

# QUY ĐỊNH VỀ MANG THAI HỘ VÌ MỤC ĐÍCH THƯƠNG MẠI THEO PHÁP LUẬT VIỆT NAM

■ ThS. NGUYỄN THỊ LÊ HUYỀN \*

**Tóm tắt:** Bài viết này phân tích các quy định của pháp luật hiện hành về mang thai hộ vì mục đích thương mại, từ đó, chỉ ra những hạn chế, bất cập trong quá trình áp dụng pháp luật về mang thai hộ vì mục đích nhân đạo ở Việt Nam.

**Abstract:** This article analyzes the current legal provisions on surrogacy for commercial purposes, thereby, pointing out the limitations and shortcomings in the application of the law on surrogacy for humanitarian purposes in Vietnam.

Mang thai hộ vì mục đích nhân đạo (MTHVMĐND) là chế định đầy tính nhân văn được pháp luật Việt Nam lần đầu tiên ghi nhận và bảo vệ tại các văn bản quy phạm pháp luật như Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014, Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017). Theo đó, MTHVMĐND được hiểu là “việc một người phụ nữ tự nguyện, không vì mục đích thương mại giúp mang thai cho cặp vợ chồng mà người vợ không thể mang thai và sinh con ngay cả khi áp dụng kỹ thuật hỗ trợ sinh sản, bằng việc lấy noãn của người vợ và tinh trùng của người chồng để thụ tinh trong ống nghiệm, sau đó cấy vào tử cung của người phụ nữ tự nguyện mang thai để người này mang thai và sinh con”<sup>1</sup>. Quy định này cho phép những người phụ nữ tự nguyện đủ điều kiện có thể mang thai “hộ” cho cặp vợ chồng mà vì lý do nào đó, cặp vợ chồng này không thể tự mang thai và sinh ra đứa con có cùng huyết thống với họ (ví dụ như người vợ bị cắt bỏ tử cung, người vợ mắc bệnh tim nên có chỉ định không được mang thai vì có thể ảnh hưởng tới tính mạng...). Quy phạm này được đánh giá là một trong những

quy định thể hiện tinh nhân văn cao của pháp luật, đảm bảo quyền làm cha mẹ - nguyện vọng chính đáng cho những trường hợp mà ngay cả những nỗ lực tự mình thực hiện việc sinh con của các cặp vợ chồng vẫn không đem lại kết quả. Tuy nhiên, để đảm bảo việc thực hiện mang thai hộ trên thực tế đúng bản chất nhân văn vốn có của nó, pháp luật Việt Nam hiện hành nghiêm cấm hành vi mang thai hộ vì mục đích thương mại (MTHVMĐTM). Trên cơ sở đó, hệ thống pháp luật cũng xây dựng các quy phạm pháp luật và thiết lập cơ chế pháp lý để xử lý đối với các hành vi tổ chức thực hiện MTHVMĐTM xảy ra trên thực tế. Tuy nhiên, thực tiễn áp dụng pháp luật cho thấy, bên cạnh những hiệu quả đạt được, các quy định liên quan đến MTHVMĐTM vẫn bộc lộ nhiều vướng mắc, bất cập.

## 1. Khái niệm và bản chất pháp lý của mang thai hộ vì mục đích thương mại

MTHVMĐTM là một khái niệm tương đối mới trong hệ thống pháp luật Việt Nam. Trước đây, theo quy định tại Điều 6 Nghị định số 12/2003/NĐ-CP ngày 12/02/2003 về sinh con theo phương pháp

\* Đại học Luật thuộc Đại học Huế

khoa học (Nghị định số 12/2003/NĐ-CP) có đề cập đến các hành vi bị nghiêm cấm, trong đó có mang thai hộ. Tuy nhiên, nội dung của Nghị định này không đề cập cụ thể như thế nào là hành vi mang thai hộ, theo đó, thuật ngữ mang thai hộ vì mục đích nhân đạo hay thương mại đều không được giải thích.

Tuy nhiên, Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 bên cạnh việc đưa ra các khái niệm nhằm giải thích về MTHVMĐND tại khoản 22 Điều 3 thì khoản 23 Điều 3 cũng đưa ra định nghĩa về MTHVMĐTM. Theo đó, MTHVMĐTM là “việc một người phụ nữ mang thai cho người khác bằng việc áp dụng kỹ thuật hỗ trợ sinh sản để được hưởng lợi về kinh tế hoặc lợi ích khác”. Như vậy, sự khác nhau cơ bản của hai trường hợp này thể hiện rõ ở mục đích. MTHVMĐND là việc một người phụ nữ tự nguyện mang thai “giúp cho” người khác mà không vì lợi ích vật chất hoặc một lợi ích nào khác. Trong khi đó, MTHVMĐTM được hiểu là việc mang thai hộ được thực hiện vì các “lợi ích kinh tế hoặc lợi ích khác” của người mang thai hộ. Chính mục đích là yếu tố cơ bản tạo cơ sở cho việc cho phép hay ngăn cấm đối với việc thực hiện mang thai hộ ở nước ta hiện nay. Bởi lẽ, quan điểm được đặt ra là việc mang thai hộ chỉ được thừa nhận và có ý nghĩa khi đây là giải pháp nhằm tạo điều kiện, cơ hội làm cha, mẹ cho các cặp vợ chồng không thể mang thai ngay cả khi đã áp dụng các kỹ thuật hỗ trợ sinh sản. Trong khi đó, bản chất của việc MTHVMĐTM là mục đích hưởng lợi về kinh tế hoặc các lợi ích về vật chất khác. Vì vậy, chỉ cần giữa các chủ thể phát sinh các giao dịch, thỏa thuận về việc mang thai hộ được xác lập nhằm mục đích hưởng lợi ích vật chất hoặc lợi ích khác thì đây là yếu tố cấu thành hành vi MTHVMĐTM. Hành vi này bị nghiêm cấm và thậm chí là có thể bị áp dụng các chế tài hình sự

theo quy định của pháp luật Việt Nam<sup>2</sup>. Điều này được lý giải vì tính chất của hành vi MTHVMĐTM có nghĩa là mua bán, vì mục đích lợi nhuận, có yếu tố trực lợi về vật chất hoặc lợi ích khác. Nó xâm phạm nghiêm trọng quyền con người, biến con người trở thành đối tượng trao đổi thương mại trên thị trường và trái với nguyên tắc nhân đạo của pháp luật xã hội chủ nghĩa.

**2. Một số bất cập trong việc áp dụng các quy định về hành vi mang thai hộ vì mục đích thương mại**

*Một là, nguy cơ trong việc hợp pháp hóa hành vi mang thai hộ vì mục đích thương mại*

Nhằm đảm bảo hạn chế tối đa những nguy cơ thương mại hóa hành vi mang thai hộ trên thực tế, quy định về yêu cầu, điều kiện đối với bên mang thai hộ cũng trở nên rất khắt khe. Đây có thể được xem là một trong những vấn đề mang tính chất trọng tâm của chế định về MTHVMĐND. Theo đó, khoản 3 Điều 95 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 quy định: “Người được nhờ mang thai hộ phải có đủ các điều kiện sau đây: a) Là người thân thích cùng hàng của bên vợ hoặc bên chồng nhờ mang thai hộ; b) Đã từng sinh con và chỉ được mang thai hộ một lần; c) Ở độ tuổi phù hợp và có xác nhận của tổ chức y tế có thẩm quyền về khả năng mang thai hộ; d) Trường hợp người phụ nữ mang thai hộ có chồng thì phải có sự đồng ý bằng văn bản của người chồng; đ) Đã được tư vấn về y tế, pháp lý, tâm lý”.

Với quy định này, tác giả cho rằng, điều kiện tại điểm a có nguy cơ tạo ra một “lỗ hổng” pháp lý, tạo cơ hội cho các chủ thể khác trục lợi nhằm thương mại hóa hành vi MTHVMĐND trên thực tế. Khái niệm về người thân thích cùng hàng của bên vợ hoặc bên chồng nhờ mang thai hộ đã được đề cập tại khoản 7 Điều 2 Nghị định số 10/2015/NĐ-CP

ngày 28/01/2015 của Chính phủ quy định về sinh con bằng kỹ thuật thụ tinh trong ống nghiệm và điều kiện mang thai hộ vì mục đích nhân đạo (Nghị định số 10/2015/NĐ-CP), bao gồm: Anh, chị, em cùng cha mẹ, cùng cha khác mẹ, cùng mẹ khác cha; anh, chị, em con chú, con bác, con cô, con cậu, con dì của họ; anh rể, em rể, “chị dâu, em dâu” của người cùng cha mẹ hoặc cùng cha khác mẹ, cùng mẹ khác cha với họ. Theo tác giả, việc xác định như vậy là quá rộng. Điều này hoàn toàn có nguy cơ xảy ra tình trạng trục lợi để thực hiện MTHVMĐTM trên thực tế mà khó có khả năng kiểm soát. Bởi lẽ, khi nhu cầu về mang thai hộ là có thật thì thông thường các chủ thể có nhu cầu sẽ tìm mọi cách để hồ sơ yêu cầu mang thai hộ của họ được chấp nhận về mặt pháp lý. Vậy giả thiết được đặt ra là, nếu gia đình có hai anh em trai, vợ chồng người anh lâm vào tình trạng không sinh được con ngay cả khi áp dụng kỹ thuật hỗ trợ sinh sản và họ muốn có con bằng biện pháp mang thai hộ. Tuy nhiên, do tâm lý không muốn phiền lụy đến họ hàng hoặc giả như không có người thân thích cùng hàng nào đủ điều kiện MTHVMĐND nên họ muốn tìm người mang thai hộ thương mại. Để hợp pháp mối quan hệ với người phụ nữ MTHVMĐTM này, vợ chồng người anh đề nghị người em trai đang độc thân kết hôn giả tạo với người phụ nữ đã đồng ý MTHVMĐTM cho vợ chồng người anh để người này trở thành “em dâu” về mặt pháp lý. Các lo ngại về tài sản khi người em kết hôn được giải quyết bằng cách thức thực hiện chế độ tài sản theo thỏa thuận mà Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 đã quy định. Với tâm lý truyền thống của một quốc gia phương Đông, việc người em chấp nhận đồng ý kết hôn giả tạo để anh chị có thể thực hiện ước mơ làm cha mẹ bằng mang thai hộ là điều hoàn toàn có thể xảy ra. Mặc dù việc kết hôn giả tạo bị nghiêm cấm<sup>3</sup>, tuy

nhiên, pháp luật hiện hành khó có thể kiểm soát được việc kết hôn của người em là giả tạo hay không. Đồng thời, việc thực hiện thỏa thuận về mang thai hộ giữa vợ chồng người anh và “vợ” của người em là “nhân đạo” hay “thương mại” quả là không dễ phân định bằng pháp luật. Điều này đặt ra nguy cơ về việc thương mại hóa MTHVMĐND quá dễ dàng và tạo ra nguy cơ “lách luật” khá hiệu quả cho các chủ thể mong muốn có con bằng mang thai hộ mà không tìm được người đủ điều kiện phù hợp. Do đó, tác giả cho rằng, quy định về người thân thích cùng hàng là chị dâu, em dâu cần được đánh giá, cân nhắc trên cơ sở cân bằng lợi ích giữa cá nhân, gia đình và xã hội, từ đó hướng tới mục tiêu chung là hoàn thiện chế định về MTHVMĐND nói riêng và pháp luật Việt Nam nói chung.

*Hai là, bất cập trong việc quy định về việc xác định hành vi mang thai hộ vì mục đích thương mại*

Với quy định tại khoản 23 Điều 3 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 cho thấy, MTHVMĐTM có thể được thực hiện bằng việc áp dụng kỹ thuật hỗ trợ sinh sản, tức là có thể thực hiện bằng kỹ thuật thụ tinh nhân tạo hoặc thụ tinh trong ống nghiệm<sup>4</sup>. Vấn đề được đặt ra là, kỹ thuật thụ tinh nhân tạo có được xem là cách thức để thực hiện mang thai hộ nói chung và MTHVMĐTM nói riêng hay không? Đây là vấn đề có ý nghĩa quan trọng trong việc xác định hành vi MTHVMĐTM hay hành vi xâm phạm các quan hệ pháp luật khác.

Nghị định số 10/2015/NĐ-CP mặc dù không đưa ra cách giải thích cụ thể về khái niệm thụ tinh nhân tạo, đồng thời, khoản 2 Điều 1 Nghị định số 10/2015/NĐ-CP quy định về phạm vi điều chỉnh cũng đã giới hạn rằng: “Việc thực hiện kỹ thuật hỗ trợ sinh sản bằng phương pháp thụ tinh nhân tạo được thực hiện theo quy định của Luật Khám bệnh, chữa bệnh, không thuộc phạm vi điều chỉnh của

Nghị định này”<sup>5</sup>. Tuy nhiên, trước đó, khái niệm này đã được quy định tại khoản 2 Điều 3 Nghị định số 12/2003/NĐ-CP và qua tìm hiểu về kỹ thuật thụ tinh nhân tạo được định nghĩa tại quy định này cũng như một số quy định, giải thích y học khác có thể thấy rằng, với kỹ thuật này, việc mang thai sẽ thụ tinh và phát triển ngay trong cơ thể của người phụ nữ (kết hợp bởi chính noãn của người này) mà không cần phải tạo phôi ở môi trường bên ngoài (trong ống nghiệm) cũng như trải qua quá trình chuyển phôi để mang thai. Trong khi đó, MTHVMĐND bắt buộc phải thực hiện thông qua phương pháp thụ tinh trong ống nghiệm, bằng việc kết hợp noãn của người vợ và tinh trùng của người chồng để tạo phôi sau đó cấy vào cơ thể của người phụ nữ mang thai hộ.

Theo tác giả, bản chất mang thai hộ là mang thai cho người khác nên với việc thực hiện kỹ thuật thụ tinh nhân tạo thì người phụ nữ mang thai không phải là mang thai hộ mà là mang thai của chính mình. Vì vậy, mang thai hộ dù là vì mục đích thương mại hay nhân đạo thì đều không thể được thực hiện thông qua hình thức thụ tinh nhân tạo mà nhất thiết phải thực hiện theo phương pháp thụ tinh trong ống nghiệm. Do đó, theo tác giả, nếu cho rằng, khi thực hiện các hành vi thụ tinh nhân tạo; quan hệ trực tiếp để mang thai và sau đó chuyển con cho cặp vợ chồng có nhu cầu có con để hưởng các lợi ích vật chất là MTHVMĐTM là không chính xác. Bởi lẽ, về mặt khách quan, đây là hành vi mua bán thai nhi/trẻ em, thương mại hóa việc mang thai mà mục đích cuối cùng là việc sinh ra đứa trẻ. Như vậy, đối tượng bị “thương mại” chính là con của người mang thai. Quan điểm của tác giả cho rằng, trường hợp này cũng tương tự như những trường hợp tổ chức cho phụ nữ đang mang thai bán bào thai hoặc con mới đẻ trên thực tế hiện nay. Tuy

nhiên, để xử lý hành vi này vẫn còn tồn tại “khoảng trống” trong quy định của pháp luật. Theo đó, có nhiều ý kiến khác nhau về việc xử lý hình sự đối với hành vi mua bán thai nhi sẽ truy cứu với tội danh được quy định trong Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) như: Mua bán người dưới 16 tuổi (Điều 151); mua bán, chiếm đoạt mô hoặc bộ phận cơ thể người (Điều 154)... nhưng cụ thể, hiện vẫn chưa có sự điều chỉnh rõ ràng từ các quy định của pháp luật có liên quan vì thai nhi chưa được trực tiếp thừa nhận là chủ thể trong quan hệ pháp luật hình sự<sup>6</sup>. Do vậy, xác định đúng bản chất của vấn đề nói trên có ý nghĩa vô cùng quan trọng trong việc thiết lập hành lang pháp lý xử lý những hành vi vi phạm quan hệ xã hội được pháp luật hình sự bảo vệ, góp phần vào việc hoàn thiện hệ thống pháp luật xã hội chủ nghĩa.

*Ba là, ranh giới giữa mục đích nhân đạo và thương mại trong nhờ mang thai hộ là rất khó xác định*

Theo quy định của pháp luật hiện hành, người nhờ mang thai hộ phải chi trả những khoản chi phí hợp lý cho quá trình mang thai, nuôi dưỡng thai nhi. Theo quy định tại khoản 1 Điều 98 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 thì “bên nhờ mang thai hộ có nghĩa vụ chi trả các chi phí thực tế để bảo đảm việc chăm sóc sức khỏe sinh sản theo quy định của Bộ Y tế”. Mang thai nói chung là cả một quá trình dài với những tác động tiêu cực về mặt sức khỏe và tâm sinh lý của người phụ nữ. Trong suốt quá trình này đòi hỏi người phụ nữ mang thai cần nhận được sự chăm sóc tốt nhất cả về mặt vật chất lẫn tinh thần nhằm đảm bảo cho sức khỏe của thai phụ cũng như sự phát triển toàn diện cho thai nhi. Do vậy, việc quy định về nghĩa vụ chi trả các chi phí thực tế để bảo đảm việc chăm sóc sức khỏe sinh sản của người mang thai hộ là rất cần thiết. Điều

này tạo ra sự an tâm nhất định cho người mang thai hộ khi họ không phải lo lắng về các chi phí phát sinh trong quá trình mang thai “giúp” người khác, tránh những lo ngại về kinh tế ảnh hưởng đến tâm lý của người đang mang thai và sự phát triển toàn diện của thai nhi. Đồng thời, bản thân vợ chồng nhờ mang thai hộ cũng thể hiện rõ trách nhiệm của mình trong việc thực hiện kỹ thuật hỗ trợ sinh sản trong quá trình chuẩn bị cho đứa con của họ chào đời. Đồng thời, đây là cơ sở để tạo cơ sở pháp lý hạn chế việc trốn tránh nghĩa vụ về tài sản của bên nhờ mang thai hộ có thể xảy ra khi các bên đã thực hiện kỹ thuật này. Theo đó, Điều 3 Thông tư số 32/2016/TT-BYT ngày 15/9/2016 của Bộ Y tế quy định việc chi phí các chi phí thực tế để bảo đảm chăm sóc sức khỏe sinh sản của bên nhờ MTHVMĐND đã quy định cụ thể chi phí mà bên nhờ mang thai hộ phải chi trả. Quy định này nhìn chung là hợp lý. Tuy nhiên, điều đáng lo ngại là pháp luật hiện hành chưa có cơ chế để kiểm soát việc chi trả các khoản chi phí ngoài danh mục trên hoặc trong danh mục nhưng định mức bao nhiêu là hợp lý. Nếu không có cơ chế kiểm soát vấn đề này thì việc phân định ranh giới giữa “nhân đạo” và “thương mại” sẽ rất khó khăn và các bên hoàn toàn có thể trục lợi làm thay đổi bản chất của quan hệ pháp luật về MTHVMĐND vì đôi khi khoản tiền được chi trả cho “chi phí thực tế để bảo đảm việc

chăm sóc sức khỏe sinh sản” cũng có những tác động đến tính “tự nguyện mang thai giúp cho” cặp vợ chồng không thể mang thai và sinh con ngay cả khi áp dụng kỹ thuật hỗ trợ sinh sản. Điều này làm cho tính “nhân đạo” có thể bị chi phối bởi ranh giới để xác định đâu là chi phí hợp lý, bồi dưỡng cho người mang thai và đâu là khoản tiền bù đắp cho việc mang thai mang tính thương mại. Do đó, đối với việc làm rõ nội hàm, tính chất, đặc điểm và cơ chế pháp lý điều chỉnh về MTHVMĐND cũng như MTHVMĐTM hiện nay là rất cần thiết, nhằm đảm bảo tối đa ý nghĩa nhân văn của quy định về MTHVMĐND hiện nay.

Như vậy, MTHVMĐND là một vấn đề rất nhạy cảm, phức tạp, liên quan đến nhiều khía cạnh, đạo đức, xã hội và pháp lý. Quy định của pháp luật về MTHVMĐND với ý nghĩa nhân văn sâu sắc của nó là một trong những công cụ hiệu quả nhằm đảm bảo quyền con người nói chung và quyền con người trong lĩnh vực dân sự nói riêng. Tuy nhiên, để các quy phạm pháp luật này phát huy ý nghĩa thực sự thì việc xây dựng hành lang pháp lý nhằm ngăn chặn các nguy cơ về MTHVMĐTM là vô cùng cần thiết và không thể không thiết lập. Do đó, các quy phạm pháp luật điều chỉnh về MTHVMĐTM cần được xem xét, đánh giá một cách toàn diện, từ đó hướng tới mục tiêu chung là hoàn thiện chế định về MTHVMĐND nói riêng và pháp luật Việt Nam nói chung □

1 Khoản 22 Điều 3 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014.

2 Xem thêm quy định tại Điều 187 Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) về tội “Tổ chức mang thai hộ vì mục đích thương mại”.

3 Điều 5 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014.

4 Xem khoản 21 Điều 3 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014. Đồng thời, khái niệm về thụ tinh trong ống nghiệm được quy định tại khoản 1 Điều 2 Nghị định số 10/2015/NĐ-CP.

5 Luật Khám bệnh, chữa bệnh năm 2019 không đưa ra cách giải thích về thụ tinh nhân tạo.

6 Xem thêm: Đông Thị Lan Anh, Mua bán bào thai xử lý như thế nào? Tạp chí Tòa án nhân dân điện tử, truy cập ngày 29/3/2019, <https://tapchitoaan.vn/bai-viet/phap-luat/mua-ban-bao-thai-xu-ly-the-nao>.