

การจัดให้มีการคุ้มครองหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและเด็กตามกฎหมายคุ้มครองเด็กที่เกิด โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

อำพล แก้วปาน*

บทคัดย่อ

บทความวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ กรณีให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนคู่สมรสฝ่ายหญิง (Surrogacy) โดยใช้กรรมวิธีการปฏิสนธิภายนอกร่างกาย หรือ IVF (In vitro fertilization) เพื่อให้ได้ตัวอ่อนที่มีคุณสมบัติ ก่อให้เกิดสัณฐานรับตั้งครรภ์แทนที่มีการกำหนดเงื่อนไขไว้เป็นพิเศษ เพื่อเปิดโอกาสให้มีการรักษาภาวะการมีบุตรยากให้กับผู้ที่มีบุตรยากได้โดยถูกต้องตามกฎหมาย โดยได้ศึกษาเปรียบเทียบแนวคิด ทฤษฎี และหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ นำมาวิเคราะห์เนื้อหาบทบัญญัติกฎหมายที่มีใช้ในประเทศไทย เพื่อหาช่องว่างของกฎหมายและแนวทางแก้ไขกฎหมายเพื่อให้ครอบคลุมการคุ้มครองแก่หญิงรับตั้งครรภ์แทน และเด็กทารกที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์อย่างเหมาะสมต่อไป

จากการศึกษา พบว่าการดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้น ไม่มีบทบัญญัติในกฎหมายไทยที่ให้ความคุ้มครองสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนอย่างเพียงพอ ส่วนการเป็นผู้ปกครองเด็กในกรณีที่สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 กำหนดให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองเด็กจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ ซึ่งเกิดสภาพบังคับให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องยอมเป็นฝ่ายอุปการะเลี้ยงดูเด็ก ทำให้ต้องรับภาระหน้าที่เกินกว่าที่ตกลงไว้ในสัญญา และยังทำให้เกิดปัญหาการเลี้ยงดูที่ไม่มีคุณภาพ ซึ่งส่งผลกระทบต่อเด็กโดยตรง

มีข้อเสนอแนะ ดังนี้ ควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การให้ความคุ้มครองหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน โดยกำหนดให้สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายต้องทำประกันสุขภาพให้กับหญิงที่รับตั้งครรภ์และเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน เพื่อให้ได้รับการรักษาพยาบาลอย่างเต็มที่ และควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กเป็นผู้ปกครองเด็กจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้น ในกรณีที่สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด และเพิ่มเติมบทบัญญัติหน้าที่ของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายต้องทำประกันชีวิตของตนเองให้มีผลคุ้มครองในระหว่างที่มีการตั้งครรภ์แทน โดยให้เด็กเป็นผู้รับประโยชน์จากการเอาประกันชีวิต และให้กองทุนคุ้มครองเด็กตามกฎหมายมีหน้าที่ดูแลรักษาผลประโยชน์และมีอำนาจนำเงินที่ได้จากการเอาประกันชีวิตมาใช้อุปการะเลี้ยงดูเด็กได้เท่าที่จำเป็น

คำสำคัญ : การตั้งครรภ์แทน/ เทคโนโลยีทางการแพทย์ช่วยการเจริญพันธุ์ /ระบบการประกันภัย

* หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม E-mail: am_payu@hotmail.com

Providing Protection for Surrogated Woman and Child According to The Law on Protection of a Child Born by Medically Assisted Reproductive Technology

Amphon Kaewpan^{*†}

Abstract

This study aimed to analyse the law related to use of Medically Assisted Reproductive Technology in the case of other woman receiving surrogacy by using In Vitro Fertilization (IVF) method to obtain qualified embryos for embedding and then bring back into the uterus of a surrogate woman which such action may cause a surrogacy contract consisting of special conditions. For to treat an infertility situation for infertile people through legal operation. This Act does not prescribe the appropriate protection for surrogate woman health and the sufficient rights of surrogate woman which may be infringed on sexual health and reproductive rights. Moreover, in the case that lawful husband and wife die before a birth of child, this Act only prescribes a surrogate woman being a temporary conservator until a new conservator is appointed. This situation causes a surrogate woman taking a burden beyond agreed in the contract. This thesis emphasizes the comparative study of relevant concepts, theories and rules of Thailand and foreign countries to search for appropriate guidelines used in developing and improving related provisions.

From the study there is no provision providing adequate protection for the health of surrogate woman. This Act prescribes surrogate woman being a temporary conservator until a new conservator is appointed. In other words, this provision forces a surrogate woman to be a child supporter causing her taking a burden beyond agreed in the contract and other problems in child raising which directly affect a child in the future.

The researcher has the following suggestions: is that there should amend the provisions regarding the rules of providing protection to surrogate woman by requiring lawful husband and wife to make a health insurance for a surrogate woman and a child born from surrogacy so that a surrogate woman has the rights to fully receive medical treatment from the cost of insurance and is that there should amend the provisions in the case of lawful husband and wife intending to have a surrogacy die before a birth of child by prescribing the officer according to the Child Protection law being as a temporary conservator until appointing a child conservator is executed. Moreover, there should amend the provisions by stipulating lawful husband and wife intending to have a surrogacy have the duty to do their own life insurance to get protection during a surrogacy and a child is the beneficiary, as well as allowing the Child Protection Fund under the Child Protection law taking responsibility of maintaining benefits and having the power to use money received from Life insurance in supporting a child as necessary and appropriate.

Keyword: Surrogacy / Medically Assisted Reproductive Technology / Insurance system

[†] Master of Laws, Faculty of Law, Sripatum University, e-mail: am_payu@hotmail.com

1. บทนำ (Introduction)

1.1 ความสำคัญของปัญหา

การมีบุตรยากเป็นปัญหาสุขภาพอย่างหนึ่งที่เกิดขึ้นกับคู่สมรส ซึ่งในอดีตหากคู่สมรสประสบปัญหาดังกล่าวต้องใช้วิธีรับเด็กมาเลี้ยงเป็นบุตรบุญธรรม แต่ในปัจจุบันวิวัฒนาการทางการแพทย์สามารถให้ผู้อื่นตั้งครรภ์แทน (Gestational carrier pregnancy หรือ gestational surrogacy) คือ การที่หญิงที่ประสงค์จะมีบุตรแต่ไม่สามารถตั้งครรภ์เองได้ (Intended mother) ให้ผู้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน โดยการสร้างตัวอ่อนที่มีลักษณะทางพันธุกรรมเหมือนกับการปฏิสนธิโดยธรรมชาติ และฝังลงในมดลูกของหญิงอื่น ที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับพันธุกรรม ซึ่งหญิงที่ตั้งครรภ์ มีหน้าที่เพียงอุ้มท้อง มิได้มีส่วนเกาะเกี่ยวทางพันธุกรรมกับเด็กที่เกิดขึ้นมาแต่อย่างใด

ดังนั้น ตามกฎหมายเมื่อมีการตกลงรับตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่น จึงเกิดสัญญาับตั้งครรภ์แทน หรือข้อตกลงในการตั้งครรภ์แทนขึ้น โดยมีบุคคลที่เกี่ยวข้องหลายฝ่าย ได้แก่ เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน คู่สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน อันมีความเกี่ยวพันกันทั้งในทางจริยธรรมและในทางกฎหมายซึ่งเป็นเรื่องละเอียดอ่อน ด้วยเหตุนี้สัญญาับตั้งครรภ์แทนจึงเป็นสัญญาที่มีลักษณะพิเศษ จำเป็นต้องกำหนดเงื่อนไขไว้เป็นพิเศษต่างจากเอกเทศสัญญาทั่วไป และให้การคุ้มครองผู้ที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนในทุกด้าน เพื่อป้องกันปัญหาการเอาเปรียบทางด้านสุขภาพ ที่ส่งผลให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนอาจถูกละเมิดสิทธิในสุขภาพทางเพศและสิทธิอนามัยเจริญพันธุ์ (Reproductive rights) โดยไม่อาจโต้แย้งได้ เพราะถูกผูกมัดตามเงื่อนไขแห่งสัญญาับตั้งครรภ์แทน ดังกล่าว

ปัจจุบัน ประเทศไทยมีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 ใช้บังคับ เพื่อกำหนดขั้นตอน วิธีการ และมาตรฐานการให้บริการทางการแพทย์ รวมทั้งกำหนดหลักเกณฑ์ในการดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่น เพื่อบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากให้สามารถมีบุตรได้ และมีการให้บริการทางการแพทย์แล้วอย่างแพร่หลาย แต่พบว่ากฎหมายนี้มิได้มีบทบัญญัติที่ให้การคุ้มครองสุขภาพหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไว้อย่างใด รวมทั้งในกรณีที่คู่สามีและภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด ยังกำหนดให้เป็นหน้าที่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องทำหน้าที่เป็นผู้ปกครองเด็ก จนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าว เป็นบทบัญญัติที่สร้างเงื่อนไขอันมีสภาพบังคับให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องปฏิบัติตามโดยมิได้เป็นไปตามหลักพื้นฐานของเสรีภาพในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา และอาจส่งผลให้เด็กมิได้รับการอุปการะเลี้ยงดูอย่างมีคุณภาพ หรือเกิดปัญหาการทอดทิ้งเด็กตามมา

จากสภาพปัญหาข้างต้น จึงต้องการศึกษาช่องว่างของกฎหมายไทยที่มีอยู่ การคุ้มครองหญิงที่ตั้งครรภ์แทนหญิงอื่นและทารกตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 แล้วพบว่า กฎหมายฉบับนี้ ยังคงมีประเด็นที่ควรนำเสนอให้ผู้ออกกฎหมายพิจารณาบางประการที่อาจจะก่อให้เกิดปัญหาในทางกฎหมายในลักษณะต่าง ๆ ดังนี้

1) การคุ้มครองสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

การแก้ปัญหาการมีบุตรยาก มีแนวทางและรูปแบบที่หลากหลาย รวมถึงการนำเทคโนโลยีทางการแพทย์มาช่วยในการแก้ปัญหาการมีบุตรยาก โดยสามารถทำให้คู่สมรสที่ภรรยา ไม่สามารถตั้งครรภ์ได้เอง สามารถนำตัวอ่อนของตนที่ปฏิสนธิแล้วไปฝากให้เจริญเติบโตในครรภ์ของหญิงอื่นที่มีสุขภาพแข็งแรงในลักษณะของการตั้งครรภ์แทน ซึ่งวิธีการนี้ทำให้คู่สามีและภรรยาที่ประสงค์จะมีบุตรสามารถมีบุตรอันเป็นทายาทสืบสายโลหิตของตนได้ แต่ในอีกด้านหนึ่งกลับส่งผลให้บุคคลที่เข้ามารับตั้งครรภ์แทนนั้น ต้องยอมรับความเสี่ยงในปัญหาสุขภาพที่อาจเกิดขึ้นจากการตั้งครรภ์แทนได้

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558 โดยมุ่งป้องกันการดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ (มาตรา 24 และมาตรา 27) เพื่อให้ความคุ้มครองสุขภาพของหญิงที่มารับตั้งครรภ์แทนไม่ให้ถูกใช้ร่างกายเป็นเสมือนโรงงานผลิตทารก และกำหนดสถานะของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้ถูกต้องตามเจตนารมณ์และตรงตามพันธุกรรมที่แท้จริงของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีทางการแพทย์ แต่ไม่ได้มีบทบัญญัติใดที่คุ้มครองสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน โดยบทบัญญัติ มาตรา 21 กำหนดเงื่อนไขไว้ว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภรรยาที่ขอด้วยกฎหมาย ในกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภรรยาที่ขอด้วยกฎหมาย ให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทน โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเป็นหญิงที่เคยมีบุตรมาก่อนแล้วเท่านั้น ซึ่งหากไม่มีการศึกษาแนวทางที่ชัดเจนเพื่อการคุ้มครองบุคคลดังกล่าว อาจเกิดปัญหาการเอารัดเอาเปรียบทางด้านสุขภาพ หรือใช้ร่างกายมนุษย์ไปในเชิงพาณิชย์ ซึ่งไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนี้ได้

2) ปัญหาการเป็นผู้ปกครองเด็กในกรณีที่สามีและภรรยาที่ขอด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด

กฎหมายครอบครัวของประเทศไทยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดไว้ว่า “เด็กเกิดจากหญิงใดก็ย่อมเป็นบุตรของหญิงนั้น” แล้วมีการแก้ไขเล็กน้อยในปี พ.ศ. 2551 ว่า “เว้นแต่จะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” เพื่อเปิดช่องให้แม่ที่มาจ้างแม่อุ้มบุญได้เป็นแม่ที่ขอด้วยกฎหมายของเด็กนั้น แต่เมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของการตั้งครรภ์แทนนั้น จะพบว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น มิได้มีความประสงค์จะมีบุตรมาตั้งแต่ต้น โดยหญิงเหล่านั้น ยินยอมให้ตนเองตั้งครรภ์แทนคู่สมรสที่ไม่สามารถมีบุตรได้ ด้วยเหตุผลทางจริยธรรมหรือเหตุผลทางเศรษฐกิจของตนเท่านั้น การตั้งครรภ์แทนในประเทศไทย มักจะเกิดขึ้นใน 2 รูปแบบ คือ การบริจาค และการรับจ้างในรูปแบบของข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนมีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทนเท่านั้น (อภิวัฒน์ เอื้ออังกูร, 2554) ทารกที่จะคลอดออกมากับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน จะมีใช่เป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดานของกัน แต่จะมีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายกับสามีภรรยาที่ประสงค์จะมีบุตร

กรณีการเป็นผู้ปกครองเด็กนั้น บทบัญญัติ มาตรา 30 กำหนดให้กรณีที่สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองเด็กนั้นจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ ซึ่งเกิดเป็นสภาพบังคับให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องรับภาระหน้าที่เกินกว่าที่ตกลงไว้ในสัญญาและต้องจ่ายอပ်เป็นฝ่ายอุปการะเลี้ยงดูเด็ก โดยมีได้คำนึงถึงสภาพทางเศรษฐกิจของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนว่าพร้อมจะดูแล หรือมีความสามารถในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กหรือไม่ ซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาการเลี้ยงดูที่ไม่มีคุณภาพ และส่งผลกระทบต่อเด็กอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

- 1) เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาารับตั้งครรภ์แทนการคุมครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน
- 2) เพื่อวิเคราะห์ปัญหาและเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทน

1.3 การตรวจเอกสารและวิธีดำเนินการศึกษา

การศึกษาและวิจัยในครั้งนี้เป็นการศึกษาเกี่ยวกับการคุมครองหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และการจัดการความเสี่ยงด้วยวิธีการประกันภัยสุขภาพ และการประกันชีวิต ผู้วิจัยใช้วิธีการศึกษาเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยใช้กระบวนการศึกษา ค้นคว้า และรวบรวมข้อมูลจากตำรา หนังสือ บทความวารสาร จุลสาร เอกสารที่เผยแพร่ของทางราชการหรือหน่วยงานเอกชนต่าง ๆ ตลอดจนศึกษาและค้นคว้าจากข้อมูลจากตำราวิชาการ บทความ วารสารของต่างประเทศ และข้อมูลต่าง ๆ จากสื่ออิเล็กทรอนิกส์ที่เกี่ยวข้องเพื่อตอบคำถามการวิจัย

2. ผลการศึกษา (Results)

2.1 มาตราการทางกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาารับตั้งครรภ์แทนการคุมครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน พบว่า หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นบุคคลที่กฎหมายมุ่งให้การคุ้มครองนั้น ยังมิได้รับการคุ้มครองอย่างเพียงพอ ซึ่งหากพิจารณาจากกฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้ว จะพบว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น มิได้มีโอกาสกำหนดเงื่อนไขในสัญญาตั้งครรภ์แทน เนื่องจากการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุมครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

“มาตรา 23 กำหนดให้ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จะดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัตินี้ให้แก่สามีและภริยาตามมาตรา 21 (1) รายใดได้ ต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการให้ดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนให้แก่สามีและภริยารายนั้น”

และ “มาตรา 25 กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขโดยคำแนะนำของคณะกรรมการประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนและค่าใช้จ่าย ในการ

บำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ การยุติการตั้งครรภ์แทน การคลอด และหลังคลอด”

จึงเป็นรูปแบบของการทำสัญญาที่รัฐเข้ามามีบทบาทในการกำหนดเงื่อนไข และควบคุมให้มีการตกลงที่ต้องไม่น้อยกว่าที่กำหนดไว้ การที่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มิได้กำหนดหลักเกณฑ์การคุ้มครองหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไว้อย่างชัดเจน เพียงแต่กำหนดไว้ในกฎหมายในลำดับรอง คือ ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการให้หญิงอื่นที่มีไข่ญาติสืบสายโลหิต ของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายรับตั้งครรภ์แทน พ.ศ. 2558 ที่กำหนดแบบของหนังสือแสดงความยินยอมให้มีการตั้งครรภ์แทน (แบบ คทพ.1) และข้อตกลงตามประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทน และค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์การยุติการตั้งครรภ์แทนการคลอด และหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนหลังคลอดเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามสิบวัน พ.ศ. 2558 ข้อ 4 (6) ที่กำหนดให้สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายอาจตกลงกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในเรื่องการทำประกันสุขภาพให้กับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนด้วยก็ได้ โดยเงื่อนไขในเรื่องการทำประกันสุขภาพนั้น เป็นสาระสำคัญในการรักษาประโยชน์ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ในกรณีที่มีความเจ็บป่วย อันเกิดจากการตั้งครรภ์แทนมาปรากฏภายหลัง หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะได้รับ การรักษาพยาบาลอย่างเต็มที่ โดยค่าใช้จ่ายจากการเอาประกันนั้นเอง ซึ่งหากมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการทำประกันสุขภาพให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 รัฐจะสามารถให้การคุ้มครองสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนได้ ทั้งยังเป็นการสร้างเงื่อนไขเชิงป้องกันในภาคสมัครใจ ที่รัฐไม่ต้องรับภาระค่าใช้จ่ายในภายหลังอีกด้วย

2.2 ปัญหาความคุ้มครองทางการกฎหมายที่ไม่ครอบคลุมเพียงพอ ได้แก่

- 1) การคุ้มครองสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจากสาเหตุอันเกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์นั้น
- 2) การรับภาระเลี้ยงดูทารก กรณีบิดามารดาเสียชีวิตก่อนเด็กเกิดในกรณีที่บิดาและมารดาเสียชีวิตก่อนเด็กเกิด พบประเด็นปัญหาการอุปการะเลี้ยงดูเด็กหลังคลอดออกมาไปจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ดังนี้

จากการศึกษาพบว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 “มาตรา 30 ได้บัญญัติให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองเด็กนั้นจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่” โดยที่ไม่คำนึงถึงสภาพทางเศรษฐกิจของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนว่าพร้อมจะดูแล หรือมีความสามารถในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กหรือไม่ ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวทำให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นฝ่ายที่ต้องรับภาระหน้าที่เกินกว่าที่ตกลงไว้ในสัญญา

ผู้เขียนเห็นว่า การตั้งครรภ์แทนนั้น เป็นความประสงค์ของคู่สามีและภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรแต่ไม่สามารถตั้งครรภ์เองได้ จึงจำเป็นต้องทำการฝังตัวอ่อนของสามีและภริยาที่มีการปฏิสนธิแล้วลงไปในมดลูกของหญิงอื่น เพื่ออาศัยครรภ์ของหญิงอื่นในการเจริญเติบโตเป็นทารกเท่านั้น โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมิได้ประสงค์จะมีบุตรเป็นของตนเองแต่อย่างใด หากแต่ในขณะที่ทำการตั้งครรภ์แทนนั้น คู่สามีและภริยาได้ถึงแก่กรรมไปก่อนที่จะเกิดจะคลอด เด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีทางการแพทย์ จึงมิได้มีความเกี่ยวพันในทางกฎหมายกับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน แต่อย่างใด รวมถึงไม่มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันอย่างเช่นในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 306 และมาตรา 307 นอกจากนี้สัญญาับตั้งครรภ์แทนก็มีได้ระบุเงื่อนไขให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีหน้าที่ต้องอุปการะเด็กในกรณีที่เกิดและมารดาเสียชีวิตก่อนเด็กเกิด แต่เมื่อคำนึงถึงความผาสุกของเด็กแล้ว การที่หญิงคนหนึ่งตั้งครรภ์และคลอดทารกออกมา ย่อมมีปัจจัยในการเลี้ยงดูเด็ก ซึ่งในการอุปการะเลี้ยงดูเด็กทารกนั้น หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะต้องมีค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับเด็กเป็นจำนวนมาก และในระหว่างที่ยังไม่มีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนอาจไม่สามารถประกอบกิจการงานของตนได้อย่างปกติ จึงเป็นกรณีที่บทบาทผู้ติของกฎหมายกำหนดหน้าที่เอาไว้โดยเฉพาะ ซึ่งการที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องปฏิบัติตามมากกว่าที่ตกลงไว้ในสัญญา การมีบทบาทผู้ตินี้จึงเป็นบทบาทผู้ติที่มีสภาพบังคับให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องปฏิบัติตามกว่าเจตนาที่ตกลงไว้ในสัญญาตั้งแต่แรกโดยมิได้คำนึงถึงความสมัครใจ หรือความพร้อมในการอุปการะเด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์แทน ซึ่งเป็นการกำหนดหน้าที่โดยมิได้คำนึงถึงความผาสุกของเด็กเป็นสำคัญอีกด้วย รัฐจึงควรสร้างมาตรการที่เอื้อให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนสามารถปฏิบัติตามได้โดยไม่กระทบต่อการดำรงชีวิตตามปกติจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองของเด็กขึ้นใหม่ โดยการกำหนดให้คู่สามีและภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรต้องทำประกันชีวิตของตน และให้กองทุนคุ้มครองเด็กตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 เป็นผู้รับประโยชน์จากการประกันชีวิต และมีหน้าที่ต้องอุปการะและเป็นผู้ปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนไปจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมาย ที่มุ่งคำนึงถึงความผาสุกของเด็กที่จะเกิดมาด้วย

หากพิจารณาเชิงประโยชน์ของเด็กแล้วการมีบุตรโดยการตั้งครรภ์แทนนั้น ถือเป็นการวางแผนครอบครัวอย่างหนึ่งที่คู่สมรสสามารถกำหนดแนวทาง การดำเนินชีวิตครอบครัว และยังสามารถกำหนดแนวทางการป้องกันความเสี่ยงหากเกิดกรณีที่คู่สมรสต้องถึงแก่ความตายก่อนที่จะเกิด ให้เด็กที่เกิดมานั้น ไม่ต้องตกอยู่ในฐานะที่ยากลำบาก และขาดผู้อุปการะดูแล โดยการนำหลักการประกันชีวิตแบบชั่วระยะเวลามาเป็นเครื่องมือในการจัดการความเสี่ยงดังกล่าว เพื่อให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ไม่ต้องรับภาระเกินกว่าที่ตกลงไว้ในสัญญา และเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้รับประโยชน์จากการประกันภัยดังกล่าวด้วย

3. อภิปรายผล (Discussion)

ในบทความนี้ เมื่อเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 กับรัฐบัญญัติการตั้งครรภ์แทน ค.ศ.2016 (The Surrogacy (Regulation)

Bill, 2016) ในประเทศอินเดีย และพระราชบัญญัติช่วยเหลือการเจริญพันธุ์ของมนุษย์ ค.ศ. 2004 (The Assisted Human Reproduction Act, 2004) ประเทศแคนาดา ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

1) กฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนในสาธารณรัฐอินเดีย

รัฐบาลอินเดียมีกฎหมายควบคุมการให้บริการทางการแพทย์ในการดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนอย่างชัดเจนโดยมีการกำหนดเงื่อนไขในการรับตั้งครรภ์แทน ไว้ในรัฐบัญญัติการตั้งครรภ์แทน ค.ศ.2016 (The Surrogacy (Regulation) Bill, 2016) โดยกำหนดมาตรฐานของผู้ให้บริการ และบัญญัติเกี่ยวกับคุณสมบัติของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ซึ่งควรเป็นญาติสนิทของคู่สมรสที่มีบุตรยาก และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ต้องมีอายุระหว่าง 25-35 ปี โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะสามารถทำหน้าที่ตั้งครรภ์แทนได้เพียงครั้งเดียวเท่านั้น และในกรณีที่คู่สมรสแยกทางกันในระหว่างที่มีการตั้งครรภ์ หรือเสียชีวิตลงก่อนที่เด็กเกิดจะมีการกำหนดบุคคลผู้ที่มีหน้าที่รับตัวเด็กไปอุปการะแทนไว้ในสัญญา เพื่อมิให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องรับภาระเลี้ยงดูเด็กต่อไป ทั้งนี้ ยังกำหนดให้มีการประกันสุขภาพและการประกันภัยอย่างเหมาะสม และเพียงพอแก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน โดยกำหนดให้คู่สมรสที่ประสงค์จะมีบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ต้องเป็นผู้ทำประกันสุขภาพ จากบริษัท ประกันภัย หรือตัวแทนที่รับการยอมรับจากหน่วยงานกำกับดูแลและพัฒนาประกันภัยที่จัดตั้งขึ้นภายใต้รัฐบัญญัติระเบียบและอำนาจกำกับดูแลการประกันภัย พ.ศ. 2542 (Insurance Regulatory and Development Authority Act, 1999) ให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เพื่อเป็นการคุ้มครองสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในกรณีที่เกิดการเจ็บป่วยอันเนื่องมาจากการตั้งครรภ์แทน และการเสียชีวิตจากกระบวนการตั้งครรภ์แทน ให้ได้รับการคุ้มครองอย่างเต็มที่เพื่อ และยังลดปัญหาการทอดทิ้งให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องกลายเป็นผู้ที่มีสุขภาพไม่แข็งแรง อันจะเป็นปัญหาของรัฐต่อไปด้วย

2) กฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนในประเทศแคนาดา

การตั้งครรภ์แทน ในประเทศแคนาดาเป็นไปตามหลักปรีตณียม (altruism) คือการเห็นแก่ประโยชน์ของผู้อื่นเป็นที่ตั้ง หมายความว่าหญิงที่อาสาตั้งครรภ์แทนจะต้องไม่ทำเพื่อเงิน กฎหมายในรัฐส่วนใหญ่ของประเทศแคนาดาเปิดช่องทางให้พ่อแม่ได้รับสิทธิตามกฎหมายในตัวลูกที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนง่ายขึ้น อีกทั้งยังเปิดโอกาสให้ทั้งคู่รักเพศเดียวกัน และพ่อหรือแม่เพียงคนเดียวได้รับสิทธินี้ด้วย

ประเทศแคนาดามีการบัญญัติกฎหมายในการป้องกันและส่งเสริมสุขภาพอนามัย ความปลอดภัย ศักดิ์ศรีและสิทธิในการใช้เทคโนโลยีช่วยเหลือการเจริญพันธุ์ของมนุษย์ ไว้ในพระราชบัญญัติช่วยเหลือการเจริญพันธุ์ของมนุษย์ ค.ศ. 2004 (The Assisted Human Reproduction Act, 2004) โดยให้ความสำคัญกับการแสวงหาประโยชน์จากการเจริญพันธุ์ในชายและหญิง ซึ่งมีจุดประสงค์ในเชิงพาณิชย์และคำนึงถึงเรื่องของสุขภาพ และจริยธรรมในการช่วยเหลือการเจริญพันธุ์ จึงมีบทบัญญัติให้การดูแลรักษาหญิงที่อาสาตั้งครรภ์แทนนั้น ต้องได้รับการดูแลสุขภาพอย่างแท้จริงโดยอนุญาตให้จ่ายเงินอันเป็นค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนทั้งหมดได้ หากมีหลักฐานเป็นใบเสร็จรับเงินตามที่จ่ายไปจริง และยังกำหนดให้มีการแต่งตั้งผู้ตรวจสอบ โดยให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขในการแต่งตั้งบุคคลที่อยู่ภายใต้การจ้างงานโดย

รัฐบาลแคนาดาหรือรัฐบาลท้องถิ่นให้ทำหน้าที่เป็นผู้ตรวจสอบ เพื่อวัตถุประสงค์ในการบริหารจัดการ และการบังคับใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ (Mary Warnock, 1984)

ดังนั้นการตั้งครุฑแทนในประเทศแคนาดาจึงดำเนินการโดยผ่านกองทุน สมาคม หรือกิจการเพื่อการกุศลของรัฐที่ต้นอาศัยอยู่ เช่น กองทุนเพื่อการฟื้นฟูภาวะเจริญพันธุ์ (Generations of Hope Fertility Assistance Fund) เกิดขึ้นในปี 2005 ในฐานะโครงการริเริ่มระดับภูมิภาคในเมืองแคลกอรี่ มีวัตถุประสงค์หลักของกองทุนคือการช่วยเหลือผู้ป่วยในโครงการภาวะเจริญพันธุ์ในภูมิภาคที่ต้องการตั้งครุฑเด็ก แต่กำลังเผชิญกับปัญหาด้านการเจริญพันธุ์ และผู้ที่เผชิญกับปัญหาทางการเงินที่ร้ายแรง ซึ่งทำให้ความหวังในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการปฏิสนธิอกร่างกาย (IVF) เป็นสิ่งที่พวกเขาไม่สามารถเข้าถึงได้ กองทุนได้รับการสนับสนุน 100% จากการบริจาคขององค์กรและรายบุคคล รวมถึงผู้ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ด้วย สมาคม หรือกิจการเพื่อการกุศล จะเป็นผู้ดูแลเงื่อนไขในหนังสือให้ความยินยอมของหญิงผู้อาสาตั้งครุฑแทน ซึ่งจะกระทำโดยผ่านที่ปรึกษาทางกฎหมายหรือทนายความที่มีความเชี่ยวชาญทางด้านภาวะเจริญพันธุ์ จะเป็นผู้ร่างและเจรจากำหนดภาระผูกพันทางกฎหมายและ สิทธิของแต่ละฝ่ายในข้อตกลง เมื่อทารกเกิดผ่านการตั้งครุฑแทนต้องดำเนินการตามขั้นตอนทางกฎหมายเพิ่มเติมเพื่อให้สามี ภริยาที่ประสงค์จะมีบุตรได้ถูกประกาศให้เป็นผู้ปกครองตามกฎหมายของเด็ก

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ (Conclusion and Recommendation)

(1) บทสรุป

การตั้งครุฑแทน นับเป็นการรักษาการมีบุตรยากที่มีอัตราประสบความสำเร็จสูง หลายประเทศทั่วโลกให้การยอมรับ และยินยอมให้มีการดำเนินการตั้งครุฑแทนในประเทศของตนได้โดยกำหนดหลักเกณฑ์ ขั้นตอน วิธีการ และมาตรฐานของผู้ให้บริการ รวมทั้งกำหนดให้มีมาตรการคุ้มครองหญิงที่รับตั้งครุฑแทนไว้ในรูปแบบต่าง ๆ

สรุปผลการวิจัยพบว่า กฎหมายของไทย คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ยังไม่ครอบคลุม 2 ประเด็นคือ การคุ้มครองสุขภาพหญิงตั้งครุฑแทน และ การกำหนดให้รับเลี้ยงอุปการะเด็กกรณีบิดามารดาเสียชีวิต

จากการศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในการให้กำเนิดบุตรโดยวิธีการให้หญิงอื่นทำการตั้งครุฑแทนคู่สมรสที่มีบุตรยาก หรือไม่สามารถมีบุตรได้ในต่างประเทศ พบว่ามีข้อกำหนดที่ชัดเจนกว่ากฎหมายไทย กฎหมายเกี่ยวกับการช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในประเทศไทยนั้นยังมิได้ให้การคุ้มครองหญิงที่รับตั้งครุฑแทนอย่างเพียงพอ เนื่องจากปัญหาการควบคุม และการให้ความคุ้มครองสิทธิของหญิงที่รับตั้งครุฑแทนนั้น มาจากปัจจัยที่หลากหลายและซับซ้อน อีกทั้งยังเป็นปัญหาที่มีวิวัฒนาการไปตามการพัฒนาเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่มีความก้าวหน้าอย่างรวดเร็ว ส่งผลให้หญิงที่อยู่ในครอบครัวที่มีสถานะทางการเงินไม่ดี ตกอยู่ในกลุ่มเป้าหมายที่จะถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการตั้งครุฑแทนโดยเทคโนโลยีทางการแพทย์ ซึ่งส่งผลให้เกิดการละเมิดสิทธิเกี่ยวกับสุขภาพร่างกายของหญิงที่รับตั้งครุฑแทน และไม่ได้รับการคุ้มครอง

อย่างเพียงพอ ทั้งยังทำให้ประเทศต้องพบกับปัญหาประชากรมีสุขภาพไม่แข็งแรง อันเป็นปัญหาที่รัฐต้องรับภาระในการดูแลรักษาต่อไป

(2) ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาพบว่าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น มิได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 อย่างเพียงพอ ทั้งในด้านสุขภาพและความ เป็นอยู่ เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวจึงมีข้อเสนอแนะซึ่งน่าจะเป็นประโยชน์ต่อการแก้ไขเงื่อนไขในการทำข้อตกลงให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน และการกำหนดมาตรการที่เอื้อต่อการปฏิบัติตามกฎหมาย ในกรณีที่เกิด บิดาและมารดาเสียชีวิตก่อนเด็กเกิดให้เด็กมีผู้อุปการะที่ชัดเจนและมีให้กระทบต่อหญิงที่รับตั้งครรภ์ แทนในการดำรงชีวิตตามปกติ จึงควรดำเนินการ ดังนี้

1) ปัญหาของบทบัญญัติว่าด้วยการกำหนดข้อตกลงในการประกันสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ในส่วน ของประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับข้อตกลงการตั้งครรภ์แทนและ ค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนในขณะตั้งครรภ์ การยุติการตั้งครรภ์แทน การคลอด และหลังคลอด รวมทั้งค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน หลังคลอดเป็นเวลา ไม่น้อยกว่าสามสิบวัน พ.ศ. 2558 ข้อ 4 (6) “สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายอาจตกลงกับหญิงที่รับตั้งครรภ์ แทนในเรื่องการทำประกันสุขภาพให้กับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนและเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนด้วยก็ได้”

เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดให้สามีและ ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายต้องทำประกันสุขภาพให้กับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ทุกครั้ง อันเป็นเงื่อนไขที่มีสภาพ บังคับให้สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายต้องกระทำ มิใช่เงื่อนไขที่ใช้ความสมัครใจ โดยแก้ไขเพิ่มเติม บทบัญญัติ มาตรา 21 เพิ่มเติม (5) ดังนี้ “สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายต้องทำประกันสุขภาพให้กับหญิงที่ รับตั้งครรภ์แทนและเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนด้วย”

2) ปัญหาการอุปการะดูแลเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ กรณีบิดาและ มารดาเสียชีวิตก่อนเด็กเกิดนั้น พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทาง การแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 30 บัญญัติให้ในกรณีที่สามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการ ตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นผู้ปกครองเด็กนั้นจนกว่าจะมีการตั้ง ผู้ปกครองขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก ผู้มี ส่วนได้เสีย หรือพนักงานอัยการมีอำนาจร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้ปกครองได้ และในการตั้งผู้ปกครองดังกล่าวให้ ศาลคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กนั้นเป็นสำคัญ มีข้อเสนอแนะคือ

(2.1) ควรสร้างวิธีการที่เป็นหลักประกันในการปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าวโดยไม่สร้างภาระ ให้แก่หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจนเกินไป โดยการแก้ไขเพิ่มเติม บทบัญญัติ มาตรา 30 เป็น “ในกรณีที่สามีและ ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด ให้เจ้าหน้าที่ตาม

กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กเป็นผู้ปกครองเด็กนั้นจนกว่าจะมีการตั้งผู้ปกครองขึ้นใหม่ ทั้งนี้ ใหพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก หลีกเลี่ยงการตั้งครุฑแทน ผู้มีส่วนได้เสีย หรือพนักงานอัยการมีอำนาจร้องขอต่อศาลให้ตั้งผู้ปกครองได้ และในการตั้งผู้ปกครองดังกล่าวให้ศาลคำนึงถึงความผาสุกและประโยชน์ของเด็กนั้นเป็นสำคัญ

(2.2) สามิและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงคให้มีการตั้งครุฑแทนต้องทำประกันชีวิตของตนเองให้มีผลคุ้มครองในระหว่างที่มีการตั้งครุฑแทน โดยให้เด็กเป็นผู้รับประโยชน์จากการเอาประกันชีวิตในกรณีที่สามิและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงคให้มีการตั้งครุฑแทนถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด และให้กองทุนคุ้มครองเด็กตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็กมีหน้าที่ดูแลรักษาผลประโยชน์และมีอำนาจนำเงินที่ได้จากการเอาประกันชีวิตมาอุปการะเลี้ยงดูเด็กได้เท่าที่จำเป็น”

การนำวิธีการจัดการความเสี่ยงด้วยการประกันภัยสุขภาพ และการประกันชีวิตแบบชั่วระยะเวลามาเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์นั้น เป็นไปตามหลักการประกันชีวิตและการประกันวินาศภัยในรูปแบบต่าง ๆ เพื่อสร้างความมั่นคงให้กับคู่สัญญา และคำนึงถึงความผาสุกของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เป็นสำคัญ ผู้เขียนเห็นว่าจะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาทางด้านการแพทย์และป้องกันการก่อให้เกิดปัญหาสุขภาพของประชาชน รวมทั้งยังเป็นการป้องกันการทอดทิ้งเด็ก และเป็นแนวทางรองรับความเป็นอยู่อย่างผาสุกของเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในระยะยาวได้อีกด้วย

เอกสารอ้างอิง (References)

- ธานี วรภัทร์. (2561). ศึกษาและวิเคราะห์การบังคับใช้กฎหมายเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์. รายงานผลการวิจัย. มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์.
- นิรันดร์ ทรงนิรันดร์. (2560). วิวัฒนาการทางการแพทย์การผสมพันธุ์มีผลต่อกฎหมายของบุคคล. วารสารมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์มหาวิทยาลัยราชภัฏอุบลราชธานี ปีที่ 8 (ฉบับพิเศษ) กรกฎาคม – ธันวาคม: 54-56.
- ติฟาฮา มุกตาร์ . (2551). ธุรกิจอัมบุญญกับกฎหมายใหม่ของอินเดีย. [Online], available from <http://info.gotomanager.com/news/details.aspx?id=74632>.
- สฤชดีเดช เจริญไชย. (2561). ความจำเป็น พ.ร.บ.ระบบสุขภาพปฐมนุญมิ. [Online], available from <https://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/645414>
- สำนักงานคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย (คปภ.). (2561). การประกันสุขภาพ. [Online], available from <http://www.oic.or.th/th/education/insurance/health>.

อภิวัฒน์ เอื้ออังกร. (2554). การอุ้มบุญ (Gestational carrier pregnancy). [Online], available from [http:// www.med.cmu.ac.th/dept/obgyn/2011/index.php?option=com_content&view=article&id=478:gestational-carrier-pregnancy-and-oocyte-donation&catid=45:topic-review&Itemid=561](http://www.med.cmu.ac.th/dept/obgyn/2011/index.php?option=com_content&view=article&id=478:gestational-carrier-pregnancy-and-oocyte-donation&catid=45:topic-review&Itemid=561).

Barry Moylan Nicholas (1982). French law of Contract. London: Butterworths.

Konrad Zweigert and Hein Kotz (1992) An Introduction to Comparative Law, trans. Tony Weir
Oxford: Clarendon press.

Mary Warnock. (1984). Report of the committee of inquiry into human fertilization and
embryology. Department of Health & Social Security.