

การกระทำความผิดฐานค้ำมนุษย์
ศึกษากรณีการอุ้มบุญ

นายธนกฤต พงษ์ประวัตติ

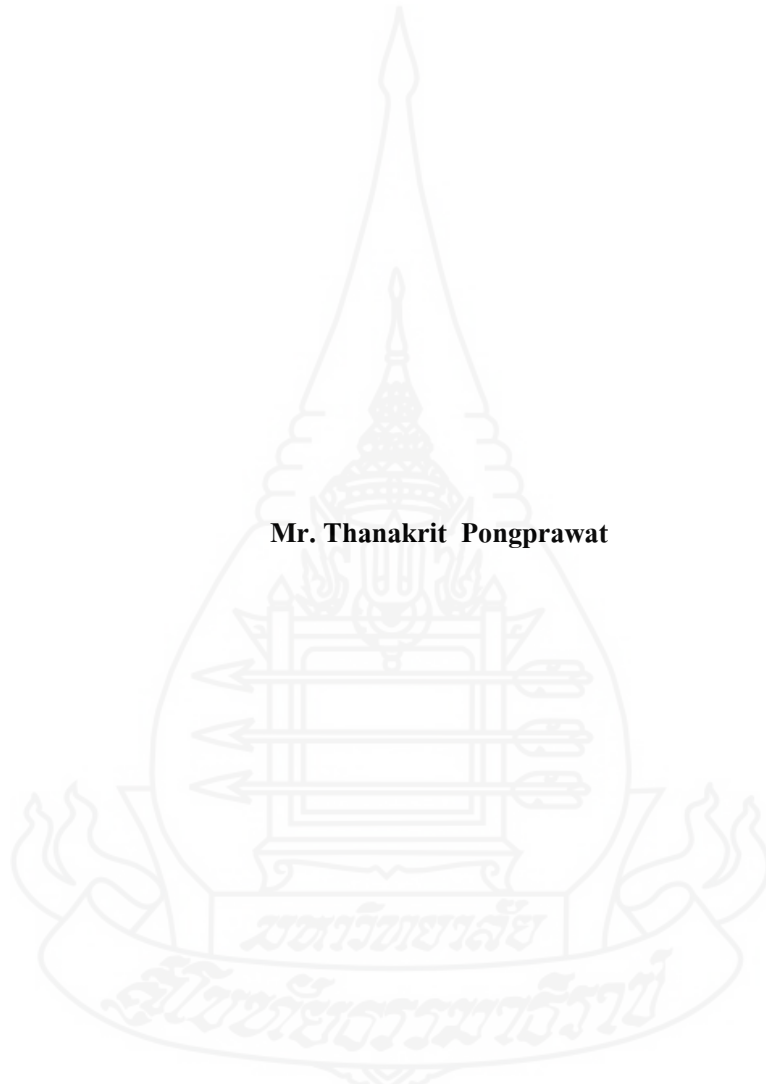


การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
วิชาเอกกฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรม สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

พ.ศ. 2557

Human Trafficking: A Case Study of Surrogacy

Mr. Thanakrit Pongprawat



An Independent Study Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for
the Degree of Master of Laws in Criminal Law and Criminal Justice

School of Law

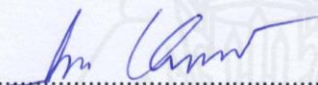
Sukhothai Thammathirat Open University

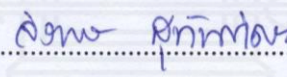
2014

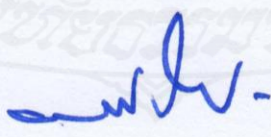
หัวข้อการศึกษาค้นคว้าอิสระ	การกระทำความผิดฐานค้ามนุษย์ ศึกษากรณีการอุ้มบุญ
ชื่อและนามสกุล	นายชนกฤต พงษ์ประวัติ
วิชาเอก	กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรม
สาขาวิชา	นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์ลาวัลย์ หอนพรัตน์

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้ ได้รับความเห็นชอบให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโท เมื่อวันที่ 10 สิงหาคม 2558

คณะกรรมการสอบการศึกษาค้นคว้าอิสระ


..... ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์ลาวัลย์ หอนพรัตน์)


..... กรรมการ
(อาจารย์ ดร. จิราพร สุทันกิตระ)


.....
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ภาณุมาศ ชัดเงางาม)
ประธานกรรมการประจำสาขาวิชานิติศาสตร์

ชื่อการศึกษา คั่นคว้าวีสระ การกระทำความผิดฐานค้ำมนุษย์ ศึกษากรณีการอุ้มบุญ

ผู้ศึกษา นายธนกฤต พงษ์ประวัติ รหัสนักศึกษา 2564003248 ปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต

อาจารย์ที่ปรึกษา รองศาสตราจารย์ลาวัลย์ หอนพรัตน์

ปีการศึกษา 2557

บทคัดย่อ

งานศึกษา คั่นคว้าวีสระ เรื่อง การกระทำความผิดฐานค้ำมนุษย์ ศึกษากรณีการอุ้มบุญ มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก ที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 และวิเคราะห์สภาพปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายดังกล่าว เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการนำเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และการรับตั้งครรภ์แทนไปใช้ในการค้ำมนุษย์

การศึกษานี้เป็นการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพ โดยทำการค้นคว้าจากเอกสารทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศในรูปแบบของหนังสือ ตำรา วิทยานิพนธ์ สารนิพนธ์ ควบทฤษฎีหมาย คำพิพากษาศาลฎีกา คำสั่ง ข้อกำหนด ระเบียบต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง งานวิจัยที่เกี่ยวข้อง บทความจากวารสารต่างๆ

ผลการศึกษาพบว่า ปัจจุบันได้มีการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และการรับตั้งครรภ์แทน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการค้ำมนุษย์ โดยมีการนำเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภ์แทนไปแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ เช่น การใช้แรงงาน การนำไปขอราน การนำไปให้บริการทางเพศ เป็นต้น ซึ่งปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นเนื่องจากการควบคุมการดำเนินการรับตั้งครรภ์แทนไม่ดีพอ จึงทำให้มีบุคคลหาประโยชน์จากการรับตั้งครรภ์แทน โดยไม่คำนึงถึงจริยธรรมและศีลธรรมอันดี ดังนั้น จึงควรมีการกำหนดคุณสมบัติของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เพื่อลดความเสี่ยงในการที่เด็กเกิดมาที่มีความผิดปกติทางร่างกาย และกำหนดโทษสำหรับการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งมีบุคคลหลายคนร่วมกันกระทำความผิดให้มีความรุนแรงมากยิ่งขึ้น ตลอดจนควรมีหน่วยงานที่มีหน้าที่ในการเก็บรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และการรับตั้งครรภ์แทน เพื่อประโยชน์ในการควบคุมตรวจสอบ และป้องกันไม่ให้เกิดการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และการรับตั้งครรภ์แทนไปในทางที่ไม่เหมาะสม

คำสำคัญ การรับตั้งครรภ์แทน การอุ้มบุญ การค้ำมนุษย์

Independent Study title: Human Trafficking: A Case Study of Surrogacy
Author: Mr. Thanakrit Ponprawat; **ID:** 2564003248; **Degree:** Master of laws;
Independent Study advisor: Lawan Hornopparat, Associate Professor;
Academic year: 2014

Abstract

This Independent Study has the goal to study the Protection of Children Born with the Aid of Reproductive Medical Technology Act BE 2558 and to analyze problems with such legislation, in order to prevent cases of reproductive medical technology and surrogacy being used in human trafficking.

This study is a qualitative research based on literature research using both Thai and foreign language textbooks, dissertations, theses, laws, Supreme Court orders, regulations, and related research articles from various journals.

The results showed that assisted reproductive technology and surrogate pregnancy have been used for the purpose and intent of human trafficking, by adopting children born from surrogate mothers to be exploited illegally, like for child labor, begging, or for sexual services etc. This problem occurs because the regulations permitting surrogacy are ineffective. It allows a person to exploit illegally from surrogacy with no regard for ethics and morality. Therefore, certain qualifications should be required of surrogate mothers to reduce the risk of children born with physical abnormalities. Also, penalties for acts that violate the Protection of Children Born with the Aid of Reproductive Medical Technology Act BE 2558, especially cases in which several persons have jointly committed a violation, should be changed to be much more severe. In addition, there should be an agency that is responsible for collecting data on the use of assisted reproductive technology and surrogacy for the purpose of monitoring and regulating the use of assisted reproductive technology and surrogacy.

Keywords: Surrogacy, Human trafficking

กิตติกรรมประกาศ

งานวิจัยฉบับนี้สำเร็จลงได้ด้วยดี เนื่องจากได้รับความกรุณาอย่างสูงจากรองศาสตราจารย์ลาวัลย์ หอนพรัตน์และอาจารย์จิราพร สุทันนิตระอาจารย์ที่ปรึกษางานวิจัยที่กรุณาให้คำแนะนำปรึกษาตลอดจนปรับปรุงแก้ไขข้อบกพร่องต่างๆ ด้วยความเอาใจใส่อย่างยิ่ง ผู้วิจัยตระหนักถึงความตั้งใจจริงและความทุ่มเทของอาจารย์และขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงไว้ ณ ที่นี้

เหนือสิ่งอื่นใดทั้งหมด ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ คุณพ่อมงคลและคุณแม่สุมิตรา พงษ์ประวัตินิคมารดาซึ่งเป็นผู้ให้กำลังใจอันสำคัญละมีส่วนผลักดันให้ผู้เขียนมีความมานะพยายามจนประสบผลสำเร็จในวันนี้ รวมถึงครอบครัวอันเป็นที่รักยิ่งของผู้เขียน ที่เป็นกำลังใจเสมอมา

อนึ่ง ผู้วิจัยหวังว่า งานวิจัยฉบับนี้จะมีประโยชน์อยู่ไม่น้อย จึงขอมอบส่วนดีทั้งหมดนี้ให้แก่เหล่าคณาจารย์ที่ได้ประสิทธิ์ประสาทวิชาจนทำให้ผลงานวิจัยเป็นประโยชน์ต่อผู้ที่เกี่ยวข้องและขอมอบความกตัญญูคุณเวทิตาคุณ แต่บิดา มารดา และผู้มีพระคุณทุกท่าน สำหรับข้อบกพร่องต่างๆ ที่อาจจะเกิดขึ้นนั้น ผู้วิจัยขออภัยขอโทษผู้เดียว และยินดีที่จะรับฟังคำแนะนำจากทุกท่านที่ได้เข้ามาศึกษาเพื่อเป็นประโยชน์ในการพัฒนางานวิจัยต่อไป

ธนกฤต พงษ์ประวัตินิคม

กันยายน 2558

สารบัญ

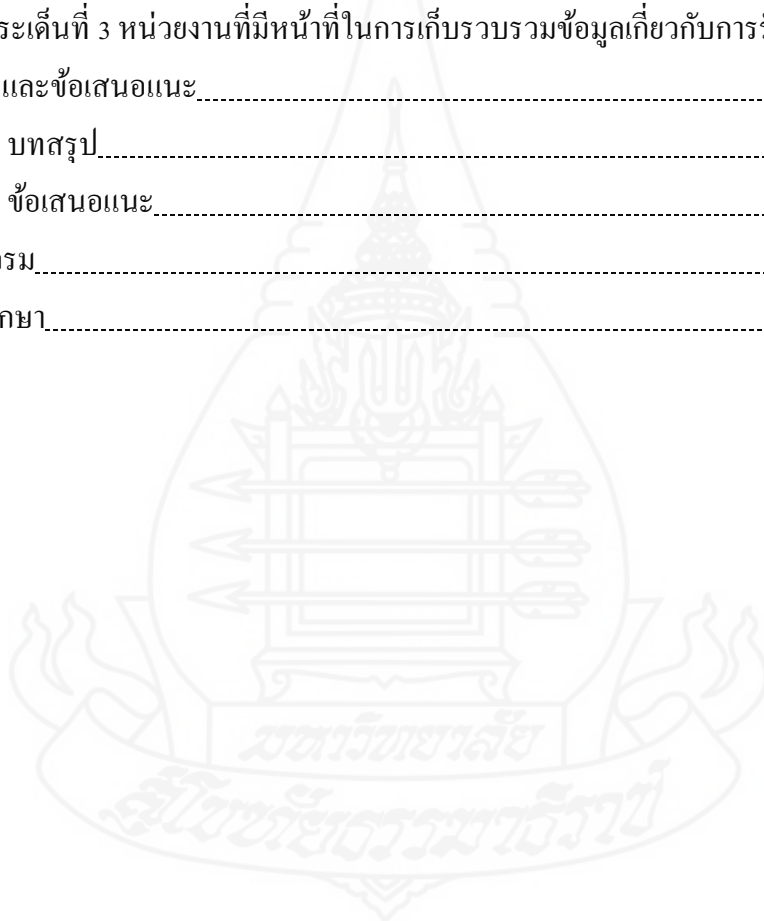
	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	5
3. ขอบเขตของการศึกษา.....	5
4. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	6
5. ระเบียบวิธีวิจัย.....	6
บทที่ 2 แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการค้ามนุษย์และการอุ้มบุญในประเทศไทย.....	7
1. แนวคิด ทฤษฎี เกี่ยวกับการค้ามนุษย์.....	7
1.1 ความเป็นมาของการค้ามนุษย์.....	7
1.2 ความหมายของการค้ามนุษย์.....	9
1.3 สาเหตุของการค้ามนุษย์.....	14
1.4 บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการค้ามนุษย์.....	14
1.5 รูปแบบของการค้ามนุษย์.....	15
1.6 ผลกระทบที่เกิดจากการค้ามนุษย์.....	18
2. การค้ามนุษย์ในรูปแบบของการรับตั้งครรภ์แทน.....	21
2.1 ความหมายของการรับตั้งครรภ์แทนหรือการอุ้มบุญ.....	21
2.2 ประเภทของการรับตั้งครรภ์แทนหรือการอุ้มบุญ.....	23
2.3 มุมมองทางศาสนากับการอุ้มบุญ.....	24
2.4 ปัญหาที่เกิดจากการอุ้มบุญหรือการตั้งครรภ์แทน.....	26

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
3. ทฤษฎีการลงโทษทางอาญา.....	29
3.1 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Retribution Theory).....	30
3.2 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence Theory).....	31
3.3 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อตัดโอกาสกระทำผิด (Incapacity Theory).....	31
3.4 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู (Rehabilitation Theory).....	32
3.5 การลงโทษผู้ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด.....	32
บทที่ 3 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอุ้มบุญของประเทศไทยและต่างประเทศ.....	34
1. กฎหมายเกี่ยวกับการอุ้มบุญในประเทศไทย.....	35
1.1 นิยามศัพท์และขอบเขตการบังคับใช้ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิด โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558.....	36
1.2 บุคคลที่อยู่ในบังคับตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัย เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ.2558.....	37
1.3 รูปแบบของการตั้งครรภ์แทน.....	38
1.4 ความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน.....	39
1.5 การควบคุมการดำเนินการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และการรับตั้งครรภ์แทน.....	40
2. กฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนหรือการอุ้มบุญในต่างประเทศ.....	42
2.1 กฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนหรือการอุ้มบุญในประเทศอังกฤษ.....	42
2.2 กฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนหรือการอุ้มบุญในประเทศออสเตรเลีย.....	47
3. การเปรียบเทียบกฎหมายอุ้มบุญของไทยและต่างประเทศ.....	50
3.1 กรณีความชอบด้วยกฎหมายของการดำเนินการอุ้มบุญหรือการตั้งครรภ์แทน.....	50
3.2 กรณีมาตรการในการควบคุมการอุ้มบุญหรือการตั้งครรภ์แทน.....	51
3.3 กรณีความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการอุ้มบุญ หรือการรับตั้งครรภ์แทน.....	52

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
บทที่ 4 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการรับตั้งครุฑแทนของประเทศไทย.....	54
ประเด็นที่ 1 ปัญหาเกี่ยวกับอายุของหญิงที่รับตั้งครุฑแทน.....	55
ประเด็นที่ 2 ปัญหาเกี่ยวกับการลงโทษสำหรับผู้ที่กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนต่อ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558.....	57
ประเด็นที่ 3 หน่วยงานที่มีหน้าที่ในการเก็บรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับการรับตั้งครุฑแทน...60	60
5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	63
1. บทสรุป.....	63
2. ข้อเสนอแนะ.....	66
บรรณานุกรม.....	68
ประวัติผู้ศึกษา.....	71



บทที่ 1

บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในปัจจุบัน การปลูกเร้าค่านิยมการบริโภคโดยสื่อ ความล้มเหลวในทางเศรษฐกิจ ประกอบกับวิกฤตเศรษฐกิจที่เกิดขึ้น ส่งผลอย่างมากต่อวิถีชีวิตและความเป็นอยู่ของคนในสังคมไทยและนานาชาติประเทศความล้มเหลวดังกล่าว ส่งผลให้ศีลธรรม จริยธรรมในสังคมมนุษย์ถูกทำลาย เกิดการฉกฉวยแย่งชิงและการเอารัดเอาเปรียบ เพื่อให้ได้มาในสิ่งที่ตนต้องการ ทำให้มนุษย์ทุกวันนี้ ค้ำขายได้แม้กระทั่งมนุษย์ด้วยกัน

การค้ำมนุษย์ คือ การกระทำอันเลวร้ายที่เกิดขึ้นจากบุคคล กลุ่มคน หรือองค์กรที่กระทำการ เพื่อแสวงหาประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่งจาก “เหยื่อ” โดยใช้อุบาย ล่อลวง ชูเชิญ หรือใช้กำลัง ประทุษร้าย และแม้แต่การใช้อำนาจครอบงำ ผิดทำนองคลองธรรม ข่มขืนใจและทำร้ายจิตใจ ด้วยประการอื่นใด โดยใช้วิธีการหรือกระบวนการโดยการเป็นธุระจัดหา ล่อลวงหรือลักพาไป ชื้อขาย จำหน่าย พามาจากหรือส่งไปยังที่ใด รับไว้ หน่วงเหนี่ยวหรือกักขัง ซ่อนเร้นไว้ หากการกระทำนั้น เป็นการกระทำที่ไร้ซึ่งคุณธรรม ไม่ถูกต้องหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเป็นการกระทำที่ทำให้ผู้นั้น ตกอยู่ในสภาวะจำยอมหรือยินยอม แม้ผู้นั้นจะมีส่วนรู้เห็นต่อการกระทำเบื้องต้นนั้น หรือไม่ก็ตาม และไม่ว่าการกระทำนั้นจะเกิดขึ้นภายในหรือภายนอกประเทศ กระบวนการเหล่านี้ คือ กระบวนการ ค้ำมนุษย์ ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบของการค้าประเวณี การผลิตสื่อลามกอนาจาร การใช้แรงงานเยี่ยงทาส การผลิตและจำหน่ายยาเสพติด หรือแม้แต่การตัดขายอวัยวะ เป็นต้น

สถานการณ์การค้ำมนุษย์ของประเทศไทย ในปัจจุบันค่อนข้างน่าวิตก โดยสำนักงาน เพื่อการติดตามและการต่อสู้กับการค้ำมนุษย์ แห่งกระทรวงต่างประเทศสหรัฐอเมริกา ได้เผยแพร่ รายงานสถานการณ์การค้ำมนุษย์ (TIP) ในประเทศต่าง ๆ ประจำปี 2014 โดยแบ่งระดับความพยายาม ตอบสนองต่อการค้ำมนุษย์ออกเป็น 3 กลุ่ม คือ

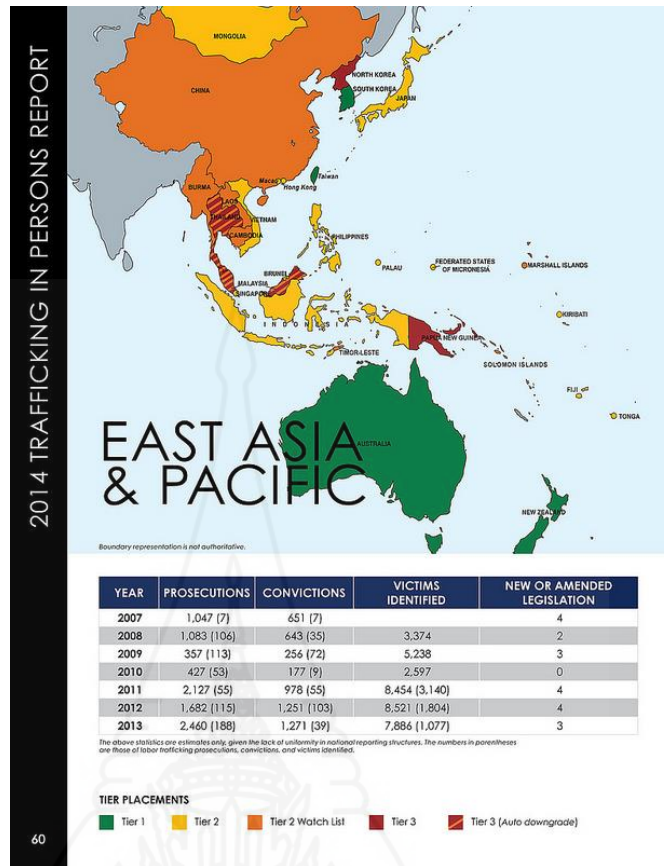
กลุ่มที่ 1 (Tier 1) หมายถึง ประเทศที่มีแนวทางปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำของกฎหมาย ปกป้องเหยื่อการค้ำมนุษย์ (TVPA) อย่างครบถ้วน

กลุ่มที่ 2 (Tier 2) หมายถึง ประเทศที่ปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำของกฎหมายปกป้อง
เหยื่อการค้ามนุษย์ (TVPA) ไม่ครบถ้วน แต่มีความพยายามอย่างมีนัยสำคัญเพื่อให้เป็นไปตาม
มาตรฐานเหล่านั้น

ส่วนประเทศที่มีปริมาณของการค้ามนุษย์เพิ่มขึ้นล้มเหลวในการแสดงหลักฐาน
การเพิ่มความพยายามในการต่อสู้กับการค้ามนุษย์ ในปีที่ผ่านมา และถูกพิจารณาว่ากำลังพยายาม
อย่างมีนัยสำคัญ เพื่อให้สามารถทำตามมาตรฐานขั้นต่ำของ (TVPA) โดยสัญญาว่าจะใช้มาตรการ
เพิ่มเติมในอนาคตภายในปีถัดไป จะถูกจัดในกลุ่มที่ 2 บัญชีรายชื่อประเทศที่ต้องจับตามอง
(Tier 2 Watchlist)

และ กลุ่มที่ 3 (Tier 3) หมายถึง ประเทศที่ดำเนินการไม่สอดคล้องกับมาตรฐานขั้นต่ำ
ตามกฎหมายด้านการค้ามนุษย์ของสหรัฐอเมริกา และไม่ได้ใช้ความพยายามอย่างมีนัยสำคัญที่จะ
แก้ไขปัญหการค้ามนุษย์ ซึ่งประเทศไทยได้ถูกลดระดับความพยายามตอบสนอง ต่อการค้ามนุษย์
ลงไปอยู่กลุ่มที่ 3 หรือ (Tier 3) ซึ่งเป็นลำดับขั้นต่ำสุดของรายงานนี้ โดยในรายงานระบุว่า ประเทศไทย
เป็นประเทศต้นทาง ปลายทาง และเป็นทางผ่านสำหรับการค้ามนุษย์ ซึ่งรัฐบาลไทยไม่ได้ใช้
ความพยายามอย่างมีนัยสำคัญ ที่จะแก้ไขปัญหการค้ามนุษย์ แม้จะมีพัฒนาการด้านกรจัดเก็บข้อมูล
การต่อต้านการค้ามนุษย์ก็ตาม แต่การบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการค้ามนุษย์ยังถือว่าไม่เพียงพอ
เมื่อเทียบกับขนาดของปัญหาในประเทศไทย¹

¹รู้จัก รายงานการค้ามนุษย์และมุมมองของสหรัฐฯที่คิดไทยร่วงสู่กลุ่ม 3, คั่นคืน 5 มีนาคม พ.ศ. 2558 สืบค้นจาก



ที่มา: รายงานสถานการณ์การค้ามนุษย์ (TIP) ในประเทศต่าง ๆ ประจำปี 2014 สำนักงานเพื่อการติดตามและการต่อสู้กับการค้ามนุษย์ แห่งกระทรวงต่างประเทศสหรัฐอเมริกา

และต่อมา เมื่อวันที่ 27 กรกฎาคม พ.ศ. 2558 กระทรวงการต่างประเทศสหรัฐอเมริกา ได้เผยแพร่รายงานสถานการณ์การค้ามนุษย์ ซึ่งประเทศไทยยังคงอยู่ในบัญชีกลุ่มที่ 3 (Tier 3) เช่นเดิม ซึ่งแสดงให้เห็นว่าประเทศไทย ยังคงใช้มาตรการในการแก้ไขปัญหาการค้ามนุษย์ยังไม่ครอบคลุมเพียงพอ โดยรายงานประจำปี พ.ศ. 2558 นี้ จะครอบคลุมความพยายามต่อต้าน การค้ามนุษย์ของรัฐบาลประเทศต่าง ๆ ระหว่างวันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2557 ถึงวันที่ 31 มีนาคม พ.ศ. 2558 แม้ประเทศไทย ได้ดำเนินมาตรการ แก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวกับการค้ามนุษย์และการประสานงานระหว่างหน่วยงานการปราบปรามการค้ามนุษย์ แต่ในช่วงเวลาของการทำรายงาน ไทยมิได้ดำเนินการที่จำเป็นอย่างเพียงพอ ที่จะบรรลุผลความก้าวหน้าในการแก้ไขปัญหาการค้ามนุษย์ที่ยากลำบากนี้²

² คำแถลงว่าด้วยการเผยแพร่รายงานสถานการณ์การค้ามนุษย์ประจำปี พ.ศ. 2558, สืบค้นเมื่อ 11 สิงหาคม พ.ศ. 2558, สืบค้นจาก http://bangkok.usembassy.gov/tip2015_statements.htmlstatements.htmlstatements.html

เมื่อวิวัฒนาการทางเทคโนโลยีในโลกยุคปัจจุบัน ได้พัฒนาก้าวหน้าขึ้นอย่างต่อเนื่อง ส่งผลให้รูปแบบการค้ำมนุษย์มีรูปแบบและวิธีการที่ซับซ้อนมากยิ่งขึ้น การอุ้มบุญ (Surrogacy) หรือ การรับตั้งครรภ์แทน โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จึงถูกนำมาใช้เป็นรูปแบบหนึ่งของการค้ำมนุษย์

การอุ้มบุญหรือการรับตั้งครรภ์แทน คือการนำสเปิร์มของฝ่ายชายและไข่ของฝ่ายหญิง มาผสมกันภายนอก หลังจากนั้นจึงฉีดไข่ที่ได้รับการผสมแล้ว เข้าไปฝังในมดลูกของผู้รับฝากครรภ์ หรือที่เรียกกันทั่วไปว่า “แม่อุ้มบุญ” ซึ่งการอุ้มบุญนั้น เป็นวิธีการหนึ่งที่จะช่วยแก้ปัญหาสำหรับ คู่สมรสที่ประสบกับภาวะมีบุตรยาก โดยเฉพาะสตรีที่มีปัญหาด้านสุขภาพและไม่สามารถอุ้มท้องเองได้ แต่ในอีกมุมหนึ่ง การอุ้มบุญกลับกลายเป็นช่องทางให้กลุ่มบุคคลบางกลุ่มเข้ามาหาผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ จนกลายเป็นธุรกิจเกี่ยวกับการอุ้มบุญขึ้น เช่น การเปิดสถานพยาบาลซึ่งให้บริการเกี่ยวกับการอุ้มบุญ หรือการเป็นนายหน้าในการติดต่อผู้หญิง เพื่อให้มาตั้งครรภ์แทนให้กับผู้ที่ว่าจ้าง เป็นต้น ซึ่งการอุ้มบุญในประเทศไทยเป็นที่สนใจของบุคคลทั่วไปจำนวนมาก ไม่ว่าจะเป็นชาวไทย หรือชาวต่างชาติ เนื่องจากแต่เดิมนั้น ประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่จะเข้ามาควบคุมดูแลการอุ้มบุญโดยตรง ทำให้การอุ้มบุญในประเทศไทยกระทำได้ง่ายกว่าประเทศที่มีความควบคุมดูแลการอุ้มบุญอย่างเข้มงวด เมื่อการอุ้มบุญในประเทศไทยเป็นที่นิยมและมีจำนวนมากขึ้นเรื่อยๆ โดยไม่มีการควบคุมอย่างเข้มงวด ก็ย่อมเกิดปัญหาต่าง ๆ ตามมาตัวอย่างเช่น กรณีที่คู่สมรสชาวออสเตรเลียได้ว่าจ้างหญิงไทยอุ้มบุญ แต่เมื่อหญิงอุ้มบุญได้คลอดลูกแล้ว ปรากฏว่าเป็นลูกแฝด เด็กแฝดคนหนึ่ง สุขภาพร่างกายสมบูรณ์แข็งแรง ส่วนแฝดอีกคนหนึ่งเป็นโรคดาวน์ซินโดรมและเป็นโรคหัวใจ แต่คู่สมรสดังกล่าว กลับนำตัวเด็กทารกที่มีสุขภาพร่างกายที่สมบูรณ์กลับประเทศไป โดยทิ้งเด็กทารกที่มีสุขภาพร่างกายที่ไม่สมบูรณ์ เป็นภาระให้แม่อุ้มบุญชาวไทยเลี้ยงดู หรือกรณีที่ชายชาวญี่ปุ่น ซึ่งเป็นผู้ต้องสงสัยว่าพัวพันเกี่ยวกับการค้ำมนุษย์ จากกรณีชื่อเป็นพ่อของเด็กที่เกิดจากการอุ้มบุญจำนวน 9 คน และจากการตรวจสอบพบว่า ชายชาวญี่ปุ่นรายดังกล่าว เป็นพ่อของเด็กที่เกิดจากการอุ้มบุญถึง 14 คน โดยชายชาวญี่ปุ่นคนดังกล่าวได้อ้างว่า ตนจ้างหญิงไทยให้อุ้มบุญ เนื่องจากตนอยากมีลูกจำนวนมาก และตนเองมีสิทธิตามกฎหมายในการที่จะมีลูกได้มากกว่าที่ต้องการ

เมื่อพิจารณาจากทั้งสองกรณีแล้ว ทำให้เกิดคำถามขึ้นว่า แท้จริงแล้วการอุ้มบุญเป็นกระบวนการหนึ่งที่จะนำไปสู่การค้ำมนุษย์ หรือเป็นสิทธิส่วนบุคคลในการที่จะมีบุตรจำนวนกี่คนก็ได้ ซึ่งปัจจุบันนี้ ได้มีกฎหมายเกี่ยวกับการอุ้มบุญโดยตรง ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ซึ่งออกมาเพื่อควบคุมการอุ้มบุญและการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ในรูปแบบอื่น ๆ โดยตรงนอกจากนี้ ในต่างประเทศก็ได้มีการให้ความสำคัญเกี่ยวกับการควบคุมการอุ้มบุญเช่นเดียวกัน โดยใช้วิธีการตรากฎหมายขึ้นมาใช้บังคับ

ซึ่งสาระสำคัญของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอุ้มบุญในแต่ละประเทศนั้น มีความแตกต่างกันไปตามวัฒนธรรมและแบบแผนของแต่ละประเทศ บางประเทศมีกฎหมายอนุญาตให้มีการอุ้มบุญ ทั้งการอุ้มบุญเพื่อแก้ปัญหาการมีบุตรยาก และการอนุญาตให้ประกอบกิจการเกี่ยวกับการอุ้มบุญในเชิงพาณิชย์ บางประเทศห้ามประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการอุ้มบุญในเชิงพาณิชย์ แต่สามารถอุ้มบุญเพื่อแก้ปัญหาการมีบุตรยากได้ หรือบางประเทศก็ห้ามไม่ให้มีการอุ้มบุญในทุกกรณี ด้วยเหตุนี้ จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง ที่จะทำการศึกษาถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอุ้มบุญของแต่ละประเทศ เพื่อนำผลการศึกษาดังกล่าวมาเป็นแนวทางในการแก้ปัญหา และเป็นข้อมูลในการพัฒนากฎหมายที่เกี่ยวข้องต่อไป

2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา

2.1 เพื่อศึกษาหลักกฎหมายไทย ที่เกี่ยวข้องกับการค้ำนุญและการตั้งครรภ์แทน และพิจารณาว่าหลักกฎหมายดังกล่าวสามารถแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการค้ำนุญได้หรือไม่ อย่างไร

2.2 เพื่อศึกษาหลักกฎหมายต่างประเทศ ที่เกี่ยวข้องกับการค้ำนุญและการตั้งครรภ์แทน และนำมาเปรียบเทียบกับกฎหมายของไทย พร้อมทั้งแสดงให้เห็นถึงความแตกต่าง และการนำกฎหมายในต่างประเทศมาประยุกต์ใช้ประเทศไทย

2.3 เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการค้ำนุญและการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทย

3. ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับปัญหาการค้ำนุญและการตั้งครรภ์แทน ได้แก่ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ำนุญ พ.ศ. 2551 และ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 รวมทั้ง กฎหมายทั่วไป ได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญาและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตลอดจนกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับปัญหาการค้ำนุญและการตั้งครรภ์แทนของต่างประเทศ

4. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

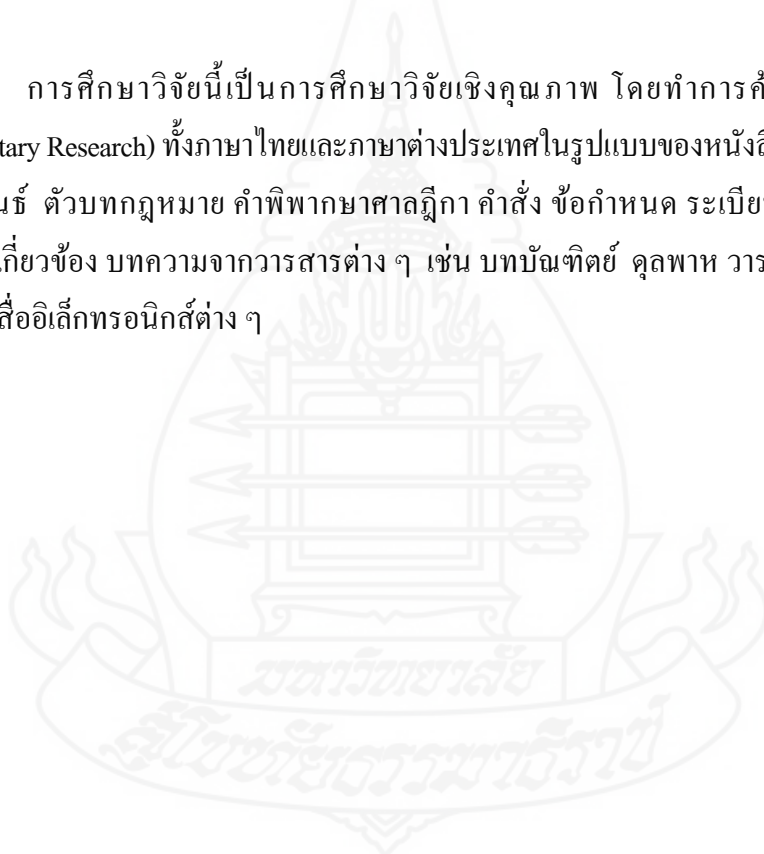
4.1 ทำให้ทราบถึงหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้ามนุษย์และการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทย

4.2 ทำให้ทราบถึงความแตกต่างระหว่างกฎหมายการค้ามนุษย์และการตั้งครรภ์ของต่างประเทศกับกฎหมายของประเทศไทย เพื่อเป็นข้อเสนอแนะในการพัฒนากฎหมายต่อไป

4.3 ทำให้ทราบถึงปัญหาเกี่ยวกับการค้ามนุษย์และการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทย

5. ระเบียบวิธีวิจัย

การศึกษาวิจัยนี้เป็นการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพ โดยทำการค้นคว้าจากเอกสาร (Documentary Research) ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศในรูปแบบของหนังสือ ตำรา วิทยานิพนธ์ สารนิพนธ์ ตำบทยกฎหมาย คำพิพากษาศาลฎีกา คำสั่ง ข้อกำหนด ระเบียบต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง งานวิจัยที่เกี่ยวข้อง บทความจากวารสารต่าง ๆ เช่น บทบัณฑิตย์ คุณภาพ วารสารนิติศาสตร์ และ ข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ



บทที่ 2

แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการค้ามนุษย์และการอุ้มบุญในประเทศไทย

1. แนวคิด ทฤษฎี เกี่ยวกับการค้ามนุษย์

1.1 ความเป็นมาของการค้ามนุษย์

การค้ามนุษย์นั้น ได้เกิดขึ้นในสังคมมนุษย์มาช้านานแล้ว ดังจะเห็นได้จากการใช้ระบบทาส ซึ่งเป็นระบบที่เข้ามาตั้งแต่สมัยอดีตกาล ทาสนั้นเปรียบเสมือนเป็นสิ่งของที่สามารรถจะนำไปใช้ในการซื้อขายทางการค้า ให้เป็นของขวัญ หรือนำไปชดใช้แทนหนี้สินของเจ้านายได้ ซึ่งจุดเริ่มต้นของทาสนั้น เริ่มมีมาตั้งแต่เมื่อ 10,000 ปีก่อน ในยุคก่อนประวัติศาสตร์ สมัยที่มนุษย์เปลี่ยนแปลงจากยุคแห่งการล่าสัตว์ที่ใช้ชีวิตอย่างเร่ร่อน ยังไม่มีการอยู่รวมเป็นชุมชน เข้ามาสู่ยุคเกษตรกรรม เริ่มมีการสร้างบ้านเรือน ทำการเกษตร และอาศัยอยู่รวมกันเป็นชุมชน อย่างเป็นหลักแหล่งถาวร

เมื่อมนุษย์อาศัยอยู่รวมกัน และปรับปรุงวิธีการเพาะปลูกแล้ว ทุกคนก็ไม่จำเป็นต้องลงมือทำทั้งหมด เพื่อที่จะให้ได้ผลิตผลและอาหารมาเลี้ยงดูให้ทั่วถึง ซึ่งนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญ ในการดำรงชีวิตของมนุษย์ ซึ่งมนุษย์แต่ละคนจะมีลักษณะและความสามารถเฉพาะด้านไม่เหมือนกัน จึงทำให้เกิดการแบ่งหน้าที่การทำงานให้แก่สมาชิกในชุมชน โดยอาจแบ่งตามเพศ กล่าวคือ ผู้ชายจะทำงานด้านการเกษตร เช่น ปลูกผัก ทำไร่ หรือล่าสัตว์หาอาหาร ส่วนผู้หญิงก็จะทำงานบ้าน อาทิเช่น ทำอาหาร ทอผ้า ตัดเย็บเสื้อผ้า เลี้ยงดูบุตรหลาน เป็นต้น หรือการแบ่งตามความสามารถของแต่ละคน เช่น คนที่ถนัดสร้างเครื่องมือและอาวุธก็จะทำงานในด้านนั้น แล้วนำผลงานไปแลกกับอาหารและสิ่งของอื่น ๆ ที่ตนต้องการ นอกจากนี้ ก็เริ่มมีพ่อค้าและการค้า เพื่อดำเนินการซื้อสินค้าจากเกษตรกรหรือช่างฝีมือแล้วนำไปให้กับผู้ที่ต้องการ ซึ่งเพิ่มความสำคัญมากขึ้นเรื่อย ๆ ในสังคม เนื่องจากเป็นช่วงที่เริ่มมีชุมชนขนาดใหญ่เกิดขึ้น ตามบริเวณต่าง ๆ ที่มีพื้นที่อุดมสมบูรณ์ ชุมชนใด ขาดแคลนสินค้าประเภทใด ก็จะมีพวกพ่อค้าที่เป็นกลุ่มคนที่ต้องออกไปทำการค้า โดยการนำเอาผลิตผลและอาหารของตนไปแลกมา หรือออกไปเสาะหาขายให้แก่ผู้ที่ต้องการในชุมชน

เมื่อมนุษย์อาศัยอยู่รวมกันหลายครอบครัว ส่งผลให้สมาชิกในชุมชนมีจำนวนเพิ่มมากขึ้น จึงมีความจำเป็นต้องขยายพื้นที่ของชุมชน เพื่อขยายพื้นที่สำหรับปลูกสร้างบ้านเรือน และเพื่อทำการเกษตร ดังนั้น ผู้นำชุมชนและเหล่าทหาร หรือผู้ที่มีความสามารถด้านการทหาร

จะต้องออกไปสู้รบกับชุมชนในพื้นที่อื่น เพื่อขยายอาณาเขต รวมถึงปกป้องพื้นที่อาณาเขตของตน จากผู้ที่มาบุกรุก ซึ่งหลังจากที่ไปรบกับชุมชนอื่น ตามพื้นที่ต่าง ๆ หรือสู้รบเพื่อปกป้องดินแดนของตนเองนั้น หากฝ่ายใดได้รับชัยชนะ ก็จะนำเชลยศึกที่ได้จากการควบคุมชาวบ้านในชุมชน หรือ เหล่าทหารที่พ่ายสงคราม กลับมายังบ้านเมืองของตน เพื่อนำมาใช้งานประเภทต่าง ๆ ทั้งงาน ด้านเกษตรกรรม หรืองานก่อสร้างแทนสมาชิกในชุมชนของตน ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นงานที่ต้องใช้ แรงงานหนักในการทำงาน ซึ่งเชลยสงครามเหล่านี้ ถือเป็นแหล่งที่มาของทาสส่วนใหญ่ในยุคเริ่มต้น ของอารยธรรมและนำไปสู่ยุคสมัยของการค้าทาส

การค้าทาสมีแนวคิดคล้ายคลึงกับการค้าขายทั่วไป จึงมีความเป็นไปได้ที่จะเริ่มต้นขึ้น หลังจากยุคของการค้าขายแลกเปลี่ยนสินค้าเกษตรกรรมเริ่มต้นเพียงไม่นาน โดยเหตุผลของ การค้าขาย คือ เมื่อสินค้าทางการเกษตรของแต่ละคนในชุมชนมีจำนวนมากกว่าที่ใช้บริโภคใน ครอบครัว ก็จะนำออกมาแลกเปลี่ยนกับชาวบ้านเป็นสินค้าประเภทอื่น ๆ ที่ตนต้องการ ซึ่งเป็นลักษณะ ของการค้าขายแลกเปลี่ยนสินค้า ในตลาดเศรษฐกิจอย่างง่าย ๆ ในยุคโบราณ แต่เหตุผลของการค้าทาส ในยุคแรกนั้น เกิดขึ้นเพราะมีทาสไม่เพียงพอต่อการทำงานในพื้นที่การเกษตรของแต่ละชุมชน ซึ่งมีความ ต้องการด้านแรงงานทาส และมีความจำเป็นมากในหลาย ๆ บทบาทหน้าที่ ต่อระบบสังคม เศรษฐกิจในสังคม โดยเฉพาะการช่วยเพิ่มผลผลิตแก่ประชากรในสังคม และเมื่อเจ้าของพื้นที่ การเกษตรต่าง ๆ ไม่มีแรงงานมาช่วยทำงาน ดังนั้น บรรดาพ่อค้าจึงเดินทางออกไปจับกุมหรือลักพาตัว บุคคลที่อ่อนแอกว่า จากเมืองอื่น เพื่อมาขายให้แก่เจ้าของที่ดินหรือผู้ที่ต้องการแรงงานทาสไปทำงาน จึงได้ถือว่าเป็นจุดเริ่มต้นของกระบวนการค้าทาสขึ้น

กระบวนการค้าทาสนั้น มีอยู่ทั่วไปในโลก แม้แต่ประเทศไทยในอดีต ก็ได้มีการนำ ระบบทาสหรือระบบศักดินา มาใช้ในการปกครองประเทศในช่วงสมัยอยุธยาจนถึงสมัยรัตน โกสินทร์ ตอนต้น โดยระบบนี้ได้แทรกซึมเข้าไปในวิถีชีวิตของทุกคนในสังคม มนุษย์ที่อยู่ในฐานะทาส ซึ่งเป็นชนชั้นที่ต่ำที่สุดของสังคม จะไม่มีอิสระในการดำเนินชีวิต มีหน้าที่รับใช้เจ้านาย โดยมิได้รับ ผลประโยชน์ตอบแทน และหากทาสผู้ใดไม่เชื่อฟังคำสั่งของเจ้านายก็อาจจะถูกลงโทษได้ โดยผู้เป็นทาสไม่สามารถขอความช่วยเหลือใด ๆ จากสังคมหรือกฎหมายได้ ต่อมาในสมัย พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ได้มีพระราชดำริให้เลิกทาส เนื่องจาก พระองค์ทรงตระหนักดีว่า การพัฒนาประเทศย่อมดำเนินไปได้ยาก หากประชาชนยังคงมีสถานะ เป็นทาส อีกทั้งหากประเทศไทยยังใช้ระบบทาสอยู่ อาจเป็นการเปิดช่องให้ประเทศมหาอำนาจ ทางด้านตะวันตก ซึ่งถือเรื่องสิทธิมนุษยชนเป็นเรื่องสำคัญ ใช้เป็นข้ออ้างในการรุกรานประเทศไทยได้ พระองค์จึงทรงโปรดให้ตรา “พระราชบัญญัติพิทักษ์กระเชียรอายุลูกทาสลูกไทย” ขึ้น ซึ่งกำหนดให้ทาส ที่เกิดในปีมะโรง พุทธศักราช 2411 อันเป็นปีที่พระองค์เสด็จเถลิงถวัลย์ราชสมบัติและปีต่อ ๆ มา

พ้นจากความเป็นทาส ซึ่งพระองค์ทราบดีว่าพระราชดำริของพระองค์ในการเลิกทาสนั้น อาจไปขัดผลประโยชน์ของเจ้านาย ขุนนาง ข้าราชการชั้นผู้ใหญ่ ซึ่งต่างมีทาสเป็นสินทรัพย์และเป็นแรงงานอยู่จำนวนมาก ดังนั้น การเลิกทาสจึงต้องดำเนินไปในลักษณะอย่างเป็นขั้นตอน ค่อยเป็นค่อยไป โดยอาศัยเวลา เพื่อให้เกิดการปรับตัว พร้อมทั้งจะรับต่อการเปลี่ยนแปลงทางสังคมของบรรดาเจ้าของทาส ซึ่งต้องใช้เวลากว่า 30 ปี จึงสมตามพระราชปณิธานที่ทรงตั้งไว้

การเลิกทาสของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 ถือว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงครั้งใหญ่ในประวัติศาสตร์ของไทย การเลิกทาสในประเทศไทย ต้องผ่านความลำบากเป็นอย่างมาก เนื่องจากพระองค์ต้องต่อสู้กับความไม่พอใจของเจ้านาย ข้าราชการ พ่อค้า ซึ่งเคยมีความสะดวกในการใช้ทาส รวมทั้งความไม่พอใจของทาสบางคน ที่ไม่รู้ว่าจะเมื่อได้รับการปลดปล่อยแล้ว จะดำรงชีวิตอยู่ได้อย่างไร เพราะความเคยชินในการอาศัยผู้อื่นกินอยู่มาตลอดหลายชั่วอายุคน แต่อย่างไรก็ตาม การเลิกทาสได้ดำเนินไปอย่างมีขั้นตอนและสงบเรียบร้อย ไม่ได้มีการปะทะกันหรือก่อให้เกิดสงครามแต่อย่างใด ซึ่งการที่พระองค์ได้ดำเนินการยกเลิกระบบทาสและการค้าทาสนั้น ส่งผลให้ประชาชนทุกคนมีสิทธิเสรีภาพเท่าเทียมกัน และก่อให้เกิดความยุติธรรมในสังคมขึ้นมา

ปัญหาการค้ามนุษย์นั้น เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นมาแล้วตั้งแต่สมัยอดีตกาลจนกระทั่งมาถึงในยุคปัจจุบัน ปัญหาการค้ามนุษย์ก็ยังคงเป็นปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของมนุษย์ในสังคมทั่วโลก เป็นอย่างมากและมีรูปแบบในการค้ามนุษย์ที่ซับซ้อนขึ้น ทำให้ยากต่อการป้องกันและปราบปรามให้หมดไปจากสังคม

1.2 ความหมายของการค้ามนุษย์

คำว่า “การค้ามนุษย์” หรือ Human Trafficking นั้น มีคำจำกัดความที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งตามมาตรา 3 แห่งพิธีสารว่าด้วยการป้องกัน ปราบปราม และลงโทษการค้ามนุษย์ โดยเฉพาะสตรี และเด็ก เพิ่มเติมอนุสัญญาแห่งองค์การสหประชาชาติเพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติ ที่จัดตั้งในลักษณะองค์การ (Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime)³ ได้ให้ความหมายของคำว่า “การค้ามนุษย์” ไว้ว่า

“การค้ามนุษย์ หมายถึง การจัดหา การขนส่ง การส่งต่อ การจัดให้อยู่อาศัยหรือรับไว้ ซึ่งตัวบุคคล ด้วยวิธีการข่มขู่ หรือด้วยการใช้กำลัง หรือด้วยการบังคับในรูปแบบอื่นใด ด้วยการลักพาตัว การฉ้อโกง หลอกลวง ใช้อำนาจที่เหนือกว่า หรือการใช้สถานะความอ่อนแอต่อภัยของบุคคล หรือมีการให้หรือรับเงิน หรือผลประโยชน์อย่างอื่น เพื่อให้ได้รับความยินยอมของบุคคลหนึ่งที่มีอำนาจ

³ Article 3 , Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime

ควบคุมบุคคลอีกคนหนึ่ง เพื่อความมุ่งประสงค์ในการแสวงหาประโยชน์ ซึ่งการแสวงหาประโยชน์ หมายความว่า การแสวงหาประโยชน์จากการค้าประเวณีหรือการแสวงหาประโยชน์ทางเพศใน รูปแบบอื่น การบังคับใช้แรงงานหรือบริการ การเอาคนลงเป็นทาสหรือการกระทำอื่นเสมือน การเอาคนลงเป็นทาส การทำให้ตกอยู่ใต้บังคับหรือการตัดอวัยวะออกจากร่างกาย โดยไม่จำเป็นต้องนำ ความยินยอมของผู้ตกเป็นเหยื่อจากการค้ามนุษย์มาพิจารณา

ส่วนการจัดหา การขนส่ง การส่งต่อ การจัดให้อยู่อาศัย หรือการรับไว้ซึ่งตัวเด็ก สำหรับวัตถุประสงค์ในเรื่องของการแสวงหาประโยชน์ ก็จะถือว่าเป็นการค้ามนุษย์ แม้ว่าจะไม่ได้มีการ ใช้วิธีการตามที่ระบุข้างต้นก็ตาม ซึ่งเด็กตามความหมายในพิธีสารนี้ หมายถึงบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี

สำหรับพิธีสารว่าด้วยการป้องกันปราบปราม และลงโทษ การค้ามนุษย์โดยเฉพาะ สตรีและเด็ก นั้น มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อป้องกันและต่อต้านการค้ามนุษย์ โดยให้ความสำคัญสตรี และเด็กเป็นอย่างมาก โดยพิธีสารฯ นี้ ได้กำหนดให้การค้ามนุษย์เป็นความผิดทางอาญาและกำหนด มาตรการ เพื่อคุ้มครองและช่วยเหลือผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์ เช่น การพิจารณาคดีลับ หรือการจัดให้มีการ ฟื้นฟูทางกายภาพ ทางจิตใจ และทางสังคม และการกำหนดความร่วมมือในการส่งกลับเหยื่อจาก การค้ามนุษย์ไปยังประเทศต้นทางอีกด้วย

นอกจากนี้ พันธมิตรทั่วโลกด้านการค้าหญิง (GAATW) ได้ให้ความหมายของ การค้ามนุษย์ไว้ว่า⁴

“การค้ามนุษย์” หมายถึง การกระทำและความพยายามใด ๆ ที่เป็นการจัดหา ขนส่ง ลำเลียง ภายในหรือข้ามพรมแดน การซื้อขาย การส่งต่อ หรือการรับหรือกักขังหน่วงเหนี่ยวบุคคล ด้วยการล่อลวง การบังคับ รวมทั้งการใช้การขู่ที่จะใช้กำลังหรือใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบ หรือการผูกมัด ด้วยภาระหนี้สิน เพื่อกักขังหน่วงเหนี่ยวบุคคลนั้น ให้ตกอยู่ภาวะจำยอม เช่น ในรูปแบบของงานรับใช้ ในบ้าน งานบริการทางเพศ หรืองานบริการการเจริญพันธุ์ ไม่ว่าจะมิใช่หรือไม่มีค่าจ้างก็ตาม เพื่อบังคับใช้แรงงานหรือเป็นแรงงานติดหนี้สิน หรือทำให้ตกอยู่ในสภาพทำงานเยี่ยงทาสในชุมชนอื่น ที่มีใช้ภูมิลาเนาที่บุคคลนั้น อาศัยอยู่ในขณะที่เกิดการล่อลวง บังคับ หรือมีหนี้สินผูกมัดขึ้น

ทางด้านองค์การระหว่างประเทศเพื่อการโยกย้ายถิ่นฐาน (International Organization for Migration: IOM) ยังได้กำหนดคำนิยามของคำว่าการค้ามนุษย์ เมื่อ พ.ศ. 2542 โดยพิจารณาว่า การค้ามนุษย์นั้นจะเกิดขึ้น เมื่อผู้ย้ายถิ่นได้รับการจ้างงานอย่างผิดกฎหมาย เช่น การถูกจัดหา ถูกลักพา ถูกขาย หรือถูกเคลื่อนย้าย ไม่ว่าจะภายในประเทศหรือข้ามพรมแดนระหว่างประเทศ ซึ่งในระหว่าง ส่วนใด ส่วนหนึ่ง ของกระบวนการนี้ ตัวกลาง (นักค้ามนุษย์) ได้รับผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจหรือ

⁴ พันธมิตรทั่วโลกด้านการค้าหญิง, การค้าหญิง จากแนวคิดเรื่องสิทธิมนุษยชนสู่การปฏิบัติ, กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ ผู้หญิง มูลนิธิผู้หญิง 2545, หน้า 14

ผลประโยชน์อื่น โดยการใช้อุบายหลอกลวง บีบบังคับ หรือการแสวงหาประโยชน์ในรูปแบบอื่น ภายใต้งื่อนใจซึ่งละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ชายอื่น⁵

สำหรับในประเทศไทยนั้น คำนิยามของคำว่า “การค้ำมนุษย์” ตามพิธีสารว่าด้วยการป้องกัน ปรามปราม และลงโทษการค้ำมนุษย์ โดยเฉพาะสตรีและเด็ก เพิ่มเติมอนุสัญญาแห่งองค์การสหประชาชาติ เพื่อต่อต้านอาชญากรรมข้ามชาติ ที่จัดตั้งในลักษณะองค์กรได้ถูกนำมาใช้เป็นบรรทัดฐาน ในการกำหนดองค์ประกอบของความผิดฐานค้ำมนุษย์ ตามที่ปรากฏในกฎหมายหรือมาตรการของประเทศไทยอีกด้วย เช่น ตามมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปรามปรามการค้ำมนุษย์ พ.ศ. 2551 ได้บัญญัติไว้ว่า

“ผู้ใดเพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

1) เป็นธุระจัดหา ชื่อ ขาย จำหน่าย พามาจากหรือส่งไปยังที่ใด หน่วงเหนี่ยวกักขัง จัดให้อยู่อาศัยหรือรับไว้ซึ่งบุคคลใด โดยข่มขู่ ใช้กำลังบังคับ ลักพาตัว น้อฉล หลอกลวง ใช้อำนาจโดยมิชอบ หรือโดยให้เงินหรือผลประโยชน์อื่นแก่ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลบุคคลนั้นเพื่อให้ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลให้ความยินยอมแก่ผู้กระทำความผิดในการแสวงหาประโยชน์จากบุคคลที่ตนดูแล หรือ

2) เป็นธุระจัดหา ชื่อ ขาย จำหน่าย พามาจากหรือส่งไปยังที่ใด หน่วงเหนี่ยวกักขัง จัดให้อยู่อาศัยหรือรับไว้ซึ่งเด็ก

ผู้กระทำความผิดฐานค้ำมนุษย์”

ซึ่งคำว่า “การแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ”ตามพระราชบัญญัตินี้ หมายความว่า การแสวงหาประโยชน์จากการค้าประเวณีการผลิตหรือเผยแพร่วัตถุหรือสื่อลามก การแสวงหาประโยชน์ทางเพศในรูปแบบอื่น การเอาคนลงเป็นทาส การนำคนมาขอทาน การบังคับใช้แรงงานหรือบริการ การบังคับดัดอวัยวะเพื่อการค้าหรือการอื่นใดที่คล้ายคลึงกันอันเป็นการขูดรีดบุคคล ไม่ว่าบุคคลนั้น จะยินยอมหรือไม่ก็ตาม⁶

ในพระราชบัญญัติป้องกันและปรามปรามการค้ำมนุษย์ พ.ศ. 2551 นั้น ได้กำหนดให้การค้ำมนุษย์เป็นฐานความผิดในตัวเองต่างหาก จากเดิมที่จะอาศัยฐานความผิดในเรื่องเพศต่าง ๆ ในประมวลกฎหมายอาญา มาใช้บังคับเพื่อดำเนินคดีแก่ผู้กระทำความผิด นอกจากนี้ยังได้ให้ความหมายของการค้ำมนุษย์ให้ครอบคลุมไปถึงบุคคลทุกคน โดยไม่จำกัดเพศหรืออายุ และไม่จำกัดเพียงเฉพาะการแสวงหาประโยชน์ทางเพศเพียงอย่างเดียวเท่านั้น ดังนั้น เมื่อพิจารณาความหมายของการค้ำมนุษย์ดังกล่าวไปข้างต้นแล้ว สามารถแยกองค์ประกอบความผิดฐานค้ำมนุษย์ได้ดังต่อไปนี้

⁵เรื่องเดียวกัน, หน้า 16

⁶มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปรามปรามการค้ำมนุษย์ พ.ศ. 2551

(1) องค์ประกอบด้านการกระทำ

การกระทำที่อาจเข้าข่ายเป็นความผิดฐานค้ำมนุษย์นั้น จะเป็นการกระทำในลักษณะของการเป็นธุระจัดหา ชื่อ ขาย จำหน่าย พามาจากหรือส่งไปยังที่ใด หน่วงเหนี่ยวกักขัง จัดให้อยู่อาศัย หรือรับไว้ซึ่งบุคคลใด

(2) องค์ประกอบด้านวิธีการ

องค์ประกอบด้านวิธีการนั้น เป็นการใช้วิธีการอันต้องห้ามตามกฎหมาย ได้แก่ การข่มขู่ ใช้กำลังบังคับ ลักพาตัว หน้อฉล หลอกลวง ใช้อำนาจโดยมิชอบ หรือ โดยให้เงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่น แก่ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลบุคคลนั้น เพื่อให้ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลให้ความยินยอมแก่ผู้กระทำความผิด ในการแสวงหาประโยชน์จากบุคคลที่ตนดูแล

(3) องค์ประกอบด้านวัตถุประสงค์หรือเจตนาพิเศษ

การกระทำนั้นจะต้องมีเจตนาเพื่อแสวงหาประโยชน์อันมิชอบ ได้แก่ การค้าประเวณีการผลิตหรือเผยแพร่วัตถุหรือสื่อลามก การแสวงหาประโยชน์ทางเพศในรูปแบบอื่น การเอาคนลงเป็นทาส การนำคนมาขอราน การบังคับใช้แรงงานหรือบริการ การบังคับด้วยวาจาเพื่อการค้าหรือการอื่นใดที่คล้ายคลึงกันอันเป็นการขูดรีดบุคคล ไม่ว่าบุคคลนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม

การกระทำที่จะเป็นความผิดฐานค้ำมนุษย์ได้นั้น จะต้องมียุทธประกอบครบทั้ง 3 ประการ ดังกล่าว หากขาดองค์ประกอบข้อหนึ่งข้อใด ก็จะไม่เป็นความผิดฐานค้ำมนุษย์เว้นแต่ ในกรณีการกระทำนั้นเป็นการกระทำต่อเด็ก ซึ่งหมายถึงบุคคลผู้มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดฐานค้ำมนุษย์ แม้จะได้กระทำโดยไม่มีการใช้วิธีการอันต้องห้ามตามกฎหมายตามองค์ประกอบข้อที่ 2 ข้างต้นทั้งนี้ การกระทำดังกล่าวจะต้องครบองค์ประกอบตามโครงสร้างความรับผิดในทางอาญาด้วย กล่าวคือ การพิจารณาว่าบุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาหรือไม่นั้น ประการแรกต้องดูว่าการกระทำของบุคคลนั้นครบ “องค์ประกอบ” ตามที่กฎหมายบัญญัติหรือไม่ ซึ่งองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติ ประกอบด้วย

(1) มีการกระทำ

ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 ได้กำหนดไว้ว่า “บุคคลจะต้องรับผิดในทางอาญาเมื่อได้กระทำ โดยเจตนาเว้นแต่จะได้กระทำโดยประมาท ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดเมื่อได้กระทำโดยประมาท หรือเว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยแจ้งชัดให้ต้องรับผิดแม้ได้กระทำโดยไม่มีเจตนา”

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่า การกระทำ (Action) หมายถึง การเคลื่อนไหวร่างกายหรือไม่เคลื่อนไหวร่างกายโดยรู้สำนึก ซึ่งคำว่า “รู้สำนึก” หมายถึง การเคลื่อนไหวของร่างกายนั้นต้องอยู่ภายใต้บังคับของจิตใจ (Under the force of mind) อันได้แก่ มี

ความคิดที่จะกระทำ มีการตกลงใจที่จะกระทำตามที่คิดไว้ ได้กระทำไป(เคลื่อนไหวร่างกายหรือไม่ เคลื่อนไหวร่างกาย) ตามที่ได้ตกลงใจอันสืบเนื่องมาจากความคิด

(2) การกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายนอกของความคิดเรื่องนั้น ๆ

องค์ประกอบภายนอก หมายถึง สิ่งที่อยู่ภายนอกซึ่งสามารถมองเห็นหรือสัมผัสได้ ซึ่งการพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นองค์ประกอบภายนอกของกฎหมาย ต้องพิจารณาเป็นรายมาตราไป โดยส่วนใหญ่แล้วองค์ประกอบภายนอกของกฎหมายอาญามีอยู่ด้วยกัน 3 ส่วน คือ

ก. ผู้กระทำ หมายถึง ผู้ที่จะต้องรับผิดชอบในทางอาญา ซึ่งตามกฎหมายไทยมิได้ก็แต่กับบุคคลเท่านั้น ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล (ในบางกรณี)

ข. การกระทำ หมายถึง การเคลื่อนไหวร่างกายหรือการ ไม่เคลื่อนไหวร่างกาย ซึ่งเป็นการกระทำถึงขั้นที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด

ค. วัตถุประสงค์แห่งการกระทำ หมายถึง สิ่งที่ผู้กระทำมุ่งที่จะกระทำต่อ

(3) การกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายในของความคิดเรื่องนั้น ๆ

เมื่อพิจารณาการกระทำตาม โครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา เมื่อการกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายนอกแล้ว กล่าวคือ มีผู้กระทำ การกระทำ และวัตถุประสงค์แห่งการกระทำแล้ว สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไป คือ การกระทำนั้นครบองค์ประกอบภายในของความคิดในเรื่องนั้น ๆ หรือไม่ โดยองค์ประกอบภายในนั้น เป็นสิ่งที่ไม่สามารถมองเห็นได้จากภายนอก เพราะเป็นส่วนที่อยู่ในจิตใจของผู้กระทำ ซึ่งสามารถพิจารณาส่วนที่อยู่ในจิตใจนี้ได้จากการกระทำ โดยหลักการที่ว่า “กรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา” ซึ่งความผิดอาญาแต่ละฐานความผิดล้วนต้องมีองค์ประกอบภายในเว้นแต่ความผิดที่เป็นความรับผิดชอบเด็ดขาด อาจต้องรับผิดชอบแม้ไม่เจตนาและประมาท

(4) ผลของการกระทำสัมพันธ์กับการกระทำนั้นๆ

เมื่อมีการกระทำซึ่งครบองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในแล้ว สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อมา คือ การกระทำซึ่งครบเจตนาตามที่กล่าวมาแล้วนั้น ผลที่เกิดขึ้นมีความสัมพันธ์กับการกระทำหรือไม่

หากการกระทำใด ครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติแล้ว ต้องพิจารณาต่อไปว่าการกระทำมีกฎหมายยกเว้นความผิดหรือไม่หากไม่มีกฎหมายยกเว้นความผิด ต้องพิจารณาต่อไปว่ามีกฎหมายยกเว้นโทษหรือไม่ เมื่อไม่มีกฎหมายยกเว้นโทษ หมายความว่าบุคคลนั้นจะต้องรับผิดชอบในทางอาญา

1.3 สาเหตุของการค้ำมนุษย์

ปัจจุบันปัญหาการค้ำมนุษย์ ได้ทวีความรุนแรงมากขึ้นทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ โดยมีสาเหตุจากอิทธิพลของสังคม เศรษฐกิจ และวัฒนธรรม ทำให้เกิดภาวะโลกรั่วพรหมแดน และความเจริญก้าวหน้าของเส้นทางคมนาคมและเทคโนโลยีข้อมูลข่าวสาร ทำให้เกิดเครือข่ายธุรกิจผิดกฎหมาย และกระบวนการค้ำมนุษย์ที่มีความซับซ้อนมากขึ้น จนกลายเป็นองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ซึ่งปัจจัยของการเข้าสู่กระบวนการค้ำมนุษย์นั้น⁷ ได้แก่

1.3.1 ปัจจัยที่ผลักดันให้เข้าสู่กระบวนการค้ำมนุษย์ ได้แก่ ปัจจัยทางเศรษฐกิจ ซึ่งความยากจน อาจเป็นสาเหตุที่ผลักดันให้บุคคลตกอยู่ในสภาพผู้ถูกค้ำ แต่ภายหลังพบว่าความยากจนโดยตัวของมันเองไม่ได้เป็นเงื่อนไขให้เกิดการค้ำมนุษย์ แต่มักจะเป็นความยากจนร่วมกับปัจจัยอื่น ๆ เช่น การขาดโอกาสได้รับการศึกษา การเข้าไม่ถึงบริการของรัฐ การขาดทักษะอาชีพหรือความรู้ โดยเฉพาะความรู้เท่าทันถึงวิธีการหลอกลวง ตั้งแต่หลอกลวงเรื่องค่าจ้าง ลักษณะงาน นี่สินอันเกิดจากนายจ้างและค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ไปจนถึงวิธีการปลอมแปลงเอกสารสำคัญต่าง ๆ นอกจากนี้สภาพความเลวร้ายในครอบครัว ก็มีส่วนผลักดันให้บุคคลต้องแสวงหาโอกาสที่ดีกว่า โดยไม่ทันคำนึงถึงอันตรายต่าง ๆ ที่จะเกิดขึ้นกับตนเองในอนาคต

1.3.2 ปัจจัยที่ดึงดูดให้เข้าสู่กระบวนการค้ำมนุษย์ได้แก่ ความต้องการเงินเพื่อยังชีพ ส่งให้บิดามารดาหรือชื่อของที่ต้องการ อันเนื่องมาจากค่านิยมเชื่อมโยงกับบริโภคนิยมและวัตถุนิยม

1.3.3 ปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับเจตคติและค่านิยม ได้แก่ การมีค่านิยมที่ไม่ถูกต้องเกี่ยวกับการมองว่าผู้หญิงและเด็กมีความด้อยด้านเพศและอายุ ทำให้ถูกเอารัดเอาเปรียบ ถูกหลอกลวงและถูกบังคับได้ง่าย

1.4 บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการค้ำมนุษย์

การค้ำมนุษย์นั้น คือ อาชญากรรมซึ่งมีพื้นฐานอยู่บนอุปสงค์และอุปทาน ที่ผลักดันให้เกิดกระบวนการค้ำมนุษย์อย่างต่อเนื่อง มีทั้งผู้ที่อยู่เบื้องหลังของการค้ำมนุษย์ ผู้ที่ทำหน้าที่ทำการเคลื่อนย้ายคนที่มีความเสี่ยงจากที่หนึ่งไปยังอีกที่หนึ่ง เพื่อตอบสนองต่อความต้องการที่เพิ่มขึ้น ตลอดจนมีสิ่งสนับสนุนให้เกิดเป็นขบวนการค้ำมนุษย์ ซึ่งในกระบวนการค้ำมนุษย์นั้น มักจะมีบุคคลเข้ามาเกี่ยวข้องดังต่อไปนี้⁸

1.4.1 นายทุน คือ ผู้ที่อยู่เบื้องหลังของการค้ำมนุษย์ ซึ่งมักจะไม่มีเปิดเผยตัว แต่จะแสดงออกในรูปแบบอื่น เช่น นักธุรกิจ ผู้ที่มีชื่อเสียงในท้องถิ่น ซึ่งประกอบอาชีพสุจริตบังหน้า และมีหน้าที่สนับสนุนการลงทุนด้านการเงิน ประสานงานให้คำปรึกษาแก่ขบวนการค้ำมนุษย์

⁷ อานาจ เนตยสุภา, “แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการค้ำมนุษย์” วารสารวิชาการนิติศาสตร์ ปีที่ 2 ฉบับที่ 3, มกราคม-มิถุนายน 2552

⁸ พันเอกหญิงเจษฎา มีบุญลือ, *การค้ำมนุษย์ในประเทศไทย*, ศูนย์ศึกษายุทธศาสตร์ สถาบันวิชาการป้องกันประเทศ, 2556

1.4.2 นายหน้า ซึ่งส่วนใหญ่จะกระจายอยู่ตามพื้นที่ต่าง ๆ โดยมีหน้าที่ในการติดต่อ ชักชวน ใช้กลอุบาย ล่อลวง และนำพาเหยื่อมาส่งต่อให้กับผู้ค้ำมนุษย์

1.4.3 เหยื่อ ได้แก่บุคคลทั่วไป รวมถึงเด็กและสตรีที่บุคคลอื่นได้จัดหา ชื่อขาย จำหน่าย พามา จัดให้อยู่ในที่พักพิง หรือรับไว้ด้วยวิธีการข่มขู่ คุกคาม ใช้กำลัง หรือการบังคับใน รูปแบบอื่น ด้วยการลักพาตัว ล่อลวง หลอกลวง การใช้อำนาจที่เหนือกว่า ตลอดจนการอาศัย ความอ่อนแอ ของผู้ถูกกระทำ มีการให้หรือรับค่าตอบแทนเป็นเงินหรือประโยชน์อย่างอื่น เพื่อให้ ได้รับความยินยอม จากบุคคลหนึ่งให้ผู้อื่นมีอำนาจเหนือกว่า เพื่อนำเอาบุคคลผู้ถูกกระทำไปแสวงหา ประโยชน์โดยมิชอบ รวมถึงการค้าประเวณีหรือการแสวงหาประโยชน์ทางเพศ ในรูปแบบอื่น การบังคับใช้แรงงานหรือบริการ การเอาคนลงเป็นทาส หรือการกระทำอื่นใดในลักษณะเดียวกัน การจงใจหรือการตัดอวัยวะเพื่อการค้า

1.4.4 ผู้ค้า ได้แก่บุคคลซึ่งเป็นผู้รับซื้อเหยื่อเพื่อนำมาขายบริการทางเพศ ขายแรงงาน หรืออวัยวะ หรือส่งต่อเหยื่อไปยังบุคคลที่ต้องการแรงงานหรือต้องการบริการทางเพศที่อยู่ประเทศ ปลายทาง และการดำเนินการต่าง ๆ เช่น การปลอมแปลงเอกสารหนังสือเดินทาง การอำนวยความสะดวก ในการออกนอกประเทศ เป็นต้น

1.4.5 ผู้นำมา จะมีหน้าที่รับเหยื่อจากผู้ค้า เพื่อนำเหยื่อไปส่งยังผู้รับที่อยู่ประเทศ ปลายทาง โดยนำออกนอกประเทศในลักษณะต่าง ๆ เช่น โดยการจดทะเบียนสมรสและพาบุคคล ดังกล่าว ไปต่างประเทศ หรือไปท่องเที่ยวต่างประเทศ เป็นต้น

1.4.6 ผู้รับ ได้แก่บุคคลที่อยู่ปลายทาง โดยจะรับเหยื่อไปสถานที่ค้าประเวณี และ เป็นผู้ติดต่อให้ลูกค้านำมาใช้บริการ

1.4.7 ผู้ควบคุมดูแล จะมีหน้าที่บังคับเหยื่อไปขายบริการหรือแรงงาน หากเหยื่อ ไม่สมัครใจ จะถูกควบคุมดูแล ทำร้ายร่างกายด้วยวิธีต่าง ๆ

1.4.8 ลูกค้า ได้แก่ บุคคลผู้มาซื้อบริการ

1.5 รูปแบบของการค้ำมนุษย์

รูปแบบของการค้ำมนุษย์นั้น สามารถจำแนกได้หลายรูปแบบ ซึ่งในปัจจุบัน ผู้ที่ตกเป็นเหยื่อ ของการค้ำมนุษย์สามารถเกิดขึ้นได้ในทุกเพศและทุกวัย แต่ส่วนใหญ่มักเกิดกับ เพศหญิงหรือวัยเด็ก ซึ่งถือว่าเป็นผู้มีความอ่อนแอทางด้านร่างกายและจิตใจ โดยผู้ที่ตกเป็นเหยื่อ ของการค้ำมนุษย์ ที่เป็นผู้หญิงมักจะถูกนำไปสู่ตลาดธุรกิจบริการทางเพศและการทำงานบ้าน โดยไม่ได้รับการคุ้มครองค่าตอบแทนที่เหมาะสม ทำให้ไม่มีหลักประกันในการทำงานและตกเป็นเหยื่อ ของความรุนแรง ทั้งทางร่างกายจิตใจและทางเพศ มีชีวิตที่อยู่ภายใต้การครอบงำและการกระทำ ตามอำเภอใจ ของผู้ที่ค้ำมนุษย์และนายจ้างที่ซื้อตนมา ส่วนผู้ชายมักจะถูกนำไปแสวงหาประโยชน์

ในฐานะแรงงานที่ถูกบังคับในการทำงานประมง หรืองานที่ต้องใช้แรงงานหนัก โดยลักษณะของการค้ามนุษย์สามารถแบ่งได้หลายลักษณะ ดังนี้

1.5.1 การแสวงหาประโยชน์ทางเพศ (Sexual exploitation) ได้แก่

1) การค้าหญิงเพื่องานบริการทางเพศ

มีผู้หญิงจำนวนมากที่ย้ายถิ่น โดยที่รู้ว่าจะต้องทำงานในอุตสาหกรรมบริการทางเพศ แม้จะไม่ได้ทราบถึงสภาพการจ้างงานและการสูญเสียการควบคุมสภาพการทำงานและรายได้ของตนเอง สำหรับผู้หญิงที่ถูกหลอกหรือบังคับ ให้ทำงานบริการทางเพศโดยไม่สมัครใจ มักจะต้องเผชิญกับการผูกมัดด้วยภาระหนี้สิน การถูกขีดหนังสือเดินทางและรายได้ การถูกทุบตี การถูกแสวงหาประโยชน์ทางเพศ การถูกกักขัง และการถูกทารุณทางจิตใจ เป็นต้น

2) การค้ามนุษย์เพื่อการแต่งงาน

ผู้ค้ามนุษย์อาจจะนำเสนอตนในรูปของนายหน้าจัดหาคู่ และให้สัญญาแก่ผู้หญิงว่า จะแนะนำให้รู้จักกับสามีในอนาคตที่ประสบความสำเร็จ โดยชาวต่างชาติบางคนเดินทางเข้ามาในประเทศ เพื่อพบกับผู้หญิงและแต่งงาน หรือ โดยการจัดหาคู่ทางอีเมลล์หรือไปรษณีย์ซึ่งเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “เมียส่งทางไปรษณีย์” เมื่อผู้หญิงเหล่านี้ถูกชักจูงไปต่างประเทศ ก็ต้องใช้ชีวิตในสิ่งแวดล้อมใหม่ โดยไม่มีความเข้าใจในภาษาและวัฒนธรรม และกลายเป็นบุคคลที่ตกอยู่ในสภาพเยี่ยงทาส เมื่อไม่ประสบความสำเร็จในการแต่งงาน เหลือเหล่านี้ก็จะถูกบังคับให้ขายบริการทางเพศ ทำงานโดยไม่ได้รับค่าจ้างหรือตกอยู่ในสภาพการแต่งงานเยี่ยงทาส

1.5.2 การแสวงหาประโยชน์ทางเศรษฐกิจและแรงงาน (Economic related and labor exploitation)

1) การค้ามนุษย์เพื่อการรับใช้ในบ้าน

ผู้หญิงที่ตกเป็นเหยื่อจากการค้ามนุษย์ ต้องตกอยู่ในภาวะถูกผูกมัดด้วยภาระหนี้สิน จากการกู้ยืมที่ต้องจ่ายดอกเบี้ยจำนวนสูงจากผู้จัดหา และถูกบังคับให้ทำงานแก่นายจ้าง แม้จะมีสภาพการทำงานที่เลวร้ายก็ตาม ในปัจจุบันแรงงานรับใช้ในบ้านได้เปลี่ยนรูปแบบซึ่งแต่เดิมจะเป็นแรงงานที่เป็นหญิงและเด็กภายในประเทศ เป็นการใช้งานเด็กต่างชาติเพิ่มขึ้น โดยมีรูปแบบการทำงาน ได้แก่ งานบ้าน งานดูแลเด็กและคนชราในบ้าน และการช่วยงานที่เกี่ยวข้องกับกิจการในบ้าน เป็นต้น

2) การค้ามนุษย์เพื่อการบังคับใช้แรงงาน

ผู้หญิง ผู้ชายและเด็กอาจถูกนำไปค้าเพื่อการทำงานในงานเกษตรกรรม ก่อสร้าง งานในโรงงานหรือการผลิตอื่น ๆ ที่คาดหวังจะได้รับค่าจ้างสูงแต่มีหลายกรณีที่ต้องถูกกดค่าแรงงานหรือไม่ได้รับค่าจ้างเลย และยังคงต้องเผชิญกับการถูกแสวงหาประโยชน์ด้วยการบังคับทาง

ร่างกาย ทางเพศ และทางจิตใจในสถานประกอบการ ประกอบกับสถานภาพที่ผิดกฎหมาย จึงเกรงกลัวที่จะขอความช่วยเหลือ จากเจ้าหน้าที่ เนื่องจากจะถูกตั้งข้อหาเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย นอกจากนี้แล้ว ยังมีกรณีของเด็กอาจถูกนำไปค้า เพื่อการบังคับใช้เด็กให้เข้ามามีส่วนร่วมในการลำเลียงขนยาเสพติด อันเป็นการประกอบอาชญากรรมที่ผิดกฎหมาย

3) การค้ำมนุษย์เพื่อให้เป็นขอตาน

การค้ำมนุษย์เพื่อให้เป็นขอตานนั้น เป็นรูปแบบการค้ำมนุษย์ประเภทหนึ่ง ที่มีจำนวนเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ โดยเฉพาะวัยรุ่นและคนพิการบุคคลเหล่านี้ได้ถูกจัดหาจากหมู่บ้าน หรือชนบทที่ห่างไกล เข้ามาสู่เมืองใหญ่หรือออกนอกประเทศของตน ซึ่งเป็นสถานที่ที่พวกเขาไม่เข้าใจ ภาษาและไม่รู้จักถนนหนทาง และตกอยู่ภายใต้การควบคุมและถูกจับตามอง ต้องใช้ชีวิตอยู่ด้วยความหวาดกลัว จากการถูกจับและการถูกลงโทษจากผู้ที่ควบคุม โดยจะมีนายหน้ามารวบรวมเงินที่ได้จากการขอตาน การถูกบังคับให้ขอตานจึงเป็นการลบหลู่ความเป็นมนุษย์เป็นอย่างยิ่ง

4) การแสวงหาประโยชน์โดยการค้าอวัยวะมนุษย์

กรณีที่จะเป็นความผิดฐานค้ามนุษย์ จะต้องเป็นการกระทำตามที่องค์ประกอบของความผิดกำหนด คือ การจัดหา การขนส่ง การส่งต่อ การจัดให้อยู่อาศัย หรือการรับไว้ซึ่งบุคคล ดังนั้น หากมีการกระทำตามที่กล่าวมาต่อบุคคล และมีเจตนาพิเศษเพื่อแสวงหาประโยชน์โดยการตัดอวัยวะของผู้นั้น ออกจากร่างกาย ยกตัวอย่างเช่น การลักพาตัวบุคคลเพื่อนำไปค้า โดยมีจุดมุ่งหมายที่จะนำเอาอวัยวะหรือเนื้อเยื่อบางส่วน ไปขายเพื่อปลูกถ่าย เป็นต้น⁹

5) การแสวงหาประโยชน์ทางเพศในรูปแบบอื่น

การค้ำมนุษย์โดยการผลิตหรือเผยแพร่วัตถุหรือสื่อลามก สามารถมองได้ว่าเป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบทางเพศรูปแบบหนึ่ง ถือว่าเป็นความผิดทางอาญาหากได้กระทำไปในลักษณะเพื่อการค้าหรือเพื่อให้แพร่หลาย ซึ่งตามมาตรา 287 แห่งประมวลกฎหมายอาญาได้กำหนดไว้ว่า

“ผู้ใด

(1) เพื่อความประสงค์แห่งการค้า หรือโดยการค้า เพื่อการแจกจ่ายหรือเพื่อการแสดงอวดแก่ประชาชน ทำ ผลิต มิไว้ นำเข้าหรือยังให้นำเข้าในราชอาณาจักร ส่งออกหรือยังให้ส่งออกป็นราชอาณาจักร พาไปหรือยังให้พาไปหรือทำให้แพร่หลายโดยประการใด ๆ ซึ่งเอกสาร ภาพเขียน ภาพพิมพ์ ภาพระบายสี สิ่งพิมพ์ รูปภาพ ภาพโฆษณา เครื่องหมาย รูปถ่าย ภาพยนตร์ แถบบันทึกเสียง แถบบันทึกภาพหรือสิ่งอื่นใดอันลามก

⁹ปิยวรรณ สุขทอง, *เหยื่อในความผิดฐานค้ามนุษย์*, วิทยานิพนธ์สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549

(2) ประกอบการค้า หรือมีส่วนหรือเข้าเกี่ยวข้องในการค้าเกี่ยวกับวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้ว จำแจกหรือแสดงอวดแก่ประชาชน หรือให้เช่าวัตถุหรือสิ่งของเช่นนั้น

(3) เพื่อจะช่วยให้แพร่หลาย หรือการค้าวัตถุหรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้ว โฆษณาหรือโฆษณาโดยประการใด ๆ ว่ามีบุคคลกระทำการอันเป็นความผิดตามมาตรา ๓ หรือ โฆษณาหรือโฆษณาว่าวัตถุ หรือสิ่งของลามกดังกล่าวแล้วจะหาได้จากบุคคลใด หรือโดยวิธีใด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

1.6 ผลกระทบที่เกิดจากการค้ามนุษย์

การค้ามนุษย์นั้น อาจก่อให้เกิดผลกระทบในด้านต่าง ๆ ดังนี้

1.6.1 ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อเหยื่อการค้ามนุษย์

ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อเหยื่อการค้ามนุษย์สามารถจำแนกได้ ดังนี้¹⁰

1) ผลกระทบต่อร่างกาย

เมื่อผู้ที่ตกเป็นเหยื่อได้เข้าสู่กระบวนการค้ามนุษย์ ไม่ว่าจะนำไปเพื่อการค้าประเวณี หรือเพื่อการแสวงหาประโยชน์ในด้านอื่น ๆ มักจะประสบกับการถูกทารุณกรรม จนถึงถึงขนาดเจ็บรุนแรงหรือเรื้อรัง พิการ ขาดสารอาหาร มีโรคติดต่อ โรคผิวหนังเรื้อรัง มีพัฒนาการทางร่างกายล่าช้า หรืออาจถึงแก่ความตายและยังอาจมีผลกระทบต่อระบบสืบพันธุ์และอวัยวะที่เกี่ยวข้องกับการเจริญพันธุ์ได้ โดยเฉพาะกรณีที่ถูกขังหรือถูกบังคับให้ค้าประเวณี มักจะทำงานในระดับล่างของอุตสาหกรรมทางเพศ หญิงเหล่านี้จะถูกควบคุมอย่างเข้มงวด โดยแทบจะไม่มีสิทธิเหนือร่างกายและอำนาจต่อรองกับลูกค้า ดังนั้น หญิงดังกล่าวจึงย่อมเป็นผู้ที่มีความเสี่ยงสูงต่อโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์ และไม่สามารถตั้งครภัก์ได้ตามปกติ

2) ผลกระทบต่อสภาพจิตใจ

หญิงและเด็กที่นำเข้าสู่กระบวนการค้ามนุษย์นั้น มักจะประสบปัญหาการทารุณกรรม หรือการเอาเปรียบซึ่งส่งผลกระทบต่อสภาพจิตใจ อันได้แก่ ความเครียดอย่างรุนแรง อยากรฆ่าหรือพยายามฆ่าตัวตาย มีอาการซ้ำเติมตัวเอง หวาดกลัวตลอดเวลา ความจำเสื่อม หม่อมลอย ไร้การตอบสนองต่อสิ่งเร้าภายนอก ขาดความมั่นใจในตนเอง ไม่ไว้วางใจบุคคลรอบข้าง และมีอารมณ์ที่แปรปรวน

3) ผลกระทบด้านครอบครัวและชุมชน

การค้าหญิงหรือเด็ก ได้ส่งผลกระทบต่อเหยื่อที่เคยเป็นผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์และได้รับการช่วยเหลือแล้ว พบว่าในหลายครั้งเมื่อหญิงหรือเด็กผู้นั้นกลับคืนสู่

¹⁰อำนาจ เนตยสุภา, “แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการค้ามนุษย์,” วารสารวิชาการนิติศาสตร์ ปีที่ 2 ฉบับที่ 3, มกราคม – มิถุนายน 2552

ครอบครัวหรือสภาพแวดล้อมเดิม ก็อาจได้รับการติดตามและถูกทำร้าย จนในที่สุดก็ต้องตกมาเป็นเหยื่อของการค้ามนุษย์อีก

1.6.2 ผลกระทบต่อสังคม

นอกจากการค้ามนุษย์จะเป็นอาชญากรรมที่กระทำลงและส่งผลกระทบต่อโดยตรงต่อสิทธิในร่างกาย อนามัย และเสรีภาพของเหยื่อ ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วพบว่า การค้ามนุษย์ยังส่งผลกระทบต่อชุมชนและสังคมดังนี้

1) การค้ามนุษย์เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน

ตามหลักสิทธิมนุษยชนอันเป็นหลักสากล ซึ่งมนุษย์ทุกคนย่อมมีสิทธิในชีวิต เสรีภาพ สิทธิที่จะไม่ถูกบังคับให้เป็นทาสหรือมีฐานะคล้ายทาสทุกรูปแบบ แต่ผู้ค้ามนุษย์หรือขบวนการค้ามนุษย์ นอกจากจะไม่สนใจเคารพในสิ่งเหล่านี้แล้ว ยังมีการกระทำที่ถือได้ว่าเป็นการล่วงละเมิดสิทธิของเหยื่ออย่างร้ายแรงอีกด้วย

2) การค้ามนุษย์ทำให้สังคมเกิดความแตกแยก และขัดขวาง กระบวนการพัฒนาสังคมและชุมชน

การค้ามนุษย์นั้น ถือเป็นตัวบ่อนทำลายโครงสร้างทางสังคมที่ร้ายแรงอย่างหนึ่ง โดยเหยื่อของการค้ามนุษย์มักจะถูกตัดขาดจากการสนับสนุนหรือสายสัมพันธ์ของครอบครัว เด็กที่ต้องตกเป็นเหยื่อของการค้ามนุษย์ จึงขาดโอกาสในการเรียนรู้ การอบรมสั่งสอนจากบิดา มารดา และบางคนอาจมีพัฒนาการทางร่างกายเสื่อมถอย เนื่องจากได้รับการดูแลที่ไม่เหมาะสมระหว่างที่ถูกแสวงหาประโยชน์

นอกจากนี้ การค้ามนุษย์ยังก่อให้เกิดค่านิยมที่ผิด ๆ ในบางชุมชน ซึ่งการค้ามนุษย์ถูกมองว่าสามารถสร้างรายได้ให้แก่การค้ามนุษย์เป็นอย่างดี และหลายคนเชื่อว่าสามารถทำได้ง่าย เนื่องจากเหยื่อและนักค้ามนุษย์มักจะเป็นคนที่รู้จักกัน เป็นคนใกล้ชิดหรืออยู่ในชุมชนเดียวกัน ส่งผลให้เกิดนักค้ามนุษย์รายให้เพิ่มมากขึ้น

ความพยายามในการทำให้ชุมชนตระหนักถึงพิษภัยของการค้ามนุษย์ แม้จะเป็นสิ่งที่สำคัญและจำเป็นก็ตาม แต่การกระทำดังกล่าวบางครั้งอาจทำให้เหยื่อบางคนเกิดความหวาดกลัวมาก จนกระทั่งไม่สามารถใช้ชีวิตตามปกติได้ เช่น ไม่กล้าไปโรงเรียน ดังนั้น นอกจากการรณรงค์ให้เห็นถึงพิษภัยของการค้ามนุษย์แล้ว ควรสร้างความมั่นใจให้แก่ประชาชนกลุ่มเสี่ยงด้วยว่า รัฐสามารถให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนกลุ่มเสี่ยงเหล่านี้ได้

3) การค้ามนุษย์มีส่วนส่งเสริมการดำเนินการขององค์กรอาชญากรรม

กำไรหรือผลประโยชน์จากการค้ามนุษย์ มีส่วนสำคัญในการกระตุ้นหรือส่งเสริมให้เกิดการประกอบอาชญากรรมประเภทอื่น ๆ ซึ่งการค้ามนุษย์นั้น มักจะมีความเชื่อมโยงกับการฟอกเงิน การค้ายาเสพติด การปลอมแปลงเอกสาร และการลักลอบขนคนข้ามประเทศอีกด้วย

4) การค้ามนุษย์เป็นการบั่นทอนทรัพยากรมนุษย์ของประเทศ

การค้ามนุษย์ลดทอนและบั่นทอนกำลังการผลิตของประเทศ เนื่องจากประชาชนบางส่วนถูกแสวงหาประโยชน์ในระบบแรงงานและการจ้างตามปกติ ผู้ประกอบการบางส่วน นิยมใช้แรงงานที่ผิดกฎหมาย เพื่อประหยัดค่าใช้จ่าย ทำให้คนที่ต้องการเข้าระบบแรงงานปกติไม่สามารถหางานทำได้ นอกจากนี้ เด็กที่ต้องตกเป็นเหยื่อของการค้ามนุษย์หรือถูกแสวงหาประโยชน์จากวงจรค้ามนุษย์ เมื่อเติบโตขึ้นเป็นผู้ใหญ่ ก็จะกลายเป็นแรงงานไร้ฝีมือและด้อยคุณภาพ เนื่องจากขาดโอกาสทางการศึกษาและฝึกอาชีพตั้งแต่ครั้งเยาว์วัย

5) การค้ามนุษย์บั่นทอนสาธารณสุขของชุมชน

เหยื่อการค้ามนุษย์ส่วนใหญ่ต้องตกอยู่ในสภาพทุกข์ทรมานทั้งร่างกายและจิตใจ บางคนเป็นโรคติดต่อทางเพศ บางคนมีอาการทางจิตติดตัว เป็นโรคเครียดหวาดระแวง ไม่สามารถคบหาสมาคมกับคนอื่น เช่นคนปกติ บุคคลที่อยู่ในระหว่างที่ตกเป็นเหยื่อของการค้ามนุษย์นั้น ต้องเผชิญกับการทุบตี ทำร้าย หรืออยู่ในสภาพที่ถูกบีบบังคับ ทั้งทางร่างกายและจิตใจ ซึ่งสภาพแวดล้อมดังกล่าว ส่งผลกระทบต่อกระบวนการฟื้นฟูสภาพร่างกายและจิตใจ รวมทั้งกระบวนการนำเหยื่อของการค้ามนุษย์นั้นกลับคืนสู่สังคมด้วย

6) การค้ามนุษย์เป็นการสั่นคลอนและบ่อนทำลายอำนาจรัฐ

การแพร่ระบาดของขบวนการค้ามนุษย์ ทำให้ประชาชนกลุ่มเสี่ยงเกิดความรู้สึกไม่มั่นคงปลอดภัย และไม่ไว้วางใจหรือเชื่อมั่นในศักยภาพของเจ้าหน้าที่ของรัฐว่าจะสามารถปกป้องดูแลผู้หญิงหรือเด็ก ที่กำลังตกเป็นเหยื่อของการค้ามนุษย์ นอกจากนี้ ขบวนการค้ามนุษย์มักจะทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นเครื่องมือ โดยตอบแทนด้วยการจ่ายเงินให้แก่เจ้าหน้าที่ ซึ่งกระทำการดังกล่าวล้วนเป็นตัวการสำคัญในการบ่อนทำลายกระบวนการบังคับใช้กฎหมายและกระบวนการยุติธรรม

2. การคำนุญยัในรูปแบบของการรับตั้งครรรค์แทน

2.1 ความหมายของการรับตั้งครรรค์แทนหรือการอุมบุญ

การมีบุตรนั้น ถือเป็นปัจจัยหนึ่งที่จะส่งผลให้ชีวิตครอบครัวมีความสุข แต่ในหลาย ๆ ครอบครัว กำลังประสบกับปัญหาการมีบุตรยาก ซึ่งปัจจุบัน ปัญหาการมีบุตรยาก ถือเป็นปัญหาที่สำคัญอย่างหนึ่งของคู่สมรส และปัญหาดังกล่าว มีแนวโน้มที่จะเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ ซึ่งเป็นผลมากจากการใช้ชีวิตประจำวันของมนุษย์ที่เปลี่ยนแปลงไปจากอดีตเป็นอย่างมาก ทั้งฝ่ายหญิงและฝ่ายชายต่างดิ้นรนทำงานหนักเพื่อความอยู่รอด ฝ่ายหญิงและฝ่ายชายจึงมีแนวโน้มที่จะแต่งงานช้า อาจเนื่องมาจากความพร้อมของคู่สมรส และแบบแผนทางสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งสาเหตุดังกล่าว อาจส่งผลทำให้เกิดภาวะเจริญพันธุ์ที่ลดลง นอกจากนี้ ปัญหาการมีบุตรยาก อาจเกิดขึ้นเนื่องจากสุขภาพร่างกายของคู่สมรสเอง เช่น ฝ่ายหญิงมีความผิดปกติของท่อ นำไข่ หรือมีพังผืดบริเวณท่อ นำไข่หรือมดลูก ส่วนฝ่ายชายอาจเกิดจากความผิดปกติของน้ำเชื้อ หรือเกิดจากความเครียด การดื่มแอลกอฮอล์และการสูบบุหรี่ เป็นต้น

ปัญหาการมีบุตรยาก¹¹ (Infertility) หมายถึงภาวะที่คู่สมรสมีความสัมพันธ์ทางเพศปกติสม่ำเสมอ โดยที่ไม่ได้คุมกำเนิดเป็นเวลาอย่างน้อย 1 ปี แล้วยังไม่สามารถตั้งครรรค์ได้ แบ่งเป็น 2 ชนิด¹² ได้แก่

2.1.1 ชนิดปฐมภูมิ (Primary infertility) เป็นปัญหาการมีบุตรยาก ซึ่งเป็นกรณีที่คู่สมรสมีความสัมพันธ์ทางเพศปกติสม่ำเสมอ และไม่ได้ไม่ได้มีการคุมกำเนิด แต่ฝ่ายหญิงไม่เคยตั้งครรรค์เลยเป็นเวลาอย่างน้อย 1 ปี หากคู่สมรสฝ่ายหญิงมีอายุมากกว่า 35 ปีขึ้นไป ให้ระยะเวลาดังกล่าวเหลือเพียง 6 เดือน

2.1.2 ชนิดทุติยภูมิ (Secondary infertility) เป็นปัญหาการมีบุตรยาก กรณีที่ฝ่ายหญิงเคยตั้งครรรค์มาก่อนแล้ว อาจสิ้นสุดที่การแท้งหรือคลอด หลังจากนั้นคู่สมรสได้มีความสัมพันธ์ทางเพศกันปกติ โดยไม่ได้มีการคุมกำเนิดเกินเวลา 1 ปีแต่ปรากฏว่าคู่สมรสฝ่ายหญิงไม่ตั้งครรรค์โดยไม่นับระยะให้ันบุตร

¹¹จาวรรรณ ก้าวหน้าไกล. การประยุกต์ใช้ทฤษฎีทางการพยาบาลครอบครัวในการดูแลคู่สมรสที่มีบุตรยาก *วารสารสมาคมพยาบาลฯ* ปีที่ 30 ฉบับที่ 3 (กรกฎาคม ถึง กันยายน 2555)

¹²พิทักษ์ เลาห์เกริกเกียรติ, อิศรินทร์ ธนบุญวัฒน์. *สาเหตุและการตรวจวินิจฉัยภาวะมีบุตรยาก*. ในตำราานริเวชวิทยา. วีรสักดิ์ วงศ์ศิริพร และคณะ. บรรณาธิการ. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: บริษัท พีเอ ลิฟวิ่ง จำกัด; 2554: 251-259.

ต่อมาวิวัฒนาการทางการแพทย์ได้พัฒนาอย่างต่อเนื่อง จนสามารถแก้ไขปัญหาการมีบุตรยากได้ โดยช่วยให้คู่สมรสฝ่ายหญิงที่ไม่สามารถตั้งครรภ์ให้สามารถมีบุตรได้ ด้วยการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน หรือที่เรียกกันว่า “การอุ้มบุญ”

โดยความหมายของการอุ้มบุญนั้น หมายถึง การใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์วิธีหนึ่ง โดยการใช้เทคนิคการปฏิสนธินอกร่างกายมาใช้ในการแก้ปัญหาการมีบุตรยากสำหรับหญิงที่ไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ด้วยตนเอง ซึ่งวิธีการนี้จะใช้ในกรณีที่หญิงอื่นยินยอมให้ใช้มดลูกของตนเป็นที่ให้ตัวอ่อนเจริญเติบโต ซึ่งความยินยอมนั้นอาจจะเกิดโดยการที่หญิงนั้นรับจ้างตั้งครรภ์ หรือยินยอมเพราะความใกล้ชิดกันฐานเป็นญาติพี่น้องกัน โดยไม่คิดค่าตอบแทนในการตั้งครรภ์ดังกล่าว¹³

นอกจากนี้ ศศ.ดร.สุชาดา ทวีสิทธิ นายกสมาคมแพศวิถีสึกษา อธิบายว่า การอุ้มบุญ (Surrogacy) ในทางการแพทย์ คือ การตั้งครรภ์แทนหรือการอุ้มท้องแทน เกิดขึ้นจากผู้หญิงคนหนึ่งสมัครใจที่จะรับตั้งครรภ์แทนให้กับบุคคลอื่น โดยให้พันธะสัญญาว่าทารกที่คลอดออกมานั้นจะต้องเป็นบุตรของผู้ที่ขอให้ตั้งครรภ์ ซึ่งวิธีการดั้งเดิม คือ การนำไข่ของฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์ไปผสมกับอสุจิของสามีของหญิงที่ต้องการมีลูก หรืออสุจิที่รับบริจาคมา หลังจากปฏิสนธิแล้วจึงฉีดเข้าไปฝังตัวในมดลูกของหญิงที่ตั้งครรภ์แทน หรืออีกวิธีการหนึ่ง คือ การตั้งครรภ์แทน โดยการนำไข่ และ/หรือ อสุจิมาจากคู่สามีภรรยาที่ต้องการมีลูกหรือมาจากการรับบริจาค ซึ่งกรณีนี้หญิงผู้ตั้งครรภ์แทน จะรับอุ้มท้องจากตัวอ่อนที่ปฏิสนธิกันภายนอก ด้วยเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ แต่ในทางสังคมปรากฏการอุ้มบุญอยู่ 2 กรณี คือ การตั้งครรภ์แทนแบบไม่มีค่าจ้าง (Altruistic surrogacy) ซึ่งเกิดจากความเห็นอกเห็นใจเพื่อนมนุษย์ด้วยกัน โดยคนที่รับจ้างอาจเป็นญาติพี่น้องหรือไม่ใช่ก็ได้ และอีกกรณีหนึ่ง คือ การตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ (Commercial surrogacy) ซึ่งมีการจ่ายค่าตอบแทนให้แก่หญิงผู้รับจ้างตั้งครรภ์ ด้วยการซื้อบริการจากบริษัทตัวกลางในการจัดหาหญิง ตามคุณสมบัติที่ต้องการมาให้เลือก การจัดหาไข่หรืออสุจิ การจัดหาแพทย์ผู้เชี่ยวชาญด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ตลอดจนดูแลหญิงที่ตั้งครรภ์จนกระทั่งคลอดอีกด้วย¹⁴

ในส่วนของ รองศาสตราจารย์ ดร.จักรกฤษณ์ ควรพจน์ ได้ให้ความหมายโดยทั่วไปว่า การอุ้มบุญหมายความว่า กระบวนการในการที่หญิงคนหนึ่งตกลงรับที่จะตั้งครรภ์ด้วย

¹³ชมพรรณ รัตนกร, การผสมเทียมกับปัญหาความรับผิดชอบในทางอาญา, วิทยานิพนธ์สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2543

¹⁴กฎหมายอุ้มบุญ : แรงขับเคลื่อนสำหรับคนอยากมีลูก [ออนไลน์]. เข้าถึงได้จาก: <http://ilaw.or.th/node/3250> วันที่ค้นข้อมูล: 4 กรกฎาคม 2558)

วิธีการอย่างหนึ่งอย่างใดและตกลงว่าจะส่งมอบเด็กที่เกิดมานั้นให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง พร้อมกับ สละสิทธิใด ๆ ในความเป็นมารดาของเด็กนั้นทันทีที่เด็กกำเนิดมา¹⁵

และในกฎหมายต่างประเทศก็ได้มีการให้คำจำกัดความของการรับตั้งครรภ์แทนไว้ เช่นเดียวกัน ยกตัวอย่างเช่น ใน Surrogacy Arrangement Act 1985 ซึ่งเป็นกฎหมายของประเทศ อังกฤษนั้น ได้ให้ความหมายของคำว่า “มารดาที่รับตั้งครรภ์แทน หรือ Surrogate mother” ไว้ว่า หมายถึง หญิงที่ตั้งครรภ์เนื่องมาจากการจัดการที่ถูกทำขึ้นก่อนหญิงนั้นจะเริ่มตั้งครรภ์ และทำขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์ในการส่งมอบเด็กที่อยู่ในครรภ์ และมอบอำนาจการปกครองให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง¹⁶

เมื่อพิจารณาจากคำนิยามข้างต้นแล้ว สามารถสรุปความหมายของการรับตั้งครรภ์ แทนหรือการอุ้มบุญได้ว่า หมายถึง การที่หญิงคนหนึ่งรับตั้งครรภ์แทนบุคคลอื่น ไม่ว่าจะการรับ ตั้งครรภ์แทนจะได้รับค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตาม โดยมีวัตถุประสงค์ให้เด็กที่คลอดออกมานั้นเป็นบุตร โดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ที่ขอให้ตั้งครรภ์แทน

2.2 ประเภทของการรับตั้งครรภ์แทนหรือการอุ้มบุญ

ในทางปฏิบัติแล้วการรับตั้งครรภ์แทนให้แก่กันหรือการอุ้มบุญนั้นมีหลายรูปแบบ สามารถแบ่งแยกประเภทของการอุ้มบุญ โดยพิจารณาจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ที่นำมาใช้ ออกเป็น 3 ประเภท¹⁷ คือ

2.2.1 การอุ้มบุญโดยการฉีดเชื้อ (Artificial Insemination Surrogacy)

เป็นกรณีที่หญิงซึ่งรับตั้งครรภ์แทนจะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับทารก ที่เกิดมา โดยการใช้เชื้ออสุจิของฝ่ายชายที่เป็นคู่สมรสที่ว่าจ้างฉีดเข้าไปผสมกับไข่ของหญิงที่รับ ตั้งครรภ์แทนโดยตรง การอุ้มบุญโดยวิธีนี้ จะทำให้เด็กเกิดมามีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับ ฝ่ายชายที่เป็นคู่สมรสที่ว่าจ้างและฝ่ายหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เนื่องจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น เป็นเจ้าของไข่ที่ได้รับการผสม ซึ่งทารกที่เกิดมาจะไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับฝ่ายหญิงที่คู่สมรส ที่ว่าจ้างเลย บางครั้งจึงถูกเรียกว่า “การรับตั้งครรภ์แบบไม่สมบูรณ์ (Partial Surrogacy หรือ Natural Surrogacy)” ซึ่งการรับตั้งครรภ์ในลักษณะเช่นนี้ได้กระทำก่อนการรับตั้งครรภ์ประเภทอื่น ๆ

¹⁵จักรกฤษณ์ ควรวจน์ และคณะ “รายงานการวิจัยเรื่อง การผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน”, สำนักงาน คณะกรรมการกฤษฎีกา, 2549

¹⁶Surrogacy Arrangement Act 1985 Chapter 49

¹⁷ลิดา ไชยธรรม, ปัญหาของการทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากการตั้งครรภ์โดยการใช้นเทคโนโลยีช่วยการเจริญ พันธุ์ทางการแพทย์, สารนิพนธ์ หลักสูตรนิเทศศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิเทศศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551

2.2.2 การอุ้มบุญโดยการปฏิสนธินอกร่างกาย (*In Vitro Fertilization Surrogacy*)

เป็นกรณีที่หญิงซึ่งรับตั้งครรภ์แทนไม่ได้มีส่วนในพันธุกรรมใด ๆ กับการที่ทารกจะเกิดมานั้นเลย ทารกที่เกิดมาจะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับคู่สมรสทั้งสองฝ่าย เพราะคู่สมรสฝ่ายชายเป็นเจ้าของเชื้ออสุจิ ส่วนคู่สมรสฝ่ายหญิงก็เป็นเจ้าของไข่ กล่าวคือ เป็นกรณีที่คู่สามีภรรยาใช้เซลล์สืบพันธุ์ของตน ได้แก่ ไข่และอสุจิของทั้งคู่มาผสมกันนอกร่างกายของฝ่ายหญิง แล้วจึงนำตัวอ่อนที่ได้จากการปฏิสนธิ ใส่เข้าไปยังมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เพื่อให้ฝังตัวยังผนังมดลูกของหญิง ที่รับตั้งครรภ์แทนและเจริญเติบโตต่อไป

การอุ้มบุญกรณีนี้จึงเรียกว่า “การอุ้มบุญโดยการตั้งครรภ์ (Gestational Surrogacy)” หรือ “การอุ้มบุญโดยสมบูรณ์ (Full Surrogacy)” เนื่องจากคู่สมรสทั้งสองฝ่าย จะมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับทารกที่เกิดทั้งหมด¹⁸

2.2.3 การอุ้มบุญโดยการใช้ตัวอ่อนที่ได้รับบริจาค (*Donated Embryo Surrogacy*)

เป็นกรณีที่หญิงซึ่งรับตั้งครรภ์ไม่ได้มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็ก และในขณะเดียวกัน คู่สามีภรรยาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายก็ไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับเด็กเช่นกัน การอุ้มบุญในลักษณะนี้ใช้ในกรณีที่คู่สมรสทั้งสองฝ่ายอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถมีบุตรได้ โดยสิ้นเชิง หรืออาจจะเกิดขึ้นได้ในกลุ่มของชายรักชาย หรือหญิงรักหญิง กล่าวคือ ทั้งสองฝ่ายไม่สามารถนำเซลล์สืบพันธุ์ ของแต่ละฝ่ายมาใช้ในการปฏิสนธิให้เกิดเป็นตัวอ่อนได้ การอุ้มบุญในกรณีดังกล่าวนี้ อาจจะเกิดขึ้นได้ในกรณีที่มีการบริจาคไข่หรืออสุจิ แล้วนำไข่และอสุจิของผู้บริจาคผสมกัน แล้วนำตัวอ่อนไปฝังในมดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์ เมื่อทารกคลอดออกมา หญิงที่รับตั้งครรภ์ก็จะมอบทารกนั้น ให้แก่คู่สมรส ดังนั้น จะเห็นได้ว่าทั้งคู่สมรสและหญิงที่รับตั้งครรภ์ ไม่มีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับทารกที่เกิดมาเลย

2.3 มุมมองทางศาสนากับการอุ้มบุญ

การอุ้มบุญ นอกจากจะช่วยแก้ปัญหากรณีที่คู่สามีภรรยาที่ไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ด้วยตนเองแล้ว ยังเป็นที่นิยมของคู่รักร่วมเพศหรือคน โสดที่ประสงค์จะมีบุตร ซึ่งกระทำโดยการว่าจ้างหญิงเพื่อมารับตั้งครรภ์ ด้วยความนิยมที่แพร่หลายมากขึ้น จึงมีบุคคลหรือกลุ่มบุคคลแสวงหาประโยชน์จากการอุ้มบุญจนเกิดเป็นธุรกิจขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการซื้อขายอสุจิ การซื้อขายไข่ การซื้อขายตัวอ่อน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการรับจ้างตั้งครรภ์ หรือการเป็นนายหน้าหาหญิงมาตั้งครรภ์เป็นต้นซึ่งเป็นปัญหาในสังคมอยู่ในขณะนี้ การรับจ้างตั้งครรภ์หรือการอุ้มบุญจึงกลายเป็นประเด็นปัญหาทางสังคม

¹⁸จักรกฤษณ์ ควรวรพันธ์ และคณะ, “รายงานการวิจัยการผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน”, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2549

ซึ่งมีการวิพากษ์วิจารณ์กันต่อมามากหลายประเด็นที่เป็นข้อถกเถียงทางสังคมและจริยธรรม ซึ่งการอุ้มบุญในมุมมองทางศาสนาแต่ละศาสนานั้น ก็มีมุมมองที่แตกต่างกันออกไปเช่น

2.3.1 ศาสนาคริสต์

สำหรับมุมมองศาสนาคริสต์เกี่ยวกับการอุ้มบุญนั้น ยังไม่มีข้อยุติที่เป็นเอกฉันท์เกี่ยวกับการอุ้มบุญ ซึ่งเคยมีแถลงการณ์ถึงการตั้งปุจฉา - วิสัชนาในหมู่ชาวคาทอลิกเรื่องการอุ้มบุญว่าเป็นเรื่องผิดศีลธรรมอย่างร้ายแรงหรือไม่ และในปี ค.ศ.1987 ได้มีประกาศ Donum Vitae โดยคริสตจักรโรมันคาทอลิก ถึงเรื่องนี้ว่า ไม่เห็นด้วยกับการทำการปฏิสนธิภายนอกร่างกาย¹⁹ ต่อมาในปี ค.ศ.2008 ประกาศ Dignitas Personae ยังคงยืนกรานที่จะต่อต้านการทำการปฏิสนธิภายนอกร่างกายอยู่เช่นเดิม โดยกล่าวว่า การตั้งครรรค์ควรเป็นผลมาจากความรักอันที่สามิภรรยาเท่านั้น²⁰ ปัญหาสำคัญที่เกิดขึ้นตามมาคือ ปัญหาทางด้านจิตใจของเด็กและสิทธิในตัวเด็กว่าควรจะเป็นของผู้ใด

2.3.2 ศาสนาอิสลาม

การนำ “ไข่” ของผู้หญิงอื่น และ “เชื้ออสุจิ” ของชายอื่นมาผสมในหลอดแก้วทดลองจนเกิดการปฏิสนธิ แล้วนำกลับไปใส่ในโพรงมดลูกของภรรยา เพื่อให้ฝังตัวและเจริญเติบโตต่อไป หรือการเอาเชื้ออสุจิของชายอื่นฉีดเข้าไปในโพรงมดลูกของภรรยาเพื่อให้เกิดปฏิสนธิภายในมดลูกของภรรยา ทั้งสองวิธีนี้นักนิติศาสตร์อิสลาม มีทรรศนะสอดคล้องกันว่าเป็นสิ่งต้องห้ามที่มุสลิมจะกระทำไม่ได้ เพราะเป็นการละเมิดหลักนิติศาสตร์ที่สำคัญของอิสลาม ที่ว่าด้วยการปกป้องการสืบสายโลหิตให้มีความบริสุทธิ์ ไม่ให้มีการปะปนจนสับสนในการสืบสายโลหิต ที่เรียกว่า “อิฟซูลันสลิล” ทารกที่เกิดมาด้วยวิธีดังกล่าว ถือว่าเป็นลูกนอกกฎหมาย ที่ภาษาอาหรับเรียกว่า “วะละดฺซุซันนา” เพราะเกิดจากเชื้ออสุจิของคนอื่น ไม่ใช่เชื้ออสุจิของสามี ซึ่งจะเกิดผลกระทบในทางศาสนา คือ ศาสนาไม่ยอมรับว่าเป็นบุตรของผู้ที่เป็นสามีของหญิงนั้น หรือแม้แต่การรับเป็นบุตรบุญธรรมก็เป็นการต้องห้าม เพราะ เป็นการสถาปนาสายโลหิตขึ้นระหว่างบุตรบุญธรรม กับพ่อแม่บุญธรรมอย่างจอมปลอมที่ศาสนาไม่ได้ให้การรับรอง²¹

2.3.3 ศาสนาฮินดู

ศาสนาฮินดูไม่มีบทบัญญัติห้ามในเรื่องอุ้มบุญ การมีบุตรถือเป็นเรื่องสำคัญมากสำหรับครอบครัวชาวฮินดู และเทคโนโลยีทางการแพทย์ได้รับอนุญาต สำหรับคู่ครองที่ไม่สามารถ

¹⁹ Donum Vitae.[Online]. Available: http://en.wikipedia.org/wiki/Donum_Vitae [Accessed 28 June 2015]

²⁰ Dignitas Personae.[Online]. Available: http://en.wikipedia.org/wiki/Dignitas_Personae [Accessed 28 June 2015]

²¹ ไขปัญหาศาสนา : เด็กหลอดแก้ว-อุ้มบุญ-บุตรบุญธรรม-ก๊ฟ. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.thaigoodview.com/node/41274> (วันที่ค้นข้อมูล : 28 มิถุนายน 2558)

ตั้งครรภ์ได้อย่างปกติ การรับบริจาคอสุจิกจากบุคคลอื่นเป็นสิ่งที่กระทำได้แต่ต้องรู้ตัวผู้บริจาค เนื่องจากเด็กควรจะได้ทราบว่าเป็นลูกของตัวเองนั้นสืบเชื้อสายมาจากไหน²²

2.3.4 ศาสนาพุทธ

ในทางพุทธศาสนาไม่ได้กล่าวถึงการอุ้มบุญไว้ ซึ่งศาสนาพุทธไม่ได้คัดค้านหรือเห็นว่าขัดต่อหลักคำสอนของการรับตั้งครรภ์แทน แต่ว่าการกระทำนั้นต้องประกอบด้วยเจตนาบริสุทธิ์ทั้งฝ่ายที่ต้องการมีบุตรและผู้ที่ทำหน้าที่ตั้งครรภ์แทน เพราะถือว่าเป็นการช่วยเหลือผู้อื่นให้สมปรารถนา แสดงออกถึงความมีเมตตากรุณา²³

2.4 ปัญหาที่เกิดจากการอุ้มบุญหรือการตั้งครรภ์แทน

การอุ้มบุญเป็นวิธีหนึ่งที่จะช่วยให้บางครอบครัวสมบูรณ์ แต่ในขณะเดียวกันก็เป็นสิ่งที่จะก่อให้เกิดปัญหาในภายหลัง ซึ่งสามารถแบ่งได้เป็น 3 ประเด็นหลัก ๆ ได้แก่ ปัญหาสาธารณสุข ปัญหาทางจริยธรรม ปัญหาการค้ำมนุษย์ เป็นต้น

ปัญหาด้านสาธารณสุข กฎหมายไทยได้ระบุไว้ว่าผู้หญิงที่คลอดบุตรออกมาจะต้องเป็นมารดาตามกฎหมาย เพราะฉะนั้น สิ่งที่คุณสมรสหรือเจ้าของเชื้อและไข่จะมีความสัมพันธ์กับเด็กที่เกิดมาได้เพียงแค่วินิจฉัยมารดาบุตรเท่านั้น ทั้งที่ในความเป็นจริงหากตรวจสอบดีเอ็นเอจะสามารถพิสูจน์ได้ว่าทั้งสามคนเป็นครอบครัวเดียวกัน โดยที่หญิงรับตั้งครรภ์ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับใดๆ เลย ปัญหาเหล่านี้ยังส่งผลกระทบต่อปัญหาครอบครัวในภายหลังอีกด้วย กล่าวคือ เกิดปัญหาการแย่งชิงสิทธิในการเป็นบิดามารดาที่แท้จริง ของทารกที่กำเนิดขึ้นจากการอุ้มบุญ ปัญหาสิทธิเบิกค่ารักษาพยาบาลของทารก อีกทั้งยังมีปัญหาอื่น ๆ เช่น หญิงที่อุ้มบุญไม่ต้องการกินทารกให้แก่บิดามารดาที่แท้จริงหรือทารกที่พิการแต่กำเนิดทำให้ไม่เป็นที่ต้องการของฝ่ายใด จนเป็นเหตุให้เกิดปัญหาทางสังคมตามมาอีกมาก นอกจากนี้ ยังมีปัญหาอื่น ๆ อีก เช่น เรื่องการนำตัวอ่อนไปทำสเต็มเซลล์อวดอ้างการรักษาโรค ซึ่งผิดกฎหมายและยังเป็นการฆ่าตัวอ่อนด้วย รวมทั้งด้านธุรกิจ มีการขายไข่ - สเปิร์มเพื่อนำไปใช้ในงานวิจัยต่าง ๆ และการ โฆษณารับอุ้มบุญ เป็นต้น

นอกจากนี้ หากหญิงที่รับอุ้มบุญมีอายุที่ไม่เหมาะสมในการที่จะตั้งครรภ์ อาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพพลานามัยของหญิงที่รับอุ้มบุญหรือเด็กที่เกิดจากการอุ้มบุญได้ ดังนั้น อายุของมารดาจึงเป็นปัจจัยเสี่ยงอย่างหนึ่งของการตั้งครรภ์ ซึ่งอายุของหญิงที่เหมาะสมในการตั้งครรภ์ คือ อายุระหว่าง 20-35 ปี และไม่ควรตั้งครรภ์เกิน 4 ครั้ง โดยหญิงที่มีอายุระหว่าง 20-35 ปี จะมีความสมบูรณ์พร้อมทั้งร่างกาย จิตใจ อารมณ์ และสังคม มีผลให้การตั้งครรภ์และการคลอด มีความปลอดภัยทั้งแม่และลูก

²²Eleanor McKenzie and Demand Media. Religious Views on Surrogacy. [Online]. Available: <http://people.opposingviews.com/>

²³ธัญริศ ไตรวัฒน์วงษ์, ปัญหาจริยธรรมและปัญหากฎหมาย : การรับตั้งครรภ์แทน, (รายงานการวิจัย วิทยาลัยศาสนศึกษา มหาวิทยาลัยมหิดล

ในกรณีที่หญิงที่ตั้งครรภ์ก่อนอายุ 20 ปี ซึ่งในช่วงอายุดังกล่าวร่างกายของตนเองยังเติบโตไม่เต็มที่ จึงมักจะส่งผลกระทบต่อสุขภาพโดยอาจมีการคลอดลูกก่อนกำหนด ลูกมีน้ำหนักตัวแรกเกิดน้อย มีความเสี่ยงมากกว่าปกติ ที่จะเจ็บป่วยและตายในช่วงขวบปีแรก ส่วนตัวหญิงที่ตั้งครรภ์ก็มีความเสี่ยงต่อโรคโลหิตจาง ความดันโลหิตสูงขณะตั้งครรภ์ หรือคลอดยาก สำหรับด้านจิตใจยังมีอารมณ์แปรปรวนได้ง่าย จึงยังไม่พร้อมที่จะเป็นแม่และหากหญิงที่ตั้งครรภ์มีอายุ 35 ปี ขึ้นไป หรือเคยตั้งครรภ์มาแล้วมากกว่า 4 ครั้ง ก็มักจะมีปัญหาเกี่ยวกับการคลอด และมีโรคแทรกซ้อนได้ง่าย เช่น ตกเลือด ความดันโลหิตสูง ลูกที่เกิดมามีน้ำหนักตัวน้อยแลไม่แข็งแรง และเพิ่มความเสี่ยงต่อความพิการและปัญญาอ่อนที่จะเกิดขึ้นกับทารกอีกด้วย²⁴

ปัญหาทางจริยธรรม การรับตั้งครรภ์แทนเป็นการกระทำที่ขัดต่อจริยธรรม เนื่องจากการอุ้มบุญก่อให้เกิดผลกระทบต่อหญิงที่รับตั้งครรภ์ เด็กที่จะเกิดมาจากกระบวนการอุ้มบุญ และผลกระทบต่อสังคมโดยรวม ดังนี้

(1) การรับตั้งครรภ์แทนเป็นการทำลายศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ กล่าวคือ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนถูกปฏิบัติเหมือนกับเป็นเพียงเครื่องจักรที่ไม่มีชีวิต วิญญาณ หรืออารมณ์ความรู้สึกและถูกใช้เพื่อการผลิตเด็กขึ้นมาเท่านั้น

(2) การรับตั้งครรภ์แทนเป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากหญิง โดยส่วนใหญ่แล้ว หญิงที่อาสารับตั้งครรภ์แทนผู้อื่นจะเป็นหญิงที่มีฐานะทางการเงินไม่ดีนัก หญิงเหล่านี้จึงมักจะยอมรับตั้งครรภ์เมื่อได้รับค่าตอบแทนเท่านั้น การรับตั้งครรภ์แทนจึงเป็นการเปิดโอกาสให้มีการแสวงหาประโยชน์จากเนื้อตัวร่างกายของหญิง หรือจากศักยภาพในการสืบพันธุ์ของหญิงนั้น

(3) การรับตั้งครรภ์แทนจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อจิตใจของเด็ก ซึ่งเด็กจะได้รับผลกระทบทางจิตใจอย่างรุนแรง เมื่อทราบว่าตนได้เกิดมาจากการที่มารดาของตนซึ่งเป็นหญิงที่รับตั้งครรภ์นั้น ต้องการได้ค่าตอบแทนมากกว่าที่ต้องการให้ตนเองเกิดมาด้วยความรัก หรือเกิดจากการที่ไม่ทราบว่าแท้จริงตนเป็นลูกของใคร และหากหญิงที่รับตั้งครรภ์มีบุตร บุตรคนนั้นก็อาจได้รับผลกระทบด้วย เพราะเมื่อเห็นมารดาตนตั้งครรภ์ก็คิดว่ากำลังจะได้น้อง แต่เมื่อมารดากลับส่งมอบน้องให้แก่ผู้อื่น ความรู้สึกที่ต้องสูญเสียน้องไป จะก่อให้เกิดผลกระทบทางจิตใจแก่เด็กผู้นั้น และเมื่อเห็นมารดาส่งมอบน้องของตนให้แก่ผู้อื่นไป เด็กนั้นอาจมีความรู้สึกไม่มั่นคงเพราะเกรงว่ามารดาอาจส่งมอบตนเองให้แก่ผู้อื่นบ้างก็ได้

(4) การรับตั้งครรภ์แทนเปรียบเสมือนเป็นการซื้อขายเด็ก ซึ่งถือว่าเป็นสิ่งขัดต่อจริยธรรมและข้อห้ามตามกฎหมาย เมื่อเกิดขึ้นเป็นธุรกิจ ย่อมหมายความว่าแพทย์ผู้ทำการตั้งครรภ์ให้นั้น

²⁴ครอบครัวเป็นสุข มีลูกเมื่อพร้อม. [ออนไลน์]. เข้าถึงได้จาก: <http://www.factsforlifethai.cf.mahidol.ac.th/> (วันที่ค้นข้อมูล:

ไม่มีจริยธรรมเช่นกัน และยังส่งผลกระทบต่อทางจริยธรรม ซึ่งผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายไม่ควรจะมองข้าม และผู้ที่ควรคำนึงถึงเรื่องนี้เป็นพิเศษ คือ สามี ภรรยา ที่มีภาวะมีบุตรยากเป็นที่มาของการรับ ตั้งครรภ์แทน เท่ากับว่ามีส่วนร่วมในการสร้างปัญหาตั้งแต่แรก

ปัญหาการค้ำนุษย์ เป็นปัญหาที่ร้ายแรงกว่าปัญหาอื่นๆ เป็นปัญหาระดับชาติ เนื่องจากมีกระบวนการที่ทำเป็นธุรกิจข้ามชาติ กล่าวคือ มีบุคคลบางกลุ่มใช้ประโยชน์จาก ความต้องการมีบุตรของกลุ่มสมรสและวิธีการแพทย์ที่ล้ำสมัย กระทำการผิดกฎหมาย โดยการว่าจ้าง หญิงให้มาตั้งครรภ์ ซึ่งอาจมีการบังคับขู่เข็ญให้ตั้งครรภ์ หรือมีการกักขังหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ตลอดระยะเวลาที่ตั้งครรภ์จนถึงเวลาคลอด และเมื่อคลอดแล้วก็จะนำทารกนั้นไปจำหน่ายให้กับ บุคคลที่สามต่อไป ซึ่งในปัจจุบันก็ได้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการอุ้มบุญประเทศไทยขึ้น ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่คู่สมรสชาวออสเตรเลีย ได้ว่าจ้างหญิงไทยอุ้มบุญ แต่เมื่อหญิงอุ้มบุญได้คลอดลูกแล้ว ปรากฏว่า เป็นลูกแฝด เด็กแฝดคนหนึ่งสุขภาพร่างกายสมบูรณ์แข็งแรง ส่วนแฝดอีกคนหนึ่งเป็น โรคดาวน์ซินโดรม และเป็นโรคหัวใจ แต่คู่สมรสดังกล่าวกลับนำตัวเด็กทารกที่มีสุขภาพร่างกายที่สมบูรณ์กลับประเทศไป โดยทิ้งเด็กทารกที่มีสุขภาพร่างกายที่ไม่สมบูรณ์เป็นภาระให้แม่อุ้มบุญชาวไทยเลี้ยงดู หรือกรณี ที่ชายชาวญี่ปุ่น ซึ่งเป็นผู้ต้องสงสัยว่าพัวพันเกี่ยวกับการค้ำนุษย์ จากการมีชื่อเป็นพ่อของเด็กที่เกิด จากการอุ้มบุญจำนวน 9 คน และจากการตรวจสอบพบว่า ชายชาวญี่ปุ่นรายดังกล่าวเป็นพ่อของเด็ก ที่เกิดจากการอุ้มบุญถึง 14 คน

จากตัวอย่างดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การอุ้มบุญในประเทศไทยนั้น ไม่ได้เป็นที่สนใจ ของประชาชนในประเทศเพียงอย่างเดียวเท่านั้น ชาวต่างประเทศจำนวนไม่น้อย ก็ให้ความสนใจใน การดำเนินการอุ้มบุญในประเทศไทยเช่นเดียวกัน อาจเป็นเพราะประเทศมีการเสียค่าใช้จ่ายในการอุ้มบุญ ไม่สูงนัก หรือบางประเทศได้มีการห้ามไม่ให้มีการอุ้มบุญ จึงได้มีการมาใช้บริการอุ้มบุญใน ประเทศไทย แต่วัตถุประสงค์ในการอุ้มบุญนั้นจะเห็นได้ว่า ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขการมี บุตรยากเพียงอย่างเดียว ซึ่งบางกรณีอาจมีวัตถุประสงค์ทางการค้าแฝงอยู่ด้วย เช่น การที่คู่สมรส ชาวต่างชาติได้ว่าจ้างหญิงไทยหลายคนเพื่อมารับตั้งครรภ์แทน แล้วจึงนำเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์ แทนนั้นกลับประเทศของตน โดยที่เราไม่อาจทราบได้เลยว่า เด็กที่เกิดจากการอุ้มบุญดังกล่าว จะตกเป็นเหยื่อของการค้ำนุษย์หรือไม่ ซึ่งเด็กนั้นถือว่าเป็นวัยที่อ่อนแอและขาดประสบการณ์ ไม่มีความรู้เท่าทันผู้ใหญ่ ร่างกายยังไม่ได้รับการพัฒนาเท่าที่ควร ความรู้สึกทางศีลธรรมยังมีไม่มากพอ จึงง่ายต่อการถูกหลอกลวงใช้ ในการประกอบอาชญากรรมและหาประโยชน์จากตัวเด็ก²⁵ หากเด็กที่เกิด จากการอุ้มบุญเป็นเพศชาย เมื่อเติบโตขึ้นก็อาจจะถูกนำไปใช้แรงงาน หรือใช้ประโยชน์ในการ

²⁵ อริศรา ยอดกำเนิด, ปัญหาการค้ำนุษย์ : ศึกษากรณีการค้าหญิงและเด็กต่างด้าวเข้าเมืองผิดกฎหมายโดยการบังคับใช้ แรงงานในประเทศไทย.” วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิตศึกษาศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2552

กระทำคามผิด เช่น การส่งยาเสพติด เป็นต้น และหากเด็กที่เกิดจากการอุ้มบุญเป็นเพศหญิง ก็อาจถูกนำไปขายบริการทางเพศได้ นอกจากนี้ หากเด็กที่เกิดมาด้วยความบกพร่องทางร่างกายหรือสติปัญญา คู่สมรสที่ว่าจ้างให้มีการอุ้มบุญอาจจะปฏิเสธการเลี้ยงดูเด็กผู้นั้น จนเกิดเป็นภาระของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ในการที่จะต้องเลี้ยงดูเด็กที่มีความผิดปกติทางร่างกาย ซึ่งหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน อาจจะต้องรับภาระค่าใช้จ่ายในการดูแลเด็กผู้นั้นมาก จนเกิดความลำบากและไม่สามารถที่จะเลี้ยงดูเด็กผู้นั้นต่อไปได้ และนำเด็กผู้นั้นส่งต่อให้บุคคลที่สามเพื่อนำไปใช้เกี่ยวกับการค้ามนุษย์ เช่น การนำเด็กที่มีความผิดปกตินั้น ไปขอตานจนทำให้เกิดเป็นปัญหาสังคมขึ้น เป็นต้น

ในส่วนของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น ก็อาจตกเป็นเหยื่อของการค้ามนุษย์ได้ เช่นเดียวกัน เนื่องจากเพศหญิงเป็นเพศที่อ่อนแอ ไม่สามารถต่อสู้ทางด้านกายภาพกับเพศชายได้ โดยหญิงอาจจะถูกบังคับ หรือข่มขู่ให้รับตั้งครรภ์แทน โดยปราศจากความยินยอมของหญิงผู้นั้น และอาจถูกกักขังตลอดระยะเวลาที่ตั้งครรภ์จนถึงเวลาคลอดได้

ดังที่กล่าวไปในตอนต้นแล้วว่า โดยทั่วไปแล้ว การอุ้มบุญหรือการรับตั้งครรภ์แทนนั้นจะนำมาใช้แก้ปัญหาสำหรับผู้ที่ไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ด้วยตนเอง แต่ในอีกมุมหนึ่งกลับมีบุคคลบางกลุ่มใช้การอุ้มบุญเพื่อหาประโยชน์ในทางการค้าหรือการค้ามนุษย์เช่นเดียวกัน ดังนั้น หากไม่มีการควบคุมการดำเนินการอุ้มบุญอย่างเข้มงวดเพียงพอ ก็ย่อมที่จะมีปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นตามมาด้วยเช่นกัน

3. ทฤษฎีการลงโทษทางอาญา

สังคมถือว่าเป็นศูนย์รวมของคนหมู่มาก ซึ่งอาจมีทั้งคนดีและคนชั่วปะปนกันอยู่ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการวางระเบียบ หรือกฎเกณฑ์แห่งความประพฤติของมนุษย์ในสังคมเพื่อให้มนุษย์สามารถใช้ชีวิตร่วมกันอย่างสงบสุข ระเบียบหรือกฎเกณฑ์เหล่านี้มีอยู่หลายรูปแบบด้วยกัน เช่น ศีลธรรม ศาสนา จารีตประเพณี หรือกฎหมาย

เมื่อมีการกระทำคามผิดเกิดขึ้นในสังคม ซึ่งเป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบต่อความสงบสุขและความปลอดภัยของประชาชนในสังคม รัฐในฐานะเป็นผู้ปกครองจำเป็นจะต้องเข้าไปจัดการกับการกระทำคามผิดดังกล่าว โดยอาศัยกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดให้การกระทำใดการกระทำหนึ่ง มีความผิดและกำหนดโทษที่จะมาใช้ลงโทษผู้ที่ได้กระทำผิดกฎหมาย การลงโทษผู้กระทำคามผิดนั้น มีอยู่ด้วยกันหลายวิธีและมีการพัฒนารูปแบบของการลงโทษมาตามยุคตามสมัย ซึ่งจะมีวิธีการที่แตกต่างกันไปตามวัฒนธรรม ความเชื่อ ศาสนา และกฎระเบียบทางสังคม

ของสังคมนั้น ๆ แต่ไม่ว่าจะใช้วิธีการลงโทษใด ก็จะมีวัตถุประสงค์ของการลงโทษตามแนวคิด ทฤษฎีของการลงโทษดังต่อไปนี้

3.1 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน (Retribution Theory)

การลงโทษโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้แค้นทดแทนนั้น เป็นการลงโทษที่มีมาแต่ในยุค สังคมในอดีตแล้ว ซึ่งแต่เดิมนั้นเมื่อมีการกระทำความผิดขึ้นมาแล้ว จะมีการแก้แค้นกันไปมาระหว่างคน ในสังคม แม้การแก้แค้นนั้นจะเป็นสิ่งที่ไม่สมควรก็ตาม²⁶ ซึ่งการแก้แค้นทดแทนความผิดที่ได้ก่อขึ้นนี้ จะ พิจารณาจากความร้ายแรงของความผิดที่ได้ก่อขึ้นว่าร้ายแรงเพียงใด เช่น หากฆ่าคนตายก็ต้องถูกฆ่าให้ ตายตกไปตามกัน แต่เมื่อมีการสถาปนารัฐขึ้นมาแล้ว เมื่อมีการกระทำความผิด หากปล่อยให้คนในสังคม แก้แค้นทดแทนกันเอง ก็จะนำมาซึ่งความเค้นเคืองต่อกันที่ไม่อาจจะหาที่สิ้นสุดได้ และเพื่อให้ความเป็น ธรรมแก่ผู้ที่อ่อนแอที่ไม่สามารถแก้แค้นได้ รัฐจึงเข้าไปจัดการกับการกระทำความผิด โดยการกำหนดให้ การกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นความผิดและต้องถูกลงโทษ ซึ่งการลงโทษนั้นถือเป็นการแก้แค้น ทดแทนผู้เสียหาย การลงโทษดังกล่าวมักเป็นการลงโทษที่ร้ายแรง ให้สาสมกับความผิดที่ได้ก่อขึ้น มาแล้วเท่านั้น โดยที่ไม่ได้พิจารณาถึงผลที่จะได้รับจากการลงโทษในอนาคต²⁷ เช่น การประหารชีวิต ตัด มือ ตัดขา ซึ่งการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนนี้ สอดคล้องกับความรู้สึกของผู้เสียหายและคนในสังคมมาก ที่สุด เพราะการที่รัฐลงโทษผู้กระทำความผิดอย่างสาสมกับความผิดถือเป็นการชดเชยความรู้สึกเสียใจ ของ ผู้เสียหายและสังคม ยกตัวอย่างเช่น ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 ซึ่งกำหนดไว้ว่า

“มาตรา 289 ผู้ใด

- (1) ฆ่าบุพการี
- (2) ฆ่าเจ้าพนักงาน ซึ่งกระทำการตามหน้าที่ หรือเพราะเหตุที่จะกระทำ หรือได้กระทำ การตามหน้าที่
- (3) ฆ่าผู้ช่วยเหลือเจ้าพนักงาน ในกรณีที่เจ้าพนักงานนั้นกระทำการตามหน้าที่ หรือเพราะ เหตุที่บุคคลนั้นจะช่วยหรือได้ช่วยเจ้าพนักงานดังกล่าวแล้ว
- (4) ฆ่าผู้อื่นโดยไตร่ตรองไว้ก่อน
- (5) ฆ่าผู้อื่นโดยทรนินหรือโดยกระทำทารุณโหดร้าย

²⁶ ประคนธ์ พันธุ์วิชาติกุล, การลงโทษสถานหนักต่อผู้กระทำความผิดกฎหมาย, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523, หน้า 1.

²⁷ สหชน รัตน์ไพจิตร, ความประสงค์ของการลงโทษอาญา : ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใช้กฎหมายลักษณะอาญาและ ประมวลกฎหมายอาญา, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527, หน้า 34.

(6) นำผู้อื่นเพื่อเตรียมการ หรือเพื่อความสะดวกในการที่จะกระทำความผิดอย่างอื่น หรือ

(7) นำผู้อื่นเพื่อจะเอา หรือเอาไว้ซึ่งผลประโยชน์อันเกิดแต่การที่ตนได้กระทำความผิดอื่น เพื่อปกปิดความผิดอื่นของตน หรือเพื่อหลีกเลี่ยงให้พ้นอาญาในความผิดอื่นที่ตนได้กระทำให้ไว้ ต้องระวางโทษประหารชีวิต” จะเห็นได้ว่า การกระทำความผิดตามมาตรา 289 นั้น มีลักษณะการกระทำความผิดที่ร้ายแรง ดังนั้น เพื่อให้สาสมแก่ความผิดที่กระทำ กฎหมายจึงใช้วิธีการลงโทษโดยการประหารชีวิต เพื่อเป็นการชดเชยความรู้สึกเกลียดแค้นของผู้เสียหายและสังคมมาตราดังกล่าว จึงถือเป็นตัวอย่างของการนำทฤษฎีการแก้แค้นทดแทน มาใช้ลงโทษผู้ที่กระทำความผิดในสังคม แต่การลงโทษผู้กระทำผิดเพื่อแก้แค้นทดแทนก็มีจุดอ่อนอยู่บางประการ เช่น การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนนั้น ไม่ได้พิจารณาถึงอนาคตว่าการที่ลงโทษไปแล้วนั้น จะมีผลต่อการป้องกันไม่ให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นในสังคมอีกหรือไม่ และการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนความผิด ยังไม่ได้มีการคำนึงถึงความจำเป็นของสังคมว่าจะได้รับประโยชน์อะไรจากการลงโทษหรือไม่ เพราะมุ่งคำนึงถึงแต่การลงโทษนั้นเหมาะสมกับความผิดที่ได้เกิดขึ้นและสาสมแล้วหรือไม่ นอกจากนี้ การลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทนยังเป็นการยากที่จะวัดความเหมาะสมของการลงโทษว่าการลงโทษเพียงใดจึงเป็นการสาสมกับความผิดอีกด้วย

3.2 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence Theory)

วัตถุประสงค์ของการลงโทษตามแนวความคิดนี้เชื่อว่า การกระทำผิดเกิดขึ้นจากการที่มนุษย์ไม่เกรงกลัวกฎหมาย หรือการบังคับใช้กฎหมายที่ไม่เข้มงวด ประกอบกับการที่มนุษย์ทุกคนย่อมมีเหตุมีผลและมีเจตจำนงอิสระที่จะเลือกทำสิ่งใดก็ได้ โดยอาจเลือกทำสิ่งที่ตนเองได้รับประโยชน์และพอใจ ถึงแม้จะเป็นการเสี่ยงต่อการถูกลงโทษก็ตาม การลงโทษตามทฤษฎีนี้จึงมีขึ้นเพื่อป้องกันการกระทำผิด โดยทำให้บุคคลผู้กระทำความผิดรู้สึกว่าการกระทำผิดก่อให้เกิดความเจ็บปวดและไม่ก่อให้เกิดผลดี หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ จุดมุ่งหมายของการลงโทษตามทฤษฎีนี้ ก็เพื่อที่จะให้มนุษย์เกิดความเกรงกลัวต่อโทษที่อาจได้รับ หลีกเลี่ยงพฤติกรรมกระทำผิดที่อาจจะเป็นตัวอย่างแก่บุคคลอื่นได้ แต่การลงโทษที่มีผลในการข่มขู่ยับยั้งที่มีประสิทธิภาพนั้น จะต้องมีความแน่นอน รวดเร็ว เสมอภาค และการลงโทษที่เหมาะสม

3.3 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อตัดโอกาสกระทำผิด (Incapacity Theory)

การลงโทษตามแนวความคิดนี้ เป็นการตัดโอกาสโดยให้อาชญากรออกไปจากสังคมเพื่อปกป้องสังคมจากการกระทำที่ไม่ถูกต้อง ซึ่งเชื่อว่าอาชญากรรมย่อมไม่เกิดขึ้นถ้าอาชญากรไม่มีโอกาสในการกระทำผิด โดยการลงโทษตามทฤษฎีนี้ จะเข้าไปในลักษณะของการ พิพากษาจำคุกระยะยาว หรือติดอุปกรณ์ควบคุมอิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น ส่งผลให้ผู้กระทำผิดไม่สามารถที่จะกลับมาก่อทำความผิดได้อีก

3.4 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู (Rehabilitation Theory)

แนวความคิดเกี่ยวกับการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด มีแนวคิดว่า ผู้ประกอบอาชญากรรมบางคน อาจไม่ได้มีเจตนาที่จะกระทำความผิดกฎหมาย แต่อาจเกิดจากปัจจัยต่าง ๆ ซึ่ง ปัจจัยที่มากกดันให้มนุษย์กระทำความผิด เช่น ปัจจัยทางด้านร่างกาย ทางด้านจิตใจ สภาพแวดล้อม สภาพครอบครัว เศรษฐกิจ เป็นต้น ดังนั้น เมื่อผู้ประกอบอาชญากรรมไม่ได้มีเจตนาประกอบอาชญากรรม การลงโทษผู้ประกอบอาชญากรรมตามโทษที่กฎหมายกำหนดไว้ จึงน่าจะเป็นการไม่ถูกต้อง แนวความคิดดังกล่าวจึงเน้นการศึกษาที่ตัวผู้กระทำความผิดเพื่อจะค้นหาสาเหตุ โดยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ว่า เพราะเหตุใดผู้ผู้นั้นจึงกระทำความผิดกฎหมาย เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้กระทำความผิดกลับไปกระทำความผิดอีก ซึ่งการที่จะแก้ไขผู้กระทำความผิดได้นั้น จะต้องมีการศึกษาเกี่ยวกับตัวผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคลหรือมีการจำแนกผู้กระทำความผิด เพื่อที่จะได้หาวิธีการที่เหมาะสมมาใช้เพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดแต่ละรายให้เหมาะสม เช่น การฝึกอบรมความรู้ ทักษะ อาชีพ ให้แก่ผู้ที่กระทำความผิด หรือการให้การศึกษาแก่ผู้กระทำความผิดที่มีอายุน้อย เป็นต้น

3.5 การลงโทษผู้ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด

ในการกระทำความผิดทางอาญานั้น อาจมีบุคคลหลายคนเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิด และการเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดของแต่ละบุคคลก็อาจจะมียุทธศาสตร์ที่แตกต่างกันไป การที่จะลงโทษผู้ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดได้นั้น ขึ้นอยู่กับว่ามีการกระทำที่ผิดกฎหมายของผู้กระทำความผิดหรือไม่ กล่าวคือ ความรับผิดชอบของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด จะขึ้นอยู่กับความผิดที่กระทำโดยเจตนาของผู้กระทำความผิด ซึ่งตามกฎหมายได้กำหนดผู้ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดไว้ ดังนี้

3.5.1 ตัวการร่วมในการกระทำความผิด

ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83 ได้กำหนดไว้ว่า “ในกรณีความผิดใดเกิดขึ้นโดยการกระทำของบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป ผู้ที่เข้าร่วมกระทำความผิดด้วยกันนั้นเป็นตัวการต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น” ซึ่งกรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่มีผู้ร่วมกระทำความผิดตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป ในลักษณะของการแบ่งหน้าที่กันทำ หรือร่วมกันกระทำความผิดเพื่อให้การกระทำความผิดทางอาญาสำเร็จ ซึ่งตัวการทุกคนจะต้องรับผิดชอบในผลที่เกิดขึ้น โดยการร่วมมือกันนั้น เสมือนกระทำด้วยตนเองทุกคน

3.5.2 ผู้ใช้ให้กระทำความผิด

เป็นการกระทำในลักษณะที่ก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 84 ได้กำหนดไว้ว่า “ผู้ใดก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดไม่ว่าด้วยการใช้บังคับ ชูเกียรติ จ้างวาน หรือยุยงส่งเสริม หรือด้วยวิธีอื่นใด ผู้นั้นเป็นผู้ใช้ให้กระทำความผิด

ถ้าผู้ถูกใช้ได้กระทำความผิดนั้น ผู้ใช้ต้องรับโทษเสมือนเป็นตัวการ ถ้าความผิดมิได้กระทำลง ไม่ว่าจะเพราะผู้ถูกใช้ไม่ยอมกระทำ ยังไม่ได้กระทำหรือเหตุอื่นใด ผู้ใช้ต้องระวางโทษเพียงหนึ่งในสามของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น”

การกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดที่เป็นเหตุให้ผู้อื่นกระทำความผิด ย่อมได้ถือว่าเป็นการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิดได้ทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นการก่อโดยตรง เช่น การใช้บังคับ ชูเชิญ จ้าง วาน ยุยง ส่งเสริม สั่งหรือขอร้องให้ทำหรือก่อโดยอ้อมด้วยวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่ง ข้อสำคัญคือ จะต้องเป็นกรณีที่ผู้กระทำ มิได้มีเจตนาในการกระทำความผิดอยู่ก่อนแล้ว หากแต่การกระทำผิดนั้น ผู้กระทำได้ตกลงใจกระทำความผิด เพราะผู้ใช้ก่อให้เกิดผู้กระทำตกลงใจกระทำความผิดเช่นนั้น จึงจะถือว่าเป็นการใช้ให้กระทำความผิด นอกจากนี้ การก่อให้เกิดการกระทำความผิดนั้น จะต้องมิใช่ผล กล่าวคือ มิใช่การกระทำของผู้ก่อเป็นเหตุ และมิใช่การกระทำความผิดเกิดขึ้นเป็นผลจากการกระทำของผู้ก่อ และการก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด จะต้องมิใช่เจตนาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 การใช้ให้กระทำความผิดโดยประสงค์ต่อผล หรือเพียงแต่การกระทำซึ่งผู้กระทำย่อมเห็นผลได้ว่าจะเป็นเหตุก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำผิด ก็ถือว่าเป็นการใช้ให้ผู้อื่นกระทำผิดได้เช่นเดียวกัน

3.5.3 ผู้สนับสนุน

ผู้สนับสนุน เป็นบุคคลที่รู้ว่าผู้อื่นจะกระทำความผิดแล้วให้ความช่วยเหลือผู้ที่ลงมือกระทำความผิดได้รับประโยชน์จากการช่วยเหลือนั้น โดยตนไม่ได้ร่วมกระทำความผิดด้วย ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 86 ได้กำหนดไว้ว่า “ผู้ใดกระทำความผิดด้วยประการใด ๆ อันเป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกในการที่ผู้อื่นกระทำความผิดก่อนหรือขณะกระทำความผิด แม้ผู้กระทำความผิดจะมีได้รู้ถึงการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกนั้นก็ตาม ผู้นั้นเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิด ต้องระวางโทษสองในสามส่วนของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดที่สนับสนุนนั้น”

การกระทำในการสนับสนุนนั้น จะต้องมีการกระทำที่มีลักษณะเป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกในการที่ผู้อื่นกระทำความผิด แต่ไม่ถึงกับร่วมมือเพื่อช่วยเหลือให้การกระทำเป็นผลสำเร็จ และการสนับสนุนนั้น จะต้องกระทำก่อนหรือขณะกระทำความผิด ถ้ากระทำภายหลังการกระทำความผิด ไม่ถือว่าเป็นผู้สนับสนุน แต่อาจเป็นความผิดต่างหาก โดยเจตนาในการสนับสนุนนั้นก็เช่นเดียวกับการใช้ให้กระทำความผิด ผู้กระทำต้องกระทำด้วยเจตนาทำนองเดียวกัน อาจเป็นเจตนาประสงค์หรือยอมเล็งเห็นผล หากการกระทำที่มีผลเป็นการช่วยเหลือผู้กระทำความผิด แต่ผู้กระทำไม่ประสงค์ต่อผลหรือเล็งเห็นผลเช่นนั้น ก็ไม่ถือว่าเป็นผู้สนับสนุนนอกจากนี้ การกระทำที่เป็นการสนับสนุนการกระทำความผิด อาจกระทำโดยผู้สนับสนุนเจตนาฝ่ายเดียว โดยผู้กระทำความผิดที่ได้รับ การสนับสนุนไม่จำเป็นต้องรู้ถึงการสนับสนุนด้วย

บทที่ 3

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอุ้มบุญของประเทศไทย และต่างประเทศ

ธุรกิจรับจ้างตั้งครรภ์นั้น ไม่ได้มีเพียงในประเทศไทย แต่มีอย่างแพร่หลายในหลายประเทศ เช่น ในหลายมลรัฐของสหรัฐอเมริกาและในประเทศกำลังพัฒนาในแถบเอเชีย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศอินเดีย ที่รัฐบาลยอมให้มีการรับตั้งครรภ์แทนกันได้มาตั้งแต่ปี ค.ศ. 2002 มีการจัดตั้งสำนักงานและสถานพยาบาลที่รับเป็นตัวแทนจัดหาและดูแลสตรีชาวอินเดีย ที่รับจ้างอุ้มท้องแทนมารดาที่ไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ด้วยตนเอง ซึ่งทำเป็นบริการครบวงจรตั้งแต่ให้คำปรึกษา เลือกมารดาที่รับจ้างอุ้มท้องหรือที่เรียกกันว่าเป็น “มดลูกให้เช่า” ตามคุณสมบัติที่ลูกค้ากำหนด มีบริการจัดหาไข่จากผู้บริจาคผู้หญิงหรือสเปิร์มจากผู้บริจาคชาย ตลอดจนดูแลมารดาผู้รับอุ้มบุญ ตั้งแต่เริ่มตั้งท้องจนถึงการคลอด รวมถึงการดำเนินการทางกฎหมายจนลูกค้าสามารถรับทารกกลับไปอยู่กับผู้ว่าจ้าง กิจการรับอุ้มบุญในอินเดียเฟื่องฟูมาก จนมีการโฆษณาการให้บริการทางหนังสือพิมพ์และนิตยสาร ในปี ค.ศ. 2005 รัฐบาลอินเดียได้จัดทำหนังสือคู่มือการอุ้มบุญที่กำหนดอายุของสตรีที่สามารถรับจ้างตั้งครรภ์และราคาค่าบริการที่ลูกค้าจะต้องจ่าย ซึ่งค่าใช้จ่ายในการอุ้มบุญแต่ละครั้งอยู่ที่ประมาณ 720,000 บาท ถึง 1,100,000 บาท ซึ่งหญิงผู้รับอุ้มบุญจะได้รับเงินค่าจ้างประมาณ 260,000 บาทต่อการอุ้มบุญเด็กหนึ่งคน แต่ความเป็นจริงก็ไม่สามารถควบคุมดูแลการอุ้มบุญได้ทั้งหมด

นอกจากนี้ ในประเทศญี่ปุ่นก็มีการว่าจ้างเช่นกัน โดยในช่วงเริ่มแรกนั้นชาวญี่ปุ่นที่ต้องการผู้อุ้มบุญจะจ้างทางสหรัฐอเมริกาเป็นหลัก แต่ระยะหลังชาวญี่ปุ่นได้หันมาจ้างประเทศไทยและอินเดียแทน โดยค่าใช้จ่ายในการว่าจ้างตั้งครรภ์จะอยู่ราวห้าล้านเยน (ประมาณ 1,840,000 บาท) ซึ่งเป็นเพียงหนึ่งในสาม เมื่อเทียบกับค่าใช้จ่ายกรณีที่ว่าจ้างที่อเมริกา เมื่อสำรวจในวงการแพทย์พบว่า หลังจากปี 2551 มีมากกว่า 20 ราย ที่อินเดีย และไทยประมาณ 10 ราย ที่ได้รับการว่าจ้าง ซึ่งคลอคลาแล้วกว่าสิบราย นอกจากนี้ ยังมีหลายรายที่ต้องใช้ไข่จากบุคคลที่สามมาผสมกับตัวสุจิของบิดาในรังไข่ของมารดารับจ้างด้วย

จะเห็นว่า การว่าจ้างตั้งครรภ์แทนเป็นที่ยอมรับในหลายประเทศ ซึ่งหากประเทศใดยอมรับการตั้งครรภ์แทน ก็จะทำให้ประเทศนั้น เป็นที่สนใจสำหรับผู้ประสบปัญหาการมีบุตรยาก ที่อาศัยอยู่ในประเทศที่ไม่ยอมรับให้มีการรับตั้งครรภ์แทน และแม้ว่าจะมีการควบคุมดูแลจากรัฐบาล

แต่ก็ไม่สามารถควบคุมได้ทั้งหมด จึงทำให้เกิดปัญหาการข้ามพรมแดนขึ้นซึ่งในประเทศไทยเองก็มีการเสนอรับจ้างอุ้มบุญผ่านทางอินเทอร์เน็ตอย่างแพร่หลายเช่นกัน ซึ่งก็เป็นสาเหตุให้เกิดปัญหาตามมาไม่ว่าจะเป็น การแย่งชิงทารก การทิ้งทารกเมื่อผู้ว่าจ้างและผู้อุ้มบุญไม่ต้องการแล้ว เป็นต้น ดังนั้นการบังคับใช้กฎหมายในเรื่องเกี่ยวกับการตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์จึงเป็นเรื่องที่สำคัญ

สำหรับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับรับตั้งครรภ์หรือการอุ้มบุญในประเทศไทยนั้น แต่เดิมประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเพื่อออกมาควบคุมการรับตั้งครรภ์แทนหรือการอุ้มบุญโดยตรง มีแต่เพียงประกาศของแพทยสภาเท่านั้น เป็นตัวกำหนดมาตรฐานและหลักเกณฑ์การให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ซึ่งต่อมาประเทศไทยได้มีแนวคิดในการออกกฎหมายเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดสถานะความเป็นบิดา มารดา ที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เหมาะสม ตลอดจนควบคุมการศึกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์การแพทย์เกี่ยวกับตัวอ่อนและเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์มิให้มีการนำไปใช้ในทางที่ผิดอีกด้วย

1. กฎหมายเกี่ยวกับการอุ้มบุญในประเทศไทย

ตามที่กล่าวไปข้างต้นแล้วว่า แต่เดิมมาตรการที่นำมาใช้ในการควบคุมการอุ้มบุญของประเทศไทย เป็นไปตามประกาศของแพทยสภา ซึ่งเป็นองค์กรที่มีวัตถุประสงค์หลักอย่างหนึ่ง คือ การควบคุมการประพฤติปฏิบัติของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ให้ถูกต้องตามจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมและแพทยสภาได้ออกประกาศเกี่ยวกับมาตรฐานการให้บริการ เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ โดยกำหนดให้ผู้ดำเนินการสถานพยาบาล หรือผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งมีหน้าที่ในลักษณะเดียวกัน ในหน่วยงานที่ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทั้งของรัฐและเอกชน จะต้องรับผิดชอบ หรือจัดให้มีผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม เป็นผู้รับผิดชอบในการให้บริการดังกล่าว และผู้นั้นจะต้องได้รับหนังสือรับรองจากราชวิทยาลัยสูตินรีแพทย์แห่งประเทศไทย²⁸ โดยการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ จะต้องไม่เป็นการกระทำในลักษณะเป็นการทำสำเนาชีวิต (Human Cloning) เพื่อการเจริญพันธุ์ และในกรณีที่คุณสมรสต้องการมีบุตรโดยให้หญิงอื่น ซึ่งไม่ใช่ภรรยาตั้งครรภ์แทน ผู้ให้บริการเวชกรรมจะให้บริการได้เฉพาะกรณีที่ใช้ตัวอ่อนที่มาจากเซลล์สืบพันธุ์ของคุณสมรสเท่านั้น ซึ่งจะไม่มีการจ่ายค่าตอบแทนแก่หญิงที่ตั้งครรภ์แทนในลักษณะที่อาจเข้าใจได้ว่าเป็นการรับจ้างตั้งครรภ์ และหญิงที่ตั้งครรภ์แทนนั้น จะต้องเป็นญาติ

²⁸ประกาศแพทยสภา ที่ 1/2540, เรื่องมาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์, ลงวันที่ 22 ตุลาคม 2540

ของคู่สมรส ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเท่านั้น²⁹ ซึ่งประกาศทั้งสองฉบับนี้ เป็นสิ่งที่ใช้กำหนดหลักเกณฑ์และมาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ และต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิด โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ขึ้น เพื่อให้มาตรการในการควบคุมการให้บริการดังกล่าวมีสภาพบังคับที่เข้มงวดมากขึ้น

1.1 นิยามศัพท์และขอบเขตการบังคับใช้ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

พระราชบัญญัตินี้ ได้ให้ความหมายของคำว่า “เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์” ไว้ว่า หมายถึง กรรมวิธีใดๆทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ที่นำสpermหรือเซลล์สืบพันธุ์ของเพศชายและไข่ซึ่งเป็นเซลล์สืบพันธุ์ของเพศหญิงออกจากร่างกายของมนุษย์ เพื่อให้เกิดการตั้งครรภ์โดยไม่เป็นไปตามธรรมชาติ รวมถึงการผสมเทียม ซึ่งเป็นการนำเซลล์สืบพันธุ์ของเพศชายเข้าไปในอวัยวะสืบพันธุ์ของเพศหญิง เพื่อให้หญิงนั้นตั้งครรภ์โดยไม่มีการร่วมประเวณีอีกด้วย

นอกจากนี้ยังได้ให้ความหมายของคำว่า “การตั้งครรภ์แทน” หมายถึง การตั้งครรภ์โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนมีข้อตกลงเป็นหนังสือไว้กับสามี และภรรยาที่ขอด้วยกฎหมายก่อนตั้งครรภ์ว่า จะให้ทารกในครรภ์เป็นบุตรของสามีและภรรยา ที่ขอด้วยกฎหมายนั้น

เมื่อพิจารณาจากนิยามข้างต้นแล้ว อาจสรุปได้ว่า ขอบเขตการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 นั้น จะใช้บังคับกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ (Assisted Reproductive Technologies หรือ ART) ในรูปแบบต่าง ๆ ซึ่งปัจจุบันมีหลายวิธี เช่น การฉีดเชื้อหรือการผสมเทียม เทคนิคการทำกิ๊ฟ (GIFT หรือ Gamete Intrafallopion Tube Transfer) เทคนิคการช่วยปฏิสนธิในอกร่างกายโดยการฉีดเชื้ออสุจิเข้าไปในไข่ (ICSI หรือ Intra Cytoplasmic Sperm Injection) นอกจากนี้ยังมีรูปแบบการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์รูปแบบอื่นๆ ซึ่งอาจอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัตินี้ รวมถึงการตั้งครรภ์แทน ซึ่งเป็นใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์รูปแบบหนึ่ง โดยใช้การปฏิสนธิภายนอกอกร่างกาย มาใช้แก้ปัญหามีบุตรยาก สำหรับหญิงที่ไม่สามารถตั้งครรภ์ได้ด้วยตนเอง ก็อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัตินี้เช่นเดียวกัน

²⁹ประกาศแพทยสภา ที่ 21/2545, เรื่อง มาตรฐานการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (ฉบับที่ 2), ลงวันที่ 20 มิถุนายน 2545

1.2 บุคคลที่อยู่ในบังคับตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยี ช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

บุคคลที่อยู่ในบังคับตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 นั้น ได้แก่ บุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับ การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งได้แก่ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์คู่สามีและภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ที่ประสงค์จะมีบุตร โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน และหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทน โดยได้กำหนดหลักเกณฑ์และคุณสมบัติของบุคคลดังกล่าวไว้ดังนี้

1.2.1 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการ เจริญพันธุ์

ตามข้อบังคับของแพทยสภา ได้ความหมายของคำว่า วิชาชีพเวชกรรมไว้ว่า หมายถึงวิชาชีพที่กระทำต่อมนุษย์เกี่ยวกับการตรวจโรคการวินิจฉัยโรค การบำบัดโรค การป้องกันโรค การผดุงครรภ์ การปรับสายตาด้วยเลนส์สัมผัสการแทงเข็มหรือการฝังเข็มเพื่อบำบัดโรคหรือเพื่อระงับความรู้สึกและหมายความรวมถึงการกระทำทางศัลยกรรม การใช้รังสี การนวดยา หรือสสารการสอดใส่วัตถุใด ๆ เข้าไปในร่างกาย ทั้งนี้เพื่อการคุมกำเนิด การเสริมสวย หรือการบำรุงร่างกายด้วยซึ่งตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 กำหนดให้ ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จะต้องมีความรู้และไม่มีลักษณะต้องห้ามต้องปฏิบัติตามมาตรฐานในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ทั้งนี้ตามที่แพทยสภาประกาศ กำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการคุ้มครองเด็ก ที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และก่อนที่จะให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จะต้องจัดให้มีการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกาย จิตใจ และสภาพแวดล้อมของคู่สามีและภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะมีบุตร โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และผู้บริจาคอสุจิ หรือไข่ ที่จะนำมาใช้ดำเนินการ รวมทั้งการป้องกันโรคที่อาจมีผลกระทบต่อเด็กที่จะเกิดมาด้วยซึ่งเป็นไปตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

1.2.2 คู่สามีและภริยาที่ประสงค์ให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน

ตามมาตรา 21 (1) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดให้ผู้ที่จะสามารถดำเนินการให้มี

การตั้งครรภ์แทนได้ จะต้องเป็นคู่สามีภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งภรรยาไม่สามารถที่จะตั้งครรภ์ได้ด้วยตนเอง และประสงค์จะมีบุตร โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน โดยคู่สามีภรรยาดังกล่าวจะต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีที่สามีหรือภรรยาไม่ได้มีสัญชาติไทย ต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี

1.2.3 หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน

ในส่วนของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น มาตรา 21 (2) (3) (4) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดคุณสมบัติและเงื่อนไขไว้ว่า โดยหลักแล้ว หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนจะต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภรรยา เว้นแต่ในกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภรรยาที่ประสงค์จะให้ตั้งครรภ์แทน กฎหมายเปิดโอกาสให้หญิงอื่น ที่ไม่ใช่ญาติสามารถเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนได้ แต่ต้องไม่ใช่บุพการีหรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภรรยาที่ประสงค์จะให้ตั้งครรภ์แทน เนื่องจาก หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นบุพการีหรือผู้สืบสันดาน ของสามีหรือภรรยาที่ขอให้มีการตั้งครรภ์แทน โดยตรง อาจมีผลต่อการเกิดความผิดปกติทางพันธุกรรมของทารกที่เกิดมาได้

นอกจากนี้ หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนต้องเคยมีบุตรมาก่อนแล้วเท่านั้น เนื่องจากหญิงที่เคยมีบุตรมาก่อน ย่อมมีประสบการณ์ในการตั้งครรภ์ทำให้หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนผู้นั้น มีความพร้อมต่อการเปลี่ยนแปลงทางร่างกายและจิตใจ ในระหว่างที่ตั้งครรภ์และถ้าหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนผู้นั้น มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินฉันสามีภรรยา การตั้งครรภ์แทนดังกล่าว จะต้องได้รับความยินยอมจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายดังกล่าวด้วย

1.3 รูปแบบของการตั้งครรภ์แทน

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มาตรา 22 ได้กำหนดรูปแบบของการตั้งครรภ์แทนที่ถูกต้องตามกฎหมายไว้ 2 รูปแบบ คือ

รูปแบบที่ 1 คือ การใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิและไข่ของคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน

รูปแบบที่ 2 คือ การใช้ตัวอ่อนที่เกิดจากอสุจิของสามีหรือไข่ของภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ที่ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทนกับอสุจิหรือไข่ของผู้อื่น โดยห้ามใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเนื่องจาก หากใช้ไข่ของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนแล้ว อาจก่อให้เกิดความผูกพันระหว่างหญิงที่รับตั้งครรภ์กับทารกในครรภ์ได้ และจะส่งผลให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับสภาพจิตใจของหญิงที่รับตั้งครรภ์ หรือความสับสนของคู่สัญญาในข้อตกลงระหว่างฝ่ายต้องการมีบุตรกับฝ่ายรับตั้งครรภ์แทนในเวลาต่อมา

นอกจากนี้ ก่อนการดำเนินการเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนนั้น ผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ จะต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ให้มีการตั้งครรภ์แทนให้แก่สามีและภริยารายนั้นเสียก่อน จึงจะดำเนินการตั้งครรภ์แทนดังกล่าวได้ ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

1.4 ความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน

โดยปกติแล้ว การจะถือว่าผู้ใดเป็นบิดามารดาของเด็กที่คลอดออกมานั้นต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 คือ สภาพบุคคลย่อมเริ่มเมื่อคลอดและอยู่รอดเป็นทารก โดยให้ถือการคลอดตามสภาพความเป็นจริงในขณะที่ออกจากครรภ์มารดาเป็นสำคัญ ซึ่งหญิงใดเป็นผู้คลอดเด็ก ถือว่าหญิงผู้นั้นเป็นมารดาของเด็กประกอบกับ มาตรา 1536 ก็ได้วางหลักไว้ว่าเด็กที่เกิดแต่หญิงขณะเป็นภริยาชาย ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามี ซึ่งต่อมาพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดความเป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนไว้เป็นการเฉพาะ โดยกำหนดไว้ในมาตรา 29 ซึ่งบัญญัติว่า

“มาตรา 29 เด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาค แล้วแต่กรณี โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะกระทำโดยการให้ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ของสามีซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์ หรือให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่น ให้เด็กนั้น เป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งประสงค์จะมีบุตร แม้ว่าสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งประสงค์จะมีบุตรถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด

ชายหรือหญิงที่บริจาคอสุจิหรือไข่ซึ่งนำมาใช้ปฏิสนธิเป็นตัวอ่อนเพื่อการตั้งครรภ์ หรือผู้บริจาคตัวอ่อน และเด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนที่บริจาดังกล่าว ไม่มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกัน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวและมรดก”

จากการบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่า กฎหมายได้กำหนดให้เด็กที่เกิดจากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาค แล้วแต่กรณี โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ไม่ว่าจะกระทำโดยการให้ภรรยาโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์ หรือให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งประสงค์จะมีบุตรและความเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายเริ่มตั้งแต่เป็นทารกอยู่ในครรภ์ และแม้ว่าสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งประสงค์จะมีบุตรนั้นจะตายก่อนทารกเกิด ก็ยังถือว่าทารกนั้นเป็นบุตร โดยชอบด้วยกฎหมายของสามีภริยาที่ตายไป ส่วนผู้บริจาคไข่ อสุจิ หรือตัวอ่อน กับเด็กนั้น ไม่มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันในฐานะบิดามารดาและบุตรตามกฎหมายแต่อย่างใด

1.5 การควบคุมการดำเนินการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และการรับตั้งครรภ์แทน

ในการควบคุมการดำเนินการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์การรับตั้งครรภ์แทนนั้น พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ มาตรา 6 ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หรือ กทพ. ซึ่งประกอบด้วย ปลัดกระทรวงสาธารณสุขเป็นประธาน และผู้ทรงคุณวุฒิในด้านต่างๆ โดยมาตรา 7 ได้กำหนดให้คณะกรรมการดังกล่าว มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

- 1) เสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีในการกำหนดนโยบายคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
- 2) เสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีในการพัฒนาหรือแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
- 3) เสนอความเห็นหรือให้คำแนะนำต่อรัฐมนตรีในการออกประกาศเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้
- 4) ประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาตเกี่ยวกับการดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามมาตรา 23
- 5) พิจารณาอนุญาตเกี่ยวกับการดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทน ตามมาตรา 23
- 6) ประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาต เกี่ยวกับการใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้จากการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยาก ของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อการศึกษาวิจัยตามมาตรา 37
- 7) พิจารณาอนุญาตเกี่ยวกับการใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้จากการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยาก ของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อการศึกษาวิจัยตามมาตรา 37
- 8) ให้ความเห็นชอบในการออกประกาศของแพทยสภาเกี่ยวกับการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยประกาศของแพทยสภาดังกล่าว ให้ใช้บังคับได้ต่อเมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษา
- 9) ควบคุม ตรวจสอบ หรือกำกับดูแลการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้
- 10) ส่งเสริมและสนับสนุนการศึกษาวิจัยทางจริยธรรม กฎหมาย หรือวัฒนธรรมที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

11) จัดทำรายงานผลการดำเนินงานตามพระราชบัญญัตินี้เสนอต่อรัฐมนตรีอย่างน้อยปีละครั้ง

12) ปฏิบัติการอื่นตามที่รัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีมอบหมาย

นอกจากนี้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ยังได้กำหนดมาตรการเพื่อป้องกันไม่ให้นุคคลหนึ่งบุคคลใดใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หรือการรับตั้งครรภ์แทนไปในทางที่ไม่ชอบ ซึ่งหากผู้ใดฝ่าฝืนมาตรการดังกล่าวแล้ว จะต้องได้รับโทษทางอาญาโดยมาตรการดังกล่าวได้แก่

1) ห้ามผู้ใดดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนเพื่อประโยชน์ทางการค้า (มาตรา 24)

2) ห้ามบุคคลใดกระทำการเป็นคนกลางหรือนายหน้า โดยเรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด เพื่อเป็นการตอบแทนในการจัดการ หรือชี้ช่องให้มีการรับตั้งครรภ์แทน (มาตรา 27)

3) ห้ามมีการโฆษณาหรือโฆษณาให้แพร่หลายด้วยประการใด ๆ ว่ามีหญิงที่ประสงค์จะเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนผู้อื่น หรือมีบุคคลที่ประสงค์จะให้หญิงอื่นเป็นผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่ว่าการกระทำดังกล่าว จะกระทำไปเพื่อประโยชน์ทางการค้าหรือไม่ (มาตรา 28)

4) ห้ามมิให้ผู้ใด ซึ่งมีวิชาชีพประกอบวิชาชีพเวชกรรมให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ รวมทั้งรับฝาก รับบริจาค ใช้ประโยชน์จากอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อน หรือทำให้สิ้นสภาพของตัวอ่อน (มาตรา 35)

5) ห้ามมิให้ผู้ใด สร้างตัวอ่อนเพื่อใช้ในกิจการใด ๆ เว้นแต่เพื่อใช้ในการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมาย (มาตรา 36) ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าว ยินยอมให้เฉพาะสามีและภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ที่จะสามารถเข้ารับการรักษาภาวะการมีบุตรยาก ด้วยวิธีการสร้างตัวอ่อนโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์เท่านั้น ดังนั้น ชายหญิงที่อยู่กันโดยไม่จดทะเบียนสมรสหรือบุคคลเพศเดียวกันที่ประสงค์จะสร้างครอบครัว ย่อมไม่จัดอยู่ในกลุ่มบุคคลที่สามารถดำเนินการเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ได้

6) ห้ามมิให้ผู้ใดดำเนินการใดๆ เพื่อมุ่งหมายให้เกิดมนุษย์โดยวิธีการอื่นนอกจากการปฏิสนธิระหว่างอสุจิกับไข่ หรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่า การโคลนนิ่งมนุษย์ (Cloning) (มาตรา 38)

7) ห้ามมิให้ผู้ใดนำอสุจิ ไข่ ตัวอ่อน หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของเซลล์ดังกล่าว ใส่นำเข้าไปในร่างกายของสัตว์ หรือนำเซลล์สืบพันธุ์ของสัตว์ เซลล์ที่เกิดจากการปฏิสนธิระหว่างเซลล์สืบพันธุ์ของสัตว์ ใส่นำเข้าไปในร่างกายของมนุษย์ (มาตรา 39)

8) ห้ามมิให้ผู้ใดสร้าง เก็บรักษา ขายนำเข้า ส่งออก หรือใช้ประโยชน์ซึ่งตัวอ่อนที่มีสายพันธุกรรมของมนุษย์มากกว่าสองคนขึ้นไป หรือตัวอ่อนที่มีเซลล์หรือส่วนประกอบของเซลล์มนุษย์กับสิ่งมีชีวิตสายพันธุ์อื่น รวมกันอยู่ (มาตรา 40) ซึ่งการกระทำลักษณะเช่นนี้ถือเป็นการตัดต่อพันธุกรรมด้วยวิธีการที่เรียกว่าพันธุวิศวกรรม (genetic engineering)

9) ห้ามมิให้ผู้ใดซื้อ เสนอซื้อ ขายนำเข้า หรือส่งออก ซึ่งอสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อน (มาตรา 41)

2. กฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนหรือการอุ้มบุญในต่างประเทศ

ปัจจุบัน เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ได้มีความเจริญก้าวหน้าจนสามารถช่วยให้คู่สมรสฝ่ายหญิงที่ไม่สามารถตั้งครรภ์ด้วยตนเอง ให้สามารถมีบุตรได้ โดยให้หญิงอื่นเป็นผู้ตั้งครรภ์แทนหรือการอุ้มบุญ แต่กลับมีผู้นำเทคโนโลยีดังกล่าว ไปใช้แสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ ดังนั้น จึงควรมีมาตรการหรือกฎเกณฑ์ที่จะเข้ามาควบคุมไม่ให้บุคคลหนึ่งบุคคลใด นำการอุ้มบุญไปใช้ในทางที่ผิด แต่ประเทศไทยไม่ได้เป็นเพียงประเทศเดียวที่วางกฎเกณฑ์ เรื่องการอุ้มบุญไว้ ประเทศอื่น ๆ ก็พบปัญหาเกี่ยวกับเรื่องนี้เช่นเดียวกัน ซึ่งปัญหาที่ประเทศเหล่านี้ต้องเผชิญ คือ ปัญหาที่เกิดจากช่องว่างทางกฎหมาย ความก้าวหน้าทางการแพทย์และแรงจูงใจจากค่าจ้างในการรับตั้งครรภ์แทน อีกทั้งยังคาบเกี่ยวกับประเด็นทางศีลธรรมและการละเมิดสิทธิมนุษยชนอีกด้วย

ในแต่ละประเทศนั้น มีแนวคิดเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนหรือการอุ้มบุญที่แตกต่างกันไป อันเป็นผลมาจากวัฒนธรรมและมุมมองความคิดที่แตกต่างกัน บางประเทศมีกฎหมายอนุญาตให้ดำเนินการรับตั้งครรภ์แทนได้ เพื่อใช้แก้ปัญหาภาวะมีบุตรยากและเพื่อการพาณิชย์ บางประเทศ มีกฎหมายห้ามดำเนินการรับตั้งครรภ์แทนเพื่อการพาณิชย์ แต่สามารถดำเนินการรับตั้งครรภ์ เพื่อแก้ปัญหาภาวะมีบุตรยากได้ แต่บางประเทศยังไม่ยอมรับเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์ จึงมีกฎหมายห้ามไม่ให้มีการรับตั้งครรภ์แทนทั้งเพื่อการมีบุตรและในเชิงพาณิชย์

2.1 กฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนหรือการอุ้มบุญในประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ซึ่งกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน ในประเทศอังกฤษได้เกิดขึ้นมานานแล้ว เนื่องจากวิวัฒนาการทางเทคโนโลยีเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ในประเทศอังกฤษมีความก้าวหน้าและเป็นที่นิยมเป็นอย่างมาก สำหรับผู้ที่มิปัญหาการมีบุตรยาก ซึ่งทำให้เกิดปัญหาการฟ้องร้องเป็นคดีความขึ้นสู่ศาลเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวเพิ่มมากขึ้นตามไปด้วย ดังนั้น ประเทศอังกฤษจึงได้มีการตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และการตั้งครรภ์แทนขึ้นมาใช้บังคับโดยเฉพาะ

เพื่อแก้ปัญหาข้อพิพาทต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น ซึ่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการตั้งครรภ์แทนโดยตรงจำนวน คือ Surrogacy Arrangement Act 1985 ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการควบคุม ไม่ให้มีการตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์และ Human Fertilization and Embryo Act 1990 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ควบคุมการให้บริการทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ในรูปแบบต่างๆ และ Human Fertilization and Embryology Act 2008 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกมาแก้ไขเพิ่มเติม Surrogacy Arrangement Act 1985 และ Human Fertilization and Embryo Act 1990 โดยมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

2.1.1 การรับตั้งครรภ์แทนในประเทศอังกฤษ

ตาม Surrogacy Arrangement Act 1985 ได้กำหนดไว้ว่า การตั้งครรภ์แทนสามารถกระทำได้ในประเทศอังกฤษ โดยไม่ถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญา ไม่ว่าจะมีการจ่ายค่าตอบแทนหรือไม่ แต่การกระทำที่ถือว่าเป็นความผิดนั้น คือ การกระทำที่มีลักษณะเป็นการติดต่อ เป็นธุระจัดหาหญิงเพื่อมารับตั้งครรภ์แทน หรือเข้าร่วมในการเจรจาต่อรองสัญญาตั้งครรภ์แทนในทางการค้า³⁰ นอกจากนี้ การรวบรวมข่าวสารเพื่อใช้ในการตั้งครรภ์แทน หรือการโฆษณาเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะการโฆษณานั้น จะกระทำไปเพื่อหาหญิงตั้งครรภ์แทน หรือเพื่อหาคู่สมรส ที่ต้องการว่าจ้างให้มีบุตร โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะการกระทำดังกล่าวจะเป็นไปในเชิงพาณิชย์หรือไม่ ก็ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย และมีโทษทางอาญาเช่นกัน อีกทั้งยังได้กำหนดความผิดแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการโฆษณาด้วย เช่น เจ้าของ บรรณาธิการ ผู้พิมพ์โฆษณาหนังสือพิมพ์หรือสิ่งพิมพ์อื่นที่เกี่ยวข้องกับการโฆษณาด้วย³¹ ส่วนกฎหมายอีกฉบับหนึ่งคือ Human Fertilization and Embryo Act 1990 ได้กำหนดให้คู่สมรส ผู้ซึ่งดำเนินการให้หญิงอื่นเป็นผู้ตั้งครรภ์แทน สามารถยื่นคำร้องต่อศาล เพื่อศาลมีคำสั่งบุตรที่เกิดจากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเป็นบุตร โดยชอบด้วยกฎหมายของตนเองได้ แต่จะต้องไม่ปรากฏว่ามีการชำระค่าตอบแทนอื่นนอกจากค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นตามสมควรในการตั้งครรภ์ เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากศาล

2.1.2 รูปแบบของการรับตั้งครรภ์แทนตามกฎหมายในประเทศอังกฤษ

โดยทั่วไปแล้วการตั้งครรภ์แทนนั้น ในทางปฏิบัติสามารถกระทำได้หลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการนัดเชื้อ หรือการนำมาปฏิสนธิภายนอกร่างกายซึ่งหากพิจารณาจากความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรม กับผู้ขอให้รับตั้งครรภ์แทนแล้ว สามารถจำแนกดังนี้ คือ

(1) กรณีให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน โดยใช้อสุจิของฝ่ายชายและไข่ของฝ่ายหญิงซึ่งเป็นผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน

³⁰ The Surrogacy Arrangement Act 1985, Section 2.

³¹ The Surrogacy Arrangement Act 1985, Section 3.

(2) กรณีให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน โดยใช้อสุจิของฝ่ายชายหรือไข่ของฝ่ายหญิงซึ่งเป็นผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน และ

(3) กรณีที่ไม่ได้ใช้อสุจิของฝ่ายของชายและไข่ของฝ่ายหญิงซึ่งเป็นผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน

ในประเทศอังกฤษนั้น Human Fertilization and Embryo Act 1990 ได้กำหนดไว้ว่า การที่ชายหญิงผู้ขอให้มีการตั้งครรภ์จะยื่นคำขอต่อศาล เพื่อให้ศาลมีคำสั่งให้เด็กผู้นั้นเป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมายของตนได้นั้น ต้องปรากฏว่า เด็กผู้นั้นจะต้องมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมกับชายหรือหญิง ผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือทั้งสองฝ่าย ด้วยซึ่งกฎหมายของอังกฤษ จะไม่ได้ให้การรับรองการตั้งครรภ์แทนที่กระทำโดยไม่ใช้อสุจิของฝ่ายของชายและไข่ของฝ่ายหญิง ซึ่งเป็นผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน

2.1.3 ความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนตามกฎหมายในประเทศอังกฤษ

หลักกฎหมายในประเทศอังกฤษนั้น กำหนดให้หญิงที่ให้กำเนิดทารกเท่านั้น เป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย และหากหญิงผู้นั้นมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย ชายผู้เป็นสามีผู้นั้นก็ถือเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน ต่อมาวิวัฒนาการเกี่ยวกับการให้กำเนิดเด็ก ได้มีความก้าวหน้าขึ้น คู่สมรสที่มีบุตรยาก สามารถให้หญิงอื่น ซึ่งไม่ใช่ภรรยาของตนตั้งครรภ์แทนได้ ทำให้มีบุคคลหลายฝ่ายเข้ามาเกี่ยวข้องกับการให้กำเนิดเด็ก จนกระทั่งมีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์การบิดามารดา โดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิด โดยอาศัยเทคโนโลยีทางการแพทย์ และเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนขึ้น ซึ่งตาม Human Fertilization and Embryo Act 1990 ได้กำหนดให้หญิงซึ่งกำลังตั้งครรภ์หรือได้ตั้งครรภ์ทารก ที่เกิดจากการนำเอาตัวอ่อนหรือเชื้ออสุจิและไข่ไปใส่ไว้ในร่างกาย เป็นบุคคลเดียวเท่านั้น ที่เป็นมารดาของเด็กที่เกิดมาเช่นเดียวกับหลักกฎหมายทั่วไป โดยกฎหมายของประเทศอังกฤษนั้น จะพิจารณาจากความสัมพันธ์ระหว่างมารดาและบุตร ดังนั้น หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทน จึงเป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนเสมอ

ส่วนความเป็นบิดา โดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น Human Fertilization and Embryo Act 1990 ได้แบ่งออกเป็น 2 กรณีได้แก่

กรณีที่ 1 กรณีที่หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนมีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย³²

หากสามีของหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนให้ความยินยอมด้วยในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทนนั้น กฎหมายถือว่าสามีของหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทน เป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน โดยไม่สามารถพิสูจน์เป็นอย่างอื่นได้ แต่ถ้าสามี

³² Human Fertilization and Embryology 1990, Section 28(2).

โดยชอบด้วยกฎหมาย ของหญิงผู้รับตั้งครรภ์แทน ไม่ได้ให้ความยินยอมในการทำสัญญาตั้งครรภ์แทน ก็จะมีผลทำให้เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ไม่มีบิดา โดยชอบด้วยกฎหมาย

กรณีที่ 2 กรณีที่หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมาย³³

กรณีที่หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนไม่มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายหาก การตั้งครรภ์แทน เกิดขึ้นในสถานบริการที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย ชายผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทนจะมี สถานะเป็นเพียงผู้บริจาคเชื้ออสุจิเท่านั้น ซึ่งตามกฎหมายไม่ถือว่าเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน แต่ถ้าการตั้งครรภ์แทนนั้น ไม่ได้เกิดขึ้น โดยความช่วยเหลือ ของแพทย์ ในสถานบริการที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย เจ้าของเชื้ออสุจิจะเป็นบิดาโดยชอบ ด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน โดยพิจารณาจากความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม ตาม หลักกฎหมายทั่วไปของประเทศอังกฤษ

อย่างไรก็ตาม ประเทศอังกฤษได้มีกระบวนการที่ช่วยให้คู่สมรสที่ว่างใจให้ หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน เป็นบิดามารดาของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้โดยไม่ต้องผ่านระบบของการ รับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งเป็นระบบที่ใช้ในอดีต โดยในทางปฏิบัติ จะต้องมีการยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อ ขอให้ศาลมีคำสั่ง ให้คู่สมรสที่ว่างใจให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน เป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ของทารกที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น ซึ่งการยื่นคำร้องต่อศาลในกรณีดังกล่าวนี้ มีเงื่อนไข ดังต่อไปนี้³⁴

- (1) เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น ต้องมีความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม กับคู่สมรสฝ่ายชายหรือฝ่ายหญิงผู้ขอให้มีการตั้งครรภ์แทนฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือทั้งสองฝ่าย
- (2) คู่สมรสฝ่ายชายและฝ่ายหญิงผู้ขอให้ตั้งครรภ์แทน ต้องจดทะเบียน สมรสกันตามกฎหมาย และมีอายุไม่น้อยกว่า 18 ปี
- (3) หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนและสามีต้องให้ความยินยอม แต่ความยินยอมเช่น วนี จะเกิดขึ้นก่อนระยะเวลาหกสัปดาห์หลังจากคลอดบุตรไม่ได้
- (4) ต้องไม่ปรากฏว่ามีการชำระค่าตอบแทนที่นอกเหนือไปจากค่าใช้จ่ายที่ เกิดขึ้นตามสมควรในการตั้งครรภ์ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากศาล
- (5) เด็กนั้นต้องอาศัยอยู่กับคู่สมรสฝ่ายชายหญิงผู้ขอให้มีการตั้งครรภ์แทน ทั้ง ในขณะที่ยื่นคำร้อง และขณะที่ศาลมีคำสั่ง และคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย ต้องอาศัยอยู่ ในประเทศ

³³ Human Fertilization and Embryology 1990, Section 28(6).

³⁴ Human Fertilization and Embryology 1990, Section 30.

(6) ต้องยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้คู่สมรสที่ว่าจ้างให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน เป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของทารกที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ภายในกำหนดหกเดือน นับแต่วันที่เด็กคลอด

แต่อย่างไรก็ตาม ศาลยังมีดุลยพินิจในการพิจารณาออกคำสั่งหรือไม่ออกคำสั่งให้คู่สมรสฝ่ายชายหญิงผู้ขอให้มีการตั้งครรภ์แทน เป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ถึงแม้ว่าการยื่นคำร้องต่อศาลจะมีข้อเท็จจริงเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดแล้วก็ตาม

2.1.4 การควบคุมกำกับดูแลการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ

ในการควบคุมกำกับดูแลการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ของประเทศอังกฤษนั้น ได้กฎหมายที่เรียกว่า Human Fertilization and Embryology Act 1990 (HFEA) โดยกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดให้มีการจัดตั้งหน่วยงาน HFEA ขึ้น เพื่อทำหน้าที่ควบคุมและออกใบอนุญาต ให้แก่สถานบริการทางการแพทย์ต่าง ๆ ที่ให้บริการเลี้ยงตัวอ่อนในห้องปฏิบัติการ ให้บริการเกี่ยวกับการใช้ไข่หรืออสุจิบริจาค หรือเก็บรักษาเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อน ด้วยวิธีการแช่แข็ง รวมทั้งสถาบันที่ทำงานวิจัย โดยใช้ตัวอ่อนคนด้วย นอกจากนี้หน่วยงาน HFEA ยังมีหน้าที่อื่นที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้

- (1) เก็บรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับรอบระยะคูที่มีการกระตุ้นไข่ เพื่อรักษาด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทั้งหมดในประเทศ
- (2) เก็บข้อมูลเกี่ยวกับเด็กทุกคนที่ถือกำเนิดจากการรักษาด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์
- (3) เก็บข้อมูลเกี่ยวกับผู้บริจาคไข่ อสุจิ และตัวอ่อนทุกคน
- (4) จัดพิมพ์เอกสารเกี่ยวกับบริการของ HFEA และบริการของสถานบริการทางการแพทย์ทุกแห่งที่ได้รับอนุญาต
- (5) ให้คำแนะนำและข้อมูลแก่สถานบริการทางการแพทย์ ที่ให้บริการด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์
- (6) จัดทำและพิมพ์ข้อกำหนด ในการให้บริการทางการแพทย์ เพื่อเป็นแนวทางให้สถานบริการทางการแพทย์ต่าง ๆ ปฏิบัติตาม และข้อกำหนดดังกล่าว จะมีการปรับปรุงแก้ไขอย่างสม่ำเสมอ

2.2 กฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรรค์แทนหรือการอุ้มบุญในประเทศออสเตรเลีย

สำหรับการรับตั้งครรรค์แทนด้วยกรรมวิธีปฏิสนธิในอกร่างภายในประเทศออสเตรเลีย ได้เริ่มต้นขึ้นในปี ค.ศ. 1988 แต่ก็มีจำนวนไม่มากนัก มีการประมาณการว่าในช่วงทศวรรษที่ 20 มีการรับตั้งครรรค์แทน โดยใช้เชื้ออสุจิและไข่ของผู้บริจาคประมาณ 5 รายเท่านั้น แต่กรณีที่สร้างความสนใจให้กับสาธารณชนมากที่สุดเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1984 เมื่อสองพี่น้องตระกูล Kirkman ได้ประกาศว่ามีการรับตั้งครรรค์แทนกันขึ้น โดยมีเรื่องราวว่า นางลินดามีพี่สาวคนหนึ่งชื่อว่านางแมคจี ซึ่งไม่สามารถตั้งครรรค์ด้วยตนเองได้ ส่วนสามีของเธอก็อยู่ในภาวะที่มีบุตรยากเช่นกัน นางลินดา จึงตกลงที่จะรับตั้งครรรค์แทนพี่สาว โดยการรับตั้งครรรค์แทนนี้เป็นไปโดยใช้ไข่ของนางแมคจีผสมกับเชื้ออสุจิที่ได้รับการบริจาค ต่อมาภายหลังจากการคลอดบุตรนางแมคจีและสามีได้รับมอบเด็กจากนางลินดา และได้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐวิกตอเรีย เพื่อขอรับเด็กดังกล่าวเป็นบุตรบุญธรรม ซึ่งศาลได้มีคำสั่งอนุญาต ต่อมาทั้งคู่ได้เขียนหนังสือเรื่องหนึ่งมีชื่อว่า My Sister's Child: Maggie and Linda Kirkman, Their Own Story และนำออกจำหน่ายจากเหตุการณ์ในครั้งนี้ ทำให้สาธารณชนในประเทศออสเตรเลีย ตกถึงถึงปัญหาด้านจริยธรรมของการรับตั้งครรรค์แทนเป็นอย่างมาก ซึ่งทำให้รัฐบาลของรัฐต่างๆ ในประเทศออสเตรเลีย ต้องจัดตั้งคณะกรรมการขึ้นมาศึกษาปัญหาเกี่ยวกับเทคโนโลยีการเจริญพันธุ์และการรับตั้งครรรค์แทนหลายคณะ และในเวลาต่อมาก็ได้มีการออกกฎหมายเพื่อควบคุมการรับตั้งครรรค์แทนขึ้นในหลายรัฐ ซึ่งในปัจจุบันประเทศออสเตรเลียนั้น ไม่มีกฎหมายในระดับรัฐบาลกลางที่จะนำมาใช้บังคับเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์หรือการตั้งครรรค์แทน โดยเฉพาะ เนื่องจากการตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพพลานามัยของประชาชนนั้น รัฐธรรมนูญของประเทศออสเตรเลีย กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของแต่ละรัฐในการที่จะออกกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว ทำให้กฎหมายในแต่ละรัฐมีความแตกต่างกัน ซึ่งปัจจุบันรัฐที่มีกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรรค์แทน ได้แก่ รัฐ Victoria, South Australia, Queensland, Tasmania และ Australian Capital Territory³⁵ โดยผู้ศึกษาได้นำ Surrogacy Act 2010 ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรรค์แทนของรัฐ Queensland มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมเกี่ยวกับการดำเนินการตั้งครรรค์แทนและการกำหนดความเป็นบิดามารดา โดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรค์แทนมาศึกษา โดยกฎหมายดังกล่าวได้ยกเลิก The Surrogate Parenthood Act 1988 ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรรค์แทนเดิม ที่เคยใช้บังคับในรัฐ Queensland ของประเทศออสเตรเลีย

³⁵ จักรกฤษณ์ ควรวจน์ และคณะ, รายงานการวิจัยการผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรรค์แทน, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2549

2.2.1 การตั้งครรภ์แทนในประเทศออสเตรเลีย

ตามกฎหมาย Surrogacy Act 2010 ได้ให้ความหมาย ของการดำเนินการ ตั้งครรภ์แทน ไว้ว่า หมายถึงการทำข้อตกลงระหว่างฝ่ายหญิง (แม่ผู้ให้กำเนิด) กับบุคคลอื่น (คู่สมรสที่ ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน) โดยฝ่ายหญิงตกลงที่รับตั้งครรภ์แทน ให้กับคู่สมรสที่ประสงค์ จะให้มีการตั้งครรภ์แทน โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะมอบเด็กที่เกิดมาจากการตั้งครรภ์นั้น ให้แก่ผู้คู่สมรสที่ ประสงค์จะให้มีการตั้งครรภ์แทน และคู่สมรสดังกล่าว ยอมรับที่จะรับผิดชอบในการดูแลและ เป็นผู้ปกครองของเด็ก ที่เกิดจากการตั้งครรภ์นั้น³⁶ ซึ่งบุคคลที่ตั้งครรภ์แทนนั้น จะเป็นบุคคลใดก็ได้ และไม่จำเป็นต้องมีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับผู้ที่ขอให้มีการตั้งครรภ์แทนก็ได้ ส่วนผู้ที่ขอให้มีการตั้งครรภ์แทนนั้น ต้องเป็นคู่สมรสที่จดทะเบียน โดยชอบด้วยกฎหมาย หากเป็นคน โสดหรือคู่สมรสเพศเดียวกัน ไม่สามารถที่จะดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนได้ ซึ่งวิธีการที่นำมาใช้ในการตั้งครรภ์แทน นั้น อาจใช้วิธีการปฏิสนธิในหลอดทดลอง หรือการผสมเทียม เป็นต้น โดยการตั้งครรภ์แทนนั้น มีอยู่ 2 กรณี ได้แก่

กรณีที่ 1 การตั้งครรภ์แทนผู้อื่น โดยสมัครใจและไม่มีวัตถุประสงค์ในเชิง พาณิชย์ และ

กรณีที่ 2 การตั้งครรภ์แทนผู้อื่นในเชิงพาณิชย์ ซึ่งเป็นรูปแบบการตั้งครรภ์ ที่ผู้รับตั้งครรภ์ จะได้รับเงินรางวัลหรือผลประโยชน์อื่นใดตอบแทนจากการให้กำเนิดบุตรซึ่งตาม กฎหมายของประเทศออสเตรเลีย ถือว่าเป็นการดำเนินการตั้งครรภ์ที่ผิดกฎหมาย

2.2.2 สถานะของการตั้งครรภ์แทนในประเทศออสเตรเลีย

การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนหรือสัญญารับตั้งครรภ์แทนนั้น ไม่ มีผลบังคับใช้ในทางกฎหมาย คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจึงไม่สามารถนำมาฟ้องร้องบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่ง ปฏิบัติตามสัญญาได้ แต่อย่างไรก็ตาม ภาระผูกพันที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการตั้งครรภ์แทน ในส่วนของการจ่ายเงินหรือคืนเงิน ให้แก่หญิงผู้รับตั้งครรภ์แทนยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ เว้นแต่ เด็กได้ถือกำเนิด มาจากผลของการตั้งครรภ์แทนแล้ว และหญิงผู้ให้กำเนิด ไม่ยอมสละสิทธิในการดูแลเด็กและ อำนาจในการปกครองเด็กให้แก่คู่สมรสที่ขอให้ตั้งครรภ์แทน³⁷

2.2.3 ความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการให้หญิงอื่น รับตั้งครรภ์แทนตามกฎหมายในประเทศออสเตรเลีย

ในประเทศออสเตรเลียนั้น ถือว่าหญิงผู้ให้กำเนิดบุตรแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้น คือมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่คำนึงถึงความสัมพันธ์ทางพันธุกรรมเช่นเดียวกันกับ

³⁶ Surrogacy Act 2010 section 7.

³⁷ Surrogacy Act 2010 section 15.

ประเทศอังกฤษ และถือว่าสามีของหญิงที่ให้กำเนิดบุตรเป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น เช่นกัน ซึ่งการที่คู่สมรส ซึ่งขอให้มีการตั้งครรรค์จะความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรค์แทนได้นั้น จะต้องมีการยื่นคำขอต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำสั่งให้ตนเป็นบิดามารดา โดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น ซึ่งศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาออกคำสั่ง ได้แก่ ศาลเยาวชนของออสเตรเลีย โดยการยื่นคำร้องขอต่อศาลนั้น จะต้องยื่นในช่วงเวลาอย่างน้อย 28 วัน หลังจากเด็กคลอดและต้องไม่เกิน 6 เดือนหลังจากที่เด็กคลอด หรือในช่วงเวลาอื่นตามที่ศาลอนุญาต³⁸ โดยอาจยื่นคำขอเพียงผู้เดียวหรือร่วมกันยื่นคำขอก็ได้ และศาลอาจสั่งให้ผู้ยื่นคำขอเป็นบิดา มารดา โดยชอบของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรค์แทนได้ หากข้อเท็จจริงปรากฏดังนี้³⁹

1) การยื่นคำขอนั้น เป็นไปเพื่อสุขภาพพลานามัยที่ดีและเพื่อผลประโยชน์ของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรค์แทน

2) เด็กที่เกิดจากการตั้งครรรค์แทน ต้องอาศัยอยู่กับผู้ยื่นคำขอหรือผู้ที่ร่วมกันยื่นคำขอมาแล้วอย่างน้อย 28 วันติดต่อกัน ก่อนวันที่ได้ทำคำขอ และเด็กผู้นั้นยังคงอยู่กับผู้ยื่นคำขอหรือผู้ที่ร่วมกันยื่นคำขอ ในวันที่ได้จัดทำคำขอ

3) ปรากฏหลักฐานทางการแพทย์และทางสังคมเกี่ยวกับการดำเนินการตั้งครรรค์แทน

4) มารดาผู้ให้กำเนิดและคู่สมรสของมารดาผู้ให้กำเนิด (ถ้ามี) จะต้องมียุอย่างน้อย 25 ปี ในวันที่มีการดำเนินการตั้งครรรค์แทน

5) ผู้ยื่นคำขอและผู้ที่ร่วมกันยื่นคำขอ จะต้องมียุอย่างน้อย 25 ปี ในวันที่มีการดำเนินการตั้งครรรค์แทน และต้องมีภูมิลำเนาอยู่ใน Queensland

(6) มารดาผู้ให้กำเนิด คู่สมรสของมารดาผู้ให้กำเนิด (ถ้ามี) ผู้ยื่นคำขอ และผู้ที่ร่วมกันยื่นคำขอ จะต้องมีความตกลง ในการทำคำสั่งเกี่ยวกับการเป็นบิดา มารดา โดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรค์แทนในช่วงเวลาที่ศาลพิจารณา

และหากมีข้อพิพาทเกี่ยวกับอำนาจการปกครองเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรค์แทน ระหว่างหญิงที่รับตั้งครรรค์กับคู่สมรสที่ขอให้มีการตั้งครรรค์แทน ศาลมีอำนาจที่จะพิจารณาว่าเด็กที่เกิดจากการตั้งครรรค์แทนนั้นควรอยู่ในอำนาจการปกครองของผู้ใด โดยนำหลักประโยชน์สูงสุดของเด็กจะได้รับมาใช้ประกอบการพิจารณา

³⁸ Surrogacy Act 2010 section 21.

³⁹ Surrogacy Act 2010 section 22.

3. การเปรียบเทียบกฎหมายอุ้มบุญของไทยและต่างประเทศ

แต่เดิมประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนี้อย่างชัดเจน มีแต่เพียงประกาศของแพทยสภา ซึ่งเป็นสิ่งที่ใช้กำหนดหลักเกณฑ์ และมาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ และไม่ได้มีการกำหนดโทษทางอาญาไว้สำหรับผู้ที่ฝ่าฝืนประกาศดังกล่าว ส่งผลให้การอุ้มบุญในประเทศไทยจึงเติบโตอย่างรวดเร็วในอัตราค่อนข้างสูง และมักจะดำเนินการกันอย่างไม่เปิดเผย ซึ่งอาจก่อให้เกิดการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ จากผู้ที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนหรือบุคคลอื่น นอกจากนี้ สถานภาพทางกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนยังมีความคลุมเครือ ดังนั้น เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าว จึงได้มีการบัญญัติกฎหมายขึ้นมา เพื่อใช้บังคับกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และการตั้งครรภ์แทนโดยเฉพาะ ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดสถานะความเป็นบิดา มารดา โดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เหมาะสม ตลอดจนควบคุมการศึกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์การแพทย์เกี่ยวกับตัวอ่อนและเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ มิให้มีการนำเทคโนโลยีดังกล่าวไปใช้ในทางที่ไม่ถูกต้อง ซึ่งในหลายประเทศก็ได้มีการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเพื่อควบคุมการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ เช่นเดียวกัน โดยมีสาระสำคัญแตกต่างกันไปตามลักษณะของวัฒนธรรมในแต่ละประเทศ โดยผู้ศึกษาได้นำ The Surrogacy Arrangement Act 1985, Human Fertilization and Embryology 1990 และ Human Fertilization and Embryology Act 2008 ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนของประเทศไทย และ Surrogacy Act 2010 ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน ของประเทศออสเตรเลีย ซึ่งใช้บังคับในรัฐ Queensland มาศึกษาวิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบกับ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยมีประเด็นที่เป็นสาระสำคัญดังนี้

3.1 กรณีความชอบด้วยกฎหมายของการดำเนินการอุ้มบุญหรือการตั้งครรภ์แทน

ในประเทศอังกฤษนั้น การตั้งครรภ์สามารถกระทำได้โดยไม่ถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญา แต่การกระทำในลักษณะเป็นการติดต่อกัน เป็นธุระจัดหาหญิงเพื่อมารับตั้งครรภ์แทน หรือเข้าร่วมในการเจรจาต่อรองสัญญาตั้งครรภ์แทนในทางการค้า หรือการรวบรวมข่าวสารเพื่อใช้ในการตั้งครรภ์แทน หรือการโฆษณาเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะการโฆษณานั้น จะกระทำไปเพื่อหาหญิงตั้งครรภ์แทน หรือเพื่อหาคู่สมรสที่ต้องการว่าจ้างให้มีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะการกระทำดังกล่าวจะเป็นไปในเชิงพาณิชย์หรือไม่ ถือว่าการกระทำ

ดังกล่าว เป็นสิ่งต้องห้ามตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ ซึ่งจะเห็นได้ว่า ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษนั้น จะกำหนดความรับผิดชอบทางอาญาไว้สำหรับผู้ที่ป็นนายหน้า คนกลาง หรือผู้ที่สนับสนุนให้มีการตั้งครรภ์แทนเท่านั้น

ในส่วนการตั้งครรภ์แทนในประเทศออสเตรเลียนั้น การตั้งครรภ์แทนผู้อื่นในเชิงพาณิชย์ ซึ่งที่ผู้รับตั้งครรภ์จะได้รับเงินรางวัลหรือผลประโยชน์อื่นใดตอบแทนจากการให้กำเนิดบุตร ตามกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย ถือว่าเป็นการดำเนินการตั้งครรภ์แทนที่ผิดกฎหมาย ส่วนการตั้งครรภ์แทนผู้อื่นโดยสมัครใจและไม่มีวัตถุประสงค์ในเชิงพาณิชย์นั้น สามารถกระทำได้ การดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนหรือสัญญารับตั้งครรภ์แทนนั้น ไม่มีผลบังคับใช้ในทางกฎหมาย กล่าวคือ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่สามารถนำมาฟ้องร้องบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามสัญญาได้

สำหรับการอุ้มบุญหรือการตั้งครรภ์แทนในประเทศไทยนั้น ไม่สามารถอุ้มบุญหรือรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ได้เช่นเดียวกัน ซึ่งหากมีการฝ่าฝืนจะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท นอกจากนี้ กฎหมายยังห้ามผู้ใดกระทำการเป็นคนกลางหรือนายหน้าเพื่อจัดให้มีการรับตั้งครรภ์แทนและโฆษณาหรือไขข่าวให้แพร่หลายว่ามีหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หากฝ่าฝืนจะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนของแต่ละประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่า การอุ้มบุญหรือการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์นั้น เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย เนื่องจาก การตั้งครรภ์นั้นเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับชีวิตของมนุษย์โดยตรง เป็นเรื่องที่ละเอียดอ่อน และมีเรื่องของจริยธรรมและศีลธรรมเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย หากปล่อยให้มีการอุ้มบุญในเชิงพาณิชย์เกิดขึ้น ก็มีปัญหาดรามามาก นอกจากนี้ยังเป็นการทำลายศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อีกด้วย แต่อย่างไรก็ตาม มีบางประเทศที่ยอมรับให้มีการอุ้มบุญหรือการรับตั้งครรภ์แทนในเชิงพาณิชย์ได้ เช่น ประเทศรัสเซีย ประเทศอินเดีย เป็นต้น

3.2 กรณีมาตรการในการควบคุมการอุ้มบุญหรือการตั้งครรภ์แทน

มาตรการในการควบคุมการอุ้มบุญหรือการตั้งครรภ์แทนตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 นั้น มีหลายประการ เริ่มตั้งแต่ก่อนที่จะดำเนินการอุ้มบุญ โดยผู้จะดำเนินการดังกล่าวได้จะต้องเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ซึ่งเป็นผู้ให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามและต้องปฏิบัติตามมาตรฐานในการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ตามที่แพทยสภาประกาศกำหนด โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์

ทางการแพทย์ และก่อนที่จะดำเนินการอุ้มบุญจะต้องมีการตรวจและประเมินความพร้อมทางด้านร่างกาย จิตใจ และสภาพแวดล้อมของกลุ่มสมรส หญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และผู้บริจาคอสุจิหรือไข่ที่จะนำมาใช้ดำเนินการ รวมถึงการป้องกันโรคที่อาจมีผลกระทบต่อเด็กที่จะเกิดมาด้วย ตามหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขที่แพทยสภาประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการด้วย

นอกจากนี้ การดำเนินการตั้งครรภ์แทนนั้น สามิและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งภริยาไม่อาจตั้งครรภ์ได้ ที่ประสงค์จะมีบุตรโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ต้องมีสัญชาติไทย ในกรณีที่สามิหรือภริยามีได้มีสัญชาติไทย ต้องจดทะเบียนสมรสมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี ซึ่งหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ต้องมิใช่บุพการีหรือผู้สืบสันดานของสามิหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น และต้องเป็นหญิงที่เคยมีบุตรมาก่อนแล้วเท่านั้น ถ้าหญิงนั้นมีสามิที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินกันสามิภริยา จะต้องได้รับความยินยอมจากสามิที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือชายดังกล่าวด้วย ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าว ไม่ได้มีกำหนดเกี่ยวกับอายุขั้นต่ำหรือขั้นสูงของหญิงที่จะมารับตั้งครรภ์แทนแต่อย่างใด

จะเห็นได้ว่าองค์กรที่มีบทบาทสำคัญ ในการควบคุมการดำเนินการตั้งครรภ์แทน ได้แก่ แพทยสภา และคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดหลักเกณฑ์มาตรฐาน คุณสมบัติ เงื่อนไข ข้อกำหนด ในการดำเนินการเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ ไม่ว่าจะเป็นการกำหนดคุณสมบัติของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม การอนุญาตในกรณีต่าง ๆ เป็นต้น

ส่วน ใน ประเทศ อังกฤษ นั้น Human Fertilization and Embryology Act 1990(HFEA) ได้กำหนดให้มีการจัดตั้งหน่วยงาน HFEA ขึ้น เพื่อทำหน้าที่ควบคุมและออกใบอนุญาตให้แก่สถานบริการทางการแพทย์ต่างๆ ที่ให้บริการเลี้ยงตัวอ่อนในห้องปฏิบัติการ ให้บริการเกี่ยวกับการใช้ไข่หรืออสุจิบริจาค หรือเก็บรักษาเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนด้วยวิธีการแช่แข็ง รวมถึง เก็บข้อมูลเกี่ยวกับผู้บริจาคไข่ อสุจิ หรือตัวอ่อน และเด็กทุกคนที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

3.3 กรณีความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการอุ้มบุญหรือการรับตั้งครรภ์แทน

สำหรับความเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดมานั้น หากเป็นกรณีที่คู่สมรสฝ่ายภรรยาเป็นผู้ตั้งครรภ์เอง โดยวิธีการตามธรรมชาติ และไม่ใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ หรือไม่ได้ดำเนินการให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทนตนเอง จะถือว่าหญิงผู้ให้กำเนิดเด็ก เป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กนั้น และเด็กที่เกิดแต่หญิงขณะเป็นภริยาชายให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของชายผู้เป็นสามิ ซึ่งแต่เดิมได้มีการนำหลักดังกล่าวมาปรับใช้กับ

กรณีของการอุ้มบุญ ทำให้แม่ที่อุ้มบุญนั้น เป็นมารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการอุ้มบุญ และหากคู่สมรส ผู้ที่ประสงค์ให้มีการอุ้มบุญต้องการที่จะเป็นบิดามารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ก็จะต้องดำเนินการจดทะเบียนรับเด็กผู้นั้น เป็นบุตรบุญธรรม แต่ต่อมาพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดให้เด็กที่เกิดจาก อสุจิ ไข่ หรือตัวอ่อนของผู้บริจาค แล้วแต่กรณี โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะกระทำโดยการให้ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ของสามีซึ่งประสงค์จะมี บุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์ หรือให้มีการตั้งครรภ์แทน โดยหญิงอื่น ให้เด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย ของสามีและภริยา ที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งประสงค์จะมีบุตร แม้ว่าสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งประสงค์จะมีบุตรถึงแก่ความตายก่อนเด็กเกิด เพื่อกำหนดความชัดเจนของความเป็นบิดา มารดา โดยชอบด้วยกฎหมายและเพื่อป้องกันปัญหาที่ตามมาในภายหน้าด้วย

ส่วนในประเทศอังกฤษและในประเทศออสเตรเลียซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบ กฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) นั้น ตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ ถือว่าหญิงผู้ให้กำเนิด บุตรแต่เพียงผู้เดียวเท่านั้น คือมารดาโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหากคู่สมรสที่ขอให้มีการตั้งครรภ์ แทน ประสงค์ที่จะเป็นบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้น จะต้องยื่นคำร้องขอต่อศาล เพื่อขอให้ศาลมีคำสั่ง ให้ตนเป็นบิดา มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก นั้น ตามเงื่อนไขของแต่ละประเทศกำหนด

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมาย ในแต่ละประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่า การ ตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอุ้มบุญของแต่ละประเทศนั้น มีเนื้อหาสาระสำคัญแตกต่างกันไปตาม วัฒนธรรมของประเทศนั้น ๆ แต่อย่างไรก็ตาม สิ่งที่คล้ายกันของกฎหมายของแต่ละประเทศ นั่นก็ คือ วัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้ที่เกี่ยวข้องกับการอุ้มบุญหรือการตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะ เป็น ทางด้านของคู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการอุ้มบุญ หญิงซึ่งรับตั้งครรภ์แทน รวมถึงทารกอันเกิดจากการ อุ้มบุญที่กำลังจะถือกำเนิดมาในอนาคตด้วย

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทน ของประเทศไทย

ในช่วงหลายทศวรรษที่ผ่านมา การพัฒนาของกระบวนการทางการแพทย์เพื่อที่จะทำให้เกิดการตั้งครรภ์ โดยจะต้องมีการเคลื่อนย้ายเซลล์สืบพันธุ์ของฝ่ายหญิง (เซลล์ไข่) ออกจากร่างกาย จากนั้นอาจจะนำกลับเข้าสู่ร่างกายและเกิดการปฏิสนธิในร่างกายหรือที่เรียกกันว่า เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ (Arts) นั้น ได้ตอบสนองความต้องการของผู้ประสบปัญหาการมีบุตรยากเป็นอย่างดี เนื่องจากเป็นเทคโนโลยีที่ช่วยให้คู่สมรสที่มีบุตรยาก สามารถมีบุตรได้ตามที่ต้องการ ซึ่งรูปแบบของการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ มีมากมายหลายรูปแบบและมีวิธีการดำเนินการที่มีลักษณะเฉพาะแตกต่างกัน ในปัจจุบัน การอุ้มบุญหรือการรับตั้งครรภ์แทนถือเป็นเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์รูปแบบหนึ่ง ซึ่งเป็นที่นิยมของเหล่าคู่สมรสที่มีบุตรยาก ไม่ว่าจะอยู่ในประเทศไทยหรือต่างประเทศ

การอุ้มบุญหรือการรับตั้งครรภ์แทนนั้น เมื่อพิจารณาจากวิธีการดำเนินการและความสัมพันธ์ทางพันธุกรรม ของทารกกับหญิงผู้รับตั้งครรภ์สามารถแบ่งได้เป็น 2 รูปแบบ คือ การอุ้มบุญแท้ (Full surrogacy หรือ Traditional surrogacy) คือ การใช้น้ำอสุจิจากฝ่ายชาย ของคู่ที่ต้องการมีบุตร มาปฏิสนธิภายนอกกับไข่ของแม่ผู้อุ้มบุญ และฉีดฝังในมดลูกของคุณแม่ผู้อุ้มบุญ ซึ่งจะเห็นได้ว่าไม่มีกระบวนการใด เกี่ยวข้องทางชีวภาพกับภรรยาของฝ่ายชายที่ต้องการมีบุตรเลย และรูปแบบที่ 2 อุ้มบุญเทียม (Partial surrogacy หรือ Gestational carrier) คือ การนำอสุจิของฝ่ายชายและไข่ของฝ่ายหญิง จากคู่สมรสที่แท้จริง มาปฏิสนธิกันภายนอก แล้วจึงฝากไข่ที่รับการปฏิสนธิเรียบร้อยแล้วเข้าไปในตัว ของหญิงที่รับตั้งครรภ์ ซึ่งผู้ทำหน้าที่เป็นผู้ตั้งครรภ์แทน จนกว่าทารกจะคลอดออกมา ในกรณีนี้เด็กทารก จะไม่มีความเกี่ยวข้องทางพันธุกรรมใดๆ กับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนเลย หญิงที่รับตั้งครรภ์แทนทำหน้าที่ เป็นเพียงผู้ให้ยืมมดลูกเท่านั้น ซึ่งปัจจุบันการอุ้มบุญเทียมเป็นทางเลือก ได้รับความนิยมมากกว่าการอุ้มบุญแท้ เมื่อมีการดำเนินการอุ้มบุญหรือการตั้งครรภ์แทนเพิ่มมากขึ้น ปัญหาต่างๆ ที่เกิดจากการอุ้มบุญ ก็เพิ่มมากขึ้นตามไปด้วย ไม่ว่าจะเป็นปัญหาข้อพิพาท เกี่ยวกับความเป็นบิดามารดาที่แท้จริงของทารกที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน หรือกรณีหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ไม่ยินยอมให้ทารกอยู่กับคู่สมรสที่ประสงค์ให้มีการตั้งครรภ์แทน หรือกรณีที่ทารกพิการตั้งแต่กำเนิด ทำให้ทารกดังกล่าวไม่เป็นที่ต้องการของฝ่ายใด รวมถึงปัญหาเกี่ยวกับการเป็นนายหน้า หรือคนกลางในการจัดหาหญิง เพื่อมาเป็นแม่ผู้อุ้มบุญ

อันจะนำไปสู่ปัญหาการค้ำมนุษย์ได้เป็นต้น ซึ่งปัญหาดังกล่าว ยังคงเป็นข้อถกเถียงในสังคม ทั้งในด้านกฎหมายและด้านจริยธรรม ถ้าในมุมมองผู้มีบุตรยาก การอุ้มบุญนับเป็นทางออกที่ดีในการที่จะนำมาใช้ในการแก้ปัญหาการมีบุตรยาก แต่ก็ควรมีกฎหมายที่รัดกุม แต่ถ้ามองในด้านของจริยธรรม การอุ้มบุญไม่ต่างจากการยืมหรือเช่ามดลูก ให้เป็นเพียงภรรยาหรือทางผ่าน ลดคุณค่าของการตั้งครรรภ์ มองข้ามความผูกพันทางจิตใจ ในหลาย ๆ ประเทศจึงกำหนดให้ การอุ้มบุญเป็นเรื่องผิดกฎหมาย โดยเฉพาะกรณีว่าจ้างหรือรับจ้างตั้งครรรภ์แทน เนื่องจากร่างกายของผู้หญิงมิใช่สิ่งที่พึงซื้อขายกันได้

ต่อมาประเทศไทยจึงได้มีแนวคิดในการออกกฎหมายเพื่อควบคุมการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และการรับตั้งครรรภ์แทน ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยกฎหมายดังกล่าว มีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดสถานะความเป็นบิดามารดาที่ชอบด้วยกฎหมายของเด็ก ที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ให้เหมาะสม ตลอดจนควบคุมการศีกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ เกี่ยวกับตัวอ่อนและเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ มิให้มีการนำไปใช้ในทางที่ไม่ถูกต้อง แต่เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่ออกมาใหม่ จึงมีความเห็นที่หลากหลายในสังคม ผู้ศึกษาจึงนำประเด็นปัญหาที่อาจเกิดขึ้น อันเนื่องมาจากการบังคับใช้กฎหมายมาศึกษาวิเคราะห์ดังนี้

1. ปัญหาเกี่ยวกับอายุของหญิงที่รับตั้งครรรภ์แทน

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ซึ่งเป็นบทบัญญัติ ที่กำหนดเงื่อนไขและคุณสมบัติของผู้ที่จะดำเนินการให้มีการตั้งครรรภ์แทนไว้ โดยเฉพาะในส่วนของหญิงที่รับตั้งครรรภ์แทน ซึ่งกำหนดให้หญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนนั้น จะต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยา เว้นแต่ในกรณีที่ไม่มีญาติสืบสายโลหิต ของสามีหรือภริยาที่ประสงค์จะให้ตั้งครรรภ์แทน กฎหมายเปิดโอกาสให้หญิงอื่น ที่ไม่ใช่ญาติ สามารถเป็นผู้รับตั้งครรรภ์แทนได้ แต่ต้องไม่ใช่บุพการีหรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภริยา ที่ประสงค์จะให้ตั้งครรรภ์แทน และหญิงที่รับตั้งครรรภ์แทน ต้องเคยมีบุตรมาก่อนแล้วเท่านั้น ซึ่งถ้าหญิงที่รับตั้งครรรภ์แทนผู้นั้น มีสามีโดยชอบด้วยกฎหมายหรือชายที่อยู่กินฉันสามีภรรยา การตั้งครรรภ์แทนดังกล่าว จะต้องได้รับความยินยอมจากสามีที่ชอบด้วยกฎหมายหรือชายดังกล่าวด้วย โดยบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้มีการกำหนดอายุขั้นต่ำ – ชั้นสูงของหญิงที่จะเข้ามารับตั้งครรรภ์แทน และจำนวนครั้งที่หญิงคนหนึ่ง ๆ จะสามารถรับตั้งครรรภ์แทนเอาไว้ด้วย ซึ่งกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรรภ์แทน ในต่างประเทศได้มีการกำหนดอายุของหญิงที่จะมารับตั้งครรรภ์แทนเอาไว้

เช่น ตาม Surrogacy Act 2010 ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนของประเทศออสเตรเลีย ได้กำหนดให้หญิงที่จะมารับตั้งครรภ์แทนนั้น จะต้องมียุขอย่างน้อย 25 ปี ในวันที่มีการดำเนินการตั้งครรภ์แทน

โดยทั่วไปแล้ว อายุของหญิงที่เหมาะสมในการตั้งครรภ์ คือ อายุระหว่าง 20-35 ปี ซึ่งหญิงในช่วงอายุดังกล่าว จะมีความสมบูรณ์พร้อมทั้งร่างกาย จิตใจ อารมณ์ สังคม และมีความพร้อมในการตั้งครรภ์ หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน มีอายุที่มากหรือน้อยเกินไป อาจจะส่งผลกระทบต่อสุขภาพของหญิงที่รับอุ้มบุญ และเด็กที่เกิดจากการอุ้มบุญ นอกจากนี้หากหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน เคยมีบุตรมาแล้วหลายครั้ง ก็อาจจะส่งผลกระทบต่อหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หรือเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนได้เช่นกัน ไม่ว่าจะเป็นการคลอดลูกก่อนกำหนด ลูกมีน้ำหนักตัวแรกเกิดน้อย มีความเสี่ยงมากกว่าปกติที่จะเจ็บป่วย พิกัด หรือปัญญาอ่อน ส่วนตัวหญิงที่ตั้งครรภ์นั้นก็มีความเสี่ยงต่อโรคโลหิตจาง ความดันโลหิตสูงขณะตั้งครรภ์ การคลอดลูกยาก และอาจมีโรคแทรกซ้อนในระหว่างตั้งครรภ์ได้ง่าย เป็นต้น ซึ่งปัจจุบันแนวโน้มของหญิงตั้งครรภ์และคลอดอายุต่ำกว่า 20 ปี มีจำนวนมากขึ้น โดยหญิงส่วนมากจะเป็นผู้ที่มิฐานะยากจน ไม่ได้รับการศึกษา และอาศัยอยู่ในชนบท ซึ่งหากหญิงดังกล่าว ได้มีการรับตั้งครรภ์แทน เด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน โดยหญิงผู้นั้น อาจมีความเสี่ยงที่จะเกิดความผิดปกติในร่างกายด้วย

โดยหลักแล้ว ตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 กำหนดให้ เด็กที่เกิดจากอสุจิ "ไข่" หรือตัวอ่อนของผู้บริจาค แล้วแต่กรณี โดยใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะกระทำโดยการให้ภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายของสามี ซึ่งประสงค์จะมีบุตรเป็นผู้ตั้งครรภ์ หรือให้มีการตั้งครรภ์แทนโดยหญิงอื่น ให้เด็กนั้นเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งประสงค์จะมีบุตร ดังนั้น เมื่อเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนมีความผิดปกติทางร่างกาย คู่สมรสที่ขอให้มีการรับตั้งครรภ์แทนก็ต้องรับภาระในการเลี้ยงดูเด็กผู้นั้น หรือบางกรณี คู่สมรสที่ขอให้มีการรับตั้งครรภ์แทน อาจปฏิเสธในการเลี้ยงดูเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ซึ่งมีความผิดปกติทางร่างกายดังกล่าว ทำให้ภาระในการเลี้ยงดูเด็กผู้นั้น ตกอยู่กับหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน หากคู่สมรสที่ขอให้มีการตั้งครรภ์แทน หรือหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ไม่สามารถแบกรับภาระในการเลี้ยงดูเด็กที่มีความบกพร่องทางร่างกายได้ ก็อาจจะนำเด็กผู้นั้นเข้าสู่กระบวนการค้ามนุษย์ เช่น การนำไปขอตาน หรือส่งต่อเด็กผู้นั้นให้แก่บุคคลที่สาม เพื่อนำไปแสวงหาประโยชน์จากเด็กผู้นั้นโดยมิชอบ นอกจากนี้ ความผูกพันระหว่างคู่สมรสที่ขอให้มีการตั้งครรภ์แทน กับเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ย่อมมีน้อยกว่าการที่คู่สมรสได้ให้กำเนิดเด็กทารก ซึ่งมารดาเป็นผู้ตั้งครรภ์เอง

เด็กที่เกิดมาจึงอาจเข้าสู่กระบวนการค้ามนุษย์ได้ง่ายขึ้น เนื่องจากคู่สมรสอาจไม่มีความรักหรือความผูกพัน ในฐานะบุพการีกับเด็กที่เกิดมาเลย

1.1 แนวทางการแก้ปัญหา

แนวทางการแก้ปัญหาดังกล่าว สามารถกระทำได้โดยการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ในส่วนของมาตรา 21 ซึ่งเป็นบทบัญญัติ ที่กำหนดคุณลักษณะและเงื่อนไขผู้ที่ จะดำเนินการรับตั้งครรภแทน โดยเพิ่มเติมข้อกำหนดของอายุที่เหมาะสมของหญิงที่จะมารับตั้งครรภแทน และกำหนดจำนวนครั้งที่หญิงคนหนึ่ง จะสามารถรับตั้งครรภแทนได้ เพื่อลดความเสี่ยงในการที่เด็กผู้นั้นจะเกิดมาโดยมีความบกพร่องทางร่างกาย เนื่องจากอายุของหญิงที่รับตั้งครรภแทนและจำนวนครั้งที่หญิงผู้นั้นเคยตั้งครรภ ถือว่าเป็นปัจจัยสำคัญ อันจะส่งผลกระทบต่อสุขภาพพลานามัยของเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภแทนและหญิงที่รับตั้งครรภแทน

2. ปัญหาเกี่ยวกับการลงโทษสำหรับผู้ที่กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนต่อพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558

ในการดำเนินการเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และการดำเนินการรับตั้งครรภแทนนั้น จะต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดและเงื่อนไข ซึ่งได้กำหนดตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 จึงจะเป็นการดำเนินการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และการดำเนินการรับตั้งครรภแทนที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหากมีการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าว ก็จะได้รับโทษตามที่กฎหมายกำหนด

การดำเนินการรับตั้งครรภแทนโดยฝ่าฝืนต่อกฎหมายนั้น สามารถเกิดขึ้นได้ในหลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการดำเนินการรับตั้งครรภแทน โดยมีวัตถุประสงค์ในทางการค้า ซึ่งอาจเป็นกรณีที่มีบุคคลใด บุคคลหนึ่ง ได้ว่าจ้างหญิงเพื่อมารับตั้งครรภแทนให้แก่ตน ซึ่งหญิงที่จ้างมารับตั้งครรภแทนนั้น อาจมีจำนวนมากกว่าหนึ่งคน และนำเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภแทนนั้น ไปแสวงหาประโยชน์ในทางมิชอบ เช่น การนำไปใช้แรงงาน หรือการให้บริการทางเพศ ซึ่งเป็นไปในลักษณะของการค้ามนุษย์ หรือการส่งต่อเด็กที่เกิดจากการรับตั้งครรภแทนดังกล่าว ไปยังบุคคลที่สาม

นอกจากนี้ การดำเนินการรับตั้งครรภแทน โดยฝ่าฝืนต่อกฎหมายอาจเป็นกรณีที่มีบุคคลเข้ามาทำหน้าที่เป็นนายหน้าหาหญิงที่จะมารับตั้งครรภแทนให้กับผู้ที่มาว่าจ้าง โดยมีการจ่ายค่าตอบแทนที่มีจำนวนค่อนข้างสูงให้แก่หญิงที่เข้ามารับตั้งครรภแทน จนเกิดเป็นอาชีพรับจ้าง

ตั้งครรภ์แทนขึ้น ซึ่งอาจชีพดังกล่าวมักจะเป็นที่สนใจของหญิงที่มีฐานะยากจนหรือหญิงที่มีความเดือดร้อนด้านการเงินซึ่งตามกฎหมาย The Surrogacy Arrangement Act 1985 ของประเทศอังกฤษก็ได้กำหนดให้การกระทำที่มีลักษณะเป็นการติดต่อกัน เป็นธุระจัดหาหญิงเพื่อมารับตั้งครรภ์แทนหรือเข้าร่วมในการเจรจาต่อรองสัญญาตั้งครรภ์แทนในทางการค้า และการรวบรวมข่าวสารเพื่อใช้ในการตั้งครรภ์แทน หรือการโฆษณาเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะการโฆษณานั้นจะกระทำไปเพื่อหาหญิงตั้งครรภ์แทน หรือเพื่อหาคู่สมรสที่ต้องการว่าจ้างให้มีบุตร โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะการกระทำดังกล่าวจะเป็นไปในเชิงพาณิชย์หรือไม่ ก็ถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย และมีโทษทางอาญาเช่นเดียวกัน

และในการเป็นนายหน้าหาหญิงเพื่อมารับตั้งครรภ์แทนนั้น อาจมีกรณีของการหลอกลวงหรือข่มขู่หญิง เพื่อให้มารับตั้งครรภ์แทนโดยปราศจากความยินยอมของหญิงผู้นั้น โดยหากพิจารณาจากบทบัญญัติในเรื่องของการค้ามนุษย์ ซึ่งได้กำหนดลักษณะของการกระทำที่ถือว่าเป็นการค้ามนุษย์ไว้ว่า ผู้ใดเพื่อแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(1) เป็นธุระจัดหา ชื่อ ขาย จำหน่าย พามาจากหรือส่งไปยังที่ใด หน่วงเหนี่ยวกักขัง จัดให้อยู่อาศัยหรือรับไว้ซึ่งบุคคลใด โดยข่มขู่ ใช้กำลังบังคับ ลักพาตัว น้อฉล หลอกลวง ใช้อำนาจโดยมิชอบ หรือโดยให้เงินหรือผลประโยชน์อย่างอื่นแก่ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลบุคคลนั้น เพื่อให้ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลให้ความยินยอมแก่ผู้กระทำความผิดในการแสวงหาประโยชน์จากบุคคลที่ตนดูแล หรือ

(2) เป็นธุระจัดหา ชื่อ ขาย จำหน่าย พามาจากหรือส่งไปยังที่ใด หน่วงเหนี่ยวกักขัง จัดให้อยู่อาศัยหรือรับไว้ซึ่งเด็ก

ผู้นั้นกระทำความผิดฐานค้ามนุษย์

ซึ่งคำว่า “การแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ” ตามพระราชบัญญัตินี้ หมายความว่า การแสวงหาประโยชน์จากการค้าประเวณี การผลิตหรือเผยแพร่วัตถุหรือสื่อลามก การแสวงหาประโยชน์ทางเพศในรูปแบบอื่น การเอาคนลงเป็นทาส การนำคนมาขอทาน การบังคับใช้แรงงานหรือบริการ การบังคับตัดอวัยวะเพื่อการค้า หรือการอื่นใดที่คล้ายคลึงกันอันเป็นการขูดรีดบุคคลไม่ว่าบุคคลนั้น จะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ดังนั้น การเป็นนายหน้าหาหญิงเพื่อมารับตั้งครรภ์แทนจึงเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นการค้ามนุษย์เช่นเดียวกัน

การดำเนินการรับตั้งครรภ์แทนโดยฝ่าฝืนต่อกฎหมายตามกรณีข้างต้นนั้น มักจะมีบุคคลหลายฝ่ายเข้ามาเกี่ยวข้องกับกระทำการดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นคู่สมรส ผู้ที่เป็นนายหน้าในการหาหญิงเพื่อให้มารับตั้งครรภ์แทน หรือแม้แต่ผู้ที่ประกอบวิชาชีพเวชกรรมเองก็อาจเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้อง

กับการดำเนินการดังกล่าวได้ ซึ่งอาจเป็นไปได้ในลักษณะของการร่วมกันกระทำความผิด หรือ สนับสนุนให้มีการกระทำความผิดแต่พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก ที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วย การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มิได้มีการกำหนดบทลงโทษสำหรับการรับตั้งครรภ์แทน โดยฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ซึ่งกระทำโดยบุคคลหลายคนในลักษณะของการร่วมกันกระทำความผิดไว้ โดยการกระทำในลักษณะของการร่วมกันกระทำความผิดนั้น จะมีโทษหนักกว่าการกระทำโดย ผู้กระทำความผิดเพียงคนเดียว ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติในเรื่องของการค้ามนุษย์ ตามมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 ได้กำหนดให้ ผู้ใดกระทำความผิดฐานค้ามนุษย์ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สี่ปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่แปดหมื่นบาท ถึงสองแสนบาท แต่ถ้าการกระทำความผิดฐานค้ามนุษย์ ดังกล่าว ได้กระทำโดยร่วมกันตั้งแต่สามคนขึ้นไป หรือโดยสมาชิกขององค์กรอาชญากรรม ต้องระวางโทษหนักกว่าโทษที่กฎหมายบัญญัติไว้กึ่งหนึ่ง ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551

2.1 แนวทางแก้ไข

ในการดำเนินการรับตั้งครรภ์แทน โดยฝ่าฝืนต่อพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิด โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 มักจะมีบุคคลหลายฝ่ายเข้ามาเกี่ยวข้อง และกระทำในลักษณะของการร่วมกันกระทำความผิด แนวทางในการแก้ปัญหาดังกล่าว สามารถ กระทำได้โดยการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก ที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการ เจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยกำหนดโทษสำหรับความผิดเกี่ยวกับการดำเนินการรับ ตั้งครรภ์แทน ที่ได้กระทำโดยบุคคลตั้งแต่สามคนขึ้นไปให้มีความรุนแรงมากขึ้นกว่าการกระทำผิด เพียงคนเดียว ซึ่งการกำหนดโทษดังกล่าว มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการข่มขู่ยับยั้งไม่ให้เกิดการกระทำ ความผิดและเพื่อให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเข็ดหลาบไม่กล้ากระทำความผิดซ้ำ และเป็นเยี่ยงอย่าง ให้กับผู้ที่คิดจะกระทำความผิดได้เห็นว่า การกระทำความผิดนั้น ไม่คุ้มค่ากับการถูกลงโทษ เพราะการถูกลงโทษก่อให้เกิดความเจ็บปวดและไม่ก่อผลดีหรือประโยชน์ต่อผู้กระทำความผิดเลย และเมื่อผู้กระทำความผิด เห็นว่าการกระทำความผิดของเขานั้น จะนำมาแต่ผลร้าย ผู้นั้นก็หลีกเลี่ยงไม่กระทำความผิด ซึ่งการลงโทษ ดังกล่าวเป็นไปตาม ทฤษฎีการลงโทษเพื่อการข่มขู่ยับยั้ง และการลงโทษตามทฤษฎีดังกล่าวจะได้ผล ของการลงโทษเพื่อข่มขู่และยับยั้งอาชญากรรมได้ 2 ลักษณะ คือ การข่มขู่ยับยั้งทั่วไป (General Deterrence) การลงโทษผู้กระทำความผิดนั้น จะทำให้คนในสังคมทราบว่าหากมีการกระทำความผิด เกิดขึ้นก็จะถูกลงโทษ และมีผลให้คนในสังคมได้ตระหนักถึงโทษของการกระทำความผิดนั้น การกระทำความผิดก็จะถูกยับยั้งได้ นอกจากนี้การลงโทษผู้กระทำความผิดในกรณีดังกล่าว ยังเป็นการข่มขู่ยับยั้ง เฉพาะราย (Special Deterrence) กล่าวคือ การที่ผู้กระทำความผิดถูกลงโทษทำให้ผู้นั้นได้ตระหนักว่า

หากจะกระทำผิดต่อไปในอนาคตย่อมไม่คุ้มค่ากับการถูกลงโทษ และการลงโทษผู้กระทำผิดจะทำให้ผู้นั้นเกิดความเข็ดหลาบและไม่กล้ากระทำผิดอีก

3. หน่วยงานที่มีหน้าที่ในการเก็บรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทน

ถึงแม้ว่ากระบวนการในการดำเนินการรับตั้งครรภ์แทนจะถูกต้องตามกฎหมายก็ตามแต่ การที่จะตรวจสอบว่าหญิงที่มารับตั้งครรภ์แทน ได้เคยรับตั้งครรภ์มาแล้วจำนวนกี่ครั้ง หรือ การตรวจสอบว่าคู่สมรสที่มาขอให้มีการรับตั้งครรภ์แทนนั้น เคยดำเนินการขอให้มีการรับตั้งครรภ์แทนมาแล้วจำนวนกี่ครั้ง ถือว่าเป็นสิ่งที่ยากในการตรวจสอบ

ในการควบคุมดูแลการดำเนินการเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ และการรับตั้งครรภ์แทนนั้น พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ขึ้น โดยคณะกรรมการดังกล่าวมีหน้าที่ดังต่อไปนี้

- 1) เสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีในการกำหนดนโยบายคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
- 2) เสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีในการพัฒนาหรือแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์
- 3) เสนอความเห็นหรือให้คำแนะนำต่อรัฐมนตรีในการออกประกาศเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้
- 4) ประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาตเกี่ยวกับการดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามมาตรา 23
- 5) พิจารณาอนุญาตเกี่ยวกับการดำเนินการให้มีการตั้งครรภ์แทนตามมาตรา 23
- 6) ประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาตและการอนุญาตเกี่ยวกับการใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้จากการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อการศึกษาวิจัยตามมาตรา 37
- 7) พิจารณาอนุญาตเกี่ยวกับการใช้ตัวอ่อนที่เหลือใช้จากการบำบัดรักษาภาวะการมีบุตรยากของสามีและภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อการศึกษาวิจัยตามมาตรา 37
- 8) ให้ความเห็นชอบในการออกประกาศของแพทยสภาเกี่ยวกับการให้บริการเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัตินี้ โดยประกาศของแพทยสภาดังกล่าว ให้ใช้บังคับได้ต่อเมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษา

9) ควบคุม ตรวจสอบ หรือกำกับดูแลการให้บริการเกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้

10) ส่งเสริมและสนับสนุนการศึกษาวิจัยทางจริยธรรม กฎหมาย หรือวัฒนธรรมที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์

11) จัดทำรายงานผลการดำเนินงานตามพระราชบัญญัตินี้เสนอต่อรัฐมนตรีอย่างน้อยปีละครั้ง

12) ปฏิบัติการอื่นตามที่รัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีมอบหมาย

ซึ่งกฎหมายดังกล่าวไม่ได้มีการกำหนดหรือจัดตั้งหน่วยงานที่มีหน้าที่ในการเก็บรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และการรับตั้งครรภ์ไว้โดยเฉพาะ ไม่ว่าจะเป็ข้อมูลของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ข้อมูลของผู้ที่บริจาคไข่หรืออสุจิ หรือข้อมูลของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ซึ่งหากมีการนำเทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และการรับตั้งครรภ์แทน ไปในทางที่ผิด เช่น การดำเนินการรับตั้งครรภ์แทนที่มีวัตถุประสงค์ในทางการค้า โดยการจ้างหญิงจำนวนหลายคนเพื่อมารับตั้งครรภ์แทน แล้วนำเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทนนั้นไปแสวงหาประโยชน์ในทางมิชอบ ก็อาจจะเป็นการยากในการตรวจสอบข้อมูลของผู้ที่ดำเนินการรับตั้งครรภ์แทน ดังกล่าว ซึ่งกฎหมายเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนในประเทศอังกฤษนั้น ได้กำหนดให้มีการจัดตั้งหน่วยงาน HFEA ขึ้น เพื่อทำหน้าที่ควบคุมและออกใบอนุญาตให้แก่สถานบริการทางการแพทย์ต่างๆ ที่ให้บริการเลี้ยงตัวอ่อนในห้องปฏิบัติการ ให้บริการเกี่ยวกับการใช้ไข่หรืออสุจิบริจาค หรือเก็บรักษาเซลล์สืบพันธุ์หรือตัวอ่อนด้วยวิธีการแช่แข็ง รวมทั้งสถาบันที่ทำงานวิจัยโดยใช้ตัวอ่อนคนด้วย นอกจากนี้หน่วยงาน HFEA ยังมีหน้าที่อื่นที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้

1) เก็บรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับรอบระยะคูที่มีการกระตุ้นไข่ เพื่อรักษาด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทั้งหมดในประเทศ

2) เก็บข้อมูลเกี่ยวกับเด็กทุกคนที่ถือกำเนิดจากการรักษาด้วยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์

3) เก็บข้อมูลเกี่ยวกับผู้บริจาคไข่ อสุจิ และตัวอ่อนทุกคน

4) จัดพิมพ์เอกสารเกี่ยวกับบริการของ HFEA และบริการของสถานบริการทางการแพทย์ทุกแห่งที่ได้รับอนุญาต

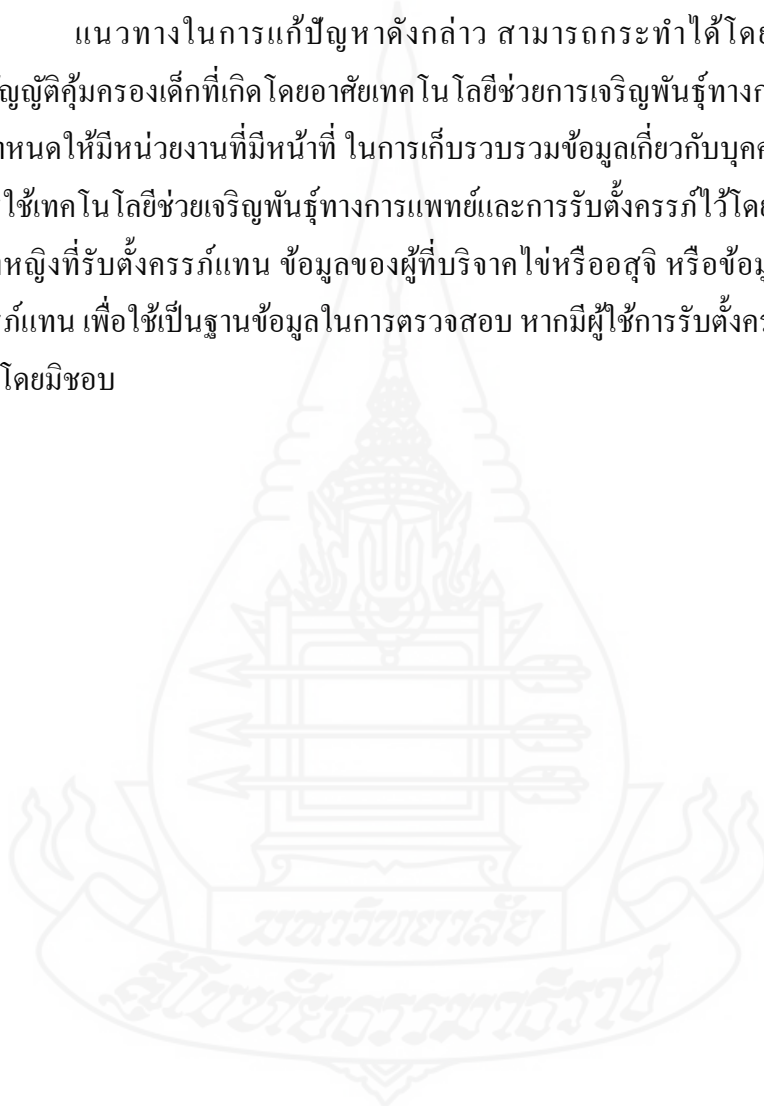
5) ให้คำแนะนำและข้อมูลแก่สถานบริการทางการแพทย์ ที่ให้บริการด้านเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์

6) จัดทำและพิมพ์ข้อกำหนดในการให้บริการทางการแพทย์ เพื่อเป็นแนวทางให้สถานบริการทางการแพทย์ต่าง ๆ ปฏิบัติตาม และข้อกำหนดดังกล่าวจะมีการปรับปรุงแก้ไขอย่างสม่ำเสมอ

ซึ่งจะเห็นได้ว่า วัตถุประสงค์ของการที่ประเทศอังกฤษกำหนดให้มีหน่วยงานที่มีหน้าที่ในการเก็บข้อมูลเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนไว้โดยเฉพาะนั้น ก็เพื่อที่จะใช้เป็นฐานข้อมูลในการติดตาม ตรวจสอบ และควบคุมการรับตั้งครรภ์แทน เพื่อป้องกันไม่ให้มีบุคคลใดนำกระบวนการรับตั้งครรภ์แทนดังกล่าวไปใช้ในทางมิชอบ

3.1 แนวทางแก้ไข

แนวทางในการแก้ปัญหาดังกล่าว สามารถกระทำได้โดยการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยควรกำหนดให้มีหน่วยงานที่มีหน้าที่ ในการเก็บรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และการรับตั้งครรภ์ไว้โดยเฉพาะ ไม่ว่าจะเป็นข้อมูลของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ข้อมูลของผู้ที่บริจาคไข่หรืออสุจิ หรือข้อมูลของเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน เพื่อใช้เป็นฐานข้อมูลในการตรวจสอบ หากมีผู้ใช้การรับตั้งครรภ์แทนไปแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ



บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

1. บทสรุป

ปัญหาการข้ามนุชย์นั้น เป็นปัญหาหนึ่งที่ส่งผลกระทบต่อลักษณะและการพัฒนาของประเทศ โดยปัญหาการข้ามนุชย์ได้เกิดขึ้นมานานแล้วในสังคมไทยและในต่างประเทศ ซึ่งเกิดขึ้นจากปัจจัยหลายประการ เช่น ความยากจนของประชากร ทำให้เกิดการแสวงหาประโยชน์จากผู้ที่ต้องการหางานทำ เพื่อรายได้ที่ดีกว่า ซึ่งคนกลุ่มนี้มีความเสี่ยงสูงที่จะถูกแสวงหาประโยชน์ หรือมีความเต็มใจที่จะเข้าสู่กระบวนการข้ามนุชย์ โดยไม่คำนึงถึงความปลอดภัยต่าง ๆ อีกทั้งปัจจัยทางสังคมที่มีเจตคติ ค่านิยม พื้นฐานและสิ่งแวดล้อมที่เอื้ออำนวยต่อเด็กและผู้หญิง รวมถึงปัจจัยอื่นๆ เช่น การขาดโอกาสทางการศึกษาและการฝึกอบรมอาชีพ การเข้าถึงบริการของรัฐ ช่องว่างของกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมาย เป็นต้น

หลายประเทศได้มีความพยายามเป็นอย่างมาก ในการที่จะแก้ปัญหาการข้ามนุชย์ให้หมดไป แต่เนื่องจากรูปแบบของการข้ามนุชย์มีความซับซ้อนมากขึ้น โดยมีการนำเทคโนโลยีทางการแพทย์มาใช้เป็นเครื่องมือในการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ ส่งผลให้การควบคุมและตรวจสอบเป็นไปได้ยาก การแก้ไขปัญหาดังกล่าว จึงไม่ประสบผลสำเร็จเท่าที่ควร โดยเทคโนโลยีทางการแพทย์ที่นำมาใช้เพื่อการข้ามนุชย์นั้น ได้แก่ การอุ้มบุญหรือการตั้งครรภ์แทน (Surrogacy) ซึ่งเป็นวิธีการที่แพทย์นำอสุจิของสามีผสมกับไข่ของภรรยา นอกมดลูกจนเกิดเป็นตัวอ่อนแล้วนำตัวอ่อนไปฝากใส่ไว้ในครรภ์ของหญิง ซึ่งตกลงรับตั้งครรภ์ให้ หรือการนำเชื้ออสุจิของสามีไปฉีดใส่มดลูกของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน โดยตรงโดยปกติแล้ว การอุ้มบุญหรือการตั้งครรภ์แทนนั้น จะนำมาใช้เพื่อประโยชน์ในการเจริญพันธุ์ สำหรับผู้ที่ประสบปัญหาการมีบุตรยาก ซึ่งวิธีการดังกล่าวเป็นที่นิยมมากจนเกิดเป็นธุรกิจการรับจ้างตั้งครรภ์ขึ้น โดยดำเนินการในลักษณะของการเป็นนายหน้าในการหาหญิงรับตั้งครรภ์แทน ให้แก่คู่สมรสที่ต้องการจะมีบุตร หรือการซื้อขายอสุจิของฝ่ายชายและไข่ของฝ่ายหญิง เป็นต้น จึงทำให้มีบุคคลบางกลุ่มเข้ามาแสวงหาประโยชน์เกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทน โดยเฉพาะชาวต่างชาติ ซึ่งมองว่าประเทศไทยกลายเป็นประเทศปลายทางที่ชาวต่างชาติเข้ามาทำการแสวงหาผลประโยชน์จากการอุ้มบุญ ในฐานะผู้ซื้อและผู้ขายซึ่งหากไม่มีการควบคุมตรวจสอบที่ดีพอ อาจก่อให้เกิดวงจรของการข้ามนุชย์เกิดขึ้นได้ และด้วยค่าตอบแทนที่ได้รับจากการตั้งครรภ์แทน

มีจำนวนที่ค่อนข้างสูง จึงเป็นสิ่งดึงดูดหญิงที่มีฐานะยากจนหรือมีความเดือดร้อนด้านการเงิน ให้เข้ามาเป็นผู้ที่รับตั้งครรภ์แทนคู่สมรสได้ง่าย โดยไม่คำนึงถึงหลักศีลธรรมและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรืออาจมีการหลอกลวงหรือข่มขู่หญิง เพื่อให้มารับตั้งครรภ์แทน โดยที่ฝ่ายหญิงไม่ยินยอม ซึ่งหากปล่อยให้มีการข่มขู่หรือการรับตั้งครรภ์แทนเพิ่มมากขึ้น โดยไม่มีการควบคุมดูแลอย่างเข้มงวด ก็จะทำให้เกิดปัญหาหลายอย่างตามมา ไม่ว่าจะเป็นปัญหาด้านสาธารณสุข ซึ่งเป็นปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อสุขภาพร่างกายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และเด็กที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน หรือปัญหาทางด้านจริยธรรม ซึ่งยังเป็นข้อถกเถียงของคนในสังคมซึ่งมองว่า การรับตั้งครรภ์แทนเป็นการทำลายศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์และยังเป็นการก่อให้เกิดผลกระทบต่อจิตใจของเด็ก ซึ่งเด็กจะได้รับผลกระทบทางจิตใจอย่างรุนแรง เมื่อทราบว่าตนได้เกิดมาจากการที่มารดาของตน ซึ่งเป็นหญิงที่รับตั้งครรภ์นั้น ต้องการได้ค่าตอบแทนมากกว่า ที่ต้องการให้ตนเองเกิดมาด้วยความรัก หรือเกิดจากการที่ไม่ทราบว่าแท้จริงตนเป็นลูกของใคร และหากหญิงที่รับตั้งครรภ์มีบุตร บุตรคนนั้นก็อาจได้รับผลกระทบด้วย เพราะเมื่อเห็นมารดาตนตั้งครรภ์จึงคิดว่ากำลังจะได้น้อง แต่เมื่อมารดา กลับส่งมอบน้องให้แก่ผู้อื่น ความรู้สึกที่ต้องสูญเสียน้องไป จะก่อให้เกิดผลกระทบทางจิตใจแก่เด็กผู้นั้น และเมื่อเห็นมารดาส่งมอบน้องของตนให้แก่ผู้อื่นไป เด็กนั้นอาจมีความรู้สึกไม่มั่นคง เพราะเกรงว่ามารดาอาจส่งมอบตนเองให้แก่ผู้อื่นบ้างก็ได้ นอกจากปัญหาที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว การข่มขู่หรือการรับตั้งครรภ์แทน ยังอาจก่อให้เกิดปัญหาสำคัญขึ้นอีกปัญหาหนึ่ง คือปัญหาการค้ามนุษย์ซึ่งเป็นปัญหาที่ร้ายแรงกว่าปัญหาอื่น ๆ โดยบุคคลบางกลุ่มได้ใช้ประโยชน์ จากความต้องการมีบุตร ของคู่สมรสและวิธีการแพทย์ที่ล้ำสมัยกระทำการผิดกฎหมาย โดยการว่าจ้างหญิงให้มาตั้งครรภ์ ซึ่งมีการบังคับขู่เชื้อให้ตั้งครรภ์ หรือมีการกักขังหญิงดังกล่าวตลอดระยะเวลาที่ตั้งครรภ์จนถึงเวลาคลอด และหญิงผู้นั้นเมื่อคลอดแล้วก็จะนำทารกนั้น ไปจำหน่ายให้กับบุคคลที่สาม เพื่อนำไปแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบต่อไป

ปัจจุบัน ในหลาย ๆ ประเทศ ได้มีการออกกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทน ขึ้นใช้บังคับเพื่อควบคุมการดำเนินการรับตั้งครรภ์แทน โดยสาระสำคัญของกฎหมายในแต่ละประเทศนั้นก็มีความแตกต่างกันไปตามขนบธรรมเนียม แนวคิด วัฒนธรรมและจารีตประเพณีของประเทศนั้นๆ บางประเทศได้มียอมรับให้มีการรับตั้งครรภ์โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่บางประเทศก็ยังไม่ให้การยอมรับเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทน และบางประเทศก็ไม่ได้มีการออกกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนขึ้นใช้บังคับ สำหรับประเทศไทยนั้น ได้มีพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยกฎหมายดังกล่าว เป็นกฎหมายที่ออกมาใหม่ ซึ่งมีวัตถุประสงค์ เพื่อควบคุมการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ โดยเฉพาะการคุ้มครองผู้ที่เกี่ยวข้องกับการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ และการกำหนดความเป็นบิดา มารดาของเด็ก

ที่เกิดจากการตั้งครรภ์แทน ซึ่งพระราชบัญญัตินี้ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการที่จะดำเนินการให้มีการรับตั้งครรภ์แทน โดยเฉพาะในส่วนของคุณสมบัติหญิงที่จะมารับตั้งครรภ์แทน ไว้ว่าหญิงที่จะรับตั้งครรภ์แทน จะต้องมิใช่บุพการีหรือผู้สืบสันดานของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมายและต้องเป็นญาติสืบสายโลหิตของสามีหรือภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย ที่ประสงค์จะมีบุตร โดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์แทน ซึ่งหากคู่สมรสดังกล่าวไม่มีญาติสืบสายโลหิต กฎหมายกำหนดให้หญิงอื่นรับตั้งครรภ์แทนได้ โดยให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนด โดยคำแนะนำของคณะกรรมการคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ ซึ่งจะเห็นได้ว่าข้อกำหนดดังกล่าว ไม่ได้มีการกำหนดอายุขั้นต่ำ – ขั้นสูงของหญิงที่จะมารับตั้งครรภ์แทนคู่สามีภรรยา ซึ่งมีความแตกต่างจากกฎหมายเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนของประเทศอังกฤษ โดยได้มีการกำหนดอายุของหญิงที่จะมารับตั้งครรภ์แทนเอาไว้ว่าหญิงที่จะมารับตั้งครรภ์แทนนั้น จะต้องมียุขอย่างน้อย 25 ปี ในวันที่มีการดำเนินการตั้งครรภ์แทน ซึ่งอายุของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนนั้น มีความสำคัญเป็นอย่างมาก เนื่องจากเป็นปัจจัยที่ส่งผลกระทบต่อสุขภาพร่างกายของเด็กที่จะเกิดมา รวมถึงสุขภาพร่างกายของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนด้วย นอกจากนี้จำนวนครั้งที่หญิงเคยมีการตั้งครรภ์ ก็ถือว่าเป็นปัจจัยที่มีผลกระทบต่อเด็กที่จะเกิดมาด้วยเช่นกัน

ในส่วนของการดำเนินการรับตั้งครรภ์แทนโดยฝ่าฝืนพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 นั้น กฎหมายได้กำหนดโทษสำหรับการกระทำความผิดดังกล่าวไว้ แต่เนื่องจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนนั้น มักจะมีบุคคลหลายฝ่ายเข้ามาเกี่ยวข้อง โดยมีการกระทำในลักษณะของการร่วมกันกระทำความผิด ดังนั้น จึงควรมีการกำหนดโทษสำหรับการดำเนินรับตั้งครรภ์แทนโดยผิดกฎหมาย ซึ่งเกิดจากการกระทำของบุคคลหลายฝ่ายร่วมกัน ซึ่งบทลงโทษสำหรับความผิดดังกล่าว จะต้องมีความรุนแรงมากกว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับการตั้งครรภ์แทนเพียงคนเดียว นอกจากนี้ ในการดำเนินการรับตั้งครรภ์แทนนั้น จำเป็นต้องมีหน่วยงานที่ทำหน้าที่ในการเก็บรวบรวมข้อมูลของบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทน เพื่อใช้เป็นฐานข้อมูลในการควบคุมและตรวจสอบการดำเนินการรับตั้งครรภ์แทน เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ ซึ่งได้มีการจัดตั้งหน่วยงานที่ทำหน้าที่ในการเก็บข้อมูลเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทนไว้โดยเฉพาะ

ดังนั้น การกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์จึงต้องมีความละเอียดและรัดกุมให้มากขึ้น โดยคำนึงถึงผู้ที่จะได้รับผลกระทบจากการใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์เป็นสำคัญ เพื่อป้องกันไม่ให้บุคคลหนึ่ง บุคคลใด นำวิธีการรับตั้งครรภ์แทนไปใช้ในทางที่ผิด

จนอาจนำไปสู่กระบวนการค้ามนุษย์ได้ ซึ่งจากการศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาข้างต้น ผู้ศึกษาจึงมีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

2. ข้อเสนอแนะ

2.1 ปัญหาในเรื่องของอายุของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน ควรมีแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 โดยกำหนดช่วงอายุของหญิงที่จะมารับตั้งครรภ์แทน ให้ชัดเจนและเหมาะสมกับการตั้งครรภ์ ซึ่งช่วงอายุของหญิงที่เหมาะสมแก่การตั้งครรภ์ คือ ช่วงอายุตั้งแต่ 20-35 ปี และหญิงที่รับตั้งครรภ์แทนไม่ควรตั้งครรภ์แล้วเกิน 4 ครั้ง เพราะหากหญิงตั้งครรภ์ขณะอายุน้อยหรือมากเกินไป หรือเคยผ่านการตั้งครรภ์มาแล้วหลายครั้ง อาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพของหญิงที่รับตั้งครรภ์และเด็กที่เกิดมาได้

2.2 ปัญหาเกี่ยวกับการลงโทษสำหรับผู้ที่กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนต่อพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ควรมีการกำหนดโทษของผู้ที่กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนต่อพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 สำหรับการกระทำที่มีลักษณะเป็นการการร่วมกระทำผิดคิด โดยโทษที่กำหนดจะต้องมีความรุนแรงกว่าโทษสำหรับการกระทำผิดเพียงคนเดียว เพื่อให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเข็ดหลาบไม่กล้ากระทำผิดซ้ำ และเป็นเยี่ยงอย่าง ให้กับผู้ที่คิดจะกระทำผิดและมีผลให้คนในสังคมได้ตระหนักถึงโทษของการกระทำความผิดนั้น การกระทำผิดก็จะถูกยับยั้งได้

2.3 ปัญหาเกี่ยวกับหน่วยงานที่มีหน้าที่ในการเก็บรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับการรับตั้งครรภ์แทน ถึงแม้ว่ากระบวนการในการดำเนินการรับตั้งครรภ์แทนจะเป็นไปตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก ที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ก็ตาม แต่การที่จะตรวจสอบว่าหญิงที่มารับตั้งครรภ์แทนได้เคยรับตั้งครรภ์มาแล้วจำนวนกี่ครั้ง หรือการตรวจสอบว่าคู่สมรสที่มาขอให้มีการรับตั้งครรภ์แทนนั้น เคยดำเนินการขอให้มีการรับตั้งครรภ์แทนมาแล้วจำนวนกี่ครั้ง เป็นสิ่งที่ตรวจสอบได้ยาก ดังนั้น จึงควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ พ.ศ. 2558 ในส่วนของการกำหนดให้มีหน่วยงานที่ทำหน้าที่ในการรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินการรับตั้งครรภ์แทน โดยเฉพาะข้อมูลของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการรับตั้งครรภ์แทน ไม่ว่าจะเป็นข้อมูลของผู้บริจาคไข่หรืออสุจิ ข้อมูลของหญิงที่รับตั้งครรภ์แทน และข้อมูลของเด็กทุกคนที่เกิดจากการใช้เทคโนโลยีช่วย

การเจริญพันธุ์หรือการรับตั้งครรภ์แทนและจัดเก็บไว้เพื่อใช้เป็นประโยชน์ต่อการควบคุมและ
ตรวจสอบเกี่ยวกับการใช้เทคโนโลยีช่วยเจริญพันธุ์ทางการแพทย์และการรับตั้งครรภ์แทน





บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

- กฎหมายอุ้มบุญ. แรงขับเคลื่อนสำหรับคนอยากมีลูก. วันที่ค้นข้อมูล : 4 กรกฎาคม 2558.
สืบค้นจาก <http://ilaw.or.th/node/3250>.
- ไขปัญหาศาสนา: เด็กหลอดแก้ว-อุ้มบุญ-บุตรบุญธรรม-กิฟ.วันที่ค้นข้อมูล : 28 มิถุนายน 2558.
สืบค้นจาก: <http://www.thaigoodview.com/node/41274>.
- ครอบครัวเป็นสุข มีลูกเมื่อพร้อม. วันที่ค้นข้อมูล 11 สิงหาคม 2558. สืบค้นจาก
<http://www.factsforlifethai.cf.mahidol.ac.th/timingbirths/support03.php>
- จักรกฤษณ์ ควรวจน์ และคณะ. (2549). รายงานการวิจัยการผสมเทียมโดยให้หญิงอื่นตั้งครรภ์
แทน. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.
- จารุวรรณ ก้าวหน้าไกล. (2555). “การประยุกต์ใช้ทฤษฎีทางการพยาบาลครอบครัวในการดูแลคู่
สมรสที่มีบุตรยาก”, *วารสารสมาคมพยาบาลฯ*. 30(3), (กรกฎาคม ถึง กันยายน)
- ชมพรรณ รัตนาร. (2543). *การผสมเทียมกับปัญหาความรับผิดชอบในทางอาญา*, (วิทยานิพนธ์
ปริญญานิติศาสตรบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, กรุงเทพฯ.
- ชุติกายจน์ ฉลองวงศ์. (2555). *ประวัติศาสตร์การค้าทาส*. กรุงเทพฯ : ก้าวแรก.
- เดโบร่า แอล. สปาร์. (2554). *ธุรกิจพันธุกรรม*. แปลโดย นพ.พูลศักดิ์ ไวกวามดี. กรุงเทพฯ:
ประพันธ์สาส์น.
- ธัญริดี ไตรวัฒนวงษ์. (). *ปัญหาจริยธรรมและปัญหากฎหมาย: การรับตั้งครรภ์แทน*. (รายงานการ
วิจัยวิทยาลัยศาสนศึกษา). มหาวิทยาลัยมหิดล, กรุงเทพฯ.
- นัทธี จิตสว่าง.“วัตถุประสงค์ในการลงโทษ”. วันที่สืบค้นข้อมูล: 11 สิงหาคม พ.ศ. 2558.
สืบค้นจาก <http://www.gotoknow.org/posts/454719>.
- นุกุลสัญญาจิตเสรี.(2555). “การพิจารณากฎหมายว่าด้วยคุ้มครองเด็กที่เกิดโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วย
การเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ หรือการตั้งครรภ์แทน (กฎหมายอุ้มบุญ)”, *รัฐศาสตร์*.
60(4), (เมษายน).
- ประคนธ์ พันธุ์วิชาติกุล. (2523). *การลงโทษสถานหนักต่อผู้กระทำผิดกฎหมาย*. (วิทยานิพนธ์
ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- ปิยวรรณ สุขทอง.(2549). *เหยื่อในความผิดฐานค้ามนุษย์*. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร์
มหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.

- พันเอกหญิงเจษฎา มีบุญลือ. (2556). “การข้ามนุษย์ในประเทศไทย”. ศูนย์ศึกษายุทธศาสตร์ สถาบัน
วิชาการป้องกันประเทศ.
- พิทักษ์ เล่าห์เกริกเกียรติ, อิศรินทร์ ชนบุญวัฒน์.(2554). *สาเหตุและการตรวจวินิจฉัยภาวะมีบุตร
ยากในตำรานรีเวชวิทยา*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: บริษัท พีเอ ลิฟวิ่ง.
- พิลาสินี โยงสมบัติ. (2551). *วิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิด โดยอาศัยเทคโนโลยีช่วย
การเจริญพันทางการแพทย์*. (วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- ลิดา ไชยธรรม. (2551). *ปัญหาของการทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายอันเกิดจากการตั้งครรภ์โดย
การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์*. (สารนิพนธ์ปริญญานิติศาสตร
มหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- สหชน รัตน์ไพจิตร.(2527). *ความประสงค์ของการลงโทษอาญา: ศึกษาเฉพาะประเทศไทยสมัยใ ช้
กฎหมายลักษณะอาญาและประมวลกฎหมายอาญา*. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร์ มหาบัณฑิต
ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.
- อริศรา ขอดกำเนิด. (2552). *ปัญหาการข้ามนุษย์: ศึกษากรณีการค้าหญิงและเด็กต่างด้าวเข้าเมืองผิด
กฎหมายโดยการบังคับใช้แรงงานในประเทศไทย*. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร์
มหาบัณฑิต ไม่ได้ตีพิมพ์). มหาวิทยาลัยรามคำแหง, กรุงเทพฯ.
- อานนท์ จาลองกุล. (2557). “อุ้มบุญ”. *วารสารนิติเวชศาสตร์*. 6(2), (กรกฎาคม – ธันวาคม).
- อำนาจ เนตยสุภา.(2552). “แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการข้ามนุษย์”. *วารสารวิชาการนิติศาสตร์*.
2(3), (มกราคม – มิถุนายน).
- เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล.(2558). *รายงานสรุปและวิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กที่เกิด โดยอาศัย
เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์*. กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า.

ประวัติผู้ศึกษา

ชื่อ	นายธนกฤต พงษ์ประวัติ
วัน เดือน ปีเกิด	2 มิถุนายน 2529
สถานที่เกิด	จังหวัดเพชรบูรณ์
ประวัติการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยนเรศวร สำเร็จการศึกษาปี พ.ศ. 2552
สถานที่ทำงาน	มหาวิทยาลัยราชภัฏหมู่บ้านจอมบึง จังหวัดราชบุรี
ตำแหน่ง	นิติกรปฏิบัติการ

