

การตั้งครรรภ์แทนตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยี
ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

Surrogacy under Surrogacy Act on the Protection of Children Born through
Assisted Reproductive Technologies

ธนัฐกรณ์ โภคินกรณ์พงศ์ (Thanatkorn Pokinkornpong)* ภาณินี กิจพ้อคำ (Paninee Gitpokha)**
ดร.วรรณวิภา เมืองดำ (Dr.Wanwapa Moungtam)***

บทคัดย่อ

วัตถุประสงค์ของการวิจัยมีจุดมุ่งหมายในการศึกษากรณีการตั้งครรรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 ผลการศึกษาพบว่า การตั้งครรรภ์แทนในประเทศสหรัฐอเมริกามีความแตกต่างกันไปตามแต่ละมลรัฐ มีเพียงบางส่วนที่คล้ายกันคือในเรื่องการยุติการตั้งครรรภ์ และเห็นช่องว่างทางกฎหมายประการหนึ่งคือ การที่มีกฎหมายบังคับใช้แตกต่างกันในแต่ละมลรัฐ และหากจะหลบเลี่ยงกฎหมายที่ต้องห้าม หรือมีข้อกำหนดที่ยุ้งยาก อาจมีการย้ายไปตั้งครรรภ์แทนในมลรัฐที่สามารถทำได้และสะดวกกว่า แต่กฎหมายของประเทศไทยและประเทศอินเดียมีความคล้ายกันหลายส่วน จากผลการศึกษาจึงมีข้อเสนอแนะว่า ควรเพิ่มบทบัญญัติในกรณีที่คุณสมรสเป็นชาวต่างชาติทั้งคู่สามารถให้มีการตั้งครรรภ์แทนได้ในประเทศไทย เพียงแต่ต้องมีข้อกำหนดที่มากกว่า กำหนดในเรื่องของสถานะของสัญญาการรับตั้งครรรภ์แทนให้มีผลบังคับใช้ได้ และควรเพิ่มทีมสหสาขาวิชาชีพเพิ่มเติมในการประเมินผู้ให้บริการ

ABSTRACT

The research objective to investigate the case of surrogacy under the Protection of Children Born through Medical Assisted Reproductive Technology Act, BE 2558. The study indicated that surrogacy in the United States vary from state to state. There are only some similarities in termination of pregnancy. The different laws in each state, resulting in the inequality of people in the same country. To evade the law that is forbidden or with difficult requirements, it may be possible to move to other state where the surrogate is allowed. However, the law in Thailand and India are similar. The results of the study suggest that the law should be added in the case that if spouses are foreigners, both partners can use the service of surrogacy in Thailand. Later, there should be an addition of status of the surrogate contract. .One important aspect is that, in addition to practitioners in accordance from the Medical Council Regulation, multidisciplinary, as well as related person should be included in the users evaluation.

คำสำคัญ: เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ การตั้งครรรภ์แทน

Keywords: Assisted reproductive technology, Surrogacy

*นักศึกษา หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

**รองศาสตราจารย์ สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

***อาจารย์ สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

บทนำ

แต่เดิมประเทศไทยไม่เคยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนโดยตรงมาบังคับใช้ จะมีเพียงประกาศของแพทยสภาเพียง 2 ฉบับ ที่ใช้เป็นแนวทางแก่ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม เมื่อมีปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทน ได้แก่ ความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน สัญญาการตั้งครรภ์แทน การทอดทิ้งเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน การจ่ายค่าตอบแทน มาตรฐานการให้บริการทางการแพทย์ จะนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาปรับใช้ตามกรณี จนในปัจจุบันเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์มีความก้าวหน้าเป็นอย่างมาก ประกอบกับความต้องการมีบุตรของผู้ที่มีปัญหาเกี่ยวกับภาวะการมีบุตรยาก จึงเกิดการจ้างให้ตั้งครรภ์แทน แต่เมื่อมีปัญหาเกิดขึ้น ด้วยยังไม่มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรงมาบังคับใช้ จนกระทั่ง มีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้ประกาศใช้ อันเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรง แต่ด้วยเป็นกฎหมายใหม่ยังไม่มีคดีขึ้นสู่การพิจารณา จึงอาจมีส่วนที่ต้องแก้ไขปรับปรุงต่อไป เพื่อให้เกิดความสมบูรณ์ในการบังคับใช้กฎหมายต่อไป แต่ในต่างประเทศทั้งประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ต่างมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนบังคับใช้ในกรณีดังกล่าวมาก่อนประเทศไทย ซึ่งมีข้อแตกต่างกันตามบริบทของแต่ละประเทศ จึงเห็นว่า การศึกษาข้อแตกต่างของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนในประเทศอื่น เพื่อนำมาปรับปรุงแก้ไขกฎหมายของประเทศไทย ตลอดจนเป็นการวิเคราะห์กฎหมายของประเทศไทยที่อาจเป็นช่องว่างที่จะทำให้เกิดปัญหาต่อไปในอนาคต

ในประเทศไทยได้มีปัญหามีปัญหาเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน แต่ที่ทราบกันคือ ที่ปรากฏเป็นข่าวตามสื่อมวลชนต่างๆ เมื่อไม่นานคือกรณี หญิงสาวชาวไทยที่รับอุ้มท้องแทนคู่สามีภรรยาชาวออสเตรเลีย ก่อนจะให้กำเนิดทารกป่วยเป็นโรคความดันโลหิตสูง ได้กล่าวว่า พ่อชาวออสเตรเลียไม่มีสิทธินำลูกของเธอไป ภายหลังจากที่คู่สามีภรรยาชาวออสเตรเลียซึ่งถูกกล่าวหาว่า “ทอดทิ้งเด็ก” และข่าวหนุ่มญี่ปุ่น วัย 24 ปี ที่จ้าง “อุ้มบุญ” ซึ่งตรวจสอบพบสูติบัตรเป็นพ่อเดี่ยวทั้งหมด 14 คน(ยศศักดิ์,2557) ทำให้มีกระแสว่า การตั้งครรภ์แทนในประเทศไทย มีกฎหมายควบคุมการตั้งครรภ์แทนอย่างไร ทำให้หลายฝ่ายที่เกี่ยวข้อง เช่น กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์และกระทรวงสาธารณสุข โดยเฉพาะแพทยสภา ถูกกล่าวถึงว่ามีแนวทาง หรือกฎหมายควบคุมอย่างไร และมีการกล่าวถึง พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ขึ้นมาว่ามีผลควบคุมการตั้งครรภ์แทนอย่างไร ซึ่งเนื้อหาโดยรวม โดยเฉพาะมาตรา 24 ห้ามดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า แสดงให้เห็นว่า พระราชบัญญัติฉบับนี้ ห้ามมิให้กระทำการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ แต่ให้มีการตั้งครรภ์แทน เฉพาะการรักษาภาวะการมีบุตรยากเท่านั้น แต่จากการศึกษากฎหมายการตั้งครรภ์แทนในหลายประเทศ ศศ.ดร. สุชาดา ทวีสิทธิ์ นાયกสมาคมแพศวิไลศึกษา(กฎหมายอุ้มบุญ : แรงขับเคลื่อนสำหรับคนอยากมีลูก ,2557)เสนอข้อมูลการเปรียบเทียบกฎหมายการตั้งครรภ์แทนในประเทศต่างๆ ที่น่าสนใจไว้ 3 กลุ่มดังนี้

1. ประเทศที่มีกฎหมายอนุญาตเพื่อมนุษยธรรมและเพื่อการพาณิชย์ ได้แก่ รัสเซีย ยูเครน แอฟริกาใต้ สหรัฐอเมริกาในบางรัฐ และอินเดีย กลุ่มประเทศเหล่านี้ นอกเหนือจากการตั้งครรภ์แทนในเชิงมนุษยธรรมในการรักษาภาวะการมีบุตรยากแล้ว ยังสามารถให้การตั้งครรภ์แทนเป็นการพาณิชย์ได้อีกด้วย ทั้งยังครอบคลุมถึงกลุ่มคนเพศเดียวกันสามารถจ้างให้มีการตั้งครรภ์แทนอีกด้วย

2. ประเทศที่มีกฎหมายห้ามทำเพื่อการพาณิชย์แต่อนุญาตเพื่อมนุษยธรรม ได้แก่ ออสเตรเลีย อังกฤษ แคนาดา ยกเว้นควีนส์แลนด์ สหรัฐอเมริกาในบางรัฐ และอิสราเอล กลุ่มประเทศเหล่านี้ สามารถให้มีการตั้งครรภ์แทนเฉพาะแต่การรักษาภาวะการมีบุตรยากเท่านั้น การตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์เป็นสิ่งผิดกฎหมาย

3. ประเทศที่มีกฎหมายห้ามทุกกรณี ได้แก่ สวีเดน ฝรั่งเศส แคว้นควิเบคของแคนาดา สหรัฐอเมริกาในบางรัฐ สเปน ห้ามการตั้งครรภ์แทนทุกกรณี แต่มีบางประเทศที่ไม่ห้าม หากมีการตั้งครรภ์แทนนอกประเทศ นอกจากนี้จากการศึกษาเพิ่มเติม ยังพบว่ายังมีประเทศอื่นที่ห้ามการตั้งครรภ์แทนในทุกกรณี เช่น ญี่ปุ่น อิตาลีและซาอุดีอาระเบีย

แต่ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิด โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 ของไทยเองจัดอยู่ในกลุ่มประเทศที่สอง ซึ่งเห็นว่า การห้ามการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ของไทย คงไม่สามารถควบคุมการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ได้ อีกทั้งอาจมีผลเสียด้วยเหตุผลดังนี้คือ

1. ค่าใช้จ่ายในการตั้งครรภ์แทนในต่างประเทศ เช่น ในสหรัฐอเมริกาค่าจ้างตั้งครรภ์แทนจะอยู่ที่ประมาณ 1 แสนดอลลาร์สหรัฐ หรือประมาณ 3.5 ล้านบาท แต่ที่อินเดีย ค่าจ้างให้หญิงชาวอินเดียตั้งครรภ์แทนจะอยู่ที่เพียง 4,000-8,000 ดอลลาร์สหรัฐ หรือประมาณ 1.4-2.8 แสนบาทเท่านั้น เรียกว่าราคาต่างกันสิบกว่าเท่า ขณะที่การซื้อแพ็คเกจจรรยาบายทุกอย่าง ทั้งค่าหมอ ค่าจ้างคนตั้งครรภ์ ค่าทำคลอด ค่าตัวเครื่องบินไปกลับ จะอยู่ที่ประมาณ 28,000 ดอลลาร์สหรัฐ หรือประมาณ 1 ล้านบาท แต่กรณีของไทยตามที่เป็นข่าว โดยหญิงไทยได้รับค่าจ้างเป็นเงิน 14,900 ดอลลาร์สหรัฐ (4.79 แสนบาท) ซึ่งก็ยิ่งถูกกว่าในประเทศที่พัฒนาแล้ว4 ดังนั้น แม้จะมีกฎหมายห้ามการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ แต่เมื่อค่าใช้จ่ายถูกกว่า ย่อมทำให้มีการตั้งครรภ์แทนอย่างผิดกฎหมาย และอาจเกิดผลเสียต่อมา คือ เมื่อถูกจับได้ ก็จะมีการทอดทิ้งเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน

2. การทำให้การตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์อย่างถูกกฎหมาย ทำให้สามารถควบคุม การตั้งครรภ์แทนได้ในทุกขั้นตอน ตั้งแต่ ประวัติของผู้จ้างการตั้งครรภ์ ประวัติผู้รับจ้าง วัตถุประสงค์การจ้าง ความเป็นธรรมตามสัญญาจ้าง สิทธิต่างที่มารดาที่รับตั้งครรภ์แทน ควรได้รับ มีการควบคุมตั้งแต่ก่อนมากตั้งครรภ์ ระหว่างตั้งครรภ์ และหลังการตั้งครรภ์ ทำให้เป็นมาตรฐาน มิใช่มีการตั้งครรภ์อย่างผิดกฎหมายจะทำให้มีการหลบซ่อน อาจเกิดความผิดพลาดได้ เช่น กรณี น้องแกรมมี่ที่เกิดมาเป็น โรคดาวน์ซินโดรม ซึ่งหากเป็นการตั้งครรภ์แทนที่ถูกกฎหมาย เด็กอาจได้นับการตรวจตั้งแต่อยู่ในครรภ์ว่ามีปัญหาใด สมควรยุติการตั้งครรภ์หรือไม่เป็นต้น

ดังนั้นผู้วิจัยจึงสนใจศึกษาพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิด โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 อันเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรงในการตั้งครรภ์แทน ในประเด็นที่สำคัญอันอาจเกิดกรณีพิพาทได้และกฎหมายดังกล่าวอาจไม่สามารถบังคับใช้ได้อย่างสมบูรณ์ รวมถึงการเสนอข้อแนะนำเพิ่มเติมพระราชบัญญัติดังกล่าว ให้เหมาะสมกับสังคมไทยในปัจจุบัน โดยการศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศอินเดียและประเทศสหรัฐอเมริกา ด้วยเหตุที่ว่าบริบทของประเทศอินเดียมีความคล้ายคลึงกับไทย ทั้งในเชิงวัฒนธรรม ความเชื่อและพื้นฐานทางเศรษฐกิจ แต่ของประเทศสหรัฐอเมริกากลับแตกต่างกันทั้ง พื้นฐานทางเศรษฐกิจ ความเชื่อและวัฒนธรรม เป็นต้น

วัตถุประสงค์การวิจัย

เพื่อศึกษาความแตกต่าง ข้อดี ข้อเสียของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กที่เกิด โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ระหว่างประเทศไทย ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอินเดีย เพื่อนำมาปรับปรุงเสนอแนะกฎหมายของประเทศไทยให้มีความเหมาะสมและสามารถบังคับใช้ได้อย่างสมบูรณ์

ระเบียบวิธีการวิจัย

การศึกษาเรื่องการตั้งครรภ์แทนตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กที่เกิด โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เป็นวิจัยทางนิสิตศาสตร์ เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ โดยเป็นการวิจัยเอกสารจากหนังสือ ตำรา บทความ ความรู้ทางกฎหมาย และข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ ระหว่างกฎหมายของ 3 ประเทศ คือ ประเทศไทย (พระราชบัญญัติ

คุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์,2558) ประเทศสหรัฐอเมริกา (UNIFORM PARENTAGE ACT,1973)และประเทศอินเดีย(THE ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES (REGULATION)BILL,2010) ใน 5 ประเด็นหลักคือ

1. สิทธิในความเป็นบิดา มารดาของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทน
2. การให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
3. การยุติการตั้งครรภ์แทน
4. สิทธิของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและเด็ก
5. สัญญาการรับตั้งครรภ์แทน

โดยนากฎหมายที่เกี่ยวข้อง คำพิพากษา (Court of Appeals of California,1997) บทความ ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ ที่เกี่ยวกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ของทั้ง 3 ประเทศมาเปรียบเทียบกันตามประเด็นดังกล่าว เพื่อหาข้อแตกต่าง ผลของการบังคับใช้ ข้อดีและข้อเสียของกฎหมายในแต่ละประเทศ

ผลการวิจัย

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 เป็นกฎหมายใหม่ ที่ยังไม่มีกรณีพิพาทขึ้นสู่ศาล และจากการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบกับอีก 2 ประเทศ คือประเทศสหรัฐอเมริกากับประเทศอินเดีย ใน 5 ประเด็นหลัก คือ 1. ความเป็นบิดา มารดาของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ 2. การให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ 3. การยุติการตั้งครรภ์แทน 4. สิทธิของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และ5. สัญญาการรับตั้งครรภ์แทน ซึ่งพบว่าปัญหาที่เกิดข้อพิพาทมากที่สุด คือ 1.เรื่องความเป็นบิดา มารดาของเด็ก 2.เรื่องสัญญาการตั้งครรภ์แทน และ 3.สิทธิของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและเด็ก ตามลำดับ อาจด้วยความเป็นบิดา มารดา เป็นจุดประสงค์หลักของการตั้งครรภ์แทนที่คู่สมรสประสงค์จะมีบุตร และเมื่อมีบุตรย่อมต้องการเป็นบิดา มารดา โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ด้วยปัญหาที่แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศในเรื่องสัญญาการตั้งครรภ์แทน บางประเทศสัญญาก็ชอบด้วยกฎหมาย บางประเทศก็ไม่ สิทธิของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและเด็กในแต่ละประเทศก็แตกต่างกัน จึงสรุปได้ดังนี้

1. ความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในประเทศที่มีระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ อย่างสหรัฐอเมริกาใช้หลักการที่แตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐในการตัดสินความเป็นบิดา มารดาของเด็ก การบังคับใช้กฎหมายที่แตกต่างกันไปตามแต่ละมลรัฐ สิ่งที่เห็นได้ชัดเจน คือความทัดเทียมกันในการบังคับใช้กฎหมายของประชา ชนที่อยู่ในประเทศเดียวกัน อันอาจเป็นช่องว่างทางกฎหมายประการหนึ่งที่ว่า หากมลรัฐหนึ่งห้าม ย่อมไปทำในมลรัฐที่ไม่ห้ามหรือมีความยุ่งยากน้อยกว่าได้ หรืออาจไปจ้างให้มีการตั้งครรภ์แทนในประเทศอื่นที่ไม่ผิดกฎหมาย ราคาในการใช้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ถูกกว่าแต่ยังยึดหลักที่สำคัญประการหนึ่งคือ ความผาสุกของเด็ก อันเป็นสิ่งสำคัญ แต่สำหรับประเทศไทยกับประเทศอินเดียมีความคล้ายกัน ด้วยเป็นประเทศที่เป็นระบบชีวิตล่อว์ทั้งคู่ ความเป็นบิดา มารดา จึงถูกกำหนดไว้ในตัวบทกฎหมายอย่างชัดเจน

2. การให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ทั้ง 3 ประเทศค่อนข้างมีความแตกต่างกันในเรื่องคู่สมรสหรือสามี ภรรยาที่จะให้มีการตั้งครรภ์แทน กล่าวคือ ในประเทศไทยอนุญาตให้ผู้ที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนต้องเป็น สามี ภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมาย เท่านั้น แม้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะไม่มีสัญชาติไทย ประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้ที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน ไม่จำเป็นต้องเป็นสามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่จะมีผลแตกต่างกันไป ถ้าเป็น

สามิและภรรยาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในเรื่องความเป็น บิดามารดาของเด็ก ส่วนในประเทศอินเดียกฎหมายบังคับใช้กับทุกคน รวมถึง คน โสค คู่สามีภรรยาทั้งที่แต่งงานและไม่แต่งงานกัน ตลอดจนชาวต่างชาติที่จะมาใช้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในประเทศ เห็นว่ากฎหมายของอินเดียมีลักษณะเปิดกว้าง ครอบคลุมมากกว่าทั้งประเทศไทยและสหรัฐอเมริกา และอาจเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้การตั้งครรภ์แทนในประเทศอินเดียเป็นที่นิยมมากขึ้น ที่เห็นชัดเจนอีกประการหนึ่งในความคล้ายกันของประเทศไทยและประเทศอินเดีย คือ การควบคุมมาตรฐานการให้บริการ สถานบริการและผู้ประกอบวิชาชีพ ได้ถูกกำหนดไว้ในกฎหมาย นอกจากนี้ในส่วนของประเทศไทยเองยังมีประกาศแพทยสภาและประกาศคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ อันเป็นการกำหนด เงื่อนไข หลักเกณฑ์การให้บริการในส่วนที่กฎหมายมิได้กำหนดไว้

3. การยุติการตั้งครรภ์ทั้ง 3 ประเทศมีส่วนคล้ายกัน ในเรื่องเหตุผลที่ต้องยุติการตั้ง ครรภ์ คือเรื่องภาวะสุขภาพของหญิงที่ตั้งครรภ์และเด็กที่อยู่ในครรภ์กับกรณีที่มีการตั้งครรรภ์เกิดจากการกระทำผิดทาง อาชญากรรม จะแตกต่างกันตรงที่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ถือว่าการยุติการตั้ง ครรภ์เป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญ(คำตัดสินของศาลสูงประเทศสหรัฐอเมริกา,2559) และประเทศอินเดียมีกฎหมายเฉพาะสำหรับการยุติการตั้งครรรภ์(พระราชบัญญัติการยุติการตั้งครรรภ์ของประเทศอินเดีย,2560) แต่ของประเทศไทยมีแทรกไว้ในประมวลกฎหมายอาญา และในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 ได้กำหนดเองการยุติการตั้งครรรภ์ไว้ภายใต้เงื่อนไขของแพทยสภา คือ ต้องมีปัญหาเกี่ยวกับภาวะสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนและเด็กที่อยู่ในครรภ์ สิ่งหนึ่งที่เหมือนกันอีกประการหนึ่งจากการศึกษา คือ ไม่พบว่า หากกรณีหญิงที่ตั้งครรรภ์แทนต้องการยุติการตั้งครรรภ์ โดยไม่ใช่เหตุผลทางด้านสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนและเด็กในครรภ์(โรคที่มีความเสี่ยงต่อการตั้งครรรภ์,2557) แต่อาจด้วยปัญหาทางสังคม การผิดสัญญา หรือเหตุใดๆที่เกิดจากผู้ที่ประสงค์จะให้ตั้งครรรภ์แทน หญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนจะสามารถยุติการตั้งครรรภ์ได้หรือไม่ อย่างไร

4. สิทธิของหญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนและเด็ก สิทธิของหญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนของทั้ง 3 ประเทศ มีส่วนที่คล้ายกันอย่างชัดเจนอยู่ประการหนึ่ง คือ หญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนมีสิทธิได้รับค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการตั้งครรรภ์ การดูแลสุขภาพ จนถึงการคลอด ส่วนค่าตอบแทนอื่นไม่ได้กล่าวไว้ชัดเจน ที่แตกต่างคือของประเทศไทย ห้ามการตั้งครรรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า ซึ่งหากมีการจ่ายค่าตอบแทนอื่นๆนอกจากที่กฎหมายกำหนด อาจทำให้เข้าลักษณะการค้ามนุษย์ได้ แต่ของประเทศอินเดียได้กำหนดสิทธิของเด็กไว้ชัดเจนในเรื่องการรับรู้ข้อมูลของตนเอง นอกจากนี้ในประเทศสหรัฐอเมริกาสิทธิของหญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนและเด็ก แตกต่างกันในแต่ละมลรัฐ แต่ส่วนใหญ่จะกำหนดไว้ในสัญญา ซึ่งสัญญามีทั้งชอบและไม่ชอบ ทั้งต้องขออนุญาตจากศาลและไม่ขอ แต่ของประเทศไทยและประเทศอินเดียได้ถูกกำหนดไว้ในกฎหมายชัดเจน

5. สัญญาการรับตั้งครรรภ์แทน ในเรื่องสัญญาการรับตั้งครรรภ์แทนในประเทศสหรัฐอเมริกา ในมลรัฐที่อนุญาตให้มีการตั้งครรรภ์แทนได้ในปัจจุบันมีเพียง 4 มลรัฐในสหรัฐอเมริกาเท่านั้นที่บัญญัติกฎหมายรับรองว่าสัญญาการรับตั้งครรรภ์แทนเป็นสัญญาที่ชอบด้วยกฎหมายและสามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้คือ มลรัฐนิวแฮมเชียร์ เวอร์จิเนีย ฟลอริดา และเนวาดา ในทั้ง 4 มลรัฐก็แตกต่างกัน บางมลรัฐต้องขออนุญาตจากศาลก่อนสัญญาจึงมีผลบังคับใช้(ฉะฐวิวรรธ,2542)ส่วนในประเทศไทย(จิตติวัฒน์,2554)และประเทศอินเดีย เรื่องสัญญาการรับตั้งครรรภ์แทนไม่ได้ถูกกำหนดไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวกับการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ แต่อินเดียมีกฎหมายว่าด้วยเรื่องสัญญาคือ The Indian Contract Act, 1872. ซึ่งเป็นหลักในการพิจารณาข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญารวมถึง สัญญาจ้างให้ตั้งครรรภ์แทนด้วย ส่วนของประเทศไทย หากมีการทำสัญญาการรับตั้งครรรภ์แทน ต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยเรื่องสัญญามาพิจารณา

สรุปและอภิปรายผลการวิจัย

การตั้งครรภ์แทนในประเทศสหรัฐอเมริกาถึงแม้จะมีกฎหมายแม่แบบคือ UNIFORM PARENTAGE ACT อยู่แล้ว แต่ด้วยความที่เป็นระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ จึงยึดเอาคำพิพากษาของศาลเป็นกฎหมายมาบังคับใช้แทนจึงทำให้มีความแตกต่างกันไปตามแต่ละมลรัฐ โดยเฉพาะเรื่องความเป็นบิดามารดา ค่าตอบแทน สัญญาการตั้งครรภ์แทน มีเพียงบางส่วนที่คล้ายกันคือในเรื่องการยุติการตั้งครรภ์ และเห็นช่องว่างทางกฎหมายประการหนึ่งคือ การที่มีกฎหมายบังคับใช้แตกต่างกันในแต่ละมลรัฐ และหากจะหลบเลี่ยงกฎหมายที่ต้องห้าม หรือมีข้อกำหนดที่ยุ่งยาก อาจมีการย้ายไปตั้งครรภ์แทนในมลรัฐที่สามารถทำได้และสะดวกกว่า แต่กฎหมายของประเทศไทยและประเทศอินเดียใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ซึ่งกำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรชัดเจน จึงต้องบังคับกันตามตัวบทกฎหมายเป็นสำคัญ และทั้ง 2 ประเทศมีความคล้ายกันหลายส่วน เช่นการกำหนดความเป็นบิดามารดา ในส่วนที่แตกต่างกันชัดเจนระหว่างกฎหมายของประเทศไทยกับประเทศอินเดีย คือ การจ่ายค่าตอบแทน ซึ่งตามกฎหมายหมายประเทศไทยได้กำหนดห้ามเป็นการเด็ดขาด แต่ในประเทศอินเดียไม่ได้มีข้อห้ามดังกล่าว และประเทศอินเดียได้เปิดกว้างสำหรับผู้ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนในหลายแบบรวมถึงชาวต่างชาติ แต่ในประเทศไทยกำหนดให้เฉพาะคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น

ข้อเสนอแนะจากผลการวิจัย

จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ของทั้ง 3 ประเทศ พบว่าควรมีการแก้ไข ปรับปรุงพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ดังนี้

1. เพิ่มบทบัญญัติให้คุ้มครองกรณีที่มีสามี และภรรยาที่ประสงค์จะมีบุตรเป็นชาวต่างชาติทั้งคู่ อาจเพิ่มมาตรการที่มากกว่าคนไทย เช่นมีการรับรองจากประเทศหรือสถานทูตของตน ถึงสถานะภาพการสมรส สภาพแวดล้อม หรืออื่นๆที่จำเป็นต่อการเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน
2. เพิ่มบทบัญญัติคุ้มครองหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หากมีการผิดสัญญาการตั้งครรภ์แทน เช่นค่าชดเชย ค่าเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน
3. เพิ่มบทบัญญัติในส่วนที่ว่าด้วยสัญญาว่าจ้างให้มีการตั้งครรภ์แทน ให้มีผลบังคับและครอบคลุมผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย โดยคำนึงถึงความสุขของเด็กเป็นสำคัญ
4. เพิ่มบทบัญญัติให้มี นักจิตวิทยา นักสังคมสงเคราะห์และนักกฎหมายเพิ่มเติมในการประเมินสภาพแวดล้อมของผู้ที่เกี่ยวข้อง

กิตติกรรมประกาศ

ผู้วิจัยขอขอบพระคุณที่ได้รับความกรุณาเป็นอย่างยิ่งจากท่าน รองศาสตราจารย์ภานิณี กิจพอคำ อาจารย์ที่ปรึกษา ที่กรุณาสละเวลาให้คำแนะนำและติดตามงานวิจัยโดยตลอด และขอขอบคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธานี วรภัทร ที่กรุณาสละเวลาเป็น และอาจารย์ ดร.วรรณวิภา เมืองถ้ำ ที่สละเวลาเป็นที่ปรึกษาร่วม ตลอดจนให้คำแนะนำเพิ่มเติมเพื่อให้งานวิจัยนี้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

เอกสารอ้างอิง

กฎหมายอุ้มบุญ. แรงขับเคลื่อนสำหรับคนอยากมีลูก, สืบค้นจาก www.iLaw.or.th.html; 30 พฤษภาคม 2558
คำตัดสินของศาลสูงประเทศสหรัฐอเมริกา. สืบค้นจาก <https://www.voathai.com/a/us-supreme-court-abortion-tk/3394935.html>; 28 มิถุนายน 2559

ฐิติวัฒน์ คำทอง, ณัฐพงศ์ ณ อุบล, และสิบลักษณ์ คงสุวรรณ. ปัญหาทางกฎหมายของสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์
แทน, (งานวิจัย). มหาวิทยาลัยราชภัฏจันทรเกษม, กรุงเทพมหานคร;2554

ณัฐวิวรรณ อภิลักษณ์โยธิน. การตั้งครรภ์แทน : ปัญหาทางกฎหมายครอบครัวและมรดก, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์).
มหาบัณฑิตมหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, กรุงเทพมหานคร;2542

พระราชบัญญัติการยุติการตั้งครรภ์ของประเทศไทย. สืบค้นจาก [http://www.legalserviceindia.com/articles/
adp_tion.htm](http://www.legalserviceindia.com/articles/adp_tion.htm); กันยายน 2560

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์,2558

ยศศักดิ์ โกศัยกานนท์. มาตรการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์. วารสารเกษม
บัณฑิต ราช 6 เดือน ปีที่ 15 ฉบับที่ 2 หน้าที่ 34;กรกฎาคม ถึง ธันวาคม 2557

โรคที่มีความเสี่ยงต่อการตั้งครรภ์. สืบค้นจาก <http://www.momypedia.com/wiki-3-11-8/>โรคที่มีความเสี่ยงต่อการ
ตั้งครรภ์ ;1ธันวาคม 2557

Court of Appeals of California.Cal. App. 4th 1410; 1997

THE ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES (REGULATION)BILL;2010

UNIFORM PARENTAGE ACT;1973