Law

เมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับการตั้งครรถ์แทนเกิดขึ้น ศาลในมลรัฐต่างๆของประเทศสหรัฐอเมริกาอาศัยการตีความตามกฎหมายที่มีบทบัญญัติไว้หรือสร้างหลักกฎหมายขึ้นเพื่อให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริง จากแนวคำพิพากษาของศาล ทำให้สถานะความเป็นบิดามารดาถูกกำหนดโดยปัจจัยดังนี้คือ เจตจำนงของคู่สัญญา ความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม และการให้กำเนิดเด็ก¹⁰⁵ ตลอดจนหลักหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็ก พิจารณาดังต่อไปนี้

3.2.1.1 แนวคำพิพากษาความเป็นบิดามารดาโดยเจตจำนง(Intent-Based Parenthood)

คดีพิพาทที่เกี่ยวกับการตั้งครรถ์แทนโดยการฟ้องร้องต่อศาลเป็นครั้งแรกเกิดขึ้นในปีค.ศ. 1984 ที่มลรัฐแคลิฟอร์เนียได้แก่คดี Johnson v. Calvert¹⁰⁶ โดยมีข้อเท็จจริงดังนี้ คือ นายมาร์กและนางคริสปีนา เป็นคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร แต่นางคริสปีนาไม่สามารถตั้งครรถ์ได้เอง เนื่องจากต้องตัดมดลูกออกเพราะมีเนื้องอกในมดลูก จึงขอให้นางแอนนา จอห์นสันซึ่งเพื่อนที่ทำงานในโรงพยาบาลเดียวกันเป็นผู้ตั้งครรถ์แทนเธอ โดยตกลงกันที่จะใช้ไข่ของนางคริสปีนาผสมกับเชื้ออสุจิของนายมาร์กแล้วไปฝังตัวที่โพรงมดลูกของนางแอนนา และตกลงที่จะสละความเป็นมารดาของเด็กพร้อมทั้งส่งมอบให้แก่นางคริสปีนาและนายมาร์ก โดยได้รับค่าใช้จ่ายเป็นเงิน 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ พร้อมการประกันชีวิตในวงเงิน 2,000,000 ดอลลาร์สหรัฐ ในเวลาต่อมานางแอนนาปฏิเสธที่จะส่งมอบเด็กตามสัญญา ทำให้นางคริสปีนาและนายมาร์กยื่นฟ้องต่อศาลขอให้บังคับนางแอนนาปฏิบัติตามสัญญาและขอให้ศาลมีคำสั่งให้ทั้งสองคนเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ส่วนนางแอนนาได้ฟ้อง

¹⁰⁵ From “Scrambled Eggs: Defining Parenthood and Inheritance Rights of Children Born of Reproductive Technology,” by C. Archer, 2002, 3 *Loy. J. Pub. Int.L.*, pp.152, 156. Copyright by C. Archer.

¹⁰⁶ From “Johnson v. Calvert, NoX63 31 90(Cal.Super. Ct 1990)”

ศาลขอให้ศาลมีคำสั่งว่าสัญญาเป็นโมฆะและสั่งให้เธอเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กเช่นกัน ศาลชั้นต้นมีคำสั่งให้รวมการพิจารณาคดีเข้าด้วยกัน มีพยานหลักฐานพิสูจน์ทาง DNA ได้ว่านางคริสปีนาและนายมาร์กเป็นมารดาและบิดาของเด็ก ผู้พิพากษาจึงตัดสินให้นางคริสปีนาเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กแต่เพียงผู้เดียว แต่นางแอนนาเสมือนเป็นเพียงมารดาที่รับเลี้ยงเด็ก (Foster Parent) เท่านั้น โดยไม่มีสิทธิในตัวเด็ก ต่อมามีการพิจารณาในชั้นอุทธรณ์ของศาลแห่งมลรัฐแคลิฟลอเนีย (The California Court of Appeals) ศาลได้นำบทบัญญัติของกฎหมาย U.P.A. มาประยุกต์ โดยเห็นว่ากฎหมายนี้ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยตรงก็ตามแต่กฎหมายดังกล่าวนี้เป็นเพียงกฎหมายเดียวเท่านั้นที่จะนำมาปรับใช้ในการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กเหล่านี้ได้ ส่วนผู้พิพากษาที่เขียนคำพิพากษาในคดีนี้ให้ความเห็นว่า ตามบทบัญญัติของกฎหมาย ความเป็นมารดาของเด็กจะต้องพิสูจน์จากทั้งการให้กำเนิดบุตรและความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม แต่ต้องพิสูจน์จากความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมก่อน หากพิสูจน์ไม่ได้ ก็ไม่ต้องพิจารณาว่าหญิงนั้นเป็นผู้ให้กำเนิดบุตรหรือไม่ ดังนั้นข้อเท็จจริงในคดีนี้เมื่อนางแอนนาไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก จึงไม่ใช่มารดาตามธรรมชาติ (Natural mother) ตามความหมายของกฎหมาย U.P.A. ศาลจึงพิพากษานางคริสปีนาและนายมาร์กเป็นมารดาและบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กเท่านั้น¹⁰⁷ เมื่อคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสูงสุดแห่งรัฐแคลิฟลอเนีย ศาลให้ความเห็นว่าการตีความตามกฎหมาย U.P.A. ในชั้นอุทธรณ์มีความคลาดเคลื่อนเนื่องจากทั้งนางแอนนาและนางคริสปีนาสามารถความเป็นมารดาตามธรรมชาติของเด็กได้ทั้งสองคนแต่ตามกฎหมายยอมรับให้เด็กมีมารดาเพียงคนเดียวเท่านั้น ดังนั้นหญิงที่มีเจตจำนงจะให้เด็กเกิดมาและมีความประสงค์ที่จะเลี้ยงดูเด็กนั้นให้ถือว่าเป็นมารดาตามธรรมชาติแต่เพียงผู้เดียว ซึ่งหลักการนี้เรียกได้ว่าเป็นหลักเจตจำนง (Intent-Based Approach)

3.2.1.2 แนวคำพิพากษาความเป็นบิดามารดาโดยพันธุกรรม (Genetic-Based Parenthood)

ศาลชั้นต้นและชั้นอุทธรณ์ในคดี Johnson v. Calvrt วินิจฉัยว่าความเป็นบิดามารดาของเด็กพิสูจน์ได้จากความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมระหว่างบิดามารดากับเด็กดังกล่าวมาแล้ว ศาลในมลรัฐอื่นได้มีการนำหลักการนี้มาใช้บังคับเช่นกันเช่นในคดี Belisto v. Clark 108 เป็นคดีการรับตั้งครุฑแทนโดยการใส่เชื้ออสุจิและไข่จากผู้ว่าจ้าง ศาลจำเป็นต้องพิจารณาว่าในการระบุชื่อบิดามารดาในสูติบัตรของ

¹⁰⁷ From “288 Cal, Rptr, 369,377(Cal.Ct. App. 1991.)”

¹⁰⁸ From “ 664, N.E. 2d 760(Ohio Ct. of Common Pleas, 1994)”

เด็กจะระบุชื่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนหรือคู่สมรสที่ว่าจ้าง ศาลแห่งมลรัฐโอไฮโอปฏิเสธในการนำหลักการเจตจำนงมาใช้ในการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กด้วยเหตุผลคือ แม้การทำสัญญาตั้งครรภ์แทนทำเป็นหนังสือก็ตามแต่เห็นว่าเป็นการยากในการพิสูจน์ว่าคู่สมรสที่ว่าจ้างให้ตั้งครรภ์แทนมีเจตนาที่แท้จริงในการเป็นบิดามารดาของเด็ก และศาลอธิบายว่าการนำหลักเจตจำนงมาใช้บังคับเป็นการขัดต่อนโยบายสาธารณะ โดยการยอมรับให้บิดามารดาทางพันธุกรรมเป็นบิดามารดาตามกฎหมายนั้นสอดคล้องกับประโยชน์สูงสุดของเด็กและสังคมเพราะบิดามารดาทางพันธุกรรมย่อมถ่ายทอดข้อมูลเกี่ยวกับลักษณะทางพันธุกรรมของตระกูลให้แก่เด็กที่เกิดมา นอกจากนี้ศาลยังเห็นว่าหลักเจตจำนงไม่ได้คำนึงถึงความสำคัญของสิทธิที่จะยอมให้มีการสืบพันธุ์ (Right to consent to procreation) ของบุคคลที่เป็นเจ้าของหน่วยพันธุกรรมนั้น และละเลยที่จะให้ความคุ้มครองสิทธิที่จะสละสิทธิความเป็นบิดามารดา (Right to surrender potential parental rights) ด้วย ศาลจึงสรุปว่า บุคคลใดก็ตามที่ถ่ายทอดสารพันธุกรรมแก่เด็ก บุคคลนั้นย่อมถือเป็นบิดามารดาตามธรรมชาติและตามกฎหมาย เว้นแต่บุคคลเหล่านั้นจะสละสิทธิความเป็นบิดามารดาของเด็กนั้น¹⁰⁹ จะเห็นได้ว่าหลักการของศาลแห่งมลรัฐโอไฮโอเป็นการไม่ยอมรับหลักเจตจำนงที่ถูกสร้างขึ้นโดยศาลสูงสุดแห่งมลรัฐแคลิฟลอเนีย ดังนั้นการนำความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมมากำหนดหลักเกณฑ์สำหรับสถานะความเป็นบิดามารดาของศาล โอไฮโอถือได้ว่าเป็นหลักความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม (Genetic-Based Approach)

3.2.1.3 แนวคำพิพากษาความเป็นมารดาโดยการให้กำเนิด (Gestational Motherhood)

หลักการตามกฎหมาย Common Law คือ หญิงที่ตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรเท่านั้นที่ถือว่าเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของทารกนั้น ถึงแม้ว่าหญิงที่ตั้งครรภ์นั้นจะไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับทารกนั้นก็ตาม ซึ่งศาลในบางมลรัฐยังคงใช้หลักการนี้ในคดีที่เกี่ยวข้องกับการใช้เชื้อและไข่ของคู่สมรสที่ว่าจ้างให้มีการตั้งครรภ์แทน เช่นในคดี A.H.W v. G.H.B.¹¹⁰ กล่าวคือ คู่สมรสได้ว่าจ้างให้หญิงคนหนึ่งตั้งครรภ์แทน โดยการใช้เชื้อและไข่ของคู่สมรสนั้น และได้ยื่นคำร้องต่อศาลให้มีคำสั่งให้ระบุชื่อของทั้งสองคนเป็นบิดามารดาของเด็กในสูติบัตรก่อนที่หญิงที่รับตั้งครรภ์จะให้กำเนิดทารก ศาลแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ให้ความเห็นว่า หญิงที่ตั้งครรภ์แทนยอมจะความสัมพันธ์กับตัวอ่อนที่อยู่ในครรภ์ตลอดระยะเวลาที่ตั้งครรภ์ถึง 9 เดือน ตามกฎหมายแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ การที่มารดาจะสละสิทธิในความเป็นมารดาของเด็กได้ก็ต่อเมื่อพ้นกำหนดเวลา 72 ชั่วโมงนับแต่การคลอดบุตร ถ้า

¹⁰⁹ เพิ่งอ้าง, หน้า 767.

¹¹⁰ From “772 A.2d 948(2000).”

ศาลมีการยอมให้มีการเปลี่ยนแปลงชื่อบิดามารดาเป็นอย่างไรอื่นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี นอกจากนี้จะเป็นการบังคับให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนสถานะความเป็นมารดาของเด็กยอมก่อให้เกิดผลเสียมากกว่าผลดี โดยเฉพาะหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้เยาว์ที่ไม่มีประสบการณ์ในการตั้งครรภ์มาก่อน ดังนั้นศาลยังคงถือว่า หญิงที่ตั้งครรภ์และให้กำเนิดทารกเป็นบุคคลเดี่ยวเท่านั้นที่เป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมของทารกนั้นหรือไม่ก็ตาม

3.2.1.4 แนวคำพิพากษาความเป็นบิดามารดาตามหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interests of the Child Principle)

เมื่อปี ค.ศ.1987 มีคดี In fire Baby M¹¹¹ เกิดขึ้นที่มลรัฐนิวเจอร์ซีย์ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นคดีเกี่ยวกับการแย่งชิงอำนาจปกครองบุตรที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน มีข้อเท็จจริงคือภรรยาของนายวิลเลียม สเตร์น ไม่สามารถตั้งครรภ์ได้เองจึงติดต่อนางแมรี เบธ ไวท์เฮด ให้เป็นผู้ตั้งครรภ์แทนโดยการใส่เชื้ออสุจิของนายสเตร์นเข้าสู่โพรงมดลูกของนางไวท์เฮดและตกลงให้ค่าใช้จ่ายจำนวน 10,000 ดอลลาร์สหรัฐต่อเมื่อนางไวท์เฮดให้กำเนิดบุตรก็จะสละสิทธิความเป็นมารดาและส่งมอบเด็กให้แก่ นายสเตร์น เด็กชื่อว่ามาลิสสา(เรียกกันว่า Baby M) เมื่อนางไวท์เฮดส่งมอบเด็กให้นายสเตร์นตามข้อตกลงแล้ว ภายหลังจากนางไวท์เฮดได้ติดต่อขอรับเด็กมาดูแลหนึ่งสัปดาห์ แต่เมื่อครบกำหนดแล้วเธอปฏิเสธที่จะส่งมอบเด็กคืนให้กับนายสเตร์นและพาเด็กย้ายหนีไปอยู่ที่รัฐฟลอริดา ทำให้นายสเตร์นฟ้องร้องต่อศาลแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ขอให้ศาลบังคับให้นางไวท์เฮดปฏิบัติตามสัญญา โดยที่เด็กหญิงมาลิสสาถูกนำมาอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของศาลในระหว่างการพิจารณาคดีและอนุญาตให้นางไวท์เฮดสามารถมาเยี่ยมได้เป็นครั้งคราว ศาลแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ (New Jersey Superior Court) มีความเห็นว่าสัญญาับตั้งครรภ์แทนในคดีนี้มีผลบังคับตามกฎหมายได้เนื่องจากสอดคล้องกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interests of the child) จึงมีคำสั่งให้อำนาจปกครองบุตรเป็นของนายสเตร์นแต่เพียงผู้เดียว ส่วนนางไวท์เฮดตัดสินให้ไม่มีสิทธิใดๆในตัวเด็กหญิงมาลิสสา ตลอดจนไม่มีสิทธิในการเยี่ยมเยียนเด็กด้วย (Right to visitation) เมื่อคดีนี้เข้าสู่การพิจารณาของศาลสูงสุดแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ (New Jersey Supreme Court)¹¹² ศาลวินิจฉัยว่า สัญญาับตั้งครรภ์แทนในคดีนี้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีเนื่องจากกฎหมายแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ห้ามมิให้มีการจ่ายค่าตอบแทนเพื่อแลกเปลี่ยนกับการสละอำนาจปกครองเด็กและการจ่ายค่าตอบแทนให้นางไวท์เฮดจึงเป็นการขัดต่อ

¹¹¹ From “525 A. 2d. 128 (N.J. Super. Ct. Ch. Div.1987)”

¹¹² From “537 A. 2d. 127 (N.J. Super. Ct. Ch. Div.1988)”

เจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการป้องกันมิให้มีการซื้อขายเด็ก ในกรณีนี้ศาลจึงเห็นว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่มีผลบังคับได้ตามกฎหมาย ส่วนปัญหาเรื่องการกำหนดอำนาจปกครองเด็กจะเป็นของบุคคลใดนั้น ศาลสูงเห็นด้วยกับคำพิพากษาของศาลล่างให้มีคำสั่งให้อำนาจปกครองเป็นของนายสตรีด้วยเหตุผลเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กเช่นกัน อย่างไรก็ตามศาลเห็นว่าหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interests of the Child Principle) จะนำไปใช้ได้เฉพาะการกำหนดอำนาจปกครองของเด็กเท่านั้น ส่วนการเพิกถอนอำนาจปกครองของเด็กนั้นจะใช้การพิจารณาจากหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กเพียงอย่างเดียวไม่ได้จำเป็นต้องพิจารณาจากประโยชน์ของมารดาในทางวัฒนธรรม ศีลธรรม และตามรัฐธรรมนูญด้วย¹¹³ ดังนั้นตามข้อเท็จจริงไม่ปรากฏว่านางไวท์เฮดได้ละสิทธิความเป็นมารดาของเด็ก หรือ ไม่มีความเหมาะสมที่จะมีอำนาจปกครองเด็กแต่อย่างใด การเพิกถอนสิทธิในความเป็นมารดาของเด็กทั้งหมดจึงไม่ชอบ ศาลจึงมีคำสั่งอนุญาตให้นางไวท์เฮดในการเยี่ยมเยียนได้ตามสมควร

ศาลจะพิจารณานำหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interests of the Child Principle) ไปใช้ในคดีที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนในกรณีที่มีปัญหาต้องวินิจฉัยเรื่องการแย่งชิงอำนาจปกครองเด็ก (Custody Battle) โดยที่หลักการนี้เป็นหลักการที่ใช้ในกฎหมายครอบครัวตามปกติซึ่งในบางมตรัฐเช่น รัฐมิชิแกนรัฐวอชิงตัน ได้มีการบัญญัติกฎหมายไว้โดยตรงว่าเมื่อมีปัญหาเรื่องอำนาจปกครองเด็กในคดีที่เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน ศาลต้องใช้หลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ และในบางมตรัฐที่ไม่ได้บัญญัติกฎหมายไว้โดยชัดแจ้งมีการนำหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กมาใช้โดยอนุโลมเช่นกัน¹¹⁴

¹¹³ From "Surrogate Motherhood Contracts in Louisiana: To Ban or to Regulate?," by Keller, B, 1988, 49 *La. L.Rev.*, pp.143, 157.

¹¹⁴ From "Regulating Reproductive Technologies", by L. Andrews, & L.Elster, 2002, 21 *J. Legal Med.*, pp. 35, 42.
Copyright by L. Andrews, & L.Elster.

3.2.2 แนวคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ Civil Law

3.2.2.1 แนวคำพิพากษาของศาลตามหลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

ในปี ค.ศ. 1987 รัฐบาลฝรั่งเศสได้ตัดสินใจดำเนินคดีกับองค์กรเอกชนที่ทำการเป็นผู้จัดให้มีการตั้งครรภ์แทน และศาลฎีกาฝรั่งเศส (The Supreme Court of Appeals หรือ Cour de Cassation) ได้ตัดสินว่า การดำเนินการตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากฝ่าฝืนหลักการที่ห้ามมิให้มีการซื้อขายร่างกายมนุษย์และขัดต่อกฎหมายว่าด้วยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม และวินิจฉัยให้สัญญาตั้งครรภ์แทนตกเป็นโมฆะ เพราะขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน และต่อมาในปี ค.ศ. 1994 ฝรั่งเศสได้มีการปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่ง โดยการวางหลักกฎหมายให้ชัดเจนขึ้นในการรับรองความสำคัญของร่างกายและส่วนประกอบต่างๆ ของมนุษย์ที่จะล่วงละเมิดไม่ได้ โดย ม. 16-7 บัญญัติให้ข้อตกลงใดๆ ในการให้กำเนิดหรือการตั้งครรภ์สำหรับผู้อื่นตกเป็นโมฆะ เพราะถือหลักกว่าเป็นการละเมิดหลักการเคารพต่อความสำคัญของร่างกายมนุษย์ โดยศาลฝรั่งเศสเคยมีคำพิพากษาตัดสินให้การตั้งครรภ์แทนไม่มีผลใด ๆ ตามกฎหมาย นอกจากนี้ยังกำหนดให้บทบัญญัติดังกล่าวเป็นกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Order) ซึ่งคู่สัญญาไม้อาจตกลงให้แตกต่างกันไป

ส่วนประเทศเยอรมัน ศาลเยอรมันได้มีคำพิพากษาว่า การดำเนินการตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น สัญญาตั้งครรภ์แทน จึงตกเป็นโมฆะ ซึ่งสอดคล้องกับรายงาน (Brenda Report) ของคณะกรรมการที่รัฐบาลจัดตั้งขึ้นมา เพื่อศึกษาปัญหาเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

3.2.2.2 แนวคำพิพากษาของศาลตามหลักกฎหมายแพ่ง (The Civil Code)

เนื่องจากการตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย ดังนั้นในปี ค.ศ.1987 รัฐบาลฝรั่งเศสได้ตัดสินดำเนินคดีกับองค์กรเอกชนที่จัดหาหญิงที่ประสงค์จะรับตั้งครรภ์แทนให้กับคู่สามีภรรยาที่มีบุตรยากโดยศาลฎีกาของฝรั่งเศส (Supreme Court of Appeals หรือ Cour de Cassation) ได้ตัดสินว่า การตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากการฝ่าฝืนหลักการที่

ห้ามมิขายให้มีการซื้อมนุษย์ และขัดต่อกฎหมายว่าด้วยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม¹¹⁵ ส่วนการตั้งครรภ์แทนที่ไม่มีประโยชน์ทางการค้าและไม่มีคนกลางเข้ามาเกี่ยวข้อง ก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย

ปี ค.ศ. 1994 ฝรั่งเศสได้มีการปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่ง โดยการวางหลักกฎหมายให้ชัดเจนขึ้นในการรับรองความสำคัญของร่างกายและส่วนประกอบต่างๆ ของมนุษย์ที่จะล่วงละเมิดไม่ได้ โดย ม. 16-7 บัญญัติให้ข้อตกลงใดๆ ในการให้กำเนิดหรือการตั้งครรภ์สำหรับผู้อื่นตกเป็นโมฆะ เพราะถือหลักว่าเป็นการละเมิดหลักการเคารพต่อความสำคัญของร่างกายมนุษย์



¹¹⁵ From “Procureur General, cour de cassation, Plenary Assemble”, 31 May 1991.

บทที่ 4

บทวิเคราะห์ประเด็นทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ทางการแพทย์ : ศึกษากรณีการตั้งครรภ์แทน

ความรู้และเทคโนโลยีทางด้านเวชศาสตร์การเจริญพันธุ์ได้พัฒนาต่อเนื่องมาอย่างรวดเร็ว ทำให้คู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรในอดีตสามารถมีบุตรได้ในปัจจุบัน แต่กระบวนการรักษาบางอย่างก็ก่อให้เกิดข้อถกเถียงทางกฎหมายและจริยธรรม เช่น เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนด้วยเทคโนโลยีนี้ จะมีใครหรือหลักวิชาการสาขาใดให้ความมั่นใจได้ว่าจะมีสภาพจิตใจและวิถีชีวิตที่ปกติธรรมดาเหมือนเด็กที่เกิดตามปกติธรรมดา

สิ่งที่จำเป็นต้องคำนึงถึงในการใช้เทคโนโลยีทางด้านเวชศาสตร์การเจริญพันธุ์เพื่อแก้ปัญหาการมีบุตรยากโดยการตั้งครรภ์แทนเป็นครั้งแรกคือปัญหาในทางจริยธรรมและความสงบเรียบร้อยของประชาชน¹¹⁶ จากแนวความคิดที่ว่า การรับตั้งครรภ์แทนมีผลทำให้หญิงต้องกลายเป็นวัตถุที่รับบริการตามแต่ใจของผู้ว่าจ้าง ส่วนเด็กก็มีลักษณะคล้ายสินค้าที่ซื้อขายหรือแลกเปลี่ยนด้วยตัวเงินได้ ความผูกพันทางสายเลือดและสายสัมพันธ์ระหว่างมารดาผู้ให้กำเนิดและเด็กที่เกิดมาจะหมดไป พื้นฐานอันแข็งแกร่งของระบบครอบครัวที่เกิดจากบิดามารดาและบุตรจะถูกทำลาย ก่อให้เกิดความสับสนแก่เด็กที่เกิดมาว่าชาติตระกูลหรือชาติกำเนิดของตนมีความเป็นมาอย่างไร ยิ่งเด็กที่เกิดมา มีความผิดปกติของร่างกายด้วยแล้วก็จะทำให้เด็กไม่เป็นที่พึงปรารถนาของครอบครัวที่ว่าจ้างและครอบครัวที่รับจ้าง ตลอดจนปัญหาการรับจ้างตั้งครรภ์แทนลักษณะเดียวกับการรับจ้างผลิตสินค้าซึ่งอาจนำไปสู่ขบวนการค้ามนุษย์ได้ จึงเป็นภาระอันหนักของรัฐที่จะต้องยื่นมือเข้ามาดำเนินการจัดระเบียบในเรื่องดังกล่าวด้วยการสร้างกลไกของกฎหมายให้เหมาะสมกับเทคโนโลยีทางด้านเวชศาสตร์ในการช่วยการเจริญพันธุ์ดังกล่าว

ปัญหาทางจริยธรรมในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มีการพิจารณาประเด็นสำคัญดังต่อไปนี้

¹¹⁶ จาก “จริยธรรมและกฎหมายกับการกำเนิดมนุษย์โดยเทคโนโลยีแผนใหม่,” โดยวิชา มหาคุณ, 2536, *คุณภาพ*, 40
(3). กระทรวงยุติธรรม เจ้าของลิขสิทธิ์.

1) การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นไปเพื่อช่วยเหลือโดยมีกุศโลบายเจตนาเป็นสิ่งที่ดีและสามารถกระทำได้นั้นแนวความคิดของพุทธจริยศาสตร์ แต่จำเป็นต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อบุคคลและสังคม เช่นการกำหนดตนเองและผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมก็ควรจงควมไม่กระทำ การดั่งนั้นการตั้งครรรค์แทนเพื่อช่วยเหลือผู้อื่นตามหลักพุทธจริยศาสตร์ก็สามารถยอมรับได้

2) กรณีการทำตัวอ่อนในกระบวนการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ประเด็นหนึ่งที่มีการอภิปรายอย่างมากทั้งในกรณีการโคลนมนุษย์ ส่วนการทำลายตัวอ่อนเป็นไปตามมติของหลักพุทธจริยศาสตร์ ถือว่าเป็นสิ่งมีชีวิตที่ปฏิสนธิแล้ว นอกจากนี้ยังมีความเห็นแย้งอยู่หลายประเด็นทั้งในเชิงกฎหมายและจริยศาสตร์ เช่นตัวอย่างในประเทศอังกฤษที่มีการออกกฎหมาย Human Fertilization and Embryology Act ในปี ค.ศ.1990 มอบอำนาจให้หน่วยงานอิสระที่ชื่อว่า Human Fertilization and Embryology Authority (HFEA) เป็นองค์กรดูแลและออกใบอนุญาตแก่ผู้ที่ปฏิบัติงานด้านตัวอ่อนมนุษย์และการเจริญพันธุ์ โดยมีบทบังคับให้นักวิจัยอังกฤษสามารถใช้ตัวอ่อนที่มีอายุไม่เกิน 14 วันในการวิจัยด้าน สเต็มเซลล์หรือ และในปี ค.ศ.2001 อังกฤษได้ออกกฎหมาย Human Reproductive Cloning Act¹¹⁷ ทำให้การโคลนมนุษย์เพื่อเจริญพันธุ์เป็นสิ่งผิดกฎหมายและมีบทลงโทษทางอาญาที่ชัดเจนก็ตาม แต่ก็มีได้ห้ามการโคลนมนุษย์เพื่อสร้างสเต็มเซลล์ในการรักษา ทำให้นักวิจัยอังกฤษมีอิสระค่อนข้างมากในการวิจัย¹¹⁸ ดั่งนั้นการทำลายตัวอ่อนที่มีอายุเกิน 14 วันในกระบวนการโคลนมนุษย์ การผสมเทียมนอกร่างกายเพื่อการตั้งครรรค์แทนโดยใช้ตัวอ่อนที่มีอายุเกิน 14 วัน หรือเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อื่น ๆด้วยการใช้ตัวอ่อนที่มีอายุเกิน 14 วัน ถือว่าทำไม่ได้โดยอายุตัวอ่อนไม่รวมระยะเวลาในการแช่แข็งตัวอ่อน ตามมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 บัญญัติไว้ จะเห็นได้ว่าในทางกฎหมายนั้นได้สร้างเงื่อนไขเรื่องอายุของตัวอ่อนไว้ แต่ตามหลักพุทธจริยศาสตร์นั้นการทำลายตัวอ่อนทำไม่ได้เลย

3) ความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ตามเกณฑ์พุทธจริยศาสตร์ระบุได้ว่า หญิงชายผู้ให้เซลล์ชีวิตคือบิดามารดาที่แท้จริง ตามหลักพุทธจริยศาสตร์ถือว่าหญิงชายผู้เป็นเจ้าของเชื้ออสุจิและไข่คือผู้ให้กำเนิดเด็ก อย่างไรก็ตามปัจจุบันสามารถบอกความเป็นบิดามารดาที่แท้จริงได้ด้วยการพิสูจน์จากสารพันธุกรรม

¹¹⁷ From “Human Reproductive Cloning Act 2001,2001 CHAPTER 23,An Act to prohibit the placing in a woman of a human embryo which has been created otherwise than by fertilization,” Retrieved from <http://www.legislation.gov.uk> > ukpga > 2001 > enacted

¹¹⁸ จาก “Thai National Research ระบบคลังข้อมูลงานวิจัยไทย” โดย นเรศ คำรงค์ชัย, 2558, สืบค้นจาก www.tnrr.in.th/2558/?page=research_result.

(Deoxyribonucleic Acid หรือ DNA) ซึ่งเป็นจำพวกกรดนิวคลีอิก (Nucleic acid), (กรดที่สามารถพบได้ในส่วนของใจกลางของเซลล์) พบอยู่ในส่วนของนิวเคลียสของเซลล์ โดยพันตัวอยู่บนโครโมโซม (Chromosome) และพบในเซลล์ของสิ่งมีชีวิตทุกชนิด ได้แก่ คน (Human), สัตว์ (Animal), พืช (Plant), เห็ดและรา (Fungi), แบคทีเรีย (Bacteria), ไวรัส (Virus) (มีคนบางกลุ่มมีความเห็นว่า ไวรัสไม่ใช่สิ่งมีชีวิตเพราะมีองค์ประกอบบางอย่างไม่ครบ) เป็นต้น ดีเอ็นเอ (DNA) ทำการเก็บข้อมูลทางพันธุกรรมของสิ่งมีชีวิตชนิดหนึ่งๆเอาไว้ ซึ่งมีลักษณะที่มีการผสมผสานมาจากสิ่งมีชีวิตรุ่นก่อน ซึ่งก็คือ รุ่นพ่อและแม่ (Parent) ทั้งยังสามารถถ่ายทอดลักษณะไปยังสิ่งมีชีวิตรุ่นถัดไป ซึ่งก็คือรุ่นลูก หรือรุ่นหลาน (Offspring) สำหรับกฎหมายบางประเทศนั้นให้สิทธิหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาที่ถูกต้องโดยพิจารณาจากการเป็นผู้คลอดเด็ก เช่น ในประเทศฝรั่งเศสระบุสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์เป็นของมารดาที่รับตั้งครรภ์แทน และเป็นไปตามหลักกฎหมายแพ่งของไทยก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยถือตามหลักการที่ว่า หญิงที่ให้กำเนิดเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก และหากหญิงนั้นมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมาย ชายผู้เป็นสามีย่อมเป็นบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น การที่ผู้เป็นต้นกำเนิดของเซลล์ควรจะถือว่าเป็นบิดามารดาของเด็กหรือไม่นั้นมิควรพิจารณาเนื่องจากปัจจุบันได้ มีกรณีการบริจาคหรือซื้อขายเซลล์สุจิและไข่เพื่อใช้ในเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยไม่ทราบสถานะของเจ้าของเซลล์ต้นกำเนิด รวมทั้งกรณีการโคลนมนุษย์บางกรณีเอาเซลล์ต้นกำเนิดมาจากศพ หรือ ถ้าผู้ริกร่วมเพศหญิงกับหญิง ชายกับชาย มิถูกจากการตั้งครรภ์แทนด้วยเทคโนโลยีนี้ ทารกที่เกิดมาจะมีสภาพอย่างไรเมื่อมีบิดาสองคนโดยไม่มีมารดาหรือมีมารดาสองคน โดยไม่มีบิดา สถานะของพ่อแม่จะเป็นอย่างไร อาจนำไปสู่ปัญหาซับซ้อนทางจริยธรรมอีกมาก ในหลายประเทศจึงได้บัญญัติกฎหมายไม่อนุญาตการโคลนมนุษย์ทุกกรณี และการอนุญาตจะต้องมีกฎหมายควบคุมที่รัดกุมอย่างยิ่ง ถ้าพิจารณาจากทัศนะของศาสนาอิสลาม การตั้งครรภ์เด็กและการเลี้ยงดูพวกเขาด้วยความเชื่อทางศาสนานั้นมีคุณค่าที่สำคัญ เน้นความสัมพันธ์ทางสายโลหิตและ พันธุกรรมของครอบครัว ดังนั้นในบริบทของอิสลาม การบริจาคตัวอ่อนและการใช้ตัวอ่อนจากบุคคลอื่นนอกจากคู่สมรสจึงไม่สามารถยอมรับได้ในเชิงจริยธรรม ในขณะที่ศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก ยอมรับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามหลักพุทธจริยศาสตร์ระหว่างคู่สมรสเท่านั้น แต่อาจยอมให้มีการใช้เซลล์ไข่บริจาคเพื่อการเจริญพันธุ์แก่สตรีที่มีบุตรยาก เพื่อการผสมเทียมโดยสามีของเธอได้ การใช้เซลล์ไข่บริจาคจึงอาจจะเป็นที่ยอมรับเชิงจริยธรรมได้ตามทัศนะศาสนาคริสต์ และไม่สามารถยอมรับได้ในศาสนาอิสลาม¹¹⁹

¹¹⁹ From "Ethical Issues Arising from the use of Assisted Reproductive Technologies", by B.M. Dickens, 2012, *Social Medicine*, 6(3) p.333-348.

4) พิจารณาในแง่คุณค่าและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เนื่องด้วย การตั้งครรรภ์แทน การโคลนมนุษย์ และเทคโนโลยีเจริญพันธุ์อื่นๆ ย่อมก่อให้เกิดปัญหาเชิงจริยธรรมในแง่การทำลายคุณค่าและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยเห็นว่า เทคโนโลยีดังกล่าวนี้เปรียบเสมือนเครื่องจักรที่ใช้งานเพื่อสร้างหรือผลิตเด็ก การใช้ร่างกายสำหรับการตั้งครรรภ์แทนเปรียบเสมือนเป็นเครื่องมือในการรับจ้างและว่าจ้างเพื่อการตั้งครรรภ์แทน โดยการใช้มนุษย์เป็นเสมือนวัตถุดิบของ เช่น การโคลนนิ่งเพื่อเอาอวัยวะของบุคคลที่ถูกโคลนนิ่งไปใช้ในการปลูกถ่ายหรือเป็นตัวแทนของบุคคลที่เป็นเซลล์ต้นแบบ และจำต้องคำนึงถึงประเด็นการก้ามนุญยจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ด้วย ตามหลักพุทธจริยศาสตร์เห็นว่า การเกิดมาเป็นมนุษย์ถือเป็นเรื่องที่มีค่า ความเป็นมนุษย์คือภาวะที่มีไว้เพื่อบำเพ็ญบารมีและพัฒนาตนเอง และยอมรับว่ามนุษย์ที่พัฒนาตนเองคือบุคคลที่ควรค่าแก่การยอมรับ โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของการใช้ศักยภาพด้านปัญญา และการเอาชนะใจตนเอง¹²⁰ ดังนั้นการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ถ้าเป็นกระทำในเชิงพาณิชย์ ถือว่ากระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ทั้งกรณีการตั้งครรรภ์แทน การโคลนมนุษย์ และเด็กที่เกิดมาจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ทุกกรณี ในกรณีโคลนมนุษย์ มนุษย์ที่ถูกโคลนควรที่จะได้รับการยอมรับในคุณค่าและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เช่นเดียวกับมนุษย์ทั่วไป และควรพัฒนาเขาให้เหมือนมนุษย์ทั่วไป นอกจากนี้ยังเป็นการไม่เคารพต่อธรรมชาติ และจะทำให้เกิดมลภาวะชนิดใหม่ที่เรียกว่ามลภาวะทางชีวภาพ เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์อาจนำไปสู่การสร้างมนุษย์ที่สถานะ “ไม่ใช่บุคคล” (Impersonal) ไร้คุณค่าและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เพราะถูกสร้างและปฏิบัติต่อเสมือนวัตถุ ไม่ได้การยอมรับในสิทธิทางจริยธรรม¹²¹ การเคารพศักดิ์ศรีไม่ใช่การปฏิบัติต่อผู้นั้นในฐานะวัตถุดิบของ แต่หมายถึงการปฏิบัติต่อมนุษย์ในฐานะผู้มีสถานะทางจริยธรรมที่ชัดเจน ดังนั้นเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่มีแนวโน้มปฏิบัติต่อมนุษย์ลักษณะดังกล่าว เช่น ใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ ก็กลายเป็นเครื่องมือในการหารายได้อันมหาศาลของนักวิทยาศาสตร์ และก็จะเจริญเติบโตอย่างมากในเอเชีย¹²² ถ้าการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ทำแล้วมีตัวบ่งชี้ชัดเจนว่าจะเป็นประโยชน์ต่อสังคมและสมาชิกในสังคมได้รับประโยชน์

¹²⁰ จาก “ศักดิ์ศรี: มิติตะวันตก ไทย และพระพุทธศาสนา”, โดยรัตนะ ปัญญาภา, 2558, *วารสารบัณฑิตศึกษาปริทรรศน์ มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย*.

¹²¹ From “Ethics: An Introduction,” by Blockner, H.G. (1988) 2nd ed. New York: Heaven. Blackwelder (2002 : 64)

¹²² From “Human cloning and human dignity,” by Birnbacher, 2005, *Ethics, Law and Moral Philosophy of*

อย่างแท้จริงก็สามารถยอมรับได้ในเชิงจริยธรรม แต่ถ้าไม่เอื้อประโยชน์ต่อสังคมจริงๆ และมีแนวโน้มส่งผลเสียมากกว่า ก็ไม่ควรอนุญาตให้กระทำการได้¹²³

ดังนั้นการรับตั้งครรภ์แทนหรือที่เรียกเป็นการทั่วไปว่าการอุ้มบุญจะถือว่าเป็นการรับจ้างสร้างมนุษย์หรือไม่อยู่ที่มุมมองของแต่ละคน โดยพิจารณารอบด้านของฝ่ายต่างๆที่เกี่ยวข้องดังนี้¹²⁴

1) เด็กที่เกิดจากกิจกรรมนี้ มีข้อควรพิจารณาดังนี้

- 1.1) เป็นลูกใครจึงจะดีที่สุดสำหรับเด็ก
- 1.2) ถ้าไม่มีใครต้องการ จะทำอะไรจึงจะเป็นผลดีต่อเด็ก
- 1.3) ถ้าพ่อแม่เสียชีวิตและทำพิธีกรรมตักสิทธีจะกระทำหรือไม่
- 1.4) ถ้าเด็กอยากรู้ตัวผู้ตั้งครรภ์แทน หรือเจ้าของเชื้อและไข่ จะทำอะไร
- 1.5) เด็กที่เกิดจากการฝ่าฝืนกฎหมายนี้จะทำอะไร

2) ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน มีข้อควรพิจารณาคือ

- 2.1) การสร้างตัวอ่อนต้องสำหรับใช้ในการบำบัดรักษาภาวะผู้มีบุตรยากเท่านั้น ห้ามใช้ในกิจการใดๆ เว้นแต่เพื่อการศึกษาวิจัย
- 2.2) การศึกษาวิจัยตัวอ่อนที่มีอายุเกิน 14 วันจะกระทำไม่ได้
- 2.3) การห้าม cloning และผสมพันธุ์พิศดารโดยเด็ดขาด
- 2.5) การห้ามแสวงหาประโยชน์ทางการค้าใดๆ

3) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ข้อควรพิจารณาคือ

- 3.1) ตรวจสอบสุขภาพ ความพร้อมและความปลอดภัยก่อน
- 3.2) ทำโดยแพทย์ผู้มีคุณสมบัติเฉพาะ
- 3.3) ห้ามใช้ไข่ของผู้ตั้งครรภ์แทน
- 3.4) ต้องมิใช่บุพการีหรือผู้สืบสันดานของกลุ่มภรรยาที่ต้องการมีบุตร

4) คู่สามีภรรยาที่มีใจปรารถนาต้องการเด็กเป็นบุตร¹²⁵ จำต้องคำนึงถึงสิ่งเหล่านี้คือ

¹²³ From *Reproductive Control, Intervention and Reflection: Basic Issues in Medical Ethics*, by Munson, 2008, CA: Thomson Wadsworth, pp.364-451.

¹²⁴ อ้างแล้ว, หน้า 4

¹²⁵ ตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 ต้องเป็นสามีภรรยาที่ขอด้วยกฎหมายเท่านั้น

- 4.1) เป็นบิดามารดาชอบด้วยกฎหมายของเด็ก
 - 4.2) ผู้ตั้งครรภ์มิใช่มารดา แต่มีหน้าที่บางประการ ส่วนผู้บริจาคเชื้อและไข่ไม่มีนิติสัมพันธ์ใดๆ กับเด็ก
 - 4.3) ต้องมีความพร้อมทุกด้านอันเป็นที่ต้องการของเด็ก
- 5) คุณภาพมาตรฐานของผู้ให้บริการทางการแพทย์
 - 5.1) ต้องทำโดยแพทย์ที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะ
 - 5.2) ห้ามทำเพื่อค้ำหากำไร
 - 5.3) ห้ามนายหน้าคนกลาง
 - 5.4) ห้ามโฆษณาชักชวน
 - 6) ผู้บริจาคเชื้อและไข่
 - 6.1) ไม่มีความสัมพันธ์ใดๆ กับเด็ก
 - 6.2) ไม่ควรเปิดเผยตัวตนให้เด็กสืบสวนย้อนวายจนถึงเวลาที่เด็กนั้นบรรลุนิติ

ภาวะแล้ว

จากการพิจารณาข้อสังเกตของฝ่ายต่างๆ โดยรอบด้านดังกล่าวข้างต้นจะเห็นว่า ในบางสถานการณ์ก็มีเหตุอันชอบธรรมในการยอมรับการกำเนิดของเด็กโดยวิธีทางการแพทย์นี้ได้ อย่างไรก็ตาม ใด ไร ก็ ตาม เด็ก ซึ่ง มิ ได้ มี ส่วน รู้ เห็น เกี่ยว ข้อง กับ กิจ กรรม นี้ ด้วย เลย แต่ ได้ กลาย เป็น จุด ศูนย์ กลาง ของ ปัญหา จึง จำ เป็น ต้อง ให้ ความ สำคัญ ใน การ ปก ป้อง และ ค้ำ ครอง ชีวิต ที่ บริ สุ ทธิ์ นี้ เพื่อ เป็น หลัก ประ กัน ที่ มั่น คง ตาม สม คว ร แก่ เด็ก ตาม กฎ หมาย ที่ จัด ทำ ขึ้น อัน ได้ แก่ พระ ราช บัญ ญ ติ ค้ำ ครอง เด็ก ที่ เกิด โดย อา ศัย เทคโนโลยี ช่วย การ เจริญ พันธุ์ ทาง การ แพทย์ พ.ศ. 2558

การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เพื่อให้เกิดชีวิตใหม่ขึ้นอาจกล่าวได้ว่ามีด้วยกัน 3 ลักษณะอันได้แก่¹²⁶

1) คู่สามีภริยาที่ปรารถนาจะมีบุตรเหมือนคนทั่วไป แต่มีปัญหาเรื่องสภาพร่างกายทำให้มีบุตรยากหรือไม่สามารถมีบุตรได้ด้วยวิธีธรรมชาติจำเป็นต้องอาศัยเทคโนโลยีช่วยด้านการเจริญพันธุ์ โดยการนำเชื้อของสามีและไข่ของภริยามาผสมนอกร่างกาย (In Vitro Fertilization) เด็กที่เกิดจากการ

¹²⁶ จาก “อุ้มบุญหรือเอื้อบาป,” โดย จริญญา ภักดีชนากุล, 2558, วารสารรพี, 67(5), น. 18-23. คณะกรรมการเนติบัณฑิต สมัยที่ 67. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา เจ้าของลิขสิทธิ์.

ผสมเทียม(Artificial Fertilization)ด้วยวิธีนี้เรียกว่า เด็กหลอดแก้ว (Test Tube Baby) ซึ่งมีอยู่ทั่วโลกเป็นจำนวนมากและมีหลักฐานที่ได้ให้ความมั่นใจว่าไม่มีความผิดปกติหรือแตกต่างไปจากเด็กที่เกิดโดยปกติธรรมชาติ จึงแทบจะไม่มีควมจำเป็นจะต้องมีกลไกทางกฎหมายใดไปบริหารจัดการเป็นพิเศษ

2) การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในการสร้างเด็กที่เป็นอันตรายต่อเด็กและสังคมและมนุษยชาติอย่างร้ายแรง เช่นการสร้างลูกมนุษย์โดยวิธี Cloning ซึ่งไม่ต้องใช้เชื้อและไข่ของมนุษย์เลย และกรณีการใช้เทคโนโลยีช่วยด้านการเจริญพันธุ์ในการสร้างตัวอ่อนจากสารพันธุกรรมของมนุษย์มากกว่าสองคนขึ้นไปหรือจากสารพันธุกรรมของมนุษย์กับสิ่งมีชีวิตสายพันธุ์อื่นรวมกัน หรือการนำตัวอ่อนของมนุษย์ใส่เข้าไปในมดลูกของสัตว์หรือการนำตัวอ่อนของสัตว์ใส่เข้าไปในมดลูกของมนุษย์ เป็นต้น การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ลักษณะนี้เป็นพฤติกรรมที่เป็นอันตรายอย่างยิ่งจึงจำเป็นต้องมีมาตรการทางกฎหมายอาญาสำหรับผู้ที่ฝ่าฝืนอย่างรุนแรงและเข้มงวดประกอบกับมาตรการป้องกันทางกฎหมายปกครองและทางกฎหมายแพ่งเพื่อการชดใช้เยียวยาผู้เสียหาย

3) การนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์โดยจำเป็นต้องใช้บุคคลที่ 3 เป็นหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนหรือที่เรียกว่าการอุ้มบุญ สำหรับประเด็นนี้มีปัญหาทางกฎหมายและด้านจริยธรรม โดยคำว่า การอุ้มบุญจะถูกตีความหมายไปในทางที่ดีและเกิดประโยชน์แก่ทุกฝ่ายจึงได้รับการส่งเสริมสนับสนุนแต่อาจมีการถูกใช้ไปในทางที่ทำให้เกิดโทษต่อเด็กเหล่านี้และต่อสังคมโดยรวมได้เปรียบเสมือนการอุ้มบาป เช่นการอ้างสิทธิความเป็นแม่ของฝ่ายผู้ให้ตั้งครรภ์แทนและฝ่ายผู้รับตั้งครรภ์แทน หรือกรณีเด็กที่เกิดมาอาจไม่เป็นที่ต้องการของทั้งสองฝ่ายเพราะมีลักษณะด้อยหรือพิการตลอดจนการแสวงหาประโยชน์ในเชิงธุรกิจการค้าและอาจนำไปสู่ปัญหาการค้ามนุษย์ได้

มาตรการทางกฎหมายที่จำเป็นต้องมีขึ้นเพื่อบริหารจัดการวางกฎระเบียบสำหรับการรับตั้งครรภ์แทนนอกจากจะเป็นการสกัดกั้นป้องกันและปราบปรามพฤติกรรมอันตรายที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนแล้วยังต้องจัดระเบียบให้การดำเนินการรับตั้งครรภ์แทนเป็นไปอย่างถูกต้อง ปลอดภัยและไม่เป็นผลร้ายต่อทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จำเป็นต้องคุ้มครองโดยกฎหมายที่มีทั้งประสิทธิภาพและมีประสิทธิผลในทางปฏิบัติเป็นอย่างยิ่ง

สำหรับข้อควรคำนึงถึงกลไกทางกฎหมายเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในกรณีของการตั้งครรภ์แทนได้แก่

1) การวางกฎเกณฑ์ในการบังคับให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะทางเป็นผู้ดำเนินการ ห้ามมิให้บุคคลอื่นใดที่ไม่มีคุณสมบัติดังกล่าวเป็นผู้ให้บริการ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความปลอดภัยแก่เด็กและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

2) กระบวนการในการตรวจสภาพร่างกายและจิตใจของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และของผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ที่จะนำมาใช้ในการดำเนินการรวมทั้งการป้องกันโรคที่อาจมีผลกระทบต่อเด็กที่จะเกิดมาโดยเฉพาะโรคทางพันธุกรรม

3) การวางหลักเกณฑ์ให้คู่สามีภริยาจะต้องชอบด้วยกฎหมายและมีสัญชาติไทย เว้นแต่ถ้าสามีหรือภรรยาที่มีได้มีสัญชาติไทยก็ต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี เป็นการป้องกันมิให้คนต่างชาตินำประเทศไทยสำหรับการสร้างเด็กด้วยเทคโนโลยีนี้

4) การวางหลักเกณฑ์ให้คู่สามีภริยาจะต้องชอบด้วยกฎหมายเพื่อเป็นหลักประกันทางกฎหมายแก่เด็กว่าจะมีทั้งบิดาและมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายในการอุปการะเลี้ยงดูและยังเป็นการคุ้มครองเด็กในกรณีที่มีผู้กระทำละเมิดต่อบิดาที่ชอบด้วยกฎหมายจนถึงแก่ความตาย เด็กและมารดา ย่อมมีสิทธิฟ้องเรียกค่าชดเชยหรืออุปการะเลี้ยงดูจากผู้ทำละเมิดได้

อย่างไรก็ตามการวางหลักเกณฑ์ดังกล่าวควรจะต้องมีข้อยกเว้นในบางกรณีเช่นในกรณีที่คู่สามีภริยาที่มีได้จดทะเบียนสมรสกันแต่มีความจำเป็นและมีความประสงค์ที่จะมีบุตร โดยการตั้งครรภ์แทนโดยทางฝ่ายภรรยาในฐานะทางเศรษฐกิจที่มั่นคงที่จะอุปการะเลี้ยงดูบุตรได้โดยลำพังกฎหมายจึงควรอนุญาตให้ตั้งครรภ์แทนได้ถ้าฝ่ายสามีให้ความยินยอม บุตรที่เกิดมาก็เป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีภริยานี้

การวางหลักเกณฑ์สำหรับการตั้งครรภ์แทนควรคำนึงถึงสิ่งต่อไปนี้คือ

1) การวางหลักเกณฑ์สำหรับสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่กฎหมายอนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนได้ควรจะต้องมีความพร้อมสำหรับการเป็นบิดามารดาที่จะต้องแบกรับหน้าที่ในการเลี้ยงดู อบรมสั่งสอนบุตรในทุกๆด้าน ตั้งแต่ความพร้อมด้านร่างกาย จิตใจ วุฒิภาวะ ในฐานะทางเศรษฐกิจ วิถีทางดำเนินชีวิต ตลอดจนจนถึงปัญหาทางสังคม จึงจำเป็นต้องมีกฎระเบียบในการดำเนินการ และมีมาตรฐานในการตรวจความพร้อมของคู่สามีภริยาให้ชัดเจนในทุกๆด้าน ก่อนที่จะให้มีการรับตั้งครรภ์แทนได้

2) การวางหลักเกณฑ์สำหรับหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนจำเป็นต้องให้ความคุ้มครองดูแลให้เพียงพอด้วย เนื่องจากมีความเสี่ยงต่อสุขภาพหรือชีวิตในการตั้งครรภ์ถ้าหากปล่อยปละละเลยในการ

ปฏิบัติตัวอย่างไม่ต้องของหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนแล้วอาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพและจิตใจของเด็กที่อยู่ในครรภ์ได้ ตลอดจนต้องคำนึงถึงปัจจัยอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิประโยชน์ของเด็กด้วย หลักเกณฑ์ดังกล่าว เช่น การกำหนดอายุ การกำหนดว่าจะต้องเคยมีบุตร โดยปลอดภัยมาก่อนและการกำหนดจำนวนบุตรต้องไม่มากเกินไป

3) การวางหลักเกณฑ์สำหรับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะต้องมิใช่บุพการีหรือผู้สืบสันดานของกลุ่มสามีภริยาที่ต้องการบุตรและการวางหลักเกณฑ์ในการห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในการสร้างตัวอ่อนเพื่อป้องกันความสับสนภายในครอบครัวของเด็กและป้องกันความผูกพันทางจิตใจระหว่างหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนกับเด็กอาจนำไปสู่การแย่งชิงเด็กระหว่างหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนกับคู่สามีภรรยาที่ต้องการบุตร

4) การวางหลักเกณฑ์เพื่อป้องกันการโฆษณาเชิญชวนหรือกระทำการเป็นกลางหรือนายหน้าเพื่อประโยชน์ทางการค้าหากำไรโดยการเรียกรับทรัพย์สินหรือผลประโยชน์อื่นใดเป็นการตอบแทนแต่เนื่องจากการใช้เทคโนโลยีในการตั้งครรภ์แทนจำเป็นต้องมีค่าใช้จ่ายตามสมควร ดังนั้นการห้ามมิให้แสวงหาประโยชน์เพื่อการค้าหากำไรต้องมีข้อยกเว้นสำหรับการเสียค่าใช้จ่ายแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องฝ่ายต่างกันได้แก่ผู้ให้บริการทางการแพทย์และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน การวางหลักเกณฑ์นี้ได้โดยการวางกฎระเบียบให้ชัดเจนในการจะให้ใครบ้างที่จะเรียกและรับค่าใช้จ่ายในการใดและในเกณฑ์ใดได้บ้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนตั้งแต่ก่อนตั้งครรภ์ ระหว่างตั้งครรภ์ไปจนถึงการคลอดและหลังคลอด กรณีที่ในระหว่างตั้งครรภ์ทารกหรือหลังคลอด ทารกในครรภ์หรือเด็กที่คลอดออกมามีสภาพร่างกายหรือจิตใจไม่ตรงกับความต้องการของกลุ่มสามีภริยาที่ให้ตั้งครรภ์แทน อาจก่อให้เกิดปัญหาการทำแท้งหรือทอดทิ้งเด็ก จำเป็นต้องมีมาตรการในการป้องกันและแก้ไขเช่นกฎหมายบัญญัติให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนหรือองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการพิทักษ์ปกป้องสิทธิเด็กยื่นฟ้องต่อศาลเยาวชนและครอบครัวให้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้คู่สามีและภริยาที่ขอให้ตั้งครรภ์แทนเป็นผู้รับผิดชอบรวมทั้งต้องกำหนดให้ทำประกันสำหรับสถานการณ์นี้ด้วย

5) การวางหลักเกณฑ์ให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของกลุ่มสามีภริยาที่เป็นเจ้าของเชื้อและไข่ให้ตั้งครรภ์แทนนอกจากจะเป็นผู้ซึ่งมีใจปรารถนาจะได้เด็กเป็นบุตรมาตั้งแต่ต้นแล้วยังเป็นผู้ซึ่งมักจะอยู่ในฐานะที่มั่นคงพอจะอุปการะเลี้ยงดูเด็กได้เป็นอย่างดี ทำให้เด็กมีทั้งพ่อและแม่เป็นครอบครัวที่สมบูรณ์ จึงเป็นความชอบธรรมที่จะให้เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของกลุ่มสามีภริยาผู้นี้เพราะมีความผูกพันกันทั้งทางด้านเชื้อและใจปรารถนา

ส่วนหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนซึ่งเป็นผู้ให้เลือดเนื้อและน้ำนม แต่เดิมตามกฎหมายไทย บัญญัติให้หญิงที่ตั้งครรภ์และคลอดเด็กมีฐานะเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก อันเป็นหลัก ถูกต้องและเป็นธรรมสำหรับกรณีปกติธรรมดาทั่วไป แต่การที่เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะเป็น บุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นเป็นการไม่เหมาะสมด้วยเหตุที่ว่าหญิงที่รับ ตั้งครรภ์แทนรู้มาแต่แรกแล้วว่าตัวอ่อนที่นำมาสู่ครรภ์ของตนนั้นมิใช่เชื้อไขของตนแต่รับหน้าที่ให้ตัว อ่อนของคนอื่นได้อาศัยและเจริญเติบโตในครรภ์ของตนเท่านั้น เปรียบประหนึ่งแม่นมเข้ารับหน้าที่ ตั้งแต่เด็กถูกนำเข้าสู่ครรภ์เท่านั้นเองแต่มีความผูกพันมากกว่าแม่นมเพราะเป็นผู้ให้เลือดเนื้อแก่เด็กนั้น ด้วย ในบางประเทศให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของตนแต่ได้วางแนวทาง แก้ปัญหาการขาดสิทธิประโยชน์ของเด็กโดยวิธีอื่น เช่นการจัดการให้คู่สามีภรรยาที่ต้องการเด็กเป็น บุตรโดยการจดทะเบียนรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม เนื่องจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมักไม่อยู่ในฐานะที่ จะอุปการะเลี้ยงดูเด็กให้ดีได้แต่ยังคงวางหลักกฎหมายให้เด็กเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่ รับตั้งครรภ์แทนนั่นเอง

แต่เดิมประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่จะควบคุมการให้บริการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับ เทคโนโลยีช่วยด้านการเจริญพันธุ์โดยตรง เพียงแต่มีประกาศแพทยสภา 2 ฉบับ¹²⁷ ที่ควบคุมมาตรฐาน การในการให้บริการทางด้านนี้ทั้งของสถานพยาบาลที่ให้บริการและแพทย์ผู้ประกอบวิชาชีพ แต่ไม่ สามารถควบคุมบุคคลอื่นที่มีผู้ใช้ประกอบวิชาชีพได้ ทำให้เกิดกรณีมีผู้อาศัยช่องว่างของกฎหมายโดย คู่สมรสชาวต่างชาติจ้างให้หญิงไทยตั้งครรภ์แทนในลักษณะเชิงธุรกิจและก่อให้เกิดปัญหาต่อเด็ก ตามมา สภานิติบัญญัติแห่งชาติได้ตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการ เจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยได้รับการประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อ 1 พฤษภาคม 2558 จึงสามารถควบคุมการให้บริการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีช่วยด้านการเจริญพันธุ์ได้ อย่างครอบคลุมและกำหนดสถานะความสัมพันธ์ทางกฎหมายของเด็กและบิดามารดาไว้อย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม กฎเกณฑ์บางประการในพระราชบัญญัติฉบับนี้อาจส่งผลให้เกิดข้อขัดข้องในการ ให้บริการของแพทย์และความยุ่งยากต่อคู่สมรสได้เช่น การให้การผสมเทียมจัดเป็นเทคโนโลยีช่วยการ เจริญพันธุ์อย่างหนึ่งและการผสมเทียมสามารถให้บริการให้แก่คู่สมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้น เป็นต้น

¹²⁷ โปรดดูภาคผนวก ก. ประกอบ

ดังนั้นการตั้งครรภ์แทนสามารถจำแนกได้เป็น 2 ประเภทตามความสามารถของหญิงที่
ตั้งครรภ์ดังนี้

1) การตั้งครรภ์ได้เองซึ่งไม่ใช้การตั้งครรภ์โดยวิธีธรรมชาติ แต่เป็นเทคโนโลยีช่วยการเจริญ
พันธุ์ทางการแพทย์ที่หญิงที่ต้องการมีบุตรสามารถตั้งครรภ์ในมดลูกของตนเอง ได้แก่ในกรณีของการ
ฉีดเชื้อ (Artificial Insemination)¹²⁸ การปฏิสนธินอกร่างกาย (In Vitro Fertilization) การตั้งครรภ์ได้เอง
โดยการรับบริจาค (Donated Embryo)

2) การตั้งครรภ์แทน ตามคำนิยามในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยี
ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้แก่ การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญ
พันธุ์ทางการแพทย์ โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงไว้กับสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายก่อน
ตั้งครรภ์ว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ซึ่งเรียกเป็น
การทั่วไปว่า การอุ้มบุญ

การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยเฉพาะการตั้งครรภ์แทน มีประเด็น
สำคัญที่ควรพิจารณาดังนี้

1) เนื่องจากสถานะทางกฎหมายของเด็กที่เกิดซึ่งแต่เดิมด้วยคำวินิจฉัยของศาลฎีกาให้ถือว่าเป็น
บุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน แต่ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดย
อาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและ
ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ให้ตั้งครรภ์แทน ประเด็นดังกล่าวนี้กฎหมายในแต่ละประเทศจะมีความ
แตกต่างกันดังได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 3 บางประเทศให้เจ้าของไข่ไม่มีสิทธิเป็นมารดาโดยชอบด้วย
กฎหมายแต่ในบางประเทศกลับให้สิทธิแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์และคลอดเด็กเป็นมารดาที่ชอบด้วย
กฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามย่อมก่อให้เกิดปัญหาเรื่องสิทธิทางจริยธรรม ด้วยความรักและความผูกพันที่
เกิดขึ้นของผู้รับตั้งครรภ์กับทารกในครรภ์ ทำให้เกิดกรณีการไม่คืนบุตรกับคู่สามีภรรยาที่เป็นเจ้าของ
ไข่และอสุจิซึ่งกฎหมายได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนแล้วว่าให้เป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีและ
ภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรตามมาตรา 29¹²⁹ วรคแรกแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัย
เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ความรักและความผูกพันดังกล่าวย่อมเกิดขึ้น
ได้เป็นธรรมดาของมารดาที่ได้ตั้งครรภ์ถึง 9 เดือน เมื่อคลอดแล้วจึงมีความรู้สึกอยากปกป้องไว้จะไม่

¹²⁸ There are four different types of artificial insemination, and they each offer unique benefits and difficulties..

สืบค้นจาก<https://www.azfertility.com/www.azfertility.com> > types-of-artificial-insemination.

¹²⁹ โปรดดูภาคผนวก ข. ประกอบ

ยอมคืนลูกให้กับสามีภริยาที่ให้ตั้งครรภ์แทน ดังนั้นถ้าไม่ยอมคืนเด็กให้ มาตรการทางกฎหมายจะเป็นอย่างไรเพื่อให้สอดคล้องกับความรักและความผูกพันของผู้รับตั้งครรภ์แทนกับเด็กที่เกิดขึ้น

2) ในกรณีที่เกิดในครรภ์พิการแต่กำเนิดซึ่งเกิดขึ้นตามธรรมชาตินั้น สามีภริยาที่ให้ตั้งครรภ์แทนจะปฏิเสธไม่รับเป็นบุตรไม่ได้เพราะกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนแล้วเนื่องจากเป็นเจ้าของพันธุกรรมโดยตรงแต่ถ้าปฏิเสธที่จะรับ ควรมีมาตรการทางกฎหมายอย่างไรต้องกำหนดให้แน่ชัดลงไป

จะเห็นได้ว่ากรณีตามข้อ 1 เป็นเรื่องข้อโต้แย้งสิทธิในการเป็นเจ้าของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ขณะเดียวกันในกรณีตามข้อ 2 เป็นเรื่องการปฏิเสธสิทธิในการเป็นเจ้าของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ดังนั้นมาตรการทางกฎหมายจำเป็นต้องคำนึงถึงเรื่องสิทธิทางจริยธรรมในการคุ้มครองเด็กดังกล่าวด้วย

3) ปัญหาการเสียชีวิตของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่จะให้มีการตั้งครรภ์แทนก่อนที่ทารกจะเกิดมา ได้มีการบัญญัติมาตรา 30¹³⁰ ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองเด็กนั้น จนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ ส่วนกรณีที่สามีภริยาคณะเบี่ยงนัยก่อนที่ทารกจะคลอดนั้น กฎหมายไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าจะให้ใครเป็นผู้ปกครองเด็กคงต้องอาศัยคำสั่งศาลตามคำร้องขอ แต่ถ้าทั้งคู่ปฏิเสธจะให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองเด็กนั้นจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ได้หรือไม่ ยังไม่ชัดเจนพอแต่อย่างไรก็ตามจำเป็นที่จะต้องคำนึงถึงหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กซึ่งเป็นพื้นฐานทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

4) การรับจ้างตั้งครรภ์แทน ซึ่งเป็นเรื่องเชิงพาณิชย์เป็นข้อห้ามตามมาตรา 24 แต่ยังมีกรลักลอบกระทำโดยผิดกฎหมายอยู่จึงจำเป็นต้องมีกลไกทางกฎหมายอื่นมาใช้บังคับนอกจากการลงโทษตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

¹³⁰ มาตรา 30 บัญญัติว่า ในกรณีที่สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองเด็กนั้นจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก ผู้มีส่วนได้เสียหรือพนักงานอัยการร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้ปกครองได้ และในการตั้งผู้ปกครองดังกล่าวให้ศาลพิจารณาถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กนั้นเป็นสิ่งสำคัญ

ดังนั้นการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยการตั้งครรภ์เองนั้นมักไม่มีปัญหาในทางกฎหมายมากนักเพราะมักจะมีพันธุกรรมของทั้งฝ่ายสามีภรรยาหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ส่วนที่เป็นปัญหามักจะเกิดจากการตั้งครรภ์โดยมีหญิงอื่นที่รับตั้งครรภ์แทนมาเกี่ยวข้องด้วยจึงจำเป็นต้องมีมาตรการหรือหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีประสิทธิภาพมาใช้ในการแก้ปัญหาการตั้งครรภ์แทน

เนื่องจากปัจจุบันประเทศไทยเรามีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ซึ่งได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม 2558 โดยมีผลใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา คือวันที่ 30 กรกฎาคม 2558 นั้นด้วยเหตุผลที่ต้องการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ซึ่งเป็นความก้าวหน้าทางวิทยาการและเทคโนโลยีทางการแพทย์ในการบำบัดรักษาภาวะผู้มีบุตรยากให้เหมาะสมและนอกจากนี้ยังเป็นการควบคุมการศึกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์การแพทย์เกี่ยวกับตัวอ่อนและเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไม่ให้นำไปใช้ในทางที่ไม่ถูกต้องตลอดจนเป็นการป้องกันการใช้ประโยชน์ทางการค้าและแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ จึงวิเคราะห์พระราชบัญญัติดังต่อไปนี้

4.1 การวิเคราะห์พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558¹³¹

4.1.1 การวิเคราะห์หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยการตั้งครรภ์แทน

การวิเคราะห์เรื่องการกำหนดนิยามศัพท์ตามมาตรา 3

การนิยามศัพท์เป็นการให้ความหมายของคำต่างๆที่ปรากฏในกฎหมายเพื่อให้เกิดความเข้าใจมากขึ้นโดยเฉพาะศัพท์ที่สำคัญได้แก่ คำว่า “อสุจิ”, “ไข่”, “เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์”, “การผสมเทียม”, “การตั้งครรภ์แทน”, “ตัวอ่อน”, “ทารก”, “ชาย”, “คณะกรรมการ”, “รัฐมนตรี”

¹³¹ โปรดดูภาคผนวก ข.

สำหรับคำว่า “การตั้งครรภ์แทน”¹³² หมายความว่า การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงเป็นหนังสือไว้กับสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายก่อนตั้งครรภ์ว่าที่จะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น เป็นการที่กฎหมายกำหนดให้สามีและภรรยาที่จดทะเบียนสมรสแล้วเท่านั้นจึงมีสิทธิขอให้ดำเนินการตั้งครรภ์แทนได้ ถือเป็นกรณีรอนสิทธิในการสร้างครอบครัวที่ต้องการมีบุตรโดยที่สามีภรรยาผู้นั้น อาจอยู่กินกันฉันสามีภรรยาโดยพฤตินัยซึ่งไม่ได้จดทะเบียนสมรสกันก็ได้การจดทะเบียนสมรสของชายและหญิงตามกฎหมายถือเป็นสิทธิมิใช่หน้าที่ตามกฎหมาย ที่กฎหมายพึงบังคับจะต้องกระทำและมีความผิดแต่อย่างใด การที่ชายและหญิงอยู่กินกันฉันสามีภรรยาโดยไม่จดทะเบียนสมรสกันก็ควรจะ ได้รับโอกาสในสิทธิขั้นพื้นฐานในการก่อตั้งครอบครัวและมีทายาทสืบวงศ์ตระกูล

ดังนั้นถ้ากรณีที่อยู่กินกันฉันสามีภรรยาในทางพฤตินัยแต่ไม่ได้จดทะเบียนกัน แต่ต้องการมีบุตรโดยการตั้งครรภ์แทน จึงควรมีข้อยกเว้นไว้ในกฎหมายด้วยเพื่อให้สิทธิได้ครอบคลุมขึ้น จึงขอเสนอแนะให้มีมาตรการในการพิสูจน์เรื่องพฤตินัยการใช้ชีวิตอย่างสามีภรรยาทั่วไปโดยจะต้องแสดงหลักฐานว่าได้อยู่กินกันฉันสามีภรรยาอย่างน้อย 2 ปีขึ้นไปแล้วให้แสดงความจำนงไปยังคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (กคทพ.) โดยให้รอการพิจารณาอนุญาตอีก 1 ปี เพื่อความเหมาะสมต่อไป

กรณีชาย หญิง โสด และ คู่รักร่วมเพศ ที่จะขอให้มีการตั้งครรภ์แทน ยังเป็นประเด็นที่ถกเถียงกันอยู่ โดยเฉพาะยังไม่มีความหมายที่ให้ผู้ร่วมเพศจดทะเบียนสมรสกัน แม้ว่าจะคิดว่าเป็นการปิดกั้นโอกาสของผู้มีความหลากหลายทางเพศ ที่อยู่กินด้วยกันด้วยความรัก ซึ่งเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มีวิวัฒนาการก้าวหน้าสามารถให้ผู้มีความหลากหลายทางเพศใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มีทายาทสืบวงศ์ตระกูลได้ ประกอบกับ กฎหมายในต่างประเทศ ได้เปิดโอกาสให้ผู้มีความหลากหลายทางเพศจดทะเบียนสมรส และจดทะเบียนคู่ชีวิตได้ถูกต้องตามกฎหมาย และสามารถใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้แล้ว

อย่างไรก็ตาม ได้มีความพยายามในการผลักดันให้มีพระราชบัญญัติคู่ชีวิตเกิดขึ้นในประเทศไทย แต่ยังคงไม่ยอมให้มีการตั้งครรภ์แทนได้ เพราะตามแบบแผนของสังคมไทยการสร้างครอบครัวควรประกอบด้วยสามีและภรรยาเป็นผู้ให้กำเนิดบุตรไม่ว่าจะด้วยวิธีธรรมชาติหรือโดยอาศัยเทคโนโลยี

¹³² ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ก็ตาม การที่บุคคลเพศเดียวกันต้องการมีบุตรด้วยวิธีธรรมชาติไม่ได้ แต่ต้องการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยการตั้งครรภ์แทนจึงเป็นการไม่เหมาะสมเพราะเด็กที่เกิดมาจะมีความสับสนในชาติกำเนิดของตนนอกจากจะเห็นว่าหญิงผู้ให้กำเนิดตนเป็นผู้ตั้งครรภ์แทนแล้ว ผู้ที่ถ่ายถอดสารพันธุกรรมคือผู้ที่เป็นเพศเดียวกัน แล้วใครจะเป็นพ่อใครจะเป็นแม่กันแน่ อาจส่งผลกระทบต่อทางด้านจิตใจให้เด็กเติบโตอยู่ในสังคมได้ยากลำบากขึ้น

อย่างไรก็ตามถ้ามีการฝ่าฝืนกฎหมายและเด็กเกิดมาแล้วจะหาทางออกเพื่อที่จะคุ้มครองเด็กเหล่านี้ได้อย่างไร เห็นว่าควรตราเป็นกฎหมายให้เด็กเป็นบุตรบุญธรรมของคู่กรรภ์ร่วมเพศนี้ เด็กจะได้มีผู้ปกครองดูแลไม่ถูกทอดทิ้ง แม้จะไม่ได้บุตรที่ชอบด้วยกฎหมายตามพระราชบัญญัตินี้ก็ตาม

ส่วนกรณีชาวต่างประเทศที่เป็นสามีภริยาที่จดทะเบียนกันแล้วก็ตามกฎหมายไทยไม่อนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะเป็นผู้ขอหรือผู้รับการตั้งครรภ์แทนเพื่อป้องกันการค้ามนุษย์ อย่างไรก็ตามการที่ชาวต่างประเทศที่เป็นสามีภริยาที่จดทะเบียนกันแล้วมีความประสงค์ที่จะขอให้มีการตั้งครรภ์แทนในไทยควรมีการเพิ่มบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองกรณีดังกล่าวโดยใช้มาตรการที่เข้มงวดขึ้นเช่นมีหนังสือรับรองสถานะภาพการสมรสจากประเทศของตน และมีการตรวจสอบคุณสมบัติรวมทั้งสถานะทางสังคมที่จำเป็นต่อการเลี้ยงดูเด็กเป็นต้นนอกเหนือจากการมีข้อยกเว้นสำหรับสามีหรือภริยาไม่ได้มีสัญชาติไทยต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่า สามปีไม่ว่าจะจดทะเบียนที่ประเทศใดซึ่งได้ระบุไว้ในกฎหมายตามมาตรา 21(1)

ส่วนคำว่า “ตัวอ่อน” และ “ทารก” ได้มีการกล่าวถึงช่วงเวลาแปลสัปดาห์ไว้เป็นเพราะทางการแพทย์นั้นเมื่ออสุจิและไข่ของมนุษย์เกิดการปฏิสนธิจะได้ตัวอ่อน โดยในระยะแปลสัปดาห์แรกหลังจากการปฏิสนธิ จะมีการพัฒนาการของตัวอ่อนเป็นการเจริญเติบโตภายในครรภ์ ช่วงเวลานี้เรียกว่าระยะตัวอ่อนซึ่งมีลักษณะพิเศษ โดยการสร้างระบบต่างๆที่สำคัญในร่างกายจนเป็นทารกซึ่งเป็นตัวอ่อนที่มีอายุเกินแปลสัปดาห์¹³³ จึงได้แยกนิยามศัพท์คำว่า “ตัวอ่อน” และ “ทารก” ไว้อย่างชัดเจน

¹³³ From “The Endowment for Human Development Improving lifelong health one pregnancy at a time”, 2001.

การวิเคราะห์เกี่ยวกับหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการขอให้มีการตั้งครรภ์แทน

ตามมาตรา 21¹³⁴ จะเห็นว่า มาตรา 21(1) เป็นการกำหนดความชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากสามีภริยาที่ขอให้ตั้งครรภ์แทน

ส่วนการกำหนดหลักการตามมาตรา 21(2) เป็นการป้องกันความสับสนในการลำดับเครือญาติ แต่ในต่างประเทศมีเหตุการณ์เช่นนี้เกิดขึ้นแล้วกล่าวคือ หญิงอเมริกันวัย 61 ปี อาศัยอยู่ที่รัฐเนบราสก้า ประเทศสหรัฐอเมริกาได้เป็นผู้รับอาสาเป็นรับตั้งครรภ์แทนให้กับลูกชายที่เป็นเกย์และสามีของเขาที่จดทะเบียนสมรสกันได้ ให้กำเนิดทารกเพศหญิงที่โรงพยาบาล Nebraska Medical Center ในเมืองโอมาฮา คู่รักเพศเดียวกันได้แก่นาย แมทธิว เอเลคจ์ และ เอลเลียต โดเซอร์ดี คือผู้ปกครองที่แท้จริงของเด็กหญิงตัวน้อยที่เพิ่งลืมตาโลก ทั้งคู่กล่าวว่าอยากมีบุตรมานานแล้ว และได้ปรึกษากับแม่ของแมทธิว และน้องสาวของเอลเลียต ซึ่งทั้งสองคนอาสาที่จะช่วย ในตอนนั้น เซซิล เอเลคจ์ มารดาของแมทธิว มีอายุ 60 ปีและหยุดการมีประจำเดือนไปแล้ว แต่ร่างกายยังแข็งแรงและสามารถให้กำเนิดบุตรได้ ดังนั้นแพทย์จึงใช้วิธีผสมเชื้ออสุจิของแมทธิวเข้ากับไข่ที่ได้รับบริจาคมาจากน้องสาวของเอลเลียต แล้วให้ฝังตัวในร่างกายของเซซิลแทน จะเห็นได้ว่าเป็นการฝ่าฝืนบทมาตรา 21(2) บัญญัติว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีสุขภาพดีหรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะจะเกิดความสับสนว่าเด็กที่เกิดอาจจะเป็น ได้ทั้งลูกและหลานของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้ในขณะเดียวกัน

การที่กฎหมายควบคุมการตั้งครรภ์แทนกำหนดว่า คนที่รับตั้งครรภ์ให้หรือรับอุ้มบุญจะต้องเป็นเครือญาติเท่านั้น เห็นว่าอาจมีกรณีที่คนที่ต้องการให้คนอื่นตั้งครรภ์ให้ นั้น ไม่ค่อยมีเครือญาติ จำเป็นต้องมีบุคคลภายนอกมารับตั้งครรภ์แทน กฎหมายควรกำหนดข้อยกเว้นในกรณีเช่นนี้ไว้โดยชัดเจน ส่วนการที่จะรับค่าตอบแทนในการรับตั้งครรภ์ให้ นั้นจำนวนเงินที่จะให้ต้องมีความเหมาะสมและพร้อมที่จะช่วยเหลือในเรื่องนี้ซึ่งเป็นผู้ที่รับอาสาตั้งครรภ์ให้ถึง 9 เดือน

การวิเคราะห์เรื่องการเป็นสัญญาตั้งครรภ์แทนหรือไม่อย่างไร

เนื่องจากการตั้งครรภ์แทนเป็นประเด็นที่ก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายก่อนที่จะมีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558

¹³⁴ โปรดดูภาคผนวก ข.

ดังนั้นกฎหมายนี้จึงได้กำหนดหลักการดังกล่าวมาแล้วข้างต้นเพื่อแก้ไขปัญหาล่าช้าแล้วหลายประการด้วยกัน แต่อย่างไรก็ตามยังมีปัญหาบางประการที่ยังมีความเห็นของนักกฎหมายที่แตกต่างกันอยู่และมีส่วนที่เกี่ยวกับเรื่องลักษณะของสัญญาตั้งครรภ์แทน¹³⁵ ซึ่งจะเป็นปัญหากฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนเพราะไม่ใช่คำว่าสัญญาตั้งครรภ์แทนแต่ใช้คำว่าการตั้งครรภ์แทนซึ่งเป็นข้อตกลงตามพระราชบัญญัตินี้จากบทนิยามตามมาตรา 3 บัญญัติไว้ว่า “การตั้งครรภ์แทน” หมายความว่า การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงเป็นหนังสือไว้กับสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายก่อนตั้งครรภ์ว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น จะถือเป็นสัญญาทางแพ่งหรือไม่อย่างไร

สัญญาตั้งครรภ์แทนก่อนประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มีหลักความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาตั้งครรภ์แทนหรือไม่ซึ่งมีประเด็นสำคัญที่ควรพิจารณา ดังต่อไปนี้

1) สัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประเทศใดบ้าง

จากการศึกษาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายต่างประเทศ กล่าวโดยสรุปคือกลุ่มประเทศระบบ Common Law เช่น ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และออสเตรเลีย ให้การรับรองดำเนินการตั้งครรภ์แทนได้แต่ต้องอยู่ ภายใต้กรอบของกฎหมายของประเทศนั้นๆ จึงถือว่าสัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประเทศ ต่างจากกลุ่มประเทศระบบ Civil Law เช่น ประเทศฝรั่งเศส และเยอรมัน กำหนดให้สัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นโมฆะ เนื่องจากเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประเทศ สำหรับในประเทศไทยในอดีตที่ยังไม่มี พ.ร.บ. คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 นั้น มีความเห็นของนักกฎหมายและนักวิชาการแตกต่างกันออกเป็นสองความเห็นคือ ความเห็นที่หนึ่ง¹³⁶ เห็นว่าสัญญาตั้งครรภ์แทนเป็น โมฆะเพราะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน มาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากการรับจ้างตั้งครรภ์แทนทำให้ลดศักดิ์ศรีแห่งความเป็นแม่ของหญิงนั้นอย่างสิ้นเชิงคงเหลือแต่ความเป็น โรงงานผลิตนมมนุษย์อีกทั้งยังเป็นการ

¹³⁵ จาก วัตถุประสงค์ของนิติกรรม : ศึกษาเชิงประวัติศาสตร์และเปรียบเทียบ(วิทยานิพนธ์) โดย วีรวัฒน์ จันทโชติ, 2531, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

¹³⁶ จาก “จริยธรรมและกฎหมายกับการกำเนิดมนุษย์โดยเทคโนโลยีแผนใหม่,” โดย วิชชา มหาคุณ, 2536, อ้างแล้ว, น.3

ทำลายระบบครอบครัวที่มีการสืบสายโลหิตและเผ่าพันธุ์ที่ชัดเจนความเห็นที่สอง¹³⁷ เห็นว่าสัญญาตั้งครรรค์แทนเป็นสัญญาที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยเพราะวัตถุประสงค์ของสัญญาดังกล่าวนี้เป็นไปเพื่อช่วยเหลือคู่สมรสที่มีบุตรยากให้มีบุตรไว้สืบสกุล โดยที่รับตั้งครรรค์แทนเป็นแต่เพียงผู้ให้การเลี้ยงดูทารกในครรรค์ให้เจริญเติบโตเท่านั้นซึ่งเปรียบเสมือนการรับเลี้ยงดูเด็กตามธรรมดาทั่วไป ดังนั้นสัญญารับตั้งครรรค์แทนจึงเป็นสัญญาที่สมบูรณ์และบังคับได้ตามกฎหมาย แต่ในปัจจุบันได้มี พ.ร.บ.คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ซึ่งทำให้เห็นได้ว่าประเทศไทยมิให้การรับรองว่า การตั้งครรรค์แทนเป็นข้อตกลงที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย จึงเห็นว่า การตั้งครรรค์แทน เป็นสัญญาที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยเพราะมีกฎหมายรองรับแล้ว

เนื่องจาก การตั้งครรรค์แทนเป็นการสนองตอบต่อความต้องการตามธรรมชาติของสามีภรรยาซึ่งเป็นสถาบันครอบครัวอันเป็นพื้นฐานที่สำคัญของสังคมเพื่อให้สังคมมีความเข้มแข็งต่อไป และชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรรค์แทนมักอยู่ในฐานะทางเศรษฐกิจที่ดี ซึ่งมีความสามารถที่จะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรค์แทน ให้เติบโตเป็นกำลังสำคัญของสังคมได้ นอกจากนี้ปัญหาการมีบุตรยากในคู่สมรสที่มีความพร้อมก็มีจำนวนเพิ่มมากขึ้นด้วยสาเหตุหลาย ๆ ประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายหญิงมีร่างกายที่ไม่พร้อมสำหรับการตั้งครรรค์ ถ้าหากไม่ใช้วิธีการตั้งครรรค์แทน ย่อมทำให้คู่สมรสนั้นไม่มีโอกาสที่จะมีบุตรได้อันจะส่งผลให้สถาบันครอบครัวขาดความสมบูรณ์ นอกจากนี้หากพิจารณาในแง่มุมมองทางสังคม ก็จะเห็นได้ว่าสังคมเปิดกว้างมากขึ้นในการที่จะยอมรับให้มีการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เข้ามาช่วยแก้ปัญหาการมีบุตรยาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตั้งครรรค์แทนซึ่งเป็นวิธีที่จะใช้เมื่อคู่สมรสฝ่ายหญิงไม่สามารถตั้งครรรค์ได้ด้วยตนเอง หรือการตั้งครรรค์อาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพของหญิงนั้น หรือของทารกในครรรค์ กฎหมายไทยจึงให้การตั้งครรรค์แทนสามารถกระทำได้ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมาย

2) การพิจารณาเรื่องสัญญาตั้งครรรค์แทนเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการพ้นวิสัยหรือไม่ และมีผลใช้บังคับได้หรือไม่อย่างไร

เนื่องจากการตั้งครรรค์แทน มีลักษณะเป็นข้อตกลงที่มีวัตถุประสงค์ คือ การให้กำเนิดเด็กโดยใช้วิธีการตั้งครรรค์แทน และส่งมอบเด็กนั้นให้แก่ชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรรค์แทน ซึ่งในปัจจุบันมีกฎหมายกำหนดการตั้งครรรค์แทนเป็นข้อตกลงไว้โดยชัดแจ้ง แต่ไม่เรียกว่าสัญญาตั้งครรรค์แทนจึงมิได้มีวัตถุประสงค์เป็นการพ้นวิสัย นอกจากข้อตกลงดังกล่าวยังไม่ใช่สัญญาที่มีวัตถุประสงค์เป็นการขัด

¹³⁷ จาก ปัญหาทางกฎหมายของการตั้งครรรค์แทน (วิทยานิพนธ์) โดย สหทยา สุนทรเกตุ, 2539, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539, น. 118-119.

ต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่ข้อกำหนดในข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนจะมีผลใช้บังคับได้หรือไม่ เป็นเรื่องที่จะต้องพิจารณาอีกกรณีหนึ่ง จากการพิจารณาบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150¹³⁸ และมาตรา 151¹³⁹ พบว่ามีข้อตกลงบางลักษณะ ที่อาจขัดต่อบทบัญญัติดังกล่าวได้ ตัวอย่างเช่น การกำหนดข้อตกลงในสัญญาเพื่อก่อสร้างของบุคคลทางครอบครัว โดยฝ่ายหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนสละความเป็นมารดาและมีข้อตกลงในลักษณะที่กำหนดให้เด็กซึ่งเกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรของชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน และหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนจะต้องส่งมอบเด็กให้ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนหลังจากที่ให้นกำเนิดเด็กนั้น เพื่อให้ชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนไปดำเนินการแจ้งเกิดในทะเบียนคนเกิด โดยระบุว่าเด็กเป็นบุตรของชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน อันเป็นการแตกต่างจากหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1546¹⁴⁰ อันเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสัมพันธ์และความมั่นคงของสถาบันครอบครัว ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เป็นผลทางกฎหมายที่คู่สัญญาไม่สามารถจะตกลงให้แตกต่างได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 และมาตรา 151 หรืออาจมีการกำหนดข้อตกลงในสัญญาว่า หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนได้ให้ความยินยอมไว้ล่วงหน้าในการที่ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนจะจดทะเบียนรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตร โดยชอบด้วยกฎหมาย และจะไม่ถอนความยินยอมดังกล่าว ไม่ว่าในกรณีใด ๆ ก็ตาม แต่เนื่องจากการให้ความยินยอมนั้นต้องเป็นไปโดยสมัครใจ และสามารถถอนความยินยอมได้เสมอ ดังนั้นข้อตกลงในลักษณะเหล่านี้จึงตกเป็นโมฆะ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 150 ตราบเท่าที่ยังไม่มีกฎหมายบัญญัติถึงความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไว้เป็นอย่างอื่น แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งแล้วในมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ว่าเด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาค แล้วแต่กรณี โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะกระทำโดยการให้ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์ หรือให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่น ให้เด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร แม้ว่าสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด ปัญหาในเรื่องความยินยอมตามข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนจึงหมดไป

¹³⁸ มาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายเป็นการพนันหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ

¹³⁹ มาตรา 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่าการใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ

¹⁴⁰ มาตรา 1546 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า เด็กที่เกิดจากหญิงที่ไม่ได้มีการสมรสกับชาย ให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

จากการที่ได้พิจารณาลักษณะทั่วไปของข้อตกลงการตั้งครุฑแทนแล้ว จะพบว่า ข้อตกลงนี้ มักมีการกำหนดเรื่องสิทธิ หน้าที่โดยทั่วไปของคู่สัญญาแตกต่างกันไปจากเอกเทศสัญญาในเรื่องสัญญาเช่าทรัพย์สิน สัญญาจ้างแรงงาน และสัญญาจ้างทำของ กล่าวคือมดลูกไม่ใช่ทรัพย์สินที่ชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครุฑแทนจะสามารถใช้หรือได้รับประโยชน์ได้ ตามหลักเกณฑ์ของสัญญาเช่าทรัพย์สิน ข้อตกลงการตั้งครุฑแทนจึงไม่ใช่สัญญาเช่าทรัพย์สิน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 537¹⁴¹ และเนื่องจากการเจริญเติบโตของตัวอ่อนในครรภ์ของหญิงผู้รับตั้งครุฑแทน ย่อมเป็นไปโดยธรรมชาติไม่สามารถควบคุมหรือบังคับบัญชาได้ และไม่ใช่กรณีที่หญิงผู้รับตั้งครุฑแทนตกลงจะทำงานให้ชายหญิง ผู้ขอให้ตั้งครุฑแทนตามหลักเกณฑ์ของสัญญาจ้างแรงงาน ข้อตกลงการตั้งครุฑแทนจึงไม่ใช่สัญญาจ้างแรงงาน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575¹⁴² นอกจากนี้ ถึงแม้ว่าโดยปกติแล้วการตั้งครุฑแทนย่อมมีความเสี่ยงอยู่ในตัวเอง อาจมีการแท้งหรือเด็กที่เกิดมาอาจมีความผิดปกติบางประการ แต่ถ้าหากหญิงผู้รับตั้งครุฑแทนมิได้ปฏิบัติหน้าที่ตามข้อตกลง ถ้าชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครุฑแทนจะต้องชำระค่าตอบแทนให้แก่ผู้รับตั้งครุฑแทน โดยไม่ได้คำนึงถึงความสำเร็จของการตั้งครุฑแทนนั้น ซึ่งอาจจะทำให้พิจารณาได้ว่าข้อตกลงการตั้งครุฑแทนไม่เข้าหลักเกณฑ์ของสัญญาจ้างทำของที่จะต้องคำนึงถึงผลสำเร็จของงาน แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาข้อตกลงการตั้งครุฑแทนเปรียบเทียบกับสัญญาจ้างว่าความ หรือสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการรักษาทางการแพทย์ จะเห็นได้ว่าตามสัญญาดังกล่าวไม่ว่าการว่าความจะแพ้หรือชนะ ไม่ว่าแพทย์จะรักษาคนไข้หายหรือไม่ ลูกความหรือคนไข้ก็ต้องชำระค่าตอบแทนตามสัญญาเช่นกัน โดยถือว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาจ้างทำของ เมื่อนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาพิจารณากับข้อตกลงการตั้งครุฑแทนทำให้เห็นได้ว่าถึงแม้ภายหลังจากการปฏิสนธิและมีการตั้งครุฑเกิดขึ้นแล้ว การเจริญเติบโตของเด็กจะเป็นไปตามธรรมชาติโดยอัตโนมัติก็ตาม แต่หญิงผู้รับตั้งครุฑแทนก็มีความผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามข้อตกลงการตั้งครุฑแทน ปฏิบัติตามคำแนะนำของแพทย์ เพื่อให้เด็กเกิดมามีสุขภาพที่สมบูรณ์แข็งแรงและถ้าหากหญิงผู้รับตั้งครุฑแทนไม่ปฏิบัติตามคำแนะนำของแพทย์ก็อาจมีผลทำให้แท้งได้ข้อตกลงการตั้งครุฑแทนจึงมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของ ตามหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587¹⁴³ แต่ถ้า

¹⁴¹ มาตรา 537 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า อันว่าเช่าทรัพย์สินนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่า ผู้ให้เช่า ตกลงให้บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่า ผู้เช่า ได้ใช้หรือได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งระยะเวลาอันมี จำกัด และผู้เช่าตกลงจะให้ค่าเช่าเพื่อการนั้น

¹⁴² มาตรา 575 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า อันว่าจ้างแรงงานนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่า ลูกจ้าง ตกลงจะทำงานให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่า นายจ้าง และนายจ้างตกลงจะให้สินจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้

¹⁴³ มาตรา 587 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575 บัญญัติว่า อันว่าจ้างทำของนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่า ผู้รับจ้าง ตกลงจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่า ผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำงานนั้น

ปรับใช้หลักกฎหมายเรื่องจ้างทำของกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนจะมีปัญหาการใช้สิทธิเลิกสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 605¹⁴⁴ ได้ แต่ปัจจุบันมีกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนบังคับใช้แล้ว การยุติการตั้งครรภ์แทนเป็นไปตามมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์พ.ศ.2558

ข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนยังมีความแตกต่างไปจากสัญญาไม่มีชื่ออื่นๆ ที่มักจะมีการกำหนดถึงสิทธิหน้าที่ และความรับผิดชอบในสัญญาเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับทรัพย์สินไม่มีชีวิตของคนเข้ามาเกี่ยวข้องดังนั้นจึงไม่สมควรที่จะนำหลักกฎหมายพิเศษ เรื่องสัญญาจ้างทำของ หรือหลักกฎหมายนิติธรรมสัญญาทั่วไปมาใช้บังคับกรณีการตั้งครรภ์แทน อย่างไรก็ตามได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ของข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์พ.ศ. 2558

เนื่องจากตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มีผลใช้บังคับแล้วมีการกำหนดให้การตั้งครรภ์แทนต้องทำเป็นข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนเนื่องจาก เดิมคณะอนุกรรมการร่าง พ.ร.บ.ฯ ได้เคยกำหนดนิยามคำว่า “สัญญารับตั้งครรภ์แทน” (หมายความว่า สัญญาที่หญิงคนหนึ่ง เรียกว่า ผู้รับตั้งครรภ์แทนตกลงรับที่จะตั้งครรภ์ด้วยการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อย่างใดอย่างหนึ่ง โดยมีเจตนาหรือข้อตกลงไว้ก่อนตั้งครรภ์ที่จะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรหรืออยู่ในอำนาจปกครองของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเรียกว่า ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน) แต่เจตนารมณ์ของร่างกฎหมายนี้ไม่รับรองและไม่ส่งเสริมให้มีการทำสัญญาหรือรับจ้างเพื่อตั้งครรภ์แทน เพื่อประโยชน์ทางการค้าคณะอนุกรรมการร่าง พ.ร.บ.ฯ จึงเห็นควรให้ตัดบทนิยามของคำว่า “สัญญารับตั้งครรภ์แทน” นี้ออกไป ที่ว่าตั้งครรภ์แทน จะต้องทำเป็นสัญญาตั้งครรภ์แทน และกำหนดบทนิยามตามมาตรา 3 คำว่า “สัญญาตั้งครรภ์แทน” โดยใช้เป็นเพียง “การตั้งครรภ์แทน” และได้วิเคราะห์เรื่องดังกล่าวข้างต้น ดังนั้นเมื่อเป็นข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน จำเป็นจะต้องอยู่บนพื้นฐานของการสร้างความไว้วางใจระหว่างสามีภรรยาที่ให้ตั้งครรภ์แทนและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ เพราะกรณีที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ดูแลครรภ์ให้ดีในระหว่างตั้งครรภ์หรือฝ่ายสามีภรรยาที่ให้ตั้งครรภ์แทนไม่ยอมรับเลี้ยงดูเด็กหรือหนีหายไปจะมีการฟ้องร้องบังคับคดีให้ทำตามข้อตกลงได้หรือไม่อย่างไรหรือกรณีที่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนกระทำข้อตกลงโดยประมาทเลินเล่อจนแท้งตั้งแต่อยู่ในครรภ์หรือเด็กที่เกิดมามีความผก

¹⁴⁴ มาตรา 605 ถ้าการที่จ้างยังทำไม่แล้วเสร็จอยู่ตราบใด ผู้ว่าจ้างอาจบอกเลิกสัญญาได้ เมื่อเสียค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้รับจ้างเพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันเกิดแต่การเลิกสัญญานั้น

พร้อมทางร่างกายหรือจิตใจหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะมีความรับผิดชอบหรือไม่ เพียงใดนั้นเห็นว่าควรมีการกำหนดให้แน่ชัดลงไปด้วย

ในเรื่องของการตั้งครรภ์แทน กฎหมายบางประเทศไม่ได้บัญญัติไว้ว่าเป็นสัญญาตั้งครรภ์แทนจะต้องทำเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นหนังสือ บางประเทศก็กำหนดให้เป็นสัญญาตั้งครรภ์แทนต้องทำเป็นหนังสือ แต่คู่สัญญามีอิสระในการกำหนดข้อตกลงต่าง ๆ ในสัญญาได้ และในบางประเทศก็กำหนดให้สัญญาตั้งครรภ์แทน ต้องทำเป็นหนังสือและต้องมีข้อตกลงที่เป็นไปตามข้อสัญญามาตรฐานที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย สำหรับในประเทศไทยตามพระราชบัญญัตินี้ กฎหมายกำหนดให้ข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนต้องทำเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อคู่สัญญา เพื่อให้เกิดความชัดเจน มีหลักฐานที่สามารถนำมาพิสูจน์ยืนยันได้ ในกรณีที่มีข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาจะต้องฟ้องร้องบังคับคดีในชั้นศาล และอย่างน้อยต้องมีการกำหนดข้อตกลงให้เป็นไปตามข้อสัญญามาตรฐานที่กฎหมายกำหนดด้วย เพราะข้อตกลงในการตั้งครรภ์แทนเป็นคู่สัญญาจะต้องทำความเข้าใจในรายละเอียดปลีกย่อยหลายเรื่องด้วยกัน ซึ่งแต่ละเรื่องก็มีความสำคัญเป็นอย่างมาก ถ้าหากปล่อยให้คู่สัญญากำหนดข้อตกลงในสัญญากันเองได้โดยอิสระอาจจะไม่ครบถ้วนครอบคลุม จนก่อให้เกิดข้อพิพาทในภายหลัง และที่สำคัญอย่างยิ่งคือ อาจเกิดผลเสียต่อเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้ กฎหมายจึงควรกำหนดการตั้งครรภ์แทน ต้องทำตามแบบโดยทำเป็นหนังสือ เพื่อให้มีความชัดเจนเพียงพอที่จะเป็นหลักฐานซึ่งสามารถตรวจสอบได้เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น อีกทั้งเพื่อให้คู่สัญญาในข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน ได้รับความคุ้มครองตลอดจนได้รับผลทางกฎหมายในเรื่องต่าง ๆ เกี่ยวกับการดำเนินการตั้งครรภ์แทน ตามที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดไว้

ในกรณีที่ข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนไม่ได้ทำเป็นหนังสือหรือไม่มีรายละเอียดของข้อตกลงที่เป็นไปตามข้อตกลงมาตรฐานที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยไม่ได้รับอนุญาตก็ควรกำหนดให้ข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนนั้นตกเป็นโมฆะ และถ้าหากการตั้งครรภ์แทนยังดำเนินต่อไปก็ให้ผลทางกฎหมายเป็นไปตามพระราชบัญญัติ คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

4.1.2 การวิเคราะห์หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของบุตรที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

กฎหมายต่างประเทศระบบ Common Law ส่วนใหญ่ถือตามหลักการเรื่องสถานะความเป็นบิดามารดาโดยชอบกล่าวคือ การกำหนดให้หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนซึ่งเป็นผู้ให้กำเนิดเด็กเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน และให้สามีเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน¹⁴⁵ โดยไม่ต้องคำนึงถึงความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กนั้น แต่ก็มีกฎหมายของบางประเทศซึ่งเป็นส่วนน้อยที่กำหนดให้ชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน โดยที่ในกลุ่มประเทศเหล่านี้จะมีวิธีการทำให้ชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่แตกต่างกัน เช่น วิธีการรับเด็กนั้นเป็นบุตรบุญธรรม การยื่นคำร้องต่อศาลของให้ศาลสั่งให้ตนเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก การกำหนดให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่ถูกต้องตามกฎหมายเป็นบุตรของชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนทันทีที่เด็กเกิด เป็นต้น ส่วนในกรณีที่มีข้อพิพาทระหว่างหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนกับชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนเกี่ยวกับอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน กฎหมายและแนวคำพิพากษาของศาลในทุกประเทศ จะใช้หลักการคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interests of the Child Principle) ในการพิจารณากำหนดอำนาจปกครองเด็ก

สำหรับความเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นในอดีตช่วงที่เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ยังไม่ได้มีความเจริญก้าวหน้ามากนัก มารดาที่ตั้งครรภ์และให้กำเนิดเด็กย่อมมีความสัมพันธ์ทั้งในทางสายโลหิตและทางพันธุกรรมกับเด็กนั้นกฎหมายจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องแยกสถานะระหว่างมารดาที่ตั้งครรภ์กับมารดาทางพันธุกรรม การที่กฎหมายกำหนดเพียงหลักกว้าง ๆ ว่า การตั้งครรภ์ย่อมเป็นสิ่งบ่งชี้ความเป็นมารดาของบุตรย่อมเป็นเรื่องที่ชัดเจน ครอบคลุม และสมเหตุสมผลกับความเป็นจริงตามธรรมชาติที่เกิดขึ้น แต่เมื่อเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในปัจจุบัน ได้มีการให้กำเนิดออกจากความเป็นมารดาทางพันธุกรรมได้ การที่จะนำหลักกฎหมายเดิมมาปรับใช้กับกรณีดังกล่าวคงจะเป็นเรื่องไม่สมเหตุสมผลเท่าใดนักในสภาพความเป็นจริง สิ่งที่ยุ่่างกฎหมายควรจะตระหนักถึง คือ สมควรจะให้ความเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กไปอยู่ที่มารดาผู้ซึ่งตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตร หรืออยู่ที่มารดาผู้

¹⁴⁵ From "Determination of Legal Parentage in Egg Donation, Embryo Transplantation, and Gestational Surrogacy Arrangements," by A. Goodwin, 1992, 26 *Fam.L.Q.*, p. 275, 277.

ซึ่งมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กนั้น โดยจะต้องพิจารณาถึงข้อเท็จจริงและเหตุผลในเรื่องต่าง ๆ ประกอบกัน สำหรับในกรณีของการตั้งครรภ์แทน เมื่อข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้น โดยมีข้อเท็จจริงครบตามองค์ประกอบที่กฎหมายกำหนดไว้ จึงเห็นว่ากฎหมายควรจะกำหนดให้หญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน เนื่องจากบุคคลดังกล่าวเป็นผู้ที่มีเจตนาตั้งแต่แรกที่จะรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรของตน มีความพร้อมที่จะให้การอบรมเลี้ยงดูเด็กนั้นให้เจริญเติบโตเป็นคนที่มีความประพฤติดี อีกทั้งในบางกรณีหญิงผู้นั้นก็มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนด้วย และเมื่อพิจารณาทางด้านของหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทน แม้จะเป็นผู้ที่ตั้งครรภ์และให้กำเนิดเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนขึ้นมา แต่เจตนาตั้งแต่แรกที่เขาอมรับตั้งครรภ์แทนนั้นก็ไม่ได้เป็นไปเพื่อจะให้เด็กนั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตน หรืออุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดมานั้นตลอดไป แต่เขามีเจตนาเพียงเพื่อให้ความช่วยเหลือแก่หญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน ซึ่งมีปัญหาการมีบุตรยากให้ได้มีบุตรสมดังความปรารถนาเท่านั้น กฎหมายจึงไม่ควรกำหนดสถานะความเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้แก่หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทน แต่อย่างไรก็ตาม ถ้าหากเป็นกรณีที่การตั้งครรภ์แทนเกิดจากการใช้ไข่ของหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนก็เป็นเรื่องที่สามารถกล่าวได้ว่า หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนเป็นทั้งผู้ตั้งครรภ์ ให้กำเนิด และมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนด้วย ถึงแม้ว่าหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนจะไม่ได้มีเจตนาตั้งแต่แรกที่จะให้เด็กนั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตน แต่กฎหมายก็ไม่ควรที่จะละเลยความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมระหว่างหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนกับเด็กดังนั้นในกรณีที่เด็กซึ่งเกิดจากการตั้งครรภ์แทนมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทน ในเบื้องต้นกฎหมายควรจะกำหนดให้หญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน เพื่อให้เป็นไปตามเจตนาแต่แรกของบุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย แต่กฎหมายก็ควรที่จะไม่ลืมนำถึงความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมระหว่างหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนกับเด็กนั้นด้วย โดยควรที่จะกำหนดให้สิทธิหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนในการยกเลิกสัญญาตั้งครรภ์แทน ได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด โดยคำนึงถึงช่วงเวลาที่เหมาะสมในการที่หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนจะได้สัมผัสกับความเป็นผู้ให้กำเนิดเพื่อให้การบอกเลิกสัญญาตั้งครรภ์แทนมาจากความรู้สึกที่ความต้องการจะเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายและอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นอย่างแท้จริง และเมื่อใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้วก็ให้หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนับแต่เด็กเกิดโดยผลของกฎหมาย

ส่วนความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น ถึงแม้ว่าการนำหลักเกณฑ์ในเรื่องความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์

แทน ตามหลักกฎหมาย Human Fertilization and Embryology 1990¹⁴⁶ ของประเทศอังกฤษมาใช้กับกรณีของการตั้งครรภ์แทน จะทำให้เกิดผลดีประการหนึ่งคือ เป็นการกำหนดหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไว้โดยชัดแจ้ง ดังนั้น แม่เด็กที่กำหนดหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไว้โดยชัดแจ้ง ดังนั้น แม่เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น จะเกิดมาด้วยความพิการไม่ว่าทางร่างกายหรือสมอง ซึ่งทำให้ชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนไม่ต้องการรับเด็กนั้นมาอุปการะเลี้ยงดูอีกต่อไป เด็กนั้นก็จะเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนและสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนนั้น หากสามีได้ให้ความยินยอมด้วย บิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กย่อมไม่อาจปฏิเสธหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กได้ แต่อย่างไรก็ตามการที่กฎหมายกำหนดให้หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนและสามี เป็นมารดาและบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนทั้งๆ ที่หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนและสามีไม่ได้มีเจตนาแต่แรกที่จะให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตน หรือจะอุปการะเลี้ยงดูเด็กนั้นแต่ประการใด เจตนาในตอนแรกคงมีแต่เพียงประการเดียวคือ เพื่อให้ความช่วยเหลือแก่ชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนให้มีบุตรตามความปรารถนาเท่านั้น ดังนั้น การที่หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาตั้งครรภ์แทนอย่างถูกต้องครบถ้วนทุกประการแล้ว แต่เด็กที่เกิดมามีความบกพร่องก็เป็นเรื่องสุดวิสัยที่ชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนควรจะรับความเสี่ยงนั้นไว้เอง อีกทั้งเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนก็มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับชายหรือหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือทั้งสองฝ่าย หน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กดังกล่าวจึงควรเป็นของชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน ซึ่งมีเจตนาแต่แรกที่จะรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตน และให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กนั้น นอกจากนี้ การที่สามีของหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนให้ความยินยอมในการที่หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนเข้าทำสัญญาตั้งครรภ์แทนกับชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนก็เป็นเพียงการให้ความยินยอมในการที่ภริยาของตนจะเข้าทำสัญญาตั้งครรภ์แทนเท่านั้น ไม่ได้รวมถึงการให้ความยินยอมที่จะให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรของตน หรือจะให้การอุปการะเลี้ยงดูเด็กนั้นต่อไปด้วย การที่กฎหมายกำหนดให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนและสามีที่ให้ความยินยอมน่าจะเป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสมเท่าใดนัก

ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 ได้กำหนดให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนตามมาตรา 29 นั้น เนื่องจากสามีและภริยาผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนมีความ

¹⁴⁶ Human Fertilization and Embryo 1990 , Section 27(1)โปรดดูภาคผนวก จ.ประกอบ

ปรารถนาที่จะให้เด็กนั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตนและอุปการะเลี้ยงดูเด็กนั้น มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมา อีกทั้งเมื่อหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนมิได้ปฏิบัติหน้าที่ตามข้อตกลงตั้งครรภ์แทนแต่อย่างใด ก็ไม่ควรที่จะให้เขาต้องรับภาระหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กนั้น ซึ่งอาจจะก่อให้เกิดปัญหาตามมา เพราะในบางกรณีที่หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนและสามีไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก การให้ความรักและอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน อาจจะเป็นไปอย่างไม่เต็มที่ นอกจากนี้ ยังอาจก่อให้เกิดปัญหาระหว่างบุตรที่แท้จริงของครอบครัวหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนกับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ซึ่งคงจะเป็นเรื่องปกติธรรมดาที่เด็กซึ่งไม่มี ความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับบิดามารดา ย่อมจะได้รับความรักน้อยกว่าเด็กที่มีความสัมพันธ์ทาง พันธุกรรมกับบิดามารดาอยู่แล้ว

สำหรับประเด็นปัญหาการตั้งครรภ์แทนในกรณีที่หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่ยอมมอบเด็ก ให้แก่ ผู้ที่มอบหมายให้ตั้งครรภ์แทน หรือผู้ว่าจ้าง ซึ่งมีผลทางกฎหมาย แบ่งเป็น 2 ประเด็นหลักๆ ดังนี้

1) กรณีการตั้งครรภ์แทน โดยชอบด้วยกฎหมายตามข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน ตามที่กฎหมายกำหนด ผู้ที่ให้ตั้งครรภ์แทนมีสิทธิฟ้องหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้ เพื่อบังคับให้ส่งมอบเด็กนั้นเพราะเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัตินี้

2) กรณีการตั้งครรภ์แทน โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือการว่าจ้างให้ตั้งครรภ์แทนโดยมีค่าตอบแทนผู้ว่าจ้างให้ตั้งท้องแทน ไม่มีสิทธิฟ้อง เพื่อบังคับให้ส่งมอบเด็กได้ เนื่องจาก สัญญาว่าจ้างตกเป็นโมฆะ แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายได้ได้กำหนดให้แน่ชัดลงไปว่าหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนย่อมเป็นแม่ที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กหรือไม่ และไม่ได้กำหนดบทลงโทษสำหรับผู้ว่าจ้างให้ตั้งครรภ์แทนและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไว้อย่างชัดเจน

วรรคท้ายของมาตรา 29 บัญญัติว่าชายหรือหญิงที่บริจาคอสุจิหรือไข่ซึ่งนำมาใช้ปฏิสนธิ เป็นตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์หรือผู้บริจาคตัวอ่อนและเด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่บริจาค ดังกล่าว ไม่มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก จะเห็นได้ว่ากฎหมายไม่ต้องการให้ผู้บริจาคอสุจิหรือไข่มาอ้างสิทธิความเป็นบิดาหรือมารดา ของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

อย่างไรก็ตาม ได้มีความพยายามในการผลักดันให้มีพระราชบัญญัติคุ้มครองชีวิตเกิดขึ้นในประเทศไทย แต่ยังคงไม่ยอมให้มีการตั้งครุฑแทนได้ ดังนั้นถ้ามีการฝ่าฝืนกฎหมายและเด็กเกิดมาแล้วจะคุ้มครองเด็กเหล่านี้ได้อย่างไร เห็นว่าควรตราเป็นกฎหมายให้เด็กเป็นบุตรบุญธรรมของคู่รักร่วมเพศนี้ เด็กจะได้มีผู้ปกครองดูแลไม่ถูกทอดทิ้ง แม้จะไม่ได้บุตรที่ชอบด้วยกฎหมายตามพระราชบัญญัตินี้ก็ตาม โดยการใช้หลักกฎหมายเรื่องการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interests of the Child Principle) เป็นสำคัญ ดังที่ได้วิเคราะห์ไว้แล้วเบื้องต้นเกี่ยวกับบทนิยามตามมาตรา 3 เรื่อง “การตั้งครุฑแทน”

4.1.3 การวิเคราะห์หลักเกณฑ์ควบคุมและการกำกับดูแลเรื่องการตั้งครุฑแทน

การวิเคราะห์คณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์¹⁴⁷

ในต่างประเทศ มีทั้งกรณีที่ทำให้ศาลเข้ามาควบคุมการเกิดสัญญาตั้งครุฑแทน โดยกำหนดให้สัญญาตั้งครุฑแทน ต้องได้รับอนุญาตจากศาล และกรณีที่คู่สัญญาสามารถทำสัญญาตั้งครุฑแทนระหว่างกันเองได้ โดยกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาไว้ เพื่อให้ศาลใช้ประกอบการพิจารณาคำร้องขอต่อศาลให้มีคำสั่ง ให้ชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครุฑแทนเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครุฑแทน นอกจากนี้ในบางประเทศยังกำหนดให้คู่สัญญาในสัญญาตั้งครุฑแทน สามารถทำสัญญากันเองได้ โดยไม่ต้องมีองค์กรใดเข้ามาเกี่ยวข้องในขั้นตอนของการเกิดสัญญา และขั้นตอนของการเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครุฑแทน แต่จะกำหนดเป็นข้อสัญญามาตรฐานไว้ ถ้าหากสัญญาตั้งครุฑแทนมีข้อตกลงเป็นไปตามข้อสัญญามาตรฐาน เมื่อหญิงผู้รับตั้งครุฑแทนให้กำเนิดเด็ก ชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครุฑแทนก็จะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครุฑแทนทันที โดยผลของกฎหมาย

การที่กฎหมายกำหนดให้องค์กรศาลเข้ามาดูแลก่อนการเกิดสัญญาตั้งครุฑแทนนั้น ถือว่าเป็นเรื่องที่ดี เพราะศาลสามารถที่จะอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ทำสัญญาตั้งครุฑแทนได้ ตามความเหมาะสมของคู่สัญญาแต่ละราย ซึ่งมีเหตุผลความจำเป็นที่เฉพาะเจาะจงแตกต่างกันไป แต่ก็มีผลเสียคือจะเป็นการเพิ่มภาระหน้าที่ให้แก่ศาลมากเกินไปโดยไม่มีคามจำเป็น เนื่องจากถ้ากฎหมาย

¹⁴⁷ โปรดดูภาคผนวก ข ตามหมวด ๑ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

ประสงค์จะควบคุมการเกิดสัญญาตั้งครรภ์แทนในเรื่องใด กฎหมายก็สามารถวางขอบเขตได้ โดยการกำหนดเป็นองค์ประกอบของการเกิดสัญญา หรือกำหนดเป็นข้อสัญญามาตรฐานเพื่อความชัดเจนและให้ความคุ้มครองแก่คู่สัญญาทุกฝ่าย และถ้าหากกรณีใดคู่สัญญามีเหตุผลพิเศษ ซึ่งมีความแตกต่างไปจากองค์ประกอบที่กฎหมายกำหนดกฎหมายก็สามารถกำหนดให้ คู่สัญญามีสิทธิยื่นคำร้องขออนุญาตทำสัญญาตั้งครรภ์แทนต่อองค์กรที่มีหน้าที่ดูแลการเกิดสัญญาตั้งครรภ์แทน โดยเฉพาะ ซึ่งจะสามารถพิจารณาถึงความเหมาะสมได้อย่างรอบคอบกว่า เพราะมีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องของการตั้งครรภ์แทนเป็นพิเศษ เนื่องจากได้ศึกษาและดูแลเรื่องนี้อยู่โดยตรง อีกทั้งยังเป็นการช่วยแบ่งเบาภาระหน้าที่ของศาล ซึ่งในปัจจุบันก็มีคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลเป็นจำนวนมากอยู่แล้ว

กฎหมายควรที่จะกำหนดองค์ประกอบทางข้อเท็จจริง (เช่น เรื่องคุณสมบัติของคู่สัญญา เป็นต้น) ให้มีรายละเอียดไปตามเรื่องที่ถูกกฎหมายมีเจตนารมณ์จะควบคุม และกำหนดให้สัญญาตั้งครรภ์แทนต้องมีข้อตกลงเรื่องต่างๆ ในสัญญาเป็นไปตามข้อสัญญามาตรฐานที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างน้อย ซึ่งเพียงเท่านี้ก็น่าจะเป็นการเพียงพอต่อการควบคุมการเกิดสัญญาตั้งครรภ์แทน โดยไม่ต้องให้องค์กรที่มีหน้าที่ดูแลการเกิดสัญญาตั้งครรภ์แทนเข้ามาควบคุมการเกิดสัญญาตั้งครรภ์แทนในทุกกรณี แต่ถ้าหากคู่สัญญารายใดมีความประสงค์ที่จะทำสัญญาตั้งครรภ์แทน แต่มีคุณสมบัติไม่ครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือไม่สามรถทำความเข้าใจให้เป็นไปตามข้อสัญญามาตรฐานได้ทุกข้อ กฎหมายก็ควรเปิดช่องให้สิทธิแก่คู่สัญญาดังกล่าว ในการยื่นคำร้องขออนุญาตทำสัญญาตั้งครรภ์แทนต่อองค์กรที่มีหน้าที่ควบคุมดูแลการดำเนินการตั้งครรภ์แทน โดยเฉพาะ เพื่อให้องค์กรนี้ได้พิจารณาถึงเหตุผลต่าง ๆ ที่คู่สัญญายกขึ้นกล่าวอ้าง และพิจารณาอนุญาตให้ทำสัญญาได้อย่างเหมาะสมกับเหตุผลความจำเป็นของคู่สัญญาแต่ละราย จึงเห็นว่ากรณีดังกล่าวมีความยืดหยุ่นมากกว่าการที่จะกำหนดห้ามทำสัญญาตั้งครรภ์แทนโดยเด็ดขาด เมื่อคู่สัญญาขาดคุณสมบัติหรือไม่สามรถทำความเข้าใจตามข้อสัญญามาตรฐานที่กฎหมายกำหนดไว้ทุกประการ

สำหรับองค์กรที่เหมาะสมในการเข้ามาดูแลเกี่ยวกับการดำเนินการตั้งครรภ์แทนนั้นตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 กำหนดให้มีคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หรือ กคทพ. เป็นผู้ควบคุมดูแลเกี่ยวกับการดำเนินการดังกล่าว จึงมีความเห็นว่าการกำหนดให้มี กคทพ. เพียงองค์กรเดียวในประเทศไทยอาจจะก่อให้เกิดความขัดข้องในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย เพราะตามระบบบริหารของหน่วยงานในประเทศ โดยปกติแล้วการที่มีองค์กรควบคุมดูแลเรื่องใดเพียงองค์กรเดียว อาจทำให้ต้องใช้เวลาในการวินิจฉัย หรือดำเนินการต่าง ๆ ตามกฎหมาย

อีกทั้งโดยสภาพของการดำเนินการตั้งครุฑแทน ย่อมไม่สามารถที่จะใช้เวลานานในการรอคำวินิจฉัย ได้นานมากนัก ดังนั้นจึงมีความเห็นว่า กฎหมายควรกำหนดให้มีองค์กรส่วนภูมิภาค เป็นผู้ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยคำร้องต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสัญญาตั้งครุฑแทน โดยมีแนวทางการวินิจฉัยและออกคำสั่ง ตามที่ กคพ. กำหนด เพื่อให้การวินิจฉัยเป็นไปในแนวทางเดียวกัน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าองค์กรที่เหมาะสม คือ สาธารณสุขจังหวัด เพราะมีประจำอยู่ทุกภูมิภาคของประเทศไทย และเป็นผู้มีหน้าที่ควบคุมดูแล เกี่ยวกับการดำเนินการทางด้านสุขภาพอนามัยของประชาชนโดยตรง โดยกำหนดให้นายแพทย์ สาธารณสุขจังหวัด เป็นผู้แต่งตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยคำร้องเกี่ยวกับสัญญาตั้งครุฑแทน โดยมี องค์ประกอบของคณะกรรมการคือนายแพทย์ ประจำสาธารณสุขจังหวัด 1 คน จิตแพทย์ ประจำสาธารณสุข จังหวัด 1 คน นักวิชาการสาธารณสุข 1 คน นิติกรประจำสาธารณสุขจังหวัด 1 คน นักสังคมสงเคราะห์ 1 คน

ในส่วนของ กคพ. ควรจะเป็นองค์กรกลางในการรับเรื่องอุทธรณ์ เพื่อใช้ดุลพินิจถ่วงถอง ความเหมาะสมของคำสั่งที่ออกโดยคณะกรรมการซึ่งสาธารณสุขจังหวัดแต่งตั้งอีกครั้งหนึ่ง และ เพื่อให้กระบวนการเกิดสัญญาตั้งครุฑแทนไม่ใช้เวลายาวนานจนเกินไป จึงควรกำหนดให้คำสั่งของ กคพ. ในขั้นนี้เป็นที่สุด และในส่วนของอำนาจหน้าที่เรื่องอื่นๆ ซึ่งเกี่ยวกับการควบคุมการดำเนินการ ตั้งครุฑแทน ตามกฎหมายของ กคพ. ก็ให้มีอยู่ดังเดิม

คณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ถือเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญ พันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ซึ่งแต่เดิมมีองค์กรวิชาชีพเข้ามาควบคุมดูแลการทำงานของแพทย์ใน การให้บริการด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ให้แก่แพทย์สภาและราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์ภายใต้ การประกาศของแพทยสภาเรื่องมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง การแพทย์ 2 ฉบับ คือ ประกาศแพทยสภาฉบับที่ 1/2540¹⁴⁸ และประกาศแพทยสภาฉบับที่ 21/2545¹⁴⁹ ซึ่งถือเป็นกลไกทางกฎหมายที่เพียงควบคุมจริยธรรมของวิชาชีพเท่านั้น อย่างไรก็ตามการตั้งครุฑ แทนด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้นจำเป็นต้องมีหลายฝ่ายเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยไม่ ว่าจะเป็นฝ่ายบุคลากรทางการแพทย์ ฝ่ายบุคลากรทางด้านสาธารณสุข ตลอดจนฝ่ายกฎหมาย จึง จำเป็นต้องมีหน่วยงานเฉพาะที่เป็นคณะกรรมการร่วมกันของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องมากำกับดูแลตาม

¹⁴⁸ ประกาศแพทยสภาฉบับที่ 1/2540 เรื่องมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ลงวันที่ 22 ตุลาคม 2540 คู่มือกฎหมายหน้า 187.

¹⁴⁹ ประกาศแพทยสภาฉบับที่ 21/2545 เรื่องมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (ฉบับที่ 2) ลงวันที่ 20 มิถุนายน 2545 คู่มือกฎหมายหน้า 189.

มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัตินี้โดยกำหนดดังนี้ “ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์” หรือเรียกโดยย่อว่า “กคทพ.” ประกอบด้วย ปลัดกระทรวงสาธารณสุข เป็นประธานกรรมการ นายแพทย์สภา เป็นรองประธานกรรมการ ผู้แทนกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ ผู้แทนกรมอนามัย ผู้แทนคณะกรรมการคุ้มครองเด็กแห่งชาติ ประธานราชวิทยาลัยกุมารแพทย์แห่งประเทศไทย ประธานราชวิทยาลัยจิตแพทย์แห่งประเทศไทย ประธานราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทย เป็นกรรมการ โดยตำแหน่งและผู้ทรงคุณวุฒิเป็นจำนวนหกคนซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์แต่งตั้งจากผู้ซึ่งมีความรู้ ความเชี่ยวชาญและมีประสบการณ์เป็นที่ประจักษ์ด้านกฎหมาย สิทธิสตรี และสิทธิเด็ก ด้านละหนึ่งคน และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขแต่งตั้งจากผู้ซึ่งมีความรู้ ความเชี่ยวชาญ และมีประสบการณ์เป็นที่ประจักษ์ด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ เวชพันธุศาสตร์ และการวิจัย ด้านละหนึ่งคน เป็นกรรมการ

ให้อธิบดีกรมสนับสนุนบริการสุขภาพเป็นกรรมการและเลขานุการ และให้อธิบดีกรมสนับสนุนบริการสุขภาพแต่งตั้งข้าราชการของกรมสนับสนุนบริการสุขภาพจำนวนไม่เกินสองคนเป็นผู้ช่วยเลขานุการ”

เนื่องจากเรื่องของการตั้งครุฑแทนถือเป็นเรื่องที่สำคัญซึ่งจะได้วิเคราะห์ภายใต้บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้การที่พระราชบัญญัตินี้ บัญญัติให้มีคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยบัญญัติให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ เป็นผู้แต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ด้านกฎหมาย สิทธิสตรี และสิทธิเด็ก ด้านละหนึ่งคนนั้น และ บัญญัติให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข แต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เวชพันธุศาสตร์ และการวิจัย ด้านละหนึ่งคน เป็นกรรมการในคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เห็นว่า การแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิทั้งหกท่าน เป็นการแต่งตั้งโดยอาศัยดุลยพินิจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงทั้งสอง ซึ่งอาจทำให้ไม่ได้ผู้มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ และมีประสบการณ์ในด้านต่างๆ มาเป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในด้านต่างๆอย่างแท้จริง

การคัดเลือกกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิทั้งหกด้าน ควรเปิดโอกาสให้ตัวแทนกลุ่มองค์กรต่างๆ ในสังคมที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ และมีประสบการณ์ในด้านนั้นๆ ลงทะเบียนคัดเลือกกันเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งควรมีนักจิตวิทยา นักสังคมสงเคราะห์ และนักกฎหมายเพิ่มมากขึ้นสำหรับการ

ประเมินสภาพแวดล้อมต่างๆ ไปของบุคคลที่เกี่ยวข้องในการตั้งครรภ์แทน เช่นความพร้อมของกลุ่มสมรส ที่ขอให้ตั้งครรภ์แทน ความจำเป็นของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เป็นต้น

นอกจากนี้ควรเพิ่มมาตรการทางกฎหมายมหาชน โดยการจัดตั้งองค์กรที่เป็นตัวแทนหรือ ตัวกลางที่ไม่หวังผลประโยชน์เชิงพาณิชย์เพื่อทำหน้าที่ในการดำเนินการตั้งครรภ์แทนในทางธุรการ เช่นการโฆษณา ประชาสัมพันธ์ ประสานงานเป็นตัวกลางในเรื่องอื่นใด โดยกฎหมายบัญญัติรองรับ สถานะขององค์กรนี้เพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกสำหรับบุคคลที่ต้องการใช้บริการตั้งครรภ์แทน ถือได้ว่าเป็นกลไกทางกฎหมายในการตรวจสอบการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ กรณีการตั้งครรภ์แทนอีกมาตรการหนึ่งด้วย

การกำกับดูแลการดำเนินการตั้งครรภ์แทน

เรื่องของการกำกับดูแลการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาทางด้านกฎหมายและจริยธรรมที่อาจเกิดขึ้นจากการใช้เทคโนโลยีดังกล่าวในต่างประเทศมี ทั้งประเทศที่มีการควบคุมกำกับดูแลโดยการบัญญัติเป็นกฎหมาย โดยการกำหนดมาตรการควบคุม จากสมาคมวิชาชีพ และประเทศที่ไม่มีมาตรการใดๆ ในการควบคุมเลย เนื่องจากการดำเนินการ ตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่มีบุคคลหลายฝ่ายเข้ามาเกี่ยวข้อง อาจก่อให้เกิดผลกระทบทางด้าน สุขภาพอนามัยของชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทน ตลอดจนชีวิตของเด็กที่กำลัง จะเกิดขึ้นมาจากการตั้งครรภ์แทน ดังนั้น การดำเนินการทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน ตั้งแต่ ขั้นตอนเริ่มต้น จึงต้องอยู่ภายใต้ความควบคุมของหน่วยงานภาครัฐที่มีอำนาจหน้าที่ในการดูแล เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนโดยตรง และกฎหมายควรที่จะกำหนดอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานนี้ไว้อย่าง ชัดเจนและครอบคลุม เพื่อความสะดวกแก่การใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ในการควบคุมดูแลให้ การดำเนินการตั้งครรภ์แทนเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด

สำหรับขั้นตอนเริ่มต้นคือ การดูแลในเรื่องของการเกิดข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนใน พ.ร.บ. คู่สมรสเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดให้มี คณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (กคทพ.) มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยคำร้องเกี่ยวกับการดำเนินการทางเทคโนโลยีช่วยการเจริญ พันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งหมายความรวมถึงคำร้องที่ยื่นเข้ามาเพื่อขออนุญาตดำเนินการตั้งครรภ์แทนด้วย การกำหนดให้มี กคทพ. เพียงองค์กรเดียวในประเทศไทยอาจจะก่อให้เกิดความขัดข้องในการปฏิบัติ

หน้าที่ตามกฎหมาย เพราะตามระบบบริหารของหน่วยงานในประเทศ โดยปกติแล้วการที่มีองค์กรควบคุมดูแลเรื่องใดเพียงองค์กรเดียวอาจทำให้ต้องใช้เวลานานในการวินิจฉัย หรือดำเนินการต่าง ๆ ตามกฎหมาย อีกทั้งโดยสภาพของการดำเนินการตั้งครรภ์แทนย่อมไม่สามารถที่จะใช้เวลานานในการรอคำวินิจฉัยได้นานมากนัก ดังนั้น กฎหมายจึงควรกำหนดให้มีองค์กรส่วนภูมิภาคเป็นผู้ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยคำร้องต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการขออนุญาตทำสัญญาตั้งครรภ์แทน ขออนุญาตแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ขออนุญาตเลิกสัญญาตั้งครรภ์แทนในกรณีที่มีเหตุผลสำคัญอื่น ๆ ที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ และองค์กรที่เหมาะสมคือ สาธารณสุขจังหวัด ซึ่งมีอยู่ประจำทุกภูมิภาคของประเทศไทย เรื่ององค์กรที่เหมาะสมในการเข้ามาดูแลขั้นตอนการเกิดสัญญา และให้ กคพ. เป็นองค์กรกลางในการรับเรื่องอุทธรณ์เพื่อใช้ดุลพินิจถ่วงถ่วงความเหมาะสมของคำสั่งที่ออกโดยคณะกรรมการซึ่งสาธารณสุขจังหวัดแต่งตั้งอีกครั้งหนึ่ง

การกำกับดูแลการดำเนินการตั้งครรภ์แทน ในเรื่องอื่นๆ นั้นนอกจากข้อตกลงตั้งครรภ์แทนตาม พ.ร.บ.คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดให้มี กคพ. มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมและกำกับดูแลการดำเนินการตั้งครรภ์แทน โดยกำหนดอำนาจหน้าที่ในเรื่องต่างๆ ไว้¹⁵⁰ แต่อย่างไรก็ตาม ยังมีอำนาจหน้าที่อีกบางประการที่กฎหมายควรจะกำหนดไว้ให้ชัดเจน ตัวอย่างเช่น

- 1) อำนาจหน้าที่ในการออกระเบียบ ประกาศ ข้อบังคับหรือข้อกำหนดเพื่อให้เป็นแนวทางให้องค์กรส่วนภูมิภาคใช้ในการวินิจฉัยและออกคำสั่ง
- 2) อำนาจหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งของคณะกรรมการที่แต่งตั้งโดยสาธารณสุขจังหวัด ที่สั่งในเรื่องเกี่ยวกับการขออนุญาตทำสัญญาตั้งครรภ์แทน แก้ไข เปลี่ยนแปลงข้อสัญญา หรือเลิกสัญญาตั้งครรภ์แทน
- 3) อำนาจหน้าที่ในการเก็บรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับผู้บริจาคไข่ อสุจิ หรือตัวอ่อน และข้อมูลเกี่ยวกับเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันทางการแพทย์ เพื่อให้ข้อมูลทั้งหมดอยู่ในฐานข้อมูลเดียวกัน มีความปลอดภัย และมีหลักประกันการรักษาข้อมูลที่น่าเชื่อถือ
- 4) อำนาจหน้าที่เรียกให้แพทย์สภาคำเนินการจัดส่งรายชื่อสถานบริการทางการแพทย์ที่ได้รับอนุญาตให้ทำการรักษาโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เพื่อให้องค์กรนี้เป็นอีกองค์กรหนึ่ง นอกจากแพทย์สภาที่จะมีข้อมูลเกี่ยวกับสถานบริการทางการแพทย์ดังกล่าวที่เป็นปัจจุบันไว้คอยให้บริการแก่บุคคลที่มาขอรับทราบข้อมูล

¹⁵⁰ ตามหมวดที่ 5 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

การวิเคราะห์การพิจารณาเรื่องคุณสมบัติของผู้จัดให้มีการตั้งครุภัณฑ์

เนื่องจากการตั้งครุภัณฑ์นั้นจะมีประเด็นในเรื่องของการตระหนักถึงการให้ความคุ้มครองถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของหญิงผู้รับตั้งครุภัณฑ์แทน ไม่ให้ถูกละเมิดจากการหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ของผู้จัดให้มีการตั้งครุภัณฑ์แทน แต่ในขณะเดียวกันกระบวนการจัดให้มีการตั้งครุภัณฑ์นั้นก็เป็ประโยชน์อย่างมาก ในการช่วยให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เข้าทำสัญญากับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่มีคุณสมบัติตรงตามความต้องการของตนแล้วจัดให้คู่สัญญาดังกล่าวได้พบกันเพื่อเจรจาต่อรองในเรื่องสิทธิหน้าที่ของคู่สัญญาได้ทราบถึงผลกระทบต่างๆ ที่อาจเกิดขึ้นจากการตั้งครุภัณฑ์ตลอดจนผลในทางกฎหมายเพื่อให้การตัดสินใจเข้าทำสัญญามีความบกพร่องหรือผิดพลาดน้อยที่สุด ก่อนที่จะเข้าสู่กระบวนการทางการแพทย์ต่อไป ดังนั้น การที่กฎหมายกำหนดข้อห้ามการกระทำเป็นคนกลาง นายหน้า โดยเรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด ในลักษณะที่เป็นการค้าหรือหากำไรเป็นการตอบแทนในการจัดการหรือชี้ช่องให้มีการรับตั้งครุภัณฑ์นั้นจึงเป็นการเหมาะสมอย่างยิ่ง แต่เนื่องจากความจำเป็นในการมีผู้จัดให้มีการตั้งครุภัณฑ์ดังที่ได้กล่าวข้างต้น และเพื่อเป็นการป้องกันการค้าหรือหากำไรจากการกระทำดังกล่าว ควรให้ผู้จัดให้มีการตั้งครุภัณฑ์อยู่ในสถานบริการทางการแพทย์ โดยแยกเป็นหน่วยงานหนึ่งและอยู่ในความควบคุมดูแลของแพทยสภา และควรกำหนดให้กรณีที่ว่าที่คู่สัญญาในสัญญาตั้งครุภัณฑ์แทนเข้ามาติดต่อกับหน่วยงานของผู้จัดให้มีการตั้งครุภัณฑ์ในสถานบริการดังกล่าว ไม่มีผลผูกพันให้คู่สัญญาจะต้องเข้ารับการรักษาที่สถานบริการแห่งนั้น เพราะยังอยู่ในขั้นตอนของการตัดสินใจเลือกคู่สัญญาอยู่ว่าที่คู่สัญญาควรมีอิสระในการเลือกว่าจะเข้าทำสัญญาหรือไม่เข้าทำสัญญากับฝ่ายใดตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา

การวิเคราะห์การให้บริการ แพทย์ผู้ให้บริการและสถานบริการทางการแพทย์¹⁵¹

ควรได้รับการอนุญาตจากแพทยสภาให้สามารถดำเนินการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ได้ เพื่อให้ความคุ้มครองแก่สุขภาพอนามัยของคู่สัญญาทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง และความปลอดภัยของเด็กที่จะเกิดจากการตั้งครุภัณฑ์แทน อีกทั้งกฎหมายควรที่จะกำหนดให้เป็นหน้าที่ของแพทยสภา ในการรายงานชื่อของสถานบริการทางการแพทย์ต่าง ๆ ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในการรักษาผู้ป่วยได้ โดยรายงานต่อองค์กรที่มีหน้าที่ควบคุมดูแลการดำเนินการตั้งครุภัณฑ์แทนโดยตรง เพื่อให้รายชื่อสถานบริการทางการแพทย์ทั้งหมด อยู่ในระบบฐานข้อมูลเดียวกัน

¹⁵¹ มาตรา 35 บัญญัติว่า ห้ามมิให้ผู้ใดซึ่งมิใช่ผู้ประกอบการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ รวมทั้งรับฝาก รับบริจาค ใช้ประโยชน์จากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนหรือทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อน

และเป็นการอำนวยความสะดวกแก่ผู้ที่เข้ารับการรักษาโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ให้สามารถติดต่อรับข้อมูลเกี่ยวกับสถานบริการดังกล่าวได้ ทั้งที่แพทย์สภาและองค์กรที่มีหน้าที่ควบคุมดูแลการดำเนินการตั้งครรภ์แทน นอกจากนี้แพทย์สภาควรจะกำหนดแนวทางในการดำเนินการต่าง ๆ เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนในแต่ละขั้นตอนที่เป็นเรื่องในรายละเอียด เพื่อให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน และสามารถควบคุมให้การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มีประสิทธิภาพอยู่เสมอ

นอกจากนี้ กฎหมายได้บัญญัติให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ สถานบริการทางการแพทย์ ต้องปฏิบัติตามมาตรฐานที่แพทย์สภากำหนดไว้ในประกาศแพทย์สภา เนื่องจากประกาศแพทย์สภาเป็นเพียงการควบคุม โดยองค์กรวิชาชีพ แต่ได้บัญญัติไว้เพื่อให้มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายแล้วด้วยพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

สำหรับเรื่องหน้าที่ของแพทย์และสถานบริการทางการแพทย์ในการปฏิบัติตามคำสั่งขององค์กรที่ควบคุมการดำเนินการตั้งครรภ์แทน ซึ่งได้มีคำสั่งใด ๆ ตามที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้เกี่ยวกับเรื่องการดำเนินการตั้งครรภ์แทน กฎหมายก็ควรจะกำหนดหน้าที่ดังกล่าวไว้เช่นกันเพื่อให้เกิดความชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งหน้าที่ในการรายงานข้อมูลเกี่ยวกับผู้บริจาคไข่ อสุจิ หรือตัวอ่อน และข้อมูลเกี่ยวกับเด็กที่เกิดกำเนิดจากการรักษาด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เพื่อให้ข้อมูลทั้งหมดถูกจัดเก็บไว้ในระบบฐานข้อมูลเดียวกัน อันจะเป็นการช่วยอำนวยความสะดวกแก่บุคคลที่ใช้สิทธิตามกฎหมายเพื่อขอรับทราบข้อมูลดังกล่าว

การกำหนดโทษสำหรับการดำเนินการตั้งครรภ์แทน โดยมีขอบ

ก. การกำหนดโทษทางแพ่ง

เพื่อให้การดำเนินการตั้งครรภ์แทน เป็นไปตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนดไว้ และมีการฝ่าฝืนน้อยที่สุด อีกทั้งเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของเด็กในการได้รับการอุปการะเลี้ยงดูกฎหมายจึงควรกำหนดให้หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนและสามี มีหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน สำหรับกรณีที่ไม่ได้ใช้เชื้อพันธุ์ของชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน ซึ่งไม่ปฏิบัติตามกฎหมายจนกว่าเด็กนั้นจะบรรลุนิติภาวะเพราะเด็กนั้นไม่ได้มีส่วนร่วมในการกระทำผิดดังกล่าวด้วย และควร

กำหนดไว้ในกรณีที่หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนและสามี ไม่มีความสามารถอุปการะเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้ ให้สถานบริการทางการแพทย์ ผู้จัดให้มีการตั้งครรภ์แทน และชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนที่มีส่วนรู้เห็นในการดำเนินการนั้น เป็นผู้รับผิดชอบในค่าอุปการะเลี้ยงดูเด็กนั้นร่วมกันอย่างลูกหนี้ร่วม หรือแบ่งความรับผิดชอบตามส่วน หากพิสูจน์ได้ว่าบุคคลใดเป็นผู้ที่ก่อให้เกิดการตั้งครรภ์แทนดังกล่าวมากกว่ากัน เพื่อให้บุคคลทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการตั้งครรภ์แทน ตระหนักถึงความสำคัญของการดำเนินการตั้งครรภ์แทน โดยใช้เชื้อพันธุ์ของชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนเท่านั้น

ข. การกำหนดโทษทางอาญา

การกำหนดโทษทางอาญา¹⁵² สำหรับการกระทำความผิดต่าง ๆ เป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาถึงผลดีผลเสียอย่างรอบคอบ เพราะโทษทางอาญาเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสิทธิ เสรีภาพของบุคคล แต่อย่างไรก็ตาม การควบคุมรูปแบบของการตั้งครรภ์แทนให้เป็นไปตามกฎหมาย ก็เป็นเรื่องสำคัญเช่นกัน เพราะถ้าหากมาตรการทางกฎหมายที่จะนำมาใช้กับผู้เกี่ยวข้องที่ฝ่าฝืนดำเนินการตั้งครรภ์แทนในรูปแบบที่กฎหมายกำหนดห้าม เป็นมาตรการที่ไม่รุนแรงเพียงพอ ก็จะทำให้บุคคลทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องพร้อมที่จะดำเนินการฝ่าฝืนกฎหมายได้ ถ้าหากมีค่าตอบแทนมากพอที่จะจูงใจให้กระทำผิดกฎหมาย อีกทั้งเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ซึ่งไม่ได้ใช้เชื้อพันธุ์ของชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนเลย อาจจะไม่เป็นที่ต้องการของชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนต่อไปในภายภาคหน้า เพราะเด็กนั้นไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนเลย ดังนั้น กฎหมายจึงควรกำหนดโทษทางอาญา สำหรับผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายไม่ว่าจะเป็นชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทน ผู้จัดให้มีการตั้งครรภ์แทน และสถานบริการทางการแพทย์ที่ดำเนินการตั้งครรภ์แทนในรูปแบบที่ฝ่าฝืนกฎหมายเพื่อเป็นการป้องปรามไม่ให้มีการกระทำความผิดดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตาม โทษทางอาญาที่กำหนดไว้สำหรับการฝ่าฝืนในเรื่องรูปแบบของการตั้งครรภ์แทนนี้ ควรจะกำหนดเพียงโทษปรับ ไม่ควรจะให้โทษจำคุกด้วย เพราะการกระทำในเรื่องนี้ ยังไม่มีความร้ายแรงถึงขนาดเท่ากับการกระทำความผิดทางอาญาในเรื่องอื่นๆ ที่มีโทษจำคุก และการกำหนดโทษปรับในอัตราที่สูงพอสมควร ก็น่าจะเพียงพอในการป้องปรามไม่ให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน กระทำฝ่าฝืนกฎหมายได้ ซึ่งการกำหนดโทษทางอาญา สำหรับผู้ที่เป็นตัวการร่วมในการดำเนินการตั้งครรภ์แทน สำหรับกรณีที่ไม่ได้ใช้เชื้อพันธุ์ของชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน โดยเทียบจากบทกำหนดโทษใน พ.ร.บ.คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุกรรมทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 37, 38 และ 39 ซึ่งมีบทกำหนดโทษไว้ 100,000 บาท 60,000 บาท และ 200,000 บาท ตามลำดับ สำหรับอัตรา

¹⁵² ตามหมวด 6 เป็นเรื่องบทกำหนดโทษทางอาญาตั้งแต่มาตรา 46-53

โทษปรับ 100,000 บาท นั้น เป็นกรณีของการเป็นคนกลางจัดให้มีการตั้งครุภัณฑ์แทน ในลักษณะที่เป็น การค้าหรือหากำไร การสร้าง เก็บ วิจัย ใช้ หรือจำหน่ายตัวอ่อนพันธุ์ผสม หรือตัวอ่อนที่มีสาร พันธุกรรมของมนุษย์มากกว่าสองคนขึ้นไป การดำเนินการ โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง การแพทย์โดยมิได้เป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ส่วนอัตราโทษปรับ 60,000 บาท นั้น เป็นกรณีของ การโฆษณาว่ามีบุคคลที่จะเป็นชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครุภัณฑ์แทน หรือหญิงผู้รับตั้งครุภัณฑ์แทน การสร้าง เก็บ วิจัย ทำลายตัวอ่อนโดยไม่ได้รับอนุญาต การสร้างตัวอ่อนที่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยเหลือผู้มี บุตรยาก การซื้อขายเซลล์สืบพันธุ์เพื่อผลประโยชน์ในทางการค้า การปฏิสนธินอกร่างกาย ผสมเทียม หรือนำตัวอ่อนเข้าไปไว้ในร่างกายของมนุษย์โดยไม่ได้รับความยินยอมจากบุคคลผู้เป็นแหล่งที่มาของ เซลล์สืบพันธุ์หรือหญิงผู้เป็นเจ้าของร่างกายนั้น สำหรับอัตราโทษปรับ 200,000 บาท นั้น เป็นกรณี ของการทำสำเนามนุษย์ นำตัวอ่อนใส่เข้าไปในสัตว์ หรือนำตัวอ่อนของสัตว์ใส่เข้าไปในมนุษย์ สำหรับในกรณีของผู้ที่มีส่วนร่วมในการดำเนินการตั้งครุภัณฑ์แทนสำหรับกรณีที่ไม่ได้ใช้เชื้อพันธุ์ของ ชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครุภัณฑ์แทน ทำให้เด็กที่เกิดมานั้นไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับชายหญิงผู้ ขอให้ตั้งครุภัณฑ์แทนเลย อันจะก่อให้เกิดปัญหาความแตกแยกในครอบครัวต่อไปได้ จึงมีความเห็นว่า ควรจะกำหนดโทษปรับในอัตราที่สูงพอสมควร เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครุภัณฑ์แทน กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายได้ กล่าวคือ ควรกำหนดให้ผู้ที่เป็นตัวการร่วมในการดำเนินการตั้งครุภัณฑ์ แทน สำหรับกรณีที่ไม่ได้ใช้เชื้อพันธุ์ของชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครุภัณฑ์แทน ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 200,000 บาท

4.2 การวิเคราะห์กรณีศึกษาการตั้งครุภัณฑ์ในประเทศไทย

4.2.1 การวิเคราะห์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญ พันธุ์ทางการแพทย์

กรณีศึกษาสำหรับการตั้งครุภัณฑ์ในประเทศไทย

กรณีศึกษาการตั้งครุภัณฑ์แทนเกี่ยวกับประสบการณ์ของผู้หญิงรับตั้งครุภัณฑ์แทนและจริยธรรม ความเป็นแม่¹⁵³ โดยมีการศึกษาภาคสนาม ที่หมู่บ้านแห่งหนึ่งในอำเภอหล่มสัก จังหวัดเพชรบูรณ์ ตั้งแต่ช่วงปีพ.ศ.2556 เป็นต้นมา จากการศึกษาพบว่าหญิงที่รับตั้งครุภัณฑ์แทนมีทั้งหมด 17 ราย ใน

¹⁵³ จาก “ผู้หญิงอุ้มบุญ : ชาติพันธุ์วรรณนาของปฏิบัติการสร้าง “ภาพลักษณ์” ของการแพทย์ชีวภาพในประเทศไทย,” โดย สุมนมาลย์ สิงหะ, 2558, สืบค้นจาก <https://lc.mahidol.ac.th> > JLC35-special-Sumonmarn-SH.

จำนวนนี้มีที่ได้คลอดบุตรและมอมบุตรให้แก่คู่สัญญาเรียบร้อยแล้วจำนวน 12 รายนอกจากนี้และในปี พ.ศ.2557 มีผู้หญิงอยู่ในระหว่างตั้งครรภ์แทนยังไม่คลอดบุตร 5 ราย โดยอยู่ที่กรุงเทพมหานคร 4 ราย และอาศัยอยู่กับญาติที่พิษณุโลก 1 ราย

ผู้หญิงรับตั้งครรภ์แทนเหล่านี้ได้เล่าประสบการณ์การตั้งครรภ์แทนโดยการที่มีนายหน้ามาชักชวนให้มีการตั้งครรภ์แทนตั้งแต่ปี พ.ศ.2555 จากนั้นได้รับการติดต่อจากคลินิกออลไอวีเอฟ ย่านเพลินจิต กรุงเทพมหานคร โดยการจัดทำข้อมูลขึ้นมาว่าผู้หญิงเหล่านี้มีสามีอยู่ที่กรุงเทพมหานคร และนายหน้าได้มีการให้ไปฝากครรภ์ที่คลินิกที่กรุงเทพมหานคร เมื่อมีผู้หญิงในชุมชนรับตั้งครรภ์แทนมากขึ้น จึงแจ้งแก่เจ้าหน้าที่ฝากครรภ์ว่าเธอไปปรึกษาไ้แก่ผู้มีบุตรยากโดยอ้างว่าทำถูกต้องตามกฎหมาย และมีการหลีกเลี่ยงการเปิดเผยให้เจ้าหน้าที่โรงพยาบาลอำเภอและโรงพยาบาลจังหวัดเพชรบูรณ์รับทราบ

ได้มีการสัมภาษณ์ผู้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในชุมชนมีอายุระหว่าง 22-38 ปี อายุเฉลี่ย 30 ปี มีบุตรเฉลี่ย 1 คน สถานภาพสมรสทั้ง 17 รายและสถานภาพหย่าร้าง 1 ราย การรับตั้งครรภ์แทนได้รับค่าตอบแทนรายละ 350,000 บาทต่อการตั้งครรภ์แทน 1 ครั้ง กรณีการรับตั้งครรภ์แทนเป็นครรภ์แฝดได้ค่าตอบแทน 400,000 บาทต่อครั้งโดยการโอนค่าใช้จ่ายทำเป็นแบบแผนของนายหน้ารับตั้งครรภ์แทน โดยมีค่าใช้จ่ายเงินเป็น 4 งวดๆคือ ค่าใช้จ่ายเดินทางไปฝากครรภ์ที่กรุงเทพมหานครเพื่อไปตรวจความสมบูรณ์ของร่างกายและนิดยากระตุ้นการตกไข่ ค่าใช้จ่ายเมื่อทารกในครรภ์อายุ 6 สัปดาห์¹⁵⁴ เพื่อตรวจสอบความสมบูรณ์ของตัวอ่อน ค่าใช้จ่ายในช่วงทารกมีอายุครรภ์สมบูรณ์เต็ม 7 เดือน และค่าใช้จ่ายงวดสุดท้ายเมื่อผู้หญิงรับตั้งครรภ์คลอดบุตรและมอมบุตรแก่คู่สัญญา ต่อไปเป็นตัวอย่างกรณีศึกษาของผู้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนบางคนดังนี้

กรณีศึกษาที่ 1 เป็นอาสาสมัครสาธารณสุขประจำหมู่บ้าน (อสม.)

หญิงรับตั้งครรภ์แทนรายนี้มีอายุ 32 ปีเธอมีบุตรสองคน สามีอาศัยอยู่ในบ้านที่ไม่มีเอกสารสิทธิ์ทำกิน มีบ้านเล็กๆ ดิดเชิงเขา ทั้งสองคนมีอาชีพรับจ้างทั่วไป ต่อมาเธอเข้ามาเป็นอาสาสมัครสาธารณสุขประจำหมู่บ้าน (อสม.) โดยต้องทำงานเป็นผู้ช่วยหมอที่อนามัย มีหน้าที่นัดหมายการตรวจสุขภาพ การตรวจน้ำตาลในเลือด การออกเยี่ยมผู้สูงอายุตามบ้านเป็นต้น ค่าจ้างทำงานได้เดือนละ

¹⁵⁴ พัฒนาการของลูกน้อยในครรภ์ อายุครรภ์ 6 สัปดาห์ เซลล์ส่วนแรกจะไปพัฒนากลายเป็น รก และถุงเยื่อหุ้มเด็กหรือน้ำคร่ำนั่นเอง เซลล์ส่วนนี้จะไปยึดเกาะกับผนังมดลูกอย่างแน่นหนาแล้วจะกลายเป็น รก ไว้โอบอุ้มลูกน้อยในครรภ์ เซลล์ส่วนที่สองของตัวอ่อน จะพัฒนาไปเป็นทารก เซลล์ตัวนี้จะไปแยกอีกเป็น 3 ส่วนเพื่อไปเป็นอวัยวะต่าง ๆ ของทารก.

600 บาท ต่อมาได้รับการติดต่อจากนายหน้าให้รับการตั้งครรภ์แทนที่คลินิกในกรุงเทพมหานคร เมื่อปี พ.ศ. 2552 และเธอก็ได้ตกลงใจที่จะรับการตั้งครรภ์แทนเพราะต้องการเงินมาใช้หนี้ให้ครอบครัวและสร้างบ้านให้แม่ โดยเดินทางไปคลินิกออลไวเอฟ ย่านเพลินจิดเพื่อรับตั้งครรภ์แทน โดยผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นชายสัญชาติสิงคโปร์ ระหว่างตั้งครรภ์ยังคงทำงาน อสม. ที่โรงพยาบาลส่งเสริมสุขภาพตำบลตามปกติ เธอตั้งครรภ์จนกระทั่งสัปดาห์สุดท้ายของการกำหนดคลอดบุตร เธอจึงได้ลาทำงานไปคลอดที่คลินิกโดยไม่ให้เพื่อนร่วมงานรับทราบเรื่องการรับจ้างตั้งครรภ์แทนของเธอ แต่ผู้ที่รู้ความเป็นมาตลอดคือคนในครอบครัวและญาติสนิทของเธอเท่านั้น เมื่อคลอดบุตรและได้รับเงินตามสัญญาครบถ้วน เธอจึงนำเงินค่าตอบแทนจากการรับตั้งครรภ์แทนมาซ่อมแซมบ้าน ใช้หนี้นอกระบบส่งเสียบุตรเรียนหนังสือ เธอก็คิดว่าการรับตั้งครรภ์แทนของเธอได้ช่วยการประคับประคองครอบครัวของเธออย่างคุ้มค่า แต่มีความรู้สึกไม่สบายใจที่มีการเสนอข่าวเกี่ยวกับ “หมู่บ้านอุ้มบุญ” ซึ่งเป็นเหตุให้ผู้หญิงรับจ้างตั้งครรภ์แทนที่ยังไม่คลอดบุตรต้องหลบหนีออกจากหมู่บ้านเพราะเกรงกลัวทางราชการจะจับกุมตัวเธอเข้าไปอยู่ในสถานสงเคราะห์ ทำให้ต้องยกเลิกสัญญาและพวกเขาไม่ได้รับค่าจ้าง ทำให้พวกเขาต้องเลี้ยงดูบุตรเอง ผู้หญิงรับตั้งครรภ์แทนที่ตั้งครรภ์อยู่จึงต้องติดต่อกับคลินิกที่กรุงเทพมหานคร เพื่อขอคำปรึกษาเป็นระยะเป็นต้น

กรณีศึกษาที่ 2 เป็นหญิงมีอายุ 22 ปี เธออาศัยอยู่กับยายหลังจากที่พ่อและแม่ตัดสินใจหย่าร้างตั้งแต่เธอยังเล็ก เมื่อเรียนจบชั้นมัธยมที่หกแล้วก็ไม่เรียนต่อ เธอและเพื่อนบ้านรุ่นเดียวกันไปเป็นพนักงานบริการที่ร้านอาหารแห่งหนึ่งในตัวเมืองเพชรบูรณ์ ต่อมาเธอได้พบกับชายหนุ่มลูกจ้างปั้มน้ำมัน และคบหาเป็นแฟนกัน ต่อมาทั้งคู่ได้มีเรื่องราวทะเลาะกันเกี่ยวกับพฤติกรรมดื่มสุราเมาอาละวาดสามีเธอเป็นเหตุให้เธอต้องแท้งลูกคนแรก เธอจึงตัดสินใจเลิกกับสามีแล้วเดินทางกลับบ้าน จากนั้นไม่นานเพื่อนของจงจิตรก็ชักชวนเธอไปทำงานที่กรุงเทพมหานครบอกว่ามีงานรายได้ดีไม่ลำบากและเหมือนได้ทำบุญ เมื่อเธอเดินทางไปกรุงเทพมหานครตามนัดหมายของเพื่อนเพื่อเข้าไปทำงานที่ร้านขายของแห่งหนึ่ง ต่อมาวันหนึ่งเพื่อนเธอก็ชักชวนเธอไปให้รับตั้งครรภ์แทนที่คลินิกแห่งหนึ่ง โดยเธอต้องเข้ารับการตรวจร่างกายว่ามีความสมบูรณ์เพียงพอ เมื่อเธอผ่านการตรวจร่างกายอย่างละเอียดแล้วนายหน้าและเธอก็ได้ทำสัญญาเป็นภาษาอังกฤษ ซึ่งเธอไม่สามารถอ่านได้ละเอียดและเธอก็เล่าให้ฟังว่าเธอต้องตั้งครรภ์แทนให้กับสามีและภริยาคู่หนึ่งที่เป็นคนอเมริกัน โดยให้ถือว่าเป็นการทำบุญให้ เธอเข้าใจว่าเธอเป็นดั่งนกกาที่นกกาเหว่ามาฝากลูกให้เลี้ยงชั่วคราว จากนั้นแม่คนกาเหว่าจะเอาลูกไป เธอจึงได้ทำสัญญารับตั้งครรภ์แทน แต่เธอก็คิดว่าเงินค่าตอบแทนสำหรับเลี้ยงดูครอบครัวและได้ช่วยเหลือสามีภริยาที่ไม่สามารถมีบุตรได้เองแม้ว่าเธอจะไม่รู้จักหน้าตาของอีกฝ่ายมาก่อน หลังการ

คลอดบุตร จงจิตร ได้คืนบุตรตามสัญญาว่าจ้าง แม้ว่าเธอจะมีความผูกพันกับทารกที่เธอตั้งครรภ์ถึง 9 เดือน เพื่อนเธอบอกว่าเธอได้ทำบุญทำกุศลเปรียบเสมือนแม่กาเลี้ยงลูกให้นกกาเหว่า

กรณีศึกษาที่ 3 เธออาศัยอยู่ที่ อำเภอหล่มสัก จังหวัดเพชรบูรณ์ เป็นลูกหลานตระกูลผู้ใหญ่บ้านคนเก่าซึ่งเคยเป็นผู้มีอิทธิพลที่บ้านชุมชนนาใหม่ที่มีวัฒนธรรมพึ่งพาอาศัยกันหรือมีวัฒนธรรมเชิงอุปถัมภ์ค้ำจุนและมักจะต้องแสดงความสำนึกบุญคุณด้วยการมาเยี่ยมอวยพรในวาระต่างๆ งานแข่งเรือ งานกฐินหรือในงานสำคัญ เช่นงานศพ เป็นต้น เธอปรากฏตัวไปไหนมักเป็นที่สังเกตแก่ผู้คนแม้รูปร่างเล็กสันทัดแต่พูดจาเสียงดังตรงไปตรงมา สามีเธอเสียชีวิตด้วยโรคมะเร็ง ด้วยสาเหตุนี้พี่กึ่งจึงต้องหาเลี้ยงลูกทั้งสองและพ่อแม่เพียงคนเดียวเพราะ ต่อมาเธอได้รับการชักชวนจากดาว อสม.ให้รับตั้งครรภ์แทนเพราะมีรายได้ดี อีกทั้งได้ช่วยเหลือคนที่อยากมีบุตรแต่ไม่สามารถมีได้ด้วยตนเอง เธอจึงตัดสินใจไปตรวจความพร้อมร่างกายที่คลินิกแห่งหนึ่งที่กรุงเทพมหานคร เมื่อผลการตรวจร่างกายสมบูรณ์ดีเธอได้ทำสัญญาว่าจ้างรับตั้งครรภ์แทนโดยมีคู่สัญญาเป็นคนออสเตรเลีย เมื่อกลับมาชุมชนกึ่งจึงติดต่อญาติที่จังหวัดพิษณุโลกเพื่อพักอาศัยระหว่างรอการคลอดบุตร เมื่อคลอดบุตรแล้วจึงส่งมอบเด็กแก่คู่สัญญาโดยเธอรู้สึกว่าคุณได้ทำบุญทำกุศล และหากร่างกายมีความพร้อมจะที่จะรับการตั้งครรภ์แทนอีก

กรณีศึกษาตัวอย่างข้างต้นและการสัมภาษณ์ผู้หญิงรับตั้งครรภ์ 15 คนนั้นเป็นการเลือกการตั้งครรภ์แทนแบบแท้ (Full Surrogacy)¹⁵⁵ ไม่ใช่ไข่ของตนเอง โดยมีปัจจัยเรื่องการเงินเป็นสิ่งจำเป็นที่ทำให้ผู้หญิงเหล่านี้รับจ้างตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ เพื่อต้องการเงินไปรักษาโรคไตของแม่ บางคนก็ให้เหตุผลว่าหลังจากสามีเสียชีวิตด้วยโรคมะเร็ง เธอมีแม่ของเธอ น้องและลูก 2 คนต้องหาเลี้ยงดูและ บางคนเล่าว่าเธอได้หย่าร้างจากสามี และต้องการเปิดร้านของเล็กๆ ที่หมู่บ้านและเลี้ยงดูลูกอายุ 4 ขวบของเธอ เมื่อเธอได้เรียนรู้กระบวนการรับตั้งครรภ์แทนแม่ก็คิดว่าไม่ใช่ทางแก้ปัญหาที่ตึงเครียด แต่รายได้ที่รับมาก็มากพอที่จะเลี้ยงดูคนที่บ้านและสามารถดูแลแม่ที่เป็นอัมพาตของเธอได้เธอโดยกล่าวว่าใช้เวลาเพียงไม่กี่นาทีก็มีเงินใช้หนี้ให้แม่เกือบ 200,000 บาท แล้ว

ผู้หญิงรายหนึ่งที่เป็นอาสาสมัครสาธารณสุขนั้นเธอต้องการสร้างบ้านใหม่ให้แม่และเนื่องจากมีหนี้สินมาก รายได้จากการเป็น อสม.รวมกับรายได้รับจ้างของสามีไม่พอที่จะสร้างบ้านให้

¹⁵⁵ Full Surrogacy (also known as host or gestational surrogacy) is when the eggs of the intended mother or a donor are used and there is therefore no genetic connection between the baby and the surrogate. สืบค้นจาก <https://www.hfea.gov.uk/www.hfea.gov.uk/treatments/explore-all-treatments/surrogacy>

แม่ได้ การตั้งครรภ์แทนเป็นประสบการณ์เหมือนได้ทำบุญทำกุศล ส่วนผู้หญิงรับจ้างตั้งครรภ์แทนอีก รายหนึ่งอายุ 34 ปีนั้นเธอนำเงินไปเปิดร้านขายของเล็กๆที่อำเภอพร้อมทั้งส่งลูกเข้าโรงเรียน การตั้งท้องให้เขาเหมือนได้ช่วยคน ได้ทำบุญกุศล มีค่ามากกว่าเงินที่ได้รับ ถ้าสุขภาพดีก็อยากรับจะรับจ้างตั้งครรภ์แทนอีก และอีกกรณีเป็นการรับตั้งครรภ์แทนของผู้หญิง เลิกกับแฟนคนแรกเพราะมักทะเลาะ ตบตีเธอจนเธอแค้นลูก ด้วยความเสียใจเธอจึงกลับมาที่หมู่บ้านพักอยู่กับครอบครัว เธอพบกับสามีคนที่สองซึ่งเป็นนายช่าง เธอเล่าถึงเหตุจูงใจว่าอยากจะทำบุญ เป็นการชดเชยที่เคยแค้นลูกในระหว่างตั้งครรภ์ และบอกว่าอารมณ์ความรู้สึกของความเป็นแม่ที่มีทารกในครรภ์ซึ่งถือเป็นความรู้สึกตามธรรมชาตินั่นเอง

ดังนั้น กรณีศึกษาทั้ง 15 ตัวอย่างนั้น ความรู้สึกผูกพันตามธรรมชาติระหว่างแม่และทารกในครรภ์ไม่ปรากฏชัดเจนนัก ผู้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเล่าว่าเธอได้ควบคุมอารมณ์ตนเองอย่างดีบางคนโดยไม่มีปัญหาเพราะตั้งใจที่จะทำตั้งแต่แรกแล้วมันไม่มีอะไร เพราะว่าไม่ใช่ลูกของเธอบางคนบอกว่าไม่ได้คิดอะไร เป็นการทำงาน อีกคนหนึ่งบอกว่า เมื่อสัญญาได้เริ่มขึ้นก็คิดว่ามันเป็นส่วนหนึ่งของงานอีกคนหนึ่งกล่าวว่าผู้เข้ารับการตั้งครรภ์แทนได้ระบุถึงความแตกต่างระหว่างกระบวนการตั้งแทนเต็มโปรแกรม (ใช้ไข่ผู้รับจ้าง Partial Surrogacy¹⁵⁶) และครึ่งโปรแกรม (Full Surrogacy ไม่ใช่ไข่ผู้รับจ้าง) ส่วนใหญ่พวกเขาไม่ต้องการใช้ไข่ของตัวเองเพราะความรู้สึกว่าทารกจะเป็นส่วนหนึ่งของเธอ ถึงแม้ว่าพวกเขาจะพัฒนาความรู้สึกผูกพันอย่างลึกซึ้ง แต่พวกเขาก็หลีกเลี่ยงที่เอาเด็กไว้เพราะจะไม่ได้รับเงินครบถ้วนตามข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน

มีกรณี 2-3 กรณีที่มีความเครียดและกดดัน ยกตัวอย่างเช่นคนหนึ่งกล่าวว่าพยายามคิดไม่ได้ตั้งครรภ์ลูกของตน และไม่ต้องการจะพบเด็กถึงแม้ว่าจะรู้สึกรักเด็กหญิงชายเท่าไร บอกไปว่าให้พ่อแม่ของเด็กที่จ้างให้พาเด็กมาเจอเธอเมื่อโตขึ้น ส่วนผู้หญิงอีกคนหนึ่งบอกว่ารู้สึกผูกพัน แต่ไม่ต้องการพบเด็ก ถ้าเด็กคนนี้มีมาพบตอนโตก็จะบอกว่าไม่ใช่แม่ของเขา พ่อแม่ที่จ้างต่างหากคือพ่อแม่ที่แท้จริง เธออธิบายถึงความแตกต่างของความผูกพันระหว่างลูกของเธอจริงๆ และทารกตั้งครรภ์ที่มีอยู่จริง ด้วยเหตุนี้พวกเขาจึงเลือกการตั้งครรภ์แทนที่ไม่ใช่ไข่ตนเอง (Full Surrogacy)

¹⁵⁶ Partial surrogacy (also known as straight or traditional surrogacy) involves the surrogate's egg being fertilised with the sperm of the intended father. สืบค้นจาก <https://www.hfea.gov.uk/www.hfea.gov.uk/treatments/exploring-all-treatments/surrogacy>

กล่าวโดยสรุปถึงความจำเป็นในการรับตั้งครรภ์แทนที่สำคัญได้แก่คำตอบแทนในการรับจ้างตั้งครรภ์แทนและมีความเห็นใจของผู้ให้ตั้งครรภ์แทนที่มีบุตรยากหรือมีไม่ได้ อย่างไรก็ตามควรต้องมีกลไกทางกฎหมายมาควบคุมไม่ให้มีการรับจ้างตั้งครรภ์แทนในเชิงการค้า และคุ้มครองเด็กที่เกิดมาด้วยโดยการวิเคราะห์จากกรณีศึกษาดังกล่าวข้างต้น

นอกจากนี้ยังมีกรณีศึกษาเกี่ยวกับปัญหาจริยธรรมและปัญหากฎหมาย สำหรับการรับตั้งครรภ์แทน¹⁵⁷ ซึ่งได้ข้อสรุปเกี่ยวกับความสมบูรณ์แห่งชีวิตของครอบครัวนั้นจำเป็นต้องประกอบไปด้วยพ่อแม่ ลูก ทำให้คู่สามีภรรยาต้องการที่จะมีทายาทไว้สืบสกุลโดยบางกรณีต้องอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (Assisted Reproductive Technology) แต่อย่างไรก็ตามที่ฝ่ายผู้หญิงไม่สามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเองได้ ก็จำเป็นต้องอาศัยบุคคลที่สาม คือหญิงอื่นมารับการตั้งครรภ์แทน (Surrogacy Arrangements)

กรณีศึกษาโดยการสัมภาษณ์และแจกแบบสอบถามเป็นการวิจัยภาคสนามโดยมีการสัมภาษณ์นักวิชาการทางด้านศาสนา 3 ศาสนา ได้แก่ ศาสนาพุทธ ศาสนาคริสต์ และศาสนาอิสลาม มีการสรุปจากแบบสอบถามดังนี้ กลุ่มศาสนาพุทธ ส่วนใหญ่เป็นเพศหญิง อายุมากกว่า 30 ปี สถานภาพโสด รายได้เฉลี่ยต่อเดือนน้อยกว่า 10,000 บาท ประกอบอาชีพข้าราชการและมีวุฒิการศึกษาปริญญาตรี กลุ่มศาสนาคริสต์ ส่วนใหญ่เป็นเพศหญิง อายุ 20-25 ปี สถานภาพโสด นับถือศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก รายได้เฉลี่ยต่อเดือนน้อยกว่า 10,000 บาท ประกอบอาชีพนักเรียน/นักศึกษา และมีวุฒิการศึกษาปริญญาตรี และกลุ่มศาสนาอิสลาม ส่วนใหญ่เป็นเพศหญิง สถานภาพสมรส รายได้เฉลี่ยต่อเดือน 10,001-20,000 บาท ประกอบอาชีพข้าราชการและมีวุฒิการศึกษาปริญญาตรี

ประเด็นที่กลุ่มศาสนาตัวอย่างทั้ง 3 กลุ่ม ศาสนามิทัศนคติและความเห็นที่ตรงกัน ได้แก่ การตั้งครรภ์แทนจะทำให้เกิดผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกในครอบครัวขาดความสัมพันธ์ทางสายเลือด กล่าวคือการตั้งครรภ์แทนทำให้ขาดสายสัมพันธ์ระหว่างมารดาผู้ให้กำเนิดและเด็ก อันจะก่อให้เกิดความสับสนในชาติกำเนิดของเด็กนั้น, การตั้งครรภ์แทนอาจจะทำให้ผู้ที่ต้องการมีบุตรไม่เห็นความสำคัญของการแต่งงาน ถ้าสามารถมีบุตรได้โดยการตั้งครรภ์แทน, เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะเป็นเด็กที่มีปมด้อยหรือปมเด่น ถ้าเขาทราบว่าเกิดจากการตั้งครรภ์แทนอาจทำให้เกิดปัญหาสังคมในอนาคตได้, เมื่อเด็กเจริญเติบโตขึ้นบิดาอาจจะเกิดความรู้สึกไม่ยอมรับเด็กใน

¹⁵⁷ จาก “ปัญหาจริยธรรมและปัญหากฎหมาย : การรับตั้งครรภ์แทน” โดยธัญรติ ไตรวัฒนวงษ์และพินิจ รัตนกุล, 2551, รายงานการวิจัยวิทยาลัยพุทธศาสนศึกษา, สืบค้นจาก <http://www.crs.mahidol.ac.th> > thai > thanyaradee

กรณีใช้เชื่อฟังของบุคคลอื่น, การทำสัญญาจ้างตั้งครุฑเป็นสัญญาที่ขัดต่อความสงบ เรียบร้อย และ ศีลธรรมอันดีของมิประชาชนเป็นต้น

ประเด็นที่กลุ่มตัวอย่างทั้ง 3 กลุ่มศาสนามีทัศนคติและความเห็นที่แตกต่างกันออกไปได้แก่ การตั้งครุฑแทนเป็นการขัดกับคำสอนในศาสนา , ศาสนาสนับสนุนการรับตั้งครุฑแทน , ศาสนาต่อต้านการรับตั้งครุฑแทน , การตั้งครุฑแทนเป็นการลดศักดิ์ศรีของความเป็นแม่ ทำให้หญิงรับตั้งครุฑแทนเป็นเพียงสถานรับเลี้ยงตัวอ่อนเพื่อรอการเจริญเติบโตของทารกที่จะคลอดออกมา, ถ้าการรับจ้างตั้งครุฑได้รับความนิยมน้อยอย่างแพร่หลาย จะทำให้กลายเป็นอาชีพอย่างหนึ่ง, หญิงที่รับตั้งครุฑแทนควรได้รับสิทธิในการเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กตามกฎหมาย

เมื่อพิจารณาเรื่องการรับตั้งครุฑแทนเป็นการขัดต่อหลักคำสอนทางศาสนาหรือไม่พบว่า ส่วนใหญ่ศาสนาคริสต์และศาสนาอิสลามจะมีความเห็นที่เหมือน ส่วนศาสนาพุทธนั้นจะมีความเห็นที่แตกต่างออกไป ศาสนาคริสต์และอิสลามมีส่วนใหญ่เห็นว่าขัดต่อหลักคำสอนทางศาสนา แต่ศาสนาพุทธนั้นไม่มีความเห็นในประเด็นนี้, ศาสนาคริสต์และอิสลามไม่สนับสนุนการรับตั้งครุฑแทน อาจจะเป็นเพราะ เป็นการลดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และทำให้เกิดความสับสนขึ้นในวงศ์ตระกูล ส่วนศาสนาพุทธนั้นไม่ได้มองว่าเป็นเรื่องที่ฝืนธรรมชาติ แต่เป็นการช่วยเหลือเพื่อนมนุษย์เสียมากกว่า

ประเด็นการรับตั้งครุฑแทนในกรณีต่างๆ มีการแสดงทัศนคติและให้ความเห็นดังนี้ กลุ่มตัวอย่างทางด้านศาสนาพุทธนั้นเห็นด้วยกับการรับตั้งครุฑแทนในกรณีที่เป็นการตั้งครุฑแทนโดยใช้เชื่อฟังของสามี และไปขงภรรยาผสมกันแล้วนำไปใส่ในมดลูกของหญิงอื่นให้ตั้งครุฑแทน เพราะภรรยามีเหตุผลทางการแพทย์ตั้งครุฑเองไม่ได้เพียงกรณีเดียวเท่านั้น ส่วนในกรณีอื่นนั้นไม่เห็นด้วย ส่วนกลุ่มตัวอย่างทางด้านศาสนาคริสต์และอิสลามนั้น ไม่เห็นกับการรับตั้งครุฑแทนไม่ว่าจะเป็นกรณีใดๆ

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ทัศนคติของชาวพุทธ คริสต์ อิสลาม ที่มีต่อการรับตั้งครุฑโดยการ สัมภาษณ์และการแจกแบบสอบถาม พบว่า กลุ่มตัวอย่างทางด้านศาสนาพุทธนั้นมองว่าการรับตั้งครุฑแทนในกรณีที่ให้เชื่อฟังของพ่อแม่เป็นเรื่องที่ดีเป็นการช่วยเหลือผู้อื่นให้พ้นทุกข์ เป็นการแสดงให้เห็นถึงความมีเมตตากรุณา ซึ่งเป็นหลักสองข้อแรกในพรหมวิหาร 4 ทั้งนี้เนื่องมาจาก สังคมไทยซึ่งเป็นสังคมเมืองพุทธ คนไทยส่วนมากมีนิสัยที่ชอบช่วยเหลือผู้อื่นที่เป็นทุกข์ด้วยความ

สงสารและเห็นอกเห็นใจกัน แต่ทั้งนี้ก็ยอมรับและเห็นด้วยว่าการรับตั้งครรภ์แทนนั้นก็ยังมีปัญหาตามมามากมายด้วยเช่นกัน โดยเฉพาะการรับตั้งครรภ์แทนที่เป็นไปเพื่อการค้า

ส่วนกลุ่มตัวอย่างทางด้านศาสนาคริสต์นั้น ไม่เห็นด้วยกับการรับตั้งครรภ์แทนเลยในทุกกรณี ซึ่ง นอกจากปัญหาต่างๆที่จะเกิดตามมาแล้ว การรับตั้งครรภ์แทนยังเป็นการขัดต่อหลักคำสอนทางศาสนาในเรื่องเป้าหมายของการแต่งงาน เป็นการให้กำเนิดมนุษย์ที่ผิดธรรมชาติและเป็นการลดศักดิ์ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หญิงที่ขอให้ตั้งครรภ์ รวมถึงเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนนั้น ด้วยและสุดท้ายกลุ่มตัวอย่างทางด้านศาสนาอิสลาม มีทัศนคติคล้ายกับศาสนาคริสต์ ไม่เห็นด้วยในกับการรับตั้งครรภ์แทนในทุกกรณี โดยเหตุผลหลักคือเป็นการขัดต่อหลักศาสนา เนื่องจากเป็นการฝืนธรรมชาติทำให้เกิดความสับสนขึ้นในวงศ์ตระกูล แต่จากการสัมภาษณ์นั้นมีทัศนคติคล้ายกับศาสนาพุทธคือ ศาสนาอิสลามนั้นอนุโลมให้มีการรับตั้งครรภ์แทนได้ แต่จะต้องใช้เชื้อพันธุ์จากสามีภริยาเท่านั้นและต้องไม่เป็นไปเพื่อการค้า ทั้งนี้เพื่อเป็นการเพิ่มจำนวนประชากรและยังเป็นการช่วยเหลือเกื้อกูลกันอีกด้วย

สำหรับการรับตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยนั้นส่วนมากจะรับการตั้งครรภ์แทนในหมู่ญาติพี่น้องเท่านั้น จึงไม่ค่อยเป็นปัญหาในเชิงการค้า แต่ทั้งนี้ทั้งนั้นแล้ว ถึงแม้การรับตั้งครรภ์แทนจะนำมาซึ่งส่วนเติมเต็มความสมบูรณ์ของครอบครัว ขณะเดียวกันการรับตั้งครรภ์แทนก็นำมาซึ่งปัญหาทางจริยธรรมและทางกฎหมาย รวมทั้งปัญหาอื่นๆ ที่เกิดขึ้นตามมา

กรณีเรื่องของปัญหาทางจริยธรรมนั้นอาจสรุปได้ว่าศาสนาพุทธไม่ได้คัดค้านหรือเห็นว่าขัดต่อหลักคำสอนของการรับตั้งครรภ์แทน ทว่าการกระทำนั้นประกอบด้วยเจตนาบริสุทธิ์ทั้งฝ่ายที่ต้องการมีบุตรและผู้ที่ทำหน้าที่ตั้งครรภ์แทน เพราะถือว่าเป็นการช่วยเหลือผู้อื่นให้สมปรารถนา แสดงออกถึงความมีเมตตากรุณา ศาสนาคริสต์คัดค้านกับการรับตั้งครรภ์แทนทุกกรณี เพราะถือว่าเป็นการให้กำเนิดมนุษย์ที่ผิดธรรมชาติ อีกทั้งเป็นการลดศักดิ์ศรีคุณค่าของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน หญิงที่ขอให้ตั้งครรภ์แทน รวมทั้งเด็กที่เกิดขึ้นมาด้วย ทางด้านศาสนาอิสลาม มีทั้งฝ่ายที่ไม่คัดค้านกับฝ่ายที่คัดค้านในการรับตั้งครรภ์แทน โดยฝ่ายที่ไม่คัดค้านต่างให้เหตุผลว่าเป็นการช่วยเพิ่มจำนวนประชากรในกรณีที่ประชากรลดถอยและยังเป็นการช่วยเหลือเกื้อกูลซึ่งกันและกันอีกด้วย ส่วนฝ่ายที่คัดค้านให้เหตุผลคล้ายกับศาสนาคริสต์ที่ว่าเป็นการเกิดที่ฝืนธรรมชาติ อีกทั้งยังส่งผลให้เกิดความสับสนขึ้นในวงศ์ตระกูลและลดค่าของความเป็นมนุษย์ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าปัญหาทางจริยธรรมนั้นแม้ว่าบางศาสนาจะไม่ได้คัดค้าน หากว่าช่วยผู้อื่นด้วยความบริสุทธิ์ใจ แต่อาจจะมีผู้ที่เห็นว่าการรับตั้งครรภ์แทนนั้น

เป็นการกระทำที่ผิดหลักจริยธรรม เพราะอาจนำไปสู่การค้าเชิงพาณิชย์ (การขายเด็ก) หรือปัญหาเรื่องชาติกำเนิดและความรู้สึกของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

ส่วนปัญหาทางกฎหมาย ในประเทศไทยขณะมีกฎหมายบัญญัติความรับผิดชอบทางอาญาที่บังคับหรือลงโทษห้ามมิให้รับการตั้งครรภ์แทนในเชิงการค้าแล้วและมีการร่างพระราชบัญญัติการรับตั้งครรภ์แทนแต่ไม่ผ่านความเห็นชอบของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ แต่มีเพียงพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เท่านั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีกลไกทางกฎหมายที่มีประสิทธิภาพในการวางกรอบเพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติสำหรับผู้ที่มีความจำเป็นในการใช้กระบวนการตั้งครรภ์แทนที่ก่อให้เกิดประสิทธิผลที่สมบูรณ์ยิ่ง

ผู้วิจัยได้มีการสัมภาษณ์ผู้ทรงคุณวุฒิบางท่านเพื่อจะได้ความคิดเห็นเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยโดยท่านศาสตราจารย์กิตติคุณ นายแพทย์ ประมวล วิรุฒมเสน เป็นนายแพทย์ชาวไทย จากภาควิชาสูติศาสตร์-นรีเวชวิทยา คณะแพทยศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ผู้สร้างผลงานเด็กหลอดแก้วรายแรกของประเทศไทย ที่โรงพยาบาลจุฬาลงกรณ์ วันที่ 18 ธ.ค. 2561 ศ.นพ.สุทธิพงษ์ วัชรสินธุ์ ผู้อำนวยการ โรงพยาบาลจุฬาลงกรณ์ พร้อมด้วย ศ.กิตติคุณ นพ.ประมวล วิรุฒมเสน ที่ปรึกษาหน่วยชีววิทยาการเจริญพันธุ์ ฝ่ายสูติศาสตร์-นรีเวชวิทยา รพ.จุฬา และทีมแพทย์ แถลงข่าวเรื่องทายาทเด็กหลอดแก้วคนแรกของไทย¹⁵⁸ โดยศ.นพ.กัธร พุกยานานนท์ อาจารย์ฝ่ายสูติศาสตร์-นรีเวชวิทยา รพ.จุฬาฯ กล่าวว่า ในอดีตคนจำนวนมากกังวลว่า เด็กที่เกิดจากหลอดแก้วอาจมีความผิดปกติ ทั้งร่างกาย สุขภาพ ความรู้สึก และความคิด จนกลายเป็นมนุษย์พันธุ์ใหม่ อย่างเด็กหลอดแก้วคนแรกของอังกฤษก็มีคนกังวลจนออกมาประท้วงต่อต้าน แต่ภายหลังพิสูจน์แล้วว่า เด็กหลอดแก้วก็มีความปกติดี เช่นเดียวกับกรณีนายปวรวิษณุ ศรีสมบูรณ์ เด็กหลอดแก้วรายแรกของประเทศไทยที่มีการติดตามอย่างต่อเนื่อง พบว่ามีสุขภาพแข็งแรงดี และปัจจุบันสามารถมีทายาทสืบพันธุ์ได้ปัจจุบันทั่วโลกมีเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ 7 ล้านคน ส่วนประเทศไทยมีประมาณ 20,000 คน แต่ไม่ทราบว่ามีทายาทกันแล้วหรือไม่ เพราะไม่ได้ติดตามเหมือนของนายปวรวิษณุ แต่ก็เป็นการพิสูจน์แล้วว่า เด็กหลอดแก้วหรือคนที่จะเกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ก็สามารถเติบโตและมีทายาทสืบสกุลได้ ทั้งนี้ เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ควรนำมาใช้อย่างเหมาะสมและจำเป็น ซึ่งมองว่าควรนำมาใช้ในเรื่องการวางแผนครอบครัวและช่วยให้ผู้ที่ยังไม่พร้อมมีบุตรให้สามารถมีบุตรอย่างมีคุณภาพได้ เช่น การรับฝากไข่ และเนื้อเยื่อรังไข่ เป็นต้น

¹⁵⁸ จาก “ทายาทเด็กหลอดแก้วคนแรกของไทย”, 2561. สืบค้นจาก<https://chulalongkornhospital.go.th> > kcmh.

นายปวรวิษณุ ศรีสหบุรี เด็กหลอดแก้วคนแรกของไทย เกิดเมื่อวันที่ 15 ส.ค. 2530 กล่าวว่า สุขภาพร่างกายของตนแข็งแรงเป็นปกติ ส่วนตัวชอบออกกำลังกาย เมื่อมีครอบครัว ก็มีความห่วงกังวลเล็กน้อย ว่า จะสามารถมีบุตรตามธรรมชาติได้ตามปกติหรือไม่ แต่เมื่อภรรยาท้องก็มาตรวจครรภ์ตามปกติ และก็คลอดโดยวิธีธรรมชาติ โดยคลอดเมื่อวันที่ 16 ธ.ค.ที่ผ่านมา เป็นเพศชาย น้ำหนัก 3,223 กรัม ปลอดภัยแข็งแรงทั้งแม่ทั้งลูก ขณะที่ในอนาคตวางแผนจะมีลูกเพิ่มอีก 1 คน นอกจากนี้ผู้วิจัยได้ออกแบบสอบถามเรื่อง “ การตั้งครรภ์แทนในประเทศไทย ” ดังนี้

1) ท่านคิดว่า ปัญหาการมีบุตรยาก เป็นข้อบ่งชี้ในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ด้วยวิธีการตั้งครรภ์แทน (surrogacy arrangement) ภายใต้กรอบของกฎหมายไทย ปัจจุบัน นอกจากนี้ยังมีปัญหาอื่นอีกหรือไม่ที่จำเป็นต้องใช้วิธีการนี้ในการให้กำเนิดเด็กโดยไม่ขัดต่อกฎหมายไทยตลอดจนศีลธรรมและจริยธรรมสำหรับสังคมไทย

2) ท่านคิดว่าสำหรับประเทศไทยการตั้งครรภ์แทนก่อให้เกิดปัญหาทางจริยธรรมในด้านศักดิ์ศรีและคุณค่าความเป็นมนุษย์หรือไม่เพียงใด

3) ท่านคิดว่าเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายไทยปัจจุบันเพียงพอหรือไม่ เพียงใด

4) การที่ในประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายรองรับการสมรสระหว่างเพศเดียวกัน จึงเป็นข้อห้ามในการตั้งครรภ์แทน ท่านมีความคิดเห็นในเรื่องนี้อย่างไร

5) ปัจจุบันมีปัจจุบันได้มีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาบังคับใช้แล้ว กรณีการตั้งครรภ์ที่มีการฝ่าฝืนจะมีบทลงโทษทางอาญามีความเหมาะสมหรือไม่เพียงใด

6) เนื่องจากมีลักลอบการรับจ้างตั้งครรภ์แทน โดยผ่านนายหน้าคนกลางซึ่งเป็นการผิดตามกฎหมายและมีโทษทางอาญา ท่านคิดว่ามีแนวทางอื่นอีกหรือไม่ในการป้องกันการตั้งครรภ์แทนที่ผิดกฎหมาย

7) ท่านคิดว่านอกจากพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ที่จะนำมาใช้ในการลงโทษการตั้งครรภ์แทนที่ผิดกฎหมายแล้ว ยังมีกลไกอื่นใดที่จะสามารถนำมาใช้ได้อีกเพื่อคุ้มครองเด็กที่เกิดได้อย่างมีประสิทธิภาพ

8) ท่านคิดว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนที่มีความสำคัญในการอุ้มท้องและให้กำเนิดเด็ก ควรมิบบัญญัติของกฎหมายเพื่อให้ได้รับการปกป้อง คุ้มครองมากขึ้นเพียงใด

9) ท่านคิดเห็นอย่างไร ถ้ากฎหมายไทยอนุญาตให้ชาวต่างชาติมาขอตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยได้

10) การที่ประเทศไทยไม่อนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ (Noncommercial Surrogacy) เพราะเกรงว่าอาจนำไปสู่ขบวนการค้ามนุษย์ ท่านคิดว่าจะมีกลไกทางกฎหมายใดบ้าง นอกจากพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ที่จะนำมาปรับใช้เพื่อป้องกันและปราบปรามขบวนการใต้ดินในการลักลอบการรับจ้างตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ (Commercial Surrogacy)

บุคคลที่กรุณาให้ความร่วมมือในการตอบแบบสอบถามคือ

1) พ.อ.นายแพทย์พิบูล ลีละพัฒนะ ปริญญาเอก นายแพทย์ประจำโรงพยาบาลวิชัยยุทธ ท่านได้ให้ความเห็นกล่าวโดยสรุปคือ ข้อบ่งชี้อื่นยังไม่คิดว่าจะมี ปัจจุบันกำหนดให้เป็นญาติจึงสามารถทำได้ทำให้การจ้างอุ้มบุญโดยทางทฤษฎีเกิดขึ้น ถ้าเป็นที่เป็นญาติอุ้มบุญ ไม่น่าจะเป็นปัญหาดังกล่าวนั้น การคุ้มครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนน่าจะเท่าเด็กที่เกิดจากพ่อแม่ที่ให้กำเนิดเองตามธรรมชาติ

เนื่องจากยังไม่มีกฎหมายรองรับการสมรสระหว่างเพศเดียวกัน นอกจากจะมีกฎหมายนี้เหมือนในต่างประเทศแล้ว จึงควรจะมีการพิจารณาเรื่องนี้ภายหลัง พระราชบัญญัตินี้บังคับให้คู่สมรสที่มารับการบริการทำเด็กหลอดแก้วต้องจดทะเบียนสมรส น่าจะเป็นการก้าวล่วงสิทธิมนุษยชนที่มีกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ ถ้าเด็กที่เกิดโดยบิดามารดาไม่ได้มีทะเบียนสมรส แต่จัดรับรองเป็นบุตรตามกฎหมายมีสิทธิตามกฎหมาย จะแตกต่างจากที่มารดาบิดาจดทะเบียนหรือไม่ ชื่อกฎหมายคุ้มครองเด็กแต่ออกกฎหมายที่เป็นการควบคุมการให้บริการเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ทั้งหมด ทำให้ชื่อกฎหมายกับเนื้อหาไม่ตรงเข้ากัน

กรณีการตั้งครรภ์แทนที่มีการฝ่าฝืนจะมีบทลงโทษทางอาญา กฎหมายมุ่งไปตัวแทนผู้จัดหาจางวานสตรีอุ้มบุญให้คู่สมรสที่มีโทษทางอาญา เนื่องจากไม่ทราบว่าประเทศไทย กฎหมายคุ้มครองเด็กอื่น ๆ มีเพียงพ่ออยู่หรือไม่และมีการบังคับใช้กฎหมายเพียงใด ถ้ากฎหมายเกี่ยวกับสตรีมีเกี่ยวกับเรื่องการตั้งครรภ์แทนอย่างไร ควรเอามาพิจารณา ถ้าเพียงพอแล้วคงไม่ต้องออกกฎหมายอีก การที่ชาวต่างชาติมาขอตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยอาจถูกมองในแง่ไม่เหมาะสมได้ต้องพิจารณาหลายด้าน คิดว่ายังไม่น่าจะมีกฎหมายนี้

2) รวิวิท ลีละพัฒนนะ ปริญญาเอก อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ท่านได้ให้ความเห็นดังนี้

ปัญหาภาวะประชากรลดถอยและปัญหาภาวะไม่เสมอภาคทางเพศ เช่นคู่วิดิตที่ต้องการมีบุตร ตามมาตรา 21-24 แห่งพรบ.คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 ได้บัญญัติห้ามการรับจ้างตั้งครรภ์แทนในลักษณะกระทบต่อสังคมอันดีไว้ เช่นการรับจ้างตั้งครรภ์แทนโดยหญิงที่ไม่เคยมีบุตร ข้อบังคับเป็นเรื่องสิทธิหรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของสามีภริยาที่ไม่ได้จดทะเบียน ตามกฎหมายเนื่องจากมิได้ให้สิทธิบุคคลดังกล่าวในการให้มีที่ตั้งครรภ์แทน กรณีนี้อาจต้องใช้สิทธิในลักษณะเดียวกับ คู่วิดิตตามร่าง พรบ.นี้ กฎหมายยังมีช่องโหว่ในกรณีที่เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนที่ไม่เป็นไปตามพรบ. คุ้มครองนี้ เช่นเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยความประสงค์ของบุคคลที่อยู่กินกันฉันท์สามีภริยาโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรส รวมถึงหลักการตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่ไทยเป็นภาคี นอกจากนี้ยังมีกรณีเรื่องอำนาจของกคทพ.หรือศาลเยาวชนฯ ในเรื่องดังกล่าวให้ความคุ้มครองเด็กบิดามารดาที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรส

กรณีที่ไม่มีความหมายรองรับการสมรสระหว่างเพศเดียวกัน ทำให้เกิดช่องว่างทางกฎหมายขึ้นดังกล่าวข้างต้น ในเรื่องของโทษทางอาญาเห็นว่าเหมาะสมแล้ว อย่างไรก็ตามก็ควรกำหนดมาตราส่วนโทษด้วย โดยต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อบุคคลที่สาม เช่นเด็กที่เกิดจากการละเมิดต่อพรบ.นี้ หรือบุคคลภายนอกที่สุจริตเช่นหญิงที่ตั้งครรภ์แทนเนื่องจากเข้าใจว่าผู้ขอเป็นสามีภรรยาฉันตามกฎหมาย แนวทางอื่นในการป้องกันการตั้งครรภ์แทนโดยผ่านนายหน้าคนกลางที่ผิดกฎหมายได้แก่มาตรการทางปกครอง เช่นการตรวจสอบทางทะเบียน กลไกอื่นที่นำมาใช้เพื่อคุ้มครองเด็กได้แก่การนำเทคโนโลยีมาช่วยในการจดทะเบียนเด็ก

สำหรับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น ควรมีการคุ้มครองตามหลักสิทธิมนุษยชน เช่นสิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติ คุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติ นอกจากนี้ยังมีสิทธิตามกฎหมายแพ่ง เช่นสิทธิในการได้รับสินไหมทดแทนหากเกิดปัญหาจากการตั้งครรภ์แทนที่รับรองอย่างชัดเจน โดยกฎหมาย หากชาวต่างชาติมาขอตั้งครรภ์แทนในไทยก็ทำได้ แต่ต้องมีกระบวนการป้องกันการค้ามนุษย์ การระบุความผิดและโทษลงในประมวลกฎหมายอาญาถือเป็นกลไกหนึ่งในการป้องกันการค้ามนุษย์

3) ทนายความนายประสาน ครรชิตจรัสสิทธ์ ที่ปรึกษากฎหมายของบจก ชันส์ดีล เอสแอนด์พี

ท่านเห็นว่านอกจากการมีบุตรยากที่ใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ด้วยวิธีการตั้งครรภ์แทนแล้วนี้จะทบทวนพิจารณาแก้ไขกฎหมายให้สามารถครอบคลุมถึงผู้ที่ต้องการมี

บุตร โดยไม่สามารถมีบุตรได้เอง โดยให้ผู้อื่นตั้งครรภ์แทนอาจไม่จำเป็นต้องเป็นญาติสืบสายโลหิต ตามกฎหมายที่กำหนดไว้ ในขณะที่ซึ่งการไม่ใช่ญาติสืบสายโลหิตโดยตรงอาจได้คุณภาพเด็กดีกว่าการสืบสายโลหิตโดยตรงได้ซึ่งอาจเทียบเคียงการมีผู้สืบสันดานจากการแต่งงานในหมู่ญาติพี่น้อง เด็กที่เกิดมาจะมีปัญหาด้วยคุณภาพได้ การที่ให้บุคคลอื่นที่ไม่ใช่สายเลือดเดียวกันก็ไม่ได้เป็นการผิดศีลธรรมและจริยธรรมสำหรับสังคมไทย และบุคคลเพศเดียวกันแต่งงานกันก็น่าจะอยู่ในข่ายที่จะขอมีบุตรวิธีการเดียวกันนี้

ประเทศไทยควรเลิกนำข้ออ้างเรื่องศีลธรรมในด้านศักดิ์ศรีมาอ้างพร้าเพื่อและเป็นการหลอกลวงตัวเองอย่างยิ่ง การตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้นในประเทศที่อ้างตนและสังคมทั่วโลกยอมรับว่าเจริญกว่าประเทศไทยเสียอีก ดังนั้นความเชื่อเรื่องศักดิ์ศรีเป็นข้ออ้างที่ไม่น่าเชื่อถือและควรเปิดกว้างในด้านกฎหมาย สำหรับเรื่องเด็กที่เกิดด้วยการตั้งครรภ์แทนคิดว่าได้รับความคุ้มครองอย่างเพียงพอแล้วตามกฎหมายนี้

ไม่ควรห้ามคู่รักเพศเดียวกันในการขอตั้งครรภ์แทนอีกต่อไป อะไรที่ควรได้รับการเปลี่ยนแปลงก็ควรเปลี่ยนแปลง ไม่ใช่ให้ความคิดคับแคบมาเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาประเทศอีกต่อไป

การกำหนดโทษทางอาญายังไม่มีความเหมาะสมเพียงพอ อะไรควรห้าม อะไรไม่ควรห้าม ควรกำหนดให้เป็นไปตามอารยะประเทศ การห้ามรับผลประโยชน์ตอบแทนควรกำหนดให้ชัด ผู้ที่รับตั้งครรภ์แทนควรอย่างยิ่งกำหนดให้ได้รับผลประโยชน์ตอบแทนจำนวนมากเพียงพอต่อการดำรงชีวิตขณะตั้งครรภ์ ต้องมีรายได้เพียงพอที่จะใช้กินอยู่อย่างสบาย เด็กที่อยู่ในครรภ์จะได้สมบูรณ์

การลักลอบการรับจ้างตั้งครรภ์แทน โดยนายหน้าคนกลางเป็นเรื่องที่เห็นว่าในสังคมไม่มีรู้เรื่องชานาญไปทุกเรื่อง การที่มีนายหน้าหรือผู้ที่รู้เรื่องช่วยในการนี้จะเป็นเรื่องที่ดีกว่าที่รู้ไม่จริงไปดำเนินการเอง นายหน้ามองอีกด้านน่าจะเป็นประโยชน์กว่า

เนื่องจากกฎหมายที่เกี่ยวข้องกระจัดกระจาย ควรนำมารวบรวมให้ชัดเจนว่ามีกฎหมายฉบับใดที่ใช้บังคับเกี่ยวข้องบ้าง ซึ่งขณะนี้เป็นการดึงกฎหมายเข้ามาใช้ได้ประโยชน์ในขณะนั้นเท่านั้น และไม่สามารถให้บุคคลทั่วไปที่ไม่ใช่นักกฎหมายทราบได้ และบ่อยครั้งเป็นความผิดที่ไม่รู้เป็นส่วนใหญ่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีความสำคัญควรคุ้มครองมากๆ เพราะมีผลส่งถึงเด็กที่จะเกิดขึ้นมา เรื่องของสัญชาติที่จะมาขอตั้งครรภ์แทนในประเทศไทย ควรเปิดกว้าง ทุกสัญชาติรับหมด เมื่อเราเป็นประเทศที่

ต้องการอยู่ในสังคมระดับโลกก็ควรรับได้ ไม่กีดกั้ดต่อไป สำหรับการตั้งครรภ์แทนเชิงพาณิชย์ คำว่าเชิงพาณิชย์ควรตัดทิ้งไป กำหนดเกณฑ์ว่าอย่างไรเหมาะสมเป็นข้อกำหนดมากกว่าใช้คำว่าเชิงพาณิชย์เป็นการให้บุคคลบางฝ่ายนำมาใช้ประโยชน์หารายได้เพื่อตนเอง และแพทย์ที่ดูแลก็เป็นเรื่องการค้าพาณิชย์อยู่แล้ว การกำหนดข้อห้ามที่ไม่เป็นจริงไม่ควรกำหนด

4) ทนายความอีกท่านคือ น.ส.นภาพรณี ครรชิตจารุสิทธิ์ ให้ความเห็นดังนี้

ปัญหาอื่นนอกจากการมีบุตรยากแล้วยังมีปัญหาอื่นเช่น หญิงที่ป่วยรุนแรง มีโรคประจำตัวไม่สามารถตั้งครรภ์ได้เอง และหญิงที่ตัดมดลูกแล้ว เป็นต้น ทางด้านจริยธรรมนั้น หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเปรียบเหมือนเครื่องผลิตเด็ก เด็กที่เกิดมาจะได้รับผลกระทบทางจิตใจ อาจสร้างปัญหาให้กับเด็กที่กำเนิดมาไม่ปกติและอาจไม่ได้รับการยอมรับทางสังคม ย่อมเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีและคุณค่าของเด็ก ส่วนเด็กที่เกิดมาได้รับการคุ้มครองเพียงพอ เพราะเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น ก็ได้รับความคุ้มครองและมีสภาพบุคคล มีสิทธิและหน้าที่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยแล้ว

การขอรับตั้งครรภ์แทนของคู่รักเพศเดียวกันเป็นข้อห้ามจะไม่เป็นผลดีกับเด็กที่จะเกิดมา แต่ไม่จำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลซึ่งประเทศไทยถือหลักจริยธรรมเป็นหลักแต่ประเทศเยอรมันที่ศาลสูงสุดเคยมีคำพิพากษาให้ชายสองคนจดทะเบียนสมรสกันและมีลูกด้วยกันด้วยวิธีการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในประเทศอเมริกาทำการอุ้มบุญให้

สำหรับบทลงโทษทางอาญาเหมาะสมเพราะกฎหมายอาญาประเทศไทยมีบทลงโทษไม่รุนแรงอยู่แล้ว ควรเปิดกว้างสำหรับการตั้งครรภ์แทน ถ้ามีการทำโดยเปิดเผยสื่อโฆษณาทุกช่องทางก็จะทำให้นายหน้าหมดไป หากเด็กที่เกิดโดยการตั้งครรภ์แทนมีปริมาณที่สูงพอ ไม่ถูกปิดกั้นทางสังคม เด็กทุกคนที่เกิดมาจะไม่รู้สึกรู้ว่าเป็นตัวประหลาด และจะอยู่ในสังคมโดยปกติสุข ส่วนหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนควรให้เขาเป็นเสมือนแม่ของบุตรคนหนึ่ง รัฐมีเงินสนับสนุนเช่นแม่มีบุตรจะได้สิทธิรับเงินค่าเลี้ยงชีพ การให้ชาวต่างชาติมาขอตั้งครรภ์แทนในไทย จะกลายเป็นโรงงานผลิตเด็กปัจจุบันมีกฎหมายพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ซึ่งนำมาปรับได้ และควรเพิ่มในประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นกฎหมายสารบัญญัติ

4.2.2 วิเคราะห์กรณีศึกษาตามหลักการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (The Best Interests of the Child Principle)

สำหรับบทเฉพาะกาลตามมาตรา 56 บัญญัติไว้ว่าให้ผู้ที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับไม่ว่าจะมีข้อตกลงเป็นหนังสือหรือไม่ก็ตาม สามีหรือภริยาที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน หรือพนักงานอัยการมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลให้มีคำสั่งให้ผู้ที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนนับแต่วันที่ผู้นั้นเกิด ทั้งนี้ไม่ว่าสามีและภริยาที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนจะเป็นสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่แต่ทั้งนี้จะต้องเป็นเหตุเสมือนสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริตในระหว่างเวลาตั้งแต่เด็กเกิดจนถึงเวลาที่ศาลมีคำสั่งว่าเป็นบุตรไม่ได้ ตามมาตรา 56 นั้นได้มีการนำมาปรับใช้ในกรณีของคู่ชายรักชายสัญชาติสเปนและชายสัญชาติอเมริกา โดยที่ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง มีคำสั่งศาลตัดสินให้ ด.ญ.คาร์เมน ซึ่งเป็นเด็กที่เกิดจาก น.ส.ยลดา หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนสัญชาติไทย เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของนายกอร์ดอน เลคและให้มีอำนาจปกครอง ด.ญ. คาร์เมน แต่เพียงผู้เดียว

คดีดังกล่าวนายกอร์ดอนได้แจ้ง น.ส.ยลดาให้เป็นผู้ตั้งครรภ์แทนโดยมีค่าตอบแทนเป็นเงินจำนวนหนึ่ง แต่หลังจากคลอด ด.ญ.คาร์เมน แล้ว น.ส.ยลดา ไม่ลงนามยินยอมให้ ด.ญ.คาร์เมน ออกจากประเทศ และต้องการเป็นผู้เลี้ยงดู ส่งผลให้นายกอร์ดอนและคู่สมรสที่เป็นชายเหมือนกัน ดำเนินการทางกฎหมาย เพื่อขอเป็นผู้ปกครอง ด.ญ.คาร์เมน โดย น.ส.ยลดา ยื่นคัดค้าน จนศาลชั้นต้นมีคำสั่งให้นายกอร์ดอนเป็นผู้ชนะคดี ศาลได้มีคำสั่งคดีหมายเลขดำที่ พ.1239/2558 หมายเลขแดงที่ พ.716/2559 ซึ่งผู้ร้องได้ยื่นคำร้องขอให้เด็กหญิงเป็นบุตร โดยชอบด้วยกฎหมาย ตามบทเฉพาะกาลในมาตรา 56 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558

ศาลพิเคราะห์แล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 ในบทเฉพาะกาลมาตรา 56 มีเจตนารมณ์ให้ศาลใช้ดุลพินิจมีคำสั่งให้ผู้ที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยา ที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามสมควรแก่กรณีของแต่ละคดีทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองสวัสดิภาพและประโยชน์สูงสุดของผู้ที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ส่วนสามีหรือภริยาที่

ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนผู้มีสิทธิขึ้นคำร้องก็ไม่จำเป็นต้องเป็นสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5

ตามข้อเท็จจริงของคดีนี้รับฟังเป็นข้อยุติได้ว่า ผู้ร้องเป็นผู้ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยการถ่ายโอนตัวอ่อนที่เกิดจากการปฏิสนธิระหว่างอสุจิของผู้ร้อง กับไข่ที่ได้รับบริจาคจากหญิงอื่นเข้าสู่โพรงมดลูกของผู้คัดค้าน ซึ่งเป็นหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทน

ต่อมาผู้คัดค้านเป็นผู้ให้กำเนิดเด็กหญิงที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนครั้งนี้ จากนั้นผู้ร้องรับเด็กหญิงคนดังกล่าวไปอุปการะเลี้ยงดูนับแต่แรกเกิดจนถึงปัจจุบัน อีกทั้งพยานหลักฐานที่ผู้ร้องนำมาโต้สวนก็มีน้ำหนักรับฟังได้ว่า ผู้ร้องอุปการะเลี้ยงดูเด็กหญิงด้วยความรักและเอาใจใส่ นอกจากนี้ในระหว่างพิจารณาผู้คัดค้านยังแถลงไม่คัดค้าน หากศาลจะมีคำสั่งให้เด็กหญิงเป็นบุตร โดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ร้อง จากพฤติการณ์ตามที่วินิจฉัยมาจึงสมควรที่ศาลจะมีคำสั่งให้เด็กหญิงเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ร้อง

ปัญหาประเด็นสุดท้ายมีว่า สมควรกำหนดให้ผู้ร้องและผู้คัดค้านเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองเด็กหญิงร่วมกันหรือสมควรกำหนดให้ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นผู้ใช้อำนาจดังกล่าวเพียงฝ่ายเดียวเห็นว่า ผู้ร้องรับเด็กหญิงไปอุปการะเลี้ยงดูตลอดมานับแต่แรกเกิด ปัจจุบันเด็กหญิงมีอายุ 1 ปี 3 เดือนเศษ อยู่ในวัยที่พอจะรู้ความและมีความรู้สึกผูกพันกับผู้ที่ทำให้การอุปการะเลี้ยงดูอยู่เป็นประจำ หากเปลี่ยนผู้อุปการะเลี้ยงดูย่อมก่อผลกระทบต่อจิตใจและความรู้สึกของเด็กหญิง อีกทั้งข้อเท็จจริงที่ปรากฏจากการโต้สวนพยานผู้ร้องก็รับฟังได้ว่า ผู้ร้องอุปการะเลี้ยงดูเด็กหญิงด้วยความรักและเอาใจใส่ และถึงแม้ผู้ร้องเป็นคนรักร่วมเพศ แต่ความเป็นคนรักร่วมเพศมิใช่อุปสรรค ที่จะทำให้ผู้ร้องไม่สามารถอุปการะเลี้ยงดูเด็กหญิง ให้ได้รับความสุขและความอบอุ่นเท่ากับเด็กอื่นๆ

ส่วนผู้คัดค้านมิใช่ภริยาผู้ร้องทั้ง โดยพฤตินัยและนิตินัย อีกทั้งผู้ร้องกับผู้คัดค้านก็มีภูมิลำเนาอยู่คนละประเทศ หากศาลมีคำสั่งให้ทั้งผู้ร้องและผู้คัดค้านใช้อำนาจปกครองเด็กหญิงร่วมกันย่อมเกิดอุปสรรคในอำนาจปกครองและการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งจะไม่เป็นผลดีแก่เด็กหญิง

จากพฤติการณ์ตามที่วินิจฉัยมา จึงสมควรที่ศาลจะมีคำสั่งให้ผู้ร้องเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองเด็กหญิงเพียงผู้เดียว ทั้งนี้เพื่อประโยชน์สูงสุดแก่เด็กจึงมีคำสั่งว่า เด็กหญิงคนดังกล่าวเป็นบุตร โดยชอบ

ด้วยกฎหมายของผู้ร้อง และให้ผู้ร้องเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองเด็กหญิงเพียงผู้เดียวค่าฤชาธรรมเนียมมาให้ เป็นพับ¹⁵⁹

เป็นการนำหลักการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (The Best Interests of the Child Principle) มาปรับใช้ในคดีดังกล่าวมานี้

4.3 การวิเคราะห์กรณีศึกษาการตั้งครรภ์สำหรับต่างประเทศ

4.3.1 การวิเคราะห์กรณีศึกษาการตั้งครรภ์สำหรับประเทศระบบ Common Law

4.3.1.1 การวิเคราะห์ตามหลักกฎหมาย Common Law

เมื่อมีข้อพิพาทเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้น ศาลในมลรัฐต่างๆของประเทศสหรัฐอเมริกาอาศัยการตีความตามกฎหมายที่มีบทบัญญัติไว้หรือสร้างหลักกฎหมายขึ้นเพื่อให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริง จากแนวคำพิพากษาของศาล ทำให้สถานะความเป็นบิดามารดาถูกกำหนดโดยปัจจัยดังนี้คือ เจตจำนงของคู่สัญญา ความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม และการให้กำเนิดเด็ก ตลอดจนหลักหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็ก พิจารณาดังต่อไปนี้

กรณีศึกษาที่ 1 คดีพิพาทที่เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนโดยการฟ้องร้องต่อศาลเป็นครั้งแรก เกิดขึ้นในปีค.ศ. 1984 ที่มลรัฐแคลิฟอร์เนียได้แก่คดี Johnson v. Calvert¹⁶⁰ โดยมีข้อเท็จจริงดังนี้คือ นายมาร์กและนางคริสปีนา เป็นคู่สมรสที่ต้องการมีบุตร แต่นางคริสปีนาไม่สามารถตั้งครรภ์ได้เอง เนื่องจากต้องตัดมดลูกออกเพราะมีเนื้องอกในมดลูก จึงขอให้นางแอนนา จอห์นสันซึ่งเพื่อนที่ทำงานในโรงพยาบาลเดียวกันเป็นผู้ตั้งครรภ์แทนเธอ โดยตกลงกันที่จะใช้ไข่ของนางคริสปีนาผสมกับเชื้ออสุจิของนายมาร์กแล้วไปฝังตัวที่โพรงมดลูกของนางแอนนา และตกลงที่จะสละความเป็นมารดาของเด็กพร้อมทั้งส่งมอบให้แก่นางคริสปีนาและนายมาร์ก โดยได้รับค่าใช้จ่ายเป็นเงิน 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ พร้อมการประกันชีวิตในวงเงิน 2,000,000 ดอลลาร์สหรัฐ ในเวลาต่อมานางแอนนาปฏิเสธที่จะส่งมอบเด็กตามสัญญา ทำให้นางคริสปีนาและนายมาร์กยื่นฟ้องต่อศาลขอให้บังคับนางแอนนาปฏิบัติ

¹⁵⁹ จาก “ศาลเยาวชนกลาง อ่านคำสั่งคดี "อุ้มบุญ" สืบค้น 26 เมษายน, 2559, จาก

https://www.isranews.org/isranews/46519-a_46519.html

¹⁶⁰ Johnson v. Calvert, No X 63 31 90 (Cal. Super. Ct 1990). <https://caselaw.findlaw.com/ca-supreme-court/1774439.html>

ตามสัญญาและขอให้ศาลมีคำสั่งให้ทั้งสองคนเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ส่วนนางแอนนาได้ฟ้องศาลขอให้ศาลมีคำสั่งว่าสัญญาเป็นโมฆะและสั่งให้เธอเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กเช่นกัน ศาลชั้นต้นมีคำสั่งให้รวมการพิจารณาเข้าด้วยกัน มีพยานหลักฐานพิสูจน์ทาง DNA ได้ว่า นางคริสปีนาและนายมาร์กเป็นมารดาและบิดาของเด็ก ผู้พิพากษาจึงตัดสินให้นางคริสปีนาเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กแต่เพียงผู้เดียว แต่นางแอนนาเสมือนเป็นเพียงมารดาที่รับเลี้ยงเด็ก (Foster Parent) เท่านั้น โดยไม่มีสิทธิในตัวเด็ก ต่อมามีการพิจารณาในชั้นอุทธรณ์ของศาลแห่งมลรัฐแคลิฟลอเนีย (The California Court of Appeals) ศาลได้นำบทบัญญัติของกฎหมาย U.P.A. มาประยุกต์โดยเห็นว่ากฎหมายนี้ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยตรงก็ตามแต่กฎหมายดังกล่าวนี้เป็นเพียงกฎหมายเดียวเท่านั้นที่จะนำมาปรับใช้ในการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กเหล่านี้ได้ ส่วนผู้พิพากษาที่เขียนคำพิพากษาในคดีนี้ให้ความเห็นว่า ตามบทบัญญัติของกฎหมาย ความเป็นมารดาของเด็กจะต้องพิสูจน์จากทั้งการให้กำเนิดบุตรและความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม แต่ต้องพิสูจน์จากความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมก่อน หากพิสูจน์ไม่ได้ ก็ไม่ต้องพิจารณาว่าหญิงนั้นเป็นผู้ให้กำเนิดบุตรหรือไม่ ดังนั้นข้อเท็จจริงในคดีนี้เมื่อนางแอนนาไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก จึงไม่ใช่มารดาตามธรรมชาติ¹⁶¹ (Natural Mother) ตามความหมายของกฎหมาย U.P.A. ศาลจึงพิพากษานางคริสปีนาและนายมาร์กเป็นมารดาและบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กเท่านั้น เมื่อคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสูงสุดแห่งรัฐแคลิฟลอเนีย ศาลให้ความเห็นว่าการตีความตามกฎหมาย U.P.A. ในชั้นอุทธรณ์มีความคลาดเคลื่อนเนื่องจากทั้งนางแอนนาและนางคริสปีนาสามารถความเป็นมารดาตามธรรมชาติของเด็กได้ทั้งสองคนแต่ตามกฎหมายยอมรับให้เด็กมีมารดาเพียงคนเดียวเท่านั้น ดังนั้นหญิงที่มีเจตจำนงจะให้เด็กเกิดมาและมีความประสงค์ที่จะเลี้ยงดูเด็กนั้นให้ถือว่าเป็นมารดาตามธรรมชาติแต่เพียงผู้เดียว ซึ่งหลักการนี้เรียกได้ว่าเป็นหลักเจตจำนง (Intent- Based Approach) นั่นเอง

กรณีศึกษาที่ 2 ศาลชั้นต้นและชั้นอุทธรณ์ในคดี Johnson V. Calvert วินิจฉัยว่าความเป็นบิดามารดาของเด็กพิสูจน์ได้จากความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมระหว่างบิดามารดากับเด็กดังกล่าวมาแล้ว ศาลในมลรัฐอื่นได้มีการนำหลักการนี้มาใช้บังคับเช่นกันเช่นในคดี Belisto V. Clarke เป็นคดีการรับตั้งครรภ์แทน โดยการใส่เชื้อสุจิและไข่จากผู้ว่าจ้าง ศาลจำเป็นต้องพิจารณาว่าในการระบุชื่อบิดามารดาในสูติบัตรของเด็กจะระบุชื่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนหรือคู่สมรสที่ว่าจ้าง ศาลแห่งมลรัฐ โอไฮโอปฏิเสธใน

¹⁶¹ 286 Cal. Rptr. 369,377 (Cal.Ct.App. 1991)

การนำหลักการเจตจำนงมาใช้ในการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กด้วยเหตุผลคือ แม้การทำสัญญาตั้งครรภ์แทนทำเป็นหนังสือก็ตามแต่เห็นว่าเป็นการยากในการพิสูจน์ว่าคู่สมรสที่ว่าจ้างให้ตั้งครรภ์แทนมีเจตนาที่แท้จริงในการเป็นบิดามารดาของเด็ก และศาลอธิบายว่าการนำหลักเจตจำนงมาใช้บังคับเป็นการขัดต่อนโยบายสาธารณะ โดยการยอมรับให้บิดามารดาทางพันธุกรรมเป็นบิดามารดาตามกฎหมายนั้นสอดคล้องกับประโยชน์สูงสุดของเด็กและสังคมเพราะบิดามารดาทางพันธุกรรมย่อมถ่ายทอดข้อมูลเกี่ยวกับลักษณะทางพันธุกรรมของตระกูลให้แก่เด็กที่เกิดมา นอกจากนี้ศาลยังเห็นว่าหลักเจตจำนงไม่ได้คำนึงถึงความสำคัญของสิทธิที่จะยอมให้มีการสืบพันธุ์ (Right to consent to procreation) ของบุคคลที่เป็นเจ้าของหน่วยพันธุกรรมนั้น และละเลยที่จะให้ความคุ้มครองสิทธิที่จะสละสิทธิความเป็นบิดามารดา (Right to surrender potential parental rights) ด้วย ศาลจึงสรุปว่า บุคคลใดก็ตามที่ถ่ายทอดสารพันธุกรรมแก่เด็ก บุคคลนั้นย่อมถือเป็นบิดามารดาตามธรรมชาติและตามกฎหมาย เว้นแต่บุคคลเหล่านั้นจะสละสิทธิความเป็นบิดามารดาของเด็กนั้น จะเห็นได้ว่าหลักการของศาลแห่งมลรัฐโอไฮโอเป็นการไม่ยอมรับหลักเจตจำนงที่ถูกสร้างขึ้น โดยศาลสูงสุดแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ดังนั้นการนำความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมมากำหนดหลักเกณฑ์สำหรับสถานะความเป็นบิดามารดาของศาลโอไฮโอถือได้ว่าเป็นหลักความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม¹⁶² (Genetic-Based Approach) ดังได้เคยกล่าวมาแล้ว

กรณีศึกษาที่ 3 หลักการตามกฎหมาย Common Law คือ หญิงที่ตั้งครรภ์และให้กำเนิดบุตรเท่านั้นที่ถือว่าเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของทารกนั้น ถึงแม้ว่าหญิงที่ตั้งครรภ์นั้นจะไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับทารกนั้นก็ตาม ซึ่งศาลในบางมลรัฐยังคงใช้หลักการนี้ในคดีที่เกี่ยวข้องกับการใช้เชื้อและไข่ของคู่สมรสที่ว่าจ้างให้มีการตั้งครรภ์แทน เช่นในคดี A.H.W V. G.H.B.¹⁶³ กล่าวคือ คู่สมรสได้ว่าจ้างให้หญิงคนหนึ่งตั้งครรภ์แทน โดยการใช้เชื้อและไข่ของคู่สมรสนั้น และได้ยื่นคำร้องต่อศาลให้มีคำสั่งให้ระบุชื่อของทั้งสองคนเป็นบิดามารดาของเด็กในสูติบัตร ก่อนที่หญิงที่รับตั้งครรภ์จะให้กำเนิดทารก ศาลแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ให้ความเห็นว่า หญิงที่ตั้งครรภ์แทนย่อมจะความสัมพันธ์กับตัวอ่อนที่อยู่ในครรภ์ตลอดระยะเวลาที่ตั้งครรภ์ถึง 9 เดือน ตามกฎหมายแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ การที่มารดาจะสละสิทธิในความเป็นมารดาของเด็กได้ก็ต่อเมื่อพ้นกำหนดเวลา 72 ชั่วโมงนับแต่การคลอดบุตร ถ้าศาลมีการยอมให้มีการเปลี่ยนแปลงชื่อบิดามารดาเป็นอย่างอื่นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี นอกจากนี้จะเป็นการบังคับให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนสละความเป็นมารดาของเด็กย่อมก่อให้เกิดผลเสียมากกว่าผลดี โดยเฉพาะหญิงที่รับ

¹⁶² 664, N.E. 2d 760 (Ohio Ct. of Common Pleas, 1994)

¹⁶³ 772 A. 2d 948 (2000).

ตั้งครรภ์แทนเป็นผู้เยาว์ที่ไม่มีประสบการณ์ในการตั้งครรภ์มาก่อน ดังนั้นศาลยังคงถือว่า หญิงที่ตั้งครรภ์และให้กำเนิดทารกเป็นบุคคลเดียวเท่านั้นที่เป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้นไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมของทารกนั้นหรือไม่ก็ตามจึงเป็นกรณีศึกษาตามแนวคำพิพากษาความเป็นมารดาโดยการให้กำเนิด (Gestational motherhood)

4.3.1.2 วิเคราะห์ตามหลักการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (The Best Interests of the Child Principle)

เมื่อปี ค.ศ. 1987 มีคดี In re Baby M¹⁶⁴ เกิดขึ้นที่มลรัฐนิวเจอร์ซีย์ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นคดีเกี่ยวกับการแย่งชิงอำนาจปกครองบุตรที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน มีข้อเท็จจริงคือภรรยาของนายวิลเลียม สเตรีน ไม่สามารถตั้งครรภ์ได้เองจึงติดต่อนางเมรี เบธ ไวท์เฮด ให้เป็นผู้ตั้งครรภ์แทน โดยการใช้เชื้ออสุจิของนายสเตรีนฉีดเข้าโพรงมดลูกของนางไวท์เฮดและตกลงให้ค่าใช้จ่ายจำนวน 10,000 ดอลลาร์สหรัฐต่อเมื่อนางไวท์เฮดให้กำเนิดบุตรก็จะสละสิทธิความเป็นมารดาและส่งมอบเด็กให้แก่ นายสเตรีน เด็กชื่อว่ามาลิสสา (เรียกกันว่า Baby M) เมื่อนางไวท์เฮดส่งมอบเด็กให้นายสเตรีนตามข้อตกลงแล้ว ภายหลังจากนางไวท์เฮดได้ติดต่อขอรับเด็กมาดูแลหนึ่งสัปดาห์ แต่เมื่อครบกำหนดแล้วเธอปฏิเสธที่จะส่งมอบเด็กคืนให้กับนายสเตรีนและพาเด็กย้ายหนีไปอยู่ที่รัฐฟลอริดา ทำให้นายสเตรีนฟ้องร้องต่อศาลแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ขอให้ศาลบังคับให้นางไวท์เฮดปฏิบัติตามสัญญา โดยที่เด็กหญิงมาลิสสาถูกนำมาอยู่ภายใต้อำนาจปกครองของศาลในระหว่างการพิจารณาคดีและอนุญาตให้นางไวท์เฮดสามารถมาเยี่ยมได้เป็นครั้งคราว ศาลแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ (New Jersey Superior Court) มีความเห็นว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนในคดีนี้มีผลบังคับตามกฎหมายได้เนื่องจากสอดคล้องกับประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interests Of The Child) จึงมีคำสั่งให้อำนาจปกครองบุตรเป็นของนายสเตรีนแต่เพียงผู้เดียว ส่วนนางไวท์เฮดตัดสินใจให้ไม่มีสิทธิใดๆในตัวเด็กหญิงมาลิสสา ตลอดจนไม่มีสิทธิในการเยี่ยมเยือนเด็กด้วย (Right To Visitation) เมื่อคดีนี้นำขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสูงสุดแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ (New Jersey Supreme Court) ศาลวินิจฉัยว่า สัญญารับตั้งครรภ์แทนในคดีนี้ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีเนื่องจากกฎหมายแห่งมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ห้ามมิให้มีการจ่ายค่าตอบแทนเพื่อแลกเปลี่ยนกับการสละอำนาจปกครองเด็กและการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่ นางไวท์เฮด จึงเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการป้องกันมิให้มีการซื้อขายเด็ก ในกรณีนี้ศาลจึงเห็นว่าสัญญารับตั้งครรภ์แทนไม่มีผลบังคับได้ตามกฎหมาย ส่วนปัญหาเรื่องการกำหนดอำนาจปกครอง

¹⁶⁴ อ้างแล้ว, หน้า 27.

เด็กจะเป็นของบุคคลใดนั้น ศาลสูงเห็นด้วยกับคำพิพากษาของศาลล่างให้มีคำสั่งให้อำนาจปกครอง เป็นของนายสตรี้นด้วยเหตุผลเพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กเช่นกัน อย่างไรก็ตามศาลเห็นว่าหลักการ ประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interests of the Child Principle) จะนำไปใช้ได้เฉพาะการกำหนด อำนาจปกครองของเด็กเท่านั้น ส่วนการเพิกถอนอำนาจปกครองของเด็กนั้นจะใช้การพิจารณาจาก หลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กเพียงอย่างเดียวไม่ได้จำต้องพิจารณาจากประโยชน์ของมารดาในทาง วัฒนธรรม ศีลธรรม และตามรัฐธรรมนูญด้วย ดังนั้นตามข้อเท็จจริงไม่ปรากฏว่านางไวท์เฮดได้ละ ลีทธิความเป็นมารดาของเด็ก หรือ ไม่มีความเหมาะสมที่จะมีอำนาจปกครองเด็กแต่อย่างใด การเพิก ถอนสิทธิในความเป็นมารดาของเด็กทั้งหมดจึงไม่ชอบ ศาลจึงมีคำสั่งอนุญาตให้นางไวท์เฮดในการ เยี่ยมเยือนได้ตามสมควร

ศาลจะพิจารณานำหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interests of the Child Principle) ไปใช้ในคดีที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรรภ์แทนในกรณีที่มีปัญหาต้องวินิจฉัยเรื่องการแย่งชิง อำนาจปกครองเด็ก (Custody Battle) โดยที่หลักการนี้เป็นหลักการที่ใช้ในกฎหมายครอบครัวตามปกติ ซึ่งในบางมลรัฐเช่น รัฐมิชิแกนรัฐวอชิงตัน ได้มีการบัญญัติกฎหมายไว้โดยตรงว่าเมื่อมีปัญหาเรื่อง อำนาจปกครองเด็กในคดีที่เกี่ยวกับการตั้งครรรภ์แทน ศาลต้องใช้หลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็น สำคัญ และในบางมลรัฐที่ไม่ได้บัญญัติกฎหมายไว้โดยชัดแจ้งมีการนำหลักการประโยชน์สูงสุดของ เด็กมาใช้โดยอนุโลมเช่นกัน

4.3.2 การวิเคราะห์กรณีศึกษาการตั้งครรรภ์สำหรับประเทศระบบ Civil Law

4.3.2.1 การวิเคราะห์ตามหลักกฎหมาย Civil Law

สำหรับประเทศฝรั่งเศส

ศาลฎีกาฝรั่งเศส (The Supreme Court of Appeals หรือ Cour de Cassation) ได้ตัดสินว่า การ ดำเนินการตั้งครรรภ์แทนเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากฝ่าฝืนหลักการที่ห้ามมิให้มิ การซื้อขายร่างกายมนุษย์และยังเป็นการขัดต่อกฎหมายว่าด้วยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม สำหรับ กรณีที่องค์กรเอกชนจัดให้มีการตั้งครรรภ์แทนโดยไม่มิประโยชน์ทางการค้าและคนกลางเข้ามา เกี่ยวข้อง ไม่เป็นการกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมายและตามหลักกฎหมายแพ่ง (The Civil Code) ประเด็น สถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรภ์แทนเป็นไปตามหลักกฎหมายแพ่งโดยถือ

หลักที่ว่า หญิงที่ให้กำเนิดบุตรเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น และชายผู้เป็นสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้นก็จะเป็นบิดาตามกฎหมายของเด็กนั้น

ดังนั้นหากมีการตั้งครรภ์แทนด้วยการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้ออสุจิของชายที่ว่าจ้างเข้าไปในมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หญิงนั้นก็จะเป็นมารดาของเด็ก และชายที่ว่าจ้างให้ตั้งครรภ์แทนนั้นก็ได้รับการจัดแจ้งว่าเป็นบิดาของเด็กนั้น ส่วนคู่สมรสของชายนั้นก็จะต้องรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมต่อไป โดยต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อน

เนื่องจากประเทศฝรั่งเศสมีการพัฒนาการของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อย่างต่อเนื่อง โดยในอดีตนั้นองค์กรของเอกชน เป็นผู้นำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เพื่อช่วยเหลือคู่สมรสที่มีบุตรยากนั้น ซึ่งรัฐจะไม่เข้ามาควบคุมดูแลแต่มีมาตรฐานทางจริยธรรมของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ ต่อมารัฐก็เริ่มเข้ามามีบทบาทมากยิ่งขึ้น มีการจัดตั้งเครือข่ายธนาคารอสุจิในระดับชาติขึ้นโดยกระทรวงสุขภาพ (Department of Health) เรียกว่า Centre d'Etude et de Conservation des Oeufs et du sperme หรือ CECOS มีวัตถุประสงค์ในการเป็นเครือข่ายในการรวบรวมเชื้ออสุจิในระดับชาติ

ปีค.ศ.1978 มีการออกกฎหมายสาธารณสุข (Public Health Act 1987) ซึ่งกำหนดให้การบำบัดรักษาภาวะผู้มีบุตรยากถือเป็นการให้บริการสาธารณสุขขั้นพื้นฐานที่รัฐจะต้องเข้ามาจัดการให้สำหรับคู่สมรสที่มีบุตรยากจึงสามารถได้รับบริการการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อจากรัฐได้โดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย

ต่อมารัฐบาลฝรั่งเศสได้แต่งตั้งคณะกรรมการที่มีชื่อว่า National Ethical Committee for Life Sciences and Health เพื่อทำการวิเคราะห์ปัญหาด้านจริยธรรมเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ต่อรัฐบาล เนื่องจากมีการนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มาใช้สำหรับการรับตั้งครรภ์แทน และมีกรณีที่ยุติกรรมหนึ่งได้แสดงความจำนงต่อ CECOS โดยขอให้นำเชื้ออสุจิของสามีเธอที่เสียชีวิตแล้วมาใช้ในการผสมเทียม

สำหรับประเด็นเรื่องการตั้งครรภ์แทนนั้น คณะกรรมการมีความเห็นว่าการตั้งครรภ์แทนเปรียบเสมือนการซื้อขายเด็ก เป็นการกระทำที่ขัดกฎหมาย สัญญาตั้งครรภ์แทนก็เป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมายการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ดังนั้น แพทย์หรือคนกลางที่ช่วยจัดให้มีการ

ตั้งครรรภ์แทนเกิดขึ้น จะต้องมีความผิควาญาฐานยุงให้หญิงละทิ้งเด็กนั้น รัฐบาลฝรั่งเศสจึงได้ ตัดสินใจดำเนินคดีกับองค์กรเอกชนที่จัดหาหญิงรับตั้งครรรภ์แทนให้แก่คู่สมรสผู้มีบุตรยาก

เมื่อประเทศฝรั่งเศสยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรรภ์แทนเป็นการเฉพาะแต่มีกรณีศึกษา เกิดขึ้นที่เมือง Montpellier พี่น้องฝาแฝดชื่อว่า Magali และ Christine โดยที่ Magali ไม่สามารถมีลูกได้ จึงให้ Christine ตั้งครรรภ์แทนโดยการผสมเทียมจากการนำเชื้อสุจิของสามีเธอไปใส่ให้ Christine เมื่อให้กำเนิดเด็กชาย Stephan แล้วเธอก็ทอดทิ้งเด็กทันทีหลังคลอดเพื่อให้ Magali และสามีของเธอรับ เด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้ ซึ่งต่อมาต้นปี ค.ศ.1992 ประเทศฝรั่งเศสก็ได้ออกกฎหมายห้ามการกระทำ ดังกล่าวแล้ว¹⁶⁵

สำหรับประเทศเยอรมนี

จากการศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์ของประเทศเยอรมนียังพบว่าในช่วงสงครามโลก ฮิตเลอร์ ผู้นำประเทศในสมัยนั้นมีแนวคิดที่จะสร้างเด็กซึ่งมีความฉลาดขึ้นมา เป็นสายพันธุ์ใหม่ของชาว เยอรมัน ทำให้มีผู้หญิงเป็นจำนวนมากเสนอตัวเข้ามารับตั้งครรรภ์แทน โดยการใช้เชื้อพันธุของชายที่มีความฉลาด เพื่อให้เกิดเด็กที่มีสายพันธุ์ที่ดีเลิศ โดยแลกเปลี่ยนกับค่าตอบแทน จึงทำให้พิจารณาได้ว่าการดำเนินการให้หญิงคนหนึ่งตั้งครรรภ์แทนหญิงอื่นนั้น มีลักษณะเป็นการค้ามนุษย์ ด้วยเหตุผล ดังกล่าว ประเทศเยอรมนีจึงมีแนวคิดในการกำหนดห้ามการตั้งครรรภ์ลักษณะพิเศษที่ไม่ได้เป็นไปตาม ธรรมชาติไว้อย่างเคร่งครัด

กรณีที่มีการจัดหาหญิงที่ต้องการรับตั้งครรรภ์แทนคู่สมรสที่จะมาว่าจ้าง หรือการหาคู่สมรส ที่ต้องการจะว่าจ้างให้แก่หญิงที่จะรับตั้งครรรภ์แทนจะใช้กฎหมายรับบุตรบุญธรรม (Adoptionsvermittlungsgesetz 1989) ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรรภ์แทนฉบับแรกเป็น กฎหมายที่บังคับใช้กับคนกลางในการรับบุตรบุญธรรมโดยการห้ามมิให้มีการจัดหาหญิงที่ต้องการรับ ตั้งครรรภ์แทนคู่สมรสที่จะมาว่าจ้าง หรือการหาคู่สมรสที่ต้องการจะว่าจ้างให้แก่หญิงที่จะรับตั้งครรรภ์ แทน รวมทั้งการห้ามมิให้มีการโฆษณาเกี่ยวกับการรับตั้งครรรภ์แทนด้วย

¹⁶⁵ จาก “วงการกฎหมายทั่วไป,” พิมลรัตน์ วรรณระหทัย และคณะ, 2535, แพทย์สภาสาร, 5(10), น.590-594.

ส่วนกรณีที่จะควบคุมแพทย์ที่ใช้กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองตัวอ่อน (Embryonenschutzgesetz 1990)¹⁶⁶ โดยการห้ามมิให้แพทย์ใช้เทคนิคการผสมเทียม โดยการฉีดเชื้ออสุจิหรือย้ายฝากตัวอ่อนให้แก่หญิงที่มีความประสงค์ที่จะส่งมอบเด็กให้แก่คู่สมรสที่อ้างตามสัญญารับตั้งครรภ์แทน การฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้ถือเป็นการกระทำความผิดทางอาญาซึ่งมีโทษทั้งการจำคุกและปรับตามกฎหมาย ดังนั้นการรับตั้งครรภ์แทนจึงเป็นสิ่งที่ต้องห้ามตามกฎหมายฉบับนี้

กรณีศึกษาเกิดขึ้นที่ประเทศเยอรมันเป็นคดีเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนซึ่งเป็นความผิดตามกฎหมายเรื่องการรับบุตรบุญธรรม โดยที่ชายคนหนึ่งในเมืองบาดโอเฮนเฮาเซน ได้ทำการลงโฆษณาหาหญิงที่จะรับตั้งครรภ์แทนโดยการฉีดตัวอ่อน เมื่อคลอดทารกแล้วได้ยกให้กับคู่สมรสที่ไม่มีบุตรรับเป็นบุตรบุญธรรม แต่ชายคนดังกล่าวก็ถูกจับที่จะหาหญิงที่จะรับตั้งครรภ์แทนได้และถูกปรับเป็นเงินจำนวน 1,750 เหรียญสหรัฐ เนื่องจากกฎหมายเยอรมันห้ามทำการโฆษณาใดๆที่เกี่ยวกับการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม

สำหรับประเทศอินเดีย

ประวัติความเป็นมาจากกรณีการรับจ้างตั้งครรภ์แทนในอินเดียได้มีประเด็นทางข้อกฎหมายและจริยธรรม ใน 2 กรณี ดังนี้

(ก) กรณีของเนียรมาลา เทวี หญิงชาวปัญจาบที่รับจ้างตั้งครรภ์แทนให้กับนายจ้างเพื่อหาเงินมารักษาสามีที่พิการ แต่มีเสียงวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก แต่อย่างไรก็ตามมิผลให้สังคมยอมรับการจ้างตั้งครรภ์แทนได้ จนปี พ.ศ. 2545 กฎหมายอินเดียอนุญาต ให้ผู้หญิงทั้งที่แต่งงานแล้วและหญิงที่ยังไม่แต่งงาน สามารถตั้งครรภ์แทนผู้อื่น ได้ โดยการรับจ้างตั้งครรภ์แทนหรือไม่ก็ตาม

(ข) กรณีที่หญิงอินเดียที่ตั้งท้องแทนลูกสาวตนเอง ซึ่งไปตั้งรกรากอยู่ที่อังกฤษ และให้กำเนิดหลานแฝด ในปี พ.ศ. 2547

จากกรณีศึกษาทั้งสองดังกล่าวข้างต้น ประกอบกับการท่องเที่ยวทางการแพทย์มีมากขึ้นในอินเดีย ตลอดช่วง 4-5 ปี ที่ผ่านมา ทำให้คู่แต่งงานชาวต่างชาติที่มีบุตรยากหรือไม่สามารถมีบุตรได้ เดินทางมารับการรักษาการมีบุตรยากในอินเดียโดยเดินทางมาจาก อังกฤษ ยุโรป อเมริกา ออสเตรเลีย ญี่ปุ่น เกาหลี รวมถึงชาวอินเดียเองด้วยซึ่งแต่เดิมนั้นบริการส่วนใหญ่เป็นการทำปฏิสนธิ ในหลอดแก้ว (In Vitro Fertilization หรือ IVF) ทั้งแบบที่ใช้ไข่และสเปิร์มของพ่อแม่ และแบบที่ใช้ไข่หรือสเปิร์ม

¹⁶⁶ อ้างแล้ว, หน้า 59

จากผู้บริจาค โดยฝ่ายหญิงจะเป็นผู้ตั้งครรภ์เอง จนเมื่อล้มเหลวหลายครั้งเข้าหรือกรณีที่ฝ่ายหญิงมีปัญหาที่มดลูก แพทย์จึงจะแนะนำให้ใช้การตั้งครรภ์แทน แต่ปัจจุบันแพทย์จำนวนไม่น้อย จะแนะนำให้เลือกการตั้งครรภ์แทนตั้งแต่ต้น

นอกจากนี้ยังมีกรณีศึกษาการตั้งครรภ์แทนในประเทศอินเดียที่สามารถทำได้ตามกฎหมาย กล่าวคือในปีค.ศ. 2002 มีคดีระหว่าง Jan Balaz กับสหภาพของอินเดียรัฐคุชราต¹⁶⁷ โดยศาลฎีกาแห่งอินเดียได้ตัดสินให้การตั้งครรภ์แทนเชิงการค้าเป็นการกระทำที่ถูกต้องตามกฎหมาย¹⁶⁸ ศาลสูงปรึกษาร่วมกันในอินเดียเกี่ยวกับปัญหาเรื่องสัญญาของสองทารกแฝดซึ่งบิดาเป็นชาวเยอรมันที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนในเมืองอานันท์แห่งรัฐคุชราตในอินเดีย ตามแนวทางแห่งชาติเพื่อการรับรองการกำกับดูแลและการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามคลินิกซึ่งได้แก้ไขในปีค.ศ. 2005 โดยสภาวิจัยทางการแพทย์อินเดียและสถาบันวิจัยวิทยาศาสตร์แห่งชาติด้านการแพทย์ ดังนั้นหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจึงไม่ถือเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมาย ในลำดับต่อไปจะเป็นชื่อของบิดามารดาตามพันธุกรรม เป็นเพราะขณะนั้นยังไม่มีกฎหมายที่เกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยตรงนั่นเอง

เนื่องจากความเชี่ยวชาญของแพทย์ที่ประเทศอินเดียในเรื่องเกี่ยวกับวิทยาการด้านการเจริญพันธุ์ และปัจจัยสำคัญที่ทำให้การตั้งครรภ์แทนมีมากขึ้น เป็นเพราะค่าใช้จ่ายที่ถูกกว่า และมีบริการจัดหาผู้รับตั้งครรภ์แทนที่สะดวก โอกาสวางใจผสมแล้วในครรภ์ของหญิงผู้รับได้ถึง 5 ใบ ซึ่งเปอร์เซ็นต์ความสำเร็จย่อมสูงกว่า 2 ใบ ที่เป็นมาตรฐานในอังกฤษและยุโรปซึ่งแต่เดิมอินเดียยังไม่มียกกฎหมายเฉพาะสำหรับคุ้มครองการตั้งครรภ์แทน

เมื่อเปรียบเทียบเรื่องค่าใช้จ่ายในการตั้งครรภ์แทนในสหรัฐอเมริกา อังกฤษ และออสเตรเลีย อยู่ระหว่าง 55,000 - 65,000 เหรียญสหรัฐ หรือประมาณ 2.5 ล้านบาท ขณะที่ค่าใช้จ่ายในอินเดียอาจอยู่ระหว่าง 5 แสน ถึง 1 ล้านบาท จะเห็นได้ว่าที่ประเทศอินเดียมีค่าใช้จ่ายที่ถูกกว่ามาก

สำหรับผู้หญิงอินเดียที่รับจ้างตั้งครรภ์นั้น จะต้องมิบุตรของตนเองก่อนแล้ว เพื่อป้องกันปัญหาความผูกพันทางใจต่อเด็กในท้อง และมีประสบการณ์ในการดูแลตนเอง ค่าตอบแทนที่ได้รับมักอยู่ ระหว่าง 1.5-6 แสนรูป ผู้หญิงที่มารับจ้างตั้งครรภ์ส่วนใหญ่มีเหตุผลด้านการเงินเป็นแรงจูงใจ

¹⁶⁷ Jan Balaz v Union of India, the Gujarat High Court.

¹⁶⁸ From *Child Rights in India: Law, Policy, and Practice* by A. Bajpai, 2017, Oxford: Oxford university press.

สำคัญ เช่นหวังจะเก็บเงินไว้ปลูกบ้านใหม่ ให้สามีทำทุนเปิดธุรกิจเป็นทุนการศึกษาให้ลูก เป็นค่าสินสอดสำหรับ แต่งงานลูกสาว อย่างไรก็ตาม ระหว่างตั้งท้อง มักจะย้ายออกจากชุมชนเดิมเป็นการชั่วคราวเพื่อเลี้ยงค่าครหา

4.3.2.2 วิเคราะห์ตามหลักการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (The Best Interests of the Child Principle) ตามระบบ Civil Law

เนื่องจากหลักการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (The Best Interests of the Child Principle) ตามระบบ Civil Law เป็นการใช้ตามตัวบทบัญญัติที่ปรากฏในประมวลกฎหมายที่มีอยู่แล้ว และสัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมายการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ดังนั้น แพทย์หรือคนกลางที่ช่วยจัดให้มีการตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้น จะต้องมีความพิจารณาฐานยุติให้หญิงละทิ้งเด็กนั้น รัฐบาลฝรั่งเศสจึงได้ตัดสินใจดำเนินคดีกับองค์กรเอกชนที่จัดหาหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนให้แก่คู่สมรสผู้มีบุตรยาก และในที่สุดศาลฎีกาฝรั่งเศส (The Supreme Court of Appeals หรือ Cour de Cassation) ได้ตัดสินว่า การดำเนินการตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากฝ่าฝืนหลักการที่ห้ามมิให้มีการซื้อขายร่างกายมนุษย์และขัดต่อกฎหมายว่าด้วยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม สำหรับกรณีที่องค์กรเอกชนจัดให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยไม่มีประโยชน์ทางการค้าและคนกลางเข้ามาเกี่ยวข้อง ไม่เป็นการกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมาย

บทที่ 5

บทวิเคราะห์เชิงกฎหมายเปรียบเทียบการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยและต่างประเทศ

การตั้งครรภ์แทนในประเทศต่างๆมีกฎหมายมาบังคับใช้ที่แตกต่างกัน¹⁶⁹ จึงมีการเปรียบเทียบการมีกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนดังนี้

ประเทศที่มีกฎหมายอนุญาตเพื่อมนุษยธรรมและเพื่อการพาณิชย์ ได้แก่

ประเทศรัสเซีย โดยคนทุกกลุ่มเข้าถึงเทคโนโลยีนี้ได้อย่างเท่าเทียม ทั้งคู่สามีภรรยา คนโสด คนรักเพศเดียวกัน หรือคนต่างชาติไม่เน้นความเชื่อมโยงทางพันธุกรรม (จะใช้ไข่หรืออสุจิของคนที่ไม่ใช่ญาติก็ได้) และคุ้มครองผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนเป็นหลัก

ประเทศยูเครน คุ้มครองสิทธิของผู้ขอให้ตั้งครรภ์เป็นหลักและสนับสนุนสิทธิการเจริญพันธุ์เต็มที่ให้สิทธิหญิงชายโสด หรือคนรักเพศเดียวกันที่มีสถานภาพโสดใช้บริการได้

ประเทศแอฟริกาใต้คุ้มครองข้อตกลงการตั้งครรภ์ที่ไม่ใช่การจ้างอนุญาตให้คนโสดและคนรักเพศเดียวกันใช้บริการได้ซึ่งคนโสดที่ใช้บริการต้องมีความเชื่อมโยงทางพันธุกรรมและผู้รับตั้งครรภ์ต้องเคยตั้งครรภ์มาแล้วและยังมีลูกที่ยังมีชีวิตอยู่อย่างน้อย 1 คนหญิงผู้ตั้งครรภ์แทนมีสิทธิตัดสินใจยุติการตั้งครรภ์โดยไม่ต้องแจ้งให้ทราบแต่ถ้าไม่ใช่เพราะเหตุผลทางการแพทย์ หญิงผู้รับตั้งครรภ์ต้องจ่ายค่าชดเชย

ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้แก่ รัฐอาร์คันซอ, รัฐแคลิฟอร์เนีย, รัฐฟลอริดา, รัฐอิลลินอย, รัฐแมสซาชูเซต, รัฐเวอม็อนท์

ประเทศอินเดีย ยังไม่อนุญาตให้คนที่ไม่แต่งงานกันตามกฎหมายคนโสด และคนรักเพศเดียวกันจ้างตั้งครรภ์แทนแต่คุ้มครองสิทธิของพ่อแม่ที่จ้างตั้งครรภ์แทนในการเป็นพ่อแม่ชอบด้วยกฎหมาย

¹⁶⁹ จาก “กฎหมายอุ้มบุญ : แรงขับเคลื่อนสำหรับคนอยากมีลูก,” สุชาดา ทวีสิทธิ์, 2557, สืบค้นจาก

ประเทศที่มีกฎหมายห้ามทุกกรณี ได้แก่
ประเทศสวีเดนหากเปลี่ยนใจภายหลังหญิงตั้งครรภ์แทนมีสิทธิ์ไม่ยกเด็กให้กับผู้ขอและชายที่เป็นเจ้าของอสุจิอาจเรียกร้องสิทธิในการเป็นพ่อเด็กได้

ประเทศฝรั่งเศสไม่คุ้มครองสิทธิของพ่อแม่ที่มีพันธุกรรมเกาะเกี่ยวกับเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีการตั้งครรภ์แทนกันและไม่อนุญาตให้รับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม

ประเทศแคนาดา แคว้นควิเบค ไม่ให้สิทธิการเป็นแม่ตามกฎหมายแก่ผู้บริจาคไข่

ประเทศสหรัฐอเมริกา รัฐอริโซนา, รัฐมิชิแกน, รัฐอินเดียนา, รัฐนอร์ท คาโรไลนา

ประเทศสเปนแต่อนุญาตให้คนที่ไปรับจ้างตั้งครรภ์นอกประเทศ

ประเทศที่ยังไม่มีกฎหมายใดมารองรับ เช่น นิวซีแลนด์, สิงคโปร์, เกาหลีใต้, มองโกเลีย, เปรู, ชิลี, เป็นต้น

เนื่องจากแต่ละประเทศนั้นได้มีหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนที่แตกต่างกันดังกล่าวมาแล้วในบทที่ 3 จึงขอวิเคราะห์ประเด็นสำคัญที่จะนำมาเปรียบเทียบเพื่อการปรับใช้กับประเทศไทยในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ด้วยการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยดังต่อไปนี้

5.1 การเปรียบเทียบการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยกับประเทศในระบบกฎหมาย

Common Law

5.1.1 การเปรียบเทียบเรื่องการห้ามการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อวัตถุประสงค์ในเชิงพาณิชย์

ในประเทศไทยนั้นการที่มาตรา 24¹⁷⁰ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ของประเทศไทยบัญญัติว่า ห้ามมิให้ผู้ใด

¹⁷⁰ มาตรา 24 ห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า

ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้านั้น ประเทศที่มีพัฒนาการทางด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยส่วนใหญ่จะมีกฎหมายที่ควบคุมการให้บริการด้านเทคโนโลยีนี้ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวอาจมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนรวมอยู่ด้วย และในหลายประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศในระบบกฎหมาย Common Law เช่นประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น ก็จะกำหนดห้ามมิให้มีการแสวงหาประโยชน์ในเชิงการค้าจากการตั้งครรภ์แทน ห้ามกระทำการเป็นคนกลางในการจัดให้มีการตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้นเพื่อประโยชน์ในทางการค้า หรือในบางประเทศก็มีการกำหนดห้ามทำสัญญาตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ นอกจากนี้กฎหมายส่วนใหญ่ยังถือว่าสัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่ขัดต่อนโยบายสาธารณะ ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงมีการกำหนดให้สัญญาในลักษณะเช่นนี้ตกเป็นโมฆะ¹⁷¹ อย่างไรก็ตามกฎหมายในบางประเทศ ซึ่งเป็นส่วนน้อย ได้กำหนดให้สัญญาตั้งครรภ์แทน เป็นสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมายและสามารถฟ้องร้องบังคับคดีกันได้¹⁷²

การห้ามดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้าตามมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 สำหรับการกำหนดข้อห้ามไม่ให้มีการตั้งครรภ์แทนที่เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในเชิงการค้า นั้น มีทั้งข้อดีและข้อเสีย กล่าวคือการห้ามกระทำการในเชิงการค้าจะสอดคล้องกับเรื่องจริยธรรมของสังคมไทยตั้งแต่ในอดีต ที่จะมีมุมมองทางความคิดว่าการตั้งครรภ์แทนเป็นกระบวนการที่ไม่ได้เป็นไปโดยธรรมชาติ ย่อมส่งผลเสียมากกว่าผลดี เด็กที่เกิดมาอาจได้รับผลกระทบไปด้วย จึงควรจำกัดการตั้งครรภ์แทนให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ นอกจากนี้การดำเนินการตั้งครรภ์แทนเพื่อผลประโยชน์ทางการค้ายังเปรียบเสมือนการซื้อขายเด็กล่วงหน้าและเป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากการใช้ร่างกายของหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทน อันเป็นการละเมิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างหนึ่ง ดังนั้นการกำหนดข้อห้ามการกระทำในเชิงพาณิชย์จึงเป็นการป้องกันปัญหาดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันจะพบว่าปัญหาการมีบุตรยากได้เพิ่มจำนวนมากขึ้น ในครอบครัวที่คู่สมรสมีความพร้อม มีความปรารถนาที่จะมีบุตรที่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมกับตน และมีความสามารถที่จะอบรมเลี้ยงดูให้การศึกษาให้บุตรเป็นบุคคลที่มีคุณภาพที่ดีในสังคมต่อไปได้ การตั้งครรภ์แทนจึงเป็นอีกหนึ่งทางเลือกของการแก้ปัญหาดังกล่าวซึ่งมีการดำเนินการกันอย่างเปิดเผย มีการโฆษณามากขึ้นเรื่อย ๆ และเริ่มมีมุมมองว่า แม้การตั้งครรภ์แทนจะมีการให้ค่าตอบแทนที่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นผลประโยชน์ในเชิง

¹⁷¹ ตัวอย่างเช่นประเทศสหรัฐอเมริกาในมลรัฐ โคลัมเบีย อินเดียนา นอร์ธดาโกตา อริโซนาและเทนเนสซี ประเทศออสเตรเลียในรัฐควีนสแลนด์ รัฐวิกตอเรีย รัฐทาวมาเนีย และรัฐออสเตรเลียแคปปีคอล เทอริทอรี เป็นต้น

¹⁷² ตัวอย่างเช่นประเทศสหรัฐอเมริกาในมลรัฐฟลอริดา นิวแฮมเชียร์ เวอร์จิเนีย ฟลอริดาและเนวาดา เป็นต้น

การค้า แต่วัตถุประสงค์ที่แท้จริงก็เพื่อให้ความช่วยเหลือแก่คู่สมรสที่มีบุตรยาก ดังนั้นจึงเห็นว่า ถ้าหากกฎหมายจะกำหนดข้อห้ามการตั้งครรภ์แทนที่มีวัตถุประสงค์ทางการค้า ก็ควรที่จะจำกัดความหมายของคำว่า “เพื่อประโยชน์ทางการค้า” ตามมาตรา 24 ด้วยว่าขอบเขตแค่นี้ เพียงไร จึงจะเรียกว่าเป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์ทางการค้า เนื่องจากค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาล โดยการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้นค่อนข้างจะมีอัตราสูงมาก และแพทย์ผู้ให้บริการก็อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของแพทยสภา อีกทั้งกรณีที่มีการดำเนินการกันอย่างเปิดเผยและมีการโฆษณาเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนนั้น ก็เป็นการช่วยให้กระบวนการเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนตั้งแต่ขั้นตอนแรกเป็นเรื่องที่มีความโปร่งใส สามารถตรวจสอบได้ถึงความปลอดภัยช่วยให้บุคคลที่จะเข้ามาเป็นชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนหรือหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนได้มีโอกาสในการศึกษาถึงข้อมูล มีความรู้ความเข้าใจในเรื่องของผลกระทบทางด้านต่าง ๆ รวมถึงผลทางกฎหมายก่อนที่จะตัดสินใจการตั้งครรภ์แทน ซึ่งน่าจะส่งผลดีมากกว่าผลเสีย อีกทั้งในปัจจุบัน ประเทศไทยก็มีการโฆษณาเกี่ยวกับการให้บริการช่วยเหลือผู้มีบุตรยากอย่างแพร่หลายแต่ในโฆษณาเหล่านี้มักไม่ได้ระบุวิธีการทางการแพทย์ในการช่วยเหลือผู้มีบุตรยาก และในความเป็นจริงการช่วยเหลือผู้มีบุตรยาก สามารถกระทำได้หลากหลายวิธี ซึ่งวิธีที่เป็นปัญหามากที่สุด ก็คือการตั้งครรภ์แทน ดังนั้น การกำหนดข้อห้ามโฆษณาเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน จึงไม่สามารถกระทำได้ในทางปฏิบัติ นอกจากนี้ถ้าหากกฎหมายต้องการที่จะควบคุมไม่ให้มีการตั้งครรภ์แทนเป็นจำนวนมากจนเกินไป หรือเป็นการกระทำในลักษณะที่เป็นธุรกิจการค้ามากกว่าการที่จะใช้วิธีการตั้งครรภ์แทน เพื่อช่วยเหลือคู่สมรสที่มีปัญหาการมีบุตรยาก หรือต้องการที่จะควบคุมไม่ให้มีการแสวงหาประโยชน์ทางธุรกิจจากการตั้งครรภ์แทน กฎหมายก็สามารถป้องกันปัญหาดังกล่าวได้ โดยการกำหนดคุณสมบัติของคู่สัญญาที่จะเข้ามาทำข้อตกลงตั้งครรภ์แทน เพื่อนำถึงตัวบุคคลที่มีความจำเป็นจะต้องใช้วิธีการตั้งครรภ์แทนจริง ๆ และกำหนดหลักเกณฑ์ควบคุมองค์กรของผู้จัดให้มีการตั้งครรภ์แทนอย่างเคร่งครัด โดยไม่ให้มีการดำเนินการในลักษณะที่แสวงหากำไรจากการดำเนินการจัดให้มีการตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้น แต่ต้องดำเนินการเพื่อให้ความช่วยเหลือแก่คู่สมรสผู้มีบุตรยากเท่านั้น ก็น่าจะเป็นการเพียงพอที่จะทำให้การกำหนดข้อห้ามการกระทำในเชิงการค้าจะได้บรรลุวัตถุประสงค์ได้จริง เพราะการตีความคำว่า “เพื่อประโยชน์ทางการค้า” กว้างเกินไป ก็ไม่ได้หมายความว่า จะสามารถควบคุมการกระทำทั้งหมดได้อย่างแท้จริง ยิ่งไปกว่านั้น อาจเกิดกรณีที่มีการดำเนินการตั้งครรภ์แทนกันเองโดยไม่เปิดเผยเป็นลักษณะของขบวนการใต้ดินในการรับตั้งครรภ์แทนในสถานบริการทางการแพทย์ที่ไม่ได้รับอนุญาต อาจจะเป็นอันตรายต่อชีวิตและร่างกายของผู้ที่เข้าไปรับการรักษาในสถานบริการแห่งนั้น และยังคงส่งผลกระทบต่อชีวิตและร่างกายของเด็กที่จะเกิดจากการตั้งครรภ์แทนในกรณีนี้อีกด้วย

สำหรับเรื่องค่าตอบแทนที่ชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนให้แก่ผู้รับตั้งครรภ์แทนตาม ข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนนั้นกฎหมายต่างประเทศในระบบกฎหมาย Common Law กำหนดให้ชาย หญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนจ่ายค่าตอบแทนให้แก่หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนได้เพียงเท่ากับ จำนวน ค่าใช้จ่ายอันจำเป็นที่ใช้สำหรับการดำรงชีวิตเท่านั้นเช่นประเทศอังกฤษ แต่ในทางปฏิบัติจะพบว่าส่วน ใหญ่ ชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนมักจะให้ค่าตอบแทนแก่หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนในจำนวนที่ มากกว่าค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการดำรงชีวิตหรือค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของหญิงผู้รับตั้งครรภ์ แทนเป็นจำนวนมาก อันรวมถึงค่าอาหารบำรุงครรภ์ อีกทั้งค่าใช้จ่ายพิเศษอันจำเป็นสำหรับหญิงใน สภาวะเช่นนี้ ซึ่งอาจทำให้มองได้ว่าเป็นค่าตอบแทนในเชิงการค้าได้ ดังนั้นปัญหาเรื่องค่าตอบแทนที่ ให้แก่หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนนี้ ถือเป็นปัญหาใหญ่อีกประการหนึ่งซึ่งมีความละเอียดอ่อนมากในการ กำหนดกฎเกณฑ์ต่างๆ ในเรื่องดังกล่าว การที่กฎหมายในบางประเทศกำหนดข้อห้ามในการจ่าย ค่าตอบแทนในเชิงการค้าต่อบุคคลที่เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง การแพทย์ เช่น ผู้บริจาคเซลล์สืบพันธุ์ ผู้บริจาคตัวอ่อน หรือผู้รับตั้งครรภ์แทน เป็นต้น อาจส่งผลให้ บทบังคับในเรื่องนี้ไม่สามารถใช้บังคับได้อย่างแท้จริงในทางปฏิบัติ ดังนั้นเนื่องจากประเทศอังกฤษ ได้กำหนดข้อห้ามในลักษณะดังกล่าวจึงทำให้โรงพยาบาลเอกชนบางแห่งหลีกเลี่ยงการจ่าย ค่าตอบแทนเป็นเงิน แต่เป็นการกำหนดให้ผู้บริจาคไขในโรงพยาบาลเอกชนอาจได้รับสิทธิในการ รักษาบางอย่างเป็นการตอบแทนตัวอย่างเช่นการลดค่าใช้จ่ายในการรักษาด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญ พันธุ์ของตัวเอง¹⁷³ เป็นต้นจึงอาจทำให้เห็นว่าเปรียบเสมือนการเอาผลประโยชน์มาชักจูงใจ เช่นเดียวกับการให้ค่าตอบแทนนั่นเอง

การจ่ายค่าตอบแทนให้แก่หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนเป็นจำนวนมากนั้น อาจทำให้สามารถมอง ในอีกแง่มุมหนึ่งได้ว่า ค่าตอบแทนส่วนที่เกินกว่าค่าใช้จ่ายอันจำเป็นนั้น เป็นค่าตอบแทนในการที่ หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนจะต้องขาดรายได้จากการทำงานตามปกติ เป็นการตอบแทนที่หญิงผู้รับ ตั้งครรภ์แทนจะต้องจำกัดเสรีภาพของตนเอง ในการดำรงชีวิตประจำวันหลายๆ ประการ เพื่อให้ เป็นไปตามข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน เช่น ต้องพักผ่อนให้เพียงพอ รักษาสุขภาพ รับประทานอาหารที่มี ประโยชน์ งดเว้นการรับประทานอาหารบางชนิด ไปพบแพทย์ตามเวลาที่กำหนด ไม่ดื่มสุราหรือเสพ ยาเสพติด ไม่มีเพศสัมพันธ์ในช่วงเวลาที่รับการรักษาโดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง การแพทย์ และตลอดระยะเวลาที่ตั้งครรภ์ เป็นต้น นอกจากนี้ยังพิจารณาได้อีกว่า เป็นสิ่งตอบแทนการ ที่หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนต้องได้รับความทุกข์ทรมานในระหว่างที่ตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะเป็น

¹⁷³ From *Ethical aspects of Assisted Conception and the Law* , In: Brinsden PR, editor, A textbook of in vitro fertilization and assisted reproduction, 2nd ed (pp. 407-413), by Shenfield F, New York : The Parthenon Publishing Group, 1999.

ผลกระทบทางด้านร่างกาย จิตใจ และอารมณ์ จากการเปลี่ยนแปลงของฮอร์โมน ตลอดจนความเจ็บป่วยต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นได้ในระหว่างการตั้งครรภ์แทน ตลอดจนความเปลี่ยนแปลงทางร่างกายหลังจากที่ได้ให้กำเนิดเด็ก รวมถึงความเสี่ยงจากการคลอดที่ผิดพลาด ซึ่งอาจนำไปสู่การเจ็บป่วยที่รุนแรงจนถึงเสียชีวิต อีกทั้งวัตถุประสงค์หลักของการให้ค่าตอบแทนในจำนวนที่มากพอสมควร ก็เพื่อให้หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนมีแรงจูงใจ หรือมีความสามารถที่จะดูแลรักษาทารกในครรภ์ให้เจริญเติบโตอย่างสมบูรณ์ที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้และถือเป็นการจ่ายค่าตอบแทนตามปกติจากการได้รับบริการอย่างหนึ่งโดยทั่วไปเท่านั้นเอง ดังนั้นจึงมีความเห็นว่าในเรื่องค่าตอบแทนนั้น กฎหมายไม่ควรจะจำกัดให้หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนมีสิทธิได้รับเฉพาะค่าใช้จ่ายอันจำเป็นเท่านั้นอาจให้สิทธิในการได้รับค่าตอบแทนอื่นตามสมควรด้วย ดังเหตุผลดังที่ได้กล่าวมานั่นเอง

เนื่องจากการรับจ้างตั้งครรภ์แทนยังถูกมองว่าการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากเด็กถ้ามีการกระทำเพื่อประโยชน์ทางการค้า จึงอาจมีลักษณะเป็นการค้ำมนุษย์ ผู้ว่าจ้าง ผู้รับจ้าง รวมถึงแพทย์ จะมีความผิด ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 มาตรา 6 ได้ด้วย

จากการศึกษาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายต่างประเทศ กล่าวโดยสรุปคือกลุ่มประเทศระบบ Common Law เช่น ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และออสเตรเลีย ให้การรับรองดำเนินการตั้งครรภ์แทนได้แต่ต้องอยู่ ภายใต้กรอบของกฎหมายของประเทศนั้นๆ จึงถือว่าสัญญาตั้งครรภ์แทนเป็นสัญญาที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประเทศ

เมื่อเปรียบเทียบกับ การตั้งครรภ์แทนประเทศไทยกับประเทศสหราชอาณาจักร (อังกฤษ) มีการตรากฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนขึ้น 2 ฉบับ ได้แก่ Surrogacy Arrangement Act 1985 ต้องการไม่ให้มีการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ซึ่งถ้ามีการจัดการให้มีคนกลางในการตั้งครรภ์แทน และมีการโฆษณาชักจูงให้มีการตั้งครรภ์แทนถือเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายและ Human Fertilization and Embryo Act 1990 เป็นการควบคุมการให้บริการทางการแพทย์ที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์ และการศึกษาวิจัยตัวอ่อนในมนุษย์ อย่างไรก็ตามจะเห็นได้ว่า กฎหมาย Surrogacy Arrangement Act ไม่ได้มีการห้ามการตั้งครรภ์แทนไว้โดยตรง แต่ถูกควบคุมโดยกฎหมาย Human Fertilization and Embryo Act นั้นเอง ส่วนประเทศแคนาดา (ยกเว้นแคว้นควิเบก) ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้แก่ รัฐนิวยอร์ก, รัฐนิวเจอร์ซีย์, รัฐนิวแม็กซิโก, รัฐเนบราสก้า, รัฐเวอร์จิเนีย, รัฐโอเรกอน, รัฐวอชิงตันมีการตรากฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนบุคคลอื่นไว้ด้วย และประเทศออสเตรเลีย กำหนดให้ผู้หญิงที่รับตั้งครรภ์ต้องอายุไม่ต่ำกว่า 25 ปีและต้องไม่เป็นการตั้งครรภ์ครั้งแรกในภาคตะวันตกและภาคใต้ของ

ออสเตรเลียมีกฎหมายคนรักเพศเดียวกัน (Homosexual Couples) และคน โสดใช้บริการนี้ได้ แต่ไม่อนุญาตให้ใช้ไข่ของผู้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นต้น

5.1.2 การเปรียบเทียบการกำหนดสถานภาพของเด็กที่เกิดขึ้นจากการตั้งครรภ์แทน

ในประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 ได้กำหนดให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตร โดยชอบด้วยกฎหมายของสามีและภรรยาผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน เนื่องจากสามีและภรรยาผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนมีความปรารถนาที่จะให้เด็กนั้นเป็นบุตร โดยชอบด้วยกฎหมายของตนและอุปการะเลี้ยงดูเด็กนั้น มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมา อีกทั้งเมื่อหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนมิได้ปฏิบัติหน้าที่ตามข้อตกลงตั้งครรภ์แทนแต่อย่างใด ก็ไม่ควรที่จะให้เขาต้องรับภาระหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กนั้น

เรื่องความเป็นบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นปัญหาสำคัญที่จะเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนได้มาก ในอดีตที่เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ยังไม่มีความก้าวหน้ามากเท่าใดนัก หลักกฎหมายของทุกประเทศในระบบ Common Law กำหนดว่าหญิงผู้ให้กำเนิดบุตรเท่านั้นที่เป็นมารดา โดยชอบด้วยกฎหมายของบุตรนั้น และหากหญิงนั้นมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย ชายผู้เป็นสามีย่อมถือว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมา แต่เมื่อมีการพัฒนาเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มากยิ่งขึ้น ทำให้มีบุคคลหลายฝ่ายเข้ามาเกี่ยวข้องกับกรกำเนิดของเด็กและอาจอ้างสิทธิในความเป็นบิดามารดาของเด็กนั้นได้ เรื่องความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดขึ้นจากการตั้งครรภ์แทนนั้น กฎหมายของแต่ละประเทศได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้แตกต่างกัน เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาหลักกฎหมายที่เรียกว่า Common Law ซึ่งอาศัยคำพิพากษาของศาลในแต่ละมลรัฐจึงมีแนวการตัดสินข้อพิพาทที่แตกต่างกันไปเมื่อมีการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ไม่ว่าจะโดยวิธีผสมเทียมหรือการตั้งครรภ์แทนซึ่งก็เคยมีข้อพิพาทเรื่องอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยบางมลรัฐมีการตรากฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนบุคคลอื่นไว้ ได้แก่ รัฐฟลอริดา มลรัฐนิวเจอร์ซีย์ (New jersey) New Hampshire และ Virginia เป็นต้น¹⁷⁴ สำหรับมลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California) นั้นตามมาตรา 7610 ของ Uniform Parentage Act : UPA (\$7600 - \$7730) ซึ่งเป็นกฎหมาย

¹⁷⁴ จาก “การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ : ศึกษาเปรียบเทียบจากกฎหมายและคำพิพากษาของประเทศสหรัฐอเมริกา,” โดย ธัญลักษณ์ เบ็ญจมนโน เตชะวุฒิพันธุ์, 2555, *วารสารกฎหมายเปรียบเทียบศาลยุติธรรม*, 4(1), น.139-163.

ครอบครัว ได้บัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและบุตร ไว้ว่า ความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดาและเด็กอาจเกิดขึ้นได้ดังต่อไปนี้ (1) ระหว่างเด็กและมารดา ความสัมพันธ์อาจเกิดขึ้นโดยการพิสูจน์ว่าเป็นผู้ให้กำเนิดเด็กหรือตามที่กฎหมายในส่วนนี้กำหนด (2) ระหว่างเด็กและบิดา ความสัมพันธ์อาจเกิดขึ้นตามกฎหมายในส่วนนี้กำหนด (3) ระหว่างเด็กและผู้รับบุตรบุญธรรม ความสัมพันธ์อาจเกิดขึ้นโดยการพิสูจน์การรับเป็นบุตรบุญธรรม นอกจากนี้กฎหมายครอบครัวบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดความเป็นบิดามารดาเพื่อรองรับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยวิธีผสมเทียมในมาตรา 7613 โดยกำหนดว่า หากภริยานี้ตั้งครรภ์โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ด้วยการใช้น้ำเชื้อจากชายอื่นที่บริจาคไว้ซึ่งมิใช่สามีของตน ภายใต้การดูแลของแพทย์หรือศัลยแพทย์ที่ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพ สามีของหญิงนั้น จะได้รับการปฏิบัติทางกฎหมายเสมือนหนึ่งเป็นบิดาผู้ให้กำเนิด (Natural Father) ของเด็กที่จะเกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้น ในกรณีนี้สามีต้องให้ความยินยอมกริยาในการรับบริจคน้ำเชื้อจากผู้บริจาค โดยทั้งสามีและภริยาต้องลงลายมือชื่อไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ส่วนชายผู้บริจคน้ำเชื้อไว้แก่แพทย์หรือศัลยแพทย์ที่ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพหรือบริจาคไว้แก่ธนาคารอสุจิสำหรับใช้เพื่อเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หรือเพื่อก่อให้เกิดการปฏิสนธิในหญิงอื่นที่มีไข่ภริยาของตนไม่ถือว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่จะเกิดขึ้นนั้น

ประเทศอังกฤษนั้นความเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์ตามกฎหมาย Human Fertilization and Embryology Act 1990 วางหลักให้หญิงซึ่งกำลังตั้งครรภ์หรือได้ตั้งครรภ์เด็กอันสืบเนื่องมาจากการนำเอาตัวอ่อนหรือเชื้ออสุจิและไข่ไปใส่ไว้ในร่างกาย ย่อมถือว่าเป็นบุคคลคนเดียวเท่านั้นที่เป็นมารดาของเด็กที่กำเนิดมา แต่บทบัญญัติดังกล่าวจะนำไปใช้กับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ กรณีที่มีการนำตัวอ่อนเข้าไปในร่างกาย เช่น โดยเทคนิคการย้ายฝากตัวอ่อน (Embryo Transfer) กับกรณีที่มีการนำเชื้ออสุจิและไข่เข้าไปในร่างกาย เช่น การใช้เทคนิคการย้ายเซลล์สืบพันธุ์เข้าไปในท่อนำไข่ (Gamete Infallopian Transfer หรือ GIFT) เท่านั้น หากเป็นกรณีที่น่าเชื้ออสุจิหรือไข่ออย่างใดอย่างหนึ่งเข้าไปในร่างกายก็จะไม่อยู่ภายใต้บทบัญญัติมาตรานี้ แต่จะต้องนำหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) มาใช้ ซึ่งผลก็จะเป็นอย่างเดียวกันคือมารดาผู้ให้กำเนิดบุตรเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของบุตรนั้น ดังนั้นหากนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาปรับใช้กับกรณีของการตั้งครรภ์แทน ก็จะได้ความว่า หากตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้นโดยการฉีดเชื้ออสุจิและไข่เข้าไปในร่างกาย หรือมีการปฏิสนธิในร่างกายแล้วย้ายตัวอ่อนเข้าไปในร่างกายของผู้รับตั้งครรภ์แทนความเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดขึ้นจากการตั้งครรภ์แทน ก็ต้องถือตามกฎหมาย Human Fertilization and Embryology 1990 แต่หากการตั้งครรภ์แทนเกิดขึ้นจากการ

ปฏิสนธิด้วยวิธีอื่น ความเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดขึ้นจากการตั้งครรภ์แทนก็ต้องถือตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) กล่าวได้ว่า กฎหมายอังกฤษจะใช้เกณฑ์การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่าง ความเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายกับความเป็นบุตร โดยชอบด้วยกฎหมาย จากการให้กำเนิดบุตรเท่านั้น ไม่ว่าจะปรับใช้กฎหมายฉบับใด หญิงผู้ให้กำเนิดเด็กก็จะเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่ตนได้ให้กำเนิดมาเสมอ ส่วนในกรณีของการตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะการตั้งครรภ์แทนนั้นจะมีการนำใจของหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนมาใช้หรือไม่ก็ตาม หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนและให้กำเนิดเด็กจึงเป็นมารดาของเด็กนั้นเสมอ¹⁷⁵ ส่วนความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดขึ้นจากการตั้งครรภ์แทนในกฎหมาย Human Fertilization and Embryology 1990 ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องความเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น เพื่อแก้ไขปัญหาทางกฎหมายในอดีตที่ผ่านมา นอกจากนี้กฎหมายฉบับดังกล่าวยังได้ยอมรับสถานะทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งบิดามารดามีได้จดทะเบียนสมรสกันตามกฎหมายด้วย ถ้าหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายและให้ความยินยอมในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนสามีของหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนก็จะเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน โดยผลของกฎหมาย¹⁷⁶ สำหรับกรณีที่สามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่ได้ให้ความยินยอมในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนก็จะมีผลทำให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไม่มีบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย (Legally Fatherless Child)

กรณีหญิงผู้รับการตั้งครรภ์แทนไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย¹⁷⁷ และการตั้งครรภ์แทนเกิดในสถานบริการได้รับอนุญาตตามกฎหมาย ชายผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนจะมีสถานะเป็นเพียงผู้บริจาคเชื้ออสุจิเท่านั้น ซึ่งตามกฎหมายจะไม่ถือว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ดังนั้นเด็กที่เกิดมาจึงไม่มีบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน และถ้าการตั้งครรภ์แทนนั้น ไม่ได้เกิดขึ้นโดยความช่วยเหลือของแพทย์ในสถานบริการที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย เจ้าของเชื้ออสุจิจะเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน โดยใช้หลักความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม ตามหลักกฎหมายในระบบ Common Law นั้นเอง

¹⁷⁵ โปรดดูภาคผนวก จ. Human Fertilization and Embryology 1990, Section 27(1).

¹⁷⁶ โปรดดูภาคผนวก จ. Human Fertilization and Embryology 1990, Section 28(2).

¹⁷⁷ โปรดดูภาคผนวก จ. Human Fertilization and Embryology 1990, Section 28(6).

5.1.3 การเปรียบเทียบเรื่องการกำหนดอำนาจปกครองเด็กที่เกิดในกรณีมีข้อพิพาทจากการตั้งครรรภ์แทน

ในประเทศไทยเรื่องการกำหนดอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรภ์แทนนั้นศาลไทยได้ตัดสินคดีไว้สองคดีที่สอดคล้องกัน โดยที่บทเฉพาะกาลตามมาตรา 56 นั้นได้มีการนำมาปรับใช้ในกรณีของกลุ่มชายรักชายสัญชาติสเปนและชายสัญชาติอเมริกาโดยที่ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง มีคำสั่งศาลตัดสินให้ ด.ญ.คาร์เมน ซึ่งเป็นเด็กที่เกิดจาก น.ส.ยลลดา หญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนสัญชาติไทยเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของนายกอร์ดอน เลคและให้มีอำนาจปกครอง ด.ญ. คาร์เมน แต่เพียงผู้เดียว โดยศาลพิเคราะห์แล้วเห็นว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 ในบทเฉพาะกาลมาตรา 56 มีเจตนารมณ์ให้ศาลใช้ดุลพินิจมีคำสั่งให้ผู้ที่เกิดจากการตั้งครรรภ์แทน ก่อนวันที่พระราชบัญญัติดังกล่าวใช้บังคับเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยา ที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรรภ์แทนตามสมควรแก่กรณีของแต่ละคดีทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองสวัสดิภาพและประโยชน์สูงสุดของผู้ที่เกิดจากการตั้งครรรภ์แทน เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศในระบบ Common Law เช่น ประเทศสหราชอาณาจักร(อังกฤษ) นั้นปัญหาเรื่องอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรภ์แทนมักเป็นปัญหาที่เกิดจากการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงการตั้งครรรภ์แทนซึ่งมักจะเกิดขึ้นเมื่อมีการคลอดบุตรแล้ว เช่นหญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนไม่ยอมส่งมอบเด็กให้กับคู่สามีภริยาที่ว่าจ้างหรือกรณีที่ไม่ยอมให้ความยินยอมที่จะให้คู่สามีภริยานั้นจะรับเป็นบุตรบุญธรรม เป็นต้น ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาการพิจารณาคดีของศาลเกี่ยวกับการตั้งครรรภ์แทนในกรณีที่เกิดปัญหาการวินิจฉัยเรื่องการแข่งขันอำนาจปกครองบุตร (Custody Battle) ศาลจะวินิจฉัยจากหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญซึ่งเป็นหลักการที่ใช้ในกฎหมายครอบครัวตามปกติสำหรับบางมลรัฐของอเมริกาเช่น มิชิแกนและวอชิงตัน มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรงกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจปกครองบุตรที่เกิดจากสัญญาการรับตั้งครรรภ์แทน โดยศาลก็จะนำหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กมาใช้ในการวินิจฉัยปัญหาดังกล่าว แม้กระทั่งบางรัฐที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งศาลก็ยังคงมีการนำหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กไปใช้โดยอนุโลมเช่นกันและประเทศออสเตรเลียมีคดีที่ได้มีการนำเข้าสู่การพิจารณาของคณะใหญ่ของศาลครอบครัว (Full Court of the Family Court) ซึ่งศาลก็ยังคงพิพาทเช่นเดียวกับครอบครัวแห่งรัฐ South Australia โดยมีความเห็นว่า จะไม่มีการตั้งสมมติฐานไว้ก่อนว่าเด็กไม่ว่าจะเกิดจากการตั้งครรรภ์แทนหรือไม่ก็ตามต้องอยู่ในอำนาจปกครองของฝ่ายมารดาที่ให้กำเนิดเท่านั้น แต่จะพิจารณากำหนดอำนาจปกครองของเด็กว่ากรณีใดเป็นประโยชน์สูงสุดแก่เด็กมากที่สุดเป็นสำคัญ

จะเห็นได้ว่าการนำหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กมาใช้ในการวินิจฉัยคดีเพื่อกำหนดอำนาจปกครองเด็ก เป็นหลักการที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายมาตรา 65E¹⁷⁸ เป็นบทบัญญัติในการพิจารณากำหนดอำนาจปกครองเด็กนั้น โดยศาลจำเป็นต้องพิจารณาจากประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ หลักเกณฑ์นี้ยังไปสอดคล้องกับแนวคำพิพากษาของศาลไทยและประเทศในระบบกฎหมาย Commol Law เช่นประเทศอังกฤษและอเมริกาด้วย

5.2 การเปรียบเทียบการตั้งครรรภ์แทนในประเทศไทยกับประเทศระบบกฎหมาย Civil Law

5.2.1 การเปรียบเทียบเรื่องการห้ามการรับตั้งครรรภ์แทนเพื่อวัตถุประสงค์ในเชิงพาณิชย์

ได้กล่าวแล้วประเทศไทยในประเทศไทยนั้นการที่มาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ของประเทศไทยบัญญัติว่าห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า นั้น ประเทศที่มีพัฒนาการทางด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยส่วนใหญ่แล้วจะมีกฎหมายที่ควบคุมการให้บริการด้านเทคโนโลยีนี้ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวอาจมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการตั้งครรรภ์แทนรวมอยู่ด้วย และในหลายประเทศในระบบ Civil Law เช่นประเทศฝรั่งเศสได้ตัดสินใจดำเนินการกับองค์กรเอกชนที่ทำการเป็นผู้จัดให้มีการตั้งครรรภ์แทน และศาลฎีกาฝรั่งเศส (The Supreme Court of Appeals หรือ Cour de cassation) ได้ตัดสินว่า การดำเนินการตั้งครรรภ์แทนเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากฝ่าฝืนหลักการที่ห้ามมิให้มีการซื้อขายร่างกายมนุษย์และขัดต่อกฎหมายว่าด้วยการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม และวินิจฉัยให้สัญญาตั้งครรรภ์แทนตกเป็นโมฆะ เพราะขัดต่อหลักความสงบเรียบร้อยของประชาชน และต่อมาในปี ค.ศ. 1994 ฝรั่งเศสได้มีการปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่ง โดยการวางหลักกฎหมายให้ชัดเจนขึ้นในการรับรองความสำคัญของร่างกายและส่วนประกอบต่างๆ ของมนุษย์ที่จะล่วงละเมิดไม่ได้ โดย ม. 16-7 บัญญัติให้ข้อตกลงใดๆ ในการให้กำเนิดหรือการตั้งครรรภ์สำหรับผู้อื่นตกเป็นโมฆะ เพราะถือหลักว่าเป็นการละเมิดหลักการเคารพต่อความสำคัญของร่างกายมนุษย์ โดยศาลฝรั่งเศสเคยมีคำพิพากษาศาลตัดสินให้การตั้งครรรภ์แทนไม่มีผลใดๆ ตามกฎหมาย นอกจากนี้ยังกำหนดให้บทบัญญัติดังกล่าวเป็นกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Order) ซึ่งคู่สัญญาไม่อาจตกลงให้แตกต่างกันไปได้ ส่วนประเทศเยอรมนี ศาลเยอรมันได้มีคำพิพากษาว่า การดำเนินการตั้งครรรภ์แทนเป็นการกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี

¹⁷⁸S. 65 E Family Law Act 1975 (Cth.) Family Law Reform Act (Cth.) “ In deciding whether to make a particular parenting order in relation to a child, a court must regard the best interests of the child as the paramount consideration”.

ของประชาชน ดังนั้น สัญญาตั้งครรภ์แทน จึงตกเป็นโมฆะ ซึ่งสอดคล้องกับรายงาน (Brenda Report) ของคณะกรรมการที่รัฐบาลจัดตั้งขึ้นมา เพื่อศึกษาปัญหาเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ต่อมาในปี ค.ศ. 1989 รัฐบาลเยอรมันได้ออกกฎหมายสองฉบับที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน กฎหมายฉบับแรกคือ กฎหมายที่ว่าด้วยคนกลางในการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม (Adoptionsvermittlungsgesetz 1989) ซึ่งห้ามมิให้มีการจัดหาหญิงที่ประสงค์จะรับตั้งครรภ์แทนให้แก่คู่สมรสฝ่ายชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน หรือการจัดหาคู่สมรสฝ่ายชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนให้แก่หญิงที่ประสงค์จะรับตั้งครรภ์แทน รวมทั้งกำหนดห้ามการโฆษณาเกี่ยวกับการกระทำได้ด้วย¹⁷⁹ ส่วนกฎหมายอีกฉบับหนึ่งคือ กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองตัวอ่อน (Embryonenschutz Gesetz 1990) ที่กำหนดห้ามแพทย์ใช้เทคนิคการผสมเทียม โดยการฉีดเชื้อหรือย้ายฝากตัวอ่อน ให้แก่หญิงที่มีความประสงค์จะส่งมอบเด็กให้แก่คู่สมรสฝ่ายชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน ถ้าหากมีการฝ่าฝืนจะเป็นความผิดทางอาญาที่มีโทษจำคุกและปรับ จึงทำให้สรุปได้ว่าประเทศเยอรมนีกำหนดให้การตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ต้องห้ามตามกฎหมายปัญหาเรื่องค่าตอบแทนที่ให้แก่หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทน นับเป็นปัญหาใหญ่อีกประการหนึ่ง ซึ่งมีความละเอียดอ่อนมากในการกำหนดกฎหมายในเรื่องนี้ เช่นเดียวกับปัญหาเรื่องการให้ค่าตอบแทนแก่ผู้บริจาคเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อน โดยหลักสากลแล้ว ไม่ควรมีการซื้อขายคนหรืออวัยวะ แต่ใจเป็นสิ่งที่ทำได้ยากและผู้ที่ให้จะต้องยอมเจ็บตัวเพื่อการกระตุ้นไข่และเก็บไข่ออกมานอกร่างกาย ดังนั้นในทางปฏิบัติจึงอาจเป็นเรื่องยากที่จะหาบุคคลที่สมัครใจบริจาคไข่ โดยที่ไม่ได้รับสิ่งตอบแทนเลย ดังนั้น การให้ของขวัญเพื่อตอบแทนน้ำใจ น่าจะทำได้โดยไม่ถือว่าเป็นการว่าจ้าง แต่ก็อาจมีปัญหาเกี่ยวกับความพอดีและความเหมาะสมตามมาได้ เปรียบเทียบกับในประเทศอังกฤษซึ่งเป็นระบบกฎหมาย Common Law นั้นผู้บริจาคไข่ในโรงพยาบาลเอกชนอาจได้รับสิทธิในการรักษาบางอย่างเป็นการตอบแทน เช่น ในรูปของการลดค่าใช้จ่ายในการรักษาด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ของตัวเอง เป็นต้นและ ประเทศสาธารณรัฐอินเดียมีกฎหมายว่าด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ หรือ ART Bill (Assisted Reproductive Technologies Bill) โดยมีประเด็นสำคัญคือ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่สามารถเป็นผู้บริจาคไข่ให้ในเวลาเดียวกัน ต้องมีอายุ 21 ปี ขึ้นไป และต้องไม่เป็นญาติ กับผู้ที่ตั้งท้องให้ การว่าจ้างต้องทำเป็นหนังสือสัญญา ชาวต่างชาติที่เข้ามาใช้บริการจะต้องลงทะเบียนชื่อและความจำนงกับสถานทูตของตน ห้ามผู้หญิงตั้งครรภ์แทนผู้อื่นมากกว่า 3 ครั้ง คลินิก หรือแพทย์ที่ดำเนินการให้คนไข้ใช้การตั้งครรภ์แทนทั้งที่สามารถตั้งครรภ์ได้ตามปกติ จะถูกยึดหรือระงับใบอนุญาตทางวิชาชีพ

¹⁷⁹ From "International surrogacy arrangements, by Katarina Trimmings and Paul Beaumont, United Kingdom: Hart Publishing Ltd, 2013, p. 131-134.

5.2.2 การเปรียบเทียบเรื่องการกำหนดสถานะภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

ในประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีและภรรยาผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน เนื่องจากสามีและภรรยาผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนมีความปรารถนาที่จะให้เด็กนั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตนและอุปการะเลี้ยงดูเด็กนั้น มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดมา อีกทั้งเมื่อหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนมิได้ปฏิบัติหน้าที่ตามข้อตกลงตั้งครรภ์แทนแต่อย่างใด ก็ไม่ควรที่จะให้เขาต้องรับภาระหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กนั้น เรื่องความเป็นบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นปัญหาสำคัญที่จะเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนได้มาก ในอดีตที่เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ยังไม่มีความก้าวหน้ามากเท่าใดนัก หลักกฎหมายของทุกประเทศในระบบCivil lawเช่นประเทศฝรั่งเศสตามหลักกฎหมายแพ่ง (The Civil Code) นั้นประเด็นสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นไปตามหลักกฎหมายแพ่งโดยถือหลักที่ว่า หญิงที่ให้กำเนิดบุตรเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น และชายผู้เป็นสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้นก็จะเป็นบิดาตามกฎหมายของเด็กนั้น อย่างไรก็ตามสามารถที่จะพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานนี้ได้

ดังนั้นหากมีการตั้งครรภ์แทนด้วยการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้ออสุจิของชายที่ว่าจ้างเข้าไปในมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หญิงนั้นก็จะเป็นมารดาของเด็ก และชายที่ว่าจ้างให้ตั้งครรภ์แทนนั้นก็จะได้รับการจดแจ้งว่าเป็นบิดาของเด็กนั้น ส่วนคู่สมรสของชายนั้นก็จะต้องรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมต่อไป โดยต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อน ส่วนประเทศเยอรมัน มีกฎหมายรับบุตรบุญธรรม (Adoptionsvermittlungsgesetz 1989) เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับคนกลางในการรับบุตรบุญธรรมโดยการห้ามมิให้มีการจัดหาหญิงที่ต้องการรับตั้งครรภ์แทนคู่สมรสที่จะมาว่าจ้าง หรือการหาคู่สมรสที่ต้องการจะว่าจ้างให้แก่หญิงที่จะรับตั้งครรภ์แทน รวมทั้งการห้ามมิให้มีการโฆษณาเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนด้วยดังกล่าวมาแล้ว และ กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองตัวอ่อน (Embryonenschutzgesetz 1990) กฎหมายฉบับนี้ห้ามมิให้แพทย์ใช้เทคนิคการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้ออสุจิหรือย้ายฝากตัวอ่อนให้แก่หญิงที่มีความประสงค์ที่จะส่งมอบเด็กให้แก่คู่สมรสที่ว่าจ้างตามสัญญารับตั้งครรภ์แทน การฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้ถือเป็นการกระทำความผิดทางอาญาซึ่งมีโทษทั้งการจำคุกและปรับตามกฎหมาย ดังนั้นการรับตั้งครรภ์แทนจึงเป็นสิ่งต้องห้ามตามกฎหมายฉบับนี้ ส่วนประเทศอินเดีย การกำหนดสถานะความเป็นบิดา มารดาและบุตรของการรับตั้งครรภ์แทน ซึ่งในอินเดียมีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนเช่นกัน โดยกฎหมายของอินเดียจะมีการเปิดกว้างกว่าใน

ประเทศไทยซึ่งตาม Section 35(1) ให้สันนิษฐานว่าเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นบุตรตามกฎหมายของกลุ่มชายหญิงที่สมรสกันตามกฎหมายและได้รับความยินยอมจากทั้งคู่โดยให้มีสิทธิเช่นเดียวกับบุตร โดยชอบด้วยกฎหมายที่เกิดจากการร่วมประเวณี โดย Section 34(10) และ 35(7) กำหนดว่าใบสูติบัตรของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนจะระบุชื่อของผู้ว่าจ้างเป็นครอบครัวของเด็ก ข้อสังเกตอีกประการหนึ่งคือ ในกฎหมายอินเดียมีการกำหนดข้อความว่า โดยให้มีสิทธิเช่นเดียวกับบุตร โดยชอบด้วยกฎหมายที่เกิดจากการร่วมประเวณี ซึ่งแตกต่างจากมาตรา 29 ของไทย กล่าวคือ มาตรา 29 กำหนดเพียงว่าให้ถือว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของกลุ่มสามีภรรยา โดยไม่มีข้อความเช่นเดียวกับกฎหมายอินเดีย จึงอาจทำให้เกิดการตีความได้ว่า แล้วเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น จะมีสิทธิเช่นเดียวกับเด็กที่เกิดโดยการร่วมประเวณีและคลอตามปกติหรือไม่ หากเทียบเคียงกับเรื่องบุตรบุญธรรมซึ่งกฎหมายกำหนดไว้ให้มีสิทธิเช่นเดียวกับบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตามเมื่อโยงไปถึงเรื่องการรับมรดกแทนที่ที่กำหนดให้ผู้ที่มีสิทธิรับมรดกแทนที่ได้นั้นจะต้องเป็นผู้สืบสันดานโดยตรง เท่านั้น ซึ่งนักกฎหมายส่วนใหญ่ตีความคำว่า ผู้สืบสันดานโดยตรง จะต้องเป็นบุตรที่เกิดจากเลือดเนื้อเชื้อไขของเขาโดยตรง ดังนั้นจึงมีประเด็นว่า แล้วเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ตามมาตรา 29 กำหนดเพียงว่าให้ถือว่าเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย นั้นจะทำให้เด็กมีสิทธิถึงขนาดเป็นผู้สืบสันดานโดยตรงของกลุ่มสามีภรรยาที่รับบริการหรือไม่ อาจจะต้องบัญญัติลงไปให้ชัดเจนเช่นเดียวกับอินเดียหรือไม่ยังเป็นประเด็นที่น่าสนใจ

5.2.3 การเปรียบเทียบเรื่องการกำหนดอำนาจปกครองเด็กที่เกิดในกรณีมีข้อพิพาทจากการตั้งครรภ์แทน

สำหรับประเทศไทยเรื่องการกำหนดอำนาจเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นศาลไทยได้ตัดสินคดีไว้ตามบทเฉพาะกาลตามมาตรา 56 นั้นซึ่งได้มีการนำมาปรับใช้ในกรณีของกลุ่มชายรักชาย ลัทธิชาตินิยมและชายสัตย์ชาตินิยมอเมริกาโดยที่ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง มีคำสั่งศาลตัดสินให้ ค.ณ. คาร์เมน ซึ่งเป็นเด็กที่เกิดจาก น.ส.ยลลดา หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนสัญชาติไทย เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของนายออร์ดอน เลคและให้มีอำนาจปกครอง ค.ณ. คาร์เมน แต่เพียงผู้เดียวโดยศาลพิเห็นว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 ในบทเฉพาะกาลมาตรา 56 มีเจตนารมณ์ให้ศาลใช้ดุลพินิจมีคำสั่งให้ผู้ที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ก่อนวันที่พระราชบัญญัติดังกล่าวใช้บังคับเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภรรยา ที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามสมควรแก่กรณีของแต่ละคดี ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองสวัสดิภาพและประโยชน์สูงสุดของผู้ที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศในระบบ Civil Law เช่นประเทศ

ฝรั่งเศสจะใช้หลักกฎหมายแพ่ง (The Civil Code) ในการกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเป็นไปตามหลักกฎหมายแพ่งโดยถือหลักที่ว่า หญิงที่ให้กำเนิดบุตรเป็นมารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น และชายผู้เป็นสามีโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้นก็จะเป็นบิดาตามกฎหมายของเด็กนั้น อย่างไรก็ตามสามารถที่จะพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานนี้ได้ ดังได้กล่าวมาแล้วหากมีการตั้งครรภ์แทนด้วยการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้ออสุจิของชายที่ว่าจ้างเข้าไปในมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หญิงนั้นก็จะเป็นมารดาของเด็ก และชายที่ว่าจ้างให้ตั้งครรภ์แทนนั้นก็จะได้รับการจดแจ้งว่าเป็นบิดาของเด็กนั้น ส่วนคู่สมรสของชายนั้นก็จะต้องรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมต่อไป โดยต้องได้รับอนุญาตจากศาลก่อน ส่วนประเทศเยอรมันและประเทศอินเดียก็ใช้หลักกฎหมายแพ่งเช่นเดียวกับประเทศในระบบกฎหมาย Civil Law นั่นเอง



บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

6.1.1 บทสรุปการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน

การตั้งครรภ์แทนเป็นการตั้งครรภ์ที่จำเป็นต้องอาศัยวิธีทางวิทยาศาสตร์การแพทย์กระทำโดยแพทย์เฉพาะทางสูติศาสตร์-นรีเวชวิทยาโดยมีหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนกับฝ่ายสามีและภรรยาที่ให้ตั้งครรภ์แทนและเมื่อเด็กเกิดมาจึงต้องมีการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ด้วยพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ให้มีสิทธิและเสรีภาพเท่าเทียมกับเด็กที่เกิดโดยวิธีธรรมชาติ

การนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ซึ่งเป็นนวัตกรรมทางการแพทย์ (Medical Innovation) ที่จะมาช่วยให้ผู้ที่มิบุตรไม่ได้หรือมีบุตรยากของกลุ่มสามีภรรยาที่มีใจปรารถนาจะได้เด็กเป็นบุตรโดยให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนสามารถมีบุตรได้จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการกลไกทางกฎหมายในการบริหารจัดการที่ดีด้วยพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 เป็นสำคัญโดยกฎระเบียบในรายละเอียดที่มีขึ้นตามกฎหมายฉบับนี้จะต้องออกแบบโดยถือประโยชน์สูงสุดของเด็กผู้บริสุทธิ์เป็นประธานประกอบด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนที่จำเป็นต้องคำนึงถึงเสมอ แม้ว่าจะเป็นความต้องการหรือสิทธิประโยชน์ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนซึ่งเป็นผู้ให้เลือดเนื้อและน้ำนมและเด็กหรือกลุ่มสามีภรรยาที่มีใจปรารถนาจะได้เด็กเป็นบุตร หรือแม้กระทั่งของผู้บริจาคเชื้อและไข่ ถือเป็นปัจจัยรองทั้งสิ้น

เมื่อเกิดข้อโต้แย้งสิทธิในการเป็นเจ้าของเด็กระหว่างผู้ให้ตั้งครรภ์แทนกับหญิงรับตั้งครรภ์แทนกฎหมายไทยได้ให้ทางออกด้วยการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ตามมาตรา 29 โดยให้เด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นการคำนึงถึงความเป็นเจ้าของเชื้ออสุจิและไข่พร้อมด้วยหัวใจปรารถนาอย่างแท้จริงที่จะมีบุตรแต่ด้วยปัญหาทางสุขภาพร่างกายที่ไม่สามารถ

ตั้งครรภ์ได้เองจึงให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน เด็กที่เกิดมาจึงได้รับการถ่ายทอดสารพันธุกรรมจากสามี และภริยาผู้ให้ตั้งครรภ์แทน เป็นการสอดคล้องกับเด็กที่เกิดโดยธรรมชาติซึ่งสามารถพิสูจน์ความเป็นพ่อและแม่ด้วยสารพันธุกรรมที่ตรงกัน

ดังนั้นการที่จะมีการบริหารจัดการที่ดีตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 เพื่อเป็นการคุ้มครองเด็กเหล่านี้ได้นั้นจำเป็นจะต้องอาศัยความร่วมมือจากหลายฝ่ายด้วยกันและจะเป็นไปได้ก็นั้นกฎหมายฉบับนี้ต้องมีความชัดเจนในทางปฏิบัติโดยเฉพาะอย่างยิ่งเจ้าหน้าที่ตำรวจหรือพนักงานสอบสวนที่จะเกิดความสับสนและความยุ่งยากในการดำเนินคดีอาญากับผู้ที่ฝ่าฝืนกฎหมายนี้ เนื่องจากความรู้ความเข้าใจในพระราชบัญญัตินี้ยังมีน้อยอยู่

มาตรการทางกฎหมายของการตั้งครรภ์แทนได้แก่พระราชบัญญัติคุ้มครอง

เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ซึ่งมีมาตรการทางกฎหมายที่สำคัญดังนี้

- 1) มาตรการในการกำหนดสถานะความชอบด้วยกฎหมายของบิดามารดา ตามมาตรา 29
- 2) มาตรการในการควบคุมและกำกับดูแลเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามหมวดที่ 2
- 3) มาตรการในการควบคุมการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามหมวดที่ 3
- 4) มาตรการในการคุ้มครองเด็กที่เกิดที่เกิดก่อนการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ตามหมวดที่ 2, 3, และ 4
- 5) มาตรการในการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ตามหมวดที่ 6
- 6) ประกาศคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ลงวันที่ 4 พฤศจิกายน 2558
- 7) ประกาศ กคทพ. เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาต

ให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้จากการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามี และภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อการศึกษาวิจัย

1) ประกาศ กคทพ. เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาตให้ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน

2) ประกาศ สช. เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนและค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ การยุติการตั้งครรภ์แทน การคลอด และหลังคลอดฯ พ.ศ. 2558

3) ประกาศ สช. เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้หญิงอื่นที่มีใบอนุญาตสืบสายโลหิตของสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายรับตั้งครรภ์แทน พ.ศ.2558

4) ประกาศแพทยสภาที่ 95(1)/2558 เรื่อง คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

5) ประกาศแพทยสภาที่ 95(2)/2558 เรื่อง มาตรฐานในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

6) ประกาศแพทยสภาที่ 95(3)/2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขสำหรับการตรวจประเมินความพร้อมทางด้านร่างกาย จิตใจ และสภาพแวดล้อมของผู้ขอรับบริการ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ฯ

7) ประกาศแพทยสภาที่ 95(4)/2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการสร้างการเก็บรักษา การใช้ประโยชน์จากตัวอ่อน หรือการทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อน

8) ประกาศแพทยสภาที่ 95(5)/2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมในตัวอ่อน

9) ประกาศแพทยสภาที่ 95(6)/2558 เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับการผสมเทียม

10) ประกาศแพทยสภาที่ 95(7)/2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการให้ความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการผสมเทียมโดยใช้อสุจิของผู้บริจาค

11) ประกาศแพทยสภาที่ 95(8)/2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการยุติการตั้งครรภ์แทน

12) ประกาศแพทยสภาที่ 95(9)/2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการรับฝาก การรับบริจาค การใช้ประโยชน์จากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่รับฝากหรือรับบริจาค หรือการทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อนที่รับฝากหรือรับบริจาคฯ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558

13) ประกาศแพทยสภาที่ 95(9)/2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการรับฝาก การรับบริจาค การใช้ประโยชน์จากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่รับฝากหรือรับบริจาค หรือการทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อนที่รับฝากหรือรับบริจาคฯ พ.ศ. 2558

14) ประกาศแพทยสภาที่ 95(10)/2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการเกี่ยวกับการ

15) ให้ความยินยอมให้นำอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้ฝากนำไปใช้ได้หลังจากผู้ฝากตายประกาศสำนักทะเบียนกลาง เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการแจ้งเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

เนื่องจากมาตรการทางกฎหมายของการตั้งครรภ์แทนดังกล่าวข้างต้นเป็นมาตรการที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ยังไม่ครบถ้วนสมบูรณ์ทีเดียว จึงเห็นว่าการมีการปรับปรุง แก้ไข เพื่อเป็นการพัฒนาการทางกฎหมายให้สอดคล้องกับบริบทของสังคมไม่ให้ขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วยกระบวนการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เพื่อแก้ปัญหาการมีบุตรยากโดยการตั้งครรภ์แทน ดังจะได้เสนอแนะต่อไป

6.1.2 บทสรุปการใช้หลักการคุ้มครองประโยชน์สูงสุดของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (The Best Interests of the Child Principle)

จากแนวคิดทฤษฎีที่ให้ความสำคัญแก่ชีวิตและจิตใจของเด็กที่ถูกทำให้เกิดมาด้วยกรรมวิธีที่ผิดธรรมชาติโดยถือ “ประโยชน์สูงสุดของเด็ก” เป็นหลักใหญ่โดยการยึดคำสั่งศาล (Parental Order) จากการวินิจฉัยทุกประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้น เป็นหลักการที่จำเป็นต้องอาศัยคำพิพากษาในการชี้ขาดตัดสินว่าความเป็นบิดามารดาของเด็กตามกฎหมายว่าเป็นอย่างไรและอำนาจในการปกครองเด็กนั้นควรจะอยู่ที่ผู้ใดนั้นสำหรับประเด็นเรื่องความเป็นบิดามารดาจำเป็นต้องมีกฎหมายรองรับศาลจึงจะสั่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ ส่วนประเด็นเรื่องอำนาจปกครองเด็ก ศาลจะมีหลักในการพิจารณาให้เป็นไปตามสัญญา (Contractual Model) เพราะถือหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาตามกฎหมาย ลักษณะสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมายและมีลักษณะที่สามารถบังคับได้ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญา

ตั้งครรถ์แทน นอกจากนี้ศาลยังอาจมีคำสั่งให้อำนาจปกครองอยู่กับผู้ใดโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interest of the Child) เป็นสำคัญโดยไม่ต้องคำนึงถึงสัญญาตั้งครรถ์แทนที่ได้ตกลงกันไว้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับเหตุผลในแต่ละเรื่องเป็นกรณีๆ ไป

กรณีที่มีข้อตกลงตามสัญญารับตั้งครรถ์แทนระบุให้หญิงที่รับตั้งครรถ์แทนต้องส่งมอบเด็กให้แก่สามีภริยาที่ต้องการมีบุตรและให้อยู่ในอำนาจปกครองด้วย ศาลจะวินิจฉัยตามสัญญานั้นทำให้หญิงที่รับตั้งครรถ์แทนไม่สามารถเปลี่ยนใจที่จะไม่ยอมส่งมอบเด็กได้เพราะศาลจะบังคับไปตามสัญญานั้นเมื่อมีการฟ้องร้องคดีเกิดขึ้นเป็นการให้ความมั่นใจว่าเด็กจะมาอยู่ในความปกครองของตนอย่างแน่นอน ดังนั้นด้วยคำพิพากษาของศาลหญิงที่รับตั้งครรถ์แทนต้องส่งมอบเด็กและเพิกถอนอำนาจปกครองของหญิงที่รับตั้งครรถ์แทนดังนั้นสามีภริยาที่ต้องการมีบุตรจึงขอให้แต่งตั้งตนเป็นผู้มีอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรถ์แทนด้วย ในทางตรงกันข้ามถ้าสามีภริยาที่ขอให้ตั้งครรถ์แทนไม่ทำตามสัญญา กล่าวคือไม่ยอมรับมอบเด็กนั้นซึ่งอาจเป็นเพราะเด็กเกิดมามีร่างกายบกพร่องหรือสมองไม่สมบูรณ์ทำให้ไม่ต้องการเด็กหรืออาจเป็นเพราะสามีภริยาได้หย่ากันก่อนที่เด็กจะเกิดทำให้ไม่มีสามีภริยาฝ่ายใดต้องการเด็กนั้น หญิงที่รับตั้งครรถ์แทนก็สามารถฟ้องร้องต่อศาลให้บังคับฝ่ายสามีภริยาที่ขอให้ตั้งครรถ์แทนรับเด็กไว้อุปการะและให้มีอำนาจปกครองได้โดยศาลจะวินิจฉัยโดยพิจารณาจากประโยชน์สูงสุดของเด็กเป็นสำคัญ

การยึดหลักคำสั่งศาลโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็กทำให้เกิดความชัดเจนว่าใครจะมีอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรถ์แทนโดยศาลสามารถใช้ดุลยพินิจว่าเด็กควรจะอยู่ในอำนาจปกครองของผู้ใดที่เหมาะสมที่สุดและสำหรับกรณีที่ทั้งสองฝ่ายปฏิเสธที่จะรับเด็กไว้ในอำนาจปกครอง ศาลก็ยังสามารถวินิจฉัยให้บุคคลที่สามเช่นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายคุ้มครองเด็กมีอำนาจปกครองเด็กนั้นได้นับได้ว่าเป็นกลไกของรัฐในการคุ้มครองเด็กได้อย่างสมบูรณ์มากกว่าที่จะตัดสินใจให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นรับเด็กไว้อุปการะเลี้ยงดู โดยที่ไม่ต้องการเด็กแล้ว

6.2 ข้อเสนอแนะ

6.2.1 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการตั้งครรถ์แทนเพื่อประโยชน์ในเชิงพาณิชย์

การที่พระราชบัญญัติฉบับนี้บัญญัติห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรถ์เพื่อประโยชน์ทางการค้าตามมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง

การแพทย์ พ.ศ. 2558 การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในปัจจุบันมีจำนวนมากไม่ว่าจะเป็นเพราะเหตุผลใดก็ตาม เช่น สามีภรรยาที่มีบุตรยาก ชายรักร่วมเพศ ชายหญิงที่เป็นโสดแต่อยากมีบุตร เป็นต้น ด้วยความประสงค์ใช้บริการจ้างหญิงอื่นให้รับตั้งครรภ์แทนและจะให้ค่าตอบแทนในรูปแบบต่างๆ รวมถึงในหลายประเทศได้อนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทนทางการค้าได้แล้ว บางท่านมีความเห็นว่าการห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์เพื่อประโยชน์ทางการค้า อาจไม่ตอบสนองความต้องการของสามีภรรยาที่มีบุตรยาก ที่ประสงค์ใช้บริการจ้างหญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทน และ อาจทำให้ประชาชนและประเทศชาติเสียประโยชน์จากการขาดการเข้าถึงเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ตลอดจนอาจจะมี ความกังวลถึงการดำเนินคดีอาญาแก่หญิงที่รับจ้างตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้าด้วย

อนึ่งเนื่องจากบทลงโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืน มาตรา 24 ได้ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 48 นั้นเป็นโทษทางอาญา การที่ใช้ถ้อยคำว่า “เพื่อประโยชน์ทางการค้า” เห็นว่าเป็นการยังไม่ชัดเจนพอว่าครอบคลุมมากน้อยเพียงใด ซึ่งอาจตีความถึงการคิดค่าบริการทางการแพทย์ในการดำเนินการตั้งครรภ์แทนด้วยหรือไม่ ดังนั้นการขาดความชัดเจนและแน่นอนของถ้อยคำดังกล่าวอาจนำไปสู่การตีความของกฎหมายโดยขึ้นอยู่กับความเห็นและความรู้สึกของผู้ใช้กฎหมายจึงเห็นว่าควรมีนियามคำว่า “เพื่อประโยชน์ทางการค้า” ไว้ในมาตรา 3 ด้วยโดยอาจให้ความหมายของคำว่า “เพื่อประโยชน์ทางการค้า” หมายความว่า เป็นประโยชน์ที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อเป็นการแลกเปลี่ยนสำหรับค่าตอบแทนที่เป็นทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดก็ตาม นอกเหนือจากค่าบริการทางการแพทย์ และค่าใช้จ่ายที่จำเป็นอื่นๆ ในการรับตั้งครรภ์แทนนั้น เช่นค่าใช้จ่ายในการดูแลหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในระหว่างตั้งครรภ์จนกระทั่งคลอด เป็นต้น

อย่างไรก็ตามมีข้อควรระวังเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากเด็ก ซึ่งมีลักษณะเป็นการค้ามนุษย์ ผู้ว่าจ้าง ผู้รับจ้าง รวมถึงแพทย์ อาจมีความผิดตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 มาตรา 6 ได้

นอกจากนี้ยังมีประเด็นอื่นที่น่าศึกษาต่อไปเช่นองค์กรสำหรับการควบคุมการตั้งครรภ์แทน การที่พระราชบัญญัตินี้ บัญญัติให้มีคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยบัญญัติให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ เป็นผู้แต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ด้านกฎหมาย สิทธิสตรี และสิทธิเด็ก ด้านละหนึ่งคน และบัญญัติให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข แต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ด้านเทคโนโลยีช่วยการ

เจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เวชพันธุศาสตร์ และการวิจัย ด้านละหนึ่งคน เป็นกรรมการในคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เห็นว่า การแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิทั้งหกท่าน เป็นการแต่งตั้งโดยอาศัยดุลยพินิจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงทั้งสอง ซึ่งอาจทำให้ไม่ได้ผู้มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ และมีประสบการณ์ในด้านต่างๆ มาเป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในด้านต่างๆอย่างแท้จริง

ควรเปิดโอกาสให้ตัวแทนกลุ่มองค์กรต่างๆในสังคมที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ และมีประสบการณ์ในด้านนั้นๆ ลงทะเบียนคัดเลือกกันเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งควรมีนักจิตวิทยา นักสังคมสงเคราะห์ และนักกฎหมายเพิ่มมากขึ้นสำหรับการประเมินสภาพแวดล้อมต่างๆไปของบุคคลที่เกี่ยวข้องในการตั้งครรภ์แทน เช่นความพร้อมของกลุ่มสมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทน ความจำเป็นของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เป็นต้น

ในขณะที่เดียวกันควรมีการเพิ่มมาตรการทางกฎหมายมหาชนโดยการจัดตั้งองค์กรที่เป็นตัวแทนหรือตัวกลางที่ไม่หวังผลประโยชน์เชิงพาณิชย์เพื่อทำหน้าที่ในการดำเนินการตั้งครรภ์แทนในทางธุรการเช่นการโฆษณา ประชาสัมพันธ์ ประสานงานเป็นตัวกลางในเรื่องอื่นใด โดยกฎหมายบัญญัติรองรับสถานะขององค์กรนี้เพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกสำหรับบุคคลที่ต้องการใช้บริการตั้งครรภ์แทน ถือได้ว่าเป็นกลไกทางกฎหมายในการตรวจสอบการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กรณีการตั้งครรภ์แทนอีกมาตรการหนึ่งด้วย

สำหรับมาตรการในการตรวจสอบการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์การที่พระราชบัญญัตินี้ บัญญัติให้แพทยสภาเป็นผู้ออกประกาศกำหนด มาตรฐาน หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข ในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ การสร้าง การเก็บรักษาตัวอ่อน การใช้ประโยชน์จากตัวอ่อน หรือการทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อน และการผสมเทียม เนื่องจาก แพทยสภา เป็นองค์กรที่ดูแลควบคุมจริยธรรมวิชาชีพแพทย์ และ มุ่งรักษาผลประโยชน์ของวิชาชีพแพทย์ การให้แพทยสภา ออกประกาศกำหนด มาตรฐาน หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข ในเรื่องดังกล่าวควรคำนึงถึง ผู้ที่จะขอใช้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ด้วยเป็นสิ่งสำคัญเพื่อป้องกันคำครหาว่าแพทยสภาช่วยเหลือแพทย์ด้วยกันเอง และเกิดการผูกขาดการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จึงควรมีกำหนดคุณสมบัติเพิ่มเติมและลักษณะต้องห้ามของแพทย์ที่จะประกอบวิชาชีพการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยเฉพาะพร้อมทั้งกำหนดมาตรฐานในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการ

เจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยการสร้างกลไกทางกฎหมายสำหรับองค์ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคจึงขอเสนอแนะให้สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค (สคบ.) ซึ่งเป็นส่วนราชการระดับกรม สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี เพื่อทำหน้าที่ช่วยตรวจสอบในกรณีการตั้งครรภ์แทนเพื่อให้ได้จะเป็นประโยชน์ของผู้ขอรับบริการ และควรมีการบัญญัติให้การใช้ประโยชน์ตัวอ่อนนอกเหนือข้อตกลงที่ให้ไว้ต่อกันมิได้ ด้วยเพื่อป้องกันมิให้แพทย์ใช้ประโยชน์ตัวอ่อน ในทางใดๆ ที่ไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ขอรับบริการ

ส่วนแนวทางในการดำเนินคดีอาญากับบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน

ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนได้แก่ ผู้ว่าจ้างตั้งครรภ์แทน ผู้รับจ้างตั้งครรภ์แทน ผู้เป็นคนกลางหรือนายหน้า ผู้ที่เกี่ยวข้องในการจัดการตัวอ่อน ผู้ทดลองเซลล์สืบพันธุ์ของมนุษย์หรือสัตว์ ผู้ประกอบวิชาชีพแพทยตลอดจนผู้มีใช้ผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์

ตามมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 กำหนดให้การดำเนินการตั้งครรภ์แทนกระทำได้ 2 วิธี กล่าวคือ (1) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีและไข่ของภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน และ (2) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีหรือไข่ของภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนกับไข่หรืออสุจิของผู้อื่น ทั้งนี้ ห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ทั้งสองกรณีดังกล่าวนี้จะมีผู้ที่ฝ่าฝืนบทมาตรานี้ได้คือผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและมีบทลงโทษตามมาตรา 45 แล้ว ส่วนผู้ที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยการฝ่าฝืนมาตรา 22 นี้กฎหมายไม่ได้กำหนดบทลงโทษไว้ จึงเห็นว่าควรกำหนดให้เป็นความผิดและมีโทษทางอาญาด้วย

สำหรับสามีกับภรรยาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนที่ฝ่าฝืนมาตรา 22 ควรจะกำหนดบทกเว้นความผิดหรือบทกเว้นโทษไว้เพราะไม่น่าเชื่อว่าเป็นการกระทำที่ชั่วร้ายจนต้องลงโทษ การที่จะต้องมีความผิดและรับโทษทางอาญาอาจส่งผลกระทบต่อการศึกษาของเด็กตลอดจนกระทบต่อจิตใจของเด็กตลอดจนสามีกับภรรยาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

กล่าวโดยสรุปหลักเกณฑ์ทางกฎหมายของการตั้งครรภ์แทนเป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

แล้ว แต่สมควรมีการแก้ไข เปลี่ยนแปลง เพิ่มเติมเพื่อให้ครบถ้วนสมบูรณ์ดังนั้นกระบวนการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เพื่อแก้ปัญหาการมีบุตรยากโดยการตั้งครรภ์แทนนั้น จำเป็นต้องมีมาตรการทางกฎหมายที่จะนำมาบังคับก่อนการใช้เทคโนโลยีนี้เพื่อเป็นการป้องกันปัญหาที่จะเกิดขึ้นหลังจากเกิดเด็กแล้ว

6.2.2 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับกำหนดสถานทางกฎหมาย (Legal Status) ของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

จากการศึกษาและได้ข้อสรุปตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ซึ่งเป็นกลไกทางกฎหมายที่สำคัญอันหนึ่งในการแก้ปัญหาต่างๆที่เกิดขึ้นดังกล่าวมาแล้วแต่กฎหมายนี้มีส่วนที่ยังเป็นประเด็นปัญหาอยู่จึงมีความเห็นและข้อเสนอแนะในการปรับเปลี่ยน แก้ไข และ พัฒนากฎหมายดังต่อไปนี้

การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นหัวใจสำคัญของพระราชบัญญัตินี้จึงได้ตราเป็นกฎหมายให้เด็กที่เกิดเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาคนไทยที่จดทะเบียนถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้นที่จะเป็นผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนได้ การที่พระราชบัญญัตินี้ บัญญัติเงื่อนไขการตั้งครรภ์แทน ที่ว่าการตั้งครรภ์แทนอย่างน้อยต้องเป็นไปตามเงื่อนไขตามมาตรา 21(1) กล่าวคือ สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตร โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ต้องมีสัญชาติไทยหรือกรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้มีสัญชาติไทยต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี จึงเห็นว่า เป็นบทบัญญัติที่เป็นการตัดสิทธิสามีภรรยาที่อยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาแต่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสตามกฎหมาย ที่มีอยู่จำนวนมากในสังคม การจดทะเบียนสมรสของชายและหญิงตามกฎหมายถือเป็นสิทธิมิใช่หน้าที่ตามกฎหมาย ที่กฎหมายพึงบังคับจะต้องกระทำและมีความคิดแต่อย่างใด การที่ชายและหญิงอยู่กินกันฉันสามีภริยาโดยไม่จดทะเบียนสมรสกันก็ควรจะได้รับโอกาสในสิทธิขั้นพื้นฐานในการก่อตั้งครอบครัวและมีทายาทสืบวงศ์ตระกูล

เมื่อได้พิจารณาตามมาตรา 27 ของกฎหมายอังกฤษใช้บังคับกับเด็กที่เกิดจากการผสมเทียมโดยการฉีดเชื้อของผู้บริจาคและใช้กับกรณีที่ถูกสมรสที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ดังนั้นการที่กฎหมาย Human Fertilization and Embryology Act 1990 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เรื่องสถานะทางกฎหมายของความเป็นบิดามารดาของบุตรที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้ชัดเจน

ขึ้นและได้ยอมรับสถานะทางกฎหมายของบุตรที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ แม้บิดามารดาไม่ได้สมรสกันตามกฎหมายก็ตาม

ดังนั้นถ้ากรณีที่อยู่กันกันฉันสามีภริยาในทางพฤตินัยแต่ไม่ได้จดทะเบียนกัน แต่ต้องการมีบุตรโดยการตั้งครรภ์แทน จึงควรมีข้อยกเว้นไว้ในกฎหมายด้วยเพื่อให้สิทธิ์ได้ครอบคลุมขึ้น จึงขอเสนอแนะให้มีมาตรการในการพิสูจน์เรื่องพฤตินัยการใช้ชีวิตอย่างสามีภรรยาทั่วไปโดยจะต้องแสดงหลักฐานว่าได้อยู่กันฉันสามีภริยาอย่างน้อย 2 ปีขึ้นไปแล้วให้แสดงความจำนงไปยังคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิด โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์(กคทพ.)โดยให้รอการพิจารณาอนุญาตอีก 1 ปี เพื่อความเหมาะสมต่อไป

กรณีชาย หญิง โสด และคู่รักร่วมเพศ ที่จะขอให้มีการตั้งครรภ์แทน ยังเป็นประเด็นที่ถกเถียงกันอยู่ โดยเฉพาะยังไม่มีกฎหมายที่ให้คู่รักร่วมเพศจดทะเบียนสมรสกัน จึงยังทำไม่ได้ อย่างไรก็ตามได้มีความพยายามในการผลักดันให้มีพระราชบัญญัติคู่ชีวิตเกิดขึ้นในประเทศไทย แต่ยังคงไม่ยอมให้มีการตั้งครรภ์แทนได้เพราะแบบแผน (Norm) ของสังคมไทยการสร้างครอบครัวควรประกอบด้วยสามีและภริยาเป็นผู้ให้กำเนิดบุตรไม่ว่าจะด้วยวิธีธรรมชาติหรือโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ก็ตาม การที่บุคคลเพศเดียวกันต้องการมีบุตรด้วยวิธีธรรมชาติไม่ได้ แต่ต้องการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยการตั้งครรภ์แทนจึงเป็นการไม่เหมาะสมเพราะเด็กที่เกิดมาจะมีความสับสนในชาติกำเนิดของตนนอกจากจะเห็นว่าหญิงผู้ให้กำเนิดตนเป็นผู้ตั้งครรภ์แทนแล้ว ผู้ที่ถ่ายทอดสารพันธุกรรมคือผู้ที่เป็นเพศเดียวกัน แล้วใครจะเป็นพ่อใครจะเป็นแม่กันแน่ อาจส่งผลกระทบต่อทางด้านจิตใจให้เด็กเติบโตอยู่ในสังคมได้ยากลำบากขึ้น

ดังนั้น ถ้ามีการฝ่าฝืนกฎหมายและเด็กเกิดมาแล้วจะคุ้มครองเด็กเหล่านี้ได้อย่างไร เห็นว่าควรตราเป็นกฎหมายให้เด็กเป็นบุตรบุญธรรมของคู่รักร่วมเพศนี้ เด็กจะได้มีผู้ปกครองดูแลไม่ถูกทอดทิ้ง แม้จะไม่ได้บุตรที่ชอบด้วยกฎหมายตามพระราชบัญญัตินี้ก็ตาม

ดังนั้น จึงขอเสนอแนะว่าควรมีการแก้ไขบทนิยามตามมาตรา 3 ดังนี้ “ การตั้งครรภ์แทน” หมายความว่า การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงไว้กับสามีและภริยาใดคู่หนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งก่อนตั้งครรภ์ว่าให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภริยาผู้นั้นหรือเป็นบุตรบุญธรรมของบุคคลนั้น

ส่วนกรณีชาวต่างประเทศที่เป็นสามีภริยาที่จดทะเบียนกันแล้วก็ตามกฎหมายไทยไม่อนุญาตให้มีการตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะเป็นผู้ขอหรือผู้รับการตั้งครรภ์แทนเพื่อป้องกันการค้ามนุษย์ อย่างไรก็ตามการที่ชาวต่างประเทศที่เป็นสามีภริยาที่จดทะเบียนกันแล้วมีความประสงค์ที่จะขอให้มีการตั้งครรภ์แทนในไทยควรมีการเพิ่มบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองกรณีดังกล่าว โดยใช้มาตรการที่เข้มงวดขึ้นเช่นมีหนังสือรับรองสถานะภาพการสมรสจากประเทศของตน และมีการตรวจสอบคุณสมบัติรวมทั้งสถานะทางสังคมที่จำเป็นต่อการเลี้ยงดูเด็กเป็นต้นนอกเหนือจากการมีข้อยกเว้นสำหรับสามีหรือภริยาไม่ได้มีสัญชาติไทยต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่า สามปีไม่ว่าจะจดทะเบียนที่ประเทศใดซึ่งได้ระบุไว้ในกฎหมายตามมาตรา 21

ส่วนข้อกำหนดเกี่ยวกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นเห็นว่าการที่พระราชบัญญัตินี้ กำหนดให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 21 (3) ในกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนได้ ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข ประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการ เห็นว่า การกำหนดให้ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นการบัญญัติที่ไม่เป็นธรรม เพราะสามีภริยาที่อยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาอาจไม่มีญาติสืบสายโลหิต หรือหากมีญาติสืบสายโลหิตก็อาจไม่มีความพร้อมในด้านร่างกาย จิตใจ ในการตั้งครรภ์แทน จึงเป็นการไปวางเงื่อนไขจำกัดสิทธิสามีภริยาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน การบัญญัติเช่นนี้ไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมาย ที่เลือกปฏิบัติในทางกฎหมายและไม่สอดคล้องกับหลักการพระราชบัญญัติฉบับนี้ที่มุ่งคุ้มครองเด็กและให้สิทธิแก่สามีภริยาที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนด้วย

ดังนั้นในมาตรา 21(3) ไม่ควรไปกำหนดว่า คนที่รับตั้งครรภ์ให้หรือรับอุ้มบุญจะต้องเป็นเครือญาติเท่านั้น โดยเป็นคนนอกก็ได้ เพราะอาจมีกรณีที่ต้องการให้คนอื่นตั้งครรภ์ให้ นั้น ไม่ค่อยมีเครือญาติ และจะรับค่าตอบแทนในการรับตั้งครรภ์ให้ก็ได้ และพร้อมที่จะช่วยเหลือในเรื่องนี้ก็ไม่มีโอกาสอีกทั้งที่อุตสาหกรรมตั้งครรภ์ให้ตั้ง 9 เดือน จึงเห็นว่าควรมีการแก้ไขบทมาตรา 21(3) มีข้อความดังนี้ “หญิงที่รับตั้งครรภ์ไม่จำเป็นต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนได้ ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการ”

อย่างไรก็ตามจำเป็นจะต้องมีมาตรการทางกฎหมายอื่นที่จะสกัดกั้นไม่ให้มีการค้ามนุษย์เกิดขึ้นด้วยได้แก่ เรื่องการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องอายุ ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

เนื่องจากพระราชบัญญัตินี้มีได้บัญญัติ ถึงหลักเกณฑ์ในเรื่องอายุ ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไว้ โดยบัญญัติแต่เพียงว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 21(1) โดยไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องอายุไว้ แต่ระบุตอนท้ายของมาตรานี้ไว้ว่า “ในกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนได้ ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการ” และตามประกาศนี้มีหลักเกณฑ์คือหญิงอื่นที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่จะรับตั้งครรภ์แทนจะต้องเป็นผู้ที่มีคุณสมบัติ ดังต่อไปนี้ มีอายุไม่ต่ำกว่า 20 ปีบริบูรณ์และไม่เกิน 40 ปีบริบูรณ์ และเคยมีบุตรมาแล้วโดยการคลอดตามธรรมชาติไม่เกิน 3 ครั้ง หรือในกรณีที่ผ่าคลอดไม่เกิน 1 ครั้ง จึงขอเสนอว่าควรบัญญัติดังนี้ “หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะต้องบรรลุนิติภาวะ และมีอายุไม่เกิน 40 ปีบริบูรณ์แล้วในวันที่ขอรับบริการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์” เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในด้านสภาวะร่างกาย จิตใจ และเพื่อป้องกันมิให้เกิดผลกระทบในภายหลัง

ในกรณีที่มีการผิดข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน ควรเพิ่มบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในการชดเชยปัจจัยในการตั้งครรภ์แทนพร้อมทั้งค่าเลี้ยงดูเด็กด้วย

สิทธิของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในการรับรู้ข้อมูลผู้บริจาคอสุจิหรือไข่

เมื่อเด็กมีอายุครบ 20 ปี ควรมีสิทธิที่จะรับรู้บรรพบุรุษของตนเพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 7¹⁸⁰ เด็กจะได้รับการจดทะเบียนทันทีหลังการเกิด และจะมีสิทธิที่จะมีชื่อนับแต่เกิด และสิทธิที่จะได้สัญชาติและเท่าที่จะเป็นไปได้ สิทธิที่จะรู้ใครคือผู้ที่ตั้งครรภ์และให้กำเนิดตน เมื่อเด็กนั้นอยู่ในวัยอันสมควรเห็นว่าควรกำหนดอายุไว้ที่ 20 ปีซึ่งเป็นวัยที่บรรลุนิติภาวะแล้ว เด็กน่าจะเติบโตเป็นผู้ใหญ่ สามารถที่จะยอมรับความจริงเกี่ยวกับการเกิดของตน ตลอดจนสามารถปรับตัวให้อยู่กับความจริงดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตาม เมื่อ

¹⁸⁰ จาก “อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก-สิทธิมนุษยชน”, 2532, สืบค้นจาก

พิจารณาถึงสิทธิของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในการที่จะรับรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการเกิดของตน ถ้าหากกฎหมายเห็นสมควรที่จะให้สิทธิดังกล่าวแก่เด็กนั้น ก็จำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงหน่วยงานที่จะมีหน้าที่รับผิดชอบในการจัดเก็บข้อมูลดังกล่าว เช่น ข้อมูลเกี่ยวกับผู้บริจาคไข่ อสุจิ หรือตัวอ่อน หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทน ชายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน เด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ วิธีการที่ใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เป็นต้น อีกทั้งยังต้องมีหลักประกันที่น่าเชื่อถือว่าข้อมูลดังกล่าวจะถูกเก็บรักษาไว้เป็นความลับ และจะเปิดเผยได้ในกรณีที่มีเหตุผลสมควรตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้นจกและได้รับการดูแลเลี้ยงดูจากบิดามารดาของตน

6.2.3 ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการกำหนดอำนาจปกครองเด็กที่เกิดในกรณีมีข้อพิพาทจากการตั้งครรภ์แทน

เนื่องจากกฎหมายในระบบ Common Law ส่วนใหญ่ ศาลจะตัดสินคดีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับอำนาจปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน โดยถือประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interests of the Child Principle) เป็นสำคัญ ซึ่งศาลจะมีคำสั่งให้อำนาจปกครองเด็กเป็นของฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนหรือฝ่ายสามีภริยาที่ให้ตั้งครรภ์แทนก็ได้ แม้ว่าข้อตกลงในการตั้งครรภ์แทนจะเป็นอย่างไรก็ตาม และไม่ว่าฝ่ายใดเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ก็ตาม นอกจากนี้หากศาลอาจแต่งตั้งให้บุคคลอื่นที่เหมาะสมเป็นผู้มีอำนาจปกครองเด็กโดยการถือหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็กก็ได้

ดังนั้นจึงมีความเห็นว่าหลักการประโยชน์สูงสุดของเด็ก (The Best Interests of the Child Principle) เป็นหลักกฎหมายพื้นฐานที่สำคัญที่สุดที่จะต้องนำมาเขียนไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อคุ้มครองเด็กจากการอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เนื่องจากศาลจะใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาเพื่อให้เกิดความเหมาะสมในการกำหนดอำนาจปกครองเด็กโดยกรณีมีตัวบทกฎหมายไว้รองรับอย่างชัดเจน นอกจากนี้ยังเป็นการสอดคล้องกับหลักกฎหมายครอบครัวของไทยอีกด้วย

บรรณานุกรม

- กานต์ กาญจนไพบูลย์. (2550). ปัญหาทางกฎหมายของสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน (Master's thesis). สืบค้นจาก โครงการเครือข่ายห้องสมุดในประเทศไทย (ThaiLis).
- เกียรติศักดิ์ ดวงจันทร์. (2557). พุทธจริยศาสตร์กับการตั้งครรภ์แทน (Buddhist Ethics and Surrogacy). *วารสารมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ (Journal of Humanities and Social Sciences)*, 6 (1), 185-198.
- จรัญ ภัคศิษนากุล. (2558). อุ้มบุญหรือเอื้อบาป. *วารสารพี*, 67(5), 18-23.
- จักรกฤษณ์ ควরণน์ และคณะ. (2548). รายงานวิจัยเรื่องการผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.
- จิต เศรษฐบุตร. (2512). *หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1*. กรุงเทพฯ: แสงทองการพิมพ์.
- จิตต์ ติงศัททีย์. (2526). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (พิมพ์ครั้งที่ 5)*. กรุงเทพฯ: เรือนแก้วการพิมพ์.
- ชมพรรณ รัตนากร. (2543). *จากการผสมเทียมกับปัญหาความรับผิดชอบในทางอาญา* (Master's thesis). สืบค้นจาก โครงการเครือข่ายห้องสมุดในประเทศไทย (ThaiLis).
- ดวงดาว กิรติกานนท์. (2548). จริยศาสตร์กับการทำโคลนนิ่งมนุษย์. *BU-AcademicReview*, 4(1), 9.
- ทนายทศศักดิ์ หลอดแก้วคนแรกของไทย. (2561). สืบค้น 28 ธันวาคม, 2561, จาก <https://chulalongkornhospital.go.th/kcmh>.
- ชัยญลักษณ์ เบ็ญจะมะ โนน เตชะวุฒิพันธุ์. (2555). การคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์: ศึกษาเปรียบเทียบจากกฎหมายและคำพิพากษาของประเทศสหรัฐอเมริกา. *วารสารกฎหมายเปรียบเทียบศาลยุติธรรม*, 4(1), 139-163.
- ชัยรัตน์ ไตรวัฒนวงษ์ และ พินิจ รัตกุล. (2551). รายงานการวิจัยเรื่องปัญหาจริยธรรมและปัญหากฎหมาย: การรับตั้งครรภ์แทน. กรุงเทพฯ: วิทยาลัยพุทธศาสนศึกษา มหาวิทยาลัยมหิดล.
- ธุรกิจอุ้มบุญกับกฎหมายใหม่ของอินเดีย. (2551). สืบค้น 28 ธันวาคม, 2561, จาก <http://info.gotomanager.com/news/details.aspx?id=74632>.
- นเรศ ดำรงชัย. (2558). *Thai National Research ระบบคลังข้อมูลงานวิจัยไทย*. สืบค้น 28 ธันวาคม, 2561, จาก www.tnrr.in.th/2558/?page=research_result
- นันทน์ อินทนนท์ และ จักรกฤษณ์ ควরণน์. (2544). การโคลนมนุษย์: ปัญหากฎหมายและจริยธรรม. *วารสารบทบัญญัติ*, 57(1), 66-85.

บรรณานุกรม (ต่อ)

- นุกูล สัจฉิตเสรี. (2555). การพิจารณากฎหมายว่าด้วยคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยี
 ช่วยการเจริญพันธุ์หรือการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (กฎหมายอุ้มบุญ).
รัฐสภาสาร, 60(4), 77-108.
- ปัทมดา ไชยปาน. (2557). ปัญหาการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์กับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์.
วารสารบัณฑิตศึกษานิติศาสตร์, 8(1), 122-135.
- ประกาศแพทยสภาฉบับที่ 1/2540 เรื่องมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญ
 พันธุ์ ลงวันที่ 22 ตุลาคม 2540. สืบค้น 28 ธันวาคม, 2561, จาก [https:// www.tmc.or.th](https://www.tmc.or.th) >
 download*
- ประกาศแพทยสภาฉบับที่ 21/2545 เรื่องมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญ
 พันธุ์ (ฉบับที่ 2) ลงวันที่ 20 มิถุนายน 2545. สืบค้น 28 ธันวาคม, 2561,
 จาก [https:// www.tmc.or.th](https://www.tmc.or.th) > download.*
- ประมวณ วิรุฒมเสน และคณะ. (2530). การตั้งครรภ์คลอดจากการปฏิสนธิในอกร่างกาย.
จุฬารวารสาร, 31 (11), 911-917.
- ประสพสุข บุญเดช. (2529). การฟ้องคดีปฏิเสธความเป็นบุตร. *ศาลพาห*, 33(6), 6-12.
 (2536). อุ้มบุญ. *วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช*, 5(2), 28.
 (2550). *หลักกฎหมายครอบครัว* (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพฯ: วิญญูชน
 (2558). การปฏิสนธิเทียมยุคโลกาภิวัตน์. *วารสารกฎหมาย*, 16(1), 17-18.
- พระธรรมปิฎก (ป.อ. ปยุตโต). (2551). *พจนานุกรมพุทธศาสตร์ ฉบับประมวลธรรม*.
 กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย.
- พระธรรมปิฎก (ป.อ.ปยุตโต). (2541). *กรรมกับโรคพันธุกรรมในทัศนะพระพุทธศาสนา*. สืบค้น
 28 ธันวาคม, 2561, จาก <http://www.chulabook.com>
- พระโสภณ โสภโณ. (2551). *การโคลนมนุษย์ในมุมมองของพระพุทธศาสนาแบบเถรวาทและ
 ผลกระทบทางสังคมในมุมมองของนักการศาสนาและนักวิทยาศาสตร์การแพทย์*
 (Master's thesis). สืบค้นจาก <http://library.tu.ac.th/th/>
- พัฒนาการของลูกน้อยในครรภ์ อายุครรภ์ 6 สัปดาห์*. (2558). สืบค้นจาก 5 กันยายน, 2558,
 จาก www.maerakluke.com
- พิมพ์รัตน์ วรรณนะหทัย และคณะ. (2535). *วงการกฎหมายทั่วไป*. *ศาลพาหะ*, 111-112.
แพทย์สภาสาร, 5 (10), 590-594.

บรรณานุกรม (ต่อ)

- ไพโรจน์ กัมพูศิริ. (2551). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ธรรมศาสตร์.
- ยศศักดิ์ โกไศยกานนท์. (2558) *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายอุ้มบุญตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 (พิมพ์ครั้งที่ 1)*. กรุงเทพฯ: บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด.
- รัตนะ ปัญญาภา. (2558). ศักดิ์ศรี: มิติตะวันตก ไทย และพระพุทธศาสนา. *วารสารบัณฑิตศึกษาปริทรรศน์ มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย*, 11(3), 20-37.
- รัตนา เอกบุตร. (2550). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว บิดา มารดา และบุตร* (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด.
- วารกรณ์ สามโกเศศ. (2532). *รู้จักท้าวอุ้มบุญในโลก*, น.28-29. สืบค้นจาก <http://thaipublica.org> > 2014/08 > surrogacy
- วิชา มหาคุณ. (2536). จริยธรรมและกฎหมายกับการกำเนิดมนุษย์โดยเทคโนโลยีแผนใหม่. *นิตยสารกระทรวงยุติธรรม, ตุลาคม*, 40 (3), 23-28.
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2546). *กฎหมายการแพทย์* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน (2549). *การรับจ้างตั้งครรภ์กับกฎหมาย*. *วารสารคลินิก*, 6 (12), 27-29.
- วีรวัฒน์ จันทโชติ. (2531). *วัตถุประสงค์ของนิติกรรม: ศึกษาเชิงประวัติศาสตร์และเปรียบเทียบ* (Unpublished Master's thesis). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- ศาลเยาวชนฯกลาง อ่านคำสั่งคดี “อุ้มบุญ”. (2559). สืบค้น 26 เมษายน, 2559, จาก https://www.isranews.org/isranews/46519-a_46519.html
- สมภาร พรหมทา. (2549). คุณค่าของชีวิตมนุษย์ตามทัศนะพระพุทธศาสนากับการประยุกต์ใช้ในชีวจริยธรรม. *วารสารพุทธศาสนศึกษา*, 13(2), 14-23.
- สมหมาย กุณสุวรรณ. (2519). ปกิณกะ อดีต ปัจจุบันและอนาคตการผสมเทียม. *แพทย์สภาสาร*, 5(10), 590-594.
- สหยา สุนทรเกตุ. (2539). *ปัญหาทางกฎหมายของการตั้งครรภ์แทน* (Master's thesis). สืบค้นจาก *โครงการเครือข่ายห้องสมุดในประเทศไทย (ThaiLis)*.
- สุชาดา ทวีสิทธิ์. (2557). *ข้อถกเถียงของนักสตรีนิยมต่อกรณีการอุ้มบุญ ตอนที่ 1*. *วารสารประชากรและการพัฒนา*, 35(1), 4.

บรรณานุกรม (ต่อ)

- Artificial Insemination*. (2018). Retrieved from <https://www.azfertility.com/www.azfertility.com> › types-of-artificial-insemination.
- Article 341 of the Civil Code*. (2006). Retrieved from <http://www.legifrance.gouv.fr> › affichCodeArticle › idArt...
- Article 314 of the Civil Code*. (2006). Retrieved from <http://www.legifrance.gouv.fr> › affichCodeArticle › idArt...
- Atiyah, P. S. (1995). *An Introduction To the Law Contract* (5th ed.) Oxford: Clarendon Press.
- Bajpai, A. (2017). *Child Rights in India: Law, Policy, and Practice*. Oxford: Oxford university press
- Behm, L. (1999). Legal Moral and International Perspective on Surrogate Motherhood: The Call for a Uniform Regulatory Scheme in the United States. *DePaul J. Health Care L*, 2(1), 557,583.
- Birnbacher, D. (2005). Human cloning and human dignity. *Ethics, Law and Moral Philosophy of Reproductive Biomedicine*, 1(1), 50-55.
- Births and Deaths Registration Act 1953, Part I Registration of Births, 1 Particulars of births to be registered*. (1953). Retrieved from <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/1-2/20>.
- Blackwelder, B. (2002). Human Cloning Represents a Lack of Respect for Nature. In *The Ethics of Human Cloning*. (p.8). Detroit: Greenhaven Press.
- Blockner, H.G. (1988). *Ethics: An Introduction* (2nd ed.). New York: Heaven.
- Byk, C. (1992). France: Law Reform and Human Reproduction. In S.McLean (Ed.), *Law Reform And Human Reproduction*, (p131-169). Dartmouth: Aldershort, 131-169.
- Carbonnier, J. (1993). Droit civil, tomez, la famille. *Droit et Societe, edition Themis*, 3(1), 488-490.
- Clemmit, M. (2009). Reproductive Ethics. *CQ Researcher*, 19(9), 451-453.
- Critically analyse the status of Surrogacy in India and the key features of the surrogacy Regulation Bill*, (2016). Retrieved from <http://indianexpress.com/article/research/karan-johar/>

บรรณานุกรม (ต่อ)

- Code Civil 2004, Lite Groupe Lexis Nexis, Editions du Juris-Clarsseur, Paris.* (2548). (คาราพร ถิระวัฒน์, ผู้แปล). Retrieved from <https://www.lexisnexis.fr> › produits ›
- Code Civil 2004 Article 16-9 (from Law No.94-653 of July 29 1994, on Respect for the Human Body. (French), Litec, Groupe Lexis Nexis, Edition du Juris-Classeur, Paris.* (2548). (คาราพร ถิระวัฒน์, ผู้แปล). Retrieved from <https://www.lexisnexis.fr> › produits ›
- Constantinidis, D. & Cook, R. (2011). *Australian perspectives on surrogacy: the influence of cognitions, psychological and demographic characteristics.* Victoria: Human Reproduction.
- Cusine, J. (1990). *New Reproductive Techniques: A Legal Perspective.* London: Dartmouth Publishing Co Ltd.
- Despair over ban in India's surrogacy hub.* (2015) Retrieved from <http://www.bbc.co.uk/news/world-asia-india-34876458>
- Determination of Legal Parentage in Egg Donation Egg Transplantation, and Gestation Surrogacy Arrangements.* (1992), 26 Fam. L. Q. 275, 277, Retrieved from <http://www.jstor.org/stable/25739911?seq=1>
- Dickens, B.M. (2012). Ethical Issues Arising from the use of Assisted Reproductive Technologies. *Social Medicine*, 6(3), 333-348.
- Dierickx, K. (2014). *Ethics of Reproductive Technologies.* Leuven: Center for Biomedical Ethics and Law.
- Doornbos v. Doornbos*, 12 III. App. 2d 473, 139 N.E. 2d 844. (1956). Retrieved from <http://www.courtlistener.com> › opinion › doornbos-v-doornbos
- Family Relationships Act 1975 - South Australian Legislation.* (1975). Retrieved from <https://www.legislation.sa.gov.au/.../FAMILY%20RELATIONSHIPS%20ACT%201975>
- Goodwin, A. (1992). Determination of Legal Parentage in Egg Donation, Embryo Transplantation, and Gestational Surrogacy Arrangements. *Fam.L.Q.*, 26(1), 275, 277.

บรรณานุกรม (ต่อ)

- Gregoire, M., Edna, G., Jean, P. M., & Christian, H. (2002). Developments In The Storage Of Embryos in France And The Limit Of The Laws Of Bioethics, *Medicine and Law*, 21(3), 587-604.
- Hey, K. (1993). Assisted Conception and Surrogacy-Unfinished Business. 26 *J Marshal L. Rev.* 775, 39(4), 787-789.
- Hofheimer, A. (1992). Gestational Surrogacy: Unsetting State Parentage Law and Surrogacy Policy, 19 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* 571,585.
- Hossain, E. F. (2002). The Islamic Viewpoint on New Assisted Reproductive Technologies, *Fordham Urban Law Journal*, para. 152.
- Hughes, J. (2007). *Buddhist Bioethics*. California: John Wiley & Sons, Ltd.
- Human Fertilization and Embryology Act 1990*, CHAPTER 37. (1990). Retrieved from <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37>
- Human Fertilisation and Embryology Act 1990*, Section 27. (1990). Retrieved from <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/contents>
- Human Fertilization and Embryology Act 2008*, Section 30 repealed (6.4.2010). (2008). Retrieved from <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/section/30>
- Human Reproductive Cloning Act 2001*, CHAPTER 23. (2001). Retrieved from <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/23/enacted>
- In Re Baby M*, 525 A.2d 1128, 217 N.J. Super, 313. (1977). Retrieved from, <http://www.courtlistener.com/opinion/in-re-baby-m/>
- Inquiry by the Standing Committee on Family Law and Community*. (2003). Retrieved from <https://www.aph.gov.au/binaries/house/committee/fca/childcustody/.../sub1257.pdf>
- Jan Balaz v Union of India, the Gujarat High Court*. (2009). Retrieved from <http://www.casemine.com/judgement/>
- Johnson v. Calvert, No X 63 31 90 (Cal. Super. Ct 1990)*. (1990). Retrieved from <https://caselaw.findlaw.com/ca-supreme-court/1774439.html>
- Kant, I. (1964). *Groundwork of the Metaphysic of Morals*. New York: Happer&Raw.

บรรณานุกรม (ต่อ)

- Katarina Trimmings and Paul Beaumont. (2013). *International surrogacy arrangements*, United Kingdom: Hart Publishing Ltd.
- Keller, B. (1988). Surrogate Motherhood Contracts in Louisiana: To Ban or to Regulate? *Louisiana Law Review*, 49(1), 143.
- Kepper, V, & Bokelmann. (1989). *Surrogate Motherhood-The Legal Situation in Germany*. Retrieved from <http://www.surrogacy.com/legals/article/geemany.htm>
- Kirby, M. (1990). Medical Technology and New Frontiers of Family Law. In S.McLean (Ed.), *Legal Issues in Human Reproductin* (p.5). London: Dartmouth Publishing Co Ltd.
- Kopytoff, B. (1988). Surrogate Motherhood: Questions of Law and Values. *U.S.F.L. Rev*, 22(1), 205, 216.
- Krim. (1996). Beyond Baby M: International Perspectives on Gestational Surrogacy and the Demise of the Unitary Biological Mother. *Annals of Health Law Future Issues*, 5(10), 213-214.
- LaTourelle, Jonathon J. (2014). *The Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology (1984), by Mary Warnock and the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*. Retrieved from Embryo Project Encyclopedia (2014-10-02). ISSN: 1940-5030: <http://www.embryo.asu.edu/handle/10776/8208>.
- Law No. 94-653 of 29 July 1994 on respect for the human body*. (1994). Retrieve from <http://www.ncbi.nlm.nih.gov> > pubmed
- Law No. 94-654 of 29 July 1994 on respect for the human body*. (1994). Retrieve from <http://www.ncbi.nlm.nih.gov> > pubmed
- Libesman, T, & Sripathy, V. (1996). *Your Body your baby: Women's Legal Right From Conception to Birth*. New South Wales: Redfern Legal Center Publishing.
- McEwen, A. G. (1999). So You're Having another Woman's Baby: Economics and Exploitation in Gestation Surrogacy, *Vand. J. Transnat'l Transant'l*, 32(1), 271, 281.
- McHale, J., Fox, M., & Muphy, J. (1997). *Health Care Law: Text and Materials*. London: Sweet&Maxwell.

บรรณานุกรม (ต่อ)

- McLennan V. McLennan, S.C. 105.* (1958). Retrieve from [http:// www.lawscot.org.uk](http://www.lawscot.org.uk) › members › journal › issues › vol-62-issue-07.
- Munson, R. (2008). *Reproductive Control. Intervention and Reflection.*
Basic Issues in Medical Ethics (8th ed.). Belmont, CA: Thomson Wadsworth.
- Norrie, k. (2019). *Legal regulation of human reproduction in Great Britain.* In S. A. M. McLean (Ed.), *Law reform and human reproduction (Medico-legal series).* (p.24). London: Dartmouth Publishing Co Ltd.
- Orford v. Orford, 58 D.L.R. 251.* (1921). Retrieved from <https://www.repository.law.indiana.edu> › cgi › viewcontent
- Otlowski, M. (1999). Reflections on Australia's First Litigated surrogacy Case. *Medical Law Review, 38*(7), 97-105.
- Parentage Act 2004 - ACT Legislation Register.* (2004). Retrieved from <https://www.legislation.act.gov.au> › 2004-1 › current › PDF › 2004-1
- Procureur Gener v. Mme Guichard, cour de cassation, Plenary Assemble.* (1991). Retrieved from [https:// www.dpu.ac.th](https://www.dpu.ac.th) › dpurdi › upload › public
- Recueit Dalloz Sivey 1995, p. 237-238.* (1995). Retrieved from [https:// www.worldcat.org](https://www.worldcat.org) › title › oclc
- Re Evelyn.* (1998). Retrieved from [https:// www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/](https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/)
- Shenfield, F. (1999). *Ethical aspects of Assisted Conception and the Law, In: Brinsden PR.*
New York: Parthenon Publishing Group.
- Singer, P. (1985). Making Laws on Making Babies. *Hastings Center Rep, 15*(1), 4, 5.
- Stuhmcke, A. (1996). For Love or Money: The Legal Regulation of Surrogacy Motherhood. *Murdoch University Electric Journal of Law 3*(1), 5-15.
- Substitute Parent Agreements Act 1994, Legislation Register.* (1994). Retrieved from <https://www.legislation.act.gov.au/a/1994-69/19941107-4403/pdf/1994-69.pdf>
- Surrogacy Arrangements Act 1985, " CHAPTER 49.* (1985). Retrieved from https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/pdfs/ukpga_19850049_en.pdf
- Surrogacy Contracts Act 1993 (No. 4 of 1993) – AustLII.* (1993). Retrieved from <https://www>.

บรรณานุกรม (ต่อ)

- classic.austlii.edu.au/au/legis/tas/num_act/
Surrogacy | Human Fertilisation and Embryology ... - the HFEA. (2017) Retrieved from
<https://www.hfea.gov.uk/www.hfea.gov.uk › treatments › explore-all-treatments ›>
- Surrogate Parenthood Act 1988 (No. 65 of 1988).* (1988). Retrieved from
<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/12289594>.
- Surrogate Parenthood Act 1988 Section3 (1).* (1988). Retrieved from
<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/12289594>.
- Surrogate Parenthood Act 1988 (Queensland) Sec4 (1).* (1988). Retrieved from
<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/12289594>.
- Szoke, H. (2007). *Regulation of Assisted Reproductive Technology: The State of Play in Australia.* Sydney: Federation Press.
- The Australian Constitution Act 1901, Section 51 of the Constitution contains a long list of areas in which the Commonwealth can make laws.* (1901). Retrieved from
https://www.apf.gov.au/About_Parliament/Senate/...practice_n.../Constitution.aspx
- The Endowment for Human Development Improving lifelong health one pregnancy at a time.* (2001). Retrieved from
http://www.ehd.org/resources_bpd_illustrated.php?page=1&language=93,
- The Infertility Treatment Act 1995 (Vic), as amendment by The Infertility Treatment Act 2007 (Vic)* (2007). Retrieved from
https://www.legislation.vic.gov.au/Domino/Web_Notes/LDMS/PubStatbook.../07-015a.pdf
- The Surrogacy (Regulation) Bill.* (2016). Retrieved from <http://www.bbc.co.uk/news/world-asia-india-34876458>
- Vayena, E. R., Patrick J. & Griffin, P. D. (2002). *Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction.* Geneva: World Health Organization.
- Wadlington, W. (1983). Artificial Conception: The Challenge for Family Law. *Va. L. Rev.* 69(3), 465, 469.

บรรณานุกรม (ต่อ)

Warnock, M. (1985). *A Question of Life: The Warnock Report on Human Fertilisation and Embrology*. Oxford: Basil Blackwell.

Whittaker, A. (2016). From 'Mungming' to 'Baby Gammy': A Local History of Assisted Reproduction in Thailand. *Reproductive BioMedicine and Society Online*, 2, 71-78.
doi:10.1016/j.rbms.2016.05.005





ภาคผนวก ก

1) ประกาศแพทยสภา ที่ 1/2540 เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

2) ประกาศแพทยสภา ที่ 21/2545 เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (ฉบับที่ 2)



1) ประกาศแพทยสภา ที่ 1/2540 เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

2) ประกาศแพทยสภา ที่ 21/2545 เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์(ฉบับที่ 2)

ประกาศแพทยสภา

ที่ 1/2540

เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์

เพื่อให้การบริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม เป็นไปอย่างมีมาตรฐาน สามารถคุ้มครองผู้รับบริการให้เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 21 (1) แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 คณะกรรมการแพทยสภาจึงได้มีมติในการประชุมครั้งที่ 10/2540 วันที่ 9 ตุลาคม พ.ศ. 2540 ให้ออกประกาศกำหนดมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ดังนี้

ข้อ 1 การให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ หมายความว่า กรรมวิธีใดๆ ที่เป็นการช่วยการเจริญพันธุ์ที่แตกต่างไปจากกระบวนการตามธรรมชาติ โดยการนำเซลล์สืบพันธุ์ทั้งเพศหญิงและเพศชาย (Gamete) ออกจากร่างกายของผู้รับบริการ และ

(1) การเคลื่อนย้ายเซลล์สืบพันธุ์เข้าไปในมดลูกและ/หรือหลอดมดลูก (Itrauterine Insemination, Gamete intrafallopian transfer) หรือ

(2) การปฏิสนธินอกร่างกาย (In vitro fertilization) ด้วยวิธีการต่าง ๆ และการเคลื่อนย้ายตัวอ่อนเข้าไปในหลอดมดลูกและ/หรือโพรงมดลูก (Embryo Transfer)

ข้อ 2 ผู้ดำเนินการสถานพยาบาล หรือผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งมีหน้าที่ในลักษณะเดียวกันในหน่วยงานที่ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทั้งของรัฐและเอกชน จะต้องรับผิดชอบ หรือจัดให้มีผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม เป็นผู้รับผิดชอบในการให้บริการดังกล่าว

ข้อ 3 ผู้รับผิดชอบในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ตามข้อ 2 ของหน่วยงานใด จะต้องได้รับหนังสือรับรองจากราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทย ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยี ช่วยการเจริญพันธุ์ในหน่วยงานใดซึ่งให้บริการก่อนวันที่ประกาศฉบับนี้ใช้บังคับ ให้ดำเนินการขอหนังสือรับรองจากราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทย ภายในร้อยแปดสิบวันนับแต่วันประกาศนี้ใช้บังคับ

ในกรณีมีการเปลี่ยนแปลงผู้รับผิดชอบตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ให้ขอหนังสือ รับรองจากราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทยภายใน 60 วัน นับแต่วันที่ที่มีการเปลี่ยนแปลง

ข้อ 4 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบตามข้อ 3 หรือเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์จะต้องรักษามาตรฐานการให้บริการให้เป็นไปตามมาตรฐานที่กำหนดไว้แนบท้ายประกาศนี้

ข้อ 5 ให้ราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทยเป็นผู้กำกับดูแลการดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของประกาศฉบับนี้ และรายงานผลการดำเนินการต่อแพทยสภาเป็นประจำปีละครั้ง

ข้อ 6 ประกาศนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา เป็นต้นไป

ประกาศ ณ วันที่ 22 ตุลาคม 2540

(นายแพทย์อรุณ เผ่าสวัสดิ์)

นายกแพทยสภา

ประกาศในราชกิจจานุเบกษาฉบับประกาศทั่วไป เล่ม 114 ตอนพิเศษ 123 ง ลงวันที่ 26 ธันวาคม 2540

ประกาศแพทยสภา

ที่ 21/2545

เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (ฉบับที่ 2)

ตามที่ แพทยสภาได้ออกประกาศฉบับที่ 1/2540 ลงวันที่ 22 ตุลาคม 2540 กำหนดมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยี ช่วยการเจริญพันธุ์ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมนั้น บัดนี้ เห็นเป็นการสมควรกำหนดมาตรฐานการให้บริการในเรื่องดังกล่าว เป็นการเพิ่มเติม เพื่อคุ้มครองผู้รับบริการให้เหมาะสมยิ่งขึ้น

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 21(1) แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2525 ซึ่งเป็นพระราชบัญญัติที่มีบทบัญญัติ บางประการ เกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา 29 ประกอบกับมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย คณะกรรมการแพทยสภา จึงได้มีมติในการประชุมครั้งที่ 10/2544 ลงวันที่ 11 ตุลาคม 2544 ให้ออกประกาศไว้ดังต่อไปนี้

ข้อ 1. ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นข้อ 4/1 และข้อ 4/2 ของประกาศแพทยสภาฉบับที่ 1/2540 ลงวันที่ 22 ตุลาคม 2540 เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ดังนี้

ข้อ 4/1 การให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์จะต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะเป็นการทำสำเนาชีวิต (Human Cloning) เพื่อการเจริญพันธุ์

ข้อ 4/2 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบตามข้อ 3 หรือเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ จะต้องรักษามาตรฐานการให้บริการในส่วนที่เกี่ยวกับการบริจาคเซลล์สืบพันธุ์จากหญิงหรือชาย หรือตัวอ่อน ที่ใช้ในกระบวนการช่วย การเจริญพันธุ์ดังนี้

(1) กรณีที่คู่สมรสต้องการมีบุตรโดยให้ภรรยาเป็นผู้ตั้งครรภ์ ผู้ประกอบ วิชาชีพเวชกรรมอาจให้บริการโดย

(ก) ใช้เซลล์สืบพันธุ์จากผู้บริจาคเพื่อการปฏิสนธิไม่ว่าจะทำให้เกิด ขึ้นภายใน หรือภายนอกร่างกาย

(ข) รับบริจาคตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์

(2) กรณีที่คู่สมรสต้องการมีบุตร โดยให้หญิงอื่นซึ่งมิใช่ภรรยาตั้งครรภ์แทน ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมจะให้บริการได้เฉพาะ กรณี ใช้ตัวอ่อนที่มาจากเซลล์สืบพันธุ์ของคู่สมรส เท่านั้น

(3) การให้บริการตาม (1) หรือ (2) ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข ดังนี้

(ก) ไม่มีการจ่ายค่าตอบแทนแก่ผู้บริจาคเซลล์สืบพันธุ์ในลักษณะที่อาจทำให้ เข้าใจได้ว่าเป็นการซื้อขาย

(ข) ไม่มีการจ่ายค่าตอบแทนแก่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนในลักษณะที่ อาจทำให้ เข้าใจได้ว่าเป็นการรับจ้างตั้งครรภ์

(ค) หญิงที่ตั้งครรภ์แทน จะต้องเป็นญาติ โดยสายเลือดของคู่สมรส ฝ่ายใด ฝ่ายหนึ่ง

(ง) การตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมของตัวอ่อนก่อนย้ายเข้าสู่ โพรงมดลูก (Pre-implantation Genetic Diagnosis) ให้กระทำได้เฉพาะการตรวจเพื่อวินิจฉัยโรคตามความ จำเป็น และสมควร ทั้งนี้จะต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะที่อาจทำให้ เข้าใจได้ว่าเป็นการเลือกเพศ โดยจะ ต้องมีหนังสือแสดงความยินยอมตามแบบแนบท้ายประกาศนี้

(4) การให้บริการนอกเหนือไปจากมาตรฐานที่กำหนดไว้ใน (1) (2) และ (3) ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบ หรือ เป็นผู้ให้บริการ ต้องได้รับความเห็นชอบจากราช วิทยาลัย สูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทย ก่อนการให้บริการทุกครั้ง

ข้อ 2 ประกาศนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป
ประกาศ ณ วันที่ 20 มิถุนายน พ.ศ. 2545

(นายแพทย์สมศักดิ์ โล่ห์เลขา)

นายกแพทยสภา

หมายเหตุ : ลงประกาศในราชกิจจานุเบกษาฉบับประกาศทั่วไปเล่ม 119 ตอนที่ 68 ง วันที่ 22 สิงหาคม 2545





ภาคผนวก ข

พระราชบัญญัติ

คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยี

ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

พ.ศ. 2258

มหาวิทยาลัยรังสิต Rangsit University

พระราชบัญญัติ
คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยี
ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
พ.ศ. 2258

ภูมิพลอดุลยเดช ป.ร.
ให้ไว้ ณ วันที่ 28 เมษายน พ.ศ. 2558
เป็นปีที่ 70 ในรัชกาลปัจจุบัน

พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ
ให้ประกาศว่า

โดยที่เป็นการสมควรมีกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วย
การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชบัญญัติขึ้นไว้โดยคำแนะนำและยินยอมของ
สภานิติบัญญัติแห่งชาติ ดังต่อไปนี้

มาตรา 1 พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยี
ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558”

มาตรา 2 พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันประกาศในราช
กิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

“อสุจิ” หมายความว่า เซลล์สืบพันธุ์ของเพศชาย

“ไข่” หมายความว่า เซลล์สืบพันธุ์ของเพศหญิง

“เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์” หมายความว่า กรรมวิธีใดๆ ทางวิทยาศาสตร์ การแพทย์ที่น่าอสุจิและไข่ออกจากร่างกายมนุษย์ เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์โดยไม่เป็นไปตามธรรมชาติ รวมทั้งการผสมเทียม

“การผสมเทียม” หมายความว่า การนำอสุจิเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงเพื่อให้หญิง นั้นตั้งครรภ์โดยไม่มีการร่วมประเวณี

“การตั้งครรภ์แทน” หมายความว่า การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง การแพทย์ โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงเป็นหนังสือไว้กับสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ก่อนตั้งครรภ์ว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น

“ตัวอ่อน” หมายความว่า อสุจิและไข่ของมนุษย์ซึ่งรวมกันจนเกิดการปฏิสนธิไปจนถึงแปด สัปดาห์

“ทารก” หมายความว่า ตัวอ่อนของมนุษย์ที่มีอายุเกินกว่าแปดสัปดาห์ ไม่ว่าจะอยู่ในหรือนอก มดลูกของมนุษย์

“ขาย” หมายความว่า จำหน่าย จ่าย แจก แลกเปลี่ยน หรือให้ เพื่อประโยชน์ในทางการค้าหรือ ประโยชน์อื่นใดที่มีควรได้สำหรับตนเองหรือผู้อื่น และให้หมายความรวมถึงการเสนอขายด้วย

“คณะกรรมการ” หมายความว่า คณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วย การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

“รัฐมนตรี” หมายความว่า รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา 4 ให้ศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเยาวชนและครอบครัวตามกฎหมายว่าด้วย ศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีตาม พระราชบัญญัตินี้ เฉพาะคดีที่เกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาของผู้ที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการ เจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา 5 ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจออกประกาศเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ ทั้งนี้ ในส่วนที่เกี่ยวกับราชการของกระทรวงนั้นประกาศนั้น เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

หมวด 1

คณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

มาตรา 6 ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่งเรียกว่า “คณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์” หรือเรียกโดยย่อว่า “กคทพ.” ประกอบด้วย ปลัดกระทรวงสาธารณสุข เป็นประธานกรรมการ นายกแพทยสภา เป็นรองประธานกรรมการ ผู้แทนกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ ผู้แทนกรมอนามัย ผู้แทนคณะกรรมการคุ้มครองเด็กแห่งชาติ ประธานราชวิทยาลัยกุมารแพทย์แห่งประเทศไทย ประธานราชวิทยาลัยจิตแพทย์แห่งประเทศไทย ประธานราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทย เป็นกรรมการโดยตำแหน่ง และผู้ทรงคุณวุฒิ จำนวนหกคนซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์แต่งตั้งจากผู้ซึ่งมีความรู้ ความเชี่ยวชาญและมีประสบการณ์เป็นที่ประจักษ์ ด้านกฎหมาย สิทธิสตรี และสิทธิเด็ก ด้านละหนึ่งคน และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขแต่งตั้งจากผู้ซึ่งมีความรู้ ความเชี่ยวชาญ และมีประสบการณ์เป็นที่ประจักษ์ด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ เวชพันธุศาสตร์ และการวิจัย ด้านละหนึ่งคน เป็นกรรมการให้อธิบดีกรมสนับสนุนบริการสุขภาพเป็นกรรมการและเลขานุการและ

ให้อธิบดีกรมสนับสนุนบริการสุขภาพแต่งตั้งข้าราชการของกรมสนับสนุนบริการสุขภาพจำนวนไม่เกินสองคนเป็นผู้ช่วยเลขานุการ

มาตรา 7 ให้คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(1) เสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีในการกำหนดนโยบายคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

(2) เสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีในการพัฒนาหรือแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

(3) เสนอความเห็นหรือให้คำแนะนำต่อรัฐมนตรีในการออกประกาศเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

(4) ประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาตเกี่ยวกับการดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามมาตรา 23

(5) พิจารณาอนุญาตเกี่ยวกับการดำเนินการให้มีการตั้งครุภัณฑ์แทนตามมาตรา 23

(6) ประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาตเกี่ยวกับการใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้จากการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อการศึกษาวิจัยตามมาตรา 37

(7) พิจารณาอนุญาตเกี่ยวกับการใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้จากการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อการศึกษาวิจัยตามมาตรา 37

(8) ให้ความเห็นชอบในการออกประกาศของแพทยสภาเกี่ยวกับการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยประกาศของแพทยสภาดังกล่าวให้ใช้บังคับได้ต่อเมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษา

(9) ควบคุม ตรวจสอบ หรือกำกับดูแลการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้

(10) ส่งเสริมและสนับสนุนการศึกษาวิจัยทางจริยธรรม กฎหมาย หรือวัฒนธรรมที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

(11) จัดทำรายงานผลการดำเนินงานตามพระราชบัญญัตินี้เสนอต่อรัฐมนตรีอย่างน้อยปีละครั้ง

(12) ปฏิบัติการอื่นตามที่รัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีมอบหมาย

มาตรา 8 กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิมีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละสี่ปีกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งพ้นจากตำแหน่งตามวาระอาจได้รับแต่งตั้งอีกได้แต่จะดำรงตำแหน่งติดต่อกันเกินสองวาระไม่ได้
มาตรา 9 นอกจากการพ้นจากตำแหน่งตามวาระ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิพ้นจากตำแหน่งเมื่อ

(1) ตาย

(2) ลาออก

(3) เป็นบุคคลล้มละลาย

(4) เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ

(5) ได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

(6) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข แล้วแต่กรณี ให้ออก เนื่องจากมีความประพฤติไม่เหมาะสมตามข้อเสนอของคณะกรรมการ ทั้งนี้ มติของคณะกรรมการที่ให้ออกต้องไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนกรรมการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่

มาตรา 10 ในกรณีที่กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิพ้นจากตำแหน่งก่อนวาระ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข แล้วแต่กรณีแต่งตั้งผู้ซึ่งมีความรู้ ความเชี่ยวชาญ และมีประสบการณ์เป็นที่ประจักษ์ ด้านเดียวกันให้ดำรงตำแหน่งแทนและให้ผู้ซึ่งได้รับแต่งตั้งแทนตำแหน่งที่ว่างนั้น อยู่ในตำแหน่งเท่ากับวาระที่เหลืออยู่ของกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งได้แต่งตั้งไว้แล้ว แต่ถ้าวาระการดำรงตำแหน่งเหลืออยู่น้อยกว่าเก้าสิบวันจะไม่ดำเนินการให้มีผู้ดำรงตำแหน่งแทนก็ได้

ในกรณีที่กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิพ้นจากตำแหน่งก่อนวาระ ให้คณะกรรมการประกอบด้วยกรรมการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่จนกว่าจะมีการแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิตามวรรคหนึ่ง

มาตรา 11 เมื่อกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิพ้นจากตำแหน่งตามวาระ ให้ดำเนินการแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิขึ้นใหม่ภายในเก้าสิบวัน ในระหว่างที่ยังมิได้มีการแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิขึ้นใหม่ให้กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งพ้นจากตำแหน่งตามวาระอยู่ในตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจนกว่าจะมีการแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิขึ้นใหม่

มาตรา 12 การประชุมคณะกรรมการต้องมีกรรมการมาประชุม ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมดจึงจะเป็นองค์ประชุมในการประชุมคณะกรรมการ ให้ประธานกรรมการเป็นประธานในที่ประชุม ถ้าประธานกรรมการไม่มาประชุมหรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ ให้รองประธานกรรมการเป็นประธานในที่ประชุม ถ้าประธานกรรมการและรองประธานกรรมการไม่มาประชุมหรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ ให้ที่ประชุมเลือกกรรมการคนหนึ่งเป็นประธานในที่ประชุม สำหรับการประชุมในคราวนั้น

การวินิจฉัยชี้ขาดของที่ประชุมถ้ามิได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นให้ถือเสียงข้างมาก กรรมการคนหนึ่งให้มีเสียงหนึ่งในการลงคะแนน ถ้าคะแนนเสียงเท่ากัน ให้ประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด

มาตรา 13 คณะกรรมการจะแต่งตั้งคณะอนุกรรมการเพื่อพิจารณาและเสนอความเห็นในเรื่องหนึ่งเรื่องใดหรือปฏิบัติการอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่คณะกรรมการมอบหมายก็ได้

การประชุมคณะอนุกรรมการให้นำมาตรา 12 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา 14 ให้กรมสนับสนุนบริการสุขภาพ กระทรวงสาธารณสุข ทำหน้าที่สนับสนุนการดำเนินงานของคณะกรรมการ โดยให้มีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

- (1) ปฏิบัติงานธุรการทั่วไปของคณะกรรมการ
- (2) ประสานงานและร่วมมือกับส่วนราชการ หน่วยงานของรัฐและเอกชนที่เกี่ยวข้องในการดำเนินงานเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ
- (3) ดำเนินการจัดทำทะเบียนหน่วยงานหรือองค์กรที่ดำเนินงานเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และทะเบียนผู้ให้บริการ
- (4) ดำเนินการรวบรวมข้อมูลและผลการวิจัยและวิเคราะห์ข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินงานเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
- (5) ปฏิบัติการอื่นตามที่คณะกรรมการมอบหมาย

หมวด 2

การให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

มาตรา 15 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามและต้องปฏิบัติตามมาตรฐานในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ทั้งนี้ ตามที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

มาตรา 16 ก่อนให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จะต้องจัดให้มีการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกาย จิตใจ และสภาพแวดล้อมของผู้ให้บริการ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ที่จะนำมาใช้ดำเนินการ รวมทั้งการป้องกันโรคที่อาจมีผลกระทบต่อเด็กที่จะเกิดมาด้วย ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

มาตรา 17 การสร้าง การเก็บรักษา การใช้ประโยชน์จากตัวอ่อน หรือการทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อน ต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ แต่จะกำหนดให้เก็บรักษาหรือใช้ประโยชน์จากตัวอ่อนที่มีอายุเกินกว่าสิบสี่วันนับแต่วันปฏิสนธิไม่ได้ ทั้งนี้ อายุของตัวอ่อนไม่นับรวมระยะเวลาในการแช่แข็งตัวอ่อน

มาตรา 18 ในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ อาจทำการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมในตัวอ่อนที่อาจเกิดขึ้นได้ตามความจำเป็นและสมควร ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะที่อาจทำให้เข้าใจได้ว่าเป็นการเลือกเพศ

การตรวจวินิจฉัยตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

มาตรา 19 ภายใต้งบบังคับมาตรา 15 และมาตรา 16 การผสมเทียมต้องกระทำต่อหญิงที่มีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นไปตามมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับการผสมเทียมที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

มาตรา 20 การผสมเทียมโดยใช้อสุจิของผู้บริจาคต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการผสมเทียม

การให้ความยินยอมตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

หมวด 3

การตั้งครรภ์แทน

มาตรา 21 ภายใต้งบบังคับมาตรา 15 มาตรา 16 และมาตรา 18 การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนอย่างน้อยต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

(1) สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีที่สามีหรือภริยามีได้มีสัญชาติไทย ต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี

(2) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องมีอายุครบ 21 ปี หรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายตาม (1)

(3) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายตาม (1) ในกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ให้หญิง

อื่นรับตั้งครรภ์แทนได้ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการ

(4) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นหญิงที่เคยมีบุตรมาก่อนแล้วเท่านั้น ถ้าหญิงนั้นมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินฉันสามีภริยา จะต้องได้รับความยินยอมจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายดังกล่าวด้วย

มาตรา 22 การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัตินี้ให้กระทำได้สองวิธีดังต่อไปนี้

(1) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากสุจิของสามีและไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน

(2) ใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากสุจิของสามีหรือไข่ของภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนกับไข่หรือสุจิของผู้อื่น ทั้งนี้ ห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

มาตรา 23 ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จะดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัตินี้ให้แก่สามีและภริยาตามมาตรา 21(1) รายใดได้ ต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการให้ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนให้แก่สามีและภริยารายนั้น

หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาตให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา

มาตรา 24 ห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า

มาตรา 25 ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขโดยคำแนะนำของคณะกรรมการประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนและค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ การยุติการตั้งครรภ์แทนการคลอด และหลังคลอดรวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน หลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน

มาตรา 26 การยุติการตั้งครรภ์แทนต้องกระทำโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนและ

หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น เว้นแต่ในกรณีหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ยินยอมให้ถือว่าข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนตามมาตรา 25 เป็นอันยุติลง และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้นไม่ต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายตามข้อตกลงดังกล่าว

การยุติการตั้งครรภ์แทนตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

มาตรา 27 ห้ามมิให้ผู้ใดกระทำการเป็นคนกลางหรือนายหน้า โดยเรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด เพื่อเป็นการตอบแทนในการจัดการหรือชี้ช่องให้มีการรับตั้งครรภ์แทน

มาตรา 28 ห้ามมิให้ผู้ใดโฆษณาหรือไขข่าวให้แพร่หลายด้วยประการใดๆ เกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนว่ามีหญิงที่ประสงค์จะเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนผู้อื่น หรือมีบุคคลที่ประสงค์จะให้หญิงอื่นเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะได้กระทำเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือไม่ก็ตาม

หมวด 4

ความเป็นบิดาและมารดาของเด็กและการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยี

ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

มาตรา 29 เด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาค แล้วแต่กรณี โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะกระทำโดยการให้ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของสามีซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์ หรือให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่น ให้เด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร แม้ว่าสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด

ชายหรือหญิงที่บริจาคอสุจิหรือไข่ซึ่งนำมาใช้ปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์หรือผู้บริจาคตัวอ่อนและเด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่บริจาคดังกล่าว ไม่มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก

มาตรา 30 ในกรณีที่สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองเด็กนั้นจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครอง

ขึ้นใหม่ทั้งนี้ ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก ผู้มีส่วนได้เสียหรือพนักงานอัยการมีอำนาจร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้ปกครองได้ และในการตั้งผู้ปกครองดังกล่าวให้ศาลคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กนั้นเป็นสำคัญ

มาตรา 31 เมื่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะไปฝากครรภ์หรือไปคลอดบุตรยังสถานพยาบาลใดให้นำข้อตกลงตามมาตรา 25 ไปแสดงต่อแพทย์ผู้รับฝากครรภ์หรือผู้ที่จะทำคลอด ณ สถานพยาบาลแห่งนั้นเพื่อเป็นหลักฐานในการออกหนังสือรับรองการเกิดและการแจ้งการเกิดของเด็กต่อไป

มาตรา 32 ให้สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนมีหน้าที่แจ้งการเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนต่อนายทะเบียนผู้รับแจ้ง ตามกฎหมายว่าด้วยการทะเบียนราษฎร

ในกรณีสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิดไม่อยู่ในประเทศไทย หรือไม่ปรากฏตัวภายหลังจากการคลอดเด็กนั้น ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีหน้าที่แจ้งการเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนดังกล่าว

การแจ้งการเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่ผู้อำนวยการทะเบียนกลางประกาศกำหนดตามกฎหมายว่าด้วยการทะเบียนราษฎร

มาตรา 33 ห้ามมิให้สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตรโดยการตั้งครรภ์แทนปฏิเสธการรับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนดังกล่าว

มาตรา 34 ให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดกมาใช้บังคับโดยอนุโลม เพียงเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้

หมวด 5

การควบคุมการดำเนินการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

มาตรา 35 ห้ามมิให้ผู้ใดซึ่งมิใช่ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ รวมทั้งรับฝาก รับบริจาค ใช้ประโยชน์จากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนหรือทำให้สัณสภาพของตัวอ่อน

มาตรา 36 ห้ามมิให้ผู้ใดสร้างตัวอ่อนเพื่อใช้ในกิจการใดๆ เว้นแต่เพื่อใช้ในการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย

มาตรา 37 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ประสงค์จะใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้จากการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อการศึกษาวิจัยต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการ

หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาตให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา

การศึกษาวิจัยตัวอ่อนที่มีอายุเกินกว่าสิบสี่วันนับแต่วันปฏิสนธิจะกระทำมิได้ ทั้งนี้ อายุของตัวอ่อนไม่นับรวมระยะเวลาในการแช่แข็งตัวอ่อน

มาตรา 38 ห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการใดๆ เพื่อมุ่งหมายให้เกิดมนุษย์โดยวิธีการอื่นนอกจากการปฏิสนธิระหว่างอสุจิกับไข่

มาตรา 39 ห้ามมิให้ผู้ใดนำอสุจิ ไข่ ตัวอ่อน หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของเซลล์ดังกล่าวใส่เข้าไปในร่างกายของสัตว์ หรือนำเซลล์สืบพันธุ์ของสัตว์ เซลล์ที่เกิดจากการปฏิสนธิระหว่างเซลล์สืบพันธุ์ของสัตว์ ใส่เข้าไปในร่างกายของมนุษย์

มาตรา 40 ห้ามมิให้ผู้ใดสร้าง เก็บรักษา ขน นำเข้า ส่งออก หรือใช้ประโยชน์ซึ่งตัวอ่อนที่มีสารพันธุกรรมของมนุษย์มากกว่าสองคนขึ้นไป หรือตัวอ่อนที่มีเซลล์หรือส่วนประกอบของเซลล์มนุษย์กับสิ่งมีชีวิตสายพันธุ์อื่นรวมกันอยู่

มาตรา 41 ห้ามมิให้ผู้ใดซื้อ เสนอซื้อ ขน นำเข้า หรือส่งออก ซึ่งอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อน

มาตรา 42 การรับฝาก การรับบริจาค การใช้ประโยชน์จากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่รับฝากหรือรับบริจาค เนื่องมาจากการดำเนินการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หรือการทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อนที่รับฝากหรือรับบริจาค ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

มาตรา 43 การให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กับสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย หากเจ้าของอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่ฝากไว้กับผู้รับฝากตามมาตรา 42 ดายลง ห้ามนำอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนดังกล่าวมาใช้ เว้นแต่มีการให้ความยินยอมเป็นหนังสือไว้ก่อนตาย และการใช้อสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนต้องใช้เพื่อบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีหรือภริยาดังกล่าวที่ยังมีชีวิตอยู่เท่านั้น

การให้ความยินยอมตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

มาตรา 44 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 15 ให้ถือว่ากระทำการฝ่าฝืนจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพเวชกรรม

มาตรา 45 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ใดไม่ปฏิบัติตามมาตรา 16 มาตรา 17 มาตรา 18 มาตรา 19 มาตรา 20 มาตรา 21 มาตรา 22 มาตรา 26 มาตรา 37 หรือมาตรา 42 ให้ถือว่ากระทำการฝ่าฝืนจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมตามกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพเวชกรรม

หมวด 6

บทกำหนดโทษ

มาตรา 46 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ใดให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์โดยไม่มีคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 15 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 47 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ใดไม่ปฏิบัติตามมาตรา 23 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 48 ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 24 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท

มาตรา 49 ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 33 หรือมาตรา 40 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 50 ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 35 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 51 ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 36 มาตรา 41 หรือมาตรา 43 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 52 ผู้ใดมิใช่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมทำการศึกษาวิจัยตามมาตรา 37 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 53 ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 38 หรือมาตรา 39 ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบปีและปรับตั้งแต่หกหมื่นบาทถึงสองแสนบาท



บทเฉพาะกาล

มาตรา 54 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบหรือให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามประกาศแพทยสภาว่าด้วยมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์อยู่ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ เมื่อได้แจ้งราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทยภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้ดำเนินการต่อไปได้ จนกว่าจะมีประกาศแพทยสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการเกี่ยวกับคุณสมบัติและลักษณะต้องห้าม และมาตรฐานในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามมาตรา 15 ใช้บังคับ

มาตรา 55 ข้อบังคับ ระเบียบ หรือประกาศของแพทยสภาเกี่ยวกับการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งใช้บังคับอยู่ในวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับให้คงใช้บังคับได้ต่อไปเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัตินี้ ทั้งนี้ จนกว่าจะมีประกาศที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา 56 ให้ผู้ที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับไม่ว่าจะมีข้อตกลงเป็นหนังสือหรือไม่ก็ตาม สามีหรือภริยาที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน หรือพนักงานอัยการมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลให้มีคำสั่งให้ผู้ที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนนับแต่วันที่ผู้นั้นเกิด ทั้งนี้ไม่ว่าสามีและภริยาที่ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนจะเป็นสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่แต่ทั้งนี้จะเป็นเหตุเสื่อมสิทธิของบุคคลภายนอกผู้ทำการโดยสุจริตในระหว่างเวลาตั้งแต่เด็กเกิดจนถึงเวลาที่ศาลมีคำสั่งว่าเป็นบุตรไม่ได้

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

พลเอก ประยุทธ์ จันทร์โอชา

นายกรัฐมนตรี

หมายเหตุ :- เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่ความก้าวหน้าทางและเทคโนโลยีทางการแพทย์ในการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากสามารถช่วยให้ผู้ที่มีภาวะการมีบุตรยากมีบุตรได้โดยการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ อันมีผลทำให้บทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันในเรื่องความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจาก

เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ไม่สอดคล้องกับความสัมพันธ์ในทางพันธุกรรม ดังนั้นเพื่อกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เหมาะสม ตลอดจนควบคุมการศึกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์การแพทย์เกี่ยวกับตัวอ่อนและเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้มีการนำไปใช้ในทางที่ไม่ถูกต้อง จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้



The image features a large, faint watermark of the Rangsit University logo in the background. The logo consists of a central flame-like symbol above a semi-circle of radiating lines, with the university's name in Thai and English below it.

ภาคผนวก ค

ประกาศต่างๆ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยี
ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

มหาวิทยาลัยรังสิต Rangsit University

ประกาศต่างๆ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยี ช่วยการเจริญพันธุ์
ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

ประกาศคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เรื่องหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาตให้ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ลงวันที่ 4 พฤศจิกายน 2558

โดยที่เป็นการสมควรกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาตให้ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติที่ถูกต้องและชัดเจนต่อผู้รับบริการ และเพื่อให้การปฏิบัติงานของคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นไปด้วยความเรียบร้อย และมีประสิทธิภาพอาจอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 7 (4) และมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 คณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จึงออกประกาศไว้ ดังต่อไปนี้

ข้อ 1 ประกาศนี้เรียกว่า “ประกาศคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาตให้ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน พ.ศ. 2558”

ข้อ 2 ประกาศนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

ข้อ 3 ในประกาศนี้

“ผู้ให้บริการ” หมายความว่า ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

“คณะกรรมการ” หมายความว่า คณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

“ผู้รับอนุญาต” หมายความว่า ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการซึ่งได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการให้ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน

ข้อ 4 ผู้ให้บริการที่ประสงค์จะขออนุญาตจากคณะกรรมการในการดำเนินการให้มีการตั้งครุภัณฑ์แทนต้องเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งประกอบด้วย ผู้รับผิดชอบในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กรณีรับตั้งครุภัณฑ์แทนรายนั้น ซึ่งต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามประกาศแพทยสภากำหนด โดยเอกสารที่จะใช้ในการขออนุญาต จะต้องประกอบไปด้วยเอกสารดังต่อไปนี้

4.1 แบบหนังสือแสดงความยินยอมให้มีการตั้งครุภัณฑ์แทนของหญิงอื่นที่รับตั้งครุภัณฑ์แทนตามแบบ คทพ. 1

4.2 แบบข้อตกลงการรับตั้งครุภัณฑ์แทนตามแบบ คทพ. 2

4.3 แบบคำขออนุญาตดำเนินการให้มีการตั้งครุภัณฑ์แทนตามแบบ คทพ. 3 ท้ายประกาศนี้

4.4 แบบหนังสือแสดงความยินยอมให้มีการตั้งครุภัณฑ์แทนของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายตามแบบ คทพ. 4 ท้ายประกาศนี้

4.5 หนังสือแต่งตั้งให้เป็นผู้รับผิดชอบในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จากผู้อำนวยการโรงพยาบาล หรือผู้ดำเนินการสถานพยาบาล ตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาล แล้วแต่กรณี

โดยให้ยื่นต่อผู้อนุญาตที่สำนักงานพยาบาลและการประกอบโรคศิลปะ กองสนับสนุนบริการสุขภาพ กระทรวงสาธารณสุข หรือที่สำนักงานสาธารณสุขจังหวัดที่ผู้ยื่นคำขออนุญาตเป็นสถานที่ให้บริการตั้งอยู่ในจังหวัดนั้นๆ

การยื่นคำขอต่อผู้อนุญาตตามประกาศนี้ หากไม่สามารถมายื่นขอได้ด้วยตนเอง ให้ทำหนังสือมอบอำนาจให้ผู้อื่นมายื่นคำขอแทนและในการมายื่นคำขอแทนให้ผู้รับมอบอำนาจนำสำเนาบัตรประจำตัวประชาชนของผู้รับมอบอำนาจมาแสดงต่อเจ้าหน้าที่ผู้รับคำขอ ทั้งนี้ อาจยื่นคำขอผ่านทางระบบอิเล็กทรอนิกส์ได้

ข้อ 5 ในการพิจารณาอนุญาตตามข้อ 4 ให้คณะกรรมการพิจารณาจากข้อมูลดังต่อไปนี้

5.1 กรณีสถานพยาบาลอันเป็นหน่วยงานของรัฐ หรือสถานพยาบาลตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาลต้องมีมาตรฐานการให้บริการทางการแพทย์เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ตามประกาศแพทยสภากำหนด โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ สำหรับสถานพยาบาลตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาลต้องได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการสถานพยาบาล ตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาล

5.2 สามีสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่มีความประสงค์จะให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนจะต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังนี้

5.2.1 ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายมีข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ว่าไม่สามารถตั้งครรภ์เองได้

5.2.2 ต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีที่สามีหรือภริยามีได้มีสัญชาติไทยต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี

5.2.3 เป็นผู้ผ่านการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกายจิตใจและสภาพแวดล้อมตามประกาศแพทยสภากำหนด

5.2.4 มีหนังสือแสดงความยินยอมให้มีการตั้งครรภ์แทนพร้อมเอกสารตามแบบ กทพ. 4 ท้ายประกาศนี้

5.3 หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนทั้งที่เป็นญาติสืบสายโลหิต ตามมาตรา 21(1) และมีใช่ญาติสืบสายโลหิต ตามมาตรา 21(3) จะต้องเป็นผู้ที่มีคุณสมบัติ ดังนี้

5.3.1 มีสัญชาติเดียวกันกับสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตร โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน

5.3.2 มีอายุไม่ต่ำกว่า 20 ปีบริบูรณ์ และไม่เกิน 40 ปีบริบูรณ์ และเคยมีบุตรมาแล้วโดยการคลอดตามธรรมชาติไม่เกิน 3 ครั้ง หรือในกรณีที่ผ่าคลอดไม่เกิน 1 ครั้ง

5.3.3 เป็นผู้มีความสุขภาพร่างกายและจิตใจแข็งแรงสมบูรณ์ดี โดยผ่านการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกายจิตใจ และสภาพแวดล้อม ตามประกาศแพทยสภากำหนด

5.3.4 เป็นผู้ที่มีความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินฉันสามีภริยา

5.3.5 มีหนังสือแสดงความยินยอมให้มีการตั้งครุฑแทนพร้อมเอกสาร

ตามแบบ กทพ. 1

5.4 หญิงที่รับตั้งครุฑแทน จะรับตั้งครุฑแทนจนได้คลอดบุตรไม่เกิน 2 ครั้ง

5.5 ในแต่ละรอบการตั้งครุฑแทน สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครุฑแทน สามารถให้หญิงอื่นตั้งครุฑแทนได้ครั้งละ 1 คน จนถึงสิ้นสุดการตั้งครุฑ

5.6 การย้ายฝากตัวอ่อนในหญิงที่รับตั้งครุฑแทน ในกระบวนการตั้งครุฑแทน ทำได้ครั้งละ 1 ตัวอ่อนในแต่ละครั้ง

5.7 หญิงที่รับตั้งครุฑแทนต้องชี้แจงและทำความเข้าใจกับบุตรของตนเพื่อให้รับทราบข้อเท็จจริงในการรับตั้งครุฑแทนดังกล่าว

5.8 ในการพิจารณาคณะกรรมการอาจพิจารณาจากกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง ในส่วนที่เป็นคุณสมบัติประกอบการพิจารณาด้วยก็ได้

ข้อ 6 ในการพิจารณาของคณะกรรมการ ให้คณะกรรมการพิจารณาคำอนุญาตดำเนินการให้มีการตั้งครุฑแทนให้แล้วเสร็จภายใน 60 วันทำการ นับแต่วันที่ได้รับคำขอและเอกสารถูกต้องครบถ้วน หากพิจารณาไม่แล้วเสร็จให้ขยายเวลาได้ครั้งละไม่เกิน 30 วันทำการ และสามารถขยายระยะเวลาได้ไม่เกิน 2 ครั้ง

เมื่อคณะกรรมการพิจารณาอนุญาตให้ดำเนินการตั้งครุฑแทน ให้กรมสนับสนุนบริการสุขภาพแจ้งเป็นหนังสือแก่ผู้ยื่นคำขออนุญาต

ข้อ 7 ผู้รับอนุญาตต้องรายงานข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินการแต่ละขั้นตอนในแต่ละรายของการตั้งครุฑแทน และรายงานสรุปผลการตั้งครุฑแทน โดยให้รายงานผลการดำเนินงานผลการตั้งครุฑแทน สุขภาพหญิงที่รับตั้งครุฑแทนหลังคลอด สุขภาพเด็กที่เกิดจากการตั้งครุฑแทน หลังคลอดภายใน 45 วัน นับจากวันคลอด

กรณีการยุติการตั้งครุฑแทนการคลอด ให้ผู้รับอนุญาตรายงานภายใน 30 วันนับจากวันยุติการตั้งครุฑ

การรายงานดังกล่าวข้างต้น ให้รายงานต่อคณะกรรมการผ่านสำนักสถานพยาบาลและการประกอบโรคศิลปะ กรมสนับสนุนบริการสุขภาพ

แบบรายงานตามวรรคหนึ่ง สอง และสาม ให้เป็นไปตามแบบ คทพ. 5 ท้ายประกาศนี้

ในระหว่างการดำเนินการแต่ละขั้นตอนในแต่ละรายของการตั้งครุภัณฑ์แทน ให้คณะกรรมการควบคุมตรวจสอบ หรือกำกับดูแลการให้บริการด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เป็นไปตามมาตรฐานการให้บริการ มีอำนาจติดตาม ตรวจสอบการดำเนินการตั้งครุภัณฑ์แทนของผู้รับอนุญาตเพื่อเฝ้าระวังให้ปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมาย และที่คณะกรรมการมอบหมายได้ตามความเหมาะสม

ข้อ 8 ให้ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มีหน้าที่ต้องรายงานข้อมูลเกี่ยวกับการให้บริการ และรายละเอียดของผู้ประกอบวิชาชีพที่เป็นผู้ให้บริการตามแบบ คทพ. 6 ท้ายประกาศนี้ โดยรายงานทั้งหมดที่เกิดขึ้นในรอบปีที่ผ่านมา และให้รายงานภายในวันที่ 31 ตุลาคม ของปีถัดไปต่อสำนักสถานพยาบาลและการประกอบโรคศิลปะ กรมสนับสนุนบริการสุขภาพ

ข้อ 9 รายงานเอกสารการตั้งครุภัณฑ์แทนตามข้อ 8 รวมทั้งข้อมูลการใช้ ไข่ อสุจิ หรือตัวอ่อนบริจาคในกรณีการตั้งครุภัณฑ์แทน ให้เก็บรักษาเอกสารดังกล่าวไว้ที่สถานพยาบาลที่ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และต้องเก็บไว้ในสภาพที่สามารถตรวจสอบได้ เป็นเวลาไม่น้อยกว่า 20 ปี นับแต่วันที่เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์คลอดและอยู่รอดเป็นทารก

ในกรณีสถานพยาบาลที่ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ยุติการให้บริการเกี่ยวกับการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หรือยุติการดำเนินการสถานพยาบาล ให้ผู้อำนวยการ โรงพยาบาล หรือผู้ดำเนินการสถานพยาบาลตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาลส่งต่อเอกสารดังกล่าวไปยังสถานพยาบาลที่ขึ้นทะเบียนแห่งอื่นและรายงานการเก็บเอกสารดังกล่าว ให้คณะกรรมการทราบเพื่อพิจารณาและดำเนินการต่อไปผ่านสำนักสถานพยาบาลและการประกอบโรคศิลปะ กรมสนับสนุนบริการสุขภาพ

ข้อ 10 ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงการอนุญาตเดิม ในส่วนผู้ให้บริการสามีหรือภริยาที่ขอด้วยกฎหมาย หญิงที่รับตั้งครุภัณฑ์แทน อสุจิ หรือไข่ ให้ดำเนินการขออนุญาตใหม่ทุกครั้งที่มีการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว

ข้อ 11 ให้ประธานคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เป็นผู้รักษาการตามประกาศนี้

ประกาศ ณ วันที่ 5 ตุลาคม พ.ศ. 2558

สุริยะ วงศ์คงคาเทพ

รองปลัดกระทรวงสาธารณสุข

หัวหน้ากลุ่มภารกิจด้านสนับสนุนงานบริการสุขภาพ

ประธานคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยี

ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

ประกาศ กคทพ. เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาตให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้จากการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อการศึกษาวิจัย พ.ศ. 2558

โดยที่เป็นการสมควรกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาตให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้จากการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อการศึกษาวิจัย เพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติที่ถูกต้องและชัดเจนต่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม และเพื่อให้การปฏิบัติงานของคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นไปด้วยความเรียบร้อย และมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 7(6) และมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 คณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จึงออกประกาศไว้ ดังต่อไปนี้

ข้อ 1 ประกาศนี้เรียกว่า “ประกาศคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาตให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้จากการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อการศึกษาวิจัย พ.ศ. 2558”

ข้อ 2 ประกาศนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

ข้อ 3 ในประกาศนี้

“ตัวอ่อนที่เหลือใช้” หมายความว่า ตัวอ่อนที่เหลือใช้จากการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย

“คณะกรรมการ” หมายความว่า คณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

ข้อ 4 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ประสงค์จะใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้เพื่อการศึกษาวิจัยจะต้องได้รับการอนุญาตจากคณะกรรมการ

ข้อ 5 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ประสงค์จะใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้เพื่อการศึกษาวิจัยต้องยื่นคำขออนุญาตใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้เพื่อการศึกษาวิจัย ตามแบบ คทพ. 7 ท้ายประกาศนี้ พร้อมด้วยหนังสือแสดงความยินยอมจากสามีและภริยาเจ้าของตัวอ่อนในการให้ใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้พร้อมหลักฐานต่างๆตามที่คณะกรรมการกำหนด โดยให้ยื่นต่อผู้อนุญาตที่สำนักงานพยาบาลและการประกอบโรคศิลปะกรมสนับสนุนบริการสุขภาพ กระทรวงสาธารณสุข หรือที่สำนักงานสาธารณสุขจังหวัดที่ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ประสงค์จะใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้เพื่อการศึกษาวิจัยมีภูมิลำเนาแล้วแต่กรณี

การยื่นคำขอต่อผู้อนุญาตตามประกาศนี้ หากไม่สามารถมายื่นขอได้ด้วยตนเอง ให้ทำหนังสือมอบอำนาจให้ผู้อื่นมายื่นคำขอแทนและในการมายื่นคำขอแทนให้ผู้นับมอบอำนาจนำสำเนาบัตรประจำตัวประชาชนของผู้รับมอบอำนาจมาแสดงต่อเจ้าหน้าที่ผู้รับคำขอด้วย ทั้งนี้ อาจยื่นคำขอผ่านทางระบบอิเล็กทรอนิกส์ได้

ข้อ 6 คำขออนุญาตใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้เพื่อการศึกษาวิจัยพร้อมเอกสารและหลักฐานต่างๆ ให้กรมสนับสนุนบริการสุขภาพเสนอต่อคณะกรรมการเพื่อพิจารณา

ในการพิจารณาของคณะกรรมการ ให้คณะกรรมการพิจารณาคำขออนุญาตในการใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้เพื่อการศึกษาวิจัยพร้อมเอกสารหลักฐานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องให้แล้วเสร็จภายใน 60 วันทำการ นับแต่วันที่รับคำขอและเอกสารถูกต้องครบถ้วน หากพิจารณาไม่แล้วเสร็จให้ขยายเวลาได้ครั้งละไม่เกิน 30 วันทำการ และสามารถขยายระยะเวลาได้ไม่เกิน 2 ครั้ง

เมื่อคณะกรรมการได้พิจารณาอนุญาตให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้จากการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อการศึกษาวิจัยให้กรมสนับสนุนบริการสุขภาพ แจ่งเป็นหนังสือแก่ผู้ยื่นคำขออนุญาต

ข้อ 7 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ประสงค์จะใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้จากการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อการศึกษาวิจัย ต้องดำเนินการตามขั้นตอนดังต่อไปนี้

7.1 ยื่นขออนุญาตแสดงความประสงค์ที่จะใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้จากการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อการศึกษาวิจัย โดยจะต้องหนังสือแสดงความยินยอมจากสามีและภริยาเจ้าของเซลล์สืบพันธุ์ และ

7.2 ได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการพิจารณาจริยธรรมการทำวิจัยจากหน่วยงานหรือสถาบันนั้นๆ

ข้อ 8 หนังสือแสดงความยินยอมให้ใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้ต้องมีข้อความที่แสดงว่ายินยอมให้นำตัวอ่อนที่เหลือใช้ไปทำการวิจัยได้ โดยความยินยอมนั้นต้องเป็นไปโดยสมัครใจและผู้แสดงความยินยอมจะไม่อ้างสิทธิในประโยชน์อันเกิดจากการวิจัยในภายหลัง

ข้อ 9 ให้คณะกรรมการมีอำนาจในการขอหลักฐานเอกสารอื่นๆ เพิ่มเติมจากผู้ยื่นคำขออนุญาตได้ หากกรณีมีข้อสงสัยใดเพื่อประกอบการพิจารณา

ข้อ 10 ให้ประธานคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นผู้รักษาการตามประกาศนี้
ประกาศ ณ วันที่ 5 ตุลาคม พ.ศ. 2558

สุริยะ วงศ์คงคาเทพ

รองปลัดกระทรวงสาธารณสุข

หัวหน้ากลุ่มภารกิจด้านสนับสนุนงานบริการสุขภาพ

ประธานคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยี

ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

ประกาศ ศช. เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนและ

ค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์
การยุติการตั้งครรภ์แทน การคลอด และหลังคลอด พ.ศ. 2558

โดยที่เป็นการสมควรกำหนด หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนและค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ในขณะตั้งครรภ์ การยุติการตั้งครรภ์แทนการคลอดและหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนหลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน เพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติที่ถูกต้องและชัดเจน ต่อผู้รับบริการอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 5 และมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข โดยคำแนะนำของคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จึงออกประกาศไว้ ดังต่อไปนี้

ข้อ 1 ประกาศนี้ เรียกว่า “ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่เกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนและค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ การยุติการตั้งครรภ์แทน การคลอด และหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน หลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน พ.ศ. 2558”

ข้อ 2 ประกาศนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

ข้อ 3 ในประกาศนี้

“ข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน” หมายความว่า ข้อตกลงในการตั้งครรภ์แทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ระหว่างสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงเป็นหนังสือไว้กับสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายก่อนตั้งครรภ์ว่าจะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น

“ค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพ” หมายความว่า ค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ การยุติการตั้งครรภ์แทน การคลอด และหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน หลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน

ข้อ 4 ในการทำหนังสือที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนและค่าใช้จ่าย ตามแบบ
คทพ. 2 ท้ายประกาศนี้ ต้องประกอบไปด้วยสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

- (1) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ตกลงที่จะดูแลทารกในครรภ์ เช่น วิทยุชนพึงกระทำ
- (2) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนตกลงที่จะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย
ของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย
- (3) สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน ต้อง
รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพตามข้อ 3 ทั้งนี้ ให้รวมถึงค่าใช้จ่ายในการตรวจ ค่า
รักษาพยาบาลตามกระบวนการรับตั้งครรภ์แทนของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ค่าตรวจวินิจฉัยสุขภาพของ
ทารกในครรภ์ และค่าวินิจฉัยทางพันธุกรรมของเด็กก่อนตั้งครรภ์ ระหว่างตั้งครรภ์ และหลังคลอด อัน
เนื่องมาจากข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน ค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน
ในขณะตั้งครรภ์ เช่น ค่าฝากครรภ์ ค่าฉีควัคซีนโดยเป็นความตกลงยินยอมของสามีภริยาที่ชอบด้วย
กฎหมาย และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน
- (4) ในกรณีหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้รับความเจ็บป่วยทางสุขภาพอันเนื่องมาจาก
การรับตั้งครรภ์แทน สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร เป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่าย
ในความเจ็บป่วยที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน
- (5) กรณีเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ได้รับความ
เจ็บป่วยทางสุขภาพอันเนื่องมาจากการรับตั้งครรภ์แทน สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์
จะมีบุตรเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในความเจ็บป่วย
- (6) สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายอาจตกลงกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในเรื่อง
การทำประกันสุขภาพให้กับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนด้วยก็ได้

ข้อ 5 ให้ประธานคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการ
เจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นผู้รักษาการตามประกาศนี้
ประกาศ ณ วันที่ 9 ธันวาคม พ.ศ. 2558

ปิยะสกล สกลสัตยาทร

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข

ประกาศ สธ. เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้หญิงอื่นที่มีอายุ
สืบสายโลหิตของสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายรับตั้งครรภ์แทน พ.ศ. 2558

โดยที่เป็นการสมควรกำหนด หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้หญิงอื่นที่มีโชญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายรับตั้งครรภ์แทน เพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติที่ถูกต้อง และเป็นธรรมต่อผู้รับบริการอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 5 และมาตรา 21(3) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขโดยคำแนะนำของคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จึงออกประกาศไว้ ดังต่อไปนี้

ข้อ 1 ประกาศนี้เรียกว่า “ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในการให้หญิงอื่นที่มีโชญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายรับตั้งครรภ์แทน พ.ศ. 2558”

ข้อ 2 ประกาศนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

ข้อ 3 ในประกาศนี้

“สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย” หมายความว่า สามีและภริยาที่จดทะเบียนสมรสถูกต้องตามกฎหมายหรือจดทะเบียนสมรสที่ต่างประเทศและกฎหมายไทยให้การรับรอง

ข้อ 4 ในกรณีที่สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตร โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ไม่มีโชญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายให้หญิงอื่นที่มีโชญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายรับตั้งครรภ์แทนได้ ทั้งนี้ โดยได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันทางการแพทย์

ข้อ 5 หญิงอื่นที่มีโชญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่จะรับตั้งครรภ์แทนจะต้องเป็นผู้ที่มีคุณสมบัติ ดังต่อไปนี้

5.1 มีสัญชาติเดียวกันกับสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตร โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน

5.2 มีอายุไม่ต่ำกว่า 20 ปีบริบูรณ์และไม่เกิน 40 ปีบริบูรณ์ และเคยมีบุตรมาแล้ว โดยการคลอดตามธรรมชาติไม่เกิน 3 ครั้ง หรือในกรณีที่ผ่าคลอดไม่เกิน 1 ครั้ง

5.3 เป็นผู้มีสุขภาพร่างกายและจิตใจแข็งแรงสมบูรณ์ดี โดยผ่านการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกายจิตใจ และสภาพแวดล้อม ทั้งนี้ ตามที่แพทย์สภาประกาศกำหนด หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขสำหรับการตรวจประเมินความพร้อมทางด้าน ร่างกาย จิตใจและ

สภาพแวดล้อมของผู้ขอรับบริการหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ ที่จะนำมาใช้ดำเนินการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

5.4 เป็นผู้ที่ได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินกันสามีกฎหมาย

5.5 มีหนังสือแสดงความยินยอมให้มีการตั้งครรภ์แทนพร้อมเอกสารตามแบบคทพ. 1 ท้ายประกาศนี้

ข้อ 6 หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน จะรับตั้งครรภ์แทนจนได้คลอดบุตรไม่เกิน 2 ครั้ง

ข้อ 7 ให้หญิงอื่นที่มีไข่นิวเคลียสสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่จะรับตั้งครรภ์แทน ระบุความสัมพันธ์ในทางสังคมกับสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยแสดงหลักฐานตามแบบ คทพ. 1 ท้ายประกาศนี้

ข้อ 8 ให้ประธานคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นผู้รักษาการตามประกาศนี้
ประกาศ ณ วันที่ 25 พฤศจิกายน พ.ศ. 2558

ปิยะสกล สกลสัตยาทร

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข

ประกาศแพทยสภาที่ 95(1)/2558 เรื่อง คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 7 (8) และมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 คณะกรรมการแพทยสภาจึงได้ออกประกาศแพทยสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ดังนี้

ข้อ 1 ประกาศนี้เรียกว่า “ประกาศแพทยสภา เรื่อง คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์”

ข้อ 2 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นอกเหนือจากการให้บริการเกี่ยวกับการผสมเทียมต้องเป็นสูตินรีแพทย์ที่ได้วุฒิบัตรหรือหนังสืออนุมัติจากแพทยสภาและจะต้องมีคุณสมบัติข้อใดข้อหนึ่ง ดังต่อไปนี้

2.1 ได้รับวุฒิบัตรหรือหนังสืออนุมัติแสดงความรู้ความชำนาญในการประกอบวิชาชีพเวชกรรมอนุสาขาเวชศาสตร์การเจริญพันธุ์จากแพทยสภา

2.2 กรณีที่ผ่านการศึกษาระดับปริญญาโททางด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จากต่างประเทศเป็นระยะเวลาต่อเนื่องอย่างน้อย 2 ปี ต้องได้รับการรับรองคุณวุฒิจากแพทยสภา

2.3 เป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อยู่ก่อนวันที่ประกาศแพทยสภาฉบับนี้ใช้บังคับ โดยมีรายชื่ออยู่ในเอกสารขอหนังสือรับรองการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และผ่านการประเมินจากราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทย

2.4 สูตินรีแพทย์ผู้ซึ่งอยู่ในระหว่างการศึกษาระดับปริญญาโทหรือปริญญาตรีต่ออนุสาขาเวชศาสตร์การเจริญพันธุ์ของแพทยสภาโดยสามารถให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ได้เฉพาะในสถาบันฝึกอบรมและอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของสูตินรีแพทย์ที่มีคุณสมบัติตามข้อ 2.1 ถึงข้อ 2.3

ข้อ 3 เป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีคุณสมบัติตามข้อ 2 และต้องมีความรู้ความสามารถในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ดังต่อไปนี้

3.1 ความรู้ในการให้คำปรึกษาและแนะนำเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

3.2 ความรู้ความสามารถในการเลือกใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่เหมาะสม

3.3 ความชำนาญในการตรวจคลื่นเสียงความถี่สูงในอุ้งเชิงกรานและการนำไข่ออกจากรังไข่

3.4 ความสามารถในการดูแลแก้ไขปัญหาภาวะแทรกซ้อนที่อาจเกิดขึ้น

ข้อ 4 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามข้อใดข้อหนึ่ง ดังต่อไปนี้

4.1 เป็นผู้ประพฤติเสียหายซึ่งคณะกรรมการแพทยสภาเห็นว่าจะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพ หรือได้รับโทษทางจริยธรรมที่อยู่ในระหว่างการพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตประกอบวิชาชีพเวชกรรม

4.2 เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

ข้อ 5 ให้ประธานคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นผู้รักษาการตามประกาศนี้

ข้อ 6 ประกาศนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป
ประกาศ ณ วันที่ 9 ตุลาคม พ.ศ. 2558

ศาสตราจารย์นายแพทย์สมศักดิ์ โล่ห์เลขา
นายกแพทยสภา

ประกาศแพทยสภาที่ 95(2) / 2558 เรื่อง มาตรฐานในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 7 (8) และมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 คณะกรรมการแพทยสภาจึงได้ออกประกาศแพทยสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ กำหนดมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ดังนี้

ข้อ 1 ประกาศนี้เรียกว่า “ประกาศแพทยสภา เรื่อง มาตรฐานในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์”

ข้อ 2 ผู้อำนวยการโรงพยาบาลหรือผู้ดำเนินการสถานพยาบาลจะต้องควบคุม ดูแลและรับผิดชอบให้มีผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

ข้อ 3 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นอกเหนือจากการให้บริการเกี่ยวกับการผสมเทียม ต้องได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้รับผิดชอบในการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นหนังสือจาก

ผู้อำนวยการโรงพยาบาลหรือผู้ดำเนินการสถานพยาบาลและจะต้องรักษามาตรฐานการให้บริการในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมตามวรรคหนึ่ง ให้ยื่นเรื่องเพื่อขอหนังสือรับรองมาตรฐานใหม่จากกรมสนับสนุนบริการสุขภาพ กระทรวงสาธารณสุข เพื่อขึ้นทะเบียนเป็นผู้รับผิดชอบตามวรรคหนึ่งภายในกำหนดเวลา 60 วัน นับแต่วันที่มีการเปลี่ยนแปลงผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมตามวรรคหนึ่ง โดยผู้ประกอบการวิชาชีพตามวรรคหนึ่งสามารถรับผิดชอบการให้บริการในสถานพยาบาลได้ไม่เกิน 1 แห่ง และดำเนินการภายใต้องค์ประกอบ ดังนี้

3.1 องค์ประกอบของบุคลากรเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ประกอบด้วย

3.1.1 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่มีคุณสมบัติตามประกาศแพทยสภา

3.1.2 ผู้ให้การดูแลรักษาประกอบด้วย

(1) ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ต้องมีคุณสมบัติตามประกาศแพทยสภา

(2) ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามข้อ (1) หรือสูตินรีแพทย์อื่นผู้ให้การดูแลสตรีตั้งครรภ์และโรคทางนรีเวชอื่นๆ

(3) นักวิทยาศาสตร์ที่ได้รับปริญญาทางวิทยาศาสตร์ในสาขาที่เกี่ยวข้องหรือวุฒิอื่นที่ราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทยเห็นสมควร โดยมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้

(ก) สามารถเพาะเลี้ยงเซลล์และเลี้ยงตัวอ่อนได้

(ข) สามารถแช่แข็งตัวอ่อนและเซลล์สืบพันธุ์

(ค) สามารถช่วยย้ายเซลล์สืบพันธุ์และ/หรือช่วยย้ายฝาก

ตัวอ่อนเข้าสู่ร่างกาย

(ง) ดำเนินการระบบควบคุมคุณภาพของห้องปฏิบัติการ

(จ) นักวิทยาศาสตร์หัวหน้าทีมจะเป็นผู้รับผิดชอบหลักได้

ไม่เกิน 1 แห่ง

(ฉ) วุฒิอื่นให้หมายความรวมถึงการได้รับหนังสือรับรองจากสมาคมหรือองค์กรวิชาชีพที่เกี่ยวข้อง

(4) พยาบาลซึ่งมีความรู้ความสามารถในการให้คำปรึกษาแนะนำเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์สามารถติดตามประสานงานทีมและเฝ้าระวังสภาวะแทรกซ้อน

(5) บุคลากรอื่นตามที่แพทยสภาประกาศกำหนด

3.2 สถานที่ เครื่องมือ และอุปกรณ์การแพทย์

3.2.1 สถานที่ อย่างน้อยต้องมีห้องเก็บไขซึ่งเป็นห้องสะอาด มีระบบดูแลความสะอาดที่ได้มาตรฐานเสมือนห้องผ่าตัด ห้องปฏิบัติการอสุจิที่ได้มาตรฐานมีห้องปฏิบัติการเพาะเลี้ยงตัวอ่อนซึ่งมีระบบดูแลความสะอาดที่ปลอดภัยและมีการควบคุมอุณหภูมิและความชื้น

3.2.2 เครื่องมือและอุปกรณ์การแพทย์ อย่างน้อยต้องมีเครื่องมือเกี่ยวกับการเตรียมอสุจิ เตรียมไขการเพาะเลี้ยงตัวอ่อน การแช่แข็งเพื่อรองรับเซลล์สืบพันธุ์และตัวอ่อนที่เหลือและมีอุปกรณ์การกู้ชีพที่พร้อมใช้งานเสมอ

3.3 คณะกรรมการควบคุมคุณภาพและจริยธรรมสถานพยาบาลหรือโรงพยาบาลที่ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ต้องมีคณะกรรมการควบคุมคุณภาพและจริยธรรมรับผิดชอบไม่น้อยกว่าสี่คนประกอบด้วยสูตินรีแพทย์ นักวิทยาศาสตร์ พยาบาล และตัวแทนฝ่ายบริหาร เพื่อดูแลการบริการให้มีมาตรฐานและควบคุมด้านจริยธรรมภายในหน่วยงานนั้น

กรรมการที่เป็นสูตินรีแพทย์ในคณะกรรมการดังกล่าวอย่างน้อยหนึ่งคนต้องมีได้อยู่ในทีมงานที่ให้บริการด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้คณะกรรมการควบคุมคุณภาพและจริยธรรมตามวรรคหนึ่งมีการประชุมอย่างสม่ำเสมออย่างน้อยทุก 2 เดือน และต้องจัดให้มีการจดบันทึกการประชุมไว้เป็นหลักฐานทุกครั้งเพื่อรายงานต่อกรมสนับสนุนบริการสุขภาพ กระทรวงสาธารณสุข เป็นประจำทุกปีในกรณีการตั้งครรภ์แทนและใช้ไข่บริจาคต้องผ่านความเห็นชอบของคณะกรรมการควบคุมคุณภาพและจริยธรรมของสถานพยาบาลทุกราย

การตั้งครรภ์แทนจะต้องได้รับการอนุมัติจากคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ก่อนดำเนินการและต้องส่งรายงานผลการดำเนินการต่อกรมสนับสนุนบริการสุขภาพ กระทรวงสาธารณสุข ตามรูปแบบและระยะเวลาที่กำหนด

3.4 ระบบการบันทึกข้อมูลเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์รับผิดชอบระบบการบันทึกข้อมูลเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยมีรายละเอียดเกี่ยวกับข้อมูลของผู้รับบริการ ผู้ตั้งครรภ์แทน ผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ตามแบบที่คณะกรรมการประกาศกำหนด ดังนี้

3.4.1 ข้อมูลทั่วไป

3.4.2 ข้อมูลทางการแพทย์

3.4.3 ข้อมูลของห้องปฏิบัติการ (การบันทึกผลทางห้องปฏิบัติการในเรื่องของเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์) ซึ่งอย่างน้อยต้องมีข้อมูลเกี่ยวกับจำนวนไข่ที่เก็บ

และใช้ไป อัตราการปฏิสนธิ จำนวนตัวอ่อนที่ได้ และจำนวนตัวอ่อนแช่แข็ง เป็นต้น

3.4.4 ข้อมูลการใส่สุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนบริจาค และวิธีการที่ได้มาซึ่งการบริจาคและเจ้าของเซลล์ดังกล่าว

3.4.5 ข้อมูลการตรวจทางพันธุกรรมของตัวอ่อนก่อนการฝังตัวและผลลัพธ์

3.4.6 ภาวะแทรกซ้อนของมารดาและทารก ความผิดปกติทางพันธุกรรม

ความผิดปกติแต่กำเนิด บันทึกทางการแพทย์ตามวรรคหนึ่ง ให้เก็บรักษาไว้ให้อยู่ในสภาพที่ตรวจสอบได้ไม่น้อยกว่า 10 ปี นับแต่วันที่จัดทำ

กรณีการรับตั้งครรภ์แทนและกรณีการตั้งครรภ์ที่เกิดจากไข่ หรืออสุจิ หรือตัวอ่อนบริจาค ต้องเก็บรักษาเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน การตั้งครรภ์ที่เกิดจากไข่ หรืออสุจิ หรือตัวอ่อนบริจาคไว้ไม่น้อยกว่า 20 ปี นับแต่วันที่เด็กคลอดและอยู่รอดเป็นทารกให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบด้านการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์รายงานข้อมูลเกี่ยวกับการให้บริการตามแบบที่กำหนดต่อคณะกรรมการอย่างน้อยปีละหนึ่งครั้งและติดตามผลลัพธ์ของการตั้งครรภ์ทุกรายจนกระทั่งสิ้นสุดการตั้งครรภ์

3.5 หนังสือแสดงความยินยอม

ให้แต่ละสถานพยาบาลที่ให้บริการจัดให้มีหนังสือแสดงความยินยอมให้ผู้รับบริการผู้ตั้งครรภ์แทน ผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ ลงนามรับรองความสมัครใจในการขอรับบริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยก่อนที่จะให้บุคคลดังกล่าวลงนามในหนังสือแสดงความยินยอม ทีมผู้ให้บริการจะต้องเปิดโอกาสให้ซักถาม อธิบาย ให้ความรู้ในเรื่องขั้นตอนภาวะแทรกซ้อนของการบริการรวมถึงข้อมูลเกี่ยวกับกฎหมายคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในประเด็นของความเป็นบิดามารดาจากผู้รับบริการและคู่สมรสเข้าใจ

หนังสือแสดงความยินยอมและแบบคำอธิบายตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด หนังสือแสดงความยินยอมและคำอธิบายให้มอบให้ผู้รับบริการ ผู้แทน

และหน่วยงานต้องเก็บรักษาไว้เป็นหลักฐานฝ่ายละ 1 ชุด โดยให้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของบันทึกทางการแพทย์

ข้อ 4 ให้ประธานคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นผู้รักษาการตามประกาศนี้

ข้อ 5 ประกาศนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป
ประกาศ ณ วันที่ 9 ตุลาคม พ.ศ. 2558

ศาสตราจารย์นายแพทย์สมศักดิ์ โล่ห์เลขา

นายกแพทยสภา

ประกาศแพทยสภาที่ 95(3)/2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขสำหรับการตรวจประเมินความพร้อมทางด้านร่างกาย จิตใจ และสภาพแวดล้อมของผู้ขอรับบริการ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ ที่จะนำมาใช้ดำเนินการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 7 (8) และมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 คณะกรรมการแพทยสภาจึงได้ออกประกาศแพทยสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขสำหรับการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกาย จิตใจ และสภาพแวดล้อมของผู้ขอรับบริการ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ที่จะนำมาใช้ดำเนินการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ดังนี้

ข้อ 1 ประกาศนี้เรียกว่า “ประกาศแพทยสภา เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขสำหรับการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกาย จิตใจ และสภาพแวดล้อมของผู้ขอรับบริการหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ที่จะนำมาใช้ดำเนินการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์”

ข้อ 2 ก่อนการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

จะต้องจัดให้มีการให้ข้อมูลรายละเอียดของขั้นตอนการดำเนินการ ภาวะแทรกซ้อนต่าง ๆ รวมถึงการประเมินผู้ให้บริการ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ ดังต่อไปนี้

2.1 ซักประวัติสุขภาพรวมถึงประวัติความเสี่ยงจากโรคทางพันธุกรรมที่อาจมีผลต่อเด็กและตรวจร่างกายทั่วไปว่าผู้รับบริการมีสุขภาพสมบูรณ์เหมาะสมที่จะให้บริการด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และไม่มีข้อห้ามในการใช้ยาฮอร์โมนขณะตั้งครรภ์

2.2 ตรวจเลือดเพื่อคัดกรองโรคหรือภาวะที่มีผลต่อสุขภาพ เช่น ธาลัสซีเมีย หมู่เลือด ตับอักเสบ ซิฟิลิส และเอชไอวี เป็นต้น

2.3 ตรวจประเมินสภาพร่างกายที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ดังนี้

2.3.1 ตรวจอสุจิของผู้ให้บริการและผู้บริจาค

2.3.2 ตรวจประเมินมดลูกและรังไข่ของผู้ให้บริการและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เช่น อัลตราซาวด์ เป็นต้น

2.3.3 ตรวจประเมินสภาพท่อนำไข่ในกรณีที่มีความจำเป็น

2.4 ประเมินสภาพแวดล้อมของผู้ให้บริการ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ เช่น ปัจจัยด้านครอบครัว ด้านเศรษฐกิจ อาชีพ เป็นต้น

2.5 ตรวจประเมินความพร้อมทางด้านสภาพจิตใจของผู้ให้บริการ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และผู้บริจาคอสุจิหรือไข่เพื่อประเมินสภาพจิตใจด้านต่าง ๆ ของผู้รับบริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์อย่างน้อยโดยการสัมภาษณ์ และสังเกตพฤติกรรมการแสดงออกในด้านต่างๆเพื่อค้นหาความผิดปกติหากกรณีมีข้อบ่งชี้ควรผ่านการตรวจสอบจากจิตแพทย์

ข้อ 3 ให้ประธานคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นผู้รักษาการตามประกาศนี้

ข้อ 4 ประกาศนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

ประกาศ ณ วันที่ 9 ตุลาคม พ.ศ. 2558

ศาสตราจารย์นายแพทย์สมศักดิ์ โล่ห์เลขา

นายกแพทยสภา

ประกาศแพทยสภาที่ 95(4) / 2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการสร้างการเก็บรักษา การใช้ประโยชน์จากตัวอ่อน หรือการทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อน

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 7 (8) และมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 คณะกรรมการแพทยสภาจึงได้ออกประกาศแพทยสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการสร้าง การเก็บรักษา การใช้ประโยชน์จากตัวอ่อน หรือการทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อน ดังนี้

ข้อ 1 ประกาศนี้เรียกว่า “ประกาศแพทยสภา เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการสร้าง การเก็บรักษา การใช้ประโยชน์จากตัวอ่อน หรือการทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อน”

ข้อ 2 การสร้าง การเก็บรักษา การใช้ประโยชน์ หรือการทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อนผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข ดังต่อไปนี้

2.1 การสร้าง การเก็บรักษา การใช้ประโยชน์ หรือการทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อนต้องดำเนินการในสถานพยาบาลที่ได้รับอนุญาตให้ดำเนินการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และต้องกระทำภายใต้การกำกับดูแลของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งอยู่ในองค์ประกอบของบุคลากรเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

2.2 ห้องปฏิบัติการเพาะเลี้ยงตัวอ่อนต้องมีระบบควบคุมคุณภาพ มีระบบข้อมูลของอสุจิ ไข่ และตัวอ่อน และกำกับดูแลโดยนักวิทยาศาสตร์ด้านการเลี้ยงตัวอ่อนที่ปฏิบัติงานเต็มเวลา

2.3 การใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้จากการบำบัดรักษาของสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อการศึกษาวิจัยต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

2.4 การศึกษาวิจัยตัวอ่อนที่มีอายุเกินกว่า 14 วัน นับแต่วันปฏิสนธิจะกระทำมิได้ ทั้งนี้ อายุของตัวอ่อนไม่นับรวมระยะเวลาในการแช่แข็งตัวอ่อน

2.5 ห้ามซื้อ เสนอซื้อ ขาย นำเข้า หรือส่งออกตัวอ่อน

2.6 ตัวอ่อนถือเป็นสิทธิของสามีและภริยาร่วมกัน ดังนั้น การตัดสินใจเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากตัวอ่อน การเก็บรักษา การทำให้สิ้นสภาพ จึงเป็นการเลือกและตัดสินใจของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นร่วมกัน เว้นแต่จะมีข้อตกลงเป็นอย่างอื่นที่ชอบด้วยกฎหมาย

ข้อ 3 วิธีการรับฝาก รับบริจาคตัวอ่อน

3.1 มีการลงนามในหนังสือแสดงความยินยอมทั้งสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายผู้ให้เก็บ รักษาหรือผู้บริจาค

3.2 มีการตรวจประเมินสุขภาพของผู้ฝากและผู้บริจาคตัวอ่อนเพื่อป้องกันการถ่ายทอดโรคติดต่อ เช่น เอชไอวี ตับอักเสบบ และซิฟิลิส เป็นต้น

- 3.3 มีระบบข้อมูลในการเก็บรักษาและการบริจาค อสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อน ให้สามารถตรวจสอบติดตามการนำไปใช้ข้อมูลดังกล่าวต้องเก็บรักษาไว้ไม่น้อยกว่า 20 ปี
- 3.4 มีระบบการเก็บรักษาที่แยกกันชัดเจนในกรณีที่มีการติดเชื้อและไม่ติดเชื้อ
- ข้อ 4 การรับฝากตัวอ่อนต้องเป็นไปตามเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนี้
- 4.1 การเก็บแช่แข็งตัวอ่อนของตนเองเพื่อวัตถุประสงค์ในการรักษาภาวะมีบุตรยาก
- 4.2 การเก็บแช่แข็งตัวอ่อนของตนเองก่อนการรักษาด้วยเคมีบำบัด หรือการรักษาอื่นที่อาจเป็นอันตรายต่อรังไข่
- ข้อ 5 การรับบริจาคตัวอ่อนต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ดังนี้
- 5.1 ห้ามนำตัวอ่อนไปใช้เพื่อประโยชน์ทางการค้า
- 5.2 ผู้บริจาคตัวอ่อนต้องมีสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายและต้องมีหนังสือยินยอมจากสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษร
- 5.3 ผู้บริจาคตัวอ่อนต้องมีอายุระหว่าง 20 ถึง 35 ปี ขณะทำการปฏิสนธิตัวอ่อน
- 5.4 ผู้รับบริจาคตัวอ่อนต้องเป็นผู้มีสัญชาติเดียวกันกับผู้บริจาคและมีสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย
- 5.5 ห้ามผู้รับบริจาคตัวอ่อนใช้ตัวอ่อนจากผู้บริจาคมากกว่า 1 คน ในแต่ละรอบการรักษา
- ข้อ 6 กำหนดระยะเวลาการเก็บรักษาตัวอ่อนไม่ต่ำกว่า 5 ปี เว้นแต่มีข้อตกลงเป็นอย่างอื่นไว้เป็นหนังสือ
- ข้อ 7 ให้ประธานคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นผู้รักษาการตามประกาศนี้
- ข้อ 8 ประกาศนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป
- ประกาศ ณ วันที่ 9 ตุลาคม พ.ศ. 2558

ศาสตราจารย์นายแพทย์สมศักดิ์ โล่เลขา

นายกแพทยสภา

ประกาศแพทยสภาที่ 95(5) / 2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการให้บริการ
เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในการตรวจวินิจฉัยโรคทาง
พันธุกรรมในตัวอ่อน

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 7 (8) และมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิด
โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 คณะกรรมการแพทยสภาจึงได้ออก
ประกาศแพทยสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วย
การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยี
ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมในตัวอ่อน ดังนี้

ข้อ 1 ประกาศนี้เรียกว่า “ประกาศแพทยสภา เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการ
ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมใน
ตัวอ่อน”

ข้อ 2 วัตถุประสงค์ของการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมในตัวอ่อน

2.1 การตรวจเพื่อการคัดกรองความผิดปกติทางพันธุกรรมของตัวอ่อน
2.2 การตรวจเพื่อการวินิจฉัยในกรณีที่สามีหรือภริยามีความผิดปกติทาง
พันธุกรรมหรือมีพันธุกรรมแฝงที่ทราบอยู่ก่อนแล้วทั้งนี้ ต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะที่อาจทำให้
เข้าใจได้ว่าเป็นการเลือกเพศ

ข้อ 3 การตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมในตัวอ่อนอาจทำได้ในกรณีต่อไปนี้

3.1 สามีหรือภริยาคนใดคนหนึ่งหรือทั้งสองคนมีพันธุกรรมผิดปกติซึ่งอาจ
ถ่ายทอดพันธุกรรมที่ผิดปกตินั้นไปสู่ทารกได้เมื่อเกิดการตั้งครรภ์ โดยการถ่ายทอดดังกล่าวมีความ
เสี่ยงอย่างชัดเจนว่าอาจเป็นเหตุให้ทารกที่เกิดขึ้นมีโอกาสจะเป็นโรคหรือเป็นพาหะโรคหรือมีภาวะ
ผิดปกติต่างๆ ซึ่งไม่อาจมีชีวิตอยู่รอดหรือมีชีวิตเฉกเช่นคนปกติ

3.2 สามีและภริยาที่ไม่มีความผิดปกติทางพันธุกรรมอาจทำการตรวจพันธุกรรม
ตัวอ่อนได้ในกรณี ดังต่อไปนี้

3.2.1 มีประวัติการตั้งครรภ์ที่ทารกมีความพิการหรือเป็นโรคหรือความ
ผิดปกติที่รุนแรงและความผิดปกติทางพันธุกรรมนั้นอาจป้องกันได้ด้วยการตรวจคัดกรองพันธุกรรม
ของตัวอ่อน

3.2.2 มีบุตรที่ป่วยเป็นโรคหรือมีความผิดปกติอย่างรุนแรงซึ่งอาจรักษาได้ด้วยการปลูกถ่ายเซลล์ต้นกำเนิดจากบุคคลอื่นที่มีความเข้ากันได้ของเนื้อเยื่อ (HLA matched) ซึ่งการตรวจ HLA ของตัวอ่อนในกรณีนี้จะเป็นประโยชน์โดยสามารถนำเซลล์ต้นกำเนิดจากเลือดในสายสะดือเมื่อแรกคลอดไปใช้รักษาบุตรคนที่ป่วยเนื่องจากมีเนื้อเยื่อที่เข้ากันได้

3.2.3 มีประวัติการแท้งบุตรก่อนอายุครรภ์สิบสองสัปดาห์ตั้งแต่สองครั้งขึ้นไปหรือในกรณีที่มีผลการตรวจยืนยันว่าการแท้งในครั้งก่อนมีสาเหตุมาจากทารกมีความผิดปกติทางพันธุกรรม

3.2.4 ภริยามีอายุตั้งแต่ 35 ปีบริบูรณ์ขึ้นไปและมีข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ว่าตัวอ่อนอาจมีความเสี่ยงต่อความผิดปกติทางพันธุกรรม

3.2.5 ไม่ตั้งครรถ์สองครั้งติดต่อกันในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

ข้อ 4 การตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมในตัวอ่อนให้ดำเนินการ ดังนี้

4.1 แจ้งข้อมูลให้สามีและภริยาได้ทราบอย่างเพียงพอถึงขั้นตอนการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ รวมถึงความเสี่ยงของการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และของการตรวจทางพันธุกรรมของตัวอ่อน ภาวะแทรกซ้อนต่าง ๆ

4.2 มีการลงนามในหนังสือแสดงความยินยอม โดยสามีและภริยาให้ตรวจตัวอ่อนทางพันธุกรรม

4.3 ต้องทำในห้องปฏิบัติการที่ได้มาตรฐานการตรวจทางพันธุกรรม

ข้อ 5 การแจ้งผลการตรวจวินิจฉัยโรคทางพันธุกรรมในตัวอ่อนต้องมีการให้คำปรึกษาแนะนำทางพันธุกรรมถึงความแม่นยำและข้อจำกัดของวิธีการตรวจความเป็นไปได้ของผลลัพธ์ทางเลือกในการตัดสินใจตั้งแต่ก่อนจะเข้าสู่กระบวนการและภายหลังรับทราบผลลัพธ์จัดให้มีการติดตามผลลัพธ์ของการตั้งครรภ์หรือการแท้ง

ข้อ 6 ให้ผู้ดำเนินการสถานพยาบาลหรือผู้อำนวยการโรงพยาบาลแล้วแต่กรณี จัดทำรายงานการตรวจวินิจฉัยทางพันธุกรรมของตัวอ่อนที่ประกอบด้วยรายชื่อผู้รับบริการ ผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ สัตยชาติ เชื้อชาติ ข้อบ่งชี้ วิธีการตรวจ ผลลัพธ์ และการดำเนินการหลังทราบผลเสนอนกรมสนับสนุนบริการสุขภาพ กระทรวงสาธารณสุข ปีละ 1 ครั้ง

ข้อ 7 ให้ประธานคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นผู้รักษาการตามประกาศนี้

ข้อ 8 ประกาศนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป
ประกาศ ณ วันที่ 9 ตุลาคม พ.ศ. 2558

ศาสตราจารย์นายแพทย์สมศักดิ์ โล่ห์เลขา

นายกแพทยสภา

ประกาศแพทยสภาที่ 95(6)/2558 เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับการผสมเทียม

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 7 (8) และมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 คณะกรรมการแพทยสภาจึงได้ออกประกาศแพทยสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ กำหนดมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับการผสมเทียม ดังนี้

ข้อ 1 ประกาศนี้เรียกว่า “ประกาศแพทยสภา เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับการผสมเทียม”

ข้อ 2 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ให้บริการเรื่องผสมเทียมต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้

2.1 เป็นผู้ประพฤติเสียหายซึ่งคณะกรรมการแพทยสภาเห็นว่านำมาซึ่งความเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพ หรือได้รับโทษทางจริยธรรมที่อยู่ในระหว่างการพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตประกอบวิชาชีพเวชกรรม

2.2 เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

ข้อ 3 หลักเกณฑ์และวิธีการในเรื่องการผสมเทียม

3.1 เป็นสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย

3.2 มีข้อบ่งชี้สำหรับการรักษาด้วยการผสมเทียม ดังต่อไปนี้

3.2.1 มีบุตรยากที่มีสาเหตุจากไม่มีอสุจิหรือมีอสุจิผิดปกติ

3.2.2 มีบุตรยากที่มีสาเหตุจากความผิดปกติในการหลั่งอสุจิ

3.2.3 มีบุตรยากที่ไม่ทราบสาเหตุ

3.2.4 ภาวะอื่น ๆ ที่อาจได้ประโยชน์จากการผสมเทียม เช่น สามีติดเชื้อเอชไอวีภริยามีหมู่เลือดอาร์เอชลบ เป็นต้น

3.3 มีการตรวจประเมินความพร้อมทางร่างกาย จิตใจ และสภาพแวดล้อมของผู้ขอรับบริการก่อนทำการผสมเทียม เช่น การตรวจภายใน การตรวจคลื่นเสียงความถี่สูงในอุ้งเชิงกราน การตรวจประเมินท่อ นำไข่ในกรณีที่มีข้อบ่งชี้ การตรวจการติดเชื้อเอชไอวีตับอักเสบบ กลุ่มเลือดและหมู่เลือดอาร์เอชลบ

3.4 ในกรณีที่เป็นกรณีการฉีดเชื้ออสุจิเข้าสู่โพรงมดลูก ให้ดำเนินการได้เฉพาะการใช้ อสุจิที่ผ่านกระบวนการเตรียมเชื้ออสุจิตามมาตรฐาน

3.5 แจ้งข้อมูลให้สามีและภริยาได้ทราบอย่างเพียงพอถึงขั้นตอนและภาวะแทรกซ้อนที่อาจเกิดขึ้นเกี่ยวกับการผสมเทียมและให้สามีและภริยาลงนามในหนังสือแสดงความยินยอมรับการผสมเทียม

ข้อ 4 ในกรณีการผสมเทียมโดยใช้อสุจิของผู้บริจาคต้องมีการประเมินก่อนว่าผู้บริจาค

4.1 มีสุขภาพแข็งแรงทั้งทางร่างกายและจิตใจ ไม่มีประวัติความเสี่ยงของโรคทางพันธุกรรม โรคติดต่อร้ายแรง เช่น เอชไอวี เป็นต้น

4.2 มีอายุอยู่ระหว่าง 20 ถึง 45 ปี

4.3 ไม่มีประวัติการใช้ยาหรือสารเสพติด

4.4 ไม่มีพฤติกรรมเสี่ยงต่อการเป็นโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์

4.5 ห้ามผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดทางพันธุกรรมกับฝ่ายภริยาเป็นผู้บริจาคอสุจิ ห้ามบิดาหรือบุตรเป็นผู้บริจาคอสุจิ

4.6 ห้ามผู้ที่อยู่ในองค์ประกอบของบุคลากรเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นผู้บริจาคอสุจิแก่ผู้ขอรับบริการ

ข้อ 5 ให้ผู้ดำเนินการสถานพยาบาลหรือผู้อำนวยการ โรงพยาบาลแล้วแต่กรณี ที่ให้บริการเกี่ยวกับการผสมเทียมต้องรายงานผลการดำเนินงานให้กรมสนับสนุนบริการสุขภาพ กระทรวงสาธารณสุขทราบปีละครั้ง

ข้อ 6 ให้ประธานคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นผู้รักษาการตามประกาศนี้

ข้อ 7 ประกาศนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป
ประกาศ ณ วันที่ 9 ตุลาคม พ.ศ. 2558

ศาสตราจารย์นายแพทย์สมศักดิ์ โล่ห์เลขา

นายกแพทยสภา

ประกาศแพทยสภาที่ 95(7) / 2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการให้ความ
ยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการผสมเทียม
โดยใช้อสุจิของผู้บริจาค

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 7 (8) และมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิด
โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 คณะกรรมการแพทยสภาจึงได้ออก
ประกาศแพทยสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วย
การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้ความยินยอมเป็น
หนังสือจากสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการผสมเทียมโดยใช้อสุจิของผู้บริจาค
ดังนี้

ข้อ 1 ประกาศนี้เรียกว่า “ประกาศแพทยสภา เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการให้
ความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการผสมเทียมโดยใช้อ
สุจิของผู้บริจาค”

ข้อ 2 การให้ความยินยอมให้มีการผสมเทียมโดยใช้อสุจิของผู้บริจาค มีหลักเกณฑ์ วิธีการ
และเงื่อนไข ดังนี้

- 2.1 ผู้รับบริการต้องเป็นสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย
- 2.2 มีข้อบ่งชี้ในการใช้อสุจิบริจาค เช่น สามีไม่มีอสุจิหรือมีความผิดปกติอย่าง
รุนแรงหรือสามีมีความเสี่ยงสูงที่จะถ่ายทอดความผิดปกติทางพันธุกรรมชนิดรุนแรงไปยังบุตร สามี
เป็นโรคติดต่อที่ไม่อาจรักษาให้หายได้ หรือภริยามีหมู่เลือดอาร์เอชลบ เป็นต้น
- 2.3 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่ให้บริการผสมเทียมโดยใช้อสุจิของผู้บริจาคต้อง
แจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการผสมเทียมโดยใช้อสุจิของผู้บริจาคให้สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่
ประสงค์ให้มีการผสมเทียมโดยใช้อสุจิของผู้บริจาคได้ทราบถึงขั้นตอนการผสมเทียมโดยใช้อสุจิของ
ผู้บริจาคความเสี่ยงและภาวะแทรกซ้อนที่อาจเกิดขึ้นก่อนให้ความยินยอมเป็นหนังสือ

ข้อ 3 เกณฑ์การตรวจความสมบูรณ์ของสุจิให้เป็นไปตามข้อกำหนดขององค์การอนามัยโลก

ข้อ 4 สามีและภริยาได้รับคำอธิบายเรื่องความเสี่ยงและภาวะแทรกซ้อนที่อาจเกิดขึ้น เช่น การอักเสบติดเชื้อในอุ้งเชิงกราน การตั้งครภ์นอกมดลูก ความผิดปกติแต่กำเนิดของทารก เป็นต้น

ข้อ 5 อสุจิจากผู้บริจาคต้องเก็บไว้อย่างน้อย 6 เดือน เพื่อติดตามประเมินสุขภาพและความเสี่ยงของโรคติดต่อในผู้บริจาค

ข้อ 6 ห้ามใช้สุจิที่ไม่ผ่านกระบวนการเตรียมอสุจิตามมาตรฐานฉีดเข้าสู่โพรงมดลูก

ข้อ 7 ให้ประธานคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นผู้รักษาการตามประกาศนี้

ข้อ 8 ประกาศนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

ประกาศ ณ วันที่ 9 ตุลาคม พ.ศ. 2558

ศาสตราจารย์นายแพทย์สมศักดิ์ โล่ห์เลขา

นายกแพทยสภา

ประกาศแพทยสภาที่ 95(8) / 2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการยุติการ

ตั้งครรภ์แทน

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 7 (8) และมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 คณะกรรมการแพทยสภาจึงได้ออกประกาศแพทยสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์แทน ดังนี้

ข้อ 1 ประกาศนี้เรียกว่า “ประกาศแพทยสภา เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์แทน”

ข้อ 2 การยุติการตั้งครรภ์แทนต้องกระทำโดยผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

ข้อ 3 การยุติการตั้งครรภ์แทนต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนและหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น

ข้อ 4 การยุติการตั้งครรภ์แทนทางการแพทย์ให้เป็นไปตามเงื่อนไข ดังนี้

4.1 จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากปัญหาสุขภาพทางกายหรือจิตอย่างรุนแรงของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หรือ

4.2 เป็นกรณีที่พบว่าทารกในครรภ์มีความเสี่ยงสูงที่จะมีความพิการหรือเป็นโรคพันธุกรรมอย่างรุนแรงและส่งผลกระทบต่อสุขภาพทางกายหรือจิตของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนทั้งนี้เงื่อนไขของการยุติการตั้งครรภ์แทนตามวรรคหนึ่งต้องมีผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งไม่อยู่ในองค์ประกอบของบุคลากรเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญดำเนินการตรวจยืนยันผลและลงความเห็นสอดคล้องกันอย่างน้อย 2 ท่าน

ข้อ 5 การยุติการตั้งครรภ์แทนทางการแพทย์ต้องกระทำในสถานพยาบาล ดังต่อไปนี้

5.1 สถานพยาบาลของรัฐหรือสถานพยาบาลประเภทที่รับผู้ป่วยไว้ค้างคืนตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาล

5.2 คลินิกเวชกรรมตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาลโดยสามารถปฏิบัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ที่อายุครรภ์ไม่เกินสิบสองสัปดาห์

ข้อ 6 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ดำเนินการให้เกิดการตั้งครรภ์แทนซึ่งมีความจำเป็นจะต้องยุติการตั้งครรภ์แทนตามประกาศนี้ ต้องรายงานการยุติการตั้งครรภ์แทนให้กรมสนับสนุนบริการสุขภาพกระทรวงสาธารณสุข ทราบเป็นรายกรณีภายใน 30 วัน นับจากวันยุติการตั้งครรภ์

ข้อ 7 ให้ประธานคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นผู้รักษาการตามประกาศนี้

ข้อ 8 ประกาศนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป ประกาศ ณ วันที่ 9 ตุลาคม พ.ศ. 2558

ศาสตราจารย์นายแพทย์สมศักดิ์ โล่ห์เลขา

นายกแพทยสภา

ประกาศแพทยสภาที่ 95(9)/2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการรับฝาก การรับ
 บริจาค การใช้ประโยชน์จากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่รับฝากหรือรับบริจาค หรือการทำให้สิ้นสภาพของ
 ตัวอ่อนที่รับฝากหรือรับบริจาคเนื่องมาจากการดำเนินการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์
 ทางการแพทย์

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 7 (8) และมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิด
 โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 คณะกรรมการแพทยสภาจึงได้ออก
 ประกาศโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญ
 พันธุ์ทางการแพทย์ กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการรับฝาก การรับบริจาคการใช้
 ประโยชน์จากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่รับฝากหรือรับบริจาค หรือการทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อนที่รับ
 ฝากหรือรับบริจาคเนื่องมาจากการดำเนินการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ดังนี้

ข้อ 1 ประกาศนี้เรียกว่า “ประกาศแพทยสภา เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับ
 การรับฝาก การรับบริจาค การใช้ประโยชน์จากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่รับฝากหรือรับบริจาคหรือการ
 ทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อนที่รับฝากหรือรับบริจาคเนื่องมาจากการดำเนินการใช้เทคโนโลยีช่วยการ
 เจริญพันธุ์ทางการแพทย์”

ข้อ 2 การรับฝาก รับบริจาค การใช้ประโยชน์ การเก็บรักษา อสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อน
 ที่รับฝากหรือรับบริจาค หรือการทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อนที่รับฝากหรือรับบริจาค ต้องทำภายใต้
 หลักเกณฑ์ ดังนี้

2.1 การรับฝาก รับบริจาค การใช้ประโยชน์จากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อน หรือทำให้
 สิ้นสภาพของตัวอ่อนที่รับฝากหรือรับบริจาค ผู้ดำเนินการสถานพยาบาลต้องดำเนินการให้เป็นไปตาม
 กฎหมายและต้องกระทำภายใต้การกำกับดูแลของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีคุณสมบัติตาม
 ประกาศแพทยสภา

2.2 ห้ามซื้อ เสนอซื้อ ขาย นำเข้า หรือส่งออกอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อน

2.3 ห้ามการโฆษณาว่ามีอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนเพื่อให้หรือเพื่อการบริจาค

2.4 ตัวอ่อนถือเป็นสิทธิของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายร่วมกัน ดังนั้นการ
 ตัดสินใจเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากตัวอ่อน การเก็บรักษา การทำให้สิ้นสภาพ จึงเป็นการเลือกและ
 ตัดสินใจของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นร่วมกัน เว้นแต่จะมีข้อตกลงเป็นอย่างอื่น

ข้อ 3 วิธีการรับฝาก รับบริจาค อสุจิ ไข่หรือตัวอ่อน

- 3.1 ผู้ฝากหรือผู้บริจาคอสุจิ ไข่หรือตัวอ่อนลงนามในหนังสือแสดงความยินยอมในการฝากให้เก็บรักษาหรือบริจาคอสุจิ ไข่หรือตัวอ่อน
- 3.2 มีการตรวจผู้ฝากหรือผู้บริจาคอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อน เพื่อป้องกันการถ่ายทอดโรคติดต่อ เช่น เอชไอวี ตับอักเสบบและซิฟิลิส เป็นต้น
- 3.3 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีคุณสมบัติตามประกาศแพทยสภา จัดทำระบบข้อมูลในการเก็บรักษาและการบริจาคให้สามารถตรวจสอบติดตามการนำไปใช้ได้ ข้อมูลดังกล่าวต้องเก็บรักษาไว้ไม่น้อยกว่า 20 ปี
- 3.4 มีระบบการเก็บรักษาที่แยกกันชัดเจน ในกรณีที่มีการติดเชื้อและไม่ติดเชื้อ

ข้อ 4 การรับฝากไข่ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังนี้

- 4.1 การเก็บแช่แข็งไข่ของตนเองเพื่อวัตถุประสงค์ในการนำไปปฏิสนธิกับอสุจิของสามีที่ชอบด้วยกฎหมาย
- 4.2 การเก็บแช่แข็งไข่ของตนเองก่อนการรักษาด้วยเคมีบำบัดหรือการรักษาอื่นที่อาจเป็นอันตรายต่อรังไข่

ข้อ 5 การรับบริจาคไข่ต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ดังนี้

- 5.1 ห้ามนำไข่ไปใช้เพื่อประโยชน์ทางการค้า
- 5.2 ผู้บริจาคไข่ต้องมีอายุระหว่าง 20 ถึง 35 ปี และผ่านการตรวจประเมินความพร้อมทางด้านร่างกายและจิตใจ
- 5.3 ผู้บริจาคไข่ต้องมีหรือเคยมีสามีที่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีที่มีสามีที่ชอบด้วยกฎหมายต้องมีหนังสือยินยอมจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษร
- 5.4 ผู้รับบริจาคไข่ต้องเป็นผู้มีสัญชาติเดียวกันกับผู้บริจาค
- 5.5 ห้ามผู้รับบริจาคไข่ใช้ไข่จากผู้บริจาคมากกว่า 1 คน ในแต่ละรอบการรักษา
- 5.6 ผู้บริจาคไข่ให้บริจาคไข่ได้ไม่เกิน 3 ครั้ง

ข้อ 6 การรับบริจาคอสุจิต้องเป็นไปตามเงื่อนไข ดังนี้

- 6.1 ห้ามนำอสุจิไปใช้เพื่อประโยชน์ทางการค้า
- 6.2 ผู้บริจาคอสุจิต้องมีอายุระหว่าง 20 ถึง 45 ปี และผ่านการตรวจประเมินความพร้อมทางด้านร่างกายและจิตใจ

6.3 ผู้บริจาคอสุจิสามารถบริจาคอสุจิได้เฉพาะกรณีที่เมื่อบริจาคแล้วมีการตั้งครรถ์จนได้บุตรไม่เกิน 10 ครอบครัว ในกรณีที่มิภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้บริจาคอสุจิต้องได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย

ข้อ 7 การรับบริจาคตัวอ่อนต้องเป็นไปตามข้อ 5 ของประกาศแพทยสภาที่ 95 (4) / 2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการสร้าง การเก็บรักษา การใช้ประโยชน์จากตัวอ่อนหรือการทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อน

ข้อ 8 กำหนดระยะเวลาการเก็บอสุจิ ไข่ และตัวอ่อนไม่ต่ำกว่า 5 ปี ยกเว้นมีข้อตกลงเป็นหนังสือไว้เป็นอย่างอื่น

ข้อ 9 ในกรณีสถานพยาบาลที่ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ยุติการให้บริการเกี่ยวกับการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์หรือยุติการดำเนินการสถานพยาบาลให้ผู้ดำเนินการสถานพยาบาลติดต่อและส่งมอบตัวอ่อน อสุจิ หรือไข่ที่แช่แข็งไว้ให้สถานพยาบาลอื่นที่ขึ้นทะเบียนและรายงานต่อคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เพื่อพิจารณาและดำเนินการต่อไป

ข้อ 10 กรณีการใช้ตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรถ์แทนที่ได้ดำเนินการก่อนประกาศนี้มีผลบังคับใช้ และได้แจ้งต่อราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทยในเก้าสิบวันนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับให้สามารถดำเนินการต่อไปได้โดยได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

ข้อ 11 ให้ประธานคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นผู้รักษาการตามประกาศนี้

ข้อ 12 ประกาศนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป
ประกาศ ณ วันที่ 9 ตุลาคม พ.ศ. 2558

ศาสตราจารย์นายแพทย์สมศักดิ์ โล่ห์เลขา

นายกแพทยสภา

ประกาศแพทยสภาที่ 95(9) / 2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการรับฝาก การรับบริจาค การใช้ประโยชน์จากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่รับฝากหรือรับบริจาค หรือการทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อนที่รับฝากหรือรับบริจาคฯ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558

เนื่องจากประกาศแพทยสภาที่ 95 (9) / 2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการรับฝาก การรับบริจาค การใช้ประโยชน์จากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่รับฝากหรือรับการทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อนที่รับฝากหรือรับบริจาคเนื่องมาจากการดำเนินการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 4 พฤศจิกายน 2558 และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 5 พฤศจิกายน 2558 ทำให้ความในข้อ 10 ที่กำหนดว่า กรณีการใช้ตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์แทนที่ได้ดำเนินการก่อนประกาศนี้มีผลบังคับใช้ ต้องแจ้งราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทยภายใน 90 วัน นับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับจึงไม่สามารถปฏิบัติได้ ทำให้จำเป็นต้องแก้ไขความในข้อ 10 เพื่อให้มีผลบังคับใช้ได้ตามกฎหมายอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 7 (8) และมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 คณะกรรมการแพทยสภาจึงได้ออกประกาศโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการรับฝาก การรับบริจาค การใช้ประโยชน์จากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่รับฝากหรือรับการทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อนที่รับฝากหรือรับบริจาคเนื่องมาจากการดำเนินการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ดังนี้

ข้อ 1 ประกาศนี้เรียกว่า “ประกาศแพทยสภาที่ 95 (9) / 2558 เรื่อง หลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการรับฝาก การรับบริจาค การใช้ประโยชน์จากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่รับฝากหรือรับการทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อนที่รับฝากหรือรับบริจาคเนื่องมาจากการดำเนินการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2558”

ข้อ 2 ให้ยกเลิกความในข้อ 10 แห่งประกาศแพทยสภาที่ 95 (9)/2558 เรื่อง หลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการรับฝาก การรับบริจาค การใช้ประโยชน์จากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่รับฝากหรือรับการทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อนที่รับฝากหรือรับบริจาคเนื่องมาจากการดำเนินการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และให้ใช้ความดังต่อไปนี้แทน “ข้อ 10 กรณีการใช้ตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์แทนที่ได้ดำเนินการก่อนประกาศนี้มีผลบังคับใช้และได้แจ้งต่อกรมสนับสนุนบริการสุขภาพภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ประกาศฉบับนี้ใช้บังคับให้สามารถดำเนินการต่อไปได้ โดยได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์”

ข้อ 3 นอกจากที่ได้แก้ไขในข้อ 2 ดังกล่าวข้างต้น ให้เป็นไปตามประกาศแพทยสภาที่ 95 (9) / 2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการรับฝาก การรับบริจาค การใช้

ประโยชน์จากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่รับฝากหรือรับบริจาค หรือการทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อนที่ฝากหรือรับบริจาคเนื่องมาจากการดำเนินการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ทุกประการ

ข้อ 4 ให้ประธานคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นผู้รักษาการตามประกาศนี้

ข้อ 5 ประกาศนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป
ประกาศ ณ วันที่ 12 พฤศจิกายน พ.ศ. 2558

ศาสตราจารย์นายแพทย์สมศักดิ์ โล่ห์เลขา

นายกแพทยสภา

ประกาศแพทยสภาที่ 95(10)/2558 เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการเกี่ยวกับการให้ความยินยอมให้นำอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้ฝากนำไปใช้ได้หลังจากผู้ฝากตาย

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 7 (8) และมาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 คณะกรรมการแพทยสภาจึงได้ออกประกาศแพทยสภาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการให้ความยินยอมให้นำอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้ฝากนำไปใช้ได้หลังจากผู้ฝากตาย ดังนี้

ข้อ 1 ประกาศนี้เรียกว่า “ประกาศแพทยสภา เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการให้ความยินยอมให้นำอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้ฝากนำไปใช้ได้หลังจากผู้ฝากตาย”

ข้อ 2 การให้ความยินยอมในการใช้อสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่เกิดจากการดำเนินการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์กับสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายหลังจากผู้ฝากตายต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ ดังนี้

2.1 อสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนถือเป็นสิทธิของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายร่วมกันดังนั้น การตัดสินใจเกี่ยวกับการใช้เพื่อบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีหรือภริยาดังกล่าวที่ยังมีชีวิตอยู่จากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อน การเก็บรักษา การทำให้สิ้นสภาพ จึงเป็นการเลือกและตัดสินใจของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้นร่วมกันรวมทั้งในกรณีที่สามีและภริยาที่ชอบด้วย

กฎหมายที่เป็นเจ้าของตัวอ่อนเสียชีวิตทั้งคู่ให้เป็นไปตามที่ระบุในหนังสือแสดงความยินยอมเว้นแต่จะมีข้อตกลงเป็นอย่างอื่น

2.2 บุคคลที่มีสิทธิในการใช้สุจิ ไข่ หรือตัวอ่อน คือสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายที่ได้มีการระบุชื่อไว้ในหนังสือแสดงความยินยอม

2.3 อสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่นำมาใช้ต้องมีอายุไม่เกิน 5 ปี หลังจากผู้ฝากตาย

2.4 ห้ามใช้สุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนเพื่อกิจการอื่นใดนอกเหนือจากการใช้เพื่อบำบัดรักษาภาวะมีบุตรยากของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย

ข้อ 3 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องให้ข้อมูลอย่างเพียงพอแก่สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายในการใช้สุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนหลังจากผู้ฝากตาย

3.1 สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายทุกรายที่เข้ารับบริการด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ต้องได้รับคำแนะนำให้มีการระบุงการตัดสินใจดังกล่าวไว้ในหนังสือแสดงความยินยอมตั้งแต่ก่อนจะเริ่มการรักษา

3.2 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องรักษาความลับของผู้รับบริการ เฉพาะสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้เสียชีวิตเป็นผู้ที่มีสิทธิรับทราบข้อมูลรายละเอียดเกี่ยวกับอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้เสียชีวิตที่เก็บรักษาไว้

ข้อ 4 ในการนำเอาไข่หรือตัวอ่อนของผู้ตาย ไปใช้เพื่อให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนต้องปฏิบัติตามขั้นตอนการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

ข้อ 5 ให้ผู้รับผิดชอบในการดำเนินการจัดทำรายงานการใช้สุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนหลังจากผู้ฝากตาย ส่งไปยังกรมสนับสนุนบริการสุขภาพ กระทรวงสาธารณสุข

ข้อ 6 ให้ประธานคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นผู้รักษาการตามประกาศนี้

ข้อ 7 ประกาศนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป
ประกาศ ณ วันที่ 9 ตุลาคม พ.ศ. 2558

ศาสตราจารย์นายแพทย์สมศักดิ์ โล่ห์เลขา

นายกแพทยสภา



ภาคผนวก ง

ประกาศสำนักทะเบียนกลาง เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการแจ้งเกิด
ของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง
การแพทย์

มหาวิทยาลัยรังสิต Rangsit University

ประกาศสำนักทะเบียนกลาง เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการแจ้งเกิด
ของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์



ประกาศสำนักทะเบียนกลาง

เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการแจ้งเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน
โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

โดยที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ๒๕๕๘ ได้กำหนดเงื่อนไขความเป็นบิดาและมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน และกำหนดผู้มีหน้าที่แจ้งการเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไว้เป็นการเฉพาะ และให้อธิบดีว่าการทะเบียนกลางประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการแจ้งการเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๓๒ วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. ๒๕๕๘ และมาตรา ๘/๒ (๑) แห่งพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. ๒๕๓๔ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๕๑ ผู้อำนวยการทะเบียนกลางออกประกาศไว้ ดังต่อไปนี้

ข้อ ๑ ในประกาศนี้

“ผู้มีหน้าที่แจ้งการเกิด” หมายถึง

- (๑) สามีหรือภริยาที่ขอรับด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนตามซึ่งปรากฏรายการบุคคลในเอกสารข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน หรือผู้ที่ได้รับมอบอำนาจจากบุคคลดังกล่าว
- (๒) หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน (ผู้คลอดเด็ก) ตามที่ปรากฏรายการบุคคลในเอกสารข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน ในกรณีสามีและภริยาที่ขอรับด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด หรือไม่อยู่ในประเทศไทย หรือไม่ปรากฏตัวเกินกว่า ๑๕ วันนับแต่วันที่เด็กนั้นเกิด
- (๓) เจ้าบ้านของสถานพยาบาลที่ทำการคลอดเด็กซึ่งเกิดจากการตั้งครรภ์แทน ในกรณีบุคคลตาม (๑) และ (๒) ไม่สามารถแจ้งการเกิดได้

ข้อ ๒ การแจ้งการเกิดของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ให้ผู้มีหน้าที่แจ้งการเกิดยื่นคำร้องขอแจ้งเกิดพร้อมพยานหลักฐานต่อนายทะเบียนผู้รับแจ้ง ดังต่อไปนี้

- ก. สถานที่แจ้งการเกิด ได้แก่ สำนักทะเบียนอำเภอหรือสำนักทะเบียนท้องถิ่นแห่งท้องที่ที่เด็กเกิด หรือท้องที่อื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวงซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. ๒๕๓๔ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๕๑



Surrogacy Arrangements Act 1985

1985 CHAPTER 49

An Act to regulate certain activities in connection with arrangements made with a view to women carrying children as surrogate mothers.[16th July 1985]

Be it enacted by the Queen's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows:—

1 Meaning of “surrogate mother”, “surrogacy arrangement” and other terms.

(1) The following provisions shall have effect for the interpretation of this Act.

(2) “Surrogate mother” means a woman who carries a child in pursuance of an arrangement—

(a) made before she began to carry the child, and

(b) made with a view to any child carried in pursuance of it being handed over to, and the parental rights being exercised (so far as practicable) by, another person or other persons.

(3) An arrangement is a surrogacy arrangement if, were a woman to whom the arrangement relates to carry a child in pursuance of it, she would be a surrogate mother.

(4) In determining whether an arrangement is made with such a view as is mentioned in subsection (2) above regard may be had to the circumstances as a whole (and, in particular, where there is a promise or understanding that any payment will or may be made to the woman or for her benefit in respect of the carrying of any child in pursuance of the arrangement, to that promise or understanding).

(5) An arrangement may be regarded as made with such a view though subject to conditions relating to the handing over of any child.

(6) A woman who carries a child is to be treated for the purposes of subsection (2)(a) above as beginning to carry it at the time of the insemination [F1 6 or of the placing in her of an embryo, of an egg in the process of fertilisation or of sperm and eggs, as the case may be,] that results in her carrying the child.

(7) “Body of persons” means a body of persons corporate or unincorporate.

(8) “Payment” means payment in money or money’s worth.

(9) This Act applies to arrangements whether or not they are lawful whether or not they are enforceable by or against any of the persons making them.

2 Negotiating surrogacy arrangements on a commercial basis, etc.

(1) No person shall on a commercial basis do any of the following acts in the United Kingdom, that is—

(a) initiate or take part in any negotiations with a view to the making of a surrogacy arrangement

(b) offer or agree to negotiate the making of a surrogacy arrangement, or

(c) compile any information with a view to its use in making, or negotiating the making of, surrogacy arrangements; and no person shall in the United Kingdom knowingly cause another to do any of those acts on a commercial basis.

(2) A person who contravenes subsection (1) above is guilty of an offence; but it is not a contravention of that subsection—

(a) for a woman, with a view to becoming a surrogate mother herself, to do any act mentioned in that subsection or to cause such an act to be done, or

(b) for any person, with a view to a surrogate mother carrying a child for him, to do such an act or to cause such an act to be done.

(3) For the purposes of this section, a person does an act on a commercial basis (subject to subsection (4) below) if—

(a) any payment is at any time received by himself or another in respect of it, or

(b) he does it with a view to any payment being received by himself or another in respect of making, or negotiating or facilitating the making of, any surrogacy arrangement. In this subsection “payment” does not include payment to or for the benefit of a surrogate mother or prospective surrogate mother.

(4) In proceedings against a person for an offence under subsection (1) above, he is not to be treated as doing an act on a commercial basis by reason of any payment received by another in respect of the act if it is proved that—

(a) in a case where the payment was received before he did the act, he did not do the act knowing or having reasonable cause to suspect that any payment had been received in respect of the act; and

(b) in any other case, he did not do the act with a view to any payment being received in respect of it.

(5)Where—

(a) a person acting on behalf of a body of persons takes any part in negotiating or facilitating the making of a surrogacy arrangement in the United Kingdom, and

(b) negotiating or facilitating the making of surrogacy arrangements is an activity of the body, then, if the body at any time receives any payment made by or on behalf of—

(i) a woman who carries a child in pursuance of the arrangement,

(ii) the person or persons for whom she carries it, or

(iii) any person connected with the woman or with that person or those persons, the body is guilty of an offence.

For the purposes of this subsection, a payment received by a person connected with a body is to be treated as received by the body.

(6) In proceedings against a body for an offence under subsection (5) above, it is a defence to prove that the payment concerned was not made in respect of the arrangement mentioned in paragraph (a) of that subsection.

(7) A person who in the United Kingdom takes part in the management or control—

(a) of any body of persons, or

(b) of any of the activities of any body of persons, is guilty of an offence if the activity described in subsection (8) below is an activity of the body concerned.

(8) The activity referred to in subsection (7) above is negotiating or facilitating the making of surrogacy arrangements in the United Kingdom, being—

(a) arrangements the making of which is negotiated or facilitated on a commercial basis, or

(b) arrangements in the case of which payments are received (or treated for the purposes of subsection (5) above as received) by the body concerned in contravention of subsection (5) above.

(9) In proceedings against a person for an offence under subsection (7) above, it is a defence to prove that he neither knew nor had reasonable cause to suspect that the activity described in subsection (8) above was an activity of the body concerned; and for the purposes of such proceedings any arrangement falling within subsection (8)(b) above shall be disregarded if it is proved that the payment concerned was not made in respect of the arrangement.

3 Advertisements about surrogacy.

(1) This section applies to any advertisement containing an indication (however expressed)—

(a) that any person is or may be willing to enter into a surrogacy arrangement or to negotiate or facilitate the making of a surrogacy arrangement, or

(b) that any person is looking for a woman willing to become a surrogate mother or for persons wanting a woman to carry a child as a surrogate mother.

(2) Where a newspaper or periodical containing an advertisement to which this section applies is published in the United Kingdom, any proprietor, editor or publisher of the newspaper or periodical is guilty of an offence.

(3) Where an advertisement to which this section applies is conveyed by means of [F12an electronic communications network] so as to be seen or heard (or both) in the United Kingdom, any person who in the United Kingdom causes it to be so conveyed knowing it to contain such an indication as is mentioned in subsection (1) above is guilty of an offence.

(4) A person who publishes or causes to be published in the United Kingdom an advertisement to which this section applies (not being an advertisement contained in a newspaper or periodical or conveyed by means of [F12an electronic communications network]) is guilty of an offence.

(5) A person who distributes or causes to be distributed in the United Kingdom an advertisement to which this section applies (not being an advertisement contained in a newspaper or periodical published outside the United Kingdom or an advertisement conveyed by means of [F1 2 an electronic communications network]) knowing it to contain such an indication as is mentioned in subsection (1) above is guilty of an offence.

4 Offences.

(1) A person guilty of an offence under this Act shall be liable on summary conviction—

(a) in the case of an offence under section 2 to a fine not exceeding level 5 on the standard scale or to imprisonment for a term not exceeding 3 months or both,

(b) in the case of an offence under section 3 to a fine not exceeding level 5 on the standard scale.F14. . .

(2) No proceedings for an offence under this Act shall be instituted—

(a) in England and Wales, except by or with the consent of the Director of Public Prosecutions; and

(b) in Northern Ireland, except by or with the consent of the Director of Public Prosecutions for Northern Ireland.

(3) Where an offence under this Act committed by a body corporate is proved to have been committed with the consent or connivance of, or to be attributable to any neglect on the part of, any director, manager, secretary or other similar officer of the body corporate or any person who was purporting to act in any such capacity, he as well as the body corporate is guilty of the offence and is liable to be proceeded against and punished accordingly.

(4) Where the affairs of a body corporate are managed by its members, subsection (3) above shall apply in relation to the acts and defaults of a member in connection with his functions of management as if he were a director of the body corporate.

(5) In any proceedings for an offence under section 2 of this Act, proof of things done or of words written, spoken or published (whether or not in the presence of any party to the proceedings) by any person taking part in the management or control of a body of persons or of any of the body, or by a person doing any of the acts mentioned in subsection (1)(a) to (c) of that section on behalf of the body, shall be admissible as evidence of the activities of the body.

(6) In relation to an offence under this Act, section 127(1) of the Magistrates' Courts Act 1980 (information must be laid within six months of commission of offence), [F15section 136(1) of the Criminal Procedure (Scotland) Act 1995](proceedings must be commenced within that time) and Article 19(1) of the M1Magistrates' Courts (Northern Ireland) Order 1981 (complaint must be made within that time) shall have effect as if for the reference to six months there were substituted a reference to two years.

5 Short title and extent.

- (1) This Act may be cited as the Surrogacy Arrangements Act 1985.
- (2) This Act extends to Northern Ireland.

Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (c. 37)

An Act to make provision in connection with human embryos and any subsequent development of such embryos; to prohibit certain practices in connection with embryos and gametes; to establish a Human Fertilisation and Embryology Authority; to make provision about the persons who in certain circumstances are to be treated in law as the parents of a child; and to amend the Surrogacy Arrangements Act 1985.

Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (c. 37)

1990 CHAPTER 37

ARRANGEMENT OF SECTIONS

Principal terms used

1. Meaning of “embryo”, “gamete” and associated expressions.
2. Other terms.
 - Activities governed by the Act
3. Prohibitions in connection with embryos.
4. Prohibitions in connection with gametes.

The Human Fertilisation and Embryology Authority, its functions and procedure

5. The Human Fertilisation and Embryology Authority.
6. Accounts and audit.
7. Reports to Secretary of State.
8. General functions of the Authority.
9. Licence committees and other committees.
10. Licensing procedure.

Scope of licences

11. Licences for treatment, storage and research.

Licence conditions

12. General conditions.
13. Conditions of licences for treatment.
14. Conditions of storage licences.
15. Conditions of research licences.

Grant, revocation and suspension of licences

16. Grant of licence.
17. The person responsible.
18. Revocation and variation of licence.
19. Procedure for refusal, variation or revocation of licence.
20. Appeal to Authority against determinations of licence committee.
21. Appeals to High Court or Court of Session.
22. Temporary suspension of licence.

Directions and guidance

23. Directions: general.
24. Directions as to particular matters.
25. Code of practice.
26. Procedure for approval of code.

Status

27. Meaning of “mother”.
28. Meaning of “father”.
29. Effect of sections 27 and 28.
30. Parental orders in favour of gamete donors.

Information

31. The Authority's register of information.
32. Information to be provided to Registrar General.
33. Restrictions on disclosure of information.
34. Disclosure in interests of justice.
35. Disclosure in interests of justice: congenital disabilities, etc.

Surrogacy

36. Amendment of Surrogacy Arrangements Act 1985.

Abortion

37. Amendment of law relating to termination of pregnancy.

Conscientious objection

38. Conscientious objection.

Enforcement

39. Powers of members and employees of Authority.
40. Power to enter premises.

Offences

41. Offences.
42. Consent to prosecution.

Miscellaneous and General

43. Keeping and examining gametes and embryos in connection with crime, etc.
44. Civil liability to child with disability.
45. Regulations.
46. Notices.
47. Index.

48. Northern Ireland.

49. Short title, commencement, etc.

Schedule 1 The Authority: supplementary provisions.

Schedule 2 Activities for which licences may be granted.

Schedule 3 Consents to use of gametes or embryos.

Schedule 4 Status: amendments of enactments.

Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (c. 37) -continued

An Act to make provision in connection with human embryos and any subsequent development of such embryos; to prohibit certain practices in connection with embryos and gametes; to establish a Human Fertilisation and Embryology Authority; to make provision about the persons who in certain circumstances are to be treated in law as the parents of a child; and to amend the Surrogacy Arrangements Act 1985.

Be it enacted by the Queen's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows:—

Principal terms used

1 Meaning of “embryo”, “gamete” and associated expressions

(1) In this Act, except where otherwise stated—

(a) embryo means a live human embryo where fertilisation is complete, and

(b) references to an embryo include an egg in the process of fertilisation, and,

for this purpose, fertilisation is not complete until the appearance of a two cell zygote.

(2) This Act, so far as it governs bringing about the creation of an embryo, applies only to bringing about the creation of an embryo outside the human body; and in this Act—

(a) references to embryos the creation of which was brought about in vitro (in their application to those where fertilisation is complete) are to those where fertilisation began outside the human body whether or not it was completed there, and

(b) references to embryos taken from a woman do not include embryos whose creation was brought about in vitro.

(3) This Act, so far as it governs the keeping or use of an embryo, applies only to keeping or using an embryo outside the human body.

(4) References in this Act to gametes, eggs or sperm, except where otherwise stated, are to live human gametes, eggs or sperm but references below in this Act to gametes or eggs do not include eggs in the process of fertilisation.

2 Other terms

(1) In this Act—

“the Authority” means the Human Fertilisation and Embryology Authority established under section 5 of this Act, “directions” means directions under section 23 of this Act, “licence” means a licence under Schedule 2 to this Act and, in relation to a licence, “the person responsible” has the meaning given by section 17 of this Act, and “treatment services” means medical, surgical or obstetric services provided to the public or a section of the public for the purpose of assisting women to carry children.

(2) References in this Act to keeping, in relation to embryos or gametes, include keeping while preserved, whether preserved by cryopreservation or in any other way; and embryos or gametes so kept are referred to in this Act as “stored” (and “store” and “storage” are to be interpreted accordingly).

(3) For the purposes of this Act, a woman is not to be treated as carrying a child until the embryo has become implanted.

Activities governed by the Act

3 Prohibitions in connection with embryos

(1) No person shall—

- (a) bring about the creation of an embryo, or
- (b) keep or use an embryo, except in pursuance of a licence.

(2) No person shall place in a woman—

- (a) a live embryo other than a human embryo, or

(b) any live gametes other than human gametes.

(3) A licence cannot authorise—

(a) keeping or using an embryo after the appearance of the primitive streak,

(b) placing an embryo in any animal,

(c) keeping or using an embryo in any circumstances in which regulations prohibit its keeping or use, or

(d) replacing a nucleus of a cell of an embryo with a nucleus taken from a cell of any person, embryo or subsequent development of an embryo.

(4) For the purposes of subsection (3)(a) above, the primitive streak is to be taken to have appeared in an embryo not later than the end of the period of 14 days beginning with the day when the gametes are mixed, not counting any time during which the embryo is stored.

4 Prohibitions in connection with gametes

(1) No person shall—

(a) store any gametes, or

(b) in the course of providing treatment services for any woman, use the sperm of any man unless the services are being provided for the woman and the man together or use the eggs of any other woman, or

(c) mix gametes with the live gametes of any animal, except in pursuance of a licence.

(2) A licence cannot authorise storing or using gametes in any circumstances in which regulations prohibit their storage or use.

(3) No person shall place sperm and eggs in a woman in any circumstances specified in regulations except in pursuance of a licence.

(4) Regulations made by virtue of subsection (3) above may provide that, in relation to licences only to place sperm and eggs in a woman in such circumstances, sections 12 to 22 of this Act shall have effect with such modifications as may be specified in the regulations.

(5) Activities regulated by this section or section 3 of this Act are referred to in this Act as “activities governed by this Act”.

The Human Fertilisation and Embryology Authority, its functions and procedure

5 The Human Fertilisation and Embryology Authority

(1) There shall be a body corporate called the Human Fertilisation and Embryology Authority.

(2) The Authority shall consist of—

(a) a chairman and deputy chairman, and

(b) such number of other members as the Secretary of State appoints.

(3) Schedule 1 to this Act (which deals with the membership of the Authority, etc.) shall have effect.

6 Accounts and audit

(1) The Authority shall keep proper accounts and proper records in relation to the accounts and shall prepare for each accounting year a statement of accounts.

(2) The annual statement of accounts shall comply with any direction given by the Secretary of State, with the approval of the Treasury, as to the information to be contained in the statement, the way in which the information is to be presented or the methods and principles according to which the statement is to be prepared.

(3) Not later than five months after the end of an accounting year, the Authority shall send a copy of the statement of accounts for that year to the Secretary of State and to the Comptroller and Auditor General.

(4) The Comptroller and Auditor General shall examine, certify and report on every statement of accounts received by him under subsection (3) above and shall lay a copy of the statement and of his report before each House of Parliament.

(5) The Secretary of State and the Comptroller and Auditor General may inspect any records relating to the accounts.

(6) In this section “accounting year” means the period beginning with the day when the Authority is established and ending with the following 31st March, or any later period of twelve months ending with the 31st March.

7 Reports to Secretary of State

(1) The Authority shall prepare a report for the first twelve months of its existence, and a report for each succeeding period of twelve months, and shall send each report to the Secretary of State as soon as practicable after the end of the period for which it is prepared.

(2) A report prepared under this section for any period shall deal with the activities of the Authority in the period and the activities the Authority proposes to undertake in the succeeding period of twelve months.

(3) The Secretary of State shall lay before each House of Parliament a copy of every report received by him under this section.

8 General functions of the Authority

The Authority shall—

(a) keep under review information about embryos and any subsequent development of embryos and about the provision of treatment services and activities governed by this Act, and advise the Secretary of State, if he asks it to do so, about those matters,

(b) publicise the services provided to the public by the Authority or provided in pursuance of licences,

(c) provide, to such extent as it considers appropriate, advice and information for persons to whom licences apply or who are receiving treatment services or providing gametes or embryos for use for the purposes of activities governed by this Act, or may wish to do so, and

(d) perform such other functions as may be specified in regulations.

9 Licence committees and other committees

(1) The Authority shall maintain one or more committees to discharge the Authority's functions relating to the grant, variation, suspension and revocation of licences, and a committee discharging those functions is referred to in this Act as a "licence committee".

(2) The Authority may provide for the discharge of any of its other functions by committees or by members or employees of the Authority.

(3) A committee (other than a licence committee) may appoint sub-committees.

(4) Persons, committees or sub-committees discharging functions of the Authority shall do so in accordance with any general directions of the Authority.

(5) A licence committee shall consist of such number of persons as may be specified in or determined in accordance with regulations, all being members of the Authority, and shall include at least one person who is not authorised to carry on or participate in any activity under the authority of a licence and would not be so authorised if outstanding applications were granted.

(6) A committee (other than a licence committee) or a sub-committee may include a minority of persons who are not members of the Authority.

(7) Subject to subsection (10) below, a licence committee, before considering an application for authority—

(a) for a person to carry on an activity governed by this Act which he is not then authorised to carry on, or

(b) for a person to carry on any such activity on premises where he is not then authorised to carry it on, shall arrange for the premises where the activity is to be carried on to be inspected on its behalf, and for a report on the inspection to be made to it.

(8) Subject to subsection (9) below, a licence committee shall arrange for any premises to which a licence relates to be inspected on its behalf once in each calendar year, and for a report on the inspection to be made to it.

(9) Any particular premises need not be inspected in any particular year if the licence committee considers an inspection in that year unnecessary.

(10) A licence committee need not comply with subsection (7) above where the premises in question have been inspected in pursuance of that subsection or subsection (8) above at some time during the period of one year ending with the date of the application, and the licence committee considers that a further inspection is not necessary.

(11) An inspection in pursuance of subsection (7) or (8) above may be carried out by a person who is not a member of a licence committee.

10 Licensing procedure

(1) Regulations may make such provision as appears to the Secretary of State to be necessary or desirable about the proceedings of licence committees and of the Authority on any appeal from such a committee.

(2) The regulations may in particular include provision—

- (a) for requiring persons to give evidence or to produce documents, and
- (b) about the admissibility of evidence.

Scope of licences

11 Licences for treatment, storage and research

(1) The Authority may grant the following and no other licences—

- (a) licences under paragraph 1 of Schedule 2 to this Act authorising activities in the course of providing treatment services,
- (b) licences under that Schedule authorising the storage of gametes and embryos, and
- (c) licences under paragraph 3 of that Schedule authorising activities for the purposes of a project of research.

(2) Paragraph 4 of that Schedule has effect in the case of all licences.

Licence conditions

12 General conditions

The following shall be conditions of every licence granted under this Act—

- (a) that the activities authorised by the licence shall be carried on only on the premises to which the licence relates and under the supervision of the person responsible
- (b) that any member or employee of the Authority, on production, if so required, of a document identifying the person as such, shall at all reasonable times be permitted to enter those premises and inspect them (which includes inspecting any equipment or records and observing any activity),
- (c) that the provisions of Schedule 3 to this Act shall be complied with,
- (d) that proper records shall be maintained in such form as the Authority may specify in directions,
- (e) that no money or other benefit shall be given or received in respect of any supply of gametes or embryos unless authorised by directions,
- (f) that, where gametes or embryos are supplied to a person to whom another licence applies, that person shall also be provided with such information as the Authority may specify in directions, and

(g) that the Authority shall be provided, in such form and at such intervals as it may specify in directions, with such copies of or extracts from the records, or such other information, as the directions may specify.

13 Conditions of licences for treatment

(1) The following shall be conditions of every licence under paragraph 1 of Schedule 2 to this Act.

(2) Such information shall be recorded as the Authority may specify in directions about the following—

- (a) the persons for whom services are provided in pursuance of the licence,
- (b) the services provided for them,
- (c) the persons whose gametes are kept or used for the purposes of services provided in pursuance of the licence or whose gametes have been used in bringing about the creation of embryos so kept or used,
- (d) any child appearing to the person responsible to have been born as a result of treatment in pursuance of the licence,
- (e) any mixing of egg and sperm and any taking of an embryo from a woman or other acquisition of an embryo, and
- (f) such other matters as the Authority may specify in directions.

(3) The records maintained in pursuance of the licence shall include any information recorded in pursuance of subsection (2) above and any consent of a person whose consent is required under Schedule 3 to this Act.

(4) No information shall be removed from any records maintained in pursuance of the licence before the expiry of such period as may be specified in directions for records of the class in question.

(5) A woman shall not be provided with treatment services unless account has been taken of the welfare of any child who may be born as a result of the treatment (including the need of that child for a father), and of any other child who may be affected by the birth.

(6) A woman shall not be provided with any treatment services involving—

- (a) the use of any gametes of any person, if that person's consent is required under paragraph 5 of Schedule 3 to this Act for the use in question,

(b) the use of any embryo the creation of which was brought about in vitro, or
 (c) the use of any embryo taken from a woman, if the consent of the woman from whom it was taken is required under paragraph 7 of that Schedule for the use in question, unless the woman being treated and, where she is being treated together with a man, the man have been given a suitable opportunity to receive proper counselling about the implications of taking the proposed steps, and have been provided with such relevant information as is proper.

(7) Suitable procedures shall be maintained—

(a) for determining the persons providing gametes or from whom embryos are taken for use in pursuance of the licence, and

(b) for the purpose of securing that consideration is given to the use of practices not requiring the authority of a licence as well as those requiring such authority.

14 Conditions of storage licences

(1) The following shall be conditions of every licence authorising the storage of gametes or embryos—

(a) that gametes of a person or an embryo taken from a woman shall be placed in storage only if received from that person or woman or acquired from a person to whom a licence applies and that an embryo the creation of which has been brought about in vitro otherwise than in pursuance of that licence shall be placed in storage only if acquired from a person to whom a licence applies,

(b) that gametes or embryos which are or have been stored shall not be supplied to a person otherwise than in the course of providing treatment services unless that person is a person to whom a licence applies,

(c) that no gametes or embryos shall be kept in storage for longer than the statutory storage period and, if stored at the end of the period, shall be allowed to perish, and

(d) that such information as the Authority may specify in directions as to the persons whose consent is required under Schedule 3 to this Act, the terms of their consent and the circumstances of the storage and as to such other matters as the Authority may specify in directions shall be included in the records maintained in pursuance of the licence.

(2) No information shall be removed from any records maintained in pursuance of such a licence before the expiry of such period as may be specified in directions for records of the class in question.

(3) The statutory storage period in respect of gametes is such period not exceeding ten years as the licence may specify.

(4) The statutory storage period in respect of embryos is such period not exceeding five years as the licence may specify.

(5) Regulations may provide that subsection (3) or (4) above shall have effect as if for ten years or, as the case may be, five years there were substituted—

(a) such shorter period, or

(b) in such circumstances as may be specified in the regulations, such longer period, as may be specified in the regulations.

15 Conditions of research licences

(1) The following shall be conditions of every licence under paragraph 3 of Schedule 2 to this Act.

(2) The records maintained in pursuance of the licence shall include such information as the Authority may specify in directions about such matters as the Authority may so specify

(3) No information shall be removed from any records maintained in pursuance of the licence before the expiry of such period as may be specified in directions for records of the class in question.

(4) No embryo appropriated for the purposes of any project of research shall be kept or used otherwise than for the purposes of such a project.

Grant, revocation and suspension of licences

16 Grant of licence

(1) Where application is made to the Authority in a form approved for the purpose by it accompanied by the initial fee, a licence may be granted to any person by a licence committee if the requirements of subsection

(2) below are met and any additional fee is paid

(2) The requirements mentioned in subsection (1) above are—

(a) that the application is for a licence designating an individual as the person under whose supervision the activities to be authorised by the licence are to be carried on,

(b) that either that individual is the applicant or—

(i) the application is made with the consent of that individual, and

(ii) the licence committee is satisfied that the applicant is a suitable person to hold licence,

(c) that the licence committee is satisfied that the character, qualifications and experience of that individual are such as are required for the supervision of the activities and that the individual will discharge the duty under section 17 of this Act,

(d) that the licence committee is satisfied that the premises in respect of which the licence is to be granted are suitable for the activities, and

(e) that all the other requirements of this Act in relation to the granting of the licence are satisfied.

(3) The grant of a licence to any person may be by way of renewal of a licence granted to that person, whether on the same or different terms.

(4) Where the licence committee is of the opinion that the information provided in the application is insufficient to enable it to determine the application, it need not consider the application until the applicant has provided it with such further information as it may require him to provide.

(5) The licence committee shall not grant a licence unless a copy of the conditions to be imposed by the licence has been shown to, and acknowledged in writing by, the applicant and (where different) the person under whose supervision the activities are to be carried on.

(6) In subsection (1) above “initial fee” and “additional fee” mean a fee of such amount as may be fixed from time to time by the Authority with the approval of the Secretary of State and the Treasury, and in determining any such amount, the Authority may have regard to the costs of performing all its functions.

(7) Different fees may be fixed for different circumstances and fees paid under this section are not repayable

17 The person responsible

(1) It shall be the duty of the individual under whose supervision the activities authorised by a licence are carried on (referred to in this Act as the “person responsible”) to secure—

(a) that the other persons to whom the licence applies are of such character, and are so qualified by training and experience, as to be suitable persons to participate in the activities authorised by the licence,

(b) that proper equipment is used,

(c) that proper arrangements are made for the keeping of gametes and embryos and for the disposal of gametes or embryos that have been allowed to perish,

(d) that suitable practices are used in the course of the activities, and

(e) that the conditions of the licence are complied with.

(2) References in this Act to the persons to whom a licence applies are to—

(a) the person responsible,

(b) any person designated in the licence, or in a notice given to the Authority by the person who holds the licence or the person responsible, as a person to whom the licence applies,

(c) any person acting under the direction of the person responsible or of any person so designated.

(3) References below in this Act to the nominal licensee are to a person who holds a licence under which a different person is the person responsible.

18 Revocation and variation of licence

(1) A licence committee may revoke a licence if it is satisfied—

(a) that any information given for the purposes of the application for the grant of the licence was in any material respect false or misleading,

(b) that the premises to which the licence relates are no longer suitable for the activities authorised by the licence,

(c) that the person responsible has failed to discharge, or is unable because of incapacity to discharge, the duty under section 17 of this Act or has failed to comply with directions given in connection with any licence, or

(d) that there has been any other material change of circumstances since the licence was granted.

(2) A licence committee may also revoke a licence if—

(a) it ceases to be satisfied that the character of the person responsible is such as is required for the supervision of those activities or that the nominal licensee is a suitable person to hold a licence, or

(b) the person responsible dies or is convicted of an offence under this Act.

(3) Where a licence committee has power to revoke a licence under subsection (1) above it may instead vary any terms of the licence.

(4) A licence committee may, on an application by the person responsible or the nominal licensee, vary or revoke a licence.

(5) A licence committee may, on an application by the nominal licensee, vary the licence so as to designate another individual in place of the person responsible if—

(a) the committee is satisfied that the character, qualifications and experience of the other individual are such as are required for the supervision of the activities authorised by the licence and that the individual will discharge the duty under section 17 of this Act, and

(b) the application is made with the consent of the other individual.

(6) Except on an application under subsection (5) above, a licence can only be varied under this section—

(a) so far as it relates to the activities authorised by the licence, the manner in which they are conducted or the conditions of the licence, or

(b) so as to extend or restrict the premises to which the licence relates

19 Procedure for refusal, variation or revocation of licence

(1) Where a licence committee proposes to refuse a licence or to refuse to vary a licence so as to designate another individual in place of the person responsible, the committee shall give notice of the proposal, the reasons for it and the effect of subsection (3) below to the applicant.

(2) Where a licence committee proposes to vary or revoke a licence, the committee shall give notice of the proposal, the reasons for it and the effect of subsection (3) below to the person responsible and the nominal licensee (but not to any person who has applied for the variation or revocation).

(3) If, within the period of twenty-eight days beginning with the day on which notice of the proposal is given, any person to whom notice was given under subsection (1) or (2) above gives notice to the committee of a wish to make to the committee representations about the proposal in any way mentioned in subsection (4) below, the committee shall, before making its determination, give the person an opportunity to make representations in that way.

(4) The representations may be—

(a) oral representations made by the person, or another acting on behalf of the person, at a meeting of the committee, and

(b) written representations made by the person.

(5) A licence committee shall—

(a) in the case of a determination to grant a licence, give notice of the determination to the person responsible and the nominal licensee,

(b) in the case of a determination to refuse a licence, or to refuse to vary a licence so as to designate another individual in place of the person responsible, give such notice to the applicant, and

(c) in the case of a determination to vary or revoke a licence, give such notice to the person responsible and the nominal licensee.

(6) A licence committee giving notice of a determination to refuse a licence or to refuse to vary a licence so as to designate another individual in place of the person responsible, or of a determination to vary or revoke a licence otherwise than on an application by the person responsible or the nominal licensee, shall give in the notice the reasons for its decision.

20 Appeal to Authority against determinations of licence committee

(1) Where a licence committee determines to refuse a licence or to refuse to vary a licence so as to designate another individual in place of the person responsible, the applicant may appeal to the Authority if notice has been given to the committee and to the Authority before the end of the period of twenty-eight days beginning with the date on which notice of the committee's determination was served on the applicant.

(2) Where a licence committee determines to vary or revoke a licence, any person on whom notice of the determination was served (other than a person who applied for the variation or revocation) may appeal to the Authority if notice has been given to the committee and to the Authority before the

end of the period of twenty-eight days beginning with the date on which notice of the committee's determination was served.

(3) An appeal under this section shall be by way of rehearing by the Authority and no member of the Authority who took any part in the proceedings resulting in the determination appealed against shall take any part in the proceedings on appeal.

(4) On the appeal—

(a) the appellant shall be entitled to appear or be represented,

(b) the members of the licence committee shall be entitled to appear, or the committee shall be entitled to be represented, and

(c) the Authority shall consider any written representations received from the appellant or any member of the committee and may take into account any matter that could be taken into account by a licence committee, and the Authority may make such determination on the appeal as it thinks fit.

(5) The Authority shall give notice of its determination to the appellant and, if it is a determination to refuse a licence or to refuse to vary a licence so as to designate another individual in place of the person responsible or a determination to vary or revoke a licence, shall include in the notice the reasons for the decision.

(6) The functions of the Authority on an appeal under this section cannot be discharged by any committee, member or employee of the Authority and, for the purposes of the appeal, the quorum shall not be less than five.

21 Appeals to High Court or Court of Session

Where the Authority determines under section 20 of this Act—

(a) to refuse a licence or to refuse to vary a licence so as to designate another individual in place of the person responsible, or

(b) to vary or revoke a licence, any person on whom notice of the determination was served may appeal to the High Court or, in Scotland, the Court of Session on a point of law.

22 Temporary suspension of licence

(1) Where a licence committee—

(a) has reasonable grounds to suspect that there are grounds for revoking the licence under section 18 of this Act, and

(b) is of the opinion that the licence should immediately be suspended, it may by notice suspend the licence for such period not exceeding three months as may be specified in the notice.

(2) Notice under subsection (1) above shall be given to the person responsible or, where the person responsible has died or appears to the licence committee to be unable because of incapacity to discharge the duty under section 17 of this Act, to some other person to whom the licence applies or the nominal licensee and a licence committee may, by a further notice to that person, renew or further renew the notice under subsection (1) above for such further period not exceeding three months as may be specified in the renewal notice.

(3) While suspended under this section a licence shall be of no effect, but application may be made under section 18(5) of this Act by the nominal licensee to designate another individual as the person responsible.

Directions and guidance

23 Directions: general

(1) The Authority may from time to time give directions for any purpose for which directions may be given under this Act or directions varying or revoking such directions.

(2) A person to whom any requirement contained in directions is applicable shall comply with the requirement.

(3) Anything done by a person in pursuance of directions is to be treated for the purposes of this Act as done in pursuance of a licence.

(4) Where directions are to be given to a particular person, they shall be given by serving notice of the directions on the person.

(5) In any other case, directions may be given—

(a) in respect of any licence (including a licence which has ceased to have effect), by serving notice of the directions on the person who is or was the person responsible or the nominal licensee, or

(b) if the directions appear to the Authority to be general directions or it appears to the Authority that it is not practicable to give notice in pursuance of paragraph (a) above, by

publishing the directions in such way as, in the opinion of the Authority, is likely to bring the directions to the attention of the persons to whom they are applicable.

(6) This section does not apply to directions under section 9(4) of this Act.

24 Directions as to particular matters

(1) If, in the case of any information about persons for whom treatment services were provided, the person responsible does not know that any child was born following the treatment, the period specified in directions by virtue of section 13(4) of this Act shall not expire less than 50 years after the information was first recorded.

(2) In the case of every licence under paragraph 1 of Schedule 2 to this Act, directions shall require information to be recorded and given to the Authority about each of the matters referred to in section 13(2)(a) to (e) of this Act.

(3) Directions may authorise, in such circumstances and subject to such conditions as may be specified in the directions, the keeping, by or on behalf of a person to whom a licence applies, of gametes or embryos in the course of their carriage to or from any premises.

(4) Directions may authorise any person to whom a licence applies to receive gametes or embryos from outside the United Kingdom or to send gametes or embryos outside the United Kingdom in such circumstances and subject to such conditions as may be specified in the directions, and directions made by virtue of this subsection may provide for sections 12 to 14 of this Act to have effect with such modifications as may be specified in the directions.

(5) A licence committee may from time to time give such directions as are mentioned in subsection (7) below where a licence has been varied or has ceased to have effect (whether by expiry, suspension, revocation or otherwise).

(6) A licence committee proposing to suspend, revoke or vary a licence may give such directions as are mentioned in subsection (7) below.

(7) The directions referred to in subsections (5) and (6) above are directions given for the purpose of securing the continued discharge of the duties of the person responsible under the licence concerned (“the old licence”), and such directions may, in particular—

(a) require anything kept or information held in pursuance of the old licence to be transferred to the Authority or any other person, or

(b) provide for the discharge of the duties in question by any individual, being an individual whose character, qualifications and experience are, in the opinion of the committee, such as are required for the supervision of the activities authorised by the old licence, and authorise those activities to be carried on under the supervision of that individual, but cannot require any individual to discharge any of those duties unless the individual has consented in writing to do so.

(8) Directions for the purpose referred to in subsection (7)(a) above shall be given to the person responsible under the old licence or, where that person has died or appears to the licence committee to have become unable because of incapacity to discharge the duties in question, to some other person to whom the old licence applies or applied or to the nominal licensee.

(9) Directions for the purpose referred to in subsection (7)(b) above shall be given to the individual who under the directions is to discharge the duty.

(10) Where a person who holds a licence dies, anything done subsequently by an individual which that individual would have been authorised to do if the licence had continued in force shall, until directions are given by virtue of this section, be treated as authorised by a licence.

(11) Where the Authority proposes to give directions specifying any animal for the purposes of paragraph 1(1)(f) or 3(5) of Schedule 2 to this Act, it shall report the proposal to the Secretary of State; and the directions shall not be given until the Secretary of State has laid a copy of the report before each House of Parliament.

25 Code of practice

(1) The Authority shall maintain a code of practice giving guidance about the proper conduct of activities carried on in pursuance of a licence under this Act and the proper discharge of the functions of the person responsible and other persons to whom the licence applies.

(2) The guidance given by the code shall include guidance for those providing treatment services about the account to be taken of the welfare of children who may be born as a result of treatment services (including a child's need for a father), and of other children who may be affected by such births.

(3) The code may also give guidance about the use of any technique involving the placing of sperm and eggs in a woman.

(4) The Authority may from time to time revise the whole or any part of the code.

(5) The Authority shall publish the code as for the time being in force.

(6) A failure on the part of any person to observe any provision of the code shall not of itself render the person liable to any proceedings, but—

(a) a licence committee shall, in considering whether there has been any failure to comply with any conditions of a licence and, in particular, conditions requiring anything to be “proper” or “suitable”, take account of any relevant provision of the code, and

(b) a licence committee may, in considering, where it has power to do so, whether or not to vary or revoke a licence, take into account any observance of or failure to observe the provisions of the code.

26 Procedure for approval of code

(1) The Authority shall send a draft of the proposed first code of practice under section 25 of this Act to the Secretary of State within twelve months of the commencement of section 5 of this Act.

(2) If the Authority proposes to revise the code or, if the Secretary of State does not approve a draft of the proposed first code, to submit a further draft, the Authority shall send a draft of the revised code or, as the case may be, a further draft of the proposed first code to the Secretary of State.

(3) Before preparing any draft, the Authority shall consult such persons as the Secretary of State may require it to consult and such other persons (if any) as it considers appropriate.

(4) If the Secretary of State approves a draft, he shall lay it before Parliament and, if he does not approve it, he shall give reasons to the Authority.

(5) A draft approved by the Secretary of State shall come into force in accordance with directions.

Status

27 Meaning of “mother”

(1) The woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child.

(2) Subsection (1) above does not apply to any child to the extent that the child is treated by virtue of adoption as not being the child of any person other than the adopter or adopters.

(3) Subsection (1) above applies whether the woman was in the United Kingdom or elsewhere at the time of the placing in her of the embryo or the sperm and eggs.

28 Meaning of “father”

(1) This section applies in the case of a child who is being or has been carried by a woman as the result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs or her artificial insemination.

(2) If—

(a) at the time of the placing in her of the embryo or the sperm and eggs or of her insemination, the woman was a party to a marriage, and

(b) the creation of the embryo carried by her was not brought about with the sperm of the other party to the marriage, then, subject to subsection (5) below, the other party to the marriage shall be treated as the father of the child unless it is shown that he did not consent to the placing in her of the embryo or the sperm and eggs or to her insemination (as the case may be).

(3) If no man is treated, by virtue of subsection (2) above, as the father of the child but—

(a) the embryo or the sperm and eggs were placed in the woman, or she was artificially inseminated, in the course of treatment services provided for her and a man together by a person to whom a licence applies, and

(b) the creation of the embryo carried by her was not brought about with the sperm of that man, then, subject to subsection (5) below, that man shall be treated as the father of the child.

(4) Where a person is treated as the father of the child by virtue of subsection (2) or (3) above, no other person is to be treated as the father of the child.

(5) Subsections (2) and (3) above do not apply—

(a) in relation to England and Wales and Northern Ireland, to any child who, by virtue of the rules of common law, is treated as the legitimate child of the parties to a marriage,

(b) in relation to Scotland, to any child who, by virtue of any enactment or other rule of law, is treated as the child of the parties to a marriage, or

(c) to any child to the extent that the child is treated by virtue of adoption as not being the child of any person other than the adopter or adopters.

(6) Where—

(a) the sperm of a man who had given such consent as is required by paragraph 5 of Schedule 3 to this Act was used for a purpose for which such consent was required, or

(b) the sperm of a man, or any embryo the creation of which was brought about with his sperm, was used after his death, he is not to be treated as the father of the child.

(7) The references in subsection (2) above to the parties to a marriage at the time there referred to

(a) are to the parties to a marriage subsisting at that time, unless a judicial separation was then in force, but

(b) include the parties to a void marriage if either or both of them reasonably believed at that time that the marriage was valid; and for the purposes of this subsection it shall be presumed, unless the contrary is shown, that one of them reasonably believed at that time that the marriage was valid.

(8) This section applies whether the woman was in the United Kingdom or elsewhere at the time of the placing in her of the embryo or the sperm and eggs or her artificial insemination.

(9) In subsection (7)(a) above, “judicial separation” includes a legal separation obtained in a country outside the British Islands and recognised in the United Kingdom.

29 Effect of sections 27 and 28

(1) Where by virtue of section 27 or 28 of this Act a person is to be treated as the mother or father of a child, that person is to be treated in law as the mother or, as the case may be, father of the child for all purposes.

(2) Where by virtue of section 27 or 28 of this Act a person is not to be treated as the mother or father of a child, that person is to be treated in law as not being the mother or, as the case may be, father of the child for any purpose.

(3) Where subsection (1) or (2) above has effect, references to any relationship between two people in any enactment, deed or other instrument or document (whenever passed or made) are to be read accordingly.

(4) In relation to England and Wales and Northern Ireland, nothing in the provisions of section 27(1) or 28(2) to (4), read with this section, affects—

(a) the succession to any dignity or title of honour or renders any person capable of succeeding to or transmitting a right to succeed to any such dignity or title, or

(b) the devolution of any property limited (expressly or not) to devolve (as nearly as the law permits) along with any dignity or title of honour.

(5) In relation to Scotland—

(a) those provisions do not apply to any title, coat of arms, honour or dignity transmissible on the death of the holder thereof or affect the succession thereto or the devolution thereof, and

(b) where the terms of any deed provide that any property or interest in property shall devolve along with a title, coat of arms, honour or dignity, nothing in those provisions shall prevent that property or interest from so devolving.

30 Parental orders in favour of gamete donors

(1) The court may make an order providing for a child to be treated in law as the child of the parties to a marriage (referred to in this section as “the husband” and “the wife”) if—

(a) the child has been carried by a woman other than the wife as the result of the placing in her of an embryo or sperm and eggs or her artificial insemination,

(b) the gametes of the husband or the wife, or both, were used to bring about the creation of the embryo, and

(c) the conditions in subsections (2) to (7) below are satisfied.

(2) The husband and the wife must apply for the order within six months of the birth of the child or, in the case of a child born before the coming into force of this Act, within six months of such coming into force.

(3) At the time of the application and of the making of the order—

(a) the child’s home must be with the husband and the wife, and

(b) the husband or the wife, of both of them, must be domiciled in a part of the United Kingdom or in the Channel Islands or the Isle of Man.

(4) At the time of the making of the order both the husband and the wife must have attained the age of eighteen.

(5) The court must be satisfied that both the father of the child (including a person who is the father by virtue of section 28 of this Act), where he is not the husband, and the woman who carried the child have freely, and with full understanding of what is involved, agreed unconditionally to the making of the order.

(6) Subsection (5) above does not require the agreement of a person who cannot be found or is incapable of giving agreement and the agreement of the woman who carried the child is ineffective for the purposes of that subsection if given by her less than six weeks after the child’s birth.

(7) The court must be satisfied that no money or other benefit (other than for expenses reasonably incurred) has been given or received by the husband or the wife for or in consideration of

- (a) the making of the order,
- (b) any agreement required by subsection (5) above,
- (c) the handing over of the child to the husband and the wife, or
- (d) the making of any arrangements with a view to the making of the order, unless

authorised by the court.

(8) For the purposes of an application under this section—

(a) in relation to England and Wales, section 92(7) to (10) of, and Part I of Schedule 11 to, the [1989 c. 41.] Children Act 1989 (jurisdiction of courts) shall apply for the purposes of this section to determine the meaning of “the court” as they apply for the purposes of that Act and proceedings on the application shall be “family proceedings” for the purposes of that Act,

(b) in relation to Scotland, “the court” means the Court of Session or the sheriff court of the sheriffdom within which the child is, and

(c) in relation to Northern Ireland, “the court” means the High Court or any county court within whose division the child is.

(9) Regulations may provide—

(a) for any provision of the enactments about adoption to have effect, with such modifications (if any) as may be specified in the regulations, in relation to orders under this section, and applications for such orders, as it has effect in relation to adoption, and applications for adoption orders, and

(b) for references in any enactment to adoption, an adopted child or an adoptive relationship to be read (respectively) as references to the effect of an order under this section, a child to whom such an order applies and a relationship arising by virtue of the enactments about adoption, as applied by the regulations, and for similar expressions in connection with adoption to be read accordingly, and the regulations may include such incidental or supplemental provision as appears to the Secretary of State necessary or desirable in consequence of any provision made by virtue of paragraph (a) or (b) above.

(10) In this section “the enactments about adoption” means the [1976 c. 36.] Adoption Act 1976, the [1978 c. 28.] Adoption (Scotland) Act 1978 and the [S.I. 1987/2203 (N.I. 22).] Adoption (Northern Ireland) Order 1987.

(11) Subsection (1)(a) above applies whether the woman was in the United Kingdom or elsewhere at the time of the placing in her of the embryo or the sperm and eggs or her artificial insemination.

Information

31 The Authority's register of information

(1) The Authority shall keep a register which shall contain any information obtained by the Authority which falls within subsection (2) below.

(2) Information falls within this subsection if it relates to—

- (a) the provision of treatment services for any identifiable individual, or
- (b) the keeping or use of the gametes of any identifiable individual or of an embryo taken from any identifiable woman, or if it shows that any identifiable individual was, or may have been, born in consequence of treatment services.

(3) A person who has attained the age of eighteen ("the applicant") may by notice to the Authority require the Authority to comply with a request under subsection (4) below, and the Authority shall do so if—

- (a) the information contained in the register shows that the applicant was, or may have been, born in consequence of treatment services, and
- (b) the applicant has been given a suitable opportunity to receive proper counselling about the implications of compliance with the request.

(4) The applicant may request the Authority to give the applicant notice stating whether or not the information contained in the register shows that a person other than a parent of the applicant would or might, but for sections 27 to 29 of this Act, be a parent of the applicant and, if it does show that—

- (a) giving the applicant so much of that information as relates to the person concerned as the Authority is required by regulations to give (but no other information), or
- (b) stating whether or not that information shows that, but for sections 27 to 29 of this Act, the applicant, and a person specified in the request as a person whom the applicant proposes to marry, would or might be related.

(5) Regulations cannot require the Authority to give any information as to the identity of a person whose gametes have been used or from whom an embryo has been taken if a person to whom a

licence applied was provided with the information at a time when the Authority could not have been required to give information of the kind in question

(6) A person who has not attained the age of eighteen (“the minor”) may by notice to the Authority specifying another person (“the intended spouse”) as a person whom the minor proposes to marry require the Authority to comply with a request under subsection (7) below, and the Authority shall do so if—

(a) the information contained in the register shows that the minor was, or may have been, born in consequence of treatment services, and

(b) the minor has been given a suitable opportunity to receive proper counselling about the implications of compliance with the request.

(7) The minor may request the Authority to give the minor notice stating whether or not the information contained in the register shows that, but for sections 27 to 29 of this Act, the minor and the intended spouse would or might be related.

32 Information to be provided to Registrar General

(1) This section applies where a claim is made before the Registrar General that a man is or is not the father of a child and it is necessary or desirable for the purpose of any function of the Registrar General to determine whether the claim is or may be well-founded.

(2) The Authority shall comply with any request made by the Registrar General by notice to the Authority to disclose whether any information on the register kept in pursuance of section 31 of this Act tends to show that the man may be the father of the child by virtue of section 28 of this Act and, if it does, disclose that information.

(3) In this section and section 33 of this Act, “the Registrar General” means the Registrar General for England and Wales, the Registrar General of Births, Deaths and Marriages for Scotland or the Registrar General for Northern Ireland, as the case may be.

33 Restrictions on disclosure of information

(1) No person who is or has been a member or employee of the Authority shall disclose any information mentioned in subsection (2) below which he holds or has held as such a member or employee.

(2) The information referred to in subsection (1) above is—

(a) any information contained or required to be contained in the register kept in pursuance of section 31 of this Act, and

(b) any other information obtained by any member or employee of the Authority on terms or in circumstances requiring it to be held in confidence.

(3) Subsection (1) above does not apply to any disclosure of information mentioned in subsection (2)(a) above made—

(a) to a person as a member or employee of the Authority,

(b) to a person to whom a licence applies for the purposes of his functions as such,

(c) so that no individual to whom the information relates can be identified,

(d) in pursuance of an order of a court under section 34 or 35 of this Act,

(e) to the Registrar General in pursuance of a request under section 32 of this Act, or

(f) in accordance with section 31 of this Act.

(4) Subsection (1) above does not apply to any disclosure of information mentioned in subsection (2)(b) above—

(a) made to a person as a member or employee of the Authority,

(b) made with the consent of the person or persons whose confidence would otherwise be protected, or

(c) which has been lawfully made available to the public before the disclosure is made.

(5) No person who is or has been a person to whom a licence applies and no person to whom directions have been given shall disclose any information falling within section 31(2) of this Act which he holds or has held as such a person.

(6) Subsection (5) above does not apply to any disclosure of information made—

(a) to a person as a member or employee of the Authority,

(b) to a person to whom a licence applies for the purposes of his functions as such

(c) so far as it identifies a person who, but for sections 27 to 29 of this Act, would or might be a parent of a person who instituted proceedings under section 1A of the [1976 c. 28.] Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976, but only for the purpose of defending such proceedings, or instituting connected proceedings for compensation against that parent,

(d) so that no individual to whom the information relates can be identified, or

(e) in pursuance of directions given by virtue of section 24(5) or (6) of this Act.

(7) This section does not apply to the disclosure to any individual of information which—

(a) falls within section 31(2) of this Act by virtue of paragraph (a) or (b) of that subsection, and

(b) relates only to that individual or, in the case of an individual treated together with another, only to that individual and that other.

(8) At the end of Part IV of the [1984 c. 35.] Data Protection Act 1984 (Exemptions) there is inserted—

“35A Information about human embryos, etc

Personal data consisting of information showing that an identifiable individual was, or may have been, born in consequence of treatment services (within the meaning of the Human Fertilisation and Embryology Act 1990) are exempt from the subject access provisions except so far as their disclosure under those provisions is made in accordance with section 31 of that Act (the Authority’s register of information).”

34 Disclosure in interests of justice

(1) Where in any proceedings before a court the question whether a person is or is not the parent of a child by virtue of sections 27 to 29 of this Act falls to be determined, the court may on the application of any party to the proceedings make an order requiring the Authority—

(a) to disclose whether or not any information relevant to that question is contained in the register kept in pursuance of section 31 of this Act, and

(b) if it is, to disclose so much of it as is specified in the order, but such an order may not require the Authority to disclose any information falling within section 31(2)(b) of this Act.

(2) The court must not make an order under subsection (1) above unless it is satisfied that the interests of justice require it to do so, taking into account—

(a) any representations made by any individual who may be affected by the disclosure, and

(b) the welfare of the child, if under 18 years old, and of any other person under that age who may be affected by the disclosure.

(3) If the proceedings before the court are civil proceedings, it—

(a) may direct that the whole or any part of the proceedings on the application for an order under subsection (2) above shall be heard in camera, and

(b) if it makes such an order, may then or later direct that the whole or any part of any later stage of the proceedings shall be heard in camera.

(4) An application for a direction under subsection (3) above shall be heard in camera unless the court otherwise directs.

35 Disclosure in interests of justice: congenital disabilities, etc

(1) Where for the purpose of instituting proceedings under section 1 of the Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976 (civil liability to child born disabled) it is necessary to identify a person who would or might be the parent of a child but for sections 27 to 29 of this Act, the court may, on the application of the child, make an order requiring the Authority to disclose any information contained in the register kept in pursuance of section 31 of this Act identifying that person.

(2) Where, for the purposes of any action for damages in Scotland (including any such action which is likely to be brought) in which the damages claimed consist of or include damages or solatium in respect of personal injury (including any disease and any impairment of physical or mental condition), it is necessary to identify a person who would or might be the parent of a child but for sections 27 to 29 of this Act, the court may, on the application of any party to the action or, if the proceedings have not been commenced, the prospective pursuer, make an order requiring the Authority to disclose any information contained in the register kept in pursuance of section 31 of this Act identifying that person.

(3) Subsections (2) to (4) of section 34 of this Act apply for the purposes of this section as they apply for the purposes of that.

(4) After section 4(4) of the Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976 there is inserted—

“(4A) In any case where a child carried by a woman as the result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs or her artificial insemination is born disabled, any reference in section 1 of

this Act to a parent includes a reference to a person who would be a parent but for sections 27 to 29 of the Human Fertilisation and Embryology Act 1990.”.

Surrogacy

36 Amendment of Surrogacy Arrangements Act 1985

(1) After section 1 of the [1985 c. 49.] Surrogacy Arrangements Act 1985 there is inserted—
 “1A Surrogacy arrangements unenforceable, No surrogacy arrangement is enforceable by or against any of the persons making it.”

(2) In section 1 of that Act (meaning of “surrogate mother”, etc.)—

(a) in subsection (6), for “or, as the case may be, embryo insertion” there is substituted “or of the placing in her of an embryo, of an egg in the process of fertilisation or of sperm and eggs, as the case may be,”, and

(b) in subsection (9), the words from “and whether” to the end are repealed.

Abortion

37 Amendment of law relating to termination of pregnancy

(1) For paragraphs (a) and (b) of section 1(1) of the [1967 c. 87.] Abortion Act 1967 (grounds for medical termination of pregnancy) there is substituted—

(a) that the pregnancy has not exceeded its twenty-fourth week and that the continuance of the pregnancy would involve risk, greater than if the pregnancy were terminated, of injury to the physical or mental health of the pregnant woman or any existing children of her family; or

(b) that the termination is necessary to prevent grave permanent injury to the physical or mental health of the pregnant woman; or

(c) that the continuance of the pregnancy would involve risk to the life of the pregnant woman, greater than if the pregnancy were terminated; or

(d) that there is a substantial risk that if the child were born it would suffer from such physical or mental abnormalities as to be seriously handicapped.”

(2) In section 1(2) of that Act, after “(a)” there is inserted “or (b)”.

(3) After section 1(3) of that Act there is inserted—

“(3A) The power under subsection (3) of this section to approve a place includes power, in relation to treatment consisting primarily in the use of such medicines as may be specified in the approval and carried out in such manner as may be so specified, to approve a class of places.”

(4) For section 5(1) of that Act (effect on [1929 c. 34.] Infant Life (Preservation) Act 1929) there is substituted—

“(1) No offence under the Infant Life (Preservation) Act 1929 shall be committed by a registered medical practitioner who terminates a pregnancy in accordance with the provisions of this Act.”

(5) In section 5(2) of that Act, for the words from “the miscarriage” to the end there is substituted “a woman’s miscarriage (or, in the case of a woman carrying more than one foetus, her miscarriage of any foetus) is unlawfully done unless authorised by section 1 of this Act and, in the case of a woman carrying more than one foetus, anything done with intent to procure her miscarriage of any foetus is authorised by that section if—

(a) the ground for termination of the pregnancy specified in subsection (1)(d) of that section applies in relation to any foetus and the thing is done for the purpose of procuring the miscarriage of that foetus, or

(b) any of the other grounds for termination of the pregnancy specified in that section applies”.

Conscientious objection

38 Conscientious objection

(1) No person who has a conscientious objection to participating in any activity governed by this Act shall be under any duty, however arising, to do so.

(2) In any legal proceedings the burden of proof of conscientious objection shall rest on the person claiming to rely on it.

(3) In any proceedings before a court in Scotland, a statement on oath by any person to the effect that he has a conscientious objection to participating in a particular activity governed by this Act shall be sufficient evidence of that fact for the purpose of discharging the burden of proof imposed by subsection (2) above.

Enforcement

39 Powers of members and employees of Authority

(1) Any member or employee of the Authority entering and inspecting premises to which a licence relates may—

(a) take possession of anything which he has reasonable grounds to believe may be required—

(i) for the purpose of the functions of the Authority relating to the grant, variation, suspension and revocation of licences, or

(ii) for the purpose of being used in evidence in any proceedings for an offence under this Act, and retain it for so long as it may be required for the purpose in question, and

(b) for the purpose in question, take such steps as appear to be necessary for preserving any such thing or preventing interference with it, including requiring any person having the power to do so to give such assistance as may reasonably be required.

(2) In subsection (1) above—

(a) the references to things include information recorded in any form, and

(b) the reference to taking possession of anything includes, in the case of information recorded otherwise than in legible form, requiring any person having the power to do so to produce a copy of the information in legible form and taking possession of the copy.

(3) Nothing in this Act makes it unlawful for a member or employee of the Authority to keep any embryo or gametes in pursuance of that person's functions as such.

40 Power to enter premises

(1) A justice of the peace (including, in Scotland, a sheriff) may issue a warrant under this section if satisfied by the evidence on oath of a member or employee of the Authority that there are reasonable grounds for suspecting that an offence under this Act is being, or has been, committed on any premises.

(2) A warrant under this section shall authorise any named member or employee of the Authority (who must, if so required, produce a document identifying himself), together with any constables—

(a) to enter the premises specified in the warrant, using such force as is reasonably necessary for the purpose, and

(b) to search the premises and—

(i) take possession of anything which he has reasonable grounds to believe may be required to be used in evidence in any proceedings for an offence under this Act, or

(ii) take such steps as appear to be necessary for preserving any such thing or preventing interference with it, including requiring any person having the power to do so to give such assistance as may reasonably be required.

(3) A warrant under this section shall continue in force until the end of the period of one month beginning with the day on which it is issued.

(4) Anything of which possession is taken under this section may be retained—

(a) for a period of six months, or

(b) if within that period proceedings to which the thing is relevant are commenced against any person for an offence under this Act, until the conclusion of those proceedings.

(5) In this section—

(a) the references to things include information recorded in any form, and

(b) the reference in subsection (2)(b)(i) above to taking possession of anything includes, in the case of information recorded otherwise than in legible form, requiring any person having the power to do so to produce a copy of the information in legible form and taking possession of the copy.

Offences

41 Offences

(1) A person who—

(a) contravenes section 3(2) or 4(1)(c) of this Act, or

(b) does anything which, by virtue of section 3(3) of this Act, cannot be authorised by a licence, is guilty of an offence and liable on conviction on indictment to imprisonment for a term not exceeding ten years or a fine or both.

(2) A person who—

(a) contravenes section 3(1) of this Act, otherwise than by doing something which, by virtue of section 3(3) of this Act, cannot be authorised by a licence,

(b) keeps or uses any gametes in contravention of section 4(1)(a) or (b) of this Act,

(c) contravenes section 4(3) of this Act, or

(d) fails to comply with any directions given by virtue of section 24(7)(a) of this Act, is guilty of an offence.

(3) If a person—

(a) provides any information for the purposes of the grant of a licence, being information which is false or misleading in a material particular, and

(b) either he knows the information to be false or misleading in a material particular or he provides the information recklessly, he is guilty of an offence.

(4) A person guilty of an offence under subsection (2) or (3) above is liable—

(a) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding two years or a fine or both, and

(b) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding six months or a fine not exceeding the statutory maximum or both.

(5) A person who discloses any information in contravention of section 33 of this Act is guilty of an offence and liable—

(a) on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding two years or a fine or both, and

(b) on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding six months or a fine not exceeding the statutory maximum or both.

(6) A person who—

(a) fails to comply with a requirement made by virtue of section 39(1)(b) or (2)(b) or 40(2)(b)(ii) or (5)(b) of this Act, or

(b) intentionally obstructs the exercise of any rights conferred by a warrant issued under section 40 of this Act, is guilty of an offence.

(7) A person who without reasonable excuse fails to comply with a requirement imposed by regulations made by virtue of section 10(2)(a) of this Act is guilty of an offence.

(8) Where a person to whom a licence applies or the nominal licensee gives or receives any money or other benefit, not authorised by directions, in respect of any supply of gametes or embryos, he is guilty of an offence.

(9) A person guilty of an offence under subsection (6), (7) or (8) above is liable on summary conviction to imprisonment for a term not exceeding six months or a fine not exceeding level five on the standard scale or both.

(10) It is a defence for a person (“the defendant”) charged with an offence of doing anything which, under section 3(1) or 4(1) of this Act, cannot be done except in pursuance of a licence to prove

(a) that the defendant was acting under the direction of another, and

(b) that the defendant believed on reasonable grounds—

(i) that the other person was at the material time the person responsible under a licence, a person designated by virtue of section 17(2)(b) of this Act as a person to whom a licence applied, or a person to whom directions had been given by virtue of section 24(9) of this Act, and

(ii) that the defendant was authorised by virtue of the licence or directions to do the thing in question.

(11) It is a defence for a person charged with an offence under this Act to prove—

(a) that at the material time he was a person to whom a licence applied or to whom directions had been given, and

(b) that he took all such steps as were reasonable and exercised all due diligence to avoid committing the offence.

42 Consent to prosecution

No proceedings for an offence under this Act shall be instituted—

(a) in England and Wales, except by or with the consent of the Director of Public Prosecutions, and

(b) in Northern Ireland, except by or with the consent of the Director of Public Prosecutions for Northern Ireland.

Miscellaneous and General

43 Keeping and examining gametes and embryos in connection with crime, etc

(1) Regulations may provide—

(a) for the keeping and examination of gametes or embryos, in such manner and on such conditions (if any) as may be specified in regulations, in connection with the investigation of, or proceedings for, an offence (wherever committed), or

(b) for the storage of gametes, in such manner and on such conditions (if any) as may be specified in regulations, where they are to be used only for such purposes, other than treatment services, as may be specified in regulations.

(2) Nothing in this Act makes unlawful the keeping or examination of any gametes or embryos in pursuance of regulations made by virtue of this section.

(3) In this section “examination” includes use for the purposes of any test.

44 Civil liability to child with disability

(1) After section 1 of the [1976 c. 28.] Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976 (civil liability to child born disabled) there is inserted—

“1A Extension of section 1 to cover infertility treatments

(1) In any case where—

(a) a child carried by a woman as the result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs or her artificial insemination is born disabled,

(b) the disability results from an act or omission in the course of the selection, or the keeping or use outside the body, of the embryo carried by her or of the gametes used to bring about the creation of the embryo, and

(c) a person is under this section answerable to the child in respect of the act or omission, the child’s disabilities are to be regarded as damage resulting from the wrongful act of that person and actionable accordingly at the suit of the child.

(2) Subject to subsection (3) below and the applied provisions of section 1 of this Act, a person (here referred to as “the defendant”) is answerable to the child if he was liable in tort to one or both of the parents (here referred to as “the parent or parents concerned”) or would, if sued in due time, have been so; and it is no answer that there could not have been such liability because the parent or parents concerned suffered no actionable injury, if there was a breach of legal duty which, accompanied by injury, would have given rise to the liability.

(3) The defendant is not under this section answerable to the child if at the time the embryo, or the sperm and eggs, are placed in the woman or the time of her insemination (as the case may be) either or both of the parents knew the risk of their child being born disabled (that is to say, the particular risk created by the act or omission).

(4) Subsections (5) to (7) of section 1 of this Act apply for the purposes of this section as they apply for the purposes of that but as if references to the parent or the parent affected were references to the parent or parents concerned.”

(2) In section 4 of that Act (interpretation, etc)—

(a) at the end of subsection (2) there is inserted—

“and references to embryos shall be construed in accordance with section 1 of the Human Fertilisation and Embryology Act 1990”;

(b) in subsection (3), after “section 1” there is inserted “1A”, and

(c) in subsection (4), for “either” there is substituted “any”.

45 Regulations

(1) The Secretary of State may make regulations for any purpose for which regulations may be made under this Act.

(2) The power to make regulations shall be exercisable by statutory instrument.

(3) Regulations may make different provision for different cases.

(4) The Secretary of State shall not make regulations by virtue of section 3(3)(c), 4(2) or (3), 30, 31(4)(a), or 43 of this Act or paragraph 1(1)(g) or 3 of Schedule 2 to this Act unless a draft has been laid before and approved by resolution of each House of Parliament.

(5) A statutory instrument containing regulations shall, if made without a draft having been approved by resolution of each House of Parliament, be subject to annulment in pursuance of a resolution of either House of Parliament.

(6) In this Act “regulations” means regulations under this section.

46 Notices

(1) This section has effect in relation to any notice required or authorised by this Act to be given to or served on any person.

(2) The notice may be given to or served on the person—

(a) by delivering it to the person,

(b) by leaving it at the person’s proper address, or

(c) by sending it by post to the person at that address.

(3) The notice may—

- (a) in the case of a body corporate, be given to or served on the secretary or clerk of the body,
- (b) in the case of a partnership, be given to or served on any partner, and
- (c) in the case of an unincorporated association other than a partnership, be given to or served on any member of the governing body of the association.

(4) For the purposes of this section and section 7 of the [1978 c. 30.] Interpretation Act 1978 (service of documents by post) in its application to this section, the proper address of any person is the person's last known address and also—

- (a) in the case of a body corporate, its secretary or its clerk, the address of its registered or principal office, and
- (b) in the case of an unincorporated association or a member of its governing body, its principal office.

(5) Where a person has notified the Authority of an address or a new address at which notices may be given to or served on him under this Act, that address shall also be his proper address for the purposes mentioned in subsection (4) above or, as the case may be, his proper address for those purposes in substitution for that previously notified.

47 Index

The expressions listed in the left-hand column below are respectively defined or (as the case may be) are to be interpreted in accordance with the provisions of this Act listed in the right-hand column in relation to those expressions.

Activities governed by this Act

Section 4(5) Authority

Section 2(1) Carry, in relation to a child

Section 2(3) Directions

Section 2(1) Embryo

Section 1 Gametes, eggs or sperm

Section 1 Keeping, in relation to embryos or gametes

Section 2(2) Licence

Section 2(1) Licence committee

Section 9(1) Nominal licensee

Section 17(3) Person responsible

Section 17(1) Person to whom a licence applies

Section 17(2) Statutory storage period

Section 14(3) to (5) Store, and similar expressions, in relation to embryos or gametes

Section 2(2) Treatment services

Section 2(1) Northern Ireland

48 Northern Ireland

(1) This Act (except section 37) extends to Northern Ireland.

(2) Subject to any Order made after the passing of this Act by virtue of subsection (1)(a) of section 3 of the [1973 c. 36.] Northern Ireland Constitution Act 1973, the activities governed by this Act shall not be transferred matters for the purposes of that Act, but shall for the purposes of subsection (2) of that section be treated as specified in Schedule 3 to that Act.

49 Short title, commencement, etc

(1) This Act may be cited as the Human Fertilisation and Embryology Act 1990.

(2) This Act shall come into force on such day as the Secretary of State may by order made by statutory instrument appoint and different days may be appointed for different provisions and for different purposes.

(3) Sections 27 to 29 of this Act shall have effect only in relation to children carried by women as a result of the placing in them of embryos or of sperm and eggs, or of their artificial insemination (as the case may be), after the commencement of those sections.

(4) Section 27 of the [1987 c. 42.] Family Law Reform Act 1987 (artificial insemination) does not have effect in relation to children carried by women as the result of their artificial insemination after the commencement of sections 27 to 29 of this Act.

(5) Schedule 4 to this Act (which makes minor and consequential amendments) shall have effect.

(6) An order under this section may make such transitional provision as the Secretary of State considers necessary or desirable and, in particular, may provide that where activities are carried on under the supervision of a particular individual, being activities which are carried on under the supervision of that individual at the commencement of sections 3 and 4 of this Act, those activities are to be treated, during such period as may be specified in or determined in accordance with the order, as authorised by a licence (having, in addition to the conditions required by this Act, such conditions as may be so specified or determined) under which that individual is the person responsible.

(7) Her Majesty may by Order in Council direct that any of the provisions of this Act shall extend, with such exceptions, adaptations and modifications (if any) as may be specified in the Order, to any of the Channel Islands.

SCHEDULES

Section 5.

SCHEDULE 1 The Authority: Supplementary Provisions

Status and capacity

1 The Authority shall not be regarded as the servant or agent of the Crown, or as enjoying any status, privilege or immunity of the Crown; and its property shall not be regarded as property of, or property held on behalf of, the Crown.

2 The Authority shall have power to do anything which is calculated to facilitate the discharge of its functions, or is incidental or conducive to their discharge, except the power to borrow money.

Expenses

3 The Secretary of State may, with the consent of the Treasury, pay the Authority out of money provided by Parliament such sums as he thinks fit towards its expenses.

Appointment of members

4 (1) All the members of the Authority (including the chairman and deputy chairman who shall be appointed as such) shall be appointed by the Secretary of State.

(2) In making appointments the Secretary of State shall have regard to the desirability of ensuring that the proceedings of the Authority, and the discharge of its functions, are informed by the views of both men and women.

(3) The following persons are disqualified for being appointed as chairman or deputy chairman of the Authority—

(a) any person who is, or has been, a medical practitioner registered under the [1983 c. 54.] Medical Act 1983 (whether fully, provisionally or with limited registration), or under any repealed enactment from which a provision of that Act is derived,

(b) any person who is, or has been, concerned with keeping or using gametes or embryos outside the body, and

(c) any person who is, or has been, directly concerned with commissioning or funding any research involving such keeping or use, or who has actively participated in any decision to do so.

(4) The Secretary of State shall secure that at least one-third but fewer than half of the other members of the Authority fall within sub-paragraph (3)(a), (b) or (c) above, and that at least one member falls within each of paragraphs (a) and (b).

Tenure of office

5 (1) Subject to the following provisions of this paragraph, a person shall hold and vacate office as a member of the Authority in accordance with the terms of his appointment.

(2) A person shall not be appointed as a member of the Authority for more than three years at a time.

(3) A member may at any time resign his office by giving notice to the Secretary of State.

(4) A person who ceases to be a member of the Authority shall be eligible for re-appointment (whether or not in the same capacity).

(5) If the Secretary of State is satisfied that a member of the Authority—

(a) has been absent from meetings of the Authority for six consecutive months or longer without the permission of the Authority, or

(b) has become bankrupt or made an arrangement with his creditors, or, in Scotland, has had his estate sequestrated or has granted a trust deed for or entered into an arrangement with his creditors, or

(c) is unable or unfit to discharge the functions of a member, the Secretary of State may declare his office as a member of the Authority vacant, and notify the declaration in such manner as he thinks fit; and thereupon the office shall become vacant. Disqualification of members of Authority for House of Commons and Northern Ireland Assembly

6 In Part II of Schedule 1 to the [1975 c. 24.] House of Commons Disqualification Act 1975 and in Part II of Schedule 1 to the [1975 c. 25.] Northern Ireland Assembly Disqualification Act 1975 (bodies of which all members are disqualified) the following entry shall be inserted at the appropriate place in alphabetical order—
“The Human Fertilisation and Embryology Authority”.

Remuneration and pensions of members

7 (1) The Authority may—

(a) pay to the chairman such remuneration, and
(b) pay or make provision for paying to or in respect of the chairman or any other member such pensions, allowances, fees, expenses or gratuities, as the Secretary of State may, with the approval of the Treasury, determine.

(2) Where a person ceases to be a member of the Authority otherwise than on the expiry of his term of office and it appears to the Secretary of State that there are special circumstances which make it right for him to receive compensation, the Authority may make to him a payment of such amount as the Secretary of State may, with the consent of the Treasury, determine.

Staff

8 (1) The Authority may appoint such employees as it thinks fit, upon such terms and conditions as the Authority, with the approval of the Secretary of State and the consent of the Treasury, may determine.

(2) The Authority shall secure that any employee whose function is, or whose functions include, the inspection of premises is of such character, and is so qualified by training and experience, as to be a suitable person to perform that function.

(3) The Authority shall, as regards such of its employees as with the approval of the Secretary of State it may determine, pay to or in respect of them such pensions, allowances or gratuities (including pensions, allowances or gratuities by way of compensation for loss of employment), or provide and maintain for them such pension schemes (whether contributory or not), as may be so determined.

(4) If an employee of the Authority—

(a) is a participant in any pension scheme applicable to that employment, and

(b) becomes a member of the Authority, he may, if the Secretary of State so determines, be treated for the purposes of the pension scheme as if his service as a member of the Authority were service as employee of the Authority, whether or not any benefits are to be payable to or in respect of him by virtue of paragraph 7 above.

Proceedings

9 (1) The Authority may regulate its own proceedings, and make such arrangements as it thinks appropriate for the discharge of its functions.

(2) The Authority may pay to the members of any committee or sub-committee such fees and allowances as the Secretary of State may, with the consent of the Treasury, determine.

10 (1) A member of the Authority who is in any way directly or indirectly interested in a licence granted or proposed to be granted by the Authority shall, as soon as possible after the relevant circumstances have come to his knowledge, disclose the nature of his interest to the Authority.

(2) Any disclosure under sub-paragraph (1) above shall be recorded by the Authority.

(3) Except in such circumstances (if any) as may be determined by the Authority under paragraph 9(1) above, the member shall not participate after the disclosure in any deliberation or decision of the Authority or any licence committee with respect to the licence, and if he does so the deliberation or decision shall be of no effect.

11 The validity of any proceedings of the Authority, or of any committee or sub-committee, shall not be affected by any vacancy among the members or by any defect in the appointment of a member.

Instruments

12 The fixing of the seal of the Authority shall be authenticated by the signature of the chairman or deputy chairman of the Authority or some other member of the Authority authorised by the Authority to act for that purpose.

13 A document purporting to be duly executed under the seal of the Authority, or to be signed on the Authority's behalf, shall be received in evidence and shall be deemed to be so executed or signed unless the contrary is proved.

14 The Authority shall be subject to investigation by the Parliamentary Commissioner and accordingly, in Schedule 2 to the [1967 c. 13.] Parliamentary Commissioner Act 1967 (which lists the authorities subject to investigation under that Act), the following entry shall be inserted at the appropriate place in alphabetical order—

“Human Fertilisation and Embryology Authority”.

Section 11 etc.

SCHEDULE 2 Activities for which licences may be granted

Licences for treatment

1 (1) A licence under this paragraph may authorise any of the following in the course of providing treatment services—

- (a) bringing about the creation of embryos in vitro,
- (b) keeping embryos,
- (c) using gametes,
- (d) practices designed to secure that embryos are in a suitable condition to be placed in a woman or to determine whether embryos are suitable for that purpose,
- (e) placing any embryo in a woman,
- (f) mixing sperm with the egg of a hamster, or other animal specified in directions, for the purpose of testing the fertility or normality of the sperm, but only where anything which forms is destroyed when the test is complete and, in any event, not later than the two cell stage, and

(g) such other practices as may be specified in, or determined in accordance with, regulations.

(2) Subject to the provisions of this Act, a licence under this paragraph may be granted subject to such conditions as may be specified in the licence and may authorise the performance of any of the activities referred to in sub-paragraph (1) above in such manner as may be so specified.

(3) A licence under this paragraph cannot authorise any activity unless it appears to the Authority to be necessary or desirable for the purpose of providing treatment services.

(4) A licence under this paragraph cannot authorise altering the genetic structure of any cell while it forms part of an embryo.

(5) A licence under this paragraph shall be granted for such period not exceeding five years as may be specified in the licence.

Licences for storage

2 (1) A licence under this paragraph or paragraph 1 or 3 of this Schedule may authorise the storage of gametes or embryos or both.

(2) Subject to the provisions of this Act, a licence authorising such storage may be granted subject to such conditions as may be specified in the licence and may authorise storage in such manner as may be so specified.

(3) A licence under this paragraph shall be granted for such period not exceeding five years as may be specified in the licence.

Licences for research

3 (1) A licence under this paragraph may authorise any of the following—

- (a) bringing about the creation of embryos in vitro, and
- (b) keeping or using embryos, for the purposes of a project of research specified in the licence.

(2) A licence under this paragraph cannot authorise any activity unless it appears to the Authority to be necessary or desirable for the purpose of—

- (a) promoting advances in the treatment of infertility,
- (b) increasing knowledge about the causes of congenital disease,

(c) increasing knowledge about the causes of miscarriages,
 (d) developing more effective techniques of contraception, or
 (e) developing methods for detecting the presence of gene or chromosome abnormalities in embryos before implantation, or for such other purposes as may be specified in regulations.

(3) Purposes may only be so specified with a view to the authorisation of projects of research which increase knowledge about the creation and development of embryos, or about disease, or enable such knowledge to be applied.

(4) A licence under this paragraph cannot authorise altering the genetic structure of any cell while it forms part of an embryo, except in such circumstances (if any) as may be specified in or determined in pursuance of regulations.

(5) A licence under this paragraph may authorise mixing sperm with the egg of a hamster, or other animal specified in directions, for the purpose of developing more effective techniques for determining the fertility or normality of sperm, but only where anything which forms is destroyed when the research is complete and, in any event, not later than the two cell stage.

(6) No licence under this paragraph shall be granted unless the Authority is satisfied that any proposed use of embryos is necessary for the purposes of the research.

(7) Subject to the provisions of this Act, a licence under this paragraph may be granted subject to such conditions as may be specified in the licence.

(8) A licence under this paragraph may authorise the performance of any of the activities referred to in sub-paragraph (1) or (5) above in such manner as may be so specified.

(9) A licence under this paragraph shall be granted for such period not exceeding three years as may be specified in the licence.

General

4 (1) A licence under this Schedule can only authorise activities to be carried on on premises specified in the licence and under the supervision of an individual designated in the licence.

(2) A licence cannot—

- (a) authorise activities falling within both paragraph 1 and paragraph 3 above,
- (b) apply to more than one project of research,

(c) authorise activities to be carried on under the supervision of more than one individual, or

(d) apply to premises in different places.

Section 12 etc.

SCHEDULE 3

Consents to use of gametes or embryos

Consent

1 A consent under this Schedule must be given in writing and, in this Schedule, “effective consent” means a consent under this Schedule which has not been withdrawn.

2 (1) A consent to the use of any embryo must specify one or more of the following purposes—

(a) use in providing treatment services to the person giving consent, or that person and another specified person together,

(b) use in providing treatment services to persons not including the person giving consent, or

(c) use for the purposes of any project of research, and may specify conditions subject to which the embryo may be so used.

(2) A consent to the storage of any gametes or any embryo must—

(a) specify the maximum period of storage (if less than the statutory storage period), and
 (b) state what is to be done with the gametes or embryo if the person who gave the consent dies or is unable because of incapacity to vary the terms of the consent or to revoke it, and may specify conditions subject to which the gametes or embryo may remain in storage.

(3) A consent under this Schedule must provide for such other matters as the Authority may specify in directions.

(4) A consent under this Schedule may apply—

(a) to the use or storage of a particular embryo, or

(b) in the case of a person providing gametes, to the use or storage of any embryo whose creation may be brought about using those gametes, and in the paragraph (b) case the terms of the consent may be varied, or the consent may be withdrawn, in accordance with this Schedule either generally or in relation to a particular embryo or particular embryos.

Procedure for giving consent

3 (1) Before a person gives consent under this Schedule—

(a) he must be given a suitable opportunity to receive proper counselling about the implications of taking the proposed steps, and

(b) he must be provided with such relevant information as is proper.

(2) Before a person gives consent under this Schedule he must be informed of the effect of paragraph 4 below.

Variation and withdrawal of consent

4 (1) The terms of any consent under this Schedule may from time to time be varied, and the consent may be withdrawn, by notice given by the person who gave the consent to the person keeping the gametes or embryo to which the consent is relevant.

(2) The terms of any consent to the use of any embryo cannot be varied, and such consent cannot be withdrawn, once the embryo has been used—

(a) in providing treatment services, or

(b) for the purposes of any project of research.

Use of gametes for treatment of others

5 (1) A person's gametes must not be used for the purposes of treatment services unless there is an effective consent by that person to their being so used and they are used in accordance with the terms of the consent.

(2) A person's gametes must not be received for use for those purposes unless there is an effective consent by that person to their being so used.

(3) This paragraph does not apply to the use of a person's gametes for the purpose of that person, or that person and another together, receiving treatment services.

In vitro fertilisation and subsequent use of embryo

6 (1) A person's gametes must not be used to bring about the creation of any embryo in vitro unless there is an effective consent by that person to any embryo the creation of which may be brought

about with the use of those gametes being used for one or more of the purposes mentioned in paragraph 2(1) above.

(2) An embryo the creation of which was brought about in vitro must not be received by any person unless there is an effective consent by each person whose gametes were used to bring about the creation of the embryo to the use for one or more of the purposes mentioned in paragraph 2(1) above of the embryo.

(3) An embryo the creation of which was brought about in vitro must not be used for any purpose unless there is an effective consent by each person whose gametes were used to bring about the creation of the embryo to the use for that purpose of the embryo and the embryo is used in accordance with those consents.

(4) Any consent required by this paragraph is in addition to any consent that may be required by paragraph 5 above.

Embryos obtained by lavage, etc.

7 (1) An embryo taken from a woman must not be used for any purpose unless there is an effective consent by her to the use of the embryo for that purpose and it is used in accordance with the consent.

(2) An embryo taken from a woman must not be received by any person for use for any purpose unless there is an effective consent by her to the use of the embryo for that purpose.

(3) This paragraph does not apply to the use, for the purpose of providing a woman with treatment services, of an embryo taken from her.

Storage of gametes and embryos

8 (1) A person's gametes must not be kept in storage unless there is an effective consent by that person to their storage and they are stored in accordance with the consent.

(2) An embryo the creation of which was brought about in vitro must not be kept in storage unless there is an effective consent, by each person whose gametes were used to bring about the creation of the embryo, to the storage of the embryo and the embryo is stored in accordance with those consents.

(3) An embryo taken from a woman must not be kept in storage unless there is an effective consent by her to its storage and it is stored in accordance with the consent.

Section 49.

SCHEDULE 4

Minor and Consequential Amendments

Family Law Reform Act 1969 (c. 46.)

1 In section 25 of the Family Law Reform Act 1969 (interpretation), at the end of the definition of “excluded” there is added “to section 27 of the [1987 c. 42.] Family Law Reform Act 1987 and to sections 27 to 29 of the Human Fertilisation and Embryology Act 1990”.

Social Security Act 1975 (c. 14.)

2 In section 25(1) of the Social Security Act 1975 (widowed mother’s allowance), for the words from “or” after paragraph (b) to the end there is substituted “or

(c) if the woman and her late husband were residing together immediately before the time of his death, the woman is pregnant as the result of being artificially inseminated before that time with the semen of some person other than her husband, or as the result of the placing in her before that time of an embryo, of an egg in the process of fertilisation, or of sperm and eggs.”.

Social Security (Northern Ireland) Act 1975 (c. 15.)

3 In section 25(1) of the Social Security (Northern Ireland) Act 1975 (widowed mother’s allowance), at the end there is inserted “or

(c) if the woman and her late husband were residing together immediately before the time of his death, the woman is pregnant as the result of being artificially inseminated before that time with the semen of some person other than her husband, or as the result of the placing in her before that time of an embryo, of an egg in the process of fertilisation, or of sperm and eggs.”.

Adoption Act 1976 (c. 36.)

4 In section 15 of the Adoption Act 1976 (adoption by one person), in subsection (3)(a) (conditions for making an adoption order on application of one parent), after “found” there is inserted “or, by virtue of section 28 of the Human Fertilisation and Embryology Act 1990, there is no other parent”.

Family Law Reform (Northern Ireland) Order 1977 (S.I. 1977/1250 (N.I. 17))

5 In Article 13 of the Family Law Reform (Northern Ireland) Order 1977 (interpretation), at the end of the definition of “excluded” there is added “and to sections 27 to 29 of the Human Fertilisation and Embryology Act 1990”.

Adoption (Scotland) Act 1978 (c. 28.)

6 In section 15 of the Adoption (Scotland) Act 1978 (adoption by one person), in subsection (3)(a) (conditions for making an adoption order on application of one parent), after “found” there is inserted “or, by virtue of section 28 of the Human Fertilisation and Embryology Act 1990, there is no other parent”.

Adoption (Northern Ireland) Order 1987 (S.I. 1987/2203 (N.I. 22))

7 In Article 15 of the Adoption (Northern Ireland) Order 1987 (adoption by one person), in paragraph (3)(a) (conditions for making an adoption order on the application of one parent), after “found” there is inserted “or, by virtue of section 28 of the Human Fertilisation and Embryology Act 1990, there is no other parent”.

Human Organ Transplants Act 1989 (c. 31.)

8 Sections 27 to 29 of this Act do not apply for the purposes of section 2 of the Human Organ Transplants Act 1989 (restrictions on transplants between persons not genetically related).

Human [(S.I. 1989/2408 (N.I. 21))] Organ Transplants (Northern Ireland) Order 1989

9 Sections 27 to 29 of this Act do not apply for the purposes of Article 4 of the Human Organ Transplants (Northern Ireland) Order 1989 (restrictions on transplants between persons not genetically related).



Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain

NOR: JUSX9400024L

Version consolidée au 03 août 2019

Titre Ier : Du respect du corps humain.

Art. 1er. - I. - L'intitulé du titre Ier du livre Ier du code civil est ainsi rédigé : TITRE Ier Des droits civils II. - L'intitulé du chapitre II du titre Ier du livre Ier du même code est ainsi rédigé : Chapitre II Du respect du corps humain

Art. 2. - L'article 16 du code civil est rétabli dans la rédaction suivante et inséré au début du chapitre II du titre Ier du livre Ier du code civil:

Art. 16. - La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie. >>>

Art. 3. - Après l'article 16 du code civil, sont insérés les articles 16-1 à 16-9 ainsi rédigés:

Art. 16-1. - Chacun a droit au respect de son corps.

Le corps humain est inviolable.

Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial.

Art. 16-2. - Le juge peut prescrire toutes mesures propres à empêcher ou faire cesser une atteinte illicite au corps humain ou des agissements illicites portant sur des éléments ou des produits de celui-ci.

Art. 16-3. - Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité thérapeutique pour la personne.

Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir.

Art. 16-4. - Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine. Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite. Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne.

Art. 16-5. - Les conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale au corps humain, à ses éléments ou à ses produits sont nulles.

Art. 16-6. - Aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se prête à une expérimentation sur sa personne, au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de produits de celui-ci. Art. 16-7. - Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle.

Art. 16-8. - Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur.

En cas de nécessité thérapeutique, seuls les médecins du donneur et du receveur peuvent avoir accès aux informations permettant l'identification de ceux-ci.

Art. 16-9. - Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public.

Art. 4. - L'article 227-12 du code pénal est complété par un troisième et un quatrième alinéa ainsi rédigés: Est puni des peines prévues au deuxième alinéa le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double.

La tentative des infractions prévues par les deuxième et troisième alinéas du présent article est punie des mêmes peines.

TITRE II DE L'ETUDE GENETIQUE DES CARACTERISTIQUES D'UNE PERSONNE ET DE L'IDENTIFICATION D'UNE PERSONNE PAR SES EMPREINTES GENETIQUES

Art. 5. - Il est inséré, dans le titre Ier du livre Ier du code civil, un chapitre III ainsi rédigé :
Chapitre III

De l'étude génétique des caractéristiques d'une personne et de l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques

Art. 16-10. - L'étude génétique des caractéristiques d'une personne ne peut être entreprise qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique.

Le consentement de la personne doit être recueilli préalablement à la réalisation de l'étude.

Art. 16-11. - L'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être recherchée que dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction diligentées lors d'une procédure judiciaire ou à des fins médicales ou de recherche scientifique.

En matière civile, cette identification ne peut être recherchée qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou la suppression de subsides. Le consentement de l'intéressé doit être préalablement et expressément recueilli.

Lorsque l'identification est effectuée à des fins médicales ou de recherche scientifique, le consentement de la personne doit être au préalable recueilli.

Art. 16-12. - Sont seules habilitées à procéder à des identifications par empreintes génétiques les personnes ayant fait l'objet d'un agrément dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

Dans le cadre d'une procédure judiciaire, ces personnes doivent, en outre, être inscrites sur une liste d'experts judiciaires.

Art. 6. - Il est inséré, dans la loi no 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires, un article 6-1 ainsi rédigé:

Art. 6-1. - Sont seules habilitées, en matière judiciaire, à procéder à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques les personnes inscrites sur les listes instituées par l'article 2 de la présente loi et ayant fait l'objet d'un agrément dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

Art. 7. - Les deux premiers alinéas de l'article L. 611-17 du code de la propriété intellectuelle sont ainsi rédigés:

Ne sont pas brevetables:

a) Les inventions dont la publication ou la mise en oeuvre serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs, la mise en oeuvre d'une telle invention ne pouvant être considérée comme telle du seul fait qu'elle est interdite par une disposition législative ou réglementaire; à ce titre,

le corps humain, ses éléments et ses produits ainsi que la connaissance de la structure totale ou partielle d'un gène humain ne peuvent, en tant que tels, faire l'objet de brevets. >>

Art. 8. - I. - La section 6 du chapitre VI du titre II du livre II du code pénal devient la section 7 de ce chapitre.

II. - L'article 226-25 du code pénal devient l'article 226-31.

III. - Il est inséré, dans le chapitre VI du titre II du livre II du code pénal, une section 6 intitulée: << Des atteintes à la personne résultant de l'étude génétique de ses caractéristiques ou de l'identification par ses empreintes génétiques >>, comportant six articles ainsi rédigés:

Art. 226-25. - Le fait de procéder à l'étude des caractéristiques génétiques d'une personne à des fins médicales sans avoir préalablement recueilli son consentement dans les conditions prévues par l'article L.145-15 du code de la santé publique est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.

Art. 226-26. - Le fait de détourner de leurs finalités médicales ou de recherche scientifique les informations recueillies sur une personne au moyen de l'étude de ses caractéristiques génétiques est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.

Art. 226-27. - Le fait de rechercher l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques à des fins médicales sans recueillir préalablement son consentement dans les conditions prévues par l'article L. 145-15 du code de la santé publique est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.

Art. 226-28. - Le fait de rechercher l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques à des fins qui ne seraient ni médicales ni scientifiques ou en dehors d'une mesure d'enquête ou d'instruction diligentée lors d'une procédure judiciaire est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait de divulguer des informations relatives à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ou de procéder à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques sans être titulaire de l'agrément prévu à l'article L. 145-16 du code de la santé publique.

Art. 226-29. - La tentative des infractions prévues aux articles 226-25, 226-26, 226-27 et 226-28 est punie des mêmes peines.

Art. 226-30. - Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2, des infractions définies à la présente section.

Les peines encourues par les personnes morales sont:

- 1) L'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38;
- 2) Les peines mentionnées aux 2o, 3o, 4o, 5o, 7o, 8o et 9o de l'article 131-39.

L'interdiction mentionnée au 2o de l'article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise.

IV. - Après l'article 226-31 du code pénal, il est inséré un article 226-32 ainsi rédigé:

Art. 226-32. - Les personnes physiques coupables des infractions prévues à l'article 226-28 et de la tentative de ces infractions ayant la qualité d'expert judiciaire encourent également la radiation de la liste sur laquelle elles sont inscrites. V. - Dans le dernier alinéa (point 5) de l'article 226-31 du code pénal, les références , 226-15 et 226-28 sont substituées à la référence et 226-15 .

Art. 9. - I. - Il est inséré, dans le livre V du code pénal, un titre Ier intitulé: << Des infractions en matière de santé publique Il est créé, dans ce titre Ier, un chapitre Ier intitulé: Des infractions en matière d'éthique biomédicale, comprenant quatre sections ainsi rédigées : Section 1 De la protection de l'espèce humaine

Art. 511-1. - Le fait de mettre en oeuvre une pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est puni de vingt ans de réclusion criminelle.

Section 2 De la protection du corps humain

Art. 511-2. - Le fait d'obtenir d'une personne l'un de ses organes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

Est puni des mêmes peines, le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention d'un organe contre le paiement de celui-ci, ou de céder à titre onéreux un tel organe du corps d'autrui.

Les mêmes peines sont applicables dans le cas où l'organe obtenu dans les conditions prévues au premier alinéa provient d'un pays étranger.

Art. 511-3. - Le fait de prélever un organe sur une personne vivante majeure sans que le consentement de celle-ci ait été recueilli dans les conditions prévues par l'article L. 671-3 du code de la santé publique est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait de prélever un organe sur un donneur vivant mineur ou sur un donneur vivant majeur faisant l'objet d'une mesure de protection légale sans avoir respecté les conditions prévues aux articles L. 671-4 et L. 671-5 du code de la santé publique.

Art. 511-4. - Le fait d'obtenir d'une personne le prélèvement de tissus, de cellules ou de produits de son corps contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention de tissus, de cellules ou de produits humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, ou de céder à titre onéreux des tissus, des cellules ou des produits du corps d'autrui.

Art. 511-5. - Le fait de prélever un tissu ou des cellules ou de collecter un produit sur une personne vivante majeure sans qu'elle ait exprimé son consentement est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait de prélever un tissu ou des cellules ou de collecter un produit sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale sans avoir respecté les conditions prévues par l'article L. 672-5 du code de la santé publique.

Art. 511-6. - Le fait de recueillir ou de prélever des gamètes sur une personne vivante sans son consentement écrit est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.

Art. 511-7. - Le fait de procéder à des prélèvements d'organes ou des transplantations d'organes, à des prélèvements ou des greffes de tissus, à la conservation ou à la transformation de tissus ou à la greffe de cellules dans un établissement n'ayant pas obtenu l'autorisation prévue par les articles L. 671-12, L. 671-16, L. 672-7, L. 672-10 et L. 672-13 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

Art. 511-8. - Le fait de procéder à la distribution ou à la cession d'organes, de tissus, de cellules et produits humains en vue d'un don sans qu'aient été respectées les règles de sécurité sanitaire exigées en application des dispositions de l'article L. 665-15 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

Art. 511-9. - Le fait d'obtenir des gamètes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, à l'exception du paiement des prestations assurées par les établissements effectuant la préparation et la conservation de ces gamètes, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention de gamètes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, ou de remettre à des tiers, à titre onéreux des gamètes provenant de dons.

Art. 511-10. - Le fait de divulguer une information permettant à la fois d'identifier une personne ou un couple qui a fait don de gamètes et le couple qui les a reçus est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

Art. 511-11. - Le fait de recueillir ou de prélever des gamètes sur une personne vivante en vue d'une assistance médicale à la procréation sans procéder aux tests de dépistage des maladies transmissibles exigés en application de l'article L. 665-15 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

Art. 511-12. - Le fait de procéder à une insémination artificielle par sperme frais ou mélange de sperme provenant de dons en violation de l'article L. 673-3 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

Art. 511-13. - Le fait de subordonner le bénéfice d'un don de gamètes à la désignation par le couple receveur d'une personne ayant volontairement accepté de procéder à un tel don en faveur d'un couple tiers en violation de l'article L. 673-7 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

Art. 511-14. - Le fait de procéder à des activités de recueil, de traitement, de conservation et de cession de gamètes provenant de dons sans avoir recueilli l'autorisation prévue à l'article L. 673-5 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

Section 3 De la protection de l'embryon humain

Art. 511-15. - Le fait d'obtenir des embryons humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention d'embryons humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, ou de remettre à des tiers, à titre onéreux, des embryons humains.

Art. 511-16. - Le fait d'obtenir des embryons humains sans respecter les conditions prévues aux articles L. 152-4 et L. 152-5 du code de la santé publique est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

Art. 511-17. - Le fait de procéder à la conception in vitro d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait d'utiliser des embryons humains à des fins industrielles ou commerciales.

Art. 511-18. - Le fait de procéder à la conception in vitro d'embryons humains à des fins de recherche ou d'expérimentation est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

Art. 511-19. - Le fait de procéder à une étude ou une expérimentation sur l'embryon en violation des dispositions de l'article L. 152-8 du code de la santé publique est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

Art. 511-20. - Le fait de procéder au diagnostic prénatal sans avoir reçu l'autorisation mentionnée à l'article L. 162-16 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

Art. 511-21. - Le fait de méconnaître les dispositions de l'article L. 162-17 du code de la santé publique relatif au diagnostic préimplantatoire est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

Art. 511-22. - Le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation sans avoir recueilli l'autorisation prévue à l'article L.184-1 du code de la santé publique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

Art. 511-23. - Le fait de divulguer une information nominative permettant d'identifier à la fois le couple qui a renoncé à un embryon et le couple qui l'a accueilli est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

Art. 511-24. - Le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation à des fins autres que celles définies à l'article L. 152-2 du code de la santé publique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.

Art. 511-25. - Le fait de procéder au transfert d'un embryon dans les conditions fixées à l'article L. 152-5 du code de la santé publique sans avoir pris connaissance des résultats des tests de dépistage de maladies infectieuses exigés en application de l'article précité est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

Section 4 Autres dispositions et peines complémentaires applicables aux personnes physiques et
responsabilité des personnes morales

Art. 511-26. - La tentative des délits prévus par les articles 511-2, 511-3, 511-4, 511-5, 511-6, 511-9 et 511-15 est punie des mêmes peines.

Art. 511-27. - Les personnes physiques coupables des infractions prévues au présent chapitre encourrent également la peine complémentaire d'interdiction pour une durée de dix ans au plus, d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice de laquelle ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise.

Art. 511-28. - Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2, des infractions définies au présent chapitre. Les peines encourues par les personnes morales sont:

- 1) L'amende, suivant la modalités prévues par l'article 131-38;
- 2) Les peines mentionnées à l'article 131-39.

L'interdiction mentionnée au 2o de l'article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise.

II. - Il est créé, dans le livre V du code pénal, un titre II intitulé: Autres dispositions, comprenant un chapitre unique intitulé: Des sévices graves ou actes de cruauté envers les animaux. Les articles 511-1 et 511-2 du code pénal deviennent respectivement les articles 521-1 et 521-2.

TITRE III DE LA FILIATION EN CAS DE PROCREATION MEDICALEMENT ASSISTEE

Art. 10. - Il est inséré, au chapitre Ier du titre VII du livre Ier du code civil, une section 4 ainsi rédigée:

Section 4 De la procréation médicalement assistée

Art. 311-19. - En cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation.

Aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur.

Art. 311-20. - Les époux ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, doivent préalablement donner, dans des conditions

garantissant le secret, leur consentement au juge ou au notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation.

Le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action en contestation de filiation ou en réclamation d'état à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet.

Le consentement est privé d'effet en cas de décès, de dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou de cessation de la communauté de vie, survenant avant la réalisation de la procréation médicalement assistée. Il est également privé d'effet lorsque l'homme ou la femme le révoque, par écrit et avant la réalisation de la procréation médicalement assistée, auprès du médecin chargé de mettre en oeuvre cette assistance.

Celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant.

En outre, est judiciairement déclarée la paternité hors mariage de celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu. L'action obéit aux dispositions des articles 340-2 à 340-6.

Art. 11. - Les dispositions de la présente loi sont applicables dans les territoires d'outre-mer et dans la collectivité territoriale de Mayotte.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 29 juillet 1994.

LOI no 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal¹⁸¹

NOR: SPSX9400032L

ELI: Non disponible

Art. 1er. - L'intitulé du livre VI du code de la santé publique est ainsi rédigé:

LIVRE VI

Don et utilisation des éléments et produits du corps humain

Art. 2. - Il est inséré, au début du livre VI du code de la santé publique, un titre Ier ainsi rédigé:

TITRE Ier Principes généraux applicables au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain

Art. L. 665-10. - La cession et l'utilisation des éléments et produits du corps humain sont régies par les dispositions du chapitre II du titre Ier du livre Ier du code civil et par les dispositions du présent titre.

Art. L. 665-11. - Le prélèvement d'éléments du corps humain et la collecte de ses produits ne peuvent être pratiqués sans le consentement préalable du donneur. Ce consentement est révocable à tout moment.

Art. L. 665-12. - Est interdite la publicité en faveur d'un don d'éléments ou de produits du corps humain au profit d'une personne déterminée ou au profit d'un établissement ou organisme déterminé. Cette interdiction ne fait pas obstacle à l'information du public en faveur du don d'éléments et produits du corps humain.

Cette information est réalisée sous la responsabilité du ministre chargé de la santé.

Art. L. 665-13. - Aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué à celui qui se prête au prélèvement d'éléments de son corps ou à la collecte de ses produits. Seul peut intervenir, le cas échéant, le remboursement des frais engagés selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat.

Art. L. 665-14. - Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur, ni le receveur celle du donneur. Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée.

¹⁸¹ <https://www.legifrance.gouv.fr> > affichTexte

Il ne peut être dérogé à ce principe d'anonymat qu'en cas de nécessité thérapeutique.

Art. L.665-15. - Le prélèvement d'éléments et la collecte de produits du corps humain à des fins thérapeutiques sont soumis à des règles de sécurité sanitaire définies par décret en Conseil d'Etat.

Ces règles comprennent notamment des tests de dépistage des maladies transmissibles.

Un décret en Conseil d'Etat fixe également les conditions dans lesquelles s'exerce la vigilance concernant les éléments et produits du corps humain, les produits, autres que les médicaments, qui en dérivent, ainsi que les dispositifs médicaux les incorporant, en particulier les informations que sont tenus de transmettre les utilisateurs ou des tiers.

Art. L.665-16. - Ne sont pas soumis aux dispositions du présent titre les produits du corps humain pour lesquels il est d'usage de ne pas appliquer l'ensemble des principes qu'énoncent les articles L. 665-11 à L. 665-15. La liste de ces produits est fixée par décret en Conseil d'Etat.

Art. 3. - I. - Les chapitres Ier, II, III, IV et V du livre VI du code de la santé publique constituent un titre II intitulé: Du sang humain .

II. - La division chapitre VI du livre VI du code de la santé publique et son intitulé sont supprimés.

III. - Les articles L. 671-1 à L. 671-8 du code de la santé publique deviennent les articles L. 675-1 à L. 675-8.

IV. - L'article L. 671-9 du code de la santé publique est abrogé.

Art. 4. - I. - Il est inséré, après le chapitre II du titre III du livre VI du code de la santé publique, un chapitre II bis intitulé: De l'Etablissement français des greffes .

II. - L'article 56 de la loi no 94-43 du 18 janvier 1994 relative à la santé publique et à la protection sociale, qui devient l'article L. 673-8 du code de la santé publique, est inséré dans le chapitre mentionné au I.

III. - Il est inséré, dans le même chapitre, un article L. 673-9 ainsi rédigé:

Art. L. 673-9. - Les ressources de l'Etablissement français des greffes comprennent:

1) Des subventions de l'Etat;

2) Une dotation globale versée dans les conditions prévues par l'article L. 174-2 du code de la sécurité sociale dont les modalités de fixation et de révision sont déterminées par décret en Conseil d'Etat;

3) Des taxes et redevances créées à son bénéfice;

4) Des produits divers, dons et legs.

Art. 5. - I. - Il est inséré, après le titre II du livre VI du code de la santé publique, un titre III intitulé: Des organes, tissus, cellules et produits du corps humain

II. - Il est inséré, dans le titre III du livre VI du code de la santé publique, un chapitre Ier ainsi rédigé:

Chapitre Ier Des organes

Section 1 Dispositions communes

Art. L.671-1. - La moelle osseuse est considérée comme un organe pour l'application des dispositions du présent livre.

Art. L.671-2. - Sauf dispositions contraires, les conditions d'application des dispositions du présent chapitre sont déterminées par décret en Conseil d'Etat.

Section 2 Du prélèvement d'organes sur une personne vivante

Art. L. 671-3. - Le prélèvement d'organes sur une personne vivante, qui en fait le don, ne peut être effectué que dans l'intérêt thérapeutique direct d'un receveur. Le receveur doit avoir la qualité de père ou de mère, de fils ou de fille, de frère ou de soeur du donneur, sauf en cas de prélèvement de moelle osseuse en vue d'une greffe. En cas d'urgence, le donneur peut être le conjoint. Le donneur, préalablement informé des risques qu'il encourt et des conséquences éventuelles du prélèvement, doit exprimer son consentement devant le président du tribunal de grande instance, ou le magistrat désigné par lui. En cas d'urgence, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République. Ce consentement est révocable sans forme et à tout moment.

Art. L. 671-4. - Aucun prélèvement d'organes, en vue d'un don, ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale.

Art. L. 671-5. - Par dérogation aux dispositions de l'article L. 671-4, un prélèvement de moelle osseuse peut être effectué sur un mineur au bénéfice de son frère ou de sa soeur.

Ce prélèvement ne peut être pratiqué que sous réserve du consentement de chacun des titulaires de l'autorité parentale ou du représentant légal du mineur. Le consentement est exprimé devant le président du tribunal de grande instance ou le magistrat désigné par lui.

En cas d'urgence, le consentement est recueilli, par tout moyen, par le procureur de la République.

L'autorisation d'effectuer le prélèvement est accordée par un comité d'experts qui s'assure que le mineur a été informé du prélèvement envisagé en vue d'exprimer sa volonté, s'il y est apte.

Le refus du mineur fait obstacle au prélèvement.

Art. L. 671-6. - Le comité d'experts mentionné à l'article L. 671-5 est composé de trois membres désignés pour trois ans par arrêté du ministre chargé de la santé. Il comporte deux médecins, dont un pédiatre, et une personnalité n'appartenant pas aux professions médicales.

Le comité se prononce dans le respect des principes généraux et des règles énoncés par le titre Ier du présent livre. Il apprécie la justification médicale de l'opération, les risques que celle-ci est susceptible d'entraîner ainsi que ses conséquences prévisibles sur les plans physique et psychologique.

Les décisions de refus d'autorisation prises par le comité d'experts ne sont pas motivées.

Section 3 Du prélèvement d'organes sur une personne décédée

Art. L. 671-7. - Le prélèvement d'organes sur une personne décédée ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques et après que le constat de la mort a été établi dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat. Ce prélèvement peut être effectué dès lors que la personne concernée n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement. Ce refus peut être exprimé par l'indication de sa volonté sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Il est révocable à tout moment. Les conditions de fonctionnement et de gestion du registre sont déterminées par décret en Conseil d'Etat. Si le médecin n'a pas directement connaissance de la volonté du défunt, il doit s'efforcer de recueillir le témoignage de sa famille.

Art. L. 671-8. - Si la personne décédée était un mineur ou un majeur faisant l'objet d'une mesure de protection légale, le prélèvement en vue d'un don ne peut avoir lieu qu'à la condition que chacun des titulaires de l'autorité parentale ou le représentant légal y consente expressément par écrit.

Art. L. 671-9. - Aucun prélèvement à des fins scientifiques autres que celles ayant pour but de rechercher les causes du décès ne peut être effectué sans le consentement du défunt exprimé directement ou par le témoignage de sa famille. Toutefois, lorsque le défunt est un mineur, ce consentement est exprimé par un des titulaires de l'autorité parentale. La famille est informée des prélèvements effectués en vue de rechercher les causes du décès.

Art. L. 671-10. - Les médecins qui établissent le constat de la mort, d'une part, et ceux qui effectuent le prélèvement ou la transplantation, d'autre part, doivent faire partie d'unités fonctionnelles ou de services distincts. L'établissement français des greffes est informé de tout prélèvement visé au I de l'article L. 673-8.

Art. L. 671-11. - Les médecins ayant procédé à un prélèvement sur une personne décédée sont tenus de s'assurer de la restauration décente de son corps.

Section 4 De l'autorisation des établissements effectuant des prélèvements d'organes en vue de dons

Art. L. 671-12. - Les prélèvements d'organes ne peuvent être effectués que dans des établissements de santé autorisés à cet effet par l'autorité administrative.

L'autorisation est délivrée pour une durée de cinq ans. Elle est renouvelable.

Art. L. 671-13. - Aucune rémunération à l'acte ne peut être perçue par les praticiens effectuant des prélèvements d'organes au titre de cette activité.

Art. L. 671-14. - Les conditions techniques, sanitaires et médicales et les conditions propres à garantir un fonctionnement conforme aux principes généraux énoncés au titre Ier du présent livre, que doivent remplir les établissements de santé pour pouvoir être autorisés à effectuer des prélèvements d'organes, sont déterminées par décret en Conseil d'Etat.

Section 5 Des transplantations d'organes

Art. L. 671-15. - Les dispositions de l'article L. 672-10 sont applicables aux organes lorsqu'ils peuvent être conservés. La liste de ces organes est fixée par décret. Pour l'application aux organes de ces dispositions, la délivrance de l'autorisation mentionnée à l'article L. 672-10 est subordonnée aux conditions prévues à l'article L. 672-14.

Art. L. 671-16. - Les transplantations d'organes sont effectuées dans les établissements de santé autorisés à cet effet dans des conditions prévues par les dispositions des sections 1 et 2 du chapitre II du titre Ier du livre VII du présent code. Peuvent recevoir l'autorisation d'effectuer des transplantations d'organes les établissements qui sont autorisés à effectuer des prélèvements d'organes en application de l'article L. 671-12 et qui, en outre, assurent des activités d'enseignement médical et de recherche médicale dans les conditions prévues par les dispositions de l'ordonnance no 58-1373 du 30 décembre 1958 relative à la création de centres hospitaliers et universitaires, à la réforme de l'enseignement médical et au

développement de la recherche médicale, ainsi que les établissements de santé liés par convention aux précédents dans le cadre du service public hospitalier.

Art. L. 671-17. - Aucune rémunération à l'acte ne peut être perçue par les praticiens effectuant des transplantations d'organes au titre de ces activités.

Art. 6. - Il est inséré, après le chapitre Ier du titre III du livre VI du code de la santé publique, un chapitre II ainsi rédigé : Chapitre II Des tissus, cellules et produits

Section 1 Dispositions communes

Art. L. 672-1. - Les tissus, cellules et produits humains prélevés à l'occasion d'une intervention médicale et le placenta, lorsqu'ils sont conservés en vue d'une utilisation ultérieure, sont soumis aux seules dispositions des articles L. 665-12, L. 665-13, L. 665-14, L. 665-15 et de la section 4 du présent chapitre.

Art. L. 672-2. - Les dispositions des sections 2 et 3 du présent chapitre s'appliquent sous réserve des dispositions du livre II bis relatives à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales.

Art. L. 672-3. - Sauf dispositions contraires, les modalités d'application du présent chapitre sont déterminées par décret en Conseil d'Etat.

Section 2 Du prélèvement de tissus et de cellules et de la collecte des produits du corps humain en vue de dons

Art. L. 672-4. - Le prélèvement de tissus ou de cellules ou la collecte des produits du corps humain sur une personne vivante ne peut être effectué que dans un but thérapeutique ou scientifique.

Art. L. 672-5. - Aucun prélèvement de tissus ou de cellules, aucune collecte de produits du corps humain ne peut avoir lieu sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale.

Art. L. 672-6. - Un décret en Conseil d'Etat fixe les situations médicales et les conditions dans lesquelles le prélèvement de tissus et de cellules et la collecte de produits du corps humain sur une personne décédée sont autorisés. Un tel prélèvement ne peut être effectué qu'à des fins thérapeutiques ou scientifiques et dans les conditions prévues aux articles L. 671-7, L. 671-8 et L. 671-9.

Section 3 De l'autorisation des établissements et organismes effectuant des prélèvements de tissus ou de cellules du corps humain en vue de dons

Art. L. 672-7. - Les prélèvements de tissus et cellules du corps humain en vue de dons ne peuvent être effectués que dans des établissements de santé autorisés à cet effet par l'autorité administrative. L'autorisation est délivrée pour une durée de cinq ans. Elle est renouvelable.

Art. L. 672-8. - Aucune rémunération à l'acte ne peut être perçue par les praticiens effectuant des prélèvements de tissus au titre de cette activité.

Art. L. 672-9. - Les conditions techniques, sanitaires et médicales et les conditions propres à garantir un fonctionnement conforme aux principes généraux énoncés au titre Ier du présent livre, que doivent remplir les établissements de santé pour pouvoir être autorisés à effectuer des prélèvements de tissus, sont déterminées par décret en Conseil d'Etat.

Section 4 De la conservation et de l'utilisation des tissus et cellules du corps humain

Art. L. 672-10. - Peuvent assurer la transformation, la conservation, la distribution et la cession des tissus et cellules les établissements publics de santé et les organismes à but non lucratif autorisés à cet effet par l'autorité administrative. Cette autorisation est accordée pour une durée de cinq ans. Elle peut être renouvelée. L'autorisation d'effectuer la transformation des prélèvements ou l'établissement des cultures cellulaires, ainsi que leur conservation, leur distribution et leur cession, peut être accordée dans les mêmes formes à d'autres organismes pour les activités requérant une haute technicité. Les conditions d'application du présent article sont déterminées par décret en Conseil d'Etat.

Art. L. 672-11. - Le prélèvement, le traitement, la transformation, la manipulation et la distribution des produits cellulaires destinés à la mise en oeuvre de greffes, d'immunothérapie, de thérapie cellulaire somatique ou de thérapie génique somatique sont régis par les dispositions du titre Ier du présent livre dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat. Lorsque ces produits cellulaires constituent des médicaments, ces activités sont régies par les dispositions du livre V. Lorsqu'ils ne constituent pas des médicaments, leur prélèvement, leur transformation, leur conservation et leur distribution sont réalisés par des établissements ou organismes remplissant des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat et autorisés par l'autorité administrative compétente. Les décrets en Conseil d'Etat visés aux articles L. 666-8 (4o), L. 672-10 et au présent article garantissent l'unité du régime juridique applicable au prélèvement, au traitement, à la transformation, à la manipulation et à la distribution des

produits cellulaires destinés à la mise en oeuvre de greffes, d'immunothérapie, de thérapie cellulaire somatique ou de thérapie génique somatique

Art. L. 672-12. - La transformation, la distribution et la cession des tissus et cellules sont, en tant que de besoin, assujetties à des règles, notamment financières et économiques, propres à assurer le respect des dispositions du titre Ier du présent livre, et fixées par décret en Conseil d'Etat.

Art. L. 672-13. - Les greffes de tissus et de cellules ne peuvent être effectuées que dans des établissements de santé. Les activités requérant une haute technicité ou nécessitant des dispositions particulières dans l'intérêt de la santé publique, déterminées par décret en Conseil d'Etat dans les conditions prévues par les sections 1 et 2 du chapitre II du titre Ier du livre VII du présent code, ne peuvent être pratiquées que dans des établissements de santé autorisés à cet effet.

Art. L. 672-14. - La délivrance des autorisations mentionnées aux articles L. 672-10 et L. 672-13 est subordonnée à des conditions techniques, sanitaires ou médicales et, en tant que de besoin, principes généraux énoncés par le titre Ier du présent livre. Ces conditions et les modalités de délivrance sont fixées pour chacune des autorisations par décret en Conseil d'Etat.

Art. 7. - Il est inséré, après le quatrième alinéa (3) de l'article L. 666-8 du code de la santé publique, un 4^o ainsi rédigé : 4) Des préparations cellulaires réalisées, à partir du prélèvement de cellules souches hématopoïétiques et de cellules somatiques mononucléées, par des établissements ou organismes remplissant des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat et autorisés par le ministre chargé de la santé, sur proposition de l'Agence française du sang lorsque la demande est présentée par un établissement de transfusion sanguine.

Art. 8. - Il est inséré, après le chapitre II du titre Ier du livre II du code de la santé publique, un chapitre II bis ainsi rédigé : Chapitre II bis : Assistance médicale à la procréation

Art. L. 152-1. - L'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que de toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel. Art. L. 152-2. - L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple. Elle a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué. Elle peut aussi avoir pour objet d'éviter la transmission à l'enfant d'une maladie d'une particulière gravité.

L'homme et la femme formant le couple doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentants préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination.

Art. L. 152-3. - Un embryon ne peut être conçu in vitro que dans le cadre et selon les finalités d'une assistance médicale à la procréation telle que définie à l'article L. 152-2. Il ne peut être conçu avec des gamètes ne provenant pas d'un au moins des deux membres du couple. Compte tenu de l'état des techniques médicales, les deux membres du couple peuvent décider par écrit que sera tentée la fécondation d'un nombre d'ovocytes pouvant rendre nécessaire la conservation d'embryons, dans l'intention de réaliser leur demande parentale dans un délai de cinq ans. Les deux membres du couple sont consultés chaque année pendant cinq ans sur le point de savoir s'ils maintiennent leur demande parentale. Un décret en Conseil d'Etat détermine les obligations auxquelles sont tenus les établissements et les laboratoires au regard de leur conservation pendant la durée d'application de la loi no 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, notamment lorsqu'ils cessent leur activité.

Art. L. 152-4. - A titre exceptionnel, les deux membres du couple peuvent consentir par écrit à ce que les embryons conservés soient accueillis par un autre couple dans les conditions prévues à l'article L. 152-5. En cas de décès d'un membre du couple, le membre survivant est consulté par écrit sur le point de savoir s'il consent à ce que les embryons conservés soient accueillis par un autre couple dans les conditions prévues à l'article L. 152-5.

Art. L. 152-5. - A titre exceptionnel, un couple répondant aux conditions prévues à l'article L. 152-2 et pour lequel une assistance médicale à la procréation sans recours à un tiers donneur ne peut aboutir peut accueillir un embryon. L'accueil de l'embryon est subordonné à une décision de l'autorité judiciaire, qui reçoit préalablement le consentement écrit du couple à l'origine de sa conception. Le juge s'assure que le couple demandeur remplit les conditions prévues à l'article L. 152-2 et fait procéder à toutes investigations permettant d'apprécier les conditions d'accueil que ce couple est susceptible d'offrir à l'enfant à naître sur les plans familial, éducatif et psychologique. Le couple accueillant l'embryon et celui y ayant renoncé ne peuvent connaître leurs identités respectives. Toutefois, en cas de nécessité thérapeutique, un médecin pourra accéder aux informations médicales non identifiantes concernant le couple ayant renoncé à l'embryon. Aucun paiement, quelle qu'en soit la forme, ne peut être alloué au couple ayant renoncé à l'embryon. L'accueil de l'embryon est subordonné à des règles de sécurité

sanitaire. Ces règles comprennent notamment des tests de dépistage des maladies infectieuses. Les modalités d'application du présent article sont déterminées par décret en Conseil d'Etat.

Art. L. 152-6. - L'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur ne peut être pratiquée que comme ultime indication lorsque la procréation médicalement assistée à l'intérieur du couple ne peut aboutir.

Art. L. 152-7. - Un embryon humain ne peut être conçu ni utilisé à des fins commerciales ou industrielles.

Art. L. 152-8. - La conception in vitro d'embryons humains à des fins d'étude, de recherche ou d'expérimentation est interdite. Toute expérimentation sur l'embryon est interdite. A titre exceptionnel, l'homme et la femme formant le couple peuvent accepter que soient menées des études sur leurs embryons. Leur décision est exprimée par écrit. Ces études doivent avoir une finalité médicale et ne peuvent porter atteinte à l'embryon. Elles ne peuvent être entreprises qu'après avis conforme de la commission mentionnée à l'article L. 184-3 ci-dessous dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat. La commission rend publique chaque année la liste des établissements où s'effectuent ces études, ainsi que leur objet.

Art. L. 152-9. - Les actes cliniques et biologiques d'assistance médicale à la procréation, définis par décret en Conseil d'Etat, sont effectués sous la responsabilité d'un praticien nommé agréé à cet effet dans chaque établissement ou laboratoire autorisé à les pratiquer.

Art. L. 152-10. - La mise en oeuvre de l'assistance médicale à la procréation doit être précédée d'entretiens particuliers des demandeurs avec les membres de l'équipe médicale pluridisciplinaire du centre, qui peut faire appel, en tant que de besoin, au service social institué au titre VI du code de la famille et de l'aide sociale.

Ils doivent notamment:

1) Vérifier la motivation de l'homme et de la femme formant le couple et leur rappeler les possibilités ouvertes par la loi en matière d'adoption;

2) Informer ceux-ci des possibilités de réussite et d'échec des techniques d'assistance médicale à la procréation, ainsi que de leur pénibilité;

3) Leur remettre un dossier-guide comportant notamment:

a) Le rappel des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'assistance médicale à la procréation;

b) Un descriptif de ces techniques;

c) Le rappel des dispositions législatives et réglementaires relatives à l'adoption, ainsi que l'adresse des associations et organismes susceptibles de compléter leur information à ce sujet.

La demande ne peut être confirmée qu'à l'expiration d'un délai de réflexion d'un mois à l'issue du dernier entretien. La confirmation de la demande est faite par écrit. La mise en oeuvre de l'assistance médicale à la procréation est subordonnée à des règles de sécurité sanitaire définies par décret en Conseil d'Etat. L'assistance médicale à la procréation ne peut être mise en oeuvre par le médecin lorsque les demandeurs ne remplissent pas les conditions prévues par le présent chapitre ou lorsque le médecin, après concertation au sein de l'équipe pluridisciplinaire, estime qu'un délai de réflexion supplémentaire est nécessaire aux demandeurs dans l'intérêt de l'enfant à naître. Les époux ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur doivent préalablement donner, dans les conditions prévues par le code civil, leur consentement au juge ou au notaire.

Art. 9. - Les embryons existant à la date de promulgation de la présente loi et dont il a été vérifié qu'ils ne font plus l'objet d'une demande parentale, qu'ils ne font pas l'objet d'une opposition à un accueil par un couple tiers et qu'ils satisfont aux règles de sécurité sanitaire en vigueur au jour de leur transfert pourront être confiés à un couple remplissant les conditions prévues à l'article L. 152-5. Si leur accueil est impossible et si la durée de leur conservation est au moins égale à cinq ans, il est mis fin à cette conservation.

Art. 10. - Il est inséré, après la section 4 du chapitre II du titre III du livre VI du code de la santé publique, une section 5 ainsi rédigée:

Section 5 Dispositions spécifiques au don et à l'utilisation de gamètes

Art. L. 673-1. - Le don de gamètes consiste en l'apport par un tiers de spermatozoïdes ou d'ovocytes en vue d'une assistance médicale à la procréation.

Art. L. 673-2. - Le donneur doit faire partie d'un couple ayant procréé. Le consentement du donneur et celui de l'autre membre du couple sont recueillis par écrit. Il en est de même du consentement des deux membres du couple receveur, qui peut être révoqué, avant toute intervention, par l'un ou l'autre des membres du couple.

Art. L. 673-3. - Toute insémination artificielle par sperme frais provenant d'un don et tout mélange de sperme sont interdits.

Art. L. 673-4. - Le recours aux gamètes d'un même donneur ne peut délibérément conduire à la naissance de plus de cinq enfants.

Art. L. 673-5. - Les activités de recueil, traitement, conservation et cession de gamètes ne peuvent être pratiquées que dans les organismes et établissements de santé publics et privés à but non lucratif autorisés à cet effet par l'autorité administrative, suivant les modalités prévues par les dispositions des sections 1 et 2 du chapitre II du titre Ier du livre VII. Aucune rémunération à l'acte ne peut être perçue par les praticiens au titre de ces activités. Pour être autorisés à exercer ces activités, les organismes et établissements visés au premier alinéa doivent remplir les conditions déterminées en application des dispositions susmentionnées du livre VII et des conditions définies par décret en Conseil d'Etat propres à garantir un fonctionnement conforme aux principes généraux prévus par le titre Ier du présent livre. Ce décret détermine également les obligations auxquelles sont tenus ces organismes et établissements au regard de la conservation des gamètes, notamment lorsqu'ils cessent leurs activités. L'autorisation porte sur une ou plusieurs activités. Elle est délivrée pour une durée de cinq ans. Elle est accordée après avis de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal instituée à l'article L. 184-3 et du Comité national de l'organisation sanitaire et sociale. Tout organisme ou établissement autorisé à exercer ces activités est tenu de présenter au ministre chargé de la santé le rapport annuel d'activité prévu à l'article L. 184-2.

Art. L. 673-6. - Les organismes et établissements autorisés dans les conditions prévues à l'article L. 673-5 fournissent aux autorités sanitaires les informations utiles relatives aux donneurs. Un médecin peut accéder aux informations médicales non identifiantes en cas de nécessité thérapeutique concernant un enfant conçu par une assistance médicale à la procréation avec tiers donneur.

Art. L. 673-7. - Le bénéfice d'un don de gamètes ne peut en aucune manière être subordonné à la désignation par le couple receveur d'une personne ayant volontairement accepté de procéder à un tel don en faveur d'un couple tiers anonyme.

Art. 11. - Il est inséré, après la section 3 du chapitre V du titre Ier du livre II du code de la santé publique, une section 4 ainsi rédigée:

Section 4 Activités d'assistance médicale à la procréation

Art. L. 184-1. - Les activités cliniques d'assistance médicale à la procréation, à l'exception de l'insémination artificielle, ne peuvent être pratiquées que dans des établissements de santé. Les activités biologiques d'assistance médicale à la procréation ne peuvent être pratiquées que dans des établissements publics de santé et des laboratoires d'analyses de biologie médicale. A l'exception de l'insémination artificielle, les activités, tant cliniques que biologiques, d'assistance médicale à la procréation doivent être autorisées suivant les modalités prévues par les dispositions des sections 1 et 2 du chapitre II du titre Ier du livre VII. Cette autorisation vaut dérogation, au sens des dispositions du sixième alinéa de l'article L. 761, pour les laboratoires d'analyses médicales. Pour être autorisés à exercer ces activités, les établissements et les laboratoires mentionnés aux premier et deuxième alinéas du présent article doivent remplir les conditions déterminées en application des dispositions susmentionnées du livre VII et des conditions de fonctionnement définies par décret en Conseil d'Etat. Ce décret détermine également les obligations auxquelles sont tenus les établissements et les laboratoires au regard de la conservation des gamètes, notamment lorsqu'ils cessent leurs activités. L'autorisation porte sur une ou plusieurs des activités d'assistance médicale à la procréation, avec ou sans tiers donneur. Elle est délivrée pour une durée de cinq ans. Elle est accordée après avis de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal instituée par l'article L. 184-3 et du Comité national de l'organisation sanitaire et sociale.

Art. L. 184-2. - Tout établissement ou laboratoire autorisé à pratiquer des activités d'assistance médicale à la procréation ou de diagnostic prénatal, tout centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal est tenu de présenter au ministre chargé de la santé un rapport annuel d'activité suivant des modalités déterminées par arrêté de ce ministre. Il est également tenu d'établir et de conserver dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat des registres relatifs aux gamètes et aux embryons qu'il conserve.

Art. L. 184-3. - La Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal est chargée de donner un avis sur les demandes d'autorisation d'exercice des activités d'assistance médicale à la procréation et de diagnostic prénatal, sur les demandes d'agrément des centres pluridisciplinaires de diagnostic prénatal ainsi que sur les décisions de retrait d'autorisation. Elle participe au suivi et à l'évaluation du fonctionnement des établissements et laboratoires autorisés. << Elle remet chaque année au ministre chargé de la santé un rapport portant sur l'évolution de la médecine et de la biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal.

La Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal comprend des praticiens désignés sur proposition de leurs organisations représentatives, des personnalités choisies en raison de leur compétence dans les domaines de la procréation, de l'obstétrique, du diagnostic prénatal, du conseil génétique et du droit de la filiation et des représentants des administrations intéressées et des ordres professionnels ainsi qu'un représentant des associations familiales. La commission est présidée par un membre de la Cour de cassation, du Conseil d'Etat ou de la Cour des comptes désigné par décret. Un décret en Conseil d'Etat fixe la composition de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal et détermine les modalités de son organisation et de son fonctionnement.

Art. L. 184-4. - Le ministre chargé de la santé communique à la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal le rapport mentionné à l'article L. 184-2 et tous documents utiles pour les besoins de sa mission.

Art. L. 184-5. - Les membres de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal et les personnes appelées à collaborer à ses travaux sont tenus, dans les conditions et sous les peines prévues à l'article 226-13 du code pénal, de garder secrètes les informations dont ils peuvent avoir connaissance en raison de leurs fonctions.

Art. 12. - Il est inséré, au début du chapitre IV du titre Ier du livre II du code de la santé publique, un article L. 162-16 ainsi rédigé:

Art. L. 162-16. - Le diagnostic prénatal s'entend des pratiques médicales ayant pour but de détecter in utero chez l'embryon ou le fœtus une affection d'une particulière gravité. Il doit être précédé d'une consultation médicale de conseil génétique. Les analyses de cytogénétique et de biologie en vue d'établir un diagnostic prénatal ne peuvent être pratiquées, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat, que dans des établissements publics de santé et des laboratoires d'analyses de biologie médicale autorisés selon les modalités prévues par les dispositions des sections 1 et 2 du chapitre II du titre Ier du livre VII. Les autorisations prévues par le présent article sont délivrées pour une durée de cinq ans et sont accordées après avis de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal instituée par l'article L. 184-3 et du Comité national de l'organisation sanitaire et sociale. Pour les laboratoires d'analyses de biologie médicale, cette autorisation vaut inscription sur la liste prévue à l'article L. 759.

Des centres de diagnostic prénatal pluridisciplinaires sont créés dans des organismes et établissements de santé publics et privés à but non lucratif. Leurs missions, leur rôle auprès des autres intervenants en matière de diagnostic prénatal et les conditions de leur création et de leur agrément sont définis par décret en Conseil d'Etat.

Art. 13. - Le deuxième alinéa de l'article L. 162-12 du code de la santé publique est complété par une phrase ainsi rédigée : En outre, si l'interruption de grossesse est envisagée au motif qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic, l'un de ces deux médecins doit exercer son activité dans un centre de diagnostic prénatal pluridisciplinaire.

Art. 14. - Il est inséré, après l'article L. 162-16 du code de la santé publique, un article L. 162-17 ainsi rédigé : Art. L. 162-17. - Le diagnostic biologique effectué à partir de cellules prélevées sur l'embryon in vitro n'est autorisé qu'à titre exceptionnel dans les conditions suivantes : Un médecin exerçant son activité dans un centre de diagnostic prénatal pluridisciplinaire tel que défini par l'article L. 162-16 doit attester que le couple, du fait de sa situation familiale, a une forte probabilité de donner naissance à un enfant atteint d'une maladie génétique d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic. Le diagnostic ne peut être effectué que lorsque a été préalablement et précisément identifiée, chez l'un des parents, l'anomalie ou les anomalies responsables d'une telle maladie. Les deux membres du couple expriment par écrit leur consentement à la réalisation du diagnostic. Le diagnostic ne peut avoir d'autre objet que de rechercher cette affection ainsi que les moyens de la prévenir et de la traiter. Il ne peut être réalisé que dans un établissement spécifiquement autorisé à cet effet après avis de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal et dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat.

Art. 15. - Il est inséré, après le chapitre II du titre III du livre VI du code de la santé publique, un chapitre III ainsi rédigé :

Chapitre III Sanctions pénales et administratives relatives à l'utilisation des éléments et produits du corps humain

Art. L. 674-1. - Toute violation constatée dans un établissement ou un organisme, et du fait de celui-ci, des prescriptions législatives et réglementaires relatives aux prélèvements et aux transplantations d'organes, aux prélèvements, à la conservation et à l'utilisation de tissus ou aux greffes de tissus ou de

cellules du corps humain entraîne le retrait temporaire ou définitif des autorisations prévues aux articles L. 671-12, L. 671-16, L. 672-7, L. 672-10, L. 672-13 et L. 673-5. Le retrait de l'autorisation est également encouru en cas de violation des prescriptions fixées par l'autorisation. Le retrait ne peut intervenir qu'après un délai d'un mois suivant une mise en demeure adressée par l'autorité administrative à l'établissement ou l'organisme concerné et précisant les griefs. En cas d'urgence tenant à la sécurité des personnes faisant l'objet des activités en cause, une suspension provisoire peut être prononcée à titre conservatoire. La décision de retrait est publiée au Journal officiel de la République française. En cas de retrait de l'autorisation prévue à l'article L. 673-5, la décision est prise après avis motivé de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal.

Art. L. 674-2. - Comme il est dit à l'article 511-2 du code pénal, le fait d'obtenir d'une personne l'un de ses organes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende. Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention d'un organe contre le paiement de celui-ci, ou de céder à titre onéreux un tel organe du corps d'autrui. Les mêmes peines sont applicables dans le cas où l'organe obtenu dans les conditions prévues au premier alinéa provient d'un pays étranger.

Art. L. 674-3. - Comme il est dit à l'article 511-3 du code pénal, le fait de prélever un organe sur une personne vivante majeure sans que le consentement de celle-ci ait été recueilli dans les conditions prévues à l'article L. 671-3 du présent code est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende. Est puni des mêmes peines le fait de prélever un organe sur un donneur vivant mineur ou sur un donneur vivant majeur faisant l'objet d'une mesure de protection légale sans avoir respecté les conditions prévues aux articles L. 671-4 et L. 671-5 du présent code.

Art. L. 674-4. - Comme il est dit à l'article 511-4 du code pénal, le fait d'obtenir d'une personne le prélèvement de tissus, de cellules ou de produits de son corps contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende. Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention de tissus, de cellules ou de produits humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, ou de céder à titre onéreux des tissus, des cellules ou des produits du corps d'autrui.

Art. L. 674-5. - Comme il est dit à l'article 511-5 du code pénal, le fait de prélever un tissu ou des cellules ou de collecter un produit sur une personne vivante majeure sans qu'elle ait exprimé son consentement est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait de prélever un tissu ou des cellules ou de collecter un produit sur une personne vivante mineure ou sur une personne vivante majeure faisant l'objet d'une mesure de protection légale sans avoir respecté les conditions prévues par l'article L. 672-5 du présent code.

Art. L. 674-6. - Le fait de procéder à des prélèvements d'organes ou des transplantations d'organes, à des prélèvements ou des greffes de tissus, à la conservation ou à la transformation de tissus ou à la greffe de cellules dans un établissement n'ayant pas obtenu l'autorisation prévue par les articles L. 671-12, L. 671-16, L. 672-7, L. 672-10 et L. 672-13 est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

Art. L. 674-7. - Le fait de procéder à la distribution ou à la cession d'organes, de tissus, de cellules et produits humains en vue d'un don sans qu'aient été respectées les règles de sécurité sanitaire exigées en application des dispositions de l'article L. 665-15 est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

Art. 16. - Les nouveaux articles L. 675-1 à L. 675-8 du code de la santé publique sont, dans la numérotation qui résulte de la présente loi, insérés dans le chapitre III du titre III du livre VI dudit code.

Art. 17. - Il est inséré, dans le chapitre III du titre III du livre VI du code de la santé publique, les articles L. 675-9 à L. 675-18 ainsi rédigés:

Art. L. 675-9. - Comme il est dit à l'article 511-6 du code pénal, le fait de recueillir ou de prélever des gamètes sur une personne vivante sans son consentement écrit est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.

Art. L. 675-10. - Comme il est dit à l'article 511-9 du code pénal, le fait d'obtenir des gamètes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, à l'exception du paiement des prestations assurées par les établissements effectuant la préparation et la conservation de ces gamètes, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende. Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention de gamètes contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, ou de remettre à des tiers, à titre onéreux, des gamètes provenant de dons.

Art. L. 675-11. - Le fait de divulguer une information permettant à la fois d'identifier une personne ou un couple qui a fait don de gamètes et le couple qui les a reçus est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

Art. L. 675-12. - Le fait de recueillir ou de prélever des gamètes sur une personne vivante en vue d'une assistance médicale à la procréation sans procéder aux tests de dépistage des maladies

transmissibles exigés en application de l'article L. 665-15 est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

Art. L. 675-13. - Le fait de procéder à une insémination artificielle par sperme frais ou mélange de sperme provenant de dons en violation de l'article L. 673-3 est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

Art. L. 675-14. - Le fait de subordonner le bénéfice d'un don de gamètes à la désignation par le couple receveur d'une personne ayant volontairement accepté de procéder à un tel don en faveur d'un couple tiers en violation de l'article L. 673-7 est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

Art. L. 675-15. - Les personnes physiques coupables des infractions prévues au présent chapitre encourent également la peine complémentaire d'interdiction, pour une durée de dix ans au plus, d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice de laquelle ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise.

Art. L. 675-16. - Le fait de procéder à des activités de recueil, de traitement, de conservation et de cession de gamètes provenant de dons sans avoir recueilli l'autorisation prévue à l'article L. 673-5 est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

Art. L. 675-17. - Comme il est dit à l'article 511-28 du code pénal, les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2 dudit code, des infractions définies au présent chapitre. Les peines encourues par les personnes morales sont:

- 1) L'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du code pénal;
- 2) Les peines mentionnées à l'article 131-39 du code pénal.

L'interdiction mentionnée au 2o de l'article 131-39 du code pénal porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise.

Art. L. 675-18. - Comme il est dit à l'article 511-26 du code pénal, la tentative des délits prévus par les articles 511-2, 511-3, 511-4, 511-5, 511-6 et 511-9 dudit code auxquels renvoient les articles L. 674-2 à L.674-5, L. 675-9 et L. 675-10 du présent code est punie des mêmes peines. >>

Art. 18. - I. - Il est inséré, dans la section 4 du chapitre V du titre Ier du livre II du code de la santé publique, les articles L. 184-6 et L. 184-7 ainsi rédigés:

Art. L. 184-6. - Toute violation constatée dans un établissement ou un laboratoire, et du fait de celui-ci, des prescriptions législatives et réglementaires applicables à l'assistance médicale à la procréation ou au

diagnostic prénatal entraîne le retrait temporaire ou définitif des autorisations prévues aux articles L. 184-1 et L. 162-16. Le retrait de l'autorisation est également encouru en cas de violation des prescriptions fixées par l'autorisation. Le retrait ne peut intervenir qu'après un délai d'un mois suivant une mise en demeure adressée par l'autorité administrative à l'établissement ou au laboratoire concerné et précisant les griefs. En cas de violation grave des dispositions de la loi no 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, l'autorisation peut être suspendue sans délai à titre conservatoire. La décision de retrait est prise après avis motivé de la Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal. Elle est publiée au Journal officiel de la République française.

Art. L. 184-7. - Le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation sans avoir recueilli l'autorisation prévue à l'article L. 184-1 est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende. >> II. - Sont insérés, au chapitre II bis du titre Ier du livre II du code de la santé publique, les articles L. 152-11 à L. 152-19 ainsi rédigés:

Art. L. 152-11. - Le fait d'obtenir des embryons humains sans respecter les conditions prévues aux articles L. 152-4 et L. 152-5 est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

Art. L. 152-12. - Comme il est dit à l'article 511-15 du code pénal, le fait d'obtenir des embryons humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende. Est puni des mêmes peines le fait d'apporter son entremise pour favoriser l'obtention d'embryons humains contre un paiement, quelle qu'en soit la forme, ou de remettre à des tiers, à titre onéreux, des embryons humains.

Art. L. 152-13. - Le fait de divulguer une information nominative permettant d'identifier à la fois le couple qui a renoncé à un embryon et le couple qui l'a accueilli est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

Art. L. 152-14. - Le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation à des fins autres que celles définies à l'article L. 152-2 est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende.

Art. L. 152-15. - Comme il est dit à l'article 511-17 du code pénal, le fait de procéder à la conception in vitro d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende. Est puni des mêmes peines le fait d'utiliser des embryons humains à des fins industrielles ou commerciales.

Art. L. 152-16. - Le fait de procéder au transfert d'un embryon dans les conditions fixées à l'article L. 152-5 sans avoir pris connaissance des résultats des tests de dépistage de maladies infectieuses exigés en application de l'article précité est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

Art. L. 152-17. - Comme il est dit à l'article 511-19 du code pénal, le fait de procéder à une étude ou une expérimentation sur l'embryon en violation des dispositions de l'article L. 152-8 du présent code est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

Art. L. 152-18. - Comme il est dit à l'article 511-18 du code pénal, le fait de procéder à la conception in vitro d'embryons humains à des fins de recherche ou d'expérimentation est puni de sept ans d'emprisonnement et de 700 000 F d'amende.

Art. L. 152-19. - La tentative des délits prévus par les articles L.152-11 et L. 152-17 est punie des mêmes peines. Comme il est dit à l'article 511-26 du code pénal, la tentative des délits prévus par l'article 511-15 dudit code auquel renvoie l'article L. 152-12 du présent code est punie des mêmes peines.

III. - Il est inséré, dans le chapitre IV du titre Ier du livre II du code de la santé publique, les articles L. 162-18 à L. 162-22 ainsi rédigés:

Art. L. 162-18. - Le fait de procéder au diagnostic prénatal sans avoir reçu l'autorisation mentionnée à l'article L. 162-16 est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

Art. L. 162-19. - Le fait de procéder à une interruption de grossesse après diagnostic prénatal sans avoir respecté les modalités prévues par la loi est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

Art. L.162-20. - Le fait de méconnaître les dispositions de l'article L. 162-17 relatif au diagnostic préimplantatoire est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

Art. L.162-21. - Les personnes physiques coupables des infractions prévues à la section 4 du chapitre V, au chapitre II bis et au présent chapitre IV du présent titre encourent également la peine complémentaire d'interdiction, pour une durée de dix ans au plus, d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice de laquelle ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise.

Art. L.162-22. - Comme il est dit à l'article 511-28 du code pénal, les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2 dudit code, des infractions définies à la section 4 du chapitre V et au chapitre II bis du présent titre. Les peines encourues par les personnes morales sont:

- 1) L'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du code pénal;

2) Les peines mentionnées à l'article 131-39 du code pénal.

L'interdiction mentionnée au 2o de l'article 131-39 du code pénal porte sur l'activité dans

Art. 19. - Les établissements, laboratoires ou organismes qui, en application des dispositions législatives et réglementaires antérieures à l'entrée en vigueur de la présente loi, ont été autorisés à pratiquer les activités de prélèvements d'organes, de transplantations d'organes, d'assistance médicale à la procréation et de diagnostic prénatal visées par les articles L. 671-12, L. 671-16, L. 184-1, L. 673-5 et L. 162-16 du code de la santé publique doivent déposer une demande d'autorisation dans un délai de six mois à compter de la publication du décret pris pour l'application de la présente loi et relatif à l'autorisation dont relèvent leurs activités. Ils peuvent poursuivre leurs activités jusqu'à l'intervention de la décision de l'autorité administrative sur leur demande. Les établissements, laboratoires ou organismes qui pratiquent les activités de prélèvements de tissus, de conservation ou de transformation de tissus en vue de leur cession, de greffes de tissus ou de cellules, que les articles L. 672-7, L. 672-10 et L. 672-13 du code de la santé publique soumettent à autorisation, doivent déposer une demande d'autorisation dans un délai de six mois à compter de la publication du décret pris pour l'application de la présente loi et relatif à l'autorisation dont relèvent leurs activités. Ils peuvent poursuivre ces activités jusqu'à l'intervention de la décision de l'autorité administrative sur leur demande.

Art. 20. - Sont abrogées les dispositions de:

- 1) La loi no 49-890 du 7 juillet 1949 permettant la pratique de la greffe de la cornée grâce à l'aide de donateurs d'yeux volontaires;
- 2) La loi no 76-1181 du 22 décembre 1976 relative aux prélèvements d'organes;
- 3) L'article 13 de la loi no 91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social.

Art. 21. - La présente loi fera l'objet, après évaluation de son application par l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, d'un nouvel examen par le Parlement dans un délai maximum de cinq ans après son entrée en vigueur.

Art. 22. - Il est inséré, dans le livre Ier du code de la santé publique, un titre VI ainsi rédigé:

TITRE VI Médecine prédictive et identification génétique

Art. L.145-15. - L'examen des caractéristiques génétiques d'une personne ou son identification par empreintes génétiques, lorsqu'elle n'est pas réalisée dans le cadre d'une procédure judiciaire, ne peut être entrepris qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique et qu'après avoir recueilli son consentement. Lorsque cet examen ou cette identification est effectué à des fins médicales, le consentement est recueilli par écrit. Les examens ou identifications à des fins de recherche scientifique sont régis par les dispositions du livre II bis du présent code. A titre exceptionnel, lorsque cette étude est entreprise à des fins médicales, le consentement de la personne peut ne pas être recueilli, dans son intérêt et dans le respect de sa confiance. Sous les mêmes réserves, le consentement peut également ne pas être recueilli lorsque l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques est recherchée à des fins médicales.

Art. L.145-16. - Sont seules habilitées à procéder à des identifications par empreintes génétiques à des fins médicales ou de recherche scientifique les personnes ayant fait l'objet d'un agrément dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

Art. L. 145-17. - Comme il est dit à l'article 226-25 du code pénal, le fait de procéder à l'étude des caractéristiques génétiques d'une personne à des fins médicales sans avoir préalablement recueilli son consentement dans les conditions prévues par l'article L. 145-15 est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.

Art. L. 145-18. - Comme il est dit à l'article 226-26 du code pénal, le fait de détourner de leurs finalités médicales ou de recherche scientifique les informations recueillies sur une personne au moyen de l'étude de ses caractéristiques génétiques est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.

Art. L. 145-19. - Comme il est dit à l'article 226-27 du code pénal, le fait de rechercher l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques à des fins médicales sans recueillir préalablement son consentement dans les conditions prévues par l'article L. 145-15 est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.

Art. L. 145-20. - Comme il est dit à l'article 226-28 du code pénal, le fait de rechercher l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques à des fins qui ne seraient ni médicales ni scientifiques ou en dehors d'une mesure d'enquête ou d'instruction diligentée lors d'une procédure judiciaire est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait de divulguer des informations relatives à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ou de procéder à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques sans être titulaire de l'agrément prévu à l'article L. 145-16 du présent code.

Art. L. 145-21. - Comme il est dit à l'article 226-29 du code pénal, la tentative des infractions prévues aux articles 226-25, 226-26, 226-27 et 226-28 dudit code auxquels renvoient les articles L. 145-17, L. 145-18, L.145-19 et L. 145-20 du présent code est punie des mêmes peines.

Art. 23. - Le comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé a pour mission de donner des avis sur les problèmes éthiques soulevés par les progrès de la connaissance dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé et de publier des recommandations sur ces sujets. Un décret en Conseil d'Etat précise la composition et les modalités de saisine, d'organisation et de fonctionnement du comité.

Art. 24. - Les dispositions du code de la santé publique qui citent en les reproduisant les articles d'autres codes sont de plein droit modifiées par l'effet des modifications ultérieures de ces articles.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 29 juillet 1994.

FRANCOIS MITTERRAND

Par le Président de la République:

Le Premier ministre,

EDOUARD BALLADUR

Le ministre d'Etat, ministre des affaires sociales, de la santé et de la ville,

SIMONE VEIL

Le ministre d'Etat, ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire,

CHARLES PASQUA

Le ministre d'Etat, garde des sceaux, ministre de la justice,

PIERRE MEHAIGNERIE

Le ministre d'Etat, ministre de la défense,

FRANCOIS LEOTARD

Le ministre de l'économie,

EDMOND ALPHANDERY

Le ministre du budget,
porte-parole du Gouvernement,
NICOLAS SARKOZY

Le ministre de l'enseignement supérieur et de la recherche,
FRANCOIS FILLON

Le ministre délégué à la santé,
PHILIPPE DOUSTE-BLAZY

(1) Loi no 94-654.

- Travaux préparatoires:

Assemblée nationale:

Projet de loi no 2600; Rapport de M. Bioulac, au nom de la commission spéciale, no 2871;
Discussion les 19, 20, 24 et 25 novembre 1992 et adoption le 25 novembre 1992.

Sénat:

Projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale en première lecture, no 67 (1992-1993);
Rapport de M. Jean Chérioux, au nom de la commission des affaires sociales, no 236 (1993-1994); Avis
de la commission des affaires culturelles no 234 (1993-1994); Discussion les 13, 14, 17, 18, 19 janvier
1994 et adoption le 19 janvier 1994.

Assemblée nationale:

Projet de loi, modifié par le Sénat, no 957; Rapport de M. Jean-François Mattei, au nom de la
commission spéciale, no 1057; Discussion les 14 et 15 avril 1994 et adoption le 20 avril 1994.

Sénat:

Projet de loi, adopté avec modifications par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, no
354 (1993-1994); Rapport de M. Jean Chérioux, au nom de la commission des affaires sociales, no 395
(1993-1994); Discussion les 17 et 18 mai 1994 et adoption le 18 mai 1994.

Assemblée nationale:

Projet de loi, modifié par le Sénat en deuxième lecture, no 1264; Rapport de M. Jean-François Mattei, au nom de la commission mixte paritaire, no 1369; Discussion et adoption le 15 juin 1994.

Sénat:

Rapport, au nom de la commission mixte paritaire, no 497 (1993-1994); Discussion et adoption le 23 juin 1994.

Conseil constitutionnel:

Décision no 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 publiée au Journal officiel du 29 juillet 1994.



ประวัติผู้วิจัย

ชื่อ	อนันต์ เติกรมย์กุล
วัน เดือน ปีเกิด	6 กุมภาพันธ์ 2500
สถานที่เกิด	กรุงเทพมหานคร ประเทศไทย
ประวัติการศึกษา	จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต สาขาวิชาวิทยาศาสตร์ การแพทย์, 2523 ปริญญาทันตแพทยศาสตรบัณฑิต, 2525 มหาวิทยาลัยรามคำแหง ปริญญาบริหารธุรกิจมหาบัณฑิต, 2555 สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายมหาชน, 2556 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายธุรกิจ (ภาษาอังกฤษ), 2557
ที่อยู่ปัจจุบัน	21/33 หมู่บ้านพรหมพิทักษ์นิเวศน์ ซอยเอกชัย 35 ถนน เอกชัย ตำบลบางขุนเทียน อำเภอจอมทอง จังหวัด กรุงเทพมหานคร
สถานที่ทำงาน	คลินิกทันตกรรมทันตแพทย์อนันต์
ตำแหน่งปัจจุบัน	ทันตแพทย์